

# Mitarbeiterkapitalbeteiligung – Regelungen zur Vermeidung der Erlaubnispflicht



Dr. Heinrich Beyer, AGP – Bundesverband Mitarbeiterbeteiligung

Die ehemals eher verhaltene bis skeptische Einstellung der Familienunternehmer zur Mitarbeiterkapitalbeteiligung hat sich – auch aufgrund veränderter unternehmerischer Rahmenbedingungen – deutlich geändert. Nicht zuletzt der intensivere Wettbewerb um qualifizierte Fach- und Führungskräfte hat dazu geführt, dass das Interesse der Unternehmer an einer Beteiligung ihrer Mitarbeiter am betrieblichen Geschehen sowie am Erfolg und am Kapital des Unternehmens in den letzten Jahren deutlich gestiegen ist. Bei den Programmen zur Mitarbeiterkapitalbeteiligung müssen u.a. die Anforderungen im Hinblick auf die Vermeidung der Erlaubnispflicht beachtet werden.

## I. Mitarbeiterkapitalbeteiligung im Mittelstand

Die finanz- und personalwirtschaftlichen Auswirkungen einer Mitarbeiterkapitalbeteiligung schaffen eine win-win-Situation für das Unternehmen und seine Mitarbeiter. Neben einer höheren Mitarbeiterbindung und einem verbesserten „employer branding“ schätzen die Unternehmen zunehmend auch die positiven Auswirkungen im Hinblick auf die Ausstattung mit Eigenkapital und betrachten Mitarbeiterbeteiligung als Ausdruck ihrer unternehmerischen Verantwortung.

Für die Mitarbeiter ist eine Kapitalbeteiligung Ausdruck der Wertschätzung von Seiten des Unternehmens und zugleich in vielen Fällen eine hochrentierliche Kapitalanlage sowie ein weiterer Baustein für die persönliche Vermögensbildung und Altersvorsorge.

Alle wissenschaftlichen Untersuchungen und mehr noch die Praxis in Unternehmen mit Mitarbeiterbeteiligung zeigen denn auch, dass mehr Teilhabe – auch mehr finanzielle Beteiligung der Mitarbeiter – die Attraktivität der Unternehmen und

die Zustimmung der Beschäftigten deutlich steigert und eine positive Leistungskultur hervorbringt. Mitarbeiterbeteiligung kann somit einen wesentlichen Beitrag leisten, wenn es darum geht, Antworten auf neue unternehmerische Herausforderungen zu finden.

Familienunternehmen sind in besonderer Weise geeignet, die finanz- und personalwirtschaftlichen Zielsetzungen, die mit der Einführung einer Mitarbeiterkapitalbeteiligung angestrebt werden, tatsächlich auch zu erreichen. Denn Mitarbeiterbeteiligung korrespondiert in einzigartiger Weise mit den Wertvorstellungen der Familienunternehmer und mit der Unternehmenskultur im Mittelstand.

Die stille Gesellschaft hat sich als das attraktivste Beteiligungsprogramm für den Mittelstand herausgebildet: Der Einführungs- und Verwaltungsaufwand ist sicher kalkulierbar und für jedes Unternehmen verkraftbar; Eigentums- und Entscheidungsrechte der Gesellschafter werden nicht tangiert und die rechtlichen und finanzwirtschaftlichen Risiken von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen sind für die Unternehmen sicher kalkulierbar.

## INHALT

- I. Mitarbeiterkapitalbeteiligung im Mittelstand
- II. Mitarbeiterkapitalbeteiligung – Ein Angebot an die Beschäftigten
- III. Einlagengeschäft, Rückzahlungsanspruch und Erlaubnispflicht
- IV. Verlustbeteiligung bei mezzaninen Beteiligungsformen
- V. „Qualifizierter Rangrücktritt“
- VI. Fazit

## Keywords

Kapitalanlage; Mitarbeiterbeteiligung; Unternehmensbindung; Qualifizierter Rangrücktritt; Vermögensvorsorge

## II. Mitarbeiterkapitalbeteiligung – Ein Angebot an die Beschäftigten

Bei einer Mitarbeiterkapitalbeteiligung macht das Unternehmen einmal pro Jahr den Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen das Angebot, eine Kapitaleinlage in das Unternehmen zu leisten, die in der Regel durch einen steuer- und sozialabgabenfreien „Zuschuss“ („Kapitalbildungszuwendung“) nach §§ 3, 39 EStG von Seiten

des Unternehmens aufgestockt wird. Die Teilnahme an einem derartigen Programm ist natürlich freiwillig.

Für das Einwerben derartiger Kapitaleinlagen in der Öffentlichkeit oder auch bei Mitarbeitern eines Unternehmens sind nun einige Anforderungen zu beachten, die ein derartiges Beteiligungsangebot mit sich bringt. Diese Anforderungen gelten zum größten Teil schon seit langem, müssen in Zeiten einer hohen Sensibilisierung im Hinblick auf den Anlegerschutz aber noch einmal betont und verdeutlicht werden.

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) hat aufgrund verschiedener Urteile zu „Gesellschaftendarlehen“, „Winzergeldern“ u.a. sowie aufgrund der Erfahrungen aus dem „Fall Prokon“ den Begriff des „erlaubnispflichtigen Einlagengeschäfts“ präzisiert bzw. geschärft. Dies hat auch Auswirkungen auf die Mitarbeiterkapitalbeteiligung – wenn diese in Form der stillen Beteiligung oder des Genussrechts angeboten wird.

Nicht betroffen sind Eigenkapitalbeteiligungen wie Belegschaftsaktien und GmbH-Anteile, weil diesen gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsformen das unternehmerische (Verlust-) Risiko inhärent und jedem Anleger (und somit auch dem Belegschaftsaktionär) bekannt und bewusst ist. Bei nicht-gesellschaftsrechtlichen – schuldrechtlichen – Beteiligungen werden die Mitarbeiter aber Gläubiger des Unternehmens und genießen insofern prinzipiell den gleichen Anlegerschutz für dieses „Einlagengeschäft“ wie jeder andere Bank- oder Versicherungskunde mit seinen Einlagen auch.

Benötigen nun alle Unternehmen, die ihren Mitarbeitern stille Beteiligungen oder Genussrechte zum Kauf anbieten eine Banklizenz oder eine Erlaubnis der BaFin für ein derartiges „Einlagengeschäft“? Um dies vorwegzunehmen: Die Antwort ist nein.

### III. Einlagengeschäft, Rückzahlungsanspruch und Erlaubnispflicht

Ein Einlagengeschäft gem. § 1 KWG ist die Annahme unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums. Das Betreiben eines Einlagengeschäftes ist nach § 32 Abs. 1 KWG erlaubnispflichtig, wenn bestimmte Bedingungen erfüllt sind, u.a. ein Einlagenvolumen von mehr als 12.500 € oder die Beteiligung von mehr als 25 Anlegern.

Unbedingt rückzahlbar sind demnach auch Darlehen, stille Beteiligungen oder eine Genussrechtseinlage, auf die ein zivilrechtlicher Anspruch auf Rückzahlung besteht oder der Anschein eines dahingehenden Anspruchs bereits bei Annahme der Gelder erweckt wird.

Nicht unbedingt rückzahlbar sind dagegen Aktien, die Kommanditeinlage eines Kommanditisten, eine Einlage in eine Personengesellschaft (sofern der Rückzahlung nicht explizit in Aussicht gestellt wurde), eine am deutschen Kapitalmarkt notierte Inhaber- oder Orderschuldverschreibung u.a.

Dieser lange bekannte Sachverhalt hat zum Beispiel dazu geführt, dass ein Mitarbeiterdarlehen im Rahmen eines Mitarbeiterbeteiligungsprogramms gegen die Insolvenz des Unternehmens bankbürgschaftlich abgesichert oder ein „qualifizierter Rangrücktritt“ (siehe unten) der Gläubiger vereinbart sein muss. Die anderen Durchführungswege der Mitarbeiterkapitalbeteiligung (stille Gesellschaft und Genussrechte) sind entsprechend nur dann kein „erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft“, wenn die vereinbarte Verlustbeteiligung diese Investments der Mitarbeiter als „unternehmerische Beteiligung“ qualifiziert, bei der eben kein „unbedingter Rückzahlungsanspruch“ sondern das Risiko des Teil- oder Totalverlusts besteht.

In einem Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 29.10.2007 wird dieser Sachverhalt ausführlich dargestellt:

„Für das Vorliegen eines unbedingten Rückzahlungsanspruches des Anlegers ist ... allein maßgeblich, ob er nach den konkreten vertraglichen Vereinbarungen mit seiner Einlage am Verlust des Unternehmens beteiligt ist oder befürchten muss, mit seiner – subordinierten – Rückzahlungsforderung im Falle der Liquidation des Unternehmens auszufallen. Ist dies der Fall, entspricht seine Anlage einer „echten“ Unternehmensbeteiligung, bei der der Anleger das Unternehmen mit haftendem (Eigen-) Kapital ausstattet und mit seiner Vermögenseinlage am Gewinn und am Verlust des Unternehmens teilnimmt. Unter diesen Voraussetzungen bedarf der Anleger eines Schutzes vor nicht ausreichend abgesicherten Geldanlagen nicht, weil die Anlage von vornherein mit dem Risiko eines teilweisen oder vollständigen Verlustes des investierten Betrages belastet und der Betreffende diese Gefahr in Kenntnis des Verlustrisikos bewusst eingegangen ist.“ (Hess. Verwaltungsgerichtshof, 29.10.2007, 6 TG 1468/07 Ziffer 11)

Mitarbeiterkapitalbeteiligungsmodele, die ein Verlustrisiko durch Verlustbeteiligung vorsehen, erfordern dementsprechend keine Erlaubnis durch die BaFin.

### IV. Verlustbeteiligung bei mezzaninen Beteiligungsformen

Bei einer Mitarbeiterkapitalbeteiligung mit Verlustbeteiligung handelt es sich also nicht um eine „unbedingt“ rückzahlbare Forderung gegen das Unternehmen, wie es beim klassischen erlaubnispflichtigen Einlagengeschäft der Banken und Versicherungen der Fall ist, sondern um eine mit Verlustrisiko verbundene unternehmerische Investition.

Bei der BaFin gibt es keine eindeutige Definition dafür, wie eine Ver-

lustbeteiligung ausgestaltet sein soll. Vielmehr bezieht sie sich auf die allgemeine Regelung des § 231 Abs. 2 HGB für die stille Gesellschaft: „Im Gesellschaftsvertrag kann bestimmt werden, dass der stille Gesellschafter nicht am Verlust beteiligt sein soll; seine Beteiligung am Gewinn kann nicht ausgeschlossen werden“.

Entsprechend führt die BaFin weiter aus: „Ist die in § 231 Abs. 2 HGB regelmäßig ebenfalls vorgesehene Verlustbeteiligung der stillen Gesellschafter nicht vertraglich abbedungen, sind die Vermögenseinlagen der stillen Gesellschafter nur als bedingt rückzahlbar zu bewerten und erfüllen daher nicht den Tatbestand des Einlagengeschäfts. Gleiches gilt für Genussrechte, die eine Beteiligung am laufenden Verlust des kapitalnehmenden Unternehmens vorsehen“. (Merkblatt der BaFin vom 11.03.2014)

Es hat – und dies sind nun durchaus neue Umstände – in letzter Zeit nun einige Verwirrung im Hinblick darauf gegeben, ob auch bei einer nicht abbedungenen Verlustbeteiligung bestimmte Gestaltungselemente im Vertrag über die stille Gesellschaft nicht doch das Verlustrisiko – zumindest in der Wahrnehmung der Mitarbeiter – einschränken könnten:

- Müssen bei einer Verlustbeteiligung zwingend negative Zinsen für die Genussrechtsinhaber oder stillen Gesellschafter vorgesehen sein, wenn die Kennzahlen des Unternehmens, die für die Zinsstaffelung herangezogen werden, negativ sind?
- Ist die in einigen Beteiligungsprogrammen vorgesehene „Deckelung“ der Verlustbeteiligung durch eine fest definierte Untergrenze des negativen Zinssatzes nicht ein Hinweis darauf, dass das Risiko für den beteiligten Mitarbeiter doch beschränkt und somit nicht so ernst zu nehmen ist?

- Suggestiert nicht ein vereinbarter erfolgsunabhängiger Basiszins den Mitarbeitern, dass ihre stille Beteiligung unabhängig von der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens sicher ist?
- Und: Führt nicht schon eine dieser Modellvarianten dann in die „Erlaubnispflicht“?

Die BaFin ist zwar der Auffassung, dass unternehmerische Beteiligungen der Mitarbeiter nicht durch derartige vermeintlich gut gemeinte „Auffangregelungen“ verwässert werden sollten, sondern dass sie sehr eindeutig das unternehmerische Risiko in all ihren Regularien zum Ausdruck bringen müssen. Aber dennoch müssen Vereinbarungen zur „Mindest- oder Basisverzinsung“ oder zur „Deckelung“ bzw. zur „Vermeidung“ eines negativen Zinssatzes bei jährlichen Verlusten nicht unbedingt zur Erlaubnispflicht führen.

Entscheidend für die Bewertung der Frage „Erlaubnispflicht ja oder nein“ durch die BaFin sind zunächst zwei Aspekte:

- Die beteiligten Mitarbeiter dürfen bei einer Unternehmenskrise bzw. in „insolvenznahen“ Situationen ihre Forderungen im Hinblick auf Zinszahlungen oder auf die Rückzahlung des Beteiligungskapitals nicht durchsetzen können, wenn diese Zahlungen eine Insolvenz auslösen können, und
- im Fall der Insolvenz selbst müssen die Forderungen der Mitarbeiter – ähnlich wie die der Gesellschafter – hinter die Forderungen der anderen Gläubiger zurücktreten.

Wenn solch ein „qualifizierter Rangrücktritt“ durch die Regelungen in den Beteiligungsprogrammen gewährleistet ist, besteht keine „Erlaubnispflicht“.

Zur Vermeidung der Erlaubnispflicht muss zudem im Rahmen der Einwerbung der Anlage sichergestellt sein, dass auch für Anleger ohne Erfahrung in Fragen der Unternehmensfinanzierung oder des Insolvenzrechts hinreichend deutlich wird, dass die Geldhingabe unter bewusster Inkaufnahme eines unternehmerischen Geschäftsrisikos erfolgt. Werbeaussagen, wie der plakative Hinweis auf eine sichere, günstige oder rentable Geldanlage, verstellen dagegen den Blick des Anlegers auf die Übernahme eines unternehmerischen Risikos. In solchen Fällen kann nicht davon ausgegangen werden, dass die von dem Anlageangebot bezweckte Vorstellung bei dem unerfahrenen Geldgeber eine bedingte Rückzahlbarkeit umfassen soll. (Merkblatt der BaFin vom 11.03.2014)

Unternehmen mit stillen Beteiligungen oder Genussrechtsprogrammen für ihre Mitarbeiter sollten somit Folgendes beachten:

Wenn das Beteiligungsprogramm eine Basisverzinsung unabhängig vom wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens vorsieht oder wenn eine gedeckelte bzw. gar keine negative Verzinsung vereinbart ist, dann benötigt das Unternehmen eindeutige Aussagen im Vertragswerk im Hinblick auf die insolvenznahen Situationen bzw. die Insolvenz – also eine Erklärung zum „qualifizierten Rangrücktritt“.

### V. „Qualifizierter Rangrücktritt“

Beim einfachen Rangrücktritt „genügte noch, dass die Rückzahlung der zur Verfügung gestellten Gelder erst nach der Befriedigung sämtlicher anderer Gläubiger des Unternehmens erfolgen sollte, die Forderung also hinter die in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 der Insolvenzordnung (InsO) genannten Forderungen zurücktritt“.

Beim qualifizierten Rangrücktritt „ist darüber hinaus erforderlich, dass die Geltendmachung des Anspruchs auf

Rückzahlung so lange und soweit ausgeschlossen wird, wie die Rückzahlung einen Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens herbeiführt. Erst der um eine solche insolvenzverhindernde Funktion aufgestockte Rangrücktritt (sog. qualifizierter Rangrücktritt) reicht danach aus, den Tatbestand des Einlagengeschäfts auszuschießen. Der qualifizierte Nachrang hat entsprechend dem tatsächlichen Gehalt der Geldüberlassung auch den Zins zu erfassen“. (Merkblatt der BaFin vom 11.03.2014).

Im Schreiben der BaFin an die AGP vom 01.04.2014 wird die Bedeutung des „qualifizierten Rangrücktritts“ für das „Wesen“ einer Geldhingabe – auch die der Mitarbeiter an ihr Unternehmen im Rahmen eines Beteiligungsprogramms – prägnant beschrieben:

„Die Verwendung einer qualifizierten Rangrücktrittsklausel bewirkt grundsätzlich eine Wesensänderung der Geldhingabe vom bankgeschäftstypischen Darlehen mit unbedingter Rückzahlungsverpflichtung hin zur unternehmerischen Beteiligung mit einer eigenkapitalähnlichen Haftungsfunktion“.

## VI. Fazit

Es muss noch einmal betont werden, dass die Anforderungen der Finanzaufsicht nicht gänzlich neu sind und dass sie durchaus im Interesse der Unternehmen und der Mitarbeiter gleichermaßen liegen. Sie stellen keinen Hinderungsgrund für die Einführung oder Weiterführung eines Beteiligungsprogramms dar – im

Gegenteil, die Regelungen stellen einen wichtigen Sachverhalt heraus: Mitarbeiterkapitalbeteiligung ist eine „unternehmerische Beteiligung“. Und genau dies ist ja zumeist auch die Zielsetzung der Beteiligungsprogramme.

Diejenigen Unternehmen, die in ihrem Beteiligungsprogramm eine der genannten Anforderung nicht erfüllen, sollten die Regelungen dringend bis zum nächsten Beteiligungsangebot anpassen. Darüber hinaus sollten auch die Aussagen des Unternehmens zum Mitarbeiterbeteiligungsprogramm überprüft werden: Das Verlustrisiko muss im Sinne der obigen Ausführungen eindeutig dargestellt und kommuniziert worden sein bzw. bei den neuen Beteiligungsangeboten hervorgehoben werden.

### Wichtige Information zur Nutzung des Online-Archivs der Zeitschrift Familienunternehmen und Stiftungen:

Das Bundesfinanzministerium hat festgesetzt, bei allen Zeitschriftenabonnements die Nutzung der Print- und Online-Bestandteile steuerlich separat auszuweisen. Die Verlage sind verpflichtet, digitale Zusatzleistungen zu Zeitschriften wie beispielsweise Archive mit dem geltenden Umsatzsteuersatz von 19 % zu belegen.

Einen Zugang zum Online-Archiv der Zeitschrift FuS erhalten Sie daher ab sofort zu Ihrer gedruckten Zeitschriftenausgabe für nur 1 € pro Monat (12 € jährlich, inkl. 19 % MwSt.).

Sie können den Zugang zum Online-Archiv aber auf der gewohnten Seite des Online-Archivs ([www.betrifft-unternehmen.de/fus-online](http://www.betrifft-unternehmen.de/fus-online)) dazu buchen.