

## **Verwendungshinweise Standarddokumente VSOP**

Stand: 07.01.2022

### **1 Allgemeine Verwendungshinweise**

Die VSOP-Standarddokumente sind in der vorliegenden Form ausschließlich auf die für Start-ups in Deutschland übliche Rechtsform einer GmbH zugeschnitten.

Platzhalter, die im Einzelfall jeweils auszufüllen sind, sind in den Dokumenten in eckigen Klammern entweder kursiv und farblich hervorgehoben oder durch ein Platzhaltersymbol [■] gekennzeichnet. Alternative Gestaltungsvorschläge sind in den Dokumenten ebenfalls in eckigen Klammern kursiv und farblich hervorgehoben gekennzeichnet. Weitere Hinweise sind an den jeweils relevanten Stellen als Fußnoten aufgenommen.

### **2 Aufgabenstellung Mitarbeiterbeteiligung**

Junge Unternehmen in der Gründungs- und Wachstumsphase sind ebenso wie andere Unternehmen auf hochqualifizierte und motivierte Mitarbeiter angewiesen, verfügen aber in der Regel nicht über die finanziellen Mittel, um im Vergleich zu etablierten Unternehmen und auf internationaler Ebene konkurrenzfähige Gehälter zu bezahlen. Die zu Beginn noch niedrigen Gehälter können jedoch kompensiert werden, indem Mitarbeitern die Möglichkeit eingeräumt wird, im Rahmen von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen an dem Erfolg des Unternehmens in Form einer finanziellen Beteiligung an einem späteren Exit zu partizipieren. Dies schafft nicht nur einen finanziellen Ausgleich, sondern kann auch die langfristige Bindung insbesondere von Führungskräften und Schlüsselpersonen an das Start-up ermöglichen und deren Identifikation mit dem Unternehmen steigern. Die Chance auf eine lukrative Beteiligung an der Wertsteigerung des Unternehmens im Falle seines Erfolges stellt für viele potentielle Mitarbeiter zugleich einen Anreiz dar, auch das mit der Anstellung in einem Start-up erhöhte Risiko eines Arbeitsplatzverlustes in Kauf zu nehmen.

Die in der Praxis derzeit und wohl auch noch in näherer Zukunft gängigste Variante der Mitarbeiterbeteiligung bei deutschen Start-ups ist die Einräumung sog. "virtueller" Anteilsoptionen im Rahmen eines Virtual Share Option Programs (VSOP). Diese Variante bildet daher auch den Gegenstand der vorliegenden Standarddokumente. Diese virtuellen Optionen sind nicht durch echte Unternehmensanteile unterlegt, sondern der wirtschaftliche Wert einer Option auf Unternehmensanteile soll vertraglich nachgebildet werden - daher der Begriff des "virtuellen" Anteils bzw. der "virtuellen" Option.

Im Falle eines Exits und bei Vorliegen aller Ausübungsvoraussetzungen erhalten die Mitarbeiter durch die Ausübung der Optionen einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die Gesellschaft auf Zahlung eines bestimmten Geldbetrages in bar oder auf Gewährung einer Sachleistung (etwa die Übertragung von Aktien im Falle eines Börsengangs). Bei der Berechnung der Beteiligung an den Exit-Erlösen werden die virtuellen Optionen dann nach Abzug eines rechnerischen Ausübungspreises ins Verhältnis zum gesamten virtuellen und echten Stammkapital gesetzt und damit hinsichtlich der Wertsteigerung wie Optionen auf echte Unternehmensanteile behandelt. Der Zahlungsanspruch in Höhe der Wertsteigerung richtet sich in der Regel gegen die Gesellschaft, bei der der Begünstigte beschäftigt ist.

Die Gestaltungsvariante der virtuellen Beteiligung vermeidet eine Reihe von Nachteilen auf steuer- und gesellschaftsrechtlicher Ebene, die mit der Einräumung echter Unternehmensanteile oder von Optionen auf echte Unternehmensanteile verbunden sind. Sie hat allerdings auch den Nachteil, dass der Zufluss beim Begünstigten zum individuellen Einkommensteuertarif voll der Besteuerung unterliegt.

Die steuerliche Behandlung der Gewährung echter Anteile oder Anteilsoptionen hat der Gesetzgeber im Jahr 2021 mit dem Fondsstandortgesetz zwar deutlich verbessert, jedoch weist auch die Neuregelung noch erhebliche Schwächen auf. Nach bisheriger Rechtslage hatte die Gewährung echter Anteile den Nachteil, dass die Mitarbeiter den in der unentgeltlichen oder (gegenüber dem aktuellen Verkehrswert) vergünstigten Abgabe der Beteiligung liegenden wirtschaftlichen Vorteil bereits im Zeitpunkt der Einräumung der Anteile als Lohn versteuern mussten, ohne dass ihnen die hierzu erforderlichen Geldmittel bereits zugeflossen wären (sog. "Dry Income"-Problem). Dieser steuerpflichtige Zufluss im Zeitpunkt der Anteilseinräumung ließ sich zwar durch die Gewährung bloßer Optionen auf den Erwerb von Unternehmensanteilen vermeiden, allerdings unterlag der Wertzuwachs dann im Zeitpunkt der Optionsausübung weiterhin als zu versteuerndes Einkommen dem vollen progressiven Steuersatz und der Sozialversicherungsbeitragspflicht, statt dem günstigeren Abgeltungssteuersatz für Kapitalerträge. Damit bot die komplexere Gewährung "echter" Anteilsoptionen keinen Vorteil gegenüber einer virtuellen Beteiligung.

Mit dem seit 1. Juli 2021 in Kraft getretenen § 19a EStG werden Wertzuwächse ab dem Zeitpunkt der Gewährung unter bestimmten Voraussetzungen nunmehr als Einkünfte aus Kapitalvermögen behandelt. Zudem ist das "Dry Income"-Problem zumindest teilweise eingedämmt, als dass die Besteuerung des (weiterhin dem Lohnsteuersatz unterliegenden) geldwerten Vorteils aus der unentgeltlichen oder vergünstigten Gewährung der Beteiligung grundsätzlich bis zum Zeitpunkt der späteren Veräußerung hinausgeschoben wird. Allerdings ist der Anwendungsbereich der Neuregelung in Anlehnung an die KMU-Definition der EU-Kommission auf Unternehmen beschränkt, die weniger als 250 Personen beschäftigen und die entweder einen Jahresumsatz von maximal 50 Mio. Euro oder eine Jahresbilanzsumme von maximal 43 Mio. Euro aufweisen. Stark

wachsende Start-ups können daher schnell aus der Förderung herausfallen. Schwächen ergeben sich ferner aus der für Start-ups typischen Unsicherheit bei der Bewertung der Unternehmensanteile, da verlässliche Regeln zur verbindlichen Feststellung des gemeinen Werts der Beteiligung im Vorhinein fehlen. Nicht von dem Besteuerungsaufschub erfasst ist außerdem die Sozialversicherungsbeitragspflicht. Außerhalb des Anwendungsbereichs des § 19a EStG sowie im Hinblick auf die mit der Bewertung verbundenen Unsicherheiten sowie den fehlenden Aufschub der Sozialversicherung führt die Einräumung virtueller Anteile also auch weiterhin steuerrechtlich zu günstigeren Ergebnissen.

Von der steuerrechtlichen Ebene abgesehen haben virtuelle Anteile gegenüber echten Unternehmensanteilen oder Anteilsoptionen außerdem weiterhin den Vorteil, dass ihre Gewährung gesellschaftsrechtlich weniger kompliziert und schwerfällig ist und nicht der notariellen Beurkundungspflicht unterliegt, was zusätzliche Kosten und Aufwand spart. Zugleich werden von vornherein keine gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaftsrechte wie Stimm- und Informationsrechte eingeräumt, die andernfalls den Entscheidungsfindungsprozess erschweren und die Handlungsfähigkeit des Unternehmens einschränken können.

### **3 Art und Funktionen der Dokumente**

Die VSOP Standarddokumente bestehen aus zwei Dokumenten. Es handelt sich um a) die Optionsbedingungen und b) das Zuteilungsschreiben.

#### **a) Optionsbedingungen**

In den Optionsbedingungen sind die für alle virtuellen Anteile gleichermaßen geltenden Rahmenbedingungen geregelt. Diese betreffen insbesondere die Bestimmungen zur Ausgabe der virtuellen Optionen an die Optionsberechtigten, die Ansparbedingungen (Vesting), die Verfallsbestimmungen, die Ausübungsvoraussetzungen einschließlich der zur Ausübung der Optionen berechtigenden möglichen Exit-Szenarien (Ausübungsereignisse), sowie die Berechnung des Zahlungsanspruchs.

#### **b) Zuteilungsschreiben**

Das Zuteilungsschreiben stellt das vertragliche Angebot der Gesellschaft an die jeweils adressierten Mitarbeiter dar und nimmt Bezug auf die dem Zuteilungsschreiben als Anlage beigefügten Optionsbedingungen. Die virtuellen Optionen werden wirksam gewährt, wenn der Optionsberechtigte das in dem Zuteilungsschreiben enthaltene Angebot nach den in den Optionsbedingungen und dem Zuteilungsschreiben festgelegten Bestimmungen form- und fristgerecht durch Unterzeichnung der beigefügten Annahmeerklärung annimmt. In dem

Zuteilungsschreiben wird außerdem der für die Berechnung des Zahlungsanspruchs erforderliche rechnerische Ausübungspreis der Optionen (Strike Price) festgelegt.

c) Implementierung der Dokumente auf gesellschaftlicher Ebene

Die Gewährung der virtuellen Optionen, also die Unterzeichnung des Zuteilungsschreibens von Seiten der Gesellschaft als Vertragspartei, erfolgt durch die Geschäftsführung. Da die virtuellen Anteile an der Wertsteigerung des Unternehmens partizipieren und damit zugleich den Anteil der echten Geschäftsanteile an einem möglichen Exit-Erlös mindern, wird die vorgehende Entscheidung über die Ausgestaltung des Beteiligungsprogramms und die Auswahl der hierdurch Begünstigten auf gesellschaftlicher Ebene in der Praxis häufig in der Gesellschaftervereinbarung der Gesellschafterversammlung zugewiesen und von der Zustimmung der Investorenmehrheit abhängig gemacht. Dies betrifft insbesondere die Einräumung von virtuellen Optionen an die Geschäftsführer und leitenden Angestellten. Das Zustimmungserfordernis wird häufig auch im Katalog zustimmungsbedürftiger Maßnahmen in der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung geregelt. Sofern ein Beirat eingerichtet wird, tritt dessen Zustimmung in der Regel an die Stelle der Gesellschafterversammlung. Üblicherweise wird in der Gesellschaftervereinbarung zudem die Höchstzahl der auszugebenden virtuellen Anteile bestimmt.

#### **4 Allgemeine Hinweise zu den wesentlichen Parametern der Optionsbedingungen**

Die folgenden Ausführungen dienen als Einleitung in die Struktur der Optionsbedingungen. Hinweise auf alternative Gestaltungsmöglichkeiten, Erläuterungen sowie Details zu gewissen Regelungen sind in den Musterdokumenten an den jeweils relevanten Stellen als Fußnoten aufgenommen.

##### **Ziffer 2: Vesting**

Die gewährten virtuellen Optionen stehen den Mitarbeitern nicht bereits vom Zuteilungstag an zu, sondern werden gestaffelt über einen bestimmten Zeitraum angespart (sog. Vesting). Der Zweck dieser Ausgestaltung besteht in der langfristigen Bindung der Begünstigten an das Start-up. Der Ansparzeitraum bis zum vollständigen Vesting aller virtuellen Optionen beträgt bei Vollzeitbeschäftigung üblicherweise zwischen drei und fünf Jahren mit einer einjährigen "Cliff"-Periode und anschließend monatlichen Vesting. In Zeiträumen, in denen das Dienst- bzw. Arbeitsverhältnis ohne Entgeltfortzahlungspflicht seitens der Gesellschaft ruht, ist der Vestingzeitraum unterbrochen. Bei Teilzeitbeschäftigungen verlängert sich der Vestingzeitraum proportional.

### Ziffer 3: Verfallsbestimmungen

Der Anreiz zur langfristigen Bindung an das Unternehmen wird oft dadurch ergänzt, dass virtuelle Optionen, die noch nicht gevestet sind, bei Ausscheiden eines Mitarbeiters verfallen. Eine Ausnahme hiervon besteht für nur vorübergehende Unterbrechungen der Beschäftigung. Im Falle einer Kündigung aus wichtigem Grund, für die der Optionsberechtigte verantwortlich ist, oder im Falle bestimmten Fehlverhaltens des Optionsberechtigten gegenüber der Gesellschaft verfallen meist auch bereits gevestete virtuelle Optionen ersatz- und entschädigungslos. Gleiches gilt für den Ablauf einer bestimmten Frist nach Zuteilung (häufig z.B. 10 Jahre).

### Ziffer 4: Kein Verwässerungsschutz / Anpassung der Anzahl der Virtuellen Optionen

Für die virtuellen Optionen besteht grundsätzlich kein Verwässerungsschutz. Die virtuellen Optionen werden bei künftigen Erhöhungen des Stammkapitals der Gesellschaft also wirtschaftlich verwässert, da sich hierdurch die relative Beteiligung der virtuellen Optionen an dem künftigen Wertzuwachs im Verhältnis zum nunmehr erhöhten Stammkapital verringert. Ausgenommen hiervon sind jedoch Erhöhungen des Stammkapitals aus Gesellschaftsmitteln oder wirtschaftlich vergleichbaren Maßnahmen, weil diese nicht mit einer Erhöhung des wirtschaftlichen Werts der Gesellschaft durch Einbringung neuen Kapitals einhergehen.

### Ziffer 5: Ausübung der Virtuellen Optionen

Der Begünstigte darf die virtuellen Optionen ausüben, wenn und soweit die virtuellen Optionen gevestet und nicht verfallen sind und ein unter Ziffer 5.2 definiertes Ausübungsereignis eingetreten ist. Als Ausübungsereignis gelten üblicherweise der Vollzug a) des Verkaufs und der Übertragung von über (in der Regel) 50% der Gesellschaftsanteile an einen Dritten im Rahmen einer oder mehrerer zusammenhängender Transaktionen (Share Deal-Exit), b) des Verkaufs und der Übertragung aller wesentlichen Vermögenswerte der Gesellschaft im Rahmen eines oder mehrerer zusammenhängender Transaktionen (Asset Deal-Exit) oder c) der Börsennotierung der Gesellschaft (IPO-Exit). Nicht um ein Ausübungsereignis handelt es sich hingegen in der Regel bei einem Tausch, einer Einbringung oder einer Verschmelzung im Sinne des Umwandlungsgesetzes, wenn die Bestandsgesellschafter nach Vollzug der Transaktion noch 50% oder mehr der Gesellschaftsanteile an der (fortbestehenden) Gesellschaft halten.

### Ziffer 6: Zahlungsanspruch des Optionsberechtigten

Liegen im Falle eines Ausübungsereignisses alle Voraussetzungen der Ausübung vor und hat der Optionsberechtigte die virtuellen Optionen wirksam (also form- und fristgerecht) ausgeübt, entsteht der Zahlungsanspruch. Die Formel zur Berechnung des Zahlungsanspruchs ist so

ausgestaltet, dass der Optionsberechtigte grundsätzlich im gleichen Verhältnis wie ein Inhaber von echten (Stamm-)Geschäftsanteilen an dem im Rahmen eines Exits zufließenden Netto-Erlöses beteiligt wird. Der im Zuteilungsschreiben festgelegte Ausübungspreis (Strike Price) hat nur eine rechnerische Funktion und findet entsprechend in der Formel als Abzugsposten bei der Berechnung des Anteils an dem Exit-Erlös Berücksichtigung. Der Begünstigte muss also weder den Strike Price noch sonst Kapital in die Gesellschaft einbringen oder sonstige Zahlungen an die Gesellschaft leisten.