

# Eigenkapitalbeteiligung bei der GmbH

von Katharina Nawrot | Prof. Dr. Dodo zu Knyphausen-Aufseß | Dr. Rolf Leuner

## I. Einleitung

Das Thema „Mitarbeiterkapitalbeteiligung“ wurde in der Vergangenheit meist sehr einseitig betrachtet – aus der Perspektive von Aktiengesellschaften (AGs). Statistisch gesehen firmiert aber nur ein sehr kleiner Teil (ca. 0,24%) der Unternehmen in Deutschland als AG. Weit verbreiteter ist die GmbH (ca. 15%)<sup>1</sup>. Dennoch werden die Möglichkeiten der Mitarbeiterkapitalbeteiligung an einer GmbH kaum diskutiert. Dies ist ein großes Manko, da die für die AG diskutierten Beteiligungsformen bei der GmbH nicht analog angewendet werden können. Die GmbH-Geschäftsanteile sind nicht an der Börse handelbar. Zudem ist die Stellung des GmbH-Gesellschafters grundsätzlich nicht mit der eines Aktionärs vergleichbar. Aus diesen Gründen sind einige Beteiligungsformen, wie zum Beispiel die Mitarbeiteraktie, von vornherein ausgeschlossen und die Beteiligung am Eigenkapital gestaltet sich um einiges komplizierter.

Ziel dieses Beitrages ist es, die Gestaltungsformen einer Eigenkapitalbeteiligung für Unternehmen in der Rechtsform der GmbH zu erläutern (Abschnitt II) und unter dem Aspekt der Vorteilhaftigkeit zu diskutieren (Abschnitt III). Abschnitt IV erläutert Anwendungserfahrungen aus der Beratungspraxis und Abschnitt V zieht ein kurzes Fazit.

## II. Gestaltungsformen einer Beteiligung am Stammkapital

Bei den Gestaltungsformen mit Beteiligung am Stammkapital sind zwei Gestaltungsvarianten zu unterscheiden, die direkte und die indirekte Stammkapitalbeteiligung. Weiterhin besteht die Möglichkeit, über Anwartschaftsrechte auf Stammkapital eine Beteiligung am Stammkapital selbst an das Eintreten weiterer Umstände zu knüpfen<sup>2</sup>.

Im Folgenden werden die direkte Beteiligung des Mitarbeiters über die Gewährung von GmbH-Geschäftsanteilen und die indirekte Beteiligung über ein Poolmodell sowie die Anwartschaftsrechte auf Stammkapital in Form der Option beschrieben. Nicht spezifisch auf die GmbH anwendbare Beteiligungsformen, wie beispielsweise die stille Beteiligung oder das Genussrecht sowie Beteiligungsformen ohne Stammkapitalbezug, werden nur am Rande und als ergänzende Lösungen betrachtet.

### 1. GmbH-Geschäftsanteil

Die Beteiligung am Stammkapital, infolge derer Geschäftsanteile durch den zu beteiligenden Mitarbeiter erworben

werden, ist die weitestgehende Form der Mitarbeiterbeteiligung. Dem Mitarbeiter-Gesellschafter werden bei derartigen direkten Eigenkapitalbeteiligungen zwingend Gesellschafterrechte, also Vermögens- und Verwaltungsrechte eingeräumt<sup>3</sup>.

#### a) Ausgestaltung des GmbH-Geschäftsanteils

Die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung der Mitarbeiterbeteiligung über GmbH-Geschäftsanteile beinhaltet die Möglichkeiten der Gewährung von Geschäftsanteilen an den Mitarbeiter, Regelungen zum Ausschluss des Mitarbeiters aus dem Gesellschafterkreis sowie Abfindungsregelungen für diesen Fall. Zudem ergeben sich jedenfalls faktisch negative wie positive Auswirkungen auf die arbeitsrechtliche Situation zwischen Unternehmen und Mitarbeiter, je nach Ausgestaltung. Die Beteiligung des Mitarbeiters über GmbH-Geschäftsanteile wird, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind, sowohl nach dem 5. VermBG als auch nach § 3 Nr. 39 EStG bzw. für Altfälle noch nach § 19a EStG staatlich gefördert.

Vermögenswirksame Leistungen werden für den Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen insbesondere dann gewährt, wenn die GmbH, an der der Mitarbeiter beteiligt werden soll, das Unternehmen des Arbeitgebers ist (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe h VermBG). Für die Übernahme des Geschäftsanteils durch den Mitarbeiter kommen der Beteiligungsvertrag gem. § 6 VermBG und der Beteiligungs-Kaufvertrag gem. § 7 VermBG in Betracht<sup>4</sup>.

Die Gewährung der GmbH-Geschäftsanteile an den Mitarbeiter kann auf drei Wegen erfolgen. Erstens können bereits bestehende Anteile durch Altgesellschafter abgetreten werden. Zweitens ist die Schaffung neuer Anteile im Zuge einer Kapitalerhöhung möglich. Die Gesellschaft kann drittens zunächst eigene Anteile erwerben, um sie später an die betreffenden Mitarbeiter zu gewähren<sup>5</sup>.

Eine Abtretung der Anteile durch die Altgesellschafter ist gem. § 15 Abs. 1 GmbHG frei möglich, unterliegt allerdings den Einschränkungen aus § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG. Demnach ist die notarielle Form für die Abtretung der Geschäftsanteile durch die Altgesellschafter und das der Abtretung zu-

3 Vgl. Weber, Ulrich/Lohr, Martin, Mitarbeiterbeteiligung in der GmbH (Teil 1): Beteiligung von Führungskräften am Stammkapital, in: GmbH-Steuer-Berater, 6. Jg., 2002 S. 330.

4 Vgl. Bundesministerium der Finanzen, Anwendung des Fünften Vermögensbildungsgesetzes ab 2004, BMF-Schreiben vom 09.08.2004, IV C 5 - 2430 - 18/04, in: [www.bundesfinanzministerium.de/lang\\_de/nr\\_304/DE/Aktuelles/BMF\\_Schreiben/Veroeffentlichungen\\_zu\\_Steuerarten/lohnsteuer/031,templateId=raw.property=publicationFile.pdf](http://www.bundesfinanzministerium.de/lang_de/nr_304/DE/Aktuelles/BMF_Schreiben/Veroeffentlichungen_zu_Steuerarten/lohnsteuer/031,templateId=raw.property=publicationFile.pdf) (30.01.2008), S. 9.

5 Vgl. Weber, Ulrich/Lohr, Martin, Mitarbeiterbeteiligung in der GmbH (Teil 2): Optionsverträge mit Führungskräften, in: GmbH-Steuer-Berater, 6. Jg., 2002 S. 361.

1 Vgl. Umsatzsteuerstatistik 2006: Eckdaten – Zeitreihenergebnisse und Strukturdaten, Statistisches Bundesamt, 20.02.2008, in: <https://www.ec.destatis.de/csp/shop/sfg/bpm.html.cms.cBroker.cls?cmspath=struktur,vollanzeige.csp&ID=1021642> (03.03.2008).

2 Vgl. Fox, Thomas/Hüttche, Tobias/Lechner, Florian, Mitarbeiterbeteiligung an der GmbH, in: GmbHHR, 91. Jg., 2000 S. 532.

Katharina Nawrot, c/o Technische Universität Berlin, Fachgebiet Strategische Führung und Globales Management, Straße des 17. Juni 135/H 92, 10623 Berlin. Tel. +49 (0) 30 314 28745; E-Mail: katharina.nawrot@web.de.

Prof. Dr. Dodo zu Knyphausen-Aufseß, Technische Universität Berlin, Fachgebiet Strategische Führung und Globales Management, Straße des 17. Juni 135/H 92, 10623 Berlin. Tel. +49 (0) 30 314 28744; E-Mail: knyphausen@strategie.tu-berlin.de.

Dr. Rolf Leuner, WP, StB, Partner, Rödl & Partner, Äußere Sulzbacher Str. 100, 90491 Nürnberg, Tel: +49 (0) 911 91 93-1212, Email: rolf.leuner@roedl.de.

## Das Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetz verbessert die staatliche Förderung der finanziellen Mitarbeiterbeteiligung in Deutschland.

grundliegende Verpflichtungsgeschäft erforderlich. Diese Formerfordernisse erschweren den Handel mit GmbH-Geschäftsanteilen beträchtlich – teilweise vom Gesetzgeber wegen der Informationsfunktion des Notars und der Beweiserleichterungsfunktion gewollt. Weitere Voraussetzungen können durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt werden (§ 15 Abs. 5 GmbHG). Beispielsweise kann die Abtretung der Geschäftsanteile von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig gemacht werden, wie es in der Praxis oft der Fall ist. Entsprechend § 46 Nr. 4 i.V.m. § 48 GmbHG ist eine Teilung der Geschäftsanteile durch die Gesellschafterversammlung möglich. Aufgrund dessen kann auch nur ein bestimmter Teil eines Geschäftsanteils übertragen werden.

Die zweite Möglichkeit stellt die Kapitalerhöhung dar. Diese setzt grundsätzlich einen Kapitalerhöhungsbeschluss im Rahmen einer Änderung des Gesellschaftsvertrages gemäß den §§ 53 ff. GmbHG voraus. Hauptinhalt des Beschlusses ist die Feststellung, dass und in welcher Höhe das Stammkapital erhöht wird, welche Ziffer das Stammkapital nach der Erhöhung hat und dass ein Bezugsrechtsausschluss festgelegt wird. Der Bezugsrechtsausschluss ist erforderlich, um freie GmbH-Geschäftsanteile zu schaffen, indem nicht alle Gesellschafter quotal zur Teilnahme an der Kapitalerhöhung zugelassen werden. Die Anteile der Altgesellschafter unterliegen somit einer gleichmäßigen Verwässerung. In einem weiteren Beschluss, dem Zulassungsbeschluss, ist anschließend festzuhalten, wer die auf den Erhöhungsbetrag entfallenden Geschäftsanteile übernehmen soll und mit welchen Personen die Übernahmeverträge für den Erhöhungsbetrag abgeschlossen werden können<sup>6</sup>. Mit Abschluss des Übernahmevertrages entsteht für den Mitarbeiter-Gesellschafter die Einlagepflicht<sup>7</sup>. Zudem ist gem. § 55 Abs. 1 GmbHG eine notarielle Beglaubigung der Übernahmeerklärung des Mitarbeiter-Gesellschafters und gem. § 54 Abs. 3 GmbHG eine Eintragung der Änderung des Gesellschaftsvertrages ins Handelsregister für ihr Wirksamwerden erforderlich. Darüber hinaus sind die Erwerber gem. § 16 Abs. 1 GmbHG in der zum Handelsregister einzureichenden Gesellschafterliste einzutragen. Die immensen Formerfordernisse sind, wie bei der Abtretung von Anteilen, mit hohen Kosten verbunden. Auch das zum 01.11.2008 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) sieht insoweit nur eine einge-

schränkte Erleichterung vor. Entsprechend dem neu eingeführten § 55a GmbHG ist es jetzt möglich, bereits im Gesellschaftervertrag ein genehmigtes Kapital vorzusehen. Das heißt, dass die Geschäftsführer ermächtigt werden, das Stammkapital bis zu einem bestimmten Nennbetrag durch Ausgabe neuer Geschäftsanteile gegen Einlage zu erhöhen. Allerdings ist diese Möglichkeit auf höchstens fünf Jahre beschränkt<sup>8</sup>. Zudem bedarf es auch in diesem Fall einer Regelung zum Bezugsrechtsausschluss und zur Festlegung der Übernahmerechtigten<sup>9</sup>.

Die dritte Möglichkeit und Alternative zur Kapitalerhöhung oder Abtretung durch die Altgesellschafter stellt der Erwerb eigener Anteile durch die Gesellschaft dar, die sie später an die Mitarbeiter vergibt. Der Erwerb eigener Anteile ist der GmbH nur unter Einhaltung der strengen Voraussetzungen von § 33 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 GmbHG möglich. Demnach darf die Gesellschaft nur eigene Geschäftsanteile erwerben, auf welche die Einlagen vollständig geleistet sind, sofern der Erwerb aus dem über den Betrag des Stammkapitals hinaus vorhandenen Vermögen, demzufolge aus offenen Rücklagen, erfolgen kann<sup>10</sup>.

Die Voraussetzung für die Weiterveräußerung der somit durch die Gesellschaft erworbenen Anteile ist umstritten. Weitgehend anerkannt ist, dass die Veräußerung der eigenen Geschäftsanteile der GmbH nicht in die Vertretungskompetenz der Geschäftsführer fällt, da die Veräußerung der Geschäftsanteile das Verhältnis der Gesellschafter untereinander berührt. Der Geschäftsführer muss daher die Gesellschafterversammlung einbeziehen und ihre Ermächtigung einholen. Strittig ist bislang, ob für diese Entscheidung in der Gesellschafterversammlung bereits eine einfache Mehrheit ausreicht oder ob eine qualifizierte Mehrheit erforderlich ist<sup>11</sup>.

Ist durch die Anwendung einer dieser drei Möglichkeiten der Weg für eine Mitarbeiterkapitalbeteiligung frei, sind die Gestaltungsfreiräume, die der Gesetzgeber zugesteht, durch die Gesellschaft zu füllen. Zwar haben die Gesellschafter grundsätzlich stets einen Anspruch auf den Jahresüberschuss, die Verteilung erfolgt dabei jedoch im Verhältnis der Geschäftsanteile oder aber nach einem Maßstab, welcher im

<sup>8</sup> § 55a Abs. 1 und 2 GmbHG.

<sup>9</sup> Vgl. Roth, Günther H., Kommentar zu § 55 und § 55a, in: Roth, Günther, H. / Altmeppen, Holger (Hg.), GmbHG Kommentar, 6. Aufl. 2009, München, § 55a RdNr. 27.

<sup>10</sup> Vgl. Ertmann, Dorothee, Die Beteiligung von Mitarbeitern am Stammkapital einer GmbH: Unter besonderer Beachtung von Start-Up-Unternehmen der Technologiebranche, hrsg. von Ulrich Ehrlicke / Ingo Saenger / Christoph H. Seibt, Schriften zum europäischen, internationalen und vergleichenden Unternehmensrecht, Baden-Baden, 2005, S. 97.

<sup>11</sup> Vgl. Westermann, Harm Peter, § 33 GmbHG, in Scholz (Hrsg.): Kommentar zum GmbH-Gesetz: mit Anhang Konzernrecht, Band 1, 10. Aufl. 2006, Köln, S. 1778-1779; Hueck, Götz/Fastrich, Lorenz, §§ 13-34 GmbHG, in: Baumbach, Adolf / Hueck, Alfred (Hrsg.), GmbH-Gesetz, Beck'sche Kurzkommentare, Bd. 20, 18. Aufl. 2006, München, S. 538.

<sup>6</sup> Vgl. Zöllner, Wolfgang, §§ 53-59 GmbHG, in: Baumbach, Adolf / Hueck, Alfred (Hrsg.), GmbH-Gesetz, Beck'sche Kurz-Kommentare, Bd. 20, 18. Aufl. 2006, München, S. 1685-1687, 1694; Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter, §§ 43a-59 GmbHG in: Lutter, Marcus / Hommelhoff, Peter (Hrsg.), GmbH-Gesetz: Kommentar, 16. Aufl. 2004, Köln, S. 1014, 1018-1019.

<sup>7</sup> Vgl. Roth, Günther H., Kommentar zu § 55 und § 55a, in: Roth, Günther, H. / Altmeppen, Holger (Hg.), GmbHG Kommentar, 6. Aufl. 2009, München, § 55, RdNr. 14.

Gesellschaftsvertrag festgelegt werden kann<sup>12</sup>. Zwingend sollte aus Arbeitgebersicht und -interesse eine Regelung für das Ausscheiden des Mitarbeiters getroffen werden. Die Mitarbeiterbeteiligung ist zweckmäßigerweise an die Tätigkeit des Mitarbeiters im Unternehmen zu knüpfen. Dann ist bei einem Ausscheiden desselben die Veranlassung gegeben, auch seine Beteiligung aufzukündigen. Anlässlich der Anteilsübertragung an den Mitarbeiter sollte die Beendigung der Mitarbeit als Ausschlussgrund in die Satzung aufgenommen werden<sup>13</sup>. Hat eine solche Regelung zur Folge, dass die Mehrheitsgesellschafter jederzeit einem Gesellschafter ohne einen sachlichen Grund das Arbeitsverhältnis kündigen und ihm somit die Gesellschafterrechte nehmen können, verstößt die Vereinbarung nach ständiger Rechtsprechung gegen das Verbot der freien Hinauskündigung und ist ohne sachlichen Grund grundsätzlich nach § 242 BGB rechtsmissbräuchlich. Nach neuerer BGH-Rechtsprechung steht dieser Grundsatz aber nicht einem Mitarbeitermodell entgegen, bei dem eine Minderheitsbeteiligung eingeräumt wird, die der Mitarbeiter bei seinem Ausscheiden aus dem Unternehmen zurück zu übertragen hat<sup>14</sup>.

Im Falle der Rückübertragung seiner Anteile erhält der betroffene Mitarbeiter eine Abfindung, die der weitsichtige Unternehmer idealer Weise Jahre vorher bereits in die Satzung implementiert hat, im besten Fall klar, einfach und wenig angreifbar. Im Übrigen gelten für den Mitarbeiter-Gesellschafter bezüglich der Abfindung die allgemeinen Prinzipien zur Regelung derselben bei ausscheidenden GmbH-Gesellschaftern. Daher müssen geltende Grundsätze, wie beispielsweise der Anspruch auf vollwertige Abfindung zum Verkehrswert des Anteils, eingehalten werden. Der grundsätzliche Abfindungsanspruch in Höhe des Verkehrswertes kann und sollte im Rahmen der Satzungsautonomie begrenzt werden. Die Abfindungsklauseln können zum einen durch leicht handhabbare Bewertungsmaßstäbe eine Durchführung der konfliktträchtigen und kostenintensiven Bewertung des GmbH-Anteils entbehrlich machen. Zum anderen kann die Gefahr des erheblichen Kapitalabflusses im Falle einer Abfindung nach Verkehrswert gebannt werden. Dies ist unter dem Aspekt der Existenzsicherung der Gesellschaft durch eine vertragliche Beschränkung der Abfindungshöhe beziehungsweise durch eine zeitlich gestreckte Auszahlung der Abfindung erreichbar<sup>15</sup>. In der Praxis gibt es zudem verschiedene Möglichkeiten, die Abtretbarkeit von GmbH-Geschäftsanteilen für den Mitarbeiter zu erschweren, deren Darstellung für den gewählten Fokus unerheblich ist und daher ausgespart wird.

In Bezug auf die arbeitsrechtliche Situation zwischen Unternehmen und Mitarbeiter muss zwischen zwei Rechtsbeziehungen unterschieden werden.

Einerseits besteht der Arbeitsvertrag, auf dessen Grundlage der Mitarbeiter Arbeitnehmer des Unternehmens ist. Andererseits ist der Mitarbeiter aufgrund der Gesellschaftsbeteiligung Gesellschafter der GmbH, für den die Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag und die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen bindend sind. Die arbeitsrechtliche Beziehung wirkt sich stark auf die gesellschaftsrechtliche Beziehung aus, wenn die Beteiligung auf der Geschäftsgrundlage des Arbeitsverhältnisses zustande gekommen ist, das Bestehen des Arbeitsverhältnisses mit der Beteiligung verknüpft und die Beteiligung zu speziellen Konditionen an den Mitarbeiter ausgegeben wurde<sup>16</sup>.

#### b) Einflussmöglichkeit des Mitarbeiter-Gesellschafters

Dem Mitarbeitergesellschafter stehen die gleichen Mitgliedschaftsrechte zu wie den anderen Gesellschaftern der GmbH. Der Begriff „Mitgliedschaft“ ist der verdinglichte Inbegriff aller Rechte und Pflichten, die dem Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis erwachsen. Sie sind mit dem Geschäftsanteil verbunden und wirken gegenüber allen künftigen Inhabern des Geschäftsanteils. Aus diesem Grund gehen sie bei der Übertragung des GmbH-Geschäftsanteils auf den Mitarbeiter über<sup>17</sup>.

Der Inhalt der einzelnen Mitgliedschaftsrechte und ihr Umfang können im Gesellschaftsvertrag aufgrund der Gestaltungsfreiheit, die § 45 GmbHG einräumt, bestimmt werden. Allerdings schließt dies einen unverzichtbaren Kernbereich einzelner Mitgliedschaftsrechte nicht mit ein. Man unterscheidet zwischen allgemeinen Mitgliedschaftsrechten, welche allen Gesellschaftern gleichmäßig zustehen, und Sonderrechten, die durch die Satzung einzelnen Gesellschaftern oder Gruppen von Gesellschaftern eingeräumt werden können. Sonderrechte gewähren unterschiedliche Befugnisse und Vorzüge, wie beispielsweise ein verstärktes Stimmrecht. Sie können mit Zustimmung des Gesellschafters wieder entzogen werden. Die allgemeinen Mitgliedschaftsrechte werden in Vermögens- und Verwaltungsrechte unterschieden. Die Vermögensrechte beinhalten v.a. den Gewinnanspruch nach § 29 GmbHG und das Bezugsrecht von Geschäftsanteilen bei einer Kapitalerhöhung. Weitere Vermögensrechte kann die Satzung vorsehen, zum Beispiel das Recht der Gesellschafter, Einrichtungen der GmbH zu nutzen. Die Verwaltungsrechte umfassen insbesondere das Teilnahmerecht an der Gesellschafterversammlung gem. § 48 GmbHG und das Stimmrecht der Gesellschafter gem. § 47 GmbHG. Zudem besteht ein besonderer Schutz von Minderheiten durch die §§ 50, 61, 66 GmbHG. Weitere Kontroll- und Schutzrechte wurden durch die Rechtsprechung entwickelt, beispielsweise die Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage gegen fehlerhafte Beschlüsse<sup>18</sup>.

Ein kleiner Teil der allgemeinen Mitgliedschaftsrechte, sogenannte „unentziehbare Mitgliedschaftsrechte“, stehen dem

12 Vgl. § 29 Abs. 1, 3 GmbHG.

13 Vgl. Mohr, Randolf, Ausgestaltung von Mitarbeiterbeteiligungen bei GmbH unter Berücksichtigung gesellschafts-, arbeits- und steuerrechtlicher Aspekte, in: GmbH-Steuer-Berater, 9. Jg., 2005 S. 305-310, S. 306-307.

14 Vgl. BGH 2. Zivilsenat, Az II ZR 342/03 vom 19.09.2005 sowie Az II ZR 194/89 vom 09.07.1990.

15 Vgl. Erttmann, Dorothee, Die Beteiligung von Mitarbeitern am Stammkapital einer GmbH: Unter besonderer Beachtung von Start-Up-Unternehmen der Technologiebranche, hrsg. von Ulrich Ehrlicke / Ingo Saenger / Christoph H. Seibt, Schriften zum europäischen, internationalen und vergleichenden Unternehmensrecht, Baden-Baden, 2005, S. 144-145; Mohr, Randolf, Ausgestaltung von Mitarbeiterbeteiligungen bei GmbH unter Berücksichtigung gesellschafts-, arbeits- und steuerrechtlicher Aspekte, in: GmbH-Steuer-Berater, 9. Jg., 2005 S. 307.

16 Vgl. Mohr, Randolf, Ausgestaltung von Mitarbeiterbeteiligungen bei GmbH unter Berücksichtigung gesellschafts-, arbeits- und steuerrechtlicher Aspekte, in: GmbH-Steuer-Berater, 9. Jg., 2005 S. 308.

17 Vgl. Birle, Jürgen P., Praxishandbuch der GmbH: Gesellschafts- und Steuerrecht, Herne, Berlin, 2007, S. 353; Birle, Jürgen P., Praxishandbuch der GmbH: Gesellschafts- und Steuerrecht, Herne, Berlin, 2007, S. 17.

18 Vgl. Reichert, Jochem/Weller, Marc-Philippe, Der GmbH-Geschäftsanteil: Übertragung und Vinkulierung, Kommentierung zu §§ 14-18 GmbHG, München, 2006, S. 25-26, 30-31; Winter, Heinz/Seibt, Christoph H., §§ 14-18 BGB, in: Scholz (Hrsg.): Kommentar zum GmbH-Gesetz: mit Anhang Konzernrecht, Band 1, 10. Aufl. 2006, Köln, S. 943.

Gesellschafter aufgrund zwingender Rechtsnormen zu und können weder ausgeschlossen noch eingeschränkt werden. Zu diesen gehören das Auskunfts- und Einsichtsrecht des Gesellschafters nach § 51a GmbHG und das Recht auf Teilnahme an der Gesellschafterversammlung. Von ihnen zu unterscheiden sind die relativ unentziehbaren Mitgliedschaftsrechte, welche nach Gesetz oder Gesellschaftsvertrag lediglich mit Zustimmung des Gesellschafters entzogen oder eingeschränkt werden können. Hier empfiehlt sich eine exakte Überprüfung für das konkrete Mitgliedschaftsrecht<sup>19</sup>.

### c) Steuerliche Aspekte

Auf der Ebene der Gesellschaft stellen die Ausschüttungen an die Gesellschafter Einkommensverwendungen dar, welche steuerlich nicht als Betriebsausgaben abzugsfähig sind<sup>20</sup>.

Der Erwerb der Beteiligung – zu einem angemessenen Preis – beinhaltet für den Mitarbeiter grundsätzlich keine steuerlichen Konsequenzen. Diese ergeben sich erst durch Einnahmen aus der Beteiligung oder deren Veräußerung. Wird der Gesellschaftsanteil jedoch zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Preis übertragen, muss die Differenz als geldwerter Vorteil und somit im Rahmen der Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit gem. § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG versteuert werden. Hierbei ist zu beachten, dass im Zeitpunkt der Übertragung der Lohnzufluss stattfindet und die Steuerlast zu begleichen ist<sup>21</sup>. Die vom Mitarbeiter-Gesellschafter bezogenen Gewinnanteile (Dividende) sind gem. §§ 20 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 EStG zu den Einkünften aus Kapitalvermögen zu zählen und unterliegen seit dem 01.01.2009 regelmäßig der Abgeltungsteuer mit einem Einkommensteuersatz i.H.v. 25%. Diese wird von der Gesellschaft einbezahlt und abgeführt. Angefallene Werbungskosten sind insoweit prinzipiell nicht berücksichtigungsfähig.

### d) Einschätzung des GmbH-Geschäftsanteils

Die direkte Eigenkapitalbeteiligung bietet viele Vorteile. Sie ist eine effiziente Möglichkeit, wenige exzellente Mitarbeiter an das Unternehmen zu binden und bei ihnen eine deutlich höhere Motivationswirkung zu erzielen als bei indirekten Eigenkapitalbeteiligungsformen. Zudem wird die Eigenkapitalquote und somit die Position im Kredit-Rating der Banken verbessert<sup>22</sup>.

Dennoch dürfen die Probleme der Beteiligung über GmbH-Geschäftsanteile nicht außer Acht gelassen werden. Die Aufnahme „fremder Gesellschafter“ ist ein großer Schritt, auch wenn es sich um eigene Mitarbeiter handelt. Konflikte im Gesellschafterkreis können entstehen, wenn die oft unterschiedlichen Interessen der Mitarbeiter und des Arbeitgebers aufeinanderprallen. Die beteiligten Mitarbeiter bilden zudem keine in sich homogene Gruppe<sup>23</sup>. Konflikte zwischen den Mitarbeitern können bei deren Aufnahme als Mitarbei-

ter-Gesellschafter in den Kreis der Gesellschafter hineingetragen werden, wodurch sich das Konfliktpotential zusätzlich erhöht. Weiterhin drohen (Anteils-) Zersplitterungen und andere Schwierigkeiten im Hinblick auf die Abstimmung im Rahmen der Gesellschafterversammlung.

Als Modell für breite Mitarbeiterkreise ist die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen auch schon daher ungeeignet, weil sie keine fungiblen Wertpapiere sind und nur mit großem Aufwand – regelmäßig bedarf es einer notariellen Beurkundung – übertragen werden können. Da es keinen organisierten Markt zum Handel von GmbH-Geschäftsanteilen gibt, sind die Mitarbeiter zudem stark gebunden<sup>24</sup>. Das häufig gewichtigste Argument gegen die Mitarbeiterbeteiligung vieler durch GmbH-Anteile ist der beträchtliche direkte Einfluss der Gesellschafter auf die Leitung der GmbH<sup>25</sup>.

Der beteiligte Mitarbeiter erhält aufgrund des unabdingbaren Informationsrechtes einen Einblick in alle geschäftlichen Angelegenheiten der Gesellschaft. Soll seitens der GmbH als Arbeitgeber dem Mitarbeiter kein Einblick in die Unternehmenssituation gestattet werden, ist eine Mitarbeiterbeteiligung über GmbH-Geschäftsanteile nur über mehrstufige Beteiligungskonstrukte realisierbar. Die direkte Beteiligung wird in der Praxis daher nur für einen kleineren Kreis von Führungskräften realisiert, die aufgrund ihrer Aufgaben ohnehin schon in den Entscheidungs- und Informationsprozess eingebunden sind<sup>26</sup>. Aufgrund der unverzichtbaren Gesellschafterrechte insgesamt ist diese Beteiligungsform auch nicht als Mittel der Finanzierung, sondern vielmehr der langfristigen Bindung einzelner Mitarbeiter, in der Regel Führungskräften und Leistungsträgern, an das Unternehmen zu sehen. Ist die Beteiligung einer Vielzahl von Mitarbeitern am Stammkapital erwünscht, bietet sich die indirekte Beteiligung über die Zwischenschaltung von Poolmodellen, insbesondere unter Einbeziehung einer AG, an<sup>27</sup>. Diese werden im Folgenden betrachtet.

## 2. Beteiligung über ein Poolmodell

Die indirekte Beteiligung der Mitarbeiter am Stammkapital der GmbH bietet eine Alternative zur direkten Eigenkapitalbeteiligung. Mit ihr können die Probleme, welche mit der

19 Vgl. Winter, Heinz/Seibt, Christoph H., §§ 14-18 BGB, in: Scholz (Hrsg.): Kommentar zum GmbH-Gesetz: mit Anhang Konzernrecht, Band 1, 10. Aufl. 2006, Köln, S. 950-953.

20 Vgl. Fox, Thomas/Hüttche, Tobias/Lechner, Florian, Mitarbeiterbeteiligung an der GmbH, in: GmbHHR, 91. Jg., 2000 S. 532.

21 Vgl. Zimmermann, Friedrich, Zivil- und steuerrechtliche Aspekte zu Management- und Mitarbeiter-Beteiligungsprogrammen, in: GmbHHR, 97. Jg., 2006 S. 234.

22 Vgl. Leuner, Rolf/Dumser, Klaus, Mitarbeiter am Unternehmen beteiligen: Wichtige Stellschrauben bei der Gestaltung, in: Arbeit und Arbeitsrecht, 2005, 60. Jg. S. 145; Schanz, Kay-Michael, Mitarbeiterbeteiligungsprogramme, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 17. Jg., 2000 S. 628.

23 Natürlich bilden auch Eigentümerfamilien nicht a priori eine homogene Gruppe, wie der Porsche-Fall jüngst eindrücklich vor Augen geführt hat.

24 Vgl. Röder, Gerhard, Die Beteiligung von Arbeitnehmern am Unternehmen, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 18. Jg., 1987 S. 803; Stehle, Heinz, Mitarbeiterbeteiligung – ein Mittel zur Leistungssteigerung und Unternehmensfinanzierung: Wegweiser für zweckmäßige Gestaltungsformen, Rechtsratgeber für die Wirtschaftspraxis, Bd. 12, Stuttgart, Bad Wörlshofen, 1985, S. 27.

25 Vgl. Mohr, Randolph, Ausgestaltung von Mitarbeiterbeteiligungen bei GmbH unter Berücksichtigung gesellschafts-, arbeits- und steuerrechtlicher Aspekte, in: GmbH-Steuer-Berater, 9. Jg., 2005 S. 306; Mohr, Randolph, Gestaltungsfragen der Mitarbeiterbeteiligung bei der GmbH, in: GmbH-Steuer-Berater, 4. Jg., 2000 S. 217.

26 Vgl. Mohr, Randolph, Ausgestaltung von Mitarbeiterbeteiligungen bei GmbH unter Berücksichtigung gesellschafts-, arbeits- und steuerrechtlicher Aspekte, in: GmbH-Steuer-Berater, 9. Jg., 2005 S. 306; Böker, Arndt, Grundlagen der Arbeitnehmerkapitalbeteiligung, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, Inaugural-Dissertation (2004), Tönning, Lübeck, Marburg, 2006, S. 216.

27 Vgl. Weber, Ulrich/Lohr, Martin, Mitarbeiterbeteiligung in der GmbH (Teil 1): Beteiligung von Führungskräften am Stammkapital, in: GmbH-Steuer-Berater, 6. Jg., 2002 S. 330; Böker, Arndt, Grundlagen der Arbeitnehmerkapitalbeteiligung, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, Inaugural-Dissertation (2004), Tönning, Lübeck, Marburg, 2006, S. 217.

direkten Beteiligung über GmbH-Geschäftsanteile einhergehen, weitestgehend gelöst werden.

Die mittelbare Beteiligung kann in verschiedenen Formen ausgestaltet werden. Zum einen besteht die Möglichkeit einer Treuhandlösung, bei der die Altgesellschafter GmbH-Geschäftsanteile treuhänderisch für die Mitarbeiter halten. Zum anderen bietet die Poollösung eine Alternative, bei der eine Beteiligungsinstitution zwischengeschaltet wird. Da eine angemessene Behandlung beider Gestaltungsformen aufgrund des beschränkten Umfangs in diesem Beitrag nicht möglich ist, wird im Folgenden nur die Poollösung dargestellt. Sie erfreut sich in der Praxis größerer Beliebtheit<sup>28</sup>.

#### a) Ausgestaltung des Poolmodells

Charakteristisch für die indirekte Beteiligung über Poolmodelle ist, dass der zu beteiligende Mitarbeiter selbst keine GmbH-Geschäftsanteile erwirbt, sondern eine Beteiligungsinstitution zwischen ihm und das Unternehmen geschaltet wird. Der Mitarbeiter wird an der Beteiligungsinstitution und diese wiederum am Arbeit gebenden Unternehmen, der GmbH, beteiligt. Es entstehen somit zwei getrennte Beteiligungsverhältnisse<sup>29</sup>.

Das Verhältnis zwischen dem Mitarbeiter und der Beteiligungsinstitution wird ebenso wie das Verhältnis zwischen der Beteiligungsinstitution und dem Arbeit gebenden Unternehmen durch die Wahl der Beteiligungsform bestimmt. Während die Beteiligung des Mitarbeiters an der Beteiligungsinstitution nur gesellschaftsrechtlich erfolgt, bieten sich für die Beteiligung der Beteiligungsinstitution am Arbeit gebenden Unternehmen alle Möglichkeiten von einer schuldrechtlichen bis hin zur vollen gesellschaftsrechtlichen Beteiligung. Ergänzend können die Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH ebenfalls Anteile an der Beteiligungsinstitution erwerben. Auf diese Weise erlangen sie einen Einblick in und einen gesellschaftsrechtlichen Einfluss auf die Beteiligungsinstitution<sup>30</sup>. Einschränkungen hinsichtlich der Beteiligungsform der Beteiligungsinstitution am Arbeit gebenden Unternehmen ergeben sich im Rahmen der staatlichen Förderung nach dem 5. VermBG und § 3 Nr. 39 EStG. Voraussetzung für die Förderungsfähigkeit ist gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe h VermBG prinzipiell eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung an der Arbeitgeberin<sup>31</sup>.

Als Rechtsformen für die Beteiligungsinstitution werden in der Literatur die GbR, die GmbH und die Personenhandels-gesellschaften (OHG, KG) sowie die AG diskutiert<sup>32</sup>. Darüber

hinaus kann in diesem Zusammenhang jetzt auch an die neu eingeführte „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ gedacht werden. Exemplarisch wird an dieser Stelle die Ausgestaltung der Beteiligungsinstitution als GbR erläutert, welche in der Praxis häufig Verwendung findet<sup>33</sup>.

Unter einer GbR wird „[...] ein vertraglicher Zusammenschluss zweier oder mehrerer Personen zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Zwecks durch Übernahme schuldrechtlicher Pflichten“<sup>34</sup> verstanden. Die GbR kann, ohne Formvorschriften zu unterliegen, begründet und aufgelöst werden. Eine Eintragung ins Handelsregister ist nicht erforderlich. Zu einem großen Teil sind die Vorschriften für die GbR, §§ 705 ff. BGB, nur dispositiver Natur. Im Falle der GbR wird neben der stillen Beteiligung oder dem Genussrecht überwiegend die gesellschaftsrechtliche Beteiligung in Form von GmbH-Geschäftsanteilen gewählt. Die Bereitstellung der Anteile erfolgt durch eine von drei Möglichkeiten zur Schaffung von GmbH-Geschäftsanteilen analog zur Mitarbeiterbeteiligung über GmbH-Geschäftsanteile. Die geschaffenen Anteile werden zum Zweck der Beteiligung regelmäßig notariell auf die GbR übertragen<sup>35</sup>. Anschließend werden die Aufnahme und das Ausscheiden eines Mitarbeiters als Gesellschafter der GbR nur durch die GbR und deren Gesellschaftsvertrag geregelt und erfolgen grundsätzlich formlos. So ist nicht bei jeder Veränderung des Gesellschafterkreises der GbR eine notarielle Beurkundung für die Anteilsübertragung erforderlich, wie dies bei der direkten Stammkapitalbeteiligung der Fall ist. Es ist jedoch gem. § 40 GmbHG eine aktualisierte Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen, da bei einer Beteiligung an einer GmbH über eine GbR die an der GbR beteiligten Personen angegeben werden müssen. Die Mitarbeiterbeteiligungs-GbR wird durch alle Gesellschafter vertreten, abweichende Regelungen sind auf vertraglicher Basis möglich<sup>36</sup>.

Die Teilhabe an Gewinn und Verlust bestimmt sich, soweit der Gesellschaftsvertrag keine abweichende Regelung ent-

28 Vgl. Fox, Thomas/Hüttche, Tobias/Lechner, Florian, Mitarbeiterbeteiligung an der GmbH, in: GmbHR, 91. Jg., 2000 S. 529; Schneider, Hans-J./Fritz, Stefan/Zander, Ernst, Erfolgs- und Kapitalbeteiligung der Mitarbeiter, Düsseldorf, 6. Aufl. 2007, S. 188.

29 Vgl. Erttmann, Dorothee, Die Beteiligung von Mitarbeitern am Stammkapital einer GmbH: Unter besonderer Beachtung von Start-Up-Unternehmen der Technologiebranche, hrsg. von Ulrich Ehrlicke / Ingo Saenger / Christoph H. Seibt, Schriften zum europäischen, internationalen und vergleichenden Unternehmensrecht, Baden-Baden, 2005, S. 68; Böker, Arndt, Grundlagen der Arbeitnehmerkapitalbeteiligung, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, Inaugural-Dissertation (2004), Tönning, Lübeck, Marburg, 2006, S. 227.

30 Vgl. Böker, Arndt, Grundlagen der Arbeitnehmerkapitalbeteiligung, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, Inaugural-Dissertation (2004), Tönning, Lübeck, Marburg, 2006, S. 227-228; Mohr, Randolph, Ausgestaltung von Mitarbeiterbeteiligungen bei GmbH unter Berücksichtigung gesellschafts-, arbeits- und steuerrechtlicher Aspekte, in: GmbH-Steuer-Berater, 9. Jg., 2005 S. 305 – 310.

31 Vgl. Bundesministerium der Finanzen, Anwendung des Fünften Vermögensbildungsgesetzes ab 2004, BMF-Schreiben vom 09.08.2004, IV C 5 – 2430 – 18/04, in: www.bundesfinanzministerium.de/lang\_de/nr\_304/DE/Aktuelles/BMF\_Schreiben/Veroffentlichungen\_zu\_Steuerarten/lohnsteuer/031,templateId=raw.property=publicationFile.pdf (30.01.2008), S. 9-10.

32 Vgl. Schneider, Hans-J./Fritz, Stefan/Zander, Ernst, Erfolgs- und Kapitalbeteiligung der Mitarbeiter, Düsseldorf, 6. Aufl. 2007, S. 188; Stehle, Heinz, Mitarbeiterbeteiligung – ein Mittel zur Leistungssteigerung und Unternehmensfinanzierung: Wegweiser für zweckmäßige Gestaltungsformen, Rechtsratgeber für die Wirtschaftspraxis, Bd. 12, Stuttgart, Bad Wörishofen, 1985, S. 33-34.

33 Vgl. Fox, Thomas/Hüttche, Tobias/Lechner, Florian, Mitarbeiterbeteiligung an der GmbH, in: GmbH-Rundschau, 91. Jg., 2000 S. 529; Schneider, Hans-J./Fritz, Stefan/Zander, Ernst, Erfolgs- und Kapitalbeteiligung der Mitarbeiter, Düsseldorf, 6. Aufl. 2007, S. 188.

34 Dittfurth, Hoimar von, §§ 705-758 BGB, in: Prütting, Hanns / Wegen, Gerhard / Weinreich, Gerd (Hrsg.), BGB Kommentar, Neuwied, 2006, S. 1261.

35 Vgl. Fox, Thomas/Hüttche, Tobias/Lechner, Florian, Mitarbeiterbeteiligung an der GmbH, in: GmbH-Rundschau, 91. Jg., 2000 S. 529; Stehle, Heinz, Mitarbeiterbeteiligung – ein Mittel zur Leistungssteigerung und Unternehmensfinanzierung: Wegweiser für zweckmäßige Gestaltungsformen, Rechtsratgeber für die Wirtschaftspraxis, Bd. 12, Stuttgart, Bad Wörishofen, 1985, S. 34-35.

36 Vgl. Stehle, Heinz, Mitarbeiterbeteiligung – ein Mittel zur Leistungssteigerung und Unternehmensfinanzierung: Wegweiser für zweckmäßige Gestaltungsformen, Rechtsratgeber für die Wirtschaftspraxis, Bd. 12, Stuttgart, Bad Wörishofen, 1985, S. 35; Mohr, Randolph, Ausgestaltung von Mitarbeiterbeteiligungen bei GmbH unter Berücksichtigung gesellschafts-, arbeits- und steuerrechtlicher Aspekte, in: GmbH-Steuer-Berater, 9. Jg., 2005 S. 309.

hält, nach der Gewinnverteilungsregel des § 722 BGB. Demnach erhält jeder Gesellschafter, unabhängig von Art und Umfang seines Beitrages, den gleichen Anteil an Gewinn und Verlust. Der Auszahlungsanspruch im Gewinnfalle entsteht mit dem jährlichen Rechnungsabschluss<sup>37</sup>.

Aufgrund der geringen gesetzlichen Regelungstiefe ist die GbR sehr gut für eine Mitarbeiterbeteiligung geeignet. Allerdings hat dies zur Folge, dass es konkreter gesellschaftsvertraglicher Vereinbarungen, beispielsweise für das Ausscheiden der Gesellschafter bei Kündigung des Arbeitsvertrages, bedarf, damit sie dieser Aufgabe auch vollständig genügen kann. In der Praxis erweist sich insbesondere die theoretische Vollhaftung der GbR-Gesellschafter für Geschäftsführer der GbR als problematisch. Die Hauptaufgaben der GbR sind einerseits die Bündelung der beteiligten Mitarbeiter zu einem Teilnehmungs-Pool und andererseits die geschlossene Weiterleitung der Gesellschaftseinlagen an das Arbeit gebende Unternehmen<sup>38</sup>.

#### b) Einflussmöglichkeit des Mitarbeiters

Durch seine Gesellschafterstellung erhält der beteiligte Mitarbeiter unmittelbaren Einfluss auf die Beteiligungsinstitution und gleichzeitig mittelbaren Einfluss auf das Arbeit gebende Unternehmen. Grundlegend gilt, je geringer die Einflussrechte des Mitarbeiters auf die Beteiligungsinstitution und deren Einflussrechte auf das Arbeit gebende Unternehmen sind, desto mehr werden die Einflussrechte des Mitarbeiters gegenüber dem Arbeit gebenden Unternehmen abgeschwächt<sup>39</sup>.

Ist der Mitarbeiter Gesellschafter einer Teilnehmungs-GbR, richten sich seine Einflussrechte in erster Linie nach dem Gesellschaftervertrag der GbR, ergänzend gelten regelmäßig die gesetzlichen Regelungen der §§ 705 ff. BGB. Den Gesellschaftern steht die Geschäftsführung gem. § 709 Abs. 1 BGB gemeinschaftlich zu (Gesamtgeschäftsführung). Für jedes Geschäft ist, dem Grundsatz der Einstimmigkeit folgend, die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich. Es empfiehlt sich, aufgrund der Schwerfälligkeit, Umständlichkeit und Blockademöglichkeit einzelner Gesellschafter eine abweichende Gestaltung im Gesellschaftervertrag vorzunehmen. Jedem Gesellschafter, der aufgrund einer entsprechenden Regelung im Gesellschaftervertrag von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, steht dennoch ein Informations- und Kontrollrecht zu. Weiterhin hat der GbR-Gesellschafter ein Recht zur Teilnahme an der Gesellschafterversammlung und zur Nutzung seines Stimmrechts<sup>40</sup>. Als problematisch erweist sich zudem, dass die Informationsrechte aus § 51a GmbHG über die GbR-Gesellschafter bestehen bleiben.

#### c) Steuerliche Aspekte

Die steuerliche Behandlung der Mitarbeiterbeteiligung bei Unternehmen und Mitarbeitern hängt von der gewählten Be-

teiligungsform der Beteiligungsinstitution ab und muss daher im Einzelfall betrachtet werden.

Die Gesellschafter der GbR halten den GmbH-Geschäftsanteil gem. § 718 Abs. 1 und § 719 Abs. 1 BGB zur gesamten Hand. Aus diesem Grund wird er im Regelfall den einzelnen Gesellschaftern der GbR anteilig angerechnet (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 AO). Bei der steuerlichen Behandlung des Poolmodells in Form einer GbR kommt es darauf an, ob die Anteile im Betriebsvermögen der Personengesellschaft gehalten werden oder nicht.

Einkünfte aus Anteilen, die einem Betriebsvermögen zugeordnet werden, unterliegen seit dem 01.01.2009 dem sogenannten Teileinkünfteverfahren (§ 3 Nr. 40 EStG), wonach lediglich 40% des Gewinnanteils von der Besteuerung ausgenommen werden.

Werden die Anteile hingegen in keinem Betriebsvermögen gehalten, sondern dem Privatvermögen zugeordnet, so unterliegen etwaige Gewinne regelmäßig der Abgeltungssteuer mit einem Steuersatz i.H.v. 25%.

#### d) Einschätzung des Poolmodells

Ein Vorteil der indirekten Beteiligung besteht in der Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Rechtsformen für die Beteiligungsinstitution und verschiedenen Formen für deren Beteiligung am Arbeit gebenden Unternehmen. Infolgedessen ist diese Teilnehmungsform sehr flexibel und erlaubt eine weitgehende Anpassung an die Situation des Arbeit gebenden Unternehmens. Das Unternehmen hat die Möglichkeit, die betreffenden Mitarbeiter an ihren Gewinnen teilhaben zu lassen, ohne die Position eines Gesellschafter und die damit verbundenen Einflussrechte einräumen zu müssen<sup>41</sup>. Dennoch bleiben Informationsrechte aus § 51a GmbHG über die GbR-Gesellschafter bestehen. Sollten diese vom Arbeitgeber nicht gewünscht werden, kann das Poolmodell in Verbindung mit einer Mitarbeiter-AG eine Alternative darstellen.

Die Beteiligung über Poolmodelle ist zudem interessant, wenn eine größere Anzahl von Mitarbeitern eine Beteiligung am Stammkapital der GmbH erhalten soll. Sie reduzieren die erforderlichen Kosten und den Verwaltungsaufwand. Speziell im Falle der GbR ist beispielsweise durch die Wahl eines Vertreters der GbR-Gesellschafter, welcher die Mitarbeitergesellschaft in der Gesellschafterversammlung vertritt, lediglich eine Person und nicht jeder Mitarbeiter-Gesellschafter einzeln Ansprechpartner der Altgesellschafter. Eine derartige Ausgestaltung verringert das Konfliktpotential, welches durch neue Gesellschafter in den Kreis der Gesellschafter hineingetragen wird. Weitere Vorteile der indirekten Beteiligung ergeben sich bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, da die Mitarbeiteranteile eine höhere Fungibilität besitzen. Dies ist bei der GmbH von Bedeutung, da die direkte Übertragung von Geschäftsanteilen immer nur notariell von staten gehen kann. Anders bei der zwischengeschalteten Beteiligungsinstitution; hier hat eine Veränderung des Kreises der beteiligten Mitarbeiter grundsätzlich keine Auswir-

37 Vgl. § 722 BGB; Dittfurth, Hoimar von, §§ 705-758 BGB, in: Prütting, Hanns / Wegen, Gerhard / Weinreich, Gerd (Hrsg.), BGB Kommentar, Neuwied, 2006, S. 1289.

38 Vgl. Schneider, Hans-J./Fritz, Stefan/Zander, Ernst, Erfolgs- und Kapitalbeteiligung der Mitarbeiter, Düsseldorf, 6. Aufl. 2007, S. 189-190.

39 Vgl. Böker, Arndt, Grundlagen der Arbeitnehmerkapitalbeteiligung, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, Inaugural-Dissertation (2004), Tönning, Lübeck, Marburg, 2006, S. 227-228.

40 Vgl. Giefers, Hans-Werner, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Unternehmensform: Gesellschaftlicher Leitfadens und steuerrechtlicher Überblick, 2. Aufl., Freiburg i. Br., 1993, S. 114, 136, 147.

41 Vgl. Stehle, Heinz, Mitarbeiterbeteiligung – ein Mittel zur Leistungssteigerung und Unternehmensfinanzierung: Wegweiser für zweckmäßige Gestaltungsformen, Rechtsratgeber für die Wirtschaftspraxis, Bd. 12, Stuttgart, Bad Wörishofen, 1985, S. 33; Böker, Arndt, Grundlagen der Arbeitnehmerkapitalbeteiligung, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, Inaugural-Dissertation (2004), Tönning, Lübeck, Marburg, 2006, S. 232.

kungen auf den Gesellschafterkreis der GmbH<sup>42</sup>. Aus motivationstheoretischer Sicht ist eine indirekte Mitarbeiterbeteiligung durch den fehlenden direkten Einfluss des Mitarbeiters auf sein Arbeit gebendes Unternehmen als nachteilig anzusehen<sup>43</sup>.

### 3. Option

Optionen sind Bezugsrechte auf GmbH-Geschäftsanteile, die den Mitarbeitern gewährt werden. Aufgrund der gesetzlichen Erleichterungen zur Ausgabe von (naked) Aktienoptionen werden diese vorrangig für die AG diskutiert. Da sie sich in der Vergangenheit starker Beliebtheit erfreut haben, läge es nahe, sie auch in der GmbH einzusetzen. Optionsprogramme bei der GmbH sind jedoch keineswegs ebenso unproblematisch verwendbar wie bei der AG, da einige zusätzliche Hürden (wie nicht verfügbares bedingtes Kapital, prinzipiell notarieller Beurkundungszwang etc.) zu überwinden sind<sup>44</sup>. Nachfolgend wird dargestellt, unter welchen Bedingungen Optionen bei der GmbH verwendet werden können.

#### a) Ausgestaltung der Option

Die Mitarbeiteroption kommt durch einen Optionsvertrag zwischen der GmbH und dem berechtigten Mitarbeiter zustande. Ihre Einräumung bedarf nach § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG der notariellen Beurkundung<sup>45</sup>.

Analog zur Gewährung von GmbH-Geschäftsanteilen kommen drei Wege für die Ausübung der Option auf GmbH-Geschäftsanteile in Betracht: erstens eine (Teil-) Abtretung bereits bestehender Anteile durch Altgesellschafter, zweitens die Schaffung neuer Anteile im Zuge einer Kapitalerhöhung oder als dritte Möglichkeit der Erwerb eigener Anteile durch die Gesellschaft<sup>46</sup>.

Das Bezugsrecht auf GmbH-Geschäftsanteile wird an Voraussetzungen geknüpft, welche für den Einzelfall in den Optionsbedingungen näher zu definieren sind. So sollte eine bestimmte Wartezeit (Sperrfrist) vorgesehen werden, nach deren Ablauf die Option ausgeübt werden kann. Dadurch sollen Manipulationen vermieden und ein Eigeninteresse des

Optionsberechtigten begründet werden, den Unternehmenswert langfristig zu steigern. Weiterhin sollte ein zeitliches Fenster für die Ausübung der Option (Ausübungsfrist) zu einem festgelegten Preis vorgesehen werden. Ferner kann die Option an ein Erfolgsziel gekoppelt werden. Ohne diese Beschränkungen besteht die Gefahr, dass die Mitarbeiteroption zu einem reinen Spekulationsmittel wird, durch die die Zielsetzung des Unternehmens der Mitarbeitermotivation beeinträchtigt würde<sup>47</sup>. Der Ausübungspreis (Basispreis) muss erst dann vom Mitarbeiter entrichtet werden, wenn die Option ausgeübt wird und somit die Beteiligung an der GmbH erworben werden soll. Dieser wird bereits bei der Gewährung der Option festgelegt. Der Mitarbeiter kann die Beteiligung zum Ausübungszeitpunkt zu günstigen Konditionen erwerben. Vom Ausübungspreis zu unterscheiden ist das Optionsentgelt, welches für die Einräumung der Option zu zahlen ist. Anstelle einer kostenlosen Überlassung der Option an die Mitarbeiter kann auch ein Optionsentgelt (Optionsprämie) in bestimmter Höhe festgelegt werden<sup>48</sup>. Nach Ausübung der Option besteht eine Beteiligung des Mitarbeiters in Form von GmbH-Geschäftsanteilen.

Die Option als Instrument der Mitarbeiterbeteiligung ist an das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses gebunden. Mit einer sogenannten Verfallklausel kann die Beendigung des Arbeitsverhältnisses als auflösende Bedingung im Optionsvertrag festgehalten werden. Der Mitarbeiter verliert in diesem Fall lediglich zukünftige Vorteile, wenn die Option wie es in der Regel der Fall ist, nicht für bereits geleistete Dienste des Mitarbeiters gewährt wird. Ist die Option allerdings fester Vergütungsbestandteil geworden, kann sie, wenn sie dem Mitarbeiter zusteht, nicht durch eine Verfallklausel entzogen werden. Der ersatzlose Verfall ist nur im Falle einer Sondervergütung zulässig und stellt mithin keine sittenwidrige oder treuwidrige Benachteiligung des Arbeitnehmers dar<sup>49</sup>.

#### b) Einflussmöglichkeit des Mitarbeiters

Optionen gewähren dem Mitarbeiter ein Bezugsrecht auf GmbH-Geschäftsanteile, jedoch keinerlei Einflussrechte. Erst nach Ausübung der Option erhält der Mitarbeiter-Gesellschafter die entsprechenden Mitgliedschaftsrechte, da diese bei der Übertragung des GmbH-Geschäftsanteils auf den Mitarbeiter übergehen.

#### c) Steuerliche Aspekte

Für die steuerliche Behandlung der Option beim Unternehmen ist ausschlaggebend, dass durch sie keinerlei Leistun-

42 Vgl. Böker, Arndt, Grundlagen der Arbeitnehmerkapitalbeteiligung, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, Inaugural-Dissertation (2004), Tönning, Lübeck, Marburg, 2006, S. 233; Erttmann, Dorothee, Die Beteiligung von Mitarbeitern am Stammkapital einer GmbH: Unter besonderer Beachtung von Start-Up-Unternehmen der Technologiebranche, hrsg. von Ulrich Ehrlicke / Ingo Saenger / Christoph H. Seibt, Schriften zum europäischen, internationalen und vergleichenden Unternehmensrecht, Baden-Baden, 2005, S. 71.

43 Vgl. Fakesch, Bernd, Führung durch Mitarbeiterbeteiligung: ein Konzept zur Steigerung der Mitarbeitermotivation, hrsg. von D. Beschoner / M. Meinhold, Hochschulschriften zur Betriebswirtschaftslehre, München, 1991, S. 87; Pakleppa, Stefan, Indirekte Beteiligung, in: Guski, Hans-Günter / Schneider, Hans J. (Hrsg.): Mitarbeiter-Beteiligung (MAB), Handbuch für die Praxis, Bd. 2, 2002, Beitrag 6290, S. 4.

44 Vgl. Erttmann, Dorothee, Die Beteiligung von Mitarbeitern am Stammkapital einer GmbH: Unter besonderer Beachtung von Start-Up-Unternehmen der Technologiebranche, hrsg. von Ulrich Ehrlicke / Ingo Saenger / Christoph H. Seibt, Schriften zum europäischen, internationalen und vergleichenden Unternehmensrecht, Baden-Baden, 2005, S. 47; vgl. Fox, Thomas/Hüttche, Tobias/Lechner, Florian, Mitarbeiterbeteiligung an der GmbH, in: GmbH-Rundschau, 91. Jg., 2000 S. 533.

45 Vgl. Weber, Ulrich/Lohr, Martin, Mitarbeiterbeteiligung in der GmbH (Teil 2): Optionsverträge mit Führungskräften, in: GmbH-Steuer-Berater, 6. Jg., 2002 S. 361.

46 Vgl. Fox, Thomas/Hüttche, Tobias/Lechner, Florian, Mitarbeiterbeteiligung an der GmbH, in: GmbH-Rundschau, 91. Jg., 2000 S. 533; Weber, Ulrich/Lohr, Martin, Mitarbeiterbeteiligung in der GmbH (Teil 2): Optionsverträge mit Führungskräften, in: GmbH-Steuer-Berater, 6. Jg., 2002 S. 361.

47 Vgl. Erttmann, Dorothee, Die Beteiligung von Mitarbeitern am Stammkapital einer GmbH: Unter besonderer Beachtung von Start-Up-Unternehmen der Technologiebranche, hrsg. von Ulrich Ehrlicke / Ingo Saenger / Christoph H. Seibt, Schriften zum europäischen, internationalen und vergleichenden Unternehmensrecht, Baden-Baden, 2005, S. 48; Schanz, Kay-Michael, Mitarbeiterbeteiligungsprogramme, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 17. Jg., 2000 S. 630.

48 Vgl. Weber, Ulrich/Lohr, Martin, Mitarbeiterbeteiligung in der GmbH (Teil 2): Optionsverträge mit Führungskräften, in: GmbH-Steuer-Berater, 6. Jg., 2002 S. 362; Erttmann, Dorothee, Die Beteiligung von Mitarbeitern am Stammkapital einer GmbH: Unter besonderer Beachtung von Start-Up-Unternehmen der Technologiebranche, hrsg. von Ulrich Ehrlicke / Ingo Saenger / Christoph H. Seibt, Schriften zum europäischen, internationalen und vergleichenden Unternehmensrecht, Baden-Baden, 2005, S. 48.

49 Vgl. Maletzky, Martin, Verfallklauseln bei Aktienoptionen für Mitarbeiter, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 6. Jg., 2003 S. 716; Weber, Ulrich/Lohr, Martin, Mitarbeiterbeteiligung in der GmbH (Teil 2): Optionsverträge mit Führungskräften, in: GmbH-Steuer-Berater, 6. Jg., 2002 S. 362-263.

gen an den Mitarbeiter gezahlt werden, welche Gegenstand vom Betriebsausgabenabzug werden könnten. Die unentgeltliche oder verbilligte Überlassung der Option an den Mitarbeiter ist von ihm als geldwerter Vorteil im Rahmen der Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit gem. § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG zu versteuern<sup>50</sup>. Der Zeitpunkt der Besteuerung war lange Gegenstand einer Diskussion in Theorie und Praxis. Heute wird die steuerliche Behandlung von Optionen übereinstimmend von der Verwertbarkeit abhängig gemacht, die „Handelbarkeit“ an einer Wertpapierbörse wird vom Bundesfinanzhof nicht mehr als maßgebliches Kriterium herangezogen<sup>51</sup>. Handelbare wie nicht handelbare Optionen unterliegen der Endbesteuerung. Der steuerliche Zufluss erfolgt daher regelmäßig erst bei Optionsausübung<sup>52</sup>. Nach der Ausübung der Option ist der Mitarbeiter Gesellschafter der GmbH und die Mitarbeiterbeteiligung ist in steuerlicher Hinsicht analog zum GmbH-Geschäftsanteil zu behandeln.

#### d) Einschätzung der Option

Die Mitarbeiterbeteiligung in Form der Option ist aus Sicht des Unternehmens vorteilhaft, da der Mitarbeiter bis zur Ausübung der Option keinerlei Einflussrechte auf das Unternehmen hat. Die Option ermöglicht zudem, die Beteiligung des Mitarbeiters als Gesellschafter zeitlich zu verschieben. Aufgrund des in der Regel nicht beziehungsweise nur in geringer Höhe erforderlichen Kapitaleinsatzes seitens des Mitarbeiters und seiner hohen Gewinnchance kann er von einer großen Hebelwirkung bezüglich der Unternehmenswertsteigerung profitieren. Das Risiko des Mitarbeiters ist auf den Verlust des eventuell erforderlichen Optionsentgelts beschränkt. Als problematisch sind die steuerliche Behandlung der Optionspläne und die erforderliche Bewertung des Unternehmens zu sehen. Die Endbesteuerung schon bei Verwertbarkeit, also nicht erst bei Verkauf hat zur Folge, dass Lohnsteuern abzuführen sind, obwohl dem Mitarbeiter bei Optionsausübung keinerlei Liquidität zufließt; dies verhindert damit regelmäßig die Variante Ausübung und Halten der so gewonnenen Optionen.

### III. Diskussion der Beteiligungsformen

Unternehmen können grundsätzlich zwischen verschiedenen Gestaltungsformen und selbstverständlich der „Null-Lösung“ [!]<sup>53</sup>, die eine Nichtrealisierung der Mitarbeiterbeteiligung beinhaltet, wählen. Diese Möglichkeiten müssen im Prozess der Auswahl der geeigneten Beteiligungsform gegeneinander abgewogen werden, was eine Einschätzung der Gestaltungsmöglichkeiten erforderlich macht<sup>54</sup>.

50 Vgl. Weber, Ulrich/Lohr, Martin, Mitarbeiterbeteiligung in der GmbH (Teil 2): Optionsverträge mit Führungskräften, in: GmbH-Steuer-Berater, 6. Jg., 2002 S. 364.

51 Vgl. BFH-Urteil vom 20.11.2008 VI R 25/05.

52 Vgl. Dietborn, Christof, Besteuerung von Aktienoptionen nach dem Erlass des Finanzministeriums NRW vom 27.03.2003 – erste Würdigung, in: BB, 58. Jg. S. 2003 S. 1094; Ertmann, Dorothee, Die Beteiligung von Mitarbeitern am Stammkapital einer GmbH: Unter besonderer Beachtung von Start-Up-Unternehmen der Technologiebranche, hrsg. von Ulrich Ehrlicke / Ingo Saenger / Christoph H. Seibt, Schriften zum europäischen, internationalen und vergleichenden Unternehmensrecht, Baden-Baden, 2005, S. 58.

53 Mez, Bernd, Effizienz der Mitarbeiter-Kapitalbeteiligung: eine empirische Untersuchung aus verhaltenstheoretischer Sicht, Wiesbaden, 1991, S. 17.

54 Vgl. Mez, Bernd, Effizienz der Mitarbeiter-Kapitalbeteiligung: eine empirische Untersuchung aus verhaltenstheoretischer Sicht, Wiesbaden, 1991, S. 17.

## 1. Kriterien der Vorteilhaftigkeit

Die Einschätzung der Beteiligungsformen erfolgt unter Einbeziehung von den vier Kriterien: Motivation und Mitarbeiterbindung, Finanzierungswirkung, steuerliche Behandlung und staatliche Förderung.

Die Motivation und die Mitarbeiterbindung werden in einem ersten Kriterium zusammengefasst, denn beide sind an der zu erwartenden Miteigentümer-Mentalität des Mitarbeiters zu bewerten. Die Miteigentümer-Mentalität ist umso größer, je enger die Verbindung zwischen den Erträgen des Mitarbeiters und dem Unternehmenserfolg ist – durch eine Beteiligung des Mitarbeiters an Gewinnen und Verlusten oder über erfolgsabhängige Erträge sichergestellt – und je konkreter die Einflussrechte des Mitarbeiters ausgestaltet sind. In welchem Maße sind die Unternehmen bereit, den Mitarbeitern Einflussrechte zu gewähren? Als großes Manko bei der Gestaltung von Mitarbeiterbeteiligungen wird in der Literatur häufig der Ausschluss oder die Verweigerung jedweder Mitgliedschaftsrechte gesehen. Informations-, Kontroll- und Mitwirkungsrechte stehen nicht immer im Vordergrund der Mitarbeiterbeteiligung, dessen ungeachtet sind sie aus Motivationsgesichtspunkten substantiell. Eine ausgewogene Problemlösung, welche der Situation des Unternehmens gerecht wird, erfordert daher immer ein Ausbalancieren der Motivations- und Bindungswirkung für Mitarbeiter auf der einen Seite und den ihnen gewährten oder verwehrten Einflussrechten auf der anderen Seite<sup>55</sup>. Erreicht werden kann dies beispielsweise durch außerhalb des Gesellschaftsrechts eingerichtete Partnerschaftsausschüsse, die das Recht erhalten, von der Geschäftsführung regelmäßig gehört zu werden.

Das zweite Vorteilskriterium ist die Finanzierungswirkung der Mitarbeiterbeteiligung. Sie wird anhand der Wirkungen der Mitarbeiterbeteiligung auf eine Erhöhung des Eigenkapitals und eine Erhöhung der Liquidität des Unternehmens eingeschätzt.

Das Vorteilskriterium „steuerliche Behandlung“ spiegelt das Interesse des Unternehmens wider, die Leistungen aus der Beteiligung an den Mitarbeiter als Betriebsausgaben abzuziehen zu können. Betriebsausgaben reduzieren das zu versteuernde Einkommen und somit die Steuerlast, die das Unternehmen in der Rechtsform der GmbH im Rahmen der Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer zu tragen hat.

Die Förderfähigkeit der Gestaltungsformen wird bei dem Kriterium „staatliche Förderung“ überprüft. Nicht alle in Frage kommenden Gestaltungsmöglichkeiten werden in § 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2-4 VermBG als förderfähig aufgeführt. Dies ist jedoch gerade bei den Durchschnitts- oder Geringverdienern in der Belegschaft von besonderer Bedeutung, damit die Möglichkeiten der staatlichen Förderung von den Arbeitnehmern genutzt werden können. Für Führungskräfte gilt es hingegen eher, Möglichkeiten der Brutto- für Netto-Umwandlung von Boni, Tantiemen etc. in Mitarbeiterbeteiligung zu eruieren. Die Nutzung solcher Möglichkeiten stellt sich in der Praxis allerdings häufig als komplex dar<sup>56</sup>.

55 Vgl. Leuner, Rolf, Intelligente Mitarbeiterbeteiligung: Ein Instrument, zwei Wirkungen, in: Rödl & Partner (Hrsg.), Gegen.Steuern: Erfolg für den Mittelstand, Freiburg, Berlin, München, Zürich, 2003, S. 224.

56 Vgl. Leuner, Rolf, Intelligente Mitarbeiterbeteiligung: Ein Instrument, zwei Wirkungen, in: Rödl & Partner (Hrsg.), Gegen.Steuern: Erfolg für den Mittelstand, Freiburg, Berlin, München, Zürich, 2003, S. 235 f.

## 2. Gegenüberstellung der Gestaltungsformen

Die Ausprägungen der Kriterien der betrachteten Gestaltungsformen werden einander gegenübergestellt, dabei ergeben sich hinsichtlich ihrer Vorteile drei mögliche Einschätzungen. Die Kriterien können erstens erfüllt, zweitens eingeschränkt erfüllt oder drittens nicht erfüllt sein (vgl. *Tab. 1*).

Das erste Kriterium, die Motivation und Bindung der Mitarbeiter, wird anhand der Verbindung von Rendite und Unternehmenserfolg sowie der gewährten Einflussrechte eingeschätzt. Am vorteilhaftesten ist aus Sicht jedenfalls der zu beteiligenden risikofreudigen Mitarbeiter – die ggfs. auch am Verlust beteiligt sind und im Insolvenzfall nur nachrangig bedient werden – die Beteiligung über GmbH-Geschäftsanteile zu bewerten. Der Mitarbeiter-Gesellschafter ist an Gewinnen und Verlusten des Unternehmens beteiligt und erhält umfassende Mitgliedschaftsrechte zuerkannt. Mit wenigen Einschränkungen folgen das Poolmodell in der Ausgestaltung als GbR und die Anwartschaftsrechte auf Stammkapital in Form der Option. Als GbR-Gesellschafter ist der Mitarbeiter mittelbar an Gewinnen und Verlusten der GmbH beteiligt und kann indirekt umfassende Einflussrechte auf die GmbH ausüben. Eine Koppelung des Ausübungsrechts der Option an Erfolgsziele ermöglicht eine indirekte Verbindung zwischen der Rendite und dem Unternehmenserfolg. Die Option gewährt dem Mitarbeiter zwar keinerlei Einflussrechte. Nach Ausübung der Option stehen dem Mitarbeiter als Gesellschafter jedoch Mitgliedschaftsrechte zu und er partizipiert an der möglichen Wertsteigerung seiner Anteile. Deswegen sind Optionen für risikoaverse Mitarbeiter nicht die schlechteste Alternative. Die Motivations- und Bindungswirkung ist bei der Beteiligung über GmbH-Geschäftsanteile und das Poolmodell gleichermaßen gegeben. Eine Beteiligung über die Option kann diese Wirkungen erst nach der Ausübung oder wenn sie „im Geld ist“ entfalten. Ist die Option „im Geld“, das heißt bei einer Kaufoption wie im Fall der Mitarbeiterbeteiligung, dass der Marktpreis des GmbH-Geschäftsanteils (Basiswert) höher ist als der Ausübungspreis, dann hat der Mitarbeiter kein Risiko und kann dennoch am Unternehmen partizipieren.

Die Finanzierungswirkung ist das zweite Vorteilskriterium, welches im Hinblick auf Eigenkapital- und Liquiditätseffekte der Gestaltungsformen auf das Unternehmen eingeschätzt wird. Eine Beteiligung über GmbH-Geschäftsanteile oder in Form des Poolmodells (GbR) erhöht das Eigenkapital, wenn die GmbH-Geschäftsanteile jeweils über eine Kapitalerhöhung geschaffen werden. Zudem ergeben sich bei beiden Liquiditätseffekte durch das Einbringen von Mitteln. Die Poollösung senkt zudem die Beteiligungskosten und den Verwaltungsaufwand, wodurch auch indirekt ein positiver Effekt auf die Liquidität der GmbH zustande kommt. Erhöhende Effekte ergeben sich weder für das Eigenkapital noch für die Liquidität aus der Beteiligung des Mitarbeiters über eine Option. Erst die spätere Ausübung der Option hat, wenn die GmbH-Geschäftsanteile durch eine Kapitalerhöhung geschaffen werden, eine Erhöhung des Eigenkapitals zur Folge.

Das Kriterium der steuerlichen Behandlung orientiert sich an der Möglichkeit zum Betriebsausgabenabzug der Leistungen der GmbH an den beteiligten Mitarbeiter. Steuerlich ist ein

Betriebsausgabenabzug bei allen betrachteten Eigenkapitalbeteiligungsformen nicht möglich. Ausschüttungen an Gesellschafter stellen Einkommensverwendungen dar, welche nicht als Betriebsausgaben abziehbar sind. Zudem werden bei der Option keinerlei Leistungen an den Mitarbeiter gezahlt, welche zum Gegenstand von Betriebsausgaben werden könnten.

Das letzte Vorteilskriterium ist die Möglichkeit, eine staatliche Förderung nach dem 5. VermBG und dem § 3 Nr. 39 EStG in Anspruch nehmen zu können, wenn die Voraussetzungen jeweils erfüllt sind<sup>57</sup>. Alle staatlich geförderten Beteiligungsformen (außer Darlehen und Genussscheine) müssen eine Beteiligung am Kapital des arbeitgebenden Unternehmens begründen. Uneingeschränkt förderfähig sind nur die Beteiligung über GmbH-Geschäftsanteile und die Poolmodelle. Die Option wird dagegen nicht in der abschließenden Aufzählung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 VermBG aufgeführt und damit nicht von der staatlichen Förderung erfasst.

Die *Tab. 1* soll nicht suggerieren, dass eine der drei Lösungen sich in jedem Fall als die überlegene erweist. Vielmehr hängt es von der konkreten Ausgangssituation in einem Unternehmen ab, welche Kriterien am höchsten gewichtet werden und welche Einzelbewertungen damit als ausschlaggebend angesehen werden. Darüber hinaus sind auch Mischlösungen denkbar, wie die in Abschnitt IV dargestellten Praxisbeispiele noch deutlich machen werden.

## IV. Beispiele aus der Unternehmenspraxis

Wie werden die beschriebenen Gestaltungsformen in der Praxis auf die Bedürfnisse der Unternehmen zugeschnitten? Welche Gestaltungsaspekte werden wie eingesetzt, um eine bestmögliche Ausgestaltung zu gewährleisten? Anhand von zwei ausgewählten Mitarbeiterbeteiligungsmodellen, die das Beratungsunternehmen eines der Autoren dieses Beitrages in Unternehmen mit der Rechtsform der GmbH umgesetzt hat, wird dies verdeutlicht.

### 1. Indirekte Beteiligung mit Option bei der A GmbH

Die A GmbH ist ein mittelständisches Unternehmen. Seit Anfang 2008 plant das Unternehmen eine Mitarbeiterbeteiligung als Poolmodell in Form einer GbR. Zielgruppe der Mitarbeiterbeteiligung sind Mitarbeiter, die für die zukünftige Entwicklung des Unternehmens von besonderer Bedeutung sind. Diese sollen stärker an das Unternehmen gebunden und motiviert werden. Die Mitarbeiter werden Gesellschafter der Beteiligungs-GbR. Weiterhin erhält die X AG, welche bereits zu 20% an der A GmbH beteiligt ist, Anteile an der Beteiligungs-GbR. Die X AG hat 2003 als Investor Anteile an der A GmbH übernommen und begleitet und unterstützt die Entwicklungen bei der A GmbH. Ihre Anteile an der Beteiligungs-GbR wird die X AG später an qualifizierte Mitarbeiter in ihrem Unternehmen abgeben.

Die Wahl fiel auf das indirekte Beteiligungsmodell, weil so gewährleistet wird, dass die Gesellschafterversammlung der A GmbH ihre Entscheidungsfähigkeit behält. Bei einer direkten Beteiligung des Mitarbeiters als GmbH-Gesellschafter können Konflikte im Gesellschafterkreis entstehen, weil die

<sup>57</sup> Vgl. hierzu vertiefend Leuner, Rolf, Neues Mitarbeiterbeteiligungsgesetz: Fallstricke und Chancen, in: Steuer-Consultant 3/2009 S. 29-31.

	GmbH-Geschäftsanteil	Poolmodell (GbR)	Option
<b>Motivation und Mitarbeiterbindung</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>● Verbindung von Rendite und Unternehmenserfolg</li> <li>● Einflussrechte</li> </ul>	(+ +) Gewinn- und Verlustbeteiligung  (+ +) Mitgliedschaftsrechte	(+) mittelbare Gewinn- und Verlustbeteiligung  (+) mittelbarer Einfluss auf GmbH über Gesellschafterrechte in GbR	(+) wenn an Erfolgsziel sinnvoll gekoppelt und insb. wenn Option im Geld ist (-) keine Einflussrechte
<b>Finanzierungswirkung</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>● Erhöhung des Eigenkapitals</li> <li>● Erhöhung der Liquidität</li> </ul>	(+ +) Voraussetzung: Kapitalerhöhung (+ +) Mittelzufluss, wenn Kapitalerhöhung	(+ +) Voraussetzung: Kapitalerhöhung (+ +) direkt durch Mittelzufluss, wenn Kapitalerhöhung und indirekt im Vergleich zur direkten Beteiligung durch Senkung von Kosten und Verwaltungsaufwand	(+) nach Ausübung  (+) nur Bezugsrecht, kein Mittelzufluss vor Ausübung
<b>Steuerliche Behandlung</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>● Betriebsausgabenabzug</li> </ul>	(-) Ausschüttungen an Gesellschafter sind Einkommensverwendung	(-) Ausschüttungen an Gesellschafter sind Einkommensverwendung	(-) keine Leistungen an den Mitarbeiter
<b>Staatliche Förderung</b> nach dem 5. VermBG und § 3 Nr. 39 EStG	(+ +) § 2 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe h VermBG	(+ +) § 2 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe h VermBG i.V.m. § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO	(-) nicht in § 2 Abs. 1 Nr. 1 VermBG aufgeführt
(+ +) Kriterium erfüllt, (+) Kriterium bedingt erfüllt, (-) Kriterium nicht erfüllt			

**Tab. 1: Die Ausprägung der Vorteilskriterien bei den Gestaltungsformen (Quelle: Eigene Darstellung)**

unterschiedlichen Interessen der Mitarbeiter und des Arbeitgebers aufeinander treffen. Weiteres Konfliktpotential kann aus Meinungsverschiedenheiten zwischen Mitarbeitern entstehen, wenn sie in den Gesellschafterkreis hineingetragen werden. Generell ist die Entscheidungsfähigkeit tendenziell umso gefährdeter, je mehr Gesellschafter die GmbH hat und je heterogener diese sind.

Die GmbH-Geschäftsanteile werden nicht sofort auf die GbR übertragen. Die Mitarbeiterbeteiligungs-GbR erhält zunächst unentgeltlich eine Option auf Beteiligung an der A GmbH, später hält und verwaltet sie die GmbH-Geschäftsanteile. Die Option auf GmbH-Geschäftsanteile wurde aus steuerlichen Gründen gewählt. Im Jahr vor der Einführung der Mitarbeiterbeteiligung ist ein Investor zu einem hohen Kaufpreis in das Unternehmen eingetreten. Dieser hohe Preis des GmbH-Geschäftsanteils hätte hohe steuerliche Werte der GmbH nach sich gezogen. Diese hätten den geldwerten Vorteil und somit die steuerliche Belastung für den Mitarbeiter stark erhöht. Die Endbesteuerung bei der Option ermöglicht in diesem Fall eine Verschiebung der steuerlichen Bewertung der GmbH. In der Zwischenzeit wurden neue Anteilsveräußerungen getätigt, die nun die Basis der steuerlichen Bewertung bildeten.

Die GmbH-Geschäftsanteile für die Bedienung der Option werden im Zeitpunkt der Optionsausübung durch eine Kapitalerhöhung i.H.v. nominell 8.100 € gegen Bareinlage geschaffen. Die Eigenkapitalquote und die Liquidität des Unternehmens werden auf diese Weise erhöht. Der Ausgabepreis der Anteile (Basispreis) beträgt 1.950 € je ein Prozent GmbH-Geschäftsanteil, ein Aufgeld ist in diesem inbegriffen. Eine zweijährige Ausübungsfrist stellt sicher, dass die Option kein reines Spekulationsmittel ist, sondern der Motivation und Bindung der Mitarbeiter zuträglich ist. Die Optionsausübung wird durch die GbR-Gesellschafter mit Mehrheit entschieden. Den GbR-Gesellschaftern steht ferner frei, die GbR zu verlassen, wenn kein Interesse an einer Beteiligung an der A GmbH besteht. Die Beteiligungsquote der beteiligten Mitarbeiter wird nach Optionsausübung bei weniger als einem Prozent liegen.

Das Mitarbeiterbeteiligungsmodell der A GmbH ist seit 2008 implementiert. Das Beispiel verdeutlicht, dass die erläuterten Beteiligungsformen nicht nur einzeln anwendbar sind. Durch die Kombination der Grundformen der Mitarbeiterbeteiligung können Vorteile verschiedener Beteiligungsformen genutzt sowie ihre Nachteile ausgeglichen und besser auf die Bedürfnisse der Unternehmen eingegangen werden.

## 2. Pool-Beteiligung bei der B GmbH

Die B GmbH ist mehrheitlich im Besitz ihrer Mitarbeiter. Die Mitarbeiter sind mittelbar zu 51% an der B GmbH beteiligt. Die restlichen 49% hält der C-Konzern (indirekt über C Deutschland AG). Die Beteiligung der Mitarbeiter gestaltet sich wie folgt:

700 Mitarbeiter sind an einer GbR beteiligt, die GbR hält 100% an der Beteiligungs-GmbH, diese wiederum hält 51% an der B GmbH. Daneben haben diese Mitarbeiter stille Beteiligungsverträge mit der Beteiligungs-GmbH vereinbart. Es handelt sich um eine typisch stille Beteiligung. Die Deckungsgleichheit zwischen beiden Beteiligungen beträgt 90%. Das heißt, 10% der Mitarbeiter haben stille Beteiligungen, sind aber nicht GbR-Gesellschafter. Die Beteiligung an der B GmbH wurde ursprünglich wie folgt erworben:

Jeder der 700 Mitarbeiter zahlte 120 € ein. Mit diesen 120 € wurde die Beteiligungs-GmbH als Vorratsgesellschaft erworben (durch Kauf einer Mantel-GmbH). Ferner nahm die Beteiligungs-GmbH zum Erwerb der 51% GmbH-Anteile an der B GmbH ein Darlehen i.H.v. 3,7 Mio. € bei der operativen Gesellschaft, der B GmbH, auf. Dies war auch gleichzeitig der Kaufpreis für die 51% B GmbH-Anteile. In 2002 wurden dann stille Beteiligungsverträge dergestalt abgeschlossen, dass pro Jahr von 2002 beginnend bis 2007 1.104 € pro stillen Gesellschafter in die Beteiligungs-GmbH eingezahlt wurden. Auf diese Art und Weise hat die Beteiligungs-GmbH ihre Darlehen per 2008 komplett auf „0“ zurückführen können. Die B GmbH selbst hat eine Eigenkapitalquote von ca. 37% per 31.12.2008. Neben dieser Tatsache verfügt die B GmbH aufgrund der Mitarbeiterzahl von > 500 über einen Aufsichts-

rat nach Betriebsverfassungsgesetz. Das heißt, zwei Aufsichtsräte werden von den Arbeitnehmern gestellt (Drittelbeteiligungsgesetz). Ferner werden zwei Aufsichtsräte von der Beteiligungs-GmbH gestellt. Zwei Aufsichtsräte werden von der B GmbH gestellt.

Daneben gibt es einen Gesellschafterausschuss. Dieser wird von den Mitarbeitern, die Gesellschafter sind, gewählt. Dieser kommuniziert mit den beiden Aufsichtsräten, die von der Beteiligungs-GmbH entsandt werden und auf diese Art und Weise kommen die Wünsche und Vorgaben der Mitarbeiter direkt in die Geschäftsleitung.

Der Vorteil der doppelten GmbH-Struktur ist in diesem Fall nicht nur das Holding-Privileg, welches die Beteiligungs-GmbH genießt, und ihr zu 95% steuerfreie Dividenden beschert, wenn nicht nach oben an die GbR ausgeschüttet wird. Auch die Einsichtsrechte in den operativen Geschäftsbetrieb durch die Mitarbeiter sind optimiert. Einsichtnahme ist den Mitarbeitern nur in das Geschäft ihrer Beteiligungs-GmbH möglich. Durch die direkten Anteile, wenn auch mittelbar gehalten, ergeben sich Einflussnahmerechte in kanalisierter Form von Anfang an. Bewährt hat sich dieses Modell auch schon in Sanierungssituationen.

Hinzuweisen ist insbesondere darauf, dass die GbR-Beteiligung deswegen auch nur gekündigt werden kann, wenn die stille Beteiligung gekündigt wird. Die stille Beteiligung läuft praktisch unendlich. Hier gibt es nur außerordentliche Kündigungsgründe. Wichtig in diesem Zusammenhang ist ferner, dass es eine Klausel gibt, die quasi sicherstellen soll, dass keine Fremden, insbesondere strategische Investoren, in die GbR eindringen. Zu diesem Zweck muss jeder Verkauf

von GbR-Anteilen mit 90% Zustimmung abgesegnet werden. Diese Zustimmung ist durch die GbR-Gesellschafterversammlung zu erteilen. Bislang läuft dies pragmatisch im Umlaufverfahren.

## V. Fazit

Das am 01.04.2009 in Kraft getretene Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetz verbessert unter anderem die staatliche Förderung rückwirkend zum 1. Januar desselben Jahres. Der Ausbau der staatlichen Förderung ist ein wichtiger Schritt hin zu einer stärkeren Etablierung der finanziellen Mitarbeiterbeteiligung in Deutschland.

Trotz dieser Verbesserung im Steuerrecht und des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) im Zivilrecht sind die Probleme bei der GmbH-Mitarbeiterkapitalbeteiligung in der Praxis dieselben geblieben. Im Kern geht es um die Gestaltung eines steuerlich günstigen Einstieges für die Mitarbeiter, ohne Lohnsteuerhaftung auf Arbeitgeberseite und ohne die erheblichen Einsichtnahmerechte des GmbHG zu riskieren. Es sollten Anstrengungen unternommen werden, um die Arbeitgeber und Arbeitnehmer über die Möglichkeiten und Vorzüge der Mitarbeiterkapitalbeteiligung zu informieren.

Gerade auch aus diesem Nichtwissen heraus ist der Mitarbeiterbeteiligung in der GmbH bislang zu wenig Beachtung geschenkt worden. Der vorliegende Beitrag legt ein erstes Fundament zur Verbesserung des Wissensstandes um die Ausgestaltungsmöglichkeiten einer Mitarbeiterkapitalbeteiligung an der GmbH.

# Ihre Bilanz wird positiv sein

## Internationale und kapitalmarktorientierte Rechnungslegung

**KoR** befasst sich als monatlich erscheinende Fachzeitschrift ausführlich mit internationaler und kapitalmarktorientierter Rechnungslegung. Neben aktuellen Beiträgen und Nachrichten – diese auch zu neuesten Entwicklungen im nationalen Bilanzrecht – enthält KoR in jeder Ausgabe eine praxisorientierte Fallstudie sowie handfeste Tipps und Problemlösungen für das Accounting-Business.

Ein Online-Archiv mit allen Inhalten seit 2001 steht den Abonnenten kostenlos zur Verfügung.

**Profitieren Sie ab sofort von einem komplett neu gestalteten Heft und dem um die IFRS und IFRIC sowie die Inhalte der Zeitschrift „Bilanzen im Mittelstand“ erweiterten Online-Angebot.**



**DIE NEUE KOR**  
 • Neu gestaltetes Heft  
 • Erweitertes Online-Angebot

**2 Ausgaben kostenfrei lesen und dann entscheiden!**

**Schnell faxen an: 0800/002959**

Oder Kupon per Post an: Fachverlag der Verlagsgruppe Handelsblatt GmbH • Kundenservice • Postfach 92 54 • 97092 Würzburg

Ja, ich möchte **KoR** testen und bestelle 2 aktuelle Hefte inkl. Online-Archiv gratis frei Haus. Sollte mich Ihr Angebot wider Erwarten nicht überzeugen, melde ich mich innerhalb von 14 Tagen nach Erhalt des zweiten Heftes schriftlich beim Verlag: Fachverlag der Verlagsgruppe Handelsblatt GmbH, Kundenservice, Grafenberger Allee 293, 40237 Düsseldorf. Andernfalls beziehe ich **KoR** zum Jahresvorzugspreis von € 228,- inkl. MwSt., zzgl. € 12,- Versand.

**Weitere Infos:**

☎ 08 00/000 16 37

✉ kundenservice@fachverlag.de

🛒 www.fachverlag-shop.de

Firma  Privat

Name, Vorname

Firma (nur bei Firmenanschrift angeben)

Beruf/Funktion/Abteilung

Straße, Nr.

PLZ, Ort

Telefon (für evtl. Rückfragen)

E-Mail (für evtl. Rückfragen)

Datum/Unterschrift PA KRNK0094

Ich bin damit einverstanden, dass mich die Handelsblatt-Gruppe zukünftig über interessante Produkte per E-Mail/telefonisch informiert.