

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

Manager- und Mitarbeiterbeteiligungsmodelle (Teil 1): Strukturen und Ausgestaltung

Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Weitnauer, Weitnauer Partnerschaft mbB Rechtsanwälte Steuerberater, München

Manager- und Mitarbeiterbeteiligungsmodelle sind beide auf die Bindung und Incentivierung von Führungs- bzw. Schlüsselkräften ausgerichtet. Wesentlicher Bestandteil dieser Modelle sind somit Regelungen für den Fall, dass die Tätigkeit von Managern bzw. Mitarbeitern beendet wird. Für diesen Fall soll auch die Beteiligung enden. Dies ist Gegenstand der sog. Leaver- bzw. Vesting-Regelungen. Diese haben jedoch gesellschafts-, arbeits- und steuerrechtliche Grenzen. Im Folgenden werden zunächst in Teil 1 die Struktur und die steuerlichen Rahmenbedingungen der jeweiligen Beteiligungsmodelle dargestellt, in die sich die dann später in Teil 2 behandelten Leaver- und Vesting-Regelungen einbetten.

I. Zwecke der Beteiligungsmodelle

1. Zwecke der Managerbeteiligung

Das Managerbeteiligungsmodell bezweckt die Motivation von Fremdgeschäftsführern, den Wert ihres Unternehmens zu steigern, bzw. im Fall eines institutionellen Buy-Outs (IBO), also dem Erwerb eines Unternehmens durch bereits beschäftigte Geschäftsführer (MBO) oder von außen hinzutretende Manager (MBI) gemeinsam mit institutionellen Private Equity-Fonds, einen erfolgreichen gemeinsamen Unternehmensverkauf („Exit“) zu realisieren (allgemein Jesch/Striegel/Boxberger/Hohaus, 2. Aufl. 2020, § 13 Rn. 5 f.; Weitnauer, Management Buy-Out, 2. Aufl. 2013, Teil D Rn. 18 f.). Damit sollen mögliche Interessengegensätze zwischen Managern und Gesellschaftern bzw. Kapitalgebern überwunden werden, nämlich einerseits das Interesse der Manager an der dauerhaften Erhaltung einer sicheren Einkunftsquelle gegenüber dem Interesse vor allem der Investoren an der Realisierung einer erreichten Wertsteigerung in absehbarer Zukunft. Auch stellt die Managerbeteiligung ein Instrument der Unternehmensnachfolge bei Familiengesellschaften dar; die zunächst nur angestellten Geschäftsführer werden nach außen durch ihre zusätzliche Beteiligung als Gesellschafter aufgewertet.

2. Zwecke der Mitarbeiterbeteiligung

Auch die Mitarbeiterbeteiligung dient dazu, die Interessen von Gesellschaftern und Mitarbeitern gleichzuschalten. Es geht darum, gleichsam in einem „gemeinsamen Boot“ sitzend, eine erfolgsorientierte Unternehmenskultur zu schaffen und die Mitarbeiter längerfristig an das Unternehmen zu binden. Vor allem innovative technologieorientierte Unternehmen stehen im globalen Wettbewerb um die besten Talente, etwa im IT-Bereich; so werden etwa bei „Akqui-Hire“-Transaktionen Unternehmen häufig nur wegen ihrer Mitarbeiter erworben. Da gerade im Start-up-Bereich idR nur niedrigere Gehälter bezahlt werden, müssen diese für einen „Brain Gain“ durch die erfolgsbezogene Beteiligung ausgeglichen werden. Durch erfolgreiche Verkäufe werden Schlüsselkräfte befähigt, ihrerseits in andere Start-ups zu investieren und damit das Business Angel-Ökosystem als „Serial Entrepreneurs“ zu fördern.

3. Leaver-/Vesting-Regelungen zur Umsetzung dieser Zwecke

Die Leaver-/Vesting-Regelungen dienen dazu, die Bindung der Manager bzw. Mitarbeiter an das Unternehmen sicherzustellen. Denn sie sind für den Erfolg des Unternehmens primär verantwortlich und stellen daher einen maßgeblichen wertbildenden Faktor vor allem im Exit-getriebenen Private Equity- und Venture Capital-Umfeld dar, in dem die Investoren ihre Kapitalrendite erst durch einen Verkauf realisieren. Scheiden Mitglieder eines Führungsteams vorzeitig (vor einem Exit) aus, entfällt für die Investoren die Geschäftsgrundlage ihrer Beteiligung, da ihre Investmententscheidung häufig durch das Team personengebunden ist und die künftige Wertentwicklung von der weiteren Mitarbeit der Schlüsselkräfte abhängt. Aber auch im Verhältnis zu den unternehmenstreuen Managern bzw. Mitarbeitern ist die Korrektur der eingeräumten Beteiligungen erforderlich, da es unbillig wäre, diejenigen, die nicht mehr

mitarbeiten, am weiteren, durch die verbliebenen Kräfte realisierten Erfolg des Unternehmens partizipieren zu lassen. Trittbrettfahrer sind auszuschließen.

Ferner muss aber auch Manövriermasse für die Beteiligung von Ersatzkräften geschaffen werden. Es gilt das Rotationsprinzip: Um den Beteiligungsbesitz der ursprünglichen Gesellschafter vor einer übermäßigen Verwässerung zu schützen, werden Manager- bzw. Mitarbeitermodelle üblicherweise auf einen bestimmten prozentualen Anteil am gesamten Stammkapital der Gesellschaft (bei Mitarbeiterbeteiligungsmodellen im VC-Umfeld meist bis zu 10 %) begrenzt. Wer ausscheidet, muss dann Platz machen für neue Kräfte und deren entsprechende Incentivierung. Allerdings bedarf es im Interesse einer gerechten Behandlung einer Differenzierung der Rechtsfolgen je nach den Gründen des Ausscheidens, letztlich also danach, ob es selbstverantwortet ist oder nicht. Überdies ist auch der Beitrag zum Unternehmenserfolg über die Zeit durch die Vesting-Regeln auszutarieren.

II. Managerbeteiligungsmodelle

1. Managerbeteiligung ohne Finanzinvestoren

a) Gestaltung

Es handelt sich bei Managerbeteiligungen, die nicht im Rahmen von Buy-Outs erfolgen, um Einzelfallgestaltungen, sei es mit Einstieg des Managers nur zum Nennwert oder auch zum Verkehrswert mit Übernahme eines Verlustrisikos. Der „Modellcharakter“ dieser Gestaltungsformen folgt aber daraus, dass die Beteiligung nur gegen die Verpflichtung des Managers zur Rückübertragung eingeräumt wird, wenn das Anstellungsverhältnis beendet wird. In allen diesen Fällen geht es somit lediglich um eine „Gesellschafterstellung auf Zeit“. Diese Fallgestaltung ist Gegenstand der Leitentscheidung des BGH vom 19.9.2005, II ZR 173/04, BeckRS 2005, 12050 (MediaMarkt/Saturn Fall): Bei diesem sog. „Manager-Modell“ betrieb eine Holding GmbH verschiedene Einkaufsmärkte in der Rechtsform jeweils einer GmbH. Der jeweilige Geschäftsführer vor Ort wurde mit einem Geschäftsanteil von bis zu 10 % an der von ihm geleiteten GmbH beteiligt, während das restliche Stammkapital durch die Holding gehalten wurde. Für die Beteiligung hatte der Geschäftsführer den Nominalwert zu zahlen. Vereinbart wurde die Vollausschüttung des Gewinns, ferner dass die Gesellschafterstellung im Fall der Abberufung als Geschäftsführer und/oder der Beendigung des Geschäftsführeranstellungsvertrags enden soll. Hierfür gab der Geschäftsführer bereits beim Anteilserwerb ein Angebot zum Rückkauf und zur Rückübertragung seiner Beteiligung ab. Dabei sollte sich der Kaufpreis für den Rückkauf nach dem Einheitswert des Betriebsvermögens in diesem Zeitpunkt und dem Durchschnittsertrag der letzten 3 Jahre richten, jedoch nicht mehr als das 10-fache des Nominalwerts der erworbenen Beteiligung betragen. Der Geschäftsführer klagte auf Feststellung der Nichtigkeit des Kauf- und Abtretungsvertrags, hatte damit aber keinen Erfolg (zu den Wirksamkeitsgrenzen der Leaver-Regelungen Teil 2).

b) Steuerliche Folgen

Die rechtliche Gestaltung dieser Managerbeteiligung ist einfach. Die steuerlichen Folgen sind es hingegen nicht: Wird nämlich einem Angestellten im Hinblick auf seine Tätigkeit eine Beteiligung unter ihrem gemeinen Wert eingeräumt (wie im beschriebenen MediaMarkt/Saturn-Fall), stellt dies einen geldwerten Vorteil dar, der grds. als verdeckter Arbeitslohn bzw. als Einkommen zu versteuern ist (zum Aufschub der Lohnbesteuerung nach § 19 a EStG noch unten III. 2 a, dd). Daher liegt umgekehrt kein Besteuerungstatbestand bei einer wertangemessenen Gegenleistung vor. Steuerlich maßgeblich ist der Zeitpunkt der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums, § 39 II Nr. 1 S. 1 AO, d. h. bei Erwerb einer gesicherten, nicht entziehbaren Rechtsposition mit Übergang wesentlicher Gesellschafterrechte, wie insb. des Gewinnbezugs- und Stimmrechts. Die Rückübertragungsverpflichtung der Leaver-Regelung steht dem ebenso wenig wie eine vereinbarte Verfügungsbeschränkung, also eine Vinkulierung, entgegen (BFH Ur. v. 7.4.1989, BeckRS 1989, 22008958; Binnewies/Finke, AG 2018, 789, 790), da Stimm- und Gewinnbezugsrechte hierdurch nicht eingeschränkt werden. Auch auf die Bewertung hat eine Rückübertragungspflicht, da in der persönlichen Sphäre des Managers liegend, § 9 II 3 BewG, keinen Einfluss.

Zu beachten sind die Besonderheiten bei Anteilsübertragungen zur Regelung der Unternehmensnachfolge innerhalb eines Familienverbands. Sie gelten als Schenkung iSv § 7 I Nr. 1 ErbStG auch dann, wenn die Anteilsübertragung an eine Tätigkeit innerhalb der Unternehmensgruppe geknüpft ist, FG Bremen Ur. v. 27.1.2022, BeckRS 2021, 49853 = GWR 2022, 354 [Udwari]. Gleiches hat das FG Sachsen-Anhalt in seinem Beschluss vom 14.6.2021, BeckRS 2021, 18146 für den Fall der Übertragung einer Beteiligung an leitende Angestellte iRd Unternehmensnachfolge zur Sicherung des Fortbestands der Unternehmensentschieden. Grund war, dass die im Vordergrund stehenden strategischen Überlegungen eine Sonderrechtsbeziehung unabhängig vom Arbeitsverhältnis begründen.

2. Managerbeteiligung zusammen mit institutionellen Investoren (IBO)

a) Sweet Equity

aa) Gestaltung

Klassische Anwendungsfälle einer Managerbeteiligung zusammen mit Private Equity Investoren sind Buy-Out-Konstellationen, in denen Manager und Investoren gemeinsam ein Zielunternehmen erwerben. Aus Gründen der Haftungsbegrenzung und zu Zwecken der Akquisitionsfinanzierung erfolgt dies in der Regel nicht unmittelbar, sondern mittelbar über eine gemeinsame Erwerbengesellschaft (AkquiCo), meist in Form einer GmbH. Abzugrenzen sind diese Fälle eines Institutionellen Buy-Out (IBO) von denen eines Owner Buy-Out (OBO) mit einem „Roll over“ des früheren geschäftsführenden Gesellschafters und Verkäufers in eine Minderheitsbeteiligung an der AkquiCo zu gleichen Konditionen wie der Investor. Auch wenn dieser frühere

Gesellschafter weiterhin geschäftsführend tätig bleibt, wird er im Folgenden nicht als Manager verstanden; er wird auch idR kein Vesting akzeptieren.

Beim IBO erwerben die Manager idR sofort eine Eigenkapitalbeteiligung in Form von Stammgeschäftsanteilen an der Erwerbengesellschaft, meist i. H. v. 5 % bis 20 %, wobei ihre Anschaffungskosten für den Erwerb des Zielunternehmens idR zu 20 bis 25 % aus privaten Mitteln („skin in the game“) gedeckt werden (Jesch/Striegel/Boxberger/Hohaus, aaO, § 13 Rn. 12, 45). Dieser Kapitaleinsatz des Managements ist meist wiederum zu finanzieren, ggf. durch öffentliche Förderprogramme oder auch (Non-recourse)-Darlehen der Investoren; eine Finanzierung durch die Erwerbengesellschaft ist hingegen gem. § 43 a GmbHG ausgeschlossen. Der größere Anteil an den Eigenmitteln wird von den Private Equity-Investoren durch strukturell vorrangige zusätzliche mezzanine Finanzierungsmittel oder auch durch mit einer Liquidationspräferenz ausgestattetes Eigenkapital erbracht. Über diesen strukturellen bzw. vereinbarten Vorrang der von ihnen eingesetzten Mittel im Exit-Fall sichern sich die Private Equity-Investoren ab. Die Manager partizipieren an einem Exit-Erlös jedoch über ihren im Vergleich der eingesetzten Mittel höheren quotalen Anteil am Veräußerungserlös. Wirtschaftlicher Hintergrund ist, dass die geplante Eigenkapitalrendite idR deutlich höher ist als die Verzinsung des eingesetzten mezzaninen Kapitals.

Beteiligen sich mehrere Manager, poolen sie sich häufig ihrerseits über eine steuerlich transparente Beteiligungsgesellschaft, idR eine GmbH & Co. KG, die von dem Private Equity-Investor als geschäftsführender Kommanditist gegründet wird und deren Komplementärgesellschaft gleichfalls vom Private Equity-Investor gehalten wird (vgl. auch von Werder/Li, BB 2013, 1736, 1737 ff.). Der Investor übernimmt in der Manager GmbH & Co. KG letztlich nur eine Art „Warehouse“-Funktion, da über ihn Leaver-Fälle von Managern, also ihr Ein- und Austritt, abgewickelt werden.

Im Fall dieser Bündelung der Manager in einer Manager GmbH & Co. KG werden die tätigkeitsbezogenen Regelungen, wie insb. zum Leaver-Fall oder auch ein Wettbewerbsverbot, im Rahmen des KG-Vertrags (zur Ausgestaltung Weitnauer, Management Buy-Out aaO Teil D Rn. 1 ff.; Jesch/Striegel/Boxberger/Hohaus, aaO, § 12 Rn. 47 ff.) getroffen. Im Fall der direkten Managerbeteiligung an der AkquiCo wird das Verhältnis zu den Finanzinvestoren typischerweise in einer eigenständigen Gesellschaftervereinbarung außerhalb der Satzung der AkquiCo zu idR standardisierten Konditionen, insb. mit Regelungen zur Vinkulierung, Mitverkaufsrechten, Mitverkaufspflicht, und den noch im Einzelnen zu behandelnden Leaver-Regeln je nach den Gründen des Ausscheidens gestaltet.

bb) Besteuerung

Sofern die Managementbeteiligung als unabhängiges Sonderrechtsverhältnis qualifiziert wird, werden Veräußerungserlöse aus Sweet Equity nicht voll als Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit gem. § 19 EStG besteuert, sondern als Einkünfte aus Kapitalvermögen,

§ 20 II 1 Nr. 1 EStG, mit der Abgeltungssteuer von 25 % (bzw. bei Beteiligungen von mindestens 1 % am Gesellschaftskapital während der letzten 5 Jahre nur nach dem Teileinkünfteverfahren gem. §§ 17, 3 Nr. 40 S. 1 c) EStG), so BFH, Urt. v. 1.12.2020 – VIII R 40/18, BeckRS 2020, 47279. Dies ist der Fall, wenn

- (i) kein Anspruch auf den Erwerb der Beteiligung aus dem Arbeitsverhältnis besteht (Beteiligung als eigene Erwerbsgrundlage),
- (ii) die Beteiligung zu marktüblichen Konditionen und nicht etwa verbilligt erworben wurde, wobei eine erhöhte Gewinnchance unbeachtlich ist, da sie jeder Kapitalbeteiligung innewohnt,
- (iii) die Beteiligung mit einem vollen Verlustrisiko behaftet ist (hierzu auch FG Baden-Württemberg, Urt. v. 26.2.2020, BeckRS 2020, 15959), und schließlich wenn
- (iv) keine besonderen Umstände aus dem Arbeitsverhältnis die Veräußerbarkeit und Wertentwicklung der Beteiligung beeinflussen, wie etwa dann, wenn eine Rückveräußerung nur an den Arbeitgeber möglich ist und die Höhe des Rückkaufwerts von den Gründen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses anhängt, so BFH, Urt. v. 5.11.2013 – VIII R 20/11, BeckRS 2014, 94248.

Die durch die Finanzierungsstruktur beabsichtigte überproportionale Erlösbeteiligung der Manager auf der pro rata Verteilungsebene durch die höheren, jedoch vorrangigen Finanzierungsbeiträge der Finanzinvestoren ändert an der steuerlichen Beurteilung nichts, da sie andererseits auch mit einem höheren Risiko einer negativen Kapitalrendite oder auch eines Verlusts bei niedrigen Exit-Erlösen verbunden ist (BFH, aaO Rn. 26).

b) Sweat Equity

aa) Gestaltung

„Sweat Equity“ muss, wie der Name sagt, erst erarbeitet werden. Der Manager wird somit nicht sofort als Mitgesellschafter bzw. Co-Investor beteiligt, sondern erhält nur Options- bzw. Bezugsrechte auf den Erwerb von Anteilen zu einem bestimmten Ausgabepreis (Strike Price). Das Recht auf Ausübung dieser Optionsrechte kann auch verknüpft werden mit dem Erreichen bestimmter Erfolgsziele. Im Zeitpunkt der Optionsausübung ist sodann der Ausgabepreis zu zahlen, weshalb die Ausübung meist erst erfolgt, wenn auch eine Veräußerung und damit ein Erlöszufluss möglich ist.

Die Optionsrechte können auf die Schaffung neuer Anteile durch eine Barkapitalerhöhung über eine Stimmrechtsvereinbarung gerichtet sein oder auch bei der AG durch bedingtes bzw., bei der GmbH, genehmigtes Kapital unterlegt werden, §§ 193 I, 192 II, AktG bzw. § 55 a GmbHG. Bei der AG hat der von der Hauptversammlung nach § 193 II AktG zu beschließende Aktienoptionsplan im Fall der Ausgabe von Bezugsrechten an Arbeitnehmer oder Mitglieder der Geschäftsführung eine Wartezeit für die erstmalige Ausübung von mindestens 4 Jahren vorzusehen, § 193 II Nr. 4 AktG; auch

kann eine Lock-up/Haltefrist für die erworbenen Aktien vorgegeben werden.

Ergänzend kann je nach künftiger Wertentwicklung zwischen Managern und Investoren ein weiterer Ausgleich (Ratchet) durch Optionsrechte auf Erwerb von Anteilen vereinbart werden, so etwa zugunsten der Manager, wenn die Investoren durch den Exit eine bestimmte Mindestrendite, bspw. 20-30 % p. a. IRR oder das 2,5-3,5-fache ihres Investments erzielen. Umgekehrt kann sich auch das Management für den Fall der Verfehlung der Planziele zur Übertragung von ihm erworbener Anteile zu nominal an die Investoren verpflichten.

Die Ausübungsbedingungen unterliegen der Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB (Staake, NJOZ 2010, 2494 ff.). Jedoch kann die Ausübung der Option bzw. des Bezugsrechts wirksam vom Fortbestand eines ungekündigten Anstellungsverhältnisses abhängig gemacht werden, da diese Rechte nur einen Anreiz für zukünftigen Einsatz, nicht aber eine Entlohnung erbrachter Leistungen, anders als eine Gratifikation, darstellen, BAG, Urt. v. 28.5.2008, BeckRS 2008, 54295. Da durch den Erwerb der Gesellschaftstellung bei Optionsausübung in Zusammenhang mit einem Exit dessen Abwicklung verkompliziert werden kann, wird meist hiervon abgesehen und nur die Wertdifferenz (Spread) in Geld abgefunden.

bb) Besteuerung

Anders als bei der Einräumung offener Beteiligungen (Sweet Equity) unter Wert, die – vorbehaltlich von § 19 a EStG (siehe hierzu nachfolgend III.2 a, dd, ee) – zu einer Lohn- bzw. Einkommensbesteuerung im Zeitpunkt der Einräumung der Beteiligung führt, werden nicht handelbare Optionsrechte, auch soweit sie zu einem bestimmten Übernahmepreis ausgegeben werden, nicht bei Einräumung der Option, sondern grds. (ebenfalls vorbehaltlich § 19 a EStG) erst bei Zufluss eines geldwerten Vorteils bei Ausübung der Option und damit erst im Zeitpunkt der Verschaffung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht über die Geschäftsanteile bzw. Aktien besteuert. Grund hierfür ist, dass mit Optionsrechten nur eine bloße Chance auf die Erlangung eines geldwerten Vorteils verschafft wird, nämlich dann, wenn der Wert der Beteiligung im Zeitpunkt ihres Erwerbs den Ausgabepreis übersteigt, BFH, Urt. v. 1.2.2007, BeckRS 2007, 25011191 sowie BFH, Urt. v. 24.1.2001, BeckRS 2001, 24000484. Im Hinblick darauf, dass die zwischenzeitliche Wertsteigerung bis zum Ausübungszeitpunkt, also der Differenzbetrag zwischen Ausgabepreis und dem im Ausübungszeitpunkt gegebenen Verkehrswert als Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit zu besteuern ist, sind Optionen allerdings steuerlich unattraktiv und werden aus diesem Grund in der Praxis für Mitarbeiterbeteiligungsmodelle idR nicht verwandt.

III. Mitarbeiterbeteiligungsmodelle

1. Gestaltung

a) Formen der Mitarbeiterbeteiligung

Für die Mitarbeiterbeteiligung werden grundsätzlich zwei Formen der Beteiligung unterschieden: Zum einen

eigenkapitalbasierte, also gesellschaftsrechtliche Beteiligungsmodelle (in USA sog. „Restricted Stock Units“) und zum anderen der Eigenkapitalbeteiligung nachgebildete virtuellen schuldrechtliche Beteiligungsmodelle (hierzu ausf. Weitnauer, Handbuch Venture Capital, 7. Aufl. 2022, Teil F Rn. 126 ff.; ders. GWR 2022, 39 ff.). Bei den eigenkapitalbasierten Modellen werden die Mitarbeiter unmittelbar über die Einräumung von Geschäftsanteilen beteiligt oder mittelbar über eine Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaft; alternativ erhalten sie (wie bei Sweat Equity) nur Optionen auf den Bezug echter Geschäftsanteile („Employee Stock Option Program“ bzw. „ESOP“). Die rein virtuellen „als ob“-Beteiligungen, die daher auch als „Phantom Shares“ bezeichnet werden, bilden wirtschaftlich eine Beteiligung des Mitarbeiters über Stammgeschäftsanteile bezogen auf eine Exit-Vergütung oder auch Gewinnausschüttung ab. Da es sich um einen individuellen Austauschvertrag handelt, wird hierdurch gem. § 292 II AktG kein Teilgewinnabführungsvertrag begründet. Nicht nur Stammgeschäftsanteile können virtuell abgebildet werden, sondern auch Optionsrechte; derartige sog. Stock Appreciation Rights sind in der Praxis jedoch nicht relevant, da sie keinerlei weitere Vorteile bieten.

b) Gründe für die unterschiedlichen Formen

Gründe für die unterschiedlichen Formen der Mitarbeiterbeteiligung liegen vor allem in Corporate Governance-Erwägungen und in der Besteuerung:

aa) Corporate Governance

Unter Corporate Governance-Effizienzgründen werden es die übrigen Gesellschafter, insb. Investoren, tunlichst zu vermeiden suchen, eine größere Anzahl von Mini-Gesellschaftern aufzunehmen, denen nicht nur nicht entziehbare Auskunfts- und Teilnahmerechte an Gesellschafterversammlungen zustehen, sondern auch die Befugnis zur Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen. Ziel der Mitarbeiterbeteiligung ist aber nicht die Mitbestimmung von Mitarbeitern, sondern primär der wirtschaftliche Anreiz. Auch erschwert sich der Entscheidungsfindungsprozess im Kreis der Gesellschafter, je größer dieser wird. Überdies sind stets alle Gesellschafter als Vertragspartei beim Abschluss von Beteiligungs- und Gesellschaftervereinbarungen, wie vor allem im Start-up- und VC-Umfeld üblich, einzubeziehen. Auch das notarielle Formerfordernis für die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen ist hinderlich.

bb) Vermeidung einer „Dry Income“ Besteuerung

Die Struktur virtueller Beteiligungen ist vor allem aus steuerlichen Gründen entstanden, da der Zeitpunkt der Besteuerung möglichst deckungsgleich mit dem Zufluss sein sollte, um eine „Dry Income“-Besteuerung zu vermeiden. Mitarbeiter erhalten aber durch die Einräumung einer Beteiligung noch keine Liquidität, um hiermit ihrer Steuerschuld zu genügen, sondern erst im Zeitpunkt eines Exits, also idR eines Unternehmensverkaufs (Liquidity Event). Dies spricht für die virtuelle Beteiligung, da sie erst im Zeitpunkt der Auszahlung, nicht bei Einräumung besteuert wird. Allerdings ist dies

mit dem Nachteil der höheren Besteuerung verbunden, da diese für Kapitaleinkünfte, also im Fall der Einräumung echter Beteiligungen, fast um die Hälfte günstiger ist als für Arbeitseinkommen.

2. Echte Beteiligung

a) Besteuerung

aa) Besteuerung des geldwerten Vorteils

Wie oben (II. 1 b) bereits angesprochen, ist der Anteils-erwerb nur steuerneutral, wenn der Mitarbeiter einen Kaufpreis in Höhe des gemeinen Werts zahlt. Er kann zwar gestundet oder über ein Arbeitgeberdarlehen finanziert werden, doch trägt der Mitarbeiter damit das Risiko eines Wertverlustes. Liegt der Erwerbspreis hingegen unter dem gemeinen Wert der Beteiligung, stellt dies einen geldwerten Vorteil dar, der als verdeckter Arbeitslohn zu besteuern ist. Dies gilt auch bei Einräumung der Beteiligung durch Dritte (BFH, Urt. v. 1.9.2016, BeckRS 2016, 95588), oder auch an Dritte, etwa eine vom Mitarbeiter gehaltene Beteiligungsgesellschaft (BFH, Urt. v. 16.5.2013, BeckRS 2013, 96195; Binnewies, GmbH-StB 2019, 239, 241). Steuerlich maßgeblich ist der Zeitpunkt der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums. Der anschließende weitere Wertzuwachs unterliegt jedoch nur der günstigen Veräußerungsgewinnbesteuerung, eine etwaige Gewinnausschüttung der Kapitalertragsteuer.

bb) Hurdle Shares

Der geldwerte Vorteil kann durch Ausschluss des Eigenkapitalwerts bei Ausgabe der Beteiligung durch Vereinbarung einer negativen Liquidationspräferenz gesenkt werden (Kuntz/Engelhardt, ZGR 2021, 348, 364 ff., 370 ff.). In diesem Fall wird im Kreis der Gesellschafter vereinbart, dass der Mitarbeiter im Fall eines Exits nur an dem Erlösanteil teilnimmt, der die im Zeitpunkt der Einräumung der Beteiligung festgelegte Wertschwelle übersteigt (sog. „Hurdle Shares“ oder auch „Growth Shares“). Dies führt jedoch zu einer komplexeren Vertragsgestaltung, die sich allenfalls für den Fall der Beteiligung einiger weniger echter Führungskräfte eignet, nicht aber für ein umfassenderes allgemeines Mitarbeiterbeteiligungsprogramm (Weitnauer, GWR 2022, 39, 40).

cc) Wertermittlung

Entscheidend für die Ermittlung des geldwerten Vorteils ist die Ermittlung des gemeinen Werts des zugewandten Anteils. Vor allem im Start-up-Umfeld, bei dem es an verlässlichen Vergangenheitszahlen fehlt und es vornehmlich um künftige Hoffnungswerte geht, gibt es keine standardisierten Bewertungsverfahren, anders als etwa in den USA mit dem Bewertungsgutachten nach sec. 409A Internal Revenue Code (Prégardien/Winterhalder/Toliou, GWR 2022, 245, 248). Auch das vereinfachte Ertragswertverfahren nach § 11 II 2 BewG iVm §§ 199 bis 203 BewG wird, wenn sich -wie meist der Fall- der gemeine Wert nicht aus Verkäufen unter fremden Dritten innerhalb des letzten Jahres ableiten lässt, mangels Finanzhistorie nicht zur Anwendung gelangen können (Schmidt/Krüger, EStG, 41.Aufl. 2022, § 19 a

EStG Rn. 6). Daher bleibt die Einräumung einer offenen Beteiligung an Mitarbeiter allein schon wegen der Unsicherheit der Bewertung mit einem Besteuerungsrisiko behaftet. Jedoch wird man Liquidationspräferenzen, also Erlösbeteiligungsrechte von Investoren, anders als eine Rückübertragungsverpflichtung (oben II. 1 b), für die Mitarbeiterbeteiligung über Stammgeschäftsanteile wertmindernd zu berücksichtigen haben, da diese Vorrechte bei VC-Beteiligungen marktüblich sind (so auch Kawka/Vocke/L'habitant, BB 2017, 1694, 1697 sowie Honold/Fege, CF 2022, 346 ff.).

dd) Die Verschonungsregelung des § 19 a EStG

Die große Koalition hat bereits im Rahmen des im Juni 2021 in Kraft getretenen Fondsstandortgesetzes (FoStoG) versucht, die Rahmenbedingungen für Start-ups und deren Mitarbeiter durch die Sondervorschrift des § 19 a EStG vor allem für echte Mitarbeiterbeteiligungen zu fördern. Durch § 19 a EStG wird die Lohnbesteuerung (nicht die Sozialversicherungspflicht) für nach dem 1.7.2021 gewährte Mitarbeiterbeteiligungen an KMUs, also kleinen und mittleren Unternehmen, die nicht älter als 12 Jahre sind, aufgeschoben, bis die Beteiligung ganz oder teilweise entgeltlich oder unentgeltlich übertragen oder eingelegt wird, seit der Übertragung 12 Jahre vergangen sind oder das Dienstverhältnis beendet wird.

Damit wurde aber die Problematik der Dry Income-Besteuerung nicht gelöst, vor allen Dingen nicht im Hinblick auf die hohe Fluktuation im Start-up-Umfeld (u. a. deshalb hierzu kritisch Weitnauer, GWR 2022, 39, 40 f.). Insbesondere auch in einem „Leaver“-Fall erfolgt somit die nachgelagerte Besteuerung. Betrieblich veranlasste Wertminderungen im Zeitpunkt der Nachholung der Besteuerung werden zwar nach § 19 a IV 4 EStG berücksichtigt. Nicht berücksichtigt ist aber der Fall, dass der Mitarbeiter eine geringere Abfindung erhält als die von ihm beim Ausscheiden zu tragende Steuer, etwa wenn er im Fall der Eigenkündigung nur zum Nenn- oder Buchwert abgefunden wird. Zwar kann der Arbeitgeber für den Fall der Lohnbesteuerung bei Beendigung des Dienstverhältnisses nach § 19 a IV 1 Nr. 3 S. 2 EStG die Lohnsteuer übernehmen, ohne dass dies Teil des zu steuernden Arbeitslohns ist (Nettolohnvereinbarung), Doch wird dies in der Praxis gerade bei „Bad Leaver“-Fällen nicht in Betracht kommen.

ee) Geplante Änderungen durch ein Zukunftsfinanzierungsgesetz

Erfreulicherweise hat der Gesetzgeber die Defizite erkannt und nun unlängst einen ersten gemeinsamen Referentenentwurf des Finanz- und Justizministeriums für ein Zukunftsfinanzierungsgesetz (ZuFinG) vorgelegt, mit dem die bestehenden Wettbewerbsnachteile des Finanzstandorts Deutschland behoben werden sollen. Teil dieses Gesetzgebungsvorhabens ist auch die weitere Verbesserung der Mitarbeiterbeteiligung. Zwar wird die hier vorgesehene Erhöhung des Steuerfreibetrags in § 3 Nr. 39 EStG von derzeit € 1.440,00 auf € 5.000,00 schwerlich helfen, die „echte“ Mitarbeiterbeteiligung

im Start-up Bereich (anders als etwa bei Aktienoptionsprogrammen börsennotierter Gesellschaften) attraktiver zu machen, da sie hier nicht jährlich in kleinen Schritten erfolgt, sondern auf das einmalige Ereignis eines möglichst erfolgreichen Exits ausgerichtet ist und überdies auch nicht – wie es § 3 Nr. 39 S. 2 EStG verlangt – allen mindestens ein Jahr Beschäftigten, sondern nur ausgewählten Kräften angeboten wird. Doch wird der Anwendungsbereich der aufgeschobenen Besteuerung deutlich erweitert, da zum einen auf den doppelten KMU-Schwellenwert abgestellt werden soll, wodurch auch nicht nur „Unicorns“, sondern auch manche mittelständischen Unternehmen erfasst werden, und zum anderen auch der maßgebliche Gründungszeitraum des Unternehmens von 12 auf 20 Jahre vor dem Beteiligungszeitpunkt ausgeweitet wird. Ebenso soll die Besteuerung künftig spätestens erst 20 Jahre statt 12 Jahren nach Übertragung der Vermögensbeteiligung erfolgen.

Wesentlicher ist aber, dass der Gesetzgeber erkannt hat, dass die Schwachstellen der „Dry Income“-Besteuerung durch § 19 a EStG nicht behoben worden waren. Daher soll nun durch eine Ergänzung von § 19 a IV 4 EStG für die Besteuerung im Fall eines Leaver-Events, also des Rückerwerbs der Beteiligung bei Verlassen des Unternehmens, nur die tatsächlich an den Arbeitnehmer gezahlte Vergütung maßgeblich sein; dadurch wird sichergestellt, dass der Arbeitnehmer in diesem Fall nicht den bei Einräumung der Beteiligung höheren geldwerten Vorteil zu versteuern hat.

Von mindestens ebenso großer Bedeutung ist die geplante Einfügung der beiden weiteren Absätze 4 a und 4 b. Hierdurch wird dem Arbeitgeber die Möglichkeit verschafft, anstelle der anhand der individuellen Lohnsteuerabzugsmerkmale nachzuholenden Besteuerung einen Pauschalsteuersatz von 25 % anzusetzen. Schuldner dieser pauschalen Lohnbesteuerung ist der Arbeitgeber, doch soll eine Abwälzung auf den Arbeitnehmer durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen nach der Entwurfsbegründung möglich sein. Ergänzt wird diese Regelung dadurch, dass eine Lohnbesteuerung bei Ausscheiden oder spätestens nach 20 Jahren dann nicht erfolgen soll, wenn der Arbeitgeber spätestens mit der dann folgenden Lohnsteueranmeldung unwiderruflich erklärt, im Fall der späteren Übertragung der Beteiligung nach § 19 a IV 1 Nr. 1 EStG für die Lohnsteuer zu haften. In einem solchen Fall kommt es somit erst beim späteren Verkauf zu einer Besteuerung. Damit wird der Steueranspruch des Fiskus auch in den Fällen sichergestellt, in denen Mitarbeiter unbekannt ins Ausland verzogen sind.

Eine einfachere Besteuerungsregelung erschiene zwar denkbar, doch stellen die nun geplanten Ergänzungen der bereits recht ausgefeilten Regelung des § 19 a EStG wesentliche und zu begrüßende Schritte in Richtung auf einen internationalen Standards entsprechenden Rahmen der Mitarbeiterbeteiligung in Deutschland dar. Nicht abgeholfen ist allerdings den Unsicherheiten der Bewertung, da die durch § 19 a V EStG vorgesehene Anrufungsauskunft des Betriebsstättenfinanzamts erst

nach Übertragung einer Vermögensbeteiligung eingeholt werden kann und damit die im Vorfeld bestehenden Unsicherheiten nicht behebt. Ferner ist bemerkenswert, dass der Referentenentwurf zwar die Digitalisierung am Kapitalmarkt vorantreiben will und daher auch das Aktienrecht für elektronische Aktien öffnen soll, andererseits aber nicht daran denkt, das notarielle Formerfordernis für die Übertragung (und die Verpflichtung hierzu) von Geschäftsanteilen an den im Start-up-Bereich gebräuchlichen Rechtsformen der GmbH und UG (haftungsbeschränkt) nach § 15 III, IV GmbHG abzuschaffen. Dies erscheint aber überfällig, da diese Regelungen nach h. M. nur den Zweck der Verhinderung eines spekulativen Handels mit GmbH-Geschäftsanteilen verfolgen (Noack/Servatius/Haas/Servatius, 23. Aufl. 2022, § 15 GmbHG Rn. 21,30), der aber bereits durch die Vinkulierung gem. § 15 V GmbHG und die durch das MoMiG eingeführte Gesellschafterliste, § 40 GmbHG, gewahrt wird; ein weitergehender Warn- bzw. Schutzzweck ist hiermit nicht verbunden (Weitnauer GWR 2018, 245, 247).

b) Indirekte Beteiligung

aa) Über eine KG-Struktur

Die einer echten Beteiligung entgegenstehenden Corporate Governance-Erwägungen greifen nicht im Fall einer indirekten Mitarbeiterbeteiligung über eine eigene Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaft, etwa eine GmbH/UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG, da die Rechte der Mitarbeiter hier gebündelt werden und die Beteiligungsgesellschaft als gemeinsames Sprachrohr fungiert. Die Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaft kann (entsprechend der Manager-Beteiligungsgesellschaft, oben II.2 a, aa) von der operativen Gesellschaft (OpCo) als geschäftsführender Gründungskommanditistin und eine auch von ihr gehaltene Komplementärgesellschaft aufgesetzt werden. Sie erwirbt dann die für die Mitarbeiterbeteiligung bestimmten Stammgeschäftsanteile von den Gesellschaftern der OpCo. Jedenfalls solange die OpCo Mehrheitsgesellschafterin der Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaft ist, stünde nach h.M. dem Erwerb von Beteiligungen an der OpCo über eine Kapitalerhöhung die entsprechende Anwendung von § 56 II 1 AktG entgegen (Noack/Servatius/Haas, 23. Aufl., 2022, § 55 GmbHG Rn. 19).

Die Kommanditbeteiligungen an der Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaft werden sodann von der OpCo als geschäftsführender Kommanditistin an die Mitarbeiter mit der Verpflichtung zur Rückübertragung an die OpCo im Leaver-Fall gegen Abfindung übertragen. Ein zu versteuernder geldwerter Vorteil wird bei Vereinbarung eines (gering verzinsten) Kaufpreises vermieden, der bis zum Exit/Ausscheiden des Mitarbeiters gestundet wird. Da in einem solchen Fall eine Bewertung anhand nachvollziehbarer Kriterien erfolgt, werden Bewertungsunsicherheiten, die bei unentgeltlicher Übertragung bestehen, vermieden. Um auszuschließen, dass der Mitarbeiter nicht belohnt, sondern im Gegenteil mit einer Zahlungspflicht im Zeitpunkt seines Ausscheidens belastet wird, sollte dies mit einer aufschiebend bedingten Verzichtvereinbarung für den Fall verbunden wer-

den, dass der dem Mitarbeiter zufließende Erlös bzw. die ihm zufließende Abfindung geringer sein sollte als der geschuldete Kaufpreis. Da diese Verzichtvereinbarung nur dem Schutz der Mitarbeiter vor Nachteilen ihrer Beteiligung dient, die lediglich zu ihrer Incentivierung bestimmt war, kann in einer solchen aufschiebend bedingten Verzichtvereinbarung auch kein Gestaltungsmissbrauch iSv § 42 AO gesehen werden, denn dies stellt nur den Grundgedanken der Mitarbeiterbeteiligung sicher (mit gleichem Ziel nun auch § 19 a IV 4, 2. HS. EStG-E).

bb) Alternativen

Bei einer überschaubaren Anzahl von Mitarbeitern bietet sich als Alternative zur komplexeren Struktur der Mitarbeiterbeteiligungs-KG auch ein bloßes vertragliches Stimmrechtspooling dieser Mitarbeiter an, wodurch zumindest ihre gemeinsame Vertretung sichergestellt würde, oder auch der Zusammenschluss in einer Mitarbeiter-GbR, mit Inkrafttreten des MoPeG zum 1.1.2024 dann auch einer rechtsfähigen eingetragenen GbR, allerdings mit persönlicher und gesamtschuldnerischer Außenhaftung, § 721 BGB-E. Sollen Mitarbeiter aus den erwähnten Corporate Governance-Gründen nur vermögensrechtlich beteiligt werden, ist in diesen Fällen auch die Ausgabe nur stimmrechtsloser Geschäftsanteile an sie denkbar.

3. Virtuelle Mitarbeiterbeteiligung

Bei der virtuellen Mitarbeiterbeteiligung werden Mitarbeiter wirtschaftlich so gestellt wie nicht bevorrechtigte Inhaber von Stammgeschäftsanteilen. Sie vermitteln keine Gesellschafterrechte, sondern nur eine wirtschaftliche Incentivierung und sind daher unter Corporate Governance-Gesichtspunkten vorteilhaft (hierzu im Einzelnen Weitnauer, Handbuch Venture Capital aaO, Teil F Rn. 152 ff. und das dortige Muster im Anhang X). Für Arbeitnehmer und Arbeitgeber bietet diese rein wirtschaftliche Beteiligungsform den Vorteil weitgehender Gestaltungsfreiheit. So können virtuelle Beteiligungen auch gestaffelt je nach Erreichen von bestimmten Erfolgszielen ausgegeben werden. Unterschiedliche Eintrittszeitpunkte der Mitarbeiter können durch einen virtuellen Ausgabepreis wertmäßig abgebildet werden. Auf ihn kann auch ganz verzichtet werden, wodurch sich dann wirtschaftlich gesehen die höhere Steuerlast, die auf die virtuelle Beteiligung entfällt, ausgleicht. Die durch die virtuelle Beteiligung begründete Vergütungsforderung ist aufschiebend bedingt durch einen „Liquidity Event“ in Form meist eines Mehrheitsverkaufs der Anteile oder der Vermögenswerte (Asset Deal), nicht jedoch einer bloßen Finanzierungsrunde. In manchen Fällen wird auch eine Vergütungsforderung in Höhe eines virtuellen Gewinnanteils bei einer von den Gesellschaftern beschlossenen Gewinnausschüttung begründet.

Wie erwähnt (III. 1 b, bb), bieten virtuelle Beteiligungen den steuerlichen Vorteil, dass der Exit-Erlös erst bei Zufluss zu versteuern ist; jedoch unterliegt dann die

gesamte Wertsteigerung bis zum Exit der Lohnbesteuerung. § 19 a EStG hat für die virtuelle Beteiligung keine Bedeutung, da hiernach ohnehin eine Besteuerung erst bei Auszahlung erfolgt. Eines Besteuerungsaufschubs bedarf es somit nicht.

IV. Fazit

1. Manager- und Mitarbeiterbeteiligungsmodelle dienen grds. nicht der Honorierung in der Vergangenheit geleisteter Arbeit, sondern der Incentivierung künftiger Tätigkeit.

2. Die Beteiligungen werden unter der Prämisse der weiteren Mitarbeit eingeräumt und daher mit einer Rückübertragungsverpflichtung für den Fall der Beendigung der Tätigkeit verbunden.

3. Wird die Beteiligung verbilligt, also unter dem aktuellen Verkehrswert eingeräumt, führt dies zu einer Besteuerung des geldwerten Vorteils als Lohn bzw. Einkommen, sofern Grundlage hierfür das Anstellungsverhältnis ist (Ausnahmen gelten im Bereich der Unternehmensnachfolge).

4. Die Managerbeteiligung im Rahmen von Buy-Out-Transaktionen erfolgt meist über „Sweet Equity“. Dabei führt auch eine strukturell disproportionale und damit bevorzugte Beteiligung der Manager mit einem im Vergleich zum eingesetzten Kapital erhöhten quotalen Anteil am Stammkapital zu keiner steuerlichen Behandlung als Einkünfte aus nichtselbstständiger Tätigkeit, sofern die Beteiligung im Übrigen zu marktüblichen Konditionen erworben wurde.

5. Die Mitarbeiterbeteiligung erfolgt in der derzeitigen Praxis aus Corporate Governance-Gründen und zur Vermeidung einer Dry-Income-Besteuerung über virtuelle Beteiligungsprogramme, die eine Vergütungsforderung des Mitarbeiters gegenüber der Gesellschaft im Exit-Fall so begründen, als ob er mit nicht bevorrechtigten Geschäftsanteilen beteiligt worden wäre. Die Verschonungsregelung des § 19 a EStG, die für KMUs einen Lohnbesteuerungsaufschub vorsieht, hat hieran bislang nichts geändert. Die im Referentenentwurf des Zukunftsfinanzierungsgesetzes vorgesehenen weiteren Änderungen von § 19 a EStG erscheinen aber durchaus geeignet, die echte Form der Beteiligung von Mitarbeitern auch im Start-up-Umfeld wegen der vorgesehenen begünstigten Pauschalbesteuerung mit 25 % im Exit-Fall bei Haftungsübernahme durch den Arbeitgeber und wegen der zusätzlichen Regelungen zum Ausschluss einer Dry Income-Besteuerung steuerlich attraktiver zu machen.

6. Als Alternative kann sich eine indirekte Beteiligung über eine Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaft anbieten, bei der ein wertangemessener Kaufpreis für die eingeräumte Beteiligung (verzinst) gestundet und mit einer Verzichtvereinbarung für den Fall verbunden wird, dass der auf die Beteiligung entfallende Erlös den an sich geschuldeten Kaufpreis nicht deckt. ■

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

Manager- und Mitarbeiterbeteiligungsmodelle (Teil 2): Ausgestaltung und rechtliche Grenzen von Leaver- und Vesting-Regelungen

Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Weitnauer, Weitnauer Partnerschaft mbB Rechtsanwälte Steuerberater, München

Wie in Teil 1 (GWR 2023, 111 ff.) dargestellt, beruhen Manager- und Mitarbeiterbeteiligungsmodelle auf dem Grundgedanken, dass „Geschäftsgrundlage“ die künftige Tätigkeit des Managers oder Mitarbeiters mit dem Ziel der Wertsteigerung des Unternehmens ist. Endet jedoch diese Tätigkeit, ist die eingeräumte Beteiligung entweder vollständig zurück zu übertragen oder zumindest der Höhe nach anzupassen. Dem dienen die im Folgenden beschriebenen Leaver- und Vesting-Regelungen. Ihre Ausgestaltung und rechtlichen Grenzen, einschließlich der Abfindungsfolgen und steuerlichen Implikationen, werden in diesem zweiten Teil behandelt.

I. Allgemeines

Leaver- und Vesting-Regelungen sind miteinander verzahnt und ergänzen einander. Manager bzw. Mitarbeiter sollen nicht von einem Wertzuwachs profitieren, zu dem sie nichts beigetragen haben. Daher soll das Recht auf Beteiligung oder auch nur am Wertzuwachs enden, wenn die Mitarbeit endet. Dementsprechend richtet sich der Bestand einer Beteiligung in ihrer Höhe nach der Dauer der Mitarbeit. Je länger die Mitarbeit dauert, desto stärker wird die Rechtsposition des Managers bzw. Mitarbeiters. Dies versteht man unter Vesting (hierzu auch Heckschen/Heidinger/Heckschen/Stelmaszczyk, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 5. Aufl. 2023, Kap. 4 Rn. 645 ff.; Drygala/Wächter/Gabrysch, Venture Capital, Beteiligungsverträge und „Unterkomplexitätsprobleme“, 2018, S. 61 ff.; Denga, ZGR 2021, 725, 734 ff.). Den Entzug bzw. das (zeitanteilige) Verfallen von Beteiligungsrechten haben die Leaver-Regelungen, als gleichsam „negative“ Seite des Vesting, zum Gegenstand (Weitnauer, Handbuch Venture Capital, 7. Aufl. 2022, Teil E Rn. 220 ff.). Je ausdifferenzierter die Vesting-Regelungen, desto geringeren Schutzes vor einer Hinauskündigung bedarf es nach den Grundsätzen von Treu und Glauben. Fragen ihrer Rechtswirksamkeit stellen sich daher in der Praxis fast ausschließlich für die Leaver-Regelungen, die aller-

dings stets im Licht der Ausgewogenheit der Vesting-Regeln zu beantworten sind.

Manager- und Mitarbeiterbeteiligungsmodelle in Form der „echten“ Beteiligung als Gesellschafter (im Unterschied zur nur virtuellen Mitarbeiterbeteiligung) ähneln sich. Besonderheit der Managerbeteiligungsmodelle ist, dass hier grds. alle Geschäftsanteile des Managers im Leaver-Fall einer Call-Option des Investors bzw. in bestimmten Fällen auch einer Put-Option des Managers unterliegen. Hier gilt das Alles-oder-nichts-Prinzip. Nur für den für die Managerbeteiligung zu bezahlenden Kaufpreis bzw. die Abfindung (Buch- oder voller/teilweiser Verkehrswert) wird nach den Gründen des Ausscheidens bzw. dem zeitmäßigen Vesting der Anteile differenziert.

Bei den üblichen Mitarbeiterbeteiligungsmodellen (Teil 1 unter III. 1 a) sollen sich die Begünstigten hingegen Anteilsoptionen (ESOP) oder virtuelle Beteiligungen im Interesse einer kontinuierlichen Bindung erst erarbeiten. Das Recht zum Behalten der zugeteilten Beteiligung ist somit dem Grund oder auch der Höhe nach durch die aktive Mitarbeit für eine bestimmte Zeit bedingt. Eine Besonderheit besteht bei VC-Beteiligungen an einem Start-up: Hier werden idR auch die bereits bestehenden Beteiligungen der Gründer bzw. ihrer Beteiligungsvehikel nachträglich einer Leaver-Regelung unterworfen, die zur Voraussetzung eines Investments gemacht wird.

II. Gestaltung von Leaver-Regelungen

1. Fallgruppen

Maßgeblich dafür, ob der Begünstigte bereits gevestete Rechte behalten darf bzw., soweit er auch sie aufzugeben hat, zu welchem Wert sie abgefunden werden, sind sowohl für echte als auch für virtuelle Beteiligungen die Gründe des Ausscheidens (Rieckhoff/Hügel, GmbHR 2021, 299, 303, 304; Meyer-Sparenberg/Jäckle/Richter, Beck'sches M&A Handbuch, 2. Aufl. 2022,

§ 58 Rn. 110 ff.; Jesch/Striegel/Boxberger/Hohaus, aaO, § 13 Rn. 58 f.; von Werder/Li, BB 2013, 1736, 1742 f.). Es wird üblicherweise zwischen folgenden Fällen differenziert:

- Good-Leaver: z. B. bei dauerhafter Berufsunfähigkeit, Versterben, ordentlicher Kündigung der Gesellschaft.
- Bad-Leaver: insb. bei Kündigung durch die Gesellschaft aus wichtigem Grund gem. § 626 BGB, ggf. auch bei verhaltens- oder personenbedingter Kündigung iSd § 1 II KSchG.

Vereinfachend können auch alle Fälle, die nicht als solche eines Bad-Leaver definiert sind, als Good-Leaver behandelt werden. Eine in das Ermessen der Investoren gem. § 315 BGB wegen mangelnder Leistung (Underperformance) gestellte Call-Option ist in der Praxis seltene Ausnahme. Hier wird vor allem die Einordnung der ordentlichen Eigenkündigung, auch der Amtsniederlegung oder das Ausschlagen eines äquivalenten Verlängerungsangebots, verhandelt und unterschiedlich gestaltet:

- als Bad-Leaver, jedoch sollte dann zur Vermeidung einer unangemessenen Kündigungserschwerung, Art. 12 GG iVm § 138 BGB, das Recht zum Entzug der Beteiligung auf einen angemessenen Zeitraum, etwa den der Vesting-Periode, begrenzt werden;
- als Good-Leaver, da die ordentliche Eigenkündigung auf unterschiedlichen Gründen beruhen kann, etwa auf der Pflegebedürftigkeit nahestehender Angehöriger;
- als eigenständiger „Grey-Leaver“, bei dem die abzugebenden Anteile nicht zum Buchwert, sondern mit einem Abschlag (etwa 30 %) vom Verkehrswert abgefunden werden.

2. Leaver-Regelungen bei echten Beteiligungen

a) Gestaltungsalternativen

Das Ausscheiden als Gesellschafter kann entweder vertraglich durch eine Put-/Call-Option oder gesellschaftsrechtlich über eine Zwangseinziehung geregelt werden (Weitnauer/Grob, GWR 2015, 353 ff.). Im ersteren Fall (hierzu u. a. Bank/Möllmann, *Venture Capital Agreements in Germany*, 2017, Teil 3 Rn. 20, 221 ff.; Meyer-Sparenberg/Jäckle/Richter, aaO, § 58 Rn. 86 ff., 100 f.) kann das Übertragungsangebot bereits dinglich, aufschiebend bedingt durch den Leaver-Fall, durch den Manager/Mitarbeiter gegenüber den übrigen Gesellschaftern bzw. nur den Investoren oder auch der Gesellschaft abgegeben werden („harte“ Call Option); dabei sollte die Anteilsübertragung aber zur Vermeidung einer Vorleistungspflicht zusätzlich von der Zahlung des Kaufpreises abhängig gemacht werden. Stattdessen kann auch nur eine „weiche“ Call-Option im Sinne eines bloßen Anspruchs der übrigen Gesellschafter bzw. Investoren oder der Gesellschaft auf Übertragung der Beteiligung für den Leaver-Fall vorgesehen werden, vorzugsweise bereits verbunden mit einem Zustimmungsbeschluss der übrigen Gesellschafter unter Verzicht auf etwaige Vorerwerbs- und Mitveräußerungs-

rechte. Für den Good-Leaver-Fall kann aber auch in umgekehrtem Sinne eine Put-Option zu Gunsten des Managers/Mitarbeiters eingeräumt werden (Meyer-Sparenberg/Jäckle/Richter, aaO, § 58 Rn. 106 f.).

Gesellschaftsrechtlich lässt sich der Leaver-Fall aber auch als Grund einer Zwangseinziehung in der Satzung regeln. Dies sollte bei Start-ups, in denen Investoren regelmäßig nur als Minderheitsgesellschafter beteiligt sind, um eine Stimmbindung zur entsprechenden Beschlussfassung der übrigen Gesellschafter auf Verlangen der Investoren ergänzt werden. Bei der GmbH führt die Einziehung zur Nettowertaufstockung, bei der AG (vorbehaltlich der Ausnahmen in § 237 III AktG) grundsätzlich zur Kapitalherabsetzung gem. § 237 II AktG.

b) Zwangsabtretung bei Einziehung

Im Fall von Call-Optionen auf GmbH-Geschäftsanteile ist das notarielle Formerfordernis des § 15 IV GmbHG zu beachten, das sich dann auf alle hiermit in Verbindung stehenden vertraglichen Regelungen erstreckt (Vollständigkeitsgrundsatz). Dieses Formerfordernis gilt nicht für die Einziehungsregelung (Weitnauer, GWR 2018, 245, 247). Sie sollte in der Satzung um eine Abtretungsverpflichtung oder auch -ermächtigung ergänzt werden (Heckschen/Heidinger/Heckschen/Stelmaszczyk, aaO, Kap. 4 Rn. 602; Weitnauer, aaO, Teil E Rn. 266, 269; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, 21. Aufl. 2023, § 34 Rnr. 89, 140 f.; vgl. auch unten V.3 zur Vermeidung der „Nichtigkeitss Falle“ des § 34 III GmbHG). Bei der Abtretungsermächtigung wird die Gesellschafterversammlung oder auch die Geschäftsführung vorab ermächtigt (ggf. auch auf Verlangen von Investoren verpflichtet), die Abtretung zu bewirken, wenn der Ausschluss des betreffenden Gesellschafters beschlossen wird. Wird die Abtretung an Dritte, auch Mitgesellschafter, statt der Einziehung beschlossen, schulden die Erwerber die Abfindung aus ihrem Vermögen. Die Abtretungsverpflichtung oder -ermächtigung läuft somit im wirtschaftlichen Ergebnis auf eine weiche oder harte Call-Option hinaus. Vorerwerbsrechte, wie sie für die Fälle einer (nicht erzwungenen) Veräußerungsabsicht vorgesehen werden, gelten hierfür nicht bzw. sollten vorsorglich ausgeschlossen werden.

c) Ergänzende Regelungen

Die Bindungswirkung von Leaver-Regelungen ist durch die Vinkulierung der Beteiligung des Mitarbeiters/Managers (Lock-Up) mindestens für die Dauer der Vesting-Periode abzusichern. Soweit dem seine Tätigkeit einstellenden Manager/Mitarbeiter Anteile verbleiben, werden diese meist stimmrechtslos gestellt bzw. wird eine Verpflichtung zur Übertragung auf einen Treuhänder vorgesehen (Bank/Möllmann, aaO, Rn. 241). Um diesbezüglich Rechtssicherheit herzustellen, sollte die Ausübung der Call Option oder des Einziehungsrechts bzw. der Zwangsabtretungsbefugnis zeitlich nach Eintritt des Leaver-Falls befristet werden. Unterfallen die Leaver-Regelungen der AGB-Kontrolle, ist diese Befristung auch wegen § 308 Nr. 1 BGB erforderlich.

d) Rechtsschutz

Rechtsschutz gegen die Ausübung der Call-Option oder gegen einen Einziehungsbeschluss besteht in Form einer Anfechtungsklage, aber auch einer einstweiligen Verfügung gegen die Gesellschaft auf Listenkorrektur, OLG München, Beschl. v. 18.5.2021, BeckRS 2021, 11317; KG, Beschl. v. 29.11.2021, BeckRS 2021, 4034, und flankierend auf Unterlassung von Beschlussfassungen gegen die Gesellschafter, OLG München, Urt. v. 6.4.2022, BeckRS 2022, 7531. Kommt es zum Streit darüber, ob ein Bad-Leaver-Fall vorliegt, verstößt eine Fiktion der Vertragsbeendigung gegen das Verbot der freien Hinauskündigungsmöglichkeit; allerdings schließt die faktische Beendigung der Tätigkeit nach Einziehung es aus, sich hierauf zu berufen, OLG München, Urt. v. 5.10.2016, BeckRS 2016, 19878.

3. Leaver-Regelungen bei virtuellen Beteiligungen

Da die virtuellen Beteiligungen nur Berechnungsfaktoren für einen Zahlungsanspruch gegenüber der Gesellschaft darstellen, wird die Beendigung der Tätigkeit hier entweder nur als Ende des Anwachsens dieser Rechte oder, sofern sie sogleich in vollem Umfang eingeräumt wurden, als auflösende Bedingung geregelt, die zu einem vollständigen oder teilweisen Fortfall der virtuellen Anteile führt. Diese Unterscheidung hat aber letztlich nur vertragstechnische Bedeutung.

III. Gestaltung von Vesting-Regelungen

1. Vesting bei Mitarbeiterbeteiligungsmodellen

a) Allgemeines

aa) Vesting-Periode

Üblicherweise wird eine Vesting-Periode von 36 – 48 Monaten, linear auf monatlicher oder vierteljährlicher Basis, vorgesehen. Meist wird die Vesting-Periode bei verringertem Zeiteinsatz, etwa wegen Krankheit oder Elternzeit, gehemmt. Zur Vermeidung eines Verstoßes gegen gesetzliche Arbeitnehmerschutzvorschriften sollte die Vesting-Periode aber in Zeiten etwa des gesetzlich vorgeschriebenen Mutterschutzes fortlaufen und auch bei Inanspruchnahme von Elternzeit eine Hemmung nur für den Zeitraum vorgesehen werden, in dem Elternzeit genommen wird (hierzu Stiegler, NZA 2019, 1116 ff.). Modifiziert werden kann die Vesting-Periode durch einen Cliff (Bank/Möllmann, aaO, Rn. 266), wonach die erste Tranche einer Beteiligung bspw. erst nach einer „Testphase“ von einem Jahr angespart wird, oder auch durch ein „backloaded-Vesting“, etwa im Verhältnis 10 %, 20 %, 30 %, 40 % über 4 Jahre. Ein längerer Cliff als 1 Jahr kann auch als Ausgleich für die Behandlung der Eigenkündigung als Good-Leaver dienen.

bb) Beschleunigtes Vesting

Meist wird ein beschleunigtes (Accelerated) Vesting im Fall eines vorzeitigen Unternehmensverkaufs (Exit) während der Vesting-Periode vorgesehen, dies sowohl für echte als auch für virtuelle Anteile. Da das Team aber häufig einen Hauptwerttreiber der Akquisition ist,

kann als zweiter auslösender Grund (Double Trigger Acceleration) für das Accelerated Vesting vorgesehen werden, dass der Begünstigte innerhalb eines bestimmten Zeitraums (etwa 1 Jahr) nach Exit ohne wichtigen Grund gekündigt wird (Bank/Möllmann, aaO, Teil 3 Rn. 271 f.). Zur Abwicklung der im Zeitpunkt des Closing fällig werdenden Zahlungen wird dann idR der auf die Mitarbeiterbeteiligung entfallende Erlös auf ein Treuhandkonto einbezahlt.

b) Besonderheiten

aa) Echte Beteiligung

Im VC-Bereich werden üblicherweise Beteiligungen von Gründern, die bereits einen wesentlichen Beitrag zur Unternehmensentwicklung erbracht haben, sich jedoch trotz ihrer bereits bestehenden Beteiligung Leaver-Regelungen zu unterwerfen haben (oben unter I.) ganz oder teilweise von der Call-Option oder Einziehungsregelung ausgenommen (sog. Pre-Vesting). Für den Bad-Leaver-Fall kann aber der Verlust aller Anteile, auch der pre-gevesteten, vorgesehen werden, so dass für diesen Fall das Pre-Vesting nicht gilt (bloßes „Deemed Pre-Vesting“).

Ob der Eintritt eines Bad-Leaver-Falls im engeren Sinne, also bei Vorliegen eines wichtigen Kündigungsgrunds gem. § 626 BGB, nach Ablauf der Vesting-Periode weiterhin zum Entzug der Beteiligung berechtigen soll, ist im Einzelfall zu regeln, wäre aber – beschränkt auf diesen Fall und nicht den der Eigenkündigung (oben II. 1) – wirksam.

bb) Virtuelle Beteiligung

Soll dem Mitarbeiter auch im Fall der Eigenkündigung der gevestete Teil seiner virtuellen Anteile verbleiben, ist, da der Beitrag des Mitarbeiters für einen erfolgreichen Exit in seiner Wirkung schwindet, auch ein Ausgleich durch ein (zeitlich verzögertes) Abschmelzen gevesteter virtueller Anteile (De-Vesting) oder auch ein Abfindungsrecht des Unternehmens denkbar.

Zum Schutz von virtuell beteiligten Mitarbeitern vor einer unberechtigten Kündigung der Gesellschaft sollte für den Verfall bereits angesparter virtueller Anteile nicht auf den Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung, sondern auf die rechtswirksame Beendigung des Anstellungsverhältnisses abgestellt werden; ausgewogen erscheint es aber, das weitere Ansparen (Vesting) virtueller Anteile bereits bei Ausspruch der Kündigung enden zu lassen.

2. Vesting bei Managerbeteiligung

Wie eingangs bereits erwähnt, werden bei Managerbeteiligungsmodellen grds. sämtliche Anteile eines Managers im Fall der Beendigung seiner Tätigkeit zum Gegenstand einer Put-/Call-Option oder auch Einziehungsregelung gemacht und, je nach dem Umfang des Vesting, eine Abfindung nach Buch- oder Verkehrswert vorgesehen. Dabei wird das Vesting meist kombiniert durch leistungsbezogene (etwa Verkaufszahlen, Umsatz-/Wachstumsziele) und zeitanteilige Komponenten

geregelt (Jesch/Striegel/Boxberger/Hohaus, aaO, § 13 Rn. 52).

IV. Wirksamkeit von Leaver-Regelungen

1. Grundsatz

Auszugehen ist von dem Grundsatz der sog. „Damo-klesschwert“-Rechtsprechung des BGH, wonach Hinauskündigungsklauseln, d. h. Regelungen in Personen- oder Kapitalgesellschaften, die einzelnen oder einer Mehrheit von Gesellschaftern das Recht einräumen, einen Mitgesellschafter aus der Gesellschaft ohne sachlichen Grund auszuschließen, nach § 138 I BGB nichtig sind, BGH, Urt. v. 9.7.1990, BeckRS 2008, 17797. Ob ein sachlicher Grund vorliegt, ist jeweils im Einzelfall in Abwägung aller Umstände zu prüfen (Rieckhoff/Hügel, GmbHR 2021, 299, 302 f., 304; Grunewald, ZIP 2021, 433, 436; Heckschen/Heidinger/Heckschen/Stelmaszczyk, aaO, Kap. 4, Rn. 608 ff.).

2. Bei Managerbeteiligungsmodellen

a) Managerbeteiligungen ohne institutionelle Investoren

aa) Fallgestaltungen

Bei den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen handelte es sich um Managerbeteiligungen außerhalb von Buyout-Transaktionen (Teil I unter II. 1). Leaver-Fälle in Buy-out Konstellationen sind- soweit ersichtlich- von der ordentlichen Gerichtsbarkeit nicht behandelt, vermutlich weil hier in der Regel Schiedsvereinbarungen getroffen werden.

Folgende wesentlichen Fallgestaltungen sind entschieden:

i) „Manager-Modell“: Beteiligung des jeweiligen Leiters eines in der Rechtsform einer GmbH betriebenen Einkaufsmarkts mit bis zu 10 % durch die Holding mit Rückwerbsoption für den Fall des Ausscheidens (hierzu bereits Teil 1, GWR 2023, 111, 112, unter II.1 a): BGH Urt. v. 19.9.2005, BeckRS 2005, 12050, (MediaMarkt/Saturn-Fall).

ii) Gemeinsame Käufergesellschaft: OLG München Urt. v. 13.5.2020, BeckRS 2020, 10758.

Im Vorfeld eines Unternehmenskaufs gründete A mit 16 weiteren Personen eine Käufergesellschaft, an der er 25 % gegen eine Einlage von 225 T€ übernahm. Die Zielgesellschaft, bei der A Geschäftsführer wurde, wurde für 1,2 Mio. € erworben. A bot seine Beteiligung bedingt durch die Beendigung seines Dienstvertrags oder seiner Organstellung zum Rückkauf zum anteiligen Verkehrswert, mindestens dem Erwerbspreis an. Nach seiner Abberufung beschlossen die übrigen Gesellschafter dieses Angebot anzunehmen. A erhielt für seinen Anteil den früheren Erwerbspreis von 225 T€, jedoch wurde wenig später die Beteiligung an der Zielgesellschaft für insg. 10 Mio. € veräußert. A erhob Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Gesellschaftsbeschlusses zur Ausübung der Call-Option.

iii) Familiengesellschaft/Unternehmensnachfolge: LG Stuttgart Urt. v. 10.10.2018, BeckRS 2018, 30123 = GmbHR 2019, 116 m. Anm. Höfer

A erwarb von der Kommanditistin (K) für seine Geschäftsführertätigkeit eine 5%-Kommanditbeteiligung gegen einen überwiegend gestundeten und zu verzinsenden Kaufpreis von ca. 1 Mio. € mit Rückwerbsoption für den Fall der Beendigung der Geschäftsführertätigkeit. Der Kaufpreis für den Rückwerb sollte dem Verkehrswert in diesem Zeitpunkt unter Anwendung des ursprünglichen Bewertungsverfahrens entsprechen. K übte die Option aus und verlangte von A, der sich auf die Unwirksamkeit der Option berief, unter Anrechnung des auf ein Viertel gesunkenen Verkehrswerts den restlichen Kaufpreis.

bb) Sachlicher Grund

Ein sachlicher Grund für die Leaver-Regelung ist gegeben, wenn die Beteiligung nur „Annex“ zur Geschäftsführertätigkeit ist, da die Beteiligung mit dem Ausscheiden des Geschäftsführers ihren Sinn, nämlich dessen Bindung an das Unternehmen, die Motivationssteigerung und die Belohnung für seinen erfolgreichen Einsatz, verliert, so der BGH im MediaMarkt/Saturn-Fall zum „Managermodell“. Die bloße Treuhänderähnlichkeit der Beteiligung („Gesellschafterstellung auf Zeit“) schließt einen sittenwidrigen Einfluss auf die Ausübung von Gesellschafterrechten aus. Ob wegen eines schuldrechtlichen Charakters der Rückkaufverpflichtung die AGB-Kontrolle Anwendung findet, die Ausnahme des Gesellschaftsrechts, § 310 IV 1 BGB, also nicht gilt, hat der BGH im MediaMarkt/Saturn-Fall offengelassen.

An einem sachlichen Grund für die Leaver-Regelung fehlt es jedoch dann, wenn die Beteiligung derjenigen eines Investors mit einem eigenen wirtschaftlichen Risiko entspricht und auf Grund ihrer Höhe auch einen Einfluss auf Entscheidungen der Gesellschafter vermittelt, so das OLG München in seinem Urt. v. 13.5.2020 (zuvor (ii)). Insoweit wäre es aber verfehlt, starre Vorgaben für die maßgebliche Höhe der Beteiligung zu machen, ob nun 10 % im Hinblick auf das Minderheitsrecht des § 50 I GmbHG, oder eine Sperrminorität. Sondern maßgeblich sollte sein, ob der Manager auf Grund der geringen Höhe seiner Beteiligung bei der Ausübung seiner Gesellschafterrechte der „Disziplinierung“ durch den Mehrheitsgesellschafter aus Sorge vor seiner Abberufung ausgesetzt ist oder nicht (hierzu auch Heckschen/Weitbrecht, NZG 2021, 757, 760; Leuchten/Swalve, NZG 2020, 1179, 1180 sowie Grunewald, ZIP 2021, 433, 436).

Ein wirtschaftliches Verlustrisiko bei Beteiligungen zum Verkehrswert führt als solches nicht zu einem unlauteren Disziplinierungsmittel, sondern ist Kehrseite für die Teilhabe auch am Wertzuwachs, so das LG Stuttgart in seinem Urt. v. 10.10.2018 (zuvor (iii)), das den Manager daher an der Call-Option festhielt. Jedoch ist der Manager über eine Ausübungskontrolle nach § 162 II BGB geschützt, wenn die Bedingungen für die Optionsausübung, also seine Abberufung bzw. Kündigung, nur herbeigeführt werden, um die Gesellschafts-

anteile günstig zurück erwerben zu können, so das LG Stuttgart als obiter dictum.

b) Managerbeteiligung zusammen mit institutionellen Investoren (IBO)

Diese Fälle (Teil 1 unter II. 2, GWR 2023, 111, 112 f.) liegen besonders, weil hier die Managerbeteiligung nicht nur bloßer Annex der Geschäftsführerstellung ist, sondern die Manager als Co-Investoren beteiligt werden. Daher versteht sich auch die steuerliche Einstufung eines späteren Veräußerungserlöses als „Capital Gain“ (Teil 1 unter II. 2 a, bb). Die Managerbeteiligung erfolgt allerdings nur wegen des gemeinsamen Ziels des Exits, also des späteren Verkaufs des Zielunternehmens, und der dementsprechenden Bindung des Managers (Teil 1 unter I. 1). Dies wird vertraglich im Einzelnen differenziert nach den Gründen des Ausscheidens geregelt und idR. individuell ausverhandelt, § 305 I 2 BGB. Daher ist diesen Leaver-Regeln allein schon wegen des Zwecks und der Zielrichtung der gemeinsamen Beteiligung von Managern und Investoren ein sachlicher Grund eigen. Um Fälle, die eine Hinauskündigung nach Belieben ermöglichen, handelt es sich hier, bei üblicher Gestaltung, nicht.

3. Bei Mitarbeiterbeteiligungsmodellen

a) Rückübertragungsverpflichtung bei Einräumung einer echten Beteiligung

aa) Sachlicher Grund

Wird einem verdienten Mitarbeiter einer Gesellschaft unentgeltlich oder gegen Zahlung eines Betrags in Höhe nur des Nennwerts eine Minderheitsbeteiligung eingeräumt, die er bei seinem Ausscheiden aus dem Unternehmen gegen Abfindung in Höhe des bezahlten Betrags zurück zu übertragen hat, verstößt die Rückübertragungspflicht nicht gegen § 138 BGB, BGH, Urt. v. 19.9.2005 zum „Mitarbeitermodell“ II ZR 342/03 = BeckRS 2005, 12051. Grund ist, dass bei Anwendbarkeit des KSchG allein schon die Bedingung des Verlustes des Arbeitsplatzes nicht willkürlich herbeigeführt werden kann. Weiterer Gedanke ist, dass der Mitarbeiter, der eine Beteiligung unentgeltlich erhält, die er so auch wieder zurück zu übertragen hat, lediglich für die Dauer seiner Tätigkeit am Gewinnpotenzial des Unternehmens beteiligt werden soll. Im Anwendungsbereich von § 19 a EStG würde der durch den Referentenentwurf des ZuFinG vorgesehene Zusatz in § 19 a IV 4 EStG ausschließen, dass der Mitarbeiter den geldwerten Vorteil bei unentgeltlicher Einräumung der Beteiligung zu versteuern hat, obwohl er nur eine geringere oder gar keine Abfindung erhält. Andernfalls könnte dieser Belastung nur dadurch begegnet werden, dass die so gestaltete Rückübertragung als rückwirkendes Ereignis iSv § 175 I 1 Nr. 2 AO behandelt wird, vorausgesetzt, dass sie bereits bei Einräumung der Beteiligung, also im ursprünglichen Rechtsgeschäft „angelegt“ war (Klein/Rüsken, AO, 16. Aufl. 2022, § 175 AO Rn. 62 m. w.N). Daher empfiehlt es sich in jedem Fall einer solchen unentgeltlichen Einräumung, die Mitarbeit als Grundlage der Beteiligung und die Beendigung der Mitarbeit, wenn nicht sogar als auflösende

Bedingung, zumindest als Fortfall des Rechtsgrunds vertraglich festzuschreiben.

Unterwerfen sich Gründer von Start-ups nachträglich einer Call-Option oder Einziehungsregelung für den Leaver-Fall, entfällt der sachliche Grund eines Annexes der Beteiligung zur Tätigkeit. Er kann dann nur im Fortfall des Einflusses auf die Wertentwicklung liegen. Bei Later-Stage-Finanzierungen werden jedoch je nach Reifegrad und Alter des Start-ups Gründer keinen weiteren Leaver-Regelungen mehr unterworfen (kein „Restart“). Wird der Leaver-Fall als Einziehungsgrund in der Satzung geregelt, ist eine AGB-Kontrolle nach § 310 IV 1 BGB ausgeschlossen.

bb) Keine unzulässige Kündigungsbeschränkung

Auch eine unzulässige Kündigungserschwerung iSd § 622 VI BGB, die nach § 134 BGB zur Nichtigkeit der Rückübertragungsverpflichtung (im Zweifel nach § 139 BGB der Beteiligung insgesamt) führen würde, liegt nach Auffassung des BGH in seinem Urteil zum Mitarbeitermodell, aaO, nicht vor. Bei Würdigung der Gesamtumstände unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgebots ist – so der BGH – die Verknüpfung der Kündigung des Arbeitsvertrags mit dem Wegfall der Gesellschafterstellung nicht zu beanstanden. Denn mit der Beendigung verliere die Beteiligung ihren sie rechtfertigenden Sinn, nämlich die Motivationssteigerung und Belohnung für geleistete Dienste. Nur durch die Rückübertragung werde auch die Möglichkeit eröffnet, andere verdiente Mitarbeiter mit Geschäftsanteilen auszustatten (Rotationsprinzip), wohingegen die Teilhabe am künftigen Wertzuwachs ohne Mitarbeit zu einem unverdienten Vermögensvorteil des ausgeschiedenen Mitarbeiters führen würde. Diese Gründe tragen auch für die Mitarbeiterbeteiligung an Start-up Unternehmen, auch wenn dort, anders als im vom BGH entschiedenen Fall, mit der Beteiligung kein Gewinnausschüttungspotenzial, ähnlich einer Tantieme, verbunden ist.

Bei VC-Finanzierungen generieren die finanzierten Start-up-Unternehmen in den ersten Jahren nur Verluste. Daher besteht kein Anreiz durch regelmäßige Gewinnausschüttungen, sondern nur in Form einer Beteiligung am gestiegenen Unternehmenswert im Exit-Fall. In diesen Fällen führen Leaver-Regelungen, die nach der Position des Mitarbeiters, dem Grund des Ausscheidens und der Höhe der Abfindung differenzieren sowie eine zeitliche Begrenzung in Form des Vesting vorsehen, zu einer sachlichen Rechtfertigung und schließen folglich eine gesetzeswidrige Knebelung der Mitarbeiter aus.

b) Verfall virtueller Beteiligungen

aa) Wirksamkeitsgrenzen

Für die schuldrechtlichen virtuellen Beteiligungen, die üblicherweise durch ein separates Zuteilungsschreiben unter Bezugnahme auf für alle Teilnehmer geltende Optionsbedingungen ausgegeben werden, gilt die AGB-Kontrolle wie für Verbraucherverträge, § 310 III BGB iVm § 13 BGB unter Beachtung der arbeitsrechtlichen Besonderheiten, § 310 IV 2 BGB, und die Einhaltung

des Transparenzgebots, § 307 I 2 BGB. Die Ausnahme des Gesellschaftsrechts nach § 310 IV 1 BGB greift nicht (Schniepp/Giesecke, NZG 2017, 128 ff.). Insbesondere eine Regelung, wonach die Eigenkündigung zu einem Fortfall auch bereits gevesteter virtueller Beteiligungen führen soll, kann nach § 307 I 1 BGB mit Blick auf das gesetzliche Leitbild des Verbots einer unzulässigen Kündigungserschwerung gem. §§ 622 VI, 723 III BGB unwirksam sein. Hier wird aber eine Gesamtabwägung mit Blick insbesondere auf die Zwecke der virtuellen Beteiligung entsprechend der Entscheidung des BGH vom 19.9.2005 zum Mitarbeitermodell zumindest dann zur Wirksamkeit führen, wenn der Fall der Eigenkündigung zeitlich befristet ist (bspw. auf bis zu 3 Jahre ab Zuteilung der virtuellen Beteiligung). Ferner kann es eine unzulässige Kündigungserschwerung darstellen, wenn der Mitarbeiter über den bloßen Verlust seiner Beteiligung hinaus vermögensmäßig belastet wird (so LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 26.8.2014, BeckRS 2014, 72370, in dem sicherlich besonders gelagerten Fall, dass die Eigenkündigung vor dem 63. Lebensjahr zum Abzug ausgeschütteter Gewinne von der Rückzahlung einer geleisteten stillen Einlage führte).

Bei optionsähnlicher Gestaltung der virtuellen Beteiligungen dergestalt, dass virtuelle Beteiligungen nur sukzessive zu bestimmten Zeitpunkten und abhängig von der Erreichung bestimmter Erfolgsziele ausgegeben werden, führt bereits die vorzeitige Beendigung der Tätigkeit dazu, dass ein Zuteilungsanspruch nicht entsteht. Daher wird hierdurch auch nicht in bereits begründete Rechte eingegriffen.

bb) Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen

Ferner ist arbeitsrechtlich der Gleichbehandlungsgrundsatz (Verbot einer sachfremden Gruppenbildung bzw. Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer) zu beachten. Er kann einen Anspruch auf Zuteilung von Phantom Shares begründen (LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 22.10.2021, BeckRS 2021, 54408). Eine betriebliche Übung, die einen Zuteilungsanspruch begründen könnte, kann durch Zuteilung nur an einzelne Arbeitnehmer nicht entstehen, jedoch ist ein ausdrücklicher Ausschluss einer betrieblichen Übung in den Optionsbedingungen möglich und auch empfehlenswert.

V. Wirksamkeit von Abfindungsregelungen im Leaver-Fall

1. Allgemeines

a) Anwendbarer Maßstab des Verkehrswerts

Die Abfindungsthematik stellt sich nur bei der echten Beteiligung als Folge der Ausübung einer Call-Option oder eines Einziehungsrechts. Maßgeblich für die Abfindung ist grds. der Verkehrswert des eingezogenen Geschäftsanteils, BGH, Urt. v. 16.12.1991, BeckRS 1991, 5792. Der Verkehrswert wird gem. § 11 II BewG ermittelt, bei nicht börsennotierten Anteilen aus Verkäufen, die weniger als ein Jahr zurückliegen, oder im Vergleich zu gattungsgleichen börsennotierten Aktien, BFH, Urt. v. 1.9.2016, BeckRS 2016, 95767. Im Private

Equity Umfeld wird üblicherweise eine Bewertungsformel vereinbart, die sich aus dem Einstiegsmultiple des Finanzinvestors oder branchenüblichen Bewertungsmultiplikatoren bezogen auf das durchschnittliche EBITDA der letzten 12 Monate vor dem Ausscheiden abzüglich der Nettofinanzverbindlichkeiten zusammensetzt (Meyer-Sparenberg/Jäckle/Richter, aaO, § 58 Rn. 127; Jesch/Striegel/Boxberger/Hohaus, aaO, § 13 Rn. 76).

Bei der virtuellen Beteiligung bedürfte es für die Begründung eines Abfindungsrechts der Gesellschaft oder auch des Mitarbeiters nach Ablauf eines längeren Zeitraums (etwa 5 Jahre), ohne dass es zu einem Verkauf und somit zu einem eine Exit-Vergütung auslösenden Ereignis gekommen ist, einer eigenen ausdrücklichen Regelung in den Optionsbedingungen. Hier wäre dann auf dieselben Bewertungsmaßstäbe abzustellen.

b) Folgen der Abweichung vom Verkehrswert

aa) Anfängliche Abweichung

Die Abfindungsregelung ist nichtig, wenn sie von Anfang an zu einem groben Missverhältnis zum tatsächlichen Anteilswert führt, BGH, Urt. v. 16.12.1991, BeckRS 1991, 5792; dann bemisst sich der Abfindungsanspruch nach dem Verkehrswert. Eine unwirksame Abfindungsregelung zum Buchwert, die für den Fall einer Einziehung vorgesehen ist, lässt jedoch die Wirksamkeit der Einziehung unberührt, BGH, Urt. v. 25.3.1977, BeckRS 1977, 108693. Im Start-up-Umfeld, also bei Neuaufnahme des Geschäfts, ist die Regelung einer Abfindung zum Buchwert auch in einem Leaver-Fall wegen Eigenkündigung grds. möglich, da im Gründungsstadium noch keine (nennenswerten) stillen Reserven (meist nur Hoffnungswerte) vorhanden sind.

bb) Nachträgliche Abweichung

Folgt das Missverhältnis erst aus der zwischenzeitlichen Entwicklung der Gesellschaft, besteht im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung der Abfindungsregelung bei Einziehung Anspruch auf Abfindung in angemessener Höhe, BGH, Urt. v. 20.9.1993, BeckRS 1993, 3085 sowie BGH, Urt. v. 13.6.1994, BeckRS 1994, 4594. Im Fall einer Call-Option, d. h. bei einem vertraglichen Übertragungsanspruch, führt hingegen eine unwirksame, da zu niedrige Kaufpreisregelung zur Gesamtnichtigkeit gem. § 139 BGB, BGH, Urt. v. 22.1.2013, BeckRS 2013, 02105 sowie LG Freiburg, Urt. v. 1.12.2014, BeckRS 2014, 22947. Daher empfiehlt sich, auch für eine satzungsmäßige Abfindungsregelung bei Einziehung, eine salvatorische Regelung dahingehend, dass bei Unwirksamkeit der Abfindungsregelung die niedrigst mögliche Abfindung bzw. der niedrigst mögliche Kaufpreis geschuldet sein soll, (BGH, Urt. v. 27.9.2011, BeckRS 2011, 26900; Weitnauer/Grob, GWR 2015, 353, 356). Für den Streitfall sollte eine Schiedsgutachterregelung vorgesehen werden.

c) Wirksamkeitsgrenze der Abfindungszahlung

Der Einziehungsbeschluss ist entsprechend § 241 Nr. 3 AktG nichtig, wenn bei Beschlussfassung feststeht, dass die geschuldete Abfindung nur aus den gem. § 30 I

GmbHG gebundenen Mitteln bezahlt werden kann, § 34 III GmbHG. Ist dies nicht absehbar bzw. ergibt sich dies erst später, ist die Einziehung unabhängig von der Abfindungszahlung wirksam, jedoch haften die den Beschluss fassenden Gesellschafter dem ausgeschiedenen Gesellschafter anteilig (Haftungslösung), BGH, Urt. v. 24.1.2012, BeckRS 2012, 04370, sofern sie die Gesellschaft nicht auflösen, BGH, Urt. v. 10.5.2016, BeckRS 2016, 10112. Wird anstelle der Einziehung die Zwangsabtretung beschlossen, haftet der Dritte und wird ein Eingriff in das Stammkapital der GmbH vermieden. Auch aus diesem Grund empfiehlt sich die satzungsmäßige Zwangsabtretungsregelung, die auch bei einem nicht voll eingezahlten Geschäftsanteil greift (oben II.2.b).

Der Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die Gesellschaft ist schuldrechtlich nach § 33 II GmbHG nichtig (der dingliche Erwerb hingegen wirksam), wenn die Gesellschaft (wie bei der Einziehung) den Kaufpreis nicht aus freiem Vermögen zahlen kann.

Die satzungsmäßige Anordnung eines sofortigen Wirksamwerdens der Einziehung unabhängig von der Abfindungszahlung ist zulässig, BGH, Beschl. v. 8.12.2008, BeckRS 2008, 24063. Auch ist eine Stundung des Abfindung bzw. des Kaufpreises, jedenfalls soweit dies den Betrag des Eigeninvestments übersteigt, wirksam (Meyer-Sparenberg/Jäckle/Richter, aaO, § 58 Rn. 134).

2. Wirksamkeit von Beschränkungen iRd Beteiligungsmodele

Auch bei Manager- oder Mitarbeiterbeteiligungsmodellen ist ein vollständiger Abfindungsausschluss grds. sittenwidrig und damit nichtig, BGH, Urt. v. 29.4.2014, BeckRS 2014, 13220. Denn ein solcher Abfindungsausschluss hat keinen Vertragstrafencharakter, da er kein Druckmittel für ein pflichtkonformes künftiges Verhalten darstellt, sondern nur ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten sanktioniert. Beschränkungen sind jedoch aufgrund der Satzungsautonomie wiederum in den Grenzen des § 138 BGB zulässig, auch in von der Satzung abweichenden Nebenabreden, (BGH, Beschl. v. 15.3.2010, BeckRS 2010, 18542; Bank/Möllmann aaO, Teil 3 Rn. 285 f.). Entscheidend ist, ob die Einschränkung der Abfindung noch in angemessenem Verhältnis zum Interesse der verbleibenden Gesellschafter am Fortbestand der Gesellschaft steht. So ist im Fall des Mitarbeitermodells, BGH, Urt. v. 19.9.2005, BeckRS 2005, 12051 (oben IV 3 a, aa) durch spätere Übertragung von Geschäftsanteilen an verdiente Mitarbeiter eine Beschränkung des Anspruchs auf eine Abfindung in Höhe des selbstaufgewandten Betrags, ohne Beteiligung am Verlust, sachlich gerechtfertigt, weil andernfalls der zweiten Generation von Mitarbeiter-Gesellschaftern durch Zahlung der Abfindung die finanzielle Grundlage für die Durchführung des Mitarbeitermodells entzogen würde. Im Fall des unentgeltlichen Erhalts der Anteile oder ihres Erwerbs nur zum Nennwert kann eine Abfindung für den Wertzuwachs auch ganz entfallen („naked in/naked out“, hierzu Esskandavi, DStR 2016, 1251, 1254).

Für die Höhe der Abfindung sollte je nach den Gründen des Leaver-Falls differenziert werden (Meyer-Sparenberg/Jäckle/Richter, aaO, § 58 Rn. 119 ff.; Jesch/Striegel/Boxberger/Hohaus, aaO, § 13 Rn. 69 f.): Soweit die gevesteten Anteile eines Good-Leaver einer Call-Option oder Einziehung unterliegen, sollten sie zum Verkehrswert abgefunden werden, die übrigen nicht gevesteten Anteile zum Buchwert. Auch wird für den Fall eines Bad-Leaver nach § 626 BGB häufig eine Beschränkung der Abfindung auf den Buchwert vorgesehen (jedoch nur ein Abschlag vom Verkehrswert beim „Grey Leaver“).

3. Steuerliche Folgen eines Ausscheidens gegen Abfindung unter Verkehrswert

a) Lohnsteuerliche Folgen

Im Fall der Übertragung an einen als Ersatz einsteigenden neuen Mitarbeiter/Manager gelten die lohn-/einkommensteuerlichen Folgen der Besteuerung des geldwerten Vorteils bzw. § 19 a EStG (Teil 1, GWR 2023, 111, 115 f.).

b) Schenkungsteuerliche Folgen

Im Fall der Rückübertragung auf die Gesellschaft oder auch der Übertragung an Dritte bzw. Gesellschafter unter Wert aufgrund einer Leaver-Verpflichtung fehlt es schenkungsteuerlich an dem für § 7 I Nr. 1 ErbStG erforderlichen subjektiven Willen zur Unentgeltlichkeit des ausscheidenden Mitarbeiters/Managers, BFH Urt. v. 20.1.2016, BeckRS 2016, 94435.

Jedoch wird die Schenkung nach § 7 VII 1 ErbStG im Fall des auf dem Ausscheiden eines Gesellschafters beruhenden Übergangs eines Anteils an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft auf die anderen Gesellschafter oder die Gesellschaft bei einer den Wert unterschreitenden Abfindung fingiert (hierzu auch Kawka/Vocke/L'habitant. BB 2017, 1694, 1696 ff.). Nicht erfasst sind Übertragungen an einzelne Gesellschafter oder Dritte auf rechtsgeschäftlicher Grundlage (so BFH Urt. v. 20.1.2016, BeckRS 2016, 94435, Urt. v. 4.3.2015, BeckRS 2015, 94817 sowie Urt. v. 6.5.2020, BeckRS 2020, 23662 für Treuhändermodelle). Dies gilt nach FG München, Urt. v. 15.4.2017, BeckRS 2017, 111128 auch dann, wenn der Gesellschaftsvertrag die rechtsgeschäftliche Abtretung als Folgepflicht bei Ausscheiden vorsieht, wie etwa im Fall der Zwangsabtretungsregelung in der Satzung (oben II. 2 b). Im Übrigen muss die Zuwendung des nicht durch die Abfindung gedeckten Mehrwerts aus dem Vermögen des ausscheidenden Gesellschafters erfolgen, woran es richtigerweise fehlt, wenn der Erwerb – wie etwa im „naked in/naked out“-Fall – nur auflösend bedingt und damit vorläufig erfolgte. Auch verdrängt richtigerweise die frühere lohnsteuerliche Behandlung des Erwerbs der Beteiligung die spätere schenkungsteuerliche Behandlung (so auch Dunkmann, NZG 2015, 991, 993).

Ebenso wird eine Schenkung nach § 7 VII 2 ErbStG im Fall der Werterhöhung der Anteile der verbleibenden Gesellschafter bei Einziehung eines Anteils aufgrund einer satzungsmäßigen Regelung einer GmbH fingiert

(die AG ist nicht erfasst, wohl wegen des Grundsatzes der Kapitalherabsetzung nach § 237 II AktG). Diese Fiktion gilt somit nicht im Fall einer statt Einziehung beschlossenen Zwangsabtretung gemäß einer satzungsmäßigen Abtretungsermächtigung.

Schließlich wird eine Schenkung nach § 7 VIII ErbStG bei einer Werterhöhung von Anteilen an einer Gesellschaft durch eine Leistung an die Gesellschaft fingiert (Fall des Rückerwerbs eigener Anteile). Fraglich ist jedoch bereits die Vermögensmehrung, wenn die zurückübertragene Beteiligung nicht dauerhaft eingeräumt wurde, und ferner das Erfordernis der Freigebigkeit, FG Sachsen, Urt. v. 6.5.2021, BeckRS 2021, 19636.

VI. Fazit und Gestaltungsempfehlungen

1. Der Annex-Gedanke ist beim Managermodell entscheidend für die Wirksamkeit der Leaver-Regelungen. Er greift nicht in Fällen, in denen der später geschäftsleitend tätige Manager sich wie ein Investor beteiligt. Bei der Beteiligung von Managern im Rahmen von Institutionellen Buy-outs liegt der sachliche Grund in der gemeinsamen Erwartung der Zusammenarbeit bis zum späteren Verkauf des Zielunternehmens (Exit).

2. Die Motivationslage (Beteiligung nur wegen der weiteren Mitarbeit bzw. Tätigkeit) sollte vertraglich bei Einräumung der Beteiligung festgehalten werden, ebenso die Pflicht zur künftigen Mitarbeit als sachlicher Grund für Leaver-Regelungen.

3. Wird eine Mitarbeiterbeteiligung unentgeltlich oder nur zum Nennwert eingeräumt, kann sie, sofern sie von der weiteren Mitarbeit abhängig gemacht wird (Beteiligung nur auf Zeit), auch zu gleichen Bedingungen wieder entzogen werden (naked in/naked out), da sie dem Zweck der künftigen Bindung und Incentivierung dient.

4. Bei Sweet Equity und der Mitarbeiterbeteiligung dienen Vesting-Regelungen der ausgewogenen Gestaltung der Leaver-Regelungen und somit ihrer Wirksamkeit (keine Hinauskündigung nach Belieben).

5. Ausübungsbedingungen von Optionsrechten und Bedingungen virtueller Beteiligungen unterliegen der AGB-Kontrolle, doch können diese Rechte vom Fortbestand eines ungekündigten Anstellungsverhältnisses abhängig gemacht werden.

6. Leaver- und Vesting-Regelungen ändern am Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nichts und sind auch unschädlich für die steuerliche Behandlung.

7. Bei entgeltlichem Erwerb der Beteiligung besteht die Abfindung mindestens im Entgelt und ist eine Beschränkung der Abfindung allenfalls durch Ausschluss von einer künftigen Wertsteigerung wirksam, da Abfindungsregelungen für den Leaver-Fall keinen Vertragsstrafencharakter haben.

8. Im Fall des Ausscheidens gegen Abfindung unter Verkehrswert sind die steuerlichen Folgen zu beachten. Im Fall einer Übertragung auf einen anderen Mitarbeiter oder Manager sind es die lohnsteuerlichen Folgen (bei KMU Besteuerungsaufschub nach § 19 a EStG) und im Fall der Einziehung bei der GmbH mit Wertaufstockung (also ohne Zwangsabtretung) die schenkungssteuerliche Folge von § 7 VII 2 ErbStG.

9. Die Rückübertragung auf die Gesellschaft setzt nicht nur freies Vermögen voraus, §§ 33 II GmbHG, 71 II 2 AktG, sondern sollte auch wegen § 7 VIII ErbStG vermieden werden.

10. Auch aus diesem Grunde empfiehlt sich eine satzungsmäßige Zwangsabtretungsregelung, da dann die jeweiligen Erwerber die Abfindung (als Kaufpreis) schulden. Sie hat somit gleiche Folgen wie eine Call Option, vermeidet aber das hierfür bestehende Erfordernis einer Beurkundung einer separaten, eine solche Call Option enthaltenden Beteiligungsvereinbarung, da Bestandteil der notariellen Satzung. Im Fall der Regelung in der Satzung greift die AGB-Kontrolle, § 310 IV BGB, nicht.

11. Abfindungsregelungen sollten mit einer salvatorischen Klausel versehen werden, sei es in der notariellen Satzung oder zur Vermeidung einer Gesamtnichtigkeit in einem Kaufvertrag. ■