



PHANTOM SHARES

Recht für Gründer*innen: Wir erklären, was es mit virtuellen Beteiligungen, sog. Phantom Shares, auf sich hat und welche (steuer-)rechtlichen Aspekte bei dieser Form des (Mitarbeitenden-)Incentives zu beachten sind.

In der rechtlichen Beratung von Start-ups kommt es häufig zu der Frage, wie Zuwendungen an bestimmte Personen abhängig von der künftigen Entwicklung des Start-ups gewährt werden können.

Die Intention ist dabei, eine Incentivierung von Personen zu erreichen. Hierbei soll die Liquidität des Start-ups geschont werden, während etwa bei einem Exit nach Realisierung einer Wertsteigerung weitere Zahlungen getätigt werden können. Diese Incentivierung soll dazu führen, dass bestimmte Personen dem Start-up überhaupt zur Verfügung stehen (etwa Top-Entwickler*innen, die ein sonst höheres Gehalt erwarten würden) oder aber Leistungen kostengünstiger und damit verfügbar sind (etwa in den Bereichen Design oder Marketing).

Besonders geläufig ist dieses Modell bei Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen. Dort wird die Incentivierung erreicht, indem zusätzlich zum Arbeitsentgelt für Arbeitnehmende und/oder Geschäftsführer (bezeichnet als sog. VSOP) eine Zahlung im Exit-Fall in Aussicht gestellt wird. Daneben gibt es zahlreiche weitere Bereiche, in denen eine solche Beteiligung an künftigen

Erlösen ebenfalls sinnvoll erscheint und in der Praxis Verwendung findet, zum Beispiel im Bereich Marketing, Leistungen eines Accelerators, Vermittlung von Finanzierungen und/oder von bestimmten Kontakten oder Geschäftschancen (etwa des im Lebensmitteleinzelhandel wichtigen sog. Listing) oder generell bei Beratungsleistungen.

In all diesen Fällen ist in der Regel strukturell vorgesehen, dass die betreffenden Unterstützer des Start-ups bei möglichst geringen steuerlichen Risiken außerhalb des sog. Cap Tables (der Cap Table ist eine tabellarische Aufstellung der Besitzverhältnisse im Unternehmen) – mithin ohne Gewährung von „echten“ Geschäftsanteilen – entsprechend beteiligt werden. In der Praxis hat sich hierzu die Gewährung von rein virtuellen Anteilen (Phantom Shares) bewährt.

Was sind virtuelle Beteiligungen?

Virtuelle Anteile sind zunächst eine Equity-Beteiligung an der Zielgesellschaft und vermitteln daher keine Rechte an oder zur Einräumung von (echten) Geschäftsanteilen. Damit

unterscheiden sie sich grundsätzlich von Optionsrechten oder Equity-Beteiligungsprogrammen, bei denen regelmäßig Anteile direkt eingeräumt werden oder zumindest der künftige Erwerb von Geschäftsanteilen zugesagt wird. Vielmehr vermitteln virtuelle Anteile ausschließlich eine finanzielle Beteiligung, die beim Eintritt bestimmter Ereignisse zu Zahlungsansprüchen gegen die Gesellschaft führt.

In der Praxis sind dies in der Regel Zahlungsansprüche des Berechtigten gegen die Gesellschaft bezogen auf ein zusätzliches Entgelt im Exit-Fall. Wann ein solcher Exit anzunehmen ist, kann unterschiedlich ausgestaltet werden. Häufig wird dies die Veräußerung von mindestens 50 Prozent der Geschäftsanteile sein. Der Anspruch des virtuell Beteiligten auf Zahlung eines Geldbetrags ist der Höhe nach dabei abhängig vom Umfang des Exit-Kaufpreises (abzüglich von Transaktionskosten und ggfs. Tax), den die Gesellschafter vereinnahmen.

Wirtschaftlich getragen wird die Forderung dem virtuell Beteiligten gegenüber im Ausgangspunkt von der Gesellschaft und damit von dem Erwerber, der dies ggfs. bei der Bemessung des Exit-Kaufpreises berücksichtigen wird. Dies führt regelmäßig zu einer anteiligen Tragung aller Gesellschafter aus dem Exit-Erlös. Im Innenverhältnis sind in der Praxis im Verhältnis zu Investoren allerdings Regelungen gebräuchlich, die eine Tragung nur durch die Gründer aus ihrem Exit-Erlös im entsprechenden Beteiligungsvertrag vorsehen können. Berücksichtigt werden virtuelle Beteiligungen und deren Tragung dann im Cap Table unter der Darstellung „fully diluted“. Da keine (echten) Geschäftsanteile übertragen werden, stehen den virtuell Beteiligten auch keine Gesellschafterrechte (insbesondere nicht die Auskunfts- und Mitwirkungsrechte von Gesellschaftern) zu. Ein Zahlungsanspruch entsteht regelmäßig nur dann, wenn tatsächlich eine Exit-Transaktion beurkundet wird.

Alternativ können Zahlungen aber nicht (nur) von einem Exit abhängig gemacht werden, sondern etwa von Gewinnausschüttungen an Gründer (um eine Stellung ähnlich einem Co-Founder zu erreichen) oder der Erreichung von bestimmten Meilensteinen. Bei Start-ups, die mangels ausreichend liquider Mittel eine Incentivierung eines Entwicklerteams benötigen, ist es so möglich, den Entwicklern statt (oder neben) einer Beteiligung an Exit-Erlösen ein (zusätzliches) Entgelt zu einzuräumen, soweit ein bestimmter Entwicklungsstand oder Marktzugang bzw. Umsatzziel erreicht wird.

Eine Übertragung der virtuellen Anteile an Dritte ist regelmäßig ausgeschlossen. Die Anteile verfallen zudem üblicherweise nach allgemein bekannten Bad-/Good-Leaver-Grundsätzen, wobei in der rechtlichen Ausgestaltung weitgehend Flexibilität besteht.

Warum nicht „echte“ Anteile?

Die Frage, warum sich das Start-up für virtuelle Anteile – im Gegensatz zu echten Anteilen oder Anteilsoptionen – entscheiden sollte, wird regelmäßig mit der Vermeidung von sog.

Dry Income begründet. Dry Income umschreibt die Problematik, dass nach deutschem Steuerrecht mit der Einräumung – also dem sog. dinglichen Erwerb – von (echten) Anteilen unmittelbar Steuern ausgelöst werden können. Je nach konkreter Situation dürfte etwa der Arbeitnehmer, der für die Einräumung lediglich den Nominalbetrag (EUR 1 je Anteil) leistet, im Hinblick auf den Differenzbetrag bis zum Verkehrswert der eingeräumten Anteile einkommensteuerpflichtig sein.

Dies ist vor allem deshalb problematisch, weil gleichzeitig kein Vermögenszufluss beim Arbeitnehmer stattfindet (mithin ein Dry Income generiert wird). Der Arbeitnehmer müsste also den Wert seiner Anteile (abzüglich des gezahlten regelmäßig geringen Erwerbspreises) mit seinem individuellen Einkommensteuersatz besteuern. Sollte die betreffende Gesellschaft nach dem Erwerb der (echten) Anteile in die Insolvenz geraten, besteht das zusätzliche Risiko, dass die Besteuerung für die Einräumung der Anteile zu leisten ist, obgleich die Anteile für den Gesellschafter bereits keinen Gegenwert mehr darstellen.

Soweit die (echten) Anteile an Berater, Accelerator oder Dienstleister eingeräumt würden, wäre die Einräumung hier entsprechend ebenfalls nicht steuerneutral; die Differenz zwischen Erwerbspreis und Verkehrswert unterläge je nach Fallgestaltung entweder der Einkommensteuer oder Körperschaftsteuer bzw. Gewerbesteuer. Zusätzlich wäre die Vergütung in Form des Erwerbs der (echten) Anteile auch umsatzsteuerrechtlich zu berücksichtigen.

Bei virtuellen Anteilen hingegen wird mit Einräumung der Anteile grundsätzlich keine Einkommenssteuer bzw. Körperschaftsteuer/Gewerbesteuer ausgelöst, sondern erst mit Erhalt des Entgelts beim Exit. Umsatzsteuerrechtlich ist die Einräumung von virtuellen Anteilen weiterhin zu berücksichtigen, im Einzelfall auch bereits bei der Einräumung.

Zwar hat sich der Gesetzgeber im Jahr 2021 mit Einführung des Fondsstandortgesetzes (BStBl. 2021 I 1498 ff.) des Problems der Anteilsgewährung an Mitarbeiter angenommen und § 19a Einkommenssteuergesetz (EStG) neu gefasst, allerdings hat dies letztlich kaum eine Verbesserung der Problematik gebracht. Insbesondere aus Sicht der Begünstigten besteht das Steuerrisiko weitgehend fort, sodass sich die Praxis bei der Gestaltung zu Gunsten der Verwendung von virtuellen Anteilen seitdem wenig geändert hat.

Ein weiteres Argument für die Gestaltung von virtuellen (statt echten) Anteilen sind schließlich die mit einer (echten) Anteilsübertragung einhergehenden zwingenden Gesellschafterrechte sowie das Erfordernis der notariellen Beurkundung der Übertragung von (echten) Anteilen im Fall der UG/GmbH. ●

Der Autor Alexander Weber, LL.M., ist Rechtsanwalt und Partner bei Heuking Kühn Lüer Wojtek in München im Bereich Venture Capital / Gesellschaftsrecht, www.heuking.de

Bitte beachten: Aufgrund des komplexen juristischen Sachverhalts verzichten wir in diesem Beitrag ausnahmsweise auf die geschlechtergerechte Schreibung.