

Stellungnahme zum Entwurf des Fondsstandortgesetz (FoStoG) unter besonderer Berücksichtigung der Aspekte zur Mitarbeiterbeteiligung

von Nikolas Samios

Unabhängiger Entrepreneurship- und Venture Capital-Experte und Praktiker, Fachautor rund um Startup-Finanzierung und Entrepreneurship z.B. Co-Autor des Standardwerks „Dealterms.vc“, Teilnehmer oder Organisator von über 200 Business-Angel und VC Transaktionen als Gründer, Business Angel, Berater und VC

Berlin, den 01.04.2021

Einleitung

Mitarbeiterbeteiligung in Deutschland ist seit vielen Jahren ein Streitthema. Experten weisen gebetsmühlenartig darauf hin, dass die restriktive steuerliche Handhabe hierzulande ein international wettbewerbsfähiges Mitarbeiterbeteiligungsprogramm unmöglich macht. Auch aus externer Sicht belegt Deutschland regelmäßig einen der letzten Plätze in entsprechenden Rankings.

Wer als UnternehmerIn trotz der steuerlichen Einschränkungen Mitarbeiterbeteiligungen anbieten möchte, muss auf komplexe Konstrukte wie „virtuelle Mitarbeiteroptionen“ (VSOPs), Phantom Shares oder Stock Appreciation Rights ausweichen. Wieso und in welcher Form diese Programme aufgesetzt werden, ist beispielsweise hier¹ in einem oft zitierten Praxisratgeber von mir zu lesen.

Entsprechend groß waren Erwartungshaltung und kurzzeitige Freude, als nach Aussagen von Olaf Scholz mit dem FoStoG ein „Schub“ für die Startup-Szene erreicht werden sollte. Neben einigen für (VC)-Fonds durchaus lobenswerten Vereinfachungen, etwa dem Wegfall der wohl auch nicht mehr EU-konformen Umsatzsteuerpflicht für Management Fees von Fondsmanagern, findet sich darin auch die vermeintliche Lösung für die Sorgen von Startups, die ihre Angestellten an ihrer Gesellschaft und damit perspektivisch am Exit-Erlös teilhaben lassen wollen. Leider verfliegt der erste positive Eindruck bei genauerer Betrachtung vollständig, denn die Neuregelung ist in entscheidenden Punkten so praxisfern gestaltet, dass Startups die neuen Möglichkeiten in den wichtigsten Punkten gar nicht verwenden können.

Das Ziel der Reform wird also beim aktuellen Stand des FoStoG zumindest im Bereich der Förderung der Mitarbeiterbeteiligung praktisch vollständig verfehlt werden, aus einfach erläuterbaren, logistischen Gründen. Abseits jeder Lobby oder (Partei-)Politik besteht aus Sicht der Praxis entsprechend dringender Nachbesserungsbedarf.

¹ <https://www.businessinsider.de/gruenderszene/business/mitarbeiterbeteiligung-startups-esop/>

Generelle Problemfelder und Ansätze der geplanten Neuregelung

Die wesentlichen Probleme rund um Mitarbeiterbeteiligung in Deutschland sind in Kurzform:

- a) dass die Besteuerung von vergünstigten Anteilen oder Optionen bereits zum Zeitpunkt der Zuteilung anfällt, nicht erst zum Zeitpunkt der Ausübung – also wenn ein Exit auch Geld bringt, aus dem eine Steuerlast überhaupt erst gezahlt werden kann. Das ist die sogenannte **Dry-Income-Problematik**.
- b) dass die Einräumung echter GmbH-Anteile rund um Gesellschafterrechte und -pflichten logistisch nicht ratsam ist. Andernfalls müsste jeder beteiligte Mitarbeiter etwa zu jeder Gesellschafterversammlung geladen werden und könnte ggf. auch durch Nicht-Mitwirkung Kapitalerhöhungen oder Exits verhindern. Deshalb weichen GründerInnen nach Rat ihrer ExpertInnen in der Regel auf rein schuldrechtliche Konstrukte wie „virtuelle Optionen“ (VSOP / Phantom Shares etc.) aus.
- c) dass die Besteuerung eines Mitarbeitenden grundsätzlich analog einer Lohnzahlung verläuft, also vereinfacht eine Steuer- und Abgabenlast von 50 Prozent entsteht. Währenddessen wird ein(e) GründerIn beim Exit auf Anteile im schlechtesten Fall im Teileinkünfteverfahren mit 60 Prozent mal privatem Steuersatz besteuert, also beispielsweise 60 Prozent x 45 Prozent = 27 Prozent. Im besseren Fall hält er/sie die Anteile in einer GmbH/UG als Holding und kann die Exiterlöse auf dieser Ebene dank §8b KStG. fast steuerfrei vereinnahmen, um dann aus dieser GmbH/UG heraus zum Beispiel als Business Angel in neue Startups zu investieren.

Die neuen Regelungen adressieren vor allem Punkt (a), also das Dry-Income-Problem. Nach dem aktuellen Gesetzesentwurf kann die Steuer auf die Zuteilung von Anteilen (nicht von Optionen) nun erstmals in die Zukunft verschoben werden.

Um noch einmal zu verdeutlichen, warum dies so ein wichtiger Punkt ist, ein einfaches Beispiel: Ein Startup wurde in einer aktuellen Finanzierungsrunde auf 20 Millionen Euro bewertet. Wenn fremde Dritte also zu diesem Firmenwert in einer substanziellen Finanzierungsrunde neue Anteile übernommen haben, spricht aus steuerlicher Sicht vieles dafür, dass dieser Firmenwert auch für die (eventuelle) Versteuerung einer Zuwendung an Mitarbeiter heranzuziehen wäre.

Würden nun also vier MitarbeiterInnen zusammen zehn Prozent des Stammkapitals der Gesellschaft im Rahmen eines Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes erhalten und dafür nichts zahlen, hätten diese MitarbeiterInnen einen Gegenwert von zehn Prozent mal 20 Millionen Euro = zwei Millionen Euro erhalten, was vereinfacht gerechnet zu einer kurzfristigen Steuerlast von einer Million Euro führt. Mittel, die zu diesem Zeitpunkt weder die Gesellschaft noch die berücksichtigten Mitarbeiter zahlen können, da ja noch kein Exit eingetreten ist.

Die neue Regelung erlaubt nun, diese Steuerlast in die Zukunft zu schieben, aber nur wenn:

1. es sich um ein KMU handelt, also zum Beispiel weniger als 250 Mitarbeiter angestellt sind, und das Unternehmen nicht älter als zehn Jahre ist.
2. es sich um „echte“ GmbH-Anteile handelt (keine Optionen, keine VSOP).

Punkt eins schließt bereits viele „Grown-ups“, also reifere Wachstumsunternehmen aus, was konzeptionell und politisch fragwürdig ist. Gerade im Grown-up-Bereich müssen wir in Deutschland gegenüber dem Ausland aufholen, wenn wir uns nicht ständig weiter fragen wollen, wieso es kein Google, Facebook oder Apple aus Deutschland gibt.

Punkt zwei ist logistisch bereits wie weiter oben geschildert problematisch und führt für viele Startups bereits zum Ausschluss.

Die Probleme gehen aber noch weiter: Das „Schieben“ der Steuerlast endet, wenn:

- I. es einen Exit gibt, oder
- II. der Mitarbeiter das Unternehmen verlässt, oder
- III. nach zehn Jahren.

Für eine detaillierte Erläuterung sei auch auf diesen Artikel² des führenden Berliner Startup- und Steuer-Anwalts Dr. Peter Möllmann verwiesen.

Während Punkt (I) quasi im Sinne des Erfinders ist, ist Punkt (III) wiederum mindestens ärgerlich, denn viele erfolgreiche Startups oder Grown-ups brauchen durchaus mehr als zehn Jahre bis zum Exit und gegebenenfalls könnte eine solche Frist sogar einen Fehlanreiz auslösen. Nicht wenige Risikokapitalgeber, insbesondere auch der teilstaatliche HTGF, können zahlreiche Fälle beklagen, bei denen gerade deutsche Startups aus sachfremden Gründen (z.B. Fondslaufzeiten der VCs) zu früh verkauft wurden. Auch diese Regelung setzt hier also einen Fehlanreiz, der gegen unsere volkswirtschaftlichen Standortinteressen geht.

Knackpunkt „Dry Income“ führt zur Nichtverwendbarkeit der Reform

Ein wirklich kritischer Logikfehler der Reform ist letztendlich der vorgenannte Punkt (II).

Bezogen auf unser vorheriges Beispiel, in dem vier MitarbeiterInnen eine Steuerlast von einer Million Euro vortragen, **wäre ein Arbeitsplatzwechsel dieser MitarbeiterInnen wirtschaftlich ein Desaster, und zwar sowohl für das Unternehmen als auch die MitarbeiterInnen selber.**

Dass ein(e) MitarbeiterIn ein Unternehmen verlässt (aus welchen Gründen auch immer), ist in der Praxis nicht auszuschließen. Entsprechend ist das Liquiditätsrisiko für das Unternehmen aber auch die MitarbeiterIn (die eine Lohn- / Einkommensteuerlast ja trifft) bei diesem „Knackpunkt“ bereits so groß, dass zu vermuten ist, dass ohne substanzielle Nachbesserung kein Rechts- oder Steuerberater einem Startup noch Mitarbeiter raten kann³, die neuen Regelungen zu nutzen.

Denn bezogen auf unser Beispiel bedeutet das schlicht, dass die exemplarische Steuerlast von einer Million Euro zur Unzeit gezahlt werden muss, also in einem Zeitpunkt, in dem weder die MitarbeiterInnen noch das Startup über diese Liquidität verfügt.

² <https://www.linkedin.com/pulse/reform-der-esop-besteuerung-durch-das-peter-m%25C3%25B6llmann>

³ https://www.smp.law/EN/Briefing/SMP_Briefing_New_rules_for_German_ESOP_taxation.php

MitarbeiterInnen können die Startup-Anteile in aller Regel nicht ohne Exit (also den abschließenden, zwischen allen Parteien koordinierten Verkauf des gesamten Unternehmens oder einem Börsengang) verkaufen. Es gibt eben vor einem eventuellen „echten“ Börsengang keine alternative Börse für kleinere Startup-Anteile, die einen täglichen Verkauf erlauben würde um eine Steuerlast schon vor dem Gesamt-Exit zahlen zu können. Das ist schlicht eine offensichtliche Realität, die es anzuerkennen gilt.

Die Steuerforderung würde insofern für die meisten MitarbeiterInnen ohne ein Millionenpolster auf dem Girokonto also im schlimmsten Fall eine Privatinsolvenz bedeuten.

Die gut gemeinte Reform ist in mindestens diesem Punkt daher nicht nur völlig praxisfern, sondern auch zutiefst un-sozialdemokratisch.

Und die Pflicht zur Abführung der Steuer trifft voraussichtlich auch das Startup, welches das gleiche Dilemma hat: ein substanzieller Cash-Abfluss zur Unzeit, der das Unternehmen im schlechten Fall sogar in die Insolvenz zieht. Ergo kann ein pflichtgemäßer GmbH-Geschäftsführer ein solches Risiko nicht eingehen, noch würde das Startup dazu sicher keine Genehmigung vom Beirat oder den Gesellschaftern erhalten.

Im Ergebnis werden Startups den Mitarbeitern gar keine Beteiligung anbieten (was sicher nicht im Sinne der Neuregelung ist) oder auf die bisherigen Krücken der eingangs geschilderten Behelfskonstrukte (virtuelle Beteiligungen etc.) zurückfallen.

Damit wäre also exakt nichts gegenüber dem Status-Quo gewonnen.

Das Gegenargument aus Politik/Verwaltung, dass der administrative Aufwand bei einer längeren Stundung auch über einen Arbeitsplatzwechsel hinaus nicht zu stemmen wäre, geht schon alleine deswegen ins Leere, weil der administrative Ansprechpartner bis zum Exit (auch nach Arbeitsplatzwechsel) das Startup bleiben kann, welches vermutlich sowieso für die (spätere) Lohnsteuerzahlung mindestens eine Mitwirkungspflicht hat. Es ist also nebensächlich, wie viele neue Jobs ein begünstigter Mitarbeiter zwischenzeitlich angetreten hat.

Angesichts dieser Fakten fällt es schwer, die Kritik an der Neuregelung als bloße Meinung der Startup-Lobby abzutun. Natürlich kann darüber diskutiert werden, wie hoch zum Beispiel die steuerlichen Freibeträge bei der Veräußerung von Mitarbeiterbeteiligungen gewählt werden. Aber mindestens in dem hier als Schwerpunkt geschilderten Aspekt, also dem handwerkliche völlig unglücklich gewählten **Auseinanderfallen von Steuer-Event und Exit-Event** muss zwingend nachgearbeitet werden.

Fazit

In Summe bleibt somit für den Praktiker ein sehr zwiespältiger Eindruck: Es ist explizit zu begrüßen, dass sich die Bundesregierung, allen voran das Bundesfinanzministerium, dem Thema Mitarbeiterbeteiligung konkret angenommen hat. Jedoch ist die jetzige Form des Gesetzes in entscheidenden Aspekten für den gewollten Zweck leider unbrauchbar und müsste entsprechend nachgebessert werden, um das Ziel zu erreichen.

Auch der Bundesverband Deutsche Startups hatte in den folgenden, sinngemäß zitierten sechs Punkten den Änderungsbedarf formuliert:

1. **Der hochproblematische Arbeitgeberwechsel muss als Auflösungsbedingung entfallen.**
2. **Die Beschränkung auf zehn Jahre sollte verlängert werden.**
3. Auch Anteilsoptionen sollten berücksichtigt werden.
4. Es sollten auch reifere Unternehmen berücksichtigt werden.
5. Die Besteuerung sollte möglichst einer Kapitalbeteiligung angeglichen werden.
6. Bestehende ESOP-Programme sollten einbezogen werden können, um keinen unnötigen Umstellungsaufwand oder eine Benachteiligung „alter“ Teilnehmer zu erzeugen.

Abschließend lässt sich festhalten, dass alleine Punkt 1 (Arbeitgeberwechsel) sowie leicht nachrangig auch Punkt 2, **also das Auseinanderfallen von Steuer-Event und Exit-Event** schlicht dazu führt, dass das neue Programm aus den geschilderten, handfesten Steuer- und Liquiditätsrisiken **nicht** anwendbar ist.

Damit schlägt die geplante Reform bzgl. Mitarbeiterbeteiligungen bei Startups im Ergebnis in der derzeitigen Form vollständig fehl.