

## AUFSÄTZE

1

### Virtuelle Mitarbeiterbeteiligung in Startups

Ein geeignetes (wenn auch vertragsgestalterisch aufwendiges) Mittel zur Teilhabe von Mitarbeitern am wirtschaftlichen Erfolg eines Startups

von Dr. Birka Stroschein, RA'in und FA'in für Handels- und Gesellschaftsrecht, Thorsten Makowka, LL.M., RA, FA für Handels- und Gesellschaftsrecht und FA für Internationales Wirtschaftsrecht, beide S&M Rechtsanwälte Stroschein & Makowka Partnerschaftsgesellschaft mbB, Düsseldorf

#### A. Einleitung

Startups sind oftmals „arm aber sexy“. Die rund 150.000<sup>1</sup> in Deutschland im Startup-Ökosystem beschäftigten Mitarbeiter „brennen“ für die jeweilige Geschäftsidee und nehmen im Vergleich zu einer Anstellung in etablierten Unternehmen auch relativ geringe Gehälter in Kauf. Um das „Brennen“ wichtiger Mitarbeiter („Key Employees“) dennoch über Jahre erhalten zu können, bieten Startups qualifizierten Mitarbeitern häufig ein modernes Vergütungspaket, bestehend aus einem Grundgehalt und einer variablen Beteiligung am Unternehmen an. So können wichtige Mitarbeiter direkt an der Steigerung des Unternehmenswertes („Shareholder Value“) beteiligt und gleichzeitig langfristig an das Unternehmen gebunden werden.

In der Praxis existieren verschiedene Formen von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen. Dieser Aufsatz befasst sich jedoch ganz überwiegend mit der in deutschen Unternehmen mit 73%<sup>2</sup> am häufigsten vorkommenden Form der virtuellen Mitarbeiterbeteiligung („VSOP“) und geht in Abgrenzung dazu nur kurz auf andere Beteiligungsformen ein.

#### B. Die Rechtslage

##### I. Die Objektive Darstellung der Rechtslage

Unter dem Begriff der Mitarbeiterbeteiligung wird die Beteiligung von Mitarbeitern oder sonstigen für ein Unternehmen wichtigen Personen an der materiellen Wertsteigerung des Unternehmens,

die über das in Arbeitsverträgen oder sonstigen Vereinbarungen festgelegte Maß hinausgeht, verstanden.<sup>3</sup> Statt also „nur“ Mitarbeiter in einem Startup zu sein, erhalten Mitarbeiter über entsprechende Beteiligungsprogramme zusätzlich auch einen motivierenden Anspruch auf Teilhabe an der Wertsteigerung des Unternehmens.

#### II. Mitarbeiterbeteiligung

##### 1. Überblick

Die in der deutschen Praxis der Mitarbeiterbeteiligung gängigsten Gestaltungsvarianten sind die „echte“ Unternehmensbeteiligung, die „echte“ Anteilsoption und die „unechte“ Anteilsoption (auch „virtuelle“ Anteilsoption genannt). Daneben existieren Mischformen wie Wandelanleihen, stille Beteiligungen und Genussscheine sowie Formen der Fremdkapitalbeteiligung, etwa Mitarbeiterdarlehen und Schuldverschreibungen.<sup>4</sup>

##### 2. „Echte“ Unternehmensbeteiligungen

Bei „echten“ Unternehmensbeteiligungen werden Mitarbeiter direkt oder indirekt<sup>5</sup> gesellschaftsrechtlich an dem Startup (meist als UG oder GmbH organisiert) beteiligt. Die Beteiligung an der UG oder GmbH wird in der Gesellschafterliste erfasst und wird für jedermann sichtbar ins Handelsregister eingetragen (§ 40 GmbHG). Der Wert der Beteiligung an dem Startup ergibt sich unmittelbar aus den Geschäftsanteilen, die der Mitarbeiter an dem Startup hält.

Dem an der Gesellschaft „echt“ beteiligten Mitarbeiter stehen damit aber auch Gesellschafterrechte zu (insbes. Informations- und Mitbestimmungsrechte), was die Sache wiederum für die Gründungs- und Altgesellschafter unattraktiv machen kann: Nicht jeder möchte sich von seinen Mitarbeitern „in die Karten schauen lassen“ oder die Lenkung „seines“ Unternehmens in Gesellschafterversammlungen auch den Kollegen überlassen.

Weiter können zwingende gesetzliche Bestimmungen betreffend Fristen und Ladungen vieler Mitarbeiter zu Gesellschafterversammlungen ein vormals agiles Startup schnell langsam oder gar handlungsunfähig machen.

Häufig sind HR-Abteilungen in Startups (sofern im „Early Stage“ überhaupt eingerichtet) auch gar nicht in der Lage, die Beteiligung vieler Mitarbeiter selbst zu verwalten, geschweige denn die Kos-

ten für externe Berater (Rechtsanwälte, Steuerberater etc.) aufzubringen.

Auch sieht sich der „echt“ beteiligte Mitarbeiter mit der Gesellschafterpflicht konfrontiert, seine Einlage<sup>6</sup> zu leisten und auch anfallende Notarkosten<sup>7</sup> und Handelsregistergebühren zu bezahlen.

Schon die hier aufgezählten typischen Folgen einer „echten“ Unternehmensbeteiligung führen dazu, dass sich Startups von dieser aufwendigen, damit unflexiblen und auch teuren Form der Mitarbeiterbeteiligung abwenden und nach Alternativen suchen. Diese finden sie seltener in der „echten“ Anteilsoption (22% - vgl. hierzu unter 3.), ganz überwiegend aber in der „unechten“ Anteilsoption (73% - vgl. hierzu unter 4. und 5.).<sup>8</sup> Tatsächlich kommt in nur 14%<sup>9</sup> der deutschen Startups die „echte“ Unternehmensbeteiligung zu Anwendung.

### 3. „Echte“ Anteilsoptionen

Da Startups ganz überwiegend als UG oder GmbH und eben nicht als Aktiengesellschaft gegründet werden, fallen klassische Aktienoptionspläne („Stock Options“), die Bezugsrechte auf den Erwerb von Aktien einräumen<sup>10</sup>, als Form der Mitarbeiterbeteiligung naturgemäß schon einmal weg und sollen hier deswegen auch nicht weiter behandelt werden.

Ist das Startup eine UG oder GmbH, gewähren „echte“ Anteilsoptionen Mitarbeitern einen schuldrechtlichen Anspruch auf eine zukünftige Beteiligung am Startup. Das bedeutet, dass den Mitarbeitern auf der Grundlage eines Vertrages, dem sog. „Employee Stock Option Plan (ESOP)“, ein Anspruch auf die Gewährung einer gewissen Anzahl von Anteilen zu einem in der Zukunft liegenden Zeitpunkt eingeräumt wird.

Bei „ESOPs“ können Mitarbeiter ihre „echten“ Anteilsoptionen in der Regel<sup>11</sup> erst bei einem erfolgreichen „Exit“<sup>12</sup> ausüben und dürfen bzw. müssen die Anteile (je nach Vertragsgestaltung) dann gleich im „Exit“ wieder mitverkaufen. Häufig wird zudem ein Ausübungspreis („Exercise Price“) vereinbart, der schlicht den Kaufpreis darstellt, den der Mitarbeiter bei Ausübung seiner Option für die Anteile bezahlen muss.<sup>13</sup>

So die Theorie. Das geltende deutsche Steuerrecht macht „echte“ Anteilsoptionen für junge Mitarbeiter aber leider wieder extrem „unsexy“:

Üben Mitarbeiter ihre Optionsrechte aus, zahlen sie für die erhaltenen Anteile den im „ESOP“ vertraglich vereinbarten (niedrigen) Ausübungspreis. Die Anteile an dem Startup werden aber (im Normalfall) über die nächsten Monate oder Jahre einen deutlich höheren Marktwert erreichen. Die Differenz zwischen Ausübungspreis und Marktwert der Anteile stellt einen geldwerten Vorteil dar. Diesen geldwerten Vorteil muss der Mitarbeiter aber nicht erst versteuern, wenn es zu einem „Exit“, d.h. Verkauf der Anteile und damit einem Erlös aus den „ESOPs“ kommt, sondern bereits während des laufenden Anstellungsverhältnisses.

Im Gegensatz zu Anteilen an etablierten börsennotierten Gesellschaften können erhaltene Anteile an Startups aber nicht ohne weiteres gleich wieder zu Geld gemacht werden, sprich an den nächsten weiterveräußert werden.

Obwohl der junge Mitarbeiter am Markt also sehr wahrscheinlich noch gar kein Geld für seine Anteile am Startup bekommen kann, muss er den geldwerten Vorteil nach deutschem Steuerrecht trotzdem sofort versteuern (sog. „Dry Income“).

Junge Absolventen haben aber schlichtweg meist gar nicht die Mittel, um die Steuerschuld auf ihr durch die Anteilsgewährung erzielt Einkommen zu bezahlen.

Zu dem schon allein ungünstigen Besteuerungszeitpunkt gesellt sich auch noch eine für den Mitarbeiter ungünstige Besteuerungsart: Denn der geldwerte Vorteil, den der Mitarbeiter aus seiner Beteiligung gezogen hat, unterliegt in Deutschland in der Regel dem persönlichen progressiven Einkommensteuersatz von bis zu 45% (ggf. noch zzgl. Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer). Dadurch kann den Mitarbeiter, im Vergleich zu Gesellschaftern oder Investoren, die nur 25% Kapitalertragsteuer<sup>14</sup> auf ihre Beteiligungserlöse zahlen, eine fast doppelt so hohe Steuerlast treffen.<sup>15</sup>

Insgesamt macht das die „echte“ Anteilsoption für die Beteiligten wieder eher unattraktiv.

#### 4. „Unechte“ Anteilsoptionen („VSOP“)

In der Praxis behilft man sich in Deutschland daher oft mit der im Ausland weitgehend unbekannteren Variante der „unechten“ Anteilsoption. Damit wird – wieder aufwändig in der Vertragsgestaltung – versucht, zumindest die schwerwiegendsten Nachteile, die das Steuerrecht bereithält, zu umschiffen, um Mitarbeitern zumindest ein halbwegs attraktives Vergütungspaket bereitstellen zu können.

Das übergeordnete Ziel der virtuellen Mitarbeiterbeteiligung ist es wieder, den begünstigten Mitarbeiter wie einen echten Gesellschafter an der Steigerung des Unternehmenswertes teilhaben zu lassen.

Dies wird erreicht, indem dem Mitarbeiter über einen Vertrag („Virtual Stock Option Plan (VSOP)“ oder „Phantom Share Agreement (PSA)“) virtuelle Geschäftsanteile an dem Unternehmen gewährt werden.

Im Unterschied zu „echten“ Optionsplänen besteht im Fall von virtuellen Optionsplänen bei Ausübung („Exercise“) also kein Recht auf Verschaffung von Anteilen an dem Unternehmen, sondern bloß ein Recht auf Auszahlung eines Geldbetrages, der sich aus der Unternehmenswertentwicklung ergibt.<sup>16</sup>

In der Gründungsphase des Startups haben die virtuellen Geschäftsanteile naturgemäß nur einen geringen Wert. Sobald die Geschäftsidee des Startups aber Erfolg hat und sich dessen Unternehmenswert stark entwickelt („Rocket“), sind sie schnell ein Vielfaches wert.

Kommt es bei dem Startup also später zu einem im Vertrag definierten „Exit“-Fall<sup>17</sup>, dann kann der begünstigte Mitarbeiter, wie ein echter Gesellschafter an der Wertentwicklung und dem Veräußerungserlös durch die Barauszahlung teilhaben.

Die Berechnung des konkreten Auszahlungsanspruchs gegen die Gesellschaft ergibt sich aus der Wertdifferenz zwischen dem (virtuellen) Basiswert („Strike Price“) im Zeitpunkt der Einräumung des Anspruchs („Grant“) und dem Wert der (virtuellen) Anteile bei Fälligkeit des Anspruchs.<sup>18</sup>

Im Idealfall wird der hohe Arbeitseinsatz des Mitarbeiters für das Startup samt damit anfänglicher

Gehaltseinbußen später also mehr als bloß kompensiert.

Aber auch hier ist wieder „nicht alles Gold was glänzt“. Die Tücke liegt bei virtuellen Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen in den Details des Vertrages:

Nicht jeder begünstigte Mitarbeiter hat zwingend am Ende Anspruch auf eine Beteiligung am „Exit“-Erlös. Derzeit marktübliche, meist sehr komplexe bilingual oder nur auf English abgefasste Verträge regeln exakt und transparent die Voraussetzungen unter denen der Mitarbeiter überhaupt Anspruch auf Auszahlung hat und dessen Höhe. Mitunter werden vom Auszahlungsbetrag noch Abzüge vorgenommen (z.B. Kosten) oder dieser verfällt gar ganz, wenn bestimmte Erdienungs- bzw. Ansparvoraussetzungen („Vesting“) durch den Mitarbeiter nicht (mehr) erfüllt werden.

Daneben unterfallen auch die Erlöse aus dieser Beteiligungsform dem (hohen) persönlichen progressiven Einkommensteuersatz des Mitarbeiters, wenn auch erst später, bei Auszahlung des Erlöses.

#### 5. Aufbau & Inhalt eines „VSOP“

Verträge über die Gewährung von virtuellen Geschäftsanteilen können je nach Branche und betroffenem Mitarbeiter unterschiedlich ausgestaltet sein. Wegen der allgemeinen Vertragsfreiheit und des schuldrechtlichen Charakters eines solchen Vertrages besteht weitestgehend Gestaltungsfreiheit.<sup>19</sup>

Für gewöhnlich enthalten die Verträge zwischen der Gesellschaft und dem Mitarbeiter transparente<sup>20</sup> Regelungen über die (einmalige) Gewährung virtueller Geschäftsanteile und deren virtueller Höhe (EUR), mitunter auch eine Regelung dazu, dass der Mitarbeiter in den Jahren seiner Anstellung bei der Gesellschaft weitere virtuelle Geschäftsanteile erhalten kann. Dabei kann die Höhe der virtuellen Geschäftsanteile, die der Mitarbeiter erhalten kann, auf eine maximale Gesamthöhe begrenzt werden („Cap“).

Weiter kann im Vertrag ausgeschlossen werden, dass der Mitarbeiter ein Recht auf Bezug von bestehenden oder zu schaffenden (echten) Geschäftsanteilen an der Gesellschaft, Dividenden oder sonstigen Gesellschafterrechten hat.

Auch finden sich im Vertrag Regelungen dazu, ob dem Mitarbeiter (wie meist)<sup>21</sup> die virtuellen Geschäftsanteile unentgeltlich gewährt werden und dass diese bei künftigen Erhöhungen des Stammkapitals wirtschaftlich verwässert werden („Dilution“).

Weiter finden sich im Vertrag Regelungen, wie und unter welchen Voraussetzungen („Milestones“) ein Mitarbeiter sich über die Laufzeit des Vertrages die virtuellen Geschäftsanteile verdient („Vesting“) und unter welchen Umständen der Mitarbeiter „gevestete“ virtuelle Geschäftsanteile wieder verlieren kann. So können gewährte virtuelle Geschäftsanteile und der Anspruch auf Barauszahlung im „Exit“-Fall wieder entfallen (auflösende Bedingung, § 158 Abs. 2 BGB), wenn etwa das Anstellungsverhältnis des Mitarbeiters in der Gesellschaft aus wichtigem Grund endet, sei es durch Kündigung oder Vertragsaufhebung („Bad Leaver“). Aber auch nur ein anteiliges Entfallen von „gevesteten“ virtuellen Geschäftsanteilen ist regelbar, etwa wenn der Mitarbeiter während der Laufzeit des Vertrages berufsunfähig wird oder ihm die Gesellschaft bloß ordentlich kündigt („Good Leaver“).

Weiter werden der Beginn und das Ende der „Vesting“-Periode (Laufzeit) des Vertrages geregelt. Der Beginn läuft meist parallel zur Anstellung des Mitarbeiters in der Gesellschaft, wenn von diesem zusammen mit dem Anstellungsvertrag auch gleich der „VSOP“ unterzeichnet wird. Als Ende der „Vesting“-Periode kommt meist die Beendigung der Anstellung des Mitarbeiters in der Gesellschaft, der „Exit“<sup>22</sup> oder eine bestimmte Anzahl an Monaten oder Jahren nach Beginn der „Vesting“-Periode in Betracht.

Schließlich ist im Vertrag festzuhalten, dass die dem Mitarbeiter nach Ablauf der „Vesting“-Periode verbleibenden virtuellen Geschäftsanteile auch endgültig zustehen. Diese bilden dann die Grundlage für die rechnerische Ermittlung des Zahlungsanspruchs („Exit“-Vergütung)<sup>23</sup>. Der Zahlungsanspruch des Mitarbeiters wird in Form einer konkreten mathematischen Formel im Vertrag abgebildet.<sup>24</sup>

Mitunter wird der Vertrag über die Gewährung von virtuellen Anteilen in der Praxis noch durch einen Muster-Zeichnungsschein („Subscription Form“) ergänzt. Dieser nimmt meist Bezug auf den Ver-

trag (Angebot der Gesellschaft) und regelt die verbindliche Annahme (§ 151 BGB).

Weiterhin ergänzt in der Praxis auch eine Muster-Ausübungserklärung („Execution Notice“) den „VSOP“, die ebenso auf diesen verweist und die Ausübung der virtuellen Geschäftsanteile durch den Mitarbeiter gegenüber der Gesellschaft erklärt (Geltendmachung des Zahlungsanspruchs).

### C. Auswirkungen für die Praxis

Die Mitarbeiterbeteiligung in Deutschland ist ein adäquates Mittel zur Motivation und Wertschätzung der Arbeit der Mitarbeiter sowie eine gut gemeinte Form der variablen Vergütung und finanziellen Teilhabe am Unternehmenserfolg.

Die derzeit schlechten rechtlichen und steuerlichen Rahmenbedingungen für Mitarbeiterbeteiligungen sind jedoch ein echtes Hindernis für die erfolgreiche Verbreitung von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen in Deutschland, die die Entwicklung des deutschen Startup-Ökosystems unnötig bremsen. Im internationalen Vergleich sind hiesige Formen der Mitarbeiterbeteiligung nicht wettbewerbsfähig.

Deutsche Startups haben es daher bereits schwer, junge Talente für sich zu begeistern. Schlimmer noch folgt daraus oft, dass umsichtige Gründer ihr Startup gleich ganz im Ausland gründen, unter besseren Bedingungen. Das Silicon Valley und andere Top-Standorte lassen grüßen. Ein echter Verlust für den deutschen Arbeitsmarkt, den es unbedingt und schnell zu verhindern gilt.

Zum Glück gibt es in Deutschland und Europa eine wache und starke Startup-Interessenvertretung<sup>25</sup>, die dieses Problem längst erkannt und an die Politik adressiert<sup>26</sup> hat. Es bleibt daher zu hoffen, dass diese Lobby-Arbeit Erfolg haben wird und komplizierte gesellschaftsrechtliche Vorgaben bei Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen endlich Erleichterungen finden<sup>27</sup> und die steuerliche Schlechterstellung von Mitarbeitern gegenüber den Gesellschaftern eines Startups endlich behoben<sup>28</sup> wird.

Immerhin: Mit dem – bislang nur im Entwurf vorliegenden – Fondsstandortgesetz (FOG)<sup>29</sup> soll die Steuer auf Erlöse aus „echten“ Anteilen in Zukunft erst dann fällig werden, wenn der Mitarbeiter sei-

ne echten Anteile wieder veräußert. Ein Anfang in die richtige Richtung ist also gemacht.

#### D. Literaturempfehlungen

Hahn, Virtuelle Mitarbeiterbeteiligung, 2. Aufl. 2018.

Weitnauer, Handbuch Venture Capital, 6. Aufl., München 2019.

Bundesverband Deutsche Startups e.V., „#ESOPasap“-Studie, Juni 2020.

<sup>1</sup> Reuters, 31.03.2020: <https://www.reuters.com/article/virus-deutschland-startups-idDEKBN21I27F>, zuletzt abgerufen am 19.02.2021.

<sup>2</sup> Bundesverband Deutsche Startups e.V., „#ESOPasap“-Studie, Juni 2020, S. 37.

<sup>3</sup> Hahn, Virtuelle Mitarbeiterbeteiligung, 2. Aufl. 2018, S. 2.

<sup>4</sup> Weitnauer in: Weitnauer, Handbuch Venture Capital, 6. Aufl. 2019, S. 447 ff.; Bauer/Georg/Weist in: Salomon, Entgeltgestaltung, 1. Aufl. 2019, S. 331 ff.; BMWi, Monatsbericht September 2019, S. 20 ff.

<sup>5</sup> Etwa im Wege einer Unterbeteiligung.

<sup>6</sup> Vgl. § 19 Abs. 1 GmbHG,

<sup>7</sup> Vgl. § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG.

<sup>8</sup> Bundesverband Deutsche Startups e.V., „#ESOPasap“-Studie, Juni 2020, S. 37 (N.B.: Mehrfachauswahl möglich).

<sup>9</sup> Ebenda.

<sup>10</sup> Weitnauer in: Weitnauer, S. 450.

<sup>11</sup> Alternativ: Optionsausübung bereits zu einem anderen vertraglich definierten Moment vor dem „Exit“ („Early Exercise“).

<sup>12</sup> Unternehmensverkauf, ganz („Share-Deal-Exit“) oder in Teilen (z.B. Anlagen, Patente, Software, „Asset-Deal-Exit“), Börsengang („IPO-Exit“), Liquidation der Gesellschaft etc.

<sup>13</sup> Bundesverband Deutsche Startups e.V., „#ESOPasap“-Studie, Juni 2020, S. 38.

<sup>14</sup> § 43a Abs. 1 Nr. 1 EStG.

<sup>15</sup> Ebenda, S. 44.

<sup>16</sup> BMF-Schreiben vom 12.11.2014, Tz. 5.5.5.

<sup>17</sup> Unternehmensverkauf, ganz („Share-Deal-Exit“) oder in Teilen (z.B. Anlagen, Patente, Software, „Asset-Deal-Exit“), Börsengang („IPO-Exit“), Liquidation der Gesellschaft etc.

<sup>18</sup> Harrer in: Harrer, Mitarbeiterbeteiligungen und Stock-Option-Pläne, 2. Aufl. München 2004, S. 79; Hahn, S. 12; 20.

<sup>19</sup> Hahn, S. 19.

<sup>20</sup> VSOP unterliegen als AGB der richterlichen Inhaltskontrolle gem. den §§ 305 ff. BGB.

<sup>21</sup> Aber auch eine entgeltliche Gestaltung („Buy In“) ist möglich.

<sup>22</sup> Vgl. Fn. 11

<sup>23</sup> Aufgrund der teils komplexen Ermittlung des Erlöses lagern HR-Abteilungen diese Bearbeitung teils auf Berater oder darauf spezialisierte gewerbliche Anbieter aus; z.B. Ledgy AG, Zürich (ledgy.com).

<sup>24</sup> Beispiels-Formel für die Berechnung des Zahlungsanspruchs: Hahn, S. 22 f.

<sup>25</sup> Bundesverband Mitarbeiterbeteiligung/Arbeitsgemeinschaft Partnerschaft in der Wirtschaft e.V.; Bundesverband Deutsche Startups e.V.

<sup>26</sup> Vgl. den 2018 erfolgten europaweiten Aufruf „Not Optional“ zur Verbesserung der Rahmenbedingungen auf europäischer Ebene: <https://www.notoptional.eu/de/news/p2>.

<sup>27</sup> Etwa durch standardisierte, einfache privatschriftliche Muster-Mitarbeiterbeteiligungsverträge, die keine notarielle Beurkundung erfordern, eine rein digitale Abwicklung von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen, o.ä.

<sup>28</sup> Etwa indem die anteilsbezogene Vergütung von Mitarbeitern (niedrig) wie Kapitalerträge besteuert werden (gleich den Erlösen der Gesellschafter) und eben nicht mehr (hoch) wie regulärer Arbeitslohn und das auch erst bei Veräußerung der Anteile; alternativ könnten Mitarbeitern hohe steuerliche Freibeträge auf anteilsbezogene Vergütungen gewährt werden o.ä.

<sup>29</sup> BMWi, 20.01.2021: <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Pressemitteilungen/Finanzpolitik/2021/01/2021-01-20-staerkung-fondsstandort-deutschland.html>, zuletzt abgerufen am 19.02.2021.