

# DIE CO-FOUNDER-BETEILIGUNG



**Recht für Gründer\*innen:** Was aus steuerrechtlicher Sicht zu beachten ist, wenn das Gründungsteam durch eine weitere Person verstärkt wird.

**E**in für Gründer\*innen regelmäßig relevantes Thema ist die Beteiligung eines/einer später hinzutretenden Co-Founder\*in zu dem als UG/GmbH organisierten Start-up. Klassischerweise soll der/die hinzutretende Gründer\*in dabei kein Cash Investment mitbringen, sondern das Start-up durch seine künftige Tätigkeit unterstützen. Das Ziel ist mithin regelmäßig, dass der/die hinzutretende Co-Founder\*in lediglich den Nominalbetrag der Anteile (in der Regel ein Euro je Anteil) leistet, nicht aber den ggf. weit höheren Verkehrswert. Dies ist etwa beabsichtigt, wenn das Gründungsteam nachträglich erweitert werden soll, auf Betreiben eines/einer beteiligten Investor\*in oder wenn in einer Nachfolgekonstellation ein(e) neue(r) Co-Founder\*in für ein ausgeschiedenes Teammitglied nachrückt.

Das Problem besteht nun darin, dass die Gewährung der Anteile in diesen Szenarien nach deutschem Steuerrecht grundsätzlich der Einkommensteuer unterliegen kann. Ein für die Einkommensbesteuerung relevanter Zufluss liegt bei der Gewährung einer Beteiligung grundsätzlich schon vor, wenn „echte“ Anteile (im Gegensatz zu virtuellen Anteilen) rechtlich wirksam übernommen werden.

Je nach konkreter Situation dürfte dann der/die beitretende Co-Founder\*in, der/die für die Einräumung lediglich den Nomi-

nalbetrag leistet, im Hinblick auf den Differenzbetrag bis zum Verkehrswert der eingeräumten Anteile einkommensteuerpflichtig sein. Es erfolgt mithin eine Besteuerung auf Grundlage des Werts der Anteile, obgleich dem/der Co-Founder\*in kein Cash-Betrag zufließt (sog. Dry Income). Dies ist ein ganz erhebliches Steuerrisiko, das den/die beitretende(n) Co-Founder\*in direkt betrifft. Es ist wegen der Pflicht der Gesellschaft zur ordnungsgemäßen Abführung entsprechender Lohnsteuer auch ein Thema für die Geschäftsführung der Gesellschaft.

## Fondsstandort- und Einkommensteuergesetz

Der Gesetzgeber hatte an sich im Jahr 2021 die Intention, dieses Thema zu regeln, und als Folge sollte auch der/die beitretende Co-Founder\*in entlastet werden. Der in diesem Zusammenhang im Rahmen des sog. Fondsstandortgesetzes (2021) neu gefasste § 19a Einkommensteuergesetz (EStG) hilft an dieser Stelle allerdings nur bedingt. Nach § 19a Abs. 1 EStG unterliegen die Anteile bei Einräumung zwar zunächst nicht der Einkommensbesteuerung, sondern gemäß § 19 Abs. 4 Nr. 1 EStG erst bei der späteren Übertragung im Exit-Fall. Dies würde für sich gesehen dem/der Co-Founder\*in zur Risikominimierung steuerrechtlich entgegenkommen, da eine Besteuerung dann erst erfolgt, wenn tatsächlich der Exit-Erlös erzielt wird.

Allerdings wird die Einkommensteuer nach den weiteren Varianten des § 19 Abs. 4 EStG auch dann fällig, wenn seit der Übertragung der Vermögensbeteiligung zwölf Jahre vergangen sind oder das Dienstverhältnis des/der Gründer\*in beendet wird.

Nach § 19a Abs. 5 EStG hat das Betriebsstättenfinanzamt den nicht besteuerten Vorteil im Rahmen einer Anrufungsauskunft gemäß § 42e EStG bei Einräumung der Anteile zu bestätigen. Im Falle des späteren Exits wird dann für die Bewertung des zu steuernden geldwerten Vorteils auf diese Feststellungen Bezug genommen.

Aus Sicht des/der beitretenden Co-Founder\*in besteht damit auch bei Anwendung des § 19a EStG weiterhin die Gefahr, dass sich das Steuerisiko zu einem Zeitpunkt realisiert, in dem er/sie aus dem Beitritt noch keine Erlöse erzielt hat. Auch wird die Steuerlast nicht abhängig von der Wertentwicklung der eingeräumten Anteile reduziert, sondern lediglich auf einen späteren Zeitpunkt verlagert.

### Hurdle Shares und Growth Shares

Dieses Thema wird im Rahmen einer Finanzierungsrunde aktuell anderweitig über die Gewährung von sog. Hurdle Shares oder auch Growth Shares gelöst. Hierbei handelt es sich um Anteile (in der Regel Common Shares mit Stimmrechten etc.), deren Wert im Ergebnis im Zeitpunkt der Übertragung bei einer späteren Erlösverteilung als negativer Rechnungsposten zum Abzug gebracht wird (sog. negative Liquidationspräferenz). Deren Anerkennung durch die Finanzverwaltung setzt dabei voraus, dass sämtliche Erlöse, also Liquidations-, Gewinn- und sonstige Erlöse, erfasst werden. Im Zeitpunkt der Einräumung wird so der Wert der Anteile und damit der zu steuernde geldwerte Vorteil neutralisiert.

Wesentlich bei der Einräumung dieser Anteile ist damit die Festlegung eines sog. Hurdle Amount je Anteil, der definiert, welcher Abzug von künftigen Erlösen erfolgen soll. Dieser Wert entspricht regelmäßig dem Verkehrswert des jeweiligen Anteils zum Zeitpunkt der Einräumung abzüglich des tatsächlich gezahlten Anteilspreises (in der Regel Nominalbetrag). Vereinfacht ist der/die hinzutretende Co-Founder\*in bei einem künftigen Exit mithin nur mit der Wertsteigerung ab seinem/ihrem Beitritt beteiligt. In der Folge erzielt der/die Co-Founder\*in, anders als in den Fällen der Dry-Income-Besteuerung, keinen unmittelbaren Lohnzufluss, der bereits bei Einräumung zu versteuern wäre. Dies gilt allerdings nur insoweit, als der Hurdle Amount der tatsächlichen Differenz zwischen dem gezahltem Anteilspreis und dem Verkehrswert entspricht. Bei Abweichungen zugunsten des/der Co-Founder\*in führt die Differenz zu einem sog. geldwerten Vorteil, der als Teil des Arbeitslohns im Zeitpunkt des Zuflusses zu versteuern ist.

Neben der Vermeidung der Anfangsbesteuerung bei Einräumung der Anteile erzielen die Hurdle Shares auch eine reduzierte Steuerlast im Exit-Fall. Aufgrund der Gestaltung als echte Beteiligung (im Gegensatz etwa zu einer virtuellen Beteiligung, hier Besteuerung mit dem persönlichen Steuersatz –

also unter Umständen bis zu 45 Prozent zzgl. Solidaritätszuschlag), werden aus der Beteiligung Kapitaleinkünfte erzielt, die dem sog. Abgeltungssteuersatz (25 Prozent zzgl. Solidaritätszuschlag) unterliegen oder (bei Beteiligungen von mindestens einem Prozent) im Teileinkünfteverfahren zu 40 Prozent steuerfrei gestellt sind. Bei Zwischenschaltung einer Holding-UG kann die Steuerlast unter Umständen noch weiter reduziert werden (bis zu 95 Prozent der Einkünfte steuerfrei).

Zur Vermeidung von steuerlichen Risiken empfiehlt es sich, die Strukturierung der Co-Founder-Beteiligung über Hurdle Shares im Rahmen einer Lohnsteueranrufungsauskunft (denkbar, aber aufwendiger ist auch eine verbindliche Auskunft oder eine Kombination) mit der Finanzverwaltung abzustimmen. Die diesbezügliche Rückmeldung hat zwar nur Bindungswirkung für die Gesellschaft und nimmt zudem einige Monate in Anspruch – während dieser Zeit kann die Beteiligung noch nicht final umgesetzt werden –, sollte aber insbesondere wegen der Bewertungsunsicherheiten bei Start-ups als Absicherung erwogen werden.

Diese Wartezeit bedeutet jedoch nicht, dass der Beitritt der/des Co-Founder\*in (etwa im Rahmen einer Finanzierungsrunde) bis zur positiven Auskunft des Finanzamts aufgeschoben werden muss. Dieser Umstand kann im Rahmen der Erstellung der Beteiligungsdokumentation entsprechend abgebildet werden und die finale Einräumung der Beteiligung vom Eingang einer positiven Rückmeldung abhängig gemacht werden. Auch für den Fall einer negativen Rückmeldung werden in der Regel bereits Vorkehrungen getroffen, etwa durch die alternative Einräumung von virtuellen Anteilen (dann allerdings mit höherer Besteuerung; s.o.).

### Zukunftsfinanzierungsgesetz

Aktuell bestehen Diskussionen über weitere gesetzgeberische Maßnahmen, die für das hier beschriebene Thema relevant sind. Insbesondere durch den aktuell vorliegenden Referententwurf des Gesetzes zur Finanzierung von zukunfts-sicheren Investitionen (kurz: Zukunftsfinanzierungsgesetz) werden verschiedene Maßnahmen vorgesehen, durch die unter anderem die o.g. Punkte an den bestehenden Regelungen aufgegriffen werden.

Bezüglich der Beteiligung eines/einer Co-Founder\*in sind die rechtlichen und insbesondere steuerrechtlichen Rahmenbedingungen zu beachten. Hier wird der Gesetzgeber seit einiger Zeit tätig; es ist jedoch noch nicht absehbar, mit welchen Änderungen zu rechnen ist. Bis dahin wird es in den meisten Fällen einer nachträglichen Beteiligung naheliegen, eine Gestaltung von Hurdle Shares vorzusehen und den Vorgang steuerrechtlich mit der Finanzverwaltung entsprechend vorab zu klären. ●

Die Autoren: Alexander Weber, LL.M. (Victoria University of Wellington) ist Partner und Roman Ettl-Steger, LL.M. (King's College London) Salaried Partner, beide am Münchner Standort der Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek im Bereich Venture Capital, [www.heuking.de](http://www.heuking.de)