

Mitarbeiterbeteiligung in Unternehmen - Teil 2: Wirtschaftliche Beteiligung ohne Gesellschafterstellung

**Mitarbeiterdarlehen, Genussrechte, Wandelrechte, VSOP und Phantom Shares im deutschen
Recht**

Petra Korts

Rechtsanwältin

Fachanwältin für Steuerrecht

Fachanwältin für Handels- und Gesellschaftsrecht

Steuerstrafverteidigerin

MBA – Master of Business Administration –

M.I.Tax – Master of International Taxation –

Rechtsstand: 2026

Worum geht es in diesem Teil?

Dieser zweite Teil behandelt Beteiligungsmodelle, bei denen Arbeitnehmer oder Fremdgeschäftsführer wirtschaftlich am Unternehmenserfolg, an einer Wertsteigerung oder an einem Exit beteiligt werden, ohne bereits Gesellschafter zu sein.

Im Mittelpunkt stehen Mitarbeiterdarlehen, partiarische Darlehen, Genussrechte, Wandelrechte, virtuelle Beteiligungen, VSOP-Programme und Phantom Shares. Die rechtliche, steuerliche, sozialversicherungsrechtliche und bilanzielle Einordnung wird jeweils unmittelbar bei dem einzelnen Modell behandelt.

Der Beitrag grenzt diese Instrumente von echter GmbH-Beteiligung, stiller Gesellschaft und arbeitslohnnahe Bonusmodellen ab und zeigt, weshalb die Bezeichnung des Programms niemals die rechtliche Prüfung ersetzt.

Inhalt

1. Einordnung in die Artikelserie: wirtschaftliche Beteiligung ohne Mitgliedschaft	4
2. Rechtlicher Prüfungsrahmen: Vertrag, Kapitalüberlassung und Beteiligungserwartung.....	4
3. Mitarbeiterdarlehen: Kapitalüberlassung zwischen Arbeitsverhältnis und Finanzierung	5
4. Genussrechte: schuldrechtliche Beteiligung mit steuerlicher Schlüsselfunktion	6
5. Virtuelle Beteiligungen, VSOP und Phantom Shares: schuldrechtliche Teilhabe am Unternehmenswert....	7
6. Wandelrechte und Wandelanleihen: vom schuldrechtlichen Instrument zur echten Beteiligung	9
7. § 3 Nr. 39 EStG und § 19a EStG im Kontext von Teil 2	10
8. Abgrenzung zur stillen Gesellschaft und zur echten GmbH-Beteiligung.....	11
9. Besonderheiten bei GmbH, Einzelunternehmen und Fremdgeschäftsführern.....	11
10. Kapitalmarktrechtliche und aufsichtsrechtliche Grenzen bei breiter Ausgabe	12
11. Dokumentation, Bewertung und laufende Administration.....	13
12. Vertragsklauseln: Bewertungsregeln, Vesting, Leaver und Exit	14
13. Typische Fehler in der Gestaltung und Betriebsprüfung	15
14. Gestaltungsleitlinien für Unternehmer und Steuerberater	15
15. Beispielhafte Gestaltungsvarianten in der mittelständischen Praxis.....	16
16. Zwischenergebnis und Ausblick auf Teil 3	17
Endnoten.....	18

1. Einordnung in die Artikelserie: wirtschaftliche Beteiligung ohne Mitgliedschaft

Der erste Teil der Artikelserie hat den Begriff der Mitarbeiterbeteiligung weit verstanden und einfache Vergütungsmodelle, Akkordlohn, Bonus, Tantieme und Gewinnbeteiligung dargestellt. Teil 2 führt diesen Gedanken fort, verlässt aber die Ebene der reinen Vergütung. Nun geht es um Instrumente, die wirtschaftlich wie eine Beteiligung am Unternehmen wirken können, ohne dem Mitarbeiter bereits die Stellung eines Gesellschafters zu geben. Gerade bei inhabergeführten GmbHs ist diese Zwischenform von erheblicher praktischer Bedeutung.

Der Unternehmer will häufig Leistungsträger binden, ohne die Gesellschafterstruktur zu verändern. Der Mitarbeiter will an der Wertsteigerung teilhaben, ohne sofort eigenes Kapital in der Grössenordnung eines Anteilserwerbs aufzubringen. Die Gesellschaft will Motivation schaffen, muss aber Kontrolle, Stimmrechte, Informationsrechte, Finanzierung und Bilanzwirkungen im Blick behalten. Diese Interessenlage erklärt die Attraktivität von Mitarbeiterdarlehen, Genussrechten, VSOP-Programmen und Phantom Shares.

Die Kehrseite liegt in der rechtlichen Mehrdeutigkeit. Ein Darlehen kann einfache Kapitalüberlassung sein, ein partiarisches Darlehen kann sich wirtschaftlich einer Ergebnisbeteiligung annähern, ein Genussrecht kann obligationsähnlich oder eigenkapitalnah ausgestaltet sein, ein VSOP kann Bonus, Exit-Beteiligung oder faktisch aufgeschobener Arbeitslohn sein. Für die Besteuerung ist deshalb nicht das Etikett entscheidend, sondern die rechtliche und wirtschaftliche Substanz des einzelnen Anspruchs.

Dieser Artikel ist bewusst nicht so aufgebaut, dass zunächst ein allgemeiner steuerlicher Block und danach ein zivilrechtlicher Block folgt. Die steuerlichen und rechtlichen Fragen werden vielmehr jeweils dort behandelt, wo sie praktisch entstehen: beim Darlehen im Darlehensverhältnis, beim Genussrecht in der Abgrenzung zwischen Kapitalanlage und Arbeitslohn, bei virtuellen Beteiligungen in der Frage des Zuflusses und der Rückstellung, bei Wandelrechten in der Verbindung zwischen schuldrechtlichem Anspruch und späterem Anteilserwerb.

2. Rechtlicher Prüfungsrahmen: Vertrag, Kapitalüberlassung und Beteiligungserwartung

Ausgangspunkt jeder Gestaltung ist die Frage, worauf der Mitarbeiter einen Anspruch erhält. Erhält er laufende Vergütung für Arbeit, eine Sonderzahlung bei Zielerreichung, Zinsen für eine Kapitalüberlassung, eine ergebnisabhängige Rendite, eine Exit-Zahlung oder ein Recht auf späteren Erwerb von Anteilen? Diese Frage ist zivilrechtlich, steuerlich und bilanziell dieselbe Ausgangsfrage, führt aber in den einzelnen Rechtsgebieten zu unterschiedlichen Anschlussfragen.

Zivilrechtlich beruhen die in diesem Teil behandelten Modelle im Regelfall auf Vertrag. Ein Mitarbeiterdarlehen ist im Ausgangspunkt Darlehensvertrag im Sinne der §§ 488 ff. BGB. Ein Genussrecht ist gesetzlich nicht geschlossen kodifiziert, sondern wird als schuldrechtliches Beteiligungsrecht ausgestaltet. Eine virtuelle Beteiligung ist regelmässig eine vertragliche Zahlungszusage. Ein Wandlungsrecht kann als Optionsrecht, als Vorvertrag oder als Bestandteil eines Finanzierungsinstruments ausgestaltet sein. Die Vertragsfreiheit des BGB ist damit zentral, wird aber durch Arbeitsrecht, AGB-Kontrolle, Gesellschaftsrecht und Steuerrecht begrenzt.[Fn. 1]

Gesellschaftsrechtlich ist vor allem die GmbH zu beachten. Der echte GmbH-Geschäftsanteil ist veräußerlich und vererblich; die Abtretung und die Verpflichtung zur Abtretung bedürfen jedoch der notariellen Form. Zudem gilt gegenüber der Gesellschaft grundsätzlich nur derjenige als Gesellschafter, der in der Gesellschafterliste eingetragen ist. Wer wirtschaftliche Beteiligung ohne Gesellschafterstellung schaffen will, muss deshalb sorgfältig vermeiden, versehentlich ein formbedürftiges Anteilerwerbsversprechen zu vereinbaren.[Fn. 2]

Steuerlich ist die Qualifikation besonders bedeutsam. Vorteile, die durch das Dienstverhältnis veranlasst sind, können Arbeitslohn im Sinne von § 19 EStG sein. Erträge aus einer echten Kapitalüberlassung können dagegen Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 20 EStG darstellen. Die Rechtsprechung betont, dass Mitarbeiterbeteiligungen nicht allein deshalb Arbeitslohn sind, weil sie nur Mitarbeitern angeboten werden. Umgekehrt führt die Bezeichnung als Genussrecht oder Beteiligung nicht automatisch zu Kapitaleinkünften. Entscheidend sind Erwerbsgrund, wirtschaftliche Inhaberschaft, Fremdüblichkeit, Risiko und tatsächliche Durchführung.[Fn. 3]

Handelsbilanziell ist das Unternehmen mit einer weiteren Perspektive konfrontiert. Darlehen und Genussrechte können Passivposten begründen. Exit-abhängige virtuelle Beteiligungen können Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten auslösen, wenn die Verpflichtung hinreichend konkretisiert und wirtschaftlich verursacht ist. Die Bilanzierung wirkt nicht nur auf den Jahresabschluss, sondern auch auf Ausschüttungsfähigkeit, Bankenkommunikation und Kaufpreisverhandlungen bei einem späteren Unternehmensverkauf.[Fn. 4]

3. Mitarbeiterdarlehen: Kapitalüberlassung zwischen Arbeitsverhältnis und Finanzierung

Das Mitarbeiterdarlehen ist die naheliegendste schuldrechtliche Form einer finanziellen Beteiligung. Der Mitarbeiter überlässt dem Unternehmen Geld; das Unternehmen verpflichtet sich zur Rückzahlung und gegebenenfalls zur Verzinsung. Die Rechtsgrundlage liegt im Darlehensvertrag. Das Modell eignet sich, wenn das Unternehmen Kapital aufnehmen und zugleich eine Bindung des Mitarbeiters erreichen will. Es begründet aber noch keine Beteiligung am Unternehmen selbst.

Zivilrechtlich muss das Mitarbeiterdarlehen klar vom Arbeitsvertrag getrennt werden. Es sollte in einer eigenständigen Vereinbarung geregelt werden, die Darlehensbetrag, Auszahlung, Verzinsung, Laufzeit, Kündigung, Rückzahlung, Rang, Sicherheiten und Folgen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestimmt. Besonders wichtig ist die Frage, ob das Darlehen bei Ausscheiden des Mitarbeiters sofort fällig wird oder planmässig weiterläuft. Eine zu harte Rückzahlungsregel kann arbeitsrechtlich problematisch sein, eine zu weiche Regel kann aus Unternehmenssicht Finanzierungsrisiken schaffen.

Bei inhabergeführten GmbHs wird das Mitarbeiterdarlehen häufig als vertrauensbasiertes Instrument verstanden. Genau darin liegt ein Risiko. Wenn mehrere Mitarbeiter beteiligt werden, entsteht ein standardisiertes Programm. Dann können die Regeln der AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB relevant werden. Klauseln über Kündigung, Rangrücktritt, Verfall oder Sonderkündigungsrechte müssen transparent sein. Der Mitarbeiter muss erkennen können, welches Risiko er eingeht und unter welchen Voraussetzungen er sein Kapital zurückerhält.

Steuerlich sind Zinsen aus einem echten Darlehen grundsätzlich nicht Arbeitslohn, sondern Erträge aus Kapitalüberlassung. Beim Arbeitnehmer kommen Einkünfte aus Kapitalvermögen in Betracht. Beim Unternehmen sind die Zinsen bei betrieblicher Veranlassung grundsätzlich Betriebsausgaben; bei der GmbH mindern sie den steuerlichen Gewinn, soweit keine besondere Abzugsbeschränkung eingreift und die

Vereinbarung fremdüblich ist. Wird das Darlehen jedoch nur zum Schein vereinbart oder ersetzt es wirtschaftlich eine Arbeitsvergütung, kann die steuerliche Einordnung kippen.

Besondere Aufmerksamkeit verdient das zinslose oder niedrig verzinsliche Darlehen. Überlässt der Mitarbeiter dem Arbeitgeber Kapital zu nicht fremdüblicher Verzinsung, kann dies zunächst für den Mitarbeiter wirtschaftlich nachteilig sein. Umgekehrt kann ein überhöhter Zins durch das Arbeitsverhältnis veranlasst sein und deshalb zumindest teilweise Arbeitslohn darstellen. Die Fremdüblichkeit der Verzinsung ist deshalb nicht nur eine Frage zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, sondern auch bei Mitarbeiterdarlehen ein prüfungswürdiger Punkt.

Partiarische Darlehen verstärken die Beteiligungsnähe. Bei ihnen hängt die Vergütung nicht nur von einem festen Zinssatz ab, sondern etwa vom Gewinn, Umsatz oder Ergebnis des Unternehmens. Zivilrechtlich bleibt das Darlehen möglich, steuerlich nähert es sich aber der unternehmerischen Erfolgsbeteiligung an. Der Mitarbeiter nimmt am Erfolg teil, ohne Gesellschafter zu werden. Je stärker Verlustteilnahme, Nachrang, lange Laufzeit und ergebnisabhängige Vergütung ausgeprägt sind, desto sorgfältiger ist die Abgrenzung zu Genussrecht, stiller Gesellschaft und eigenkapitalnaher Finanzierung vorzunehmen.

Bilanzrechtlich ist das Mitarbeiterdarlehen grundsätzlich als Verbindlichkeit zu passivieren. Bei partiarischer Vergütung oder Nachrangabreden können weitere Angaben und Bewertungsfragen entstehen. Für die Unternehmensleitung ist diese Bilanzwirkung kein Nebenaspekt. Ein Programm, das motivationstheoretisch attraktiv erscheint, kann die Verschuldungskennzahlen verändern, Kreditverträge berühren und bei einem späteren Verkauf als Finanzverbindlichkeit in die Kaufpreisverhandlung eingehen.

Praktisch eignet sich das Mitarbeiterdarlehen eher für Mitarbeiter, die ein überschaubares Kapitalrisiko bewusst eingehen wollen. Es ist kein Ersatz für eine Gewinnbeteiligung, wenn der Mitarbeiter keine Kapitalanlage, sondern eine zusätzliche Vergütung erwartet. Ebenso ist es keine Ersatzform für eine echte Beteiligung, wenn Mitspracherechte, Informationsrechte oder eine langfristige Unternehmerstellung gewünscht sind.

4. Genussrechte: schuldrechtliche Beteiligung mit steuerlicher Schlüsselfunktion

Genussrechte stehen zwischen Darlehen und echter Beteiligung. Sie können Vermögensrechte vermitteln, etwa Anspruch auf laufende Vergütung, Gewinnanteil, Liquidationserlös oder Rückzahlungsbetrag. Mitgliedschaftsrechte entstehen jedoch nicht, sofern sie nicht ausdrücklich und gesellschaftsrechtlich wirksam begründet werden. Der Genussrechtsinhaber ist typischerweise nicht Gesellschafter, nicht in der Gesellschafterliste eingetragen und nicht Träger gesetzlicher Stimmrechte.

Gerade deshalb sind Genussrechte für inhabergeführte GmbHs interessant. Sie können Mitarbeitern eine kapitalbezogene Beteiligung vermitteln, ohne den Gesellschafterkreis zu erweitern. Gesellschaftsrechtlich muss aber klar bleiben, dass das Genussrecht kein GmbH-Geschäftsanteil ist. Sobald das Programm auf einen späteren Anteilserwerb, eine Anteilssurrogation oder eine gesellschaftergleiche Stellung hinausläuft, entstehen Formfragen nach § 15 GmbHG und Konflikte mit dem Gesellschaftsvertrag.

Zivilrechtlich ist die Vertragsgestaltung entscheidend. Das Genussrecht muss definieren, ob und in welcher Höhe eine Einlage geschuldet ist, ob die Vergütung fest oder variabel ist, ob eine Verlustteilnahme besteht, ob ein Nachrang vereinbart wird, welche Laufzeit gilt, wie die Kündigung erfolgt und welche Rechtsfolgen ein Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis hat. Besonders wichtig ist die Frage, ob das Genussrecht vom Arbeitsverhältnis abhängig bleibt. Je stärker Rückkaufswert, Verfall oder Vergütung an arbeitsrechtliche Umstände gekoppelt werden, desto eher droht steuerlich die Einordnung als Arbeitslohn.

Die BFH-Rechtsprechung zeigt die Trennlinie. Erträge aus Genussrechten können Kapitaleinkünfte sein, wenn das Genussrecht wirksam vereinbart, tatsächlich durchgeführt und dem Arbeitnehmer rechtlich sowie wirtschaftlich zuzurechnen ist. Allein der Umstand, dass Genussrechte nur Mitarbeitern angeboten werden, genügt nicht, um die Erträge als Arbeitslohn zu qualifizieren. Anders kann es liegen, wenn die Verwertung des Genussrechts in besonderer Weise vom Bestand oder der Art der Beendigung des Arbeitsverhältnisses abhängt. Dann kann der wirtschaftliche Überschuss aus dem Rückverkauf arbeitslohnnah sein.[Fn. 5]

Diese Rechtsprechung ist für die Praxis grundlegend. Ein Genussrecht kann steuerlich nur dann neben dem Arbeitsverhältnis stehen, wenn es eine eigenständige Erwerbsgrundlage hat. Der Mitarbeiter muss nicht notwendig dieselbe Stellung wie ein fremder Investor haben; die Beteiligung darf aber nicht bloss als anders etikettierter Bonus ausgestaltet sein. Eine echte Kapitalhingabe, ein wirtschaftliches Risiko, nachvollziehbare Bewertungsregeln und eine tatsächliche Durchführung sprechen für eine kapitalbezogene Einordnung.

Beim Arbeitnehmer führen laufende Vergütungen aus obligationsähnlichen Genussrechten regelmässig zu Einkünften aus Kapitalvermögen, wenn die genannten Voraussetzungen vorliegen. Wird das Genussrecht dagegen verbilligt oder unentgeltlich wegen des Dienstverhältnisses eingeräumt, kann bereits die Einräumung oder der Preisvorteil Arbeitslohn auslösen. Die späteren Erträge sind dann gesondert zu beurteilen. Der steuerliche Fehler besteht häufig darin, Einräumung, laufende Vergütung und Rückzahlung in einen Topf zu werfen.

Beim Unternehmen stellt sich die Frage nach Betriebsausgabenabzug und Bilanzierung. Ist das Genussrecht fremdkapitalnah ausgestaltet, können Vergütungen wirtschaftlich Finanzierungsaufwand sein. Ist es eigenkapitalnah ausgestaltet, kann die handelsbilanzielle und steuerliche Behandlung schwieriger werden. Nachrang, Verlustteilnahme, Erfolgsabhängigkeit und lange Laufzeiten können für die wirtschaftliche Einordnung bedeutsam sein. Eine steuerliche Anerkennung setzt zudem voraus, dass die Vereinbarung ernsthaft gewollt und tatsächlich vollzogen wird.

Sozialversicherungsrechtlich hängt die Behandlung von der Einordnung als Arbeitsentgelt ab. Kapitalerträge aus einer eigenständigen Kapitalanlage sind nicht ohne Weiteres Arbeitsentgelt. Ist das Genussrecht jedoch arbeitslohnnah ausgestaltet oder ersetzt es eine Vergütung für Beschäftigung, kann § 14 SGB IV relevant werden. Gerade bei Genussrechten, die nur bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis werthaltig sind, sollte diese Frage vor Einführung geklärt werden.[Fn. 6]

Für die Vertragsgestaltung folgt daraus ein einfacher, aber oft missachteter Grundsatz: Wer steuerlich Kapitalerträge erreichen will, muss zivilrechtlich Kapitalanlage gestalten. Wer arbeitsbezogene Motivation über eine erfolgsabhängige Zahlung schaffen will, sollte offen mit einem Bonus- oder VSOP-Modell arbeiten. Das Genussrecht ist kein Zauberwort, sondern ein anspruchsvolles Instrument, dessen steuerliche Wirkung aus seiner rechtlichen Struktur folgt.

5. Virtuelle Beteiligungen, VSOP und Phantom Shares: schuldrechtliche Teilhabe am Unternehmenswert

Virtuelle Beteiligungen gehören zu den wichtigsten modernen Mitarbeiterbeteiligungsinstrumenten. Sie werden vor allem eingesetzt, wenn ein Unternehmen Schlüsselpersonen an einer künftigen Wertsteigerung beteiligen will, ohne echte Anteile zu übertragen. Das Modell ist bei Start-ups verbreitet, findet aber auch bei etablierten GmbHs Anwendung, wenn ein späterer Unternehmensverkauf, eine Nachfolge oder der Eintritt eines Investors vorbereitet wird.

Ein VSOP simuliert wirtschaftlich eine Beteiligung. Dem Mitarbeiter wird eine rechnerische Anzahl virtueller Anteile zugeteilt. Diese Anteile vermitteln kein Mitgliedschaftsrecht, sondern einen schuldrechtlichen Zahlungsanspruch, der bei Eintritt bestimmter Ereignisse entsteht. Phantom Shares funktionieren ähnlich. Sie knüpfen an einen fiktiven Anteil, einen Unternehmenswert, eine Wertsteigerung oder eine Ausschüttung an. Entscheidend ist: Der Mitarbeiter wird nicht Gesellschafter.

Zivilrechtlich ist damit das BGB und nicht das GmbHG der unmittelbare Ausgangspunkt. Es handelt sich um ein Vertragsprogramm. Der Vertrag muss definieren, was ein virtueller Anteil ist, welcher Ausgangswert gilt, welche Ereignisse zahlungsauslösend sind, wie Verwässerungen, Kapitalmaßnahmen, Gesellschafterwechsel und Unternehmensverkäufe berücksichtigt werden, wann der Anspruch fällig wird und welche Leaver-Regeln gelten. Fehlt diese Definition, entsteht kein flexibles, sondern ein streitanfälliges Modell.

Das GmbH-Recht bleibt dennoch im Hintergrund bedeutsam. Ein VSOP darf keine echten Gesellschafterrechte versprechen, wenn die notarielle Form und die Gesellschafterliste nicht beachtet werden sollen. Begriffe wie Anteil, Beteiligung, Verwässerung oder Exit sind wirtschaftlich nützlich, müssen aber so verwendet werden, dass kein Anspruch auf Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils entsteht. Die Abgrenzung ist besonders wichtig, wenn im Programm ein Wahlrecht zwischen Barzahlung und Anteilsübertragung vorgesehen wird.

Arbeitsrechtlich sind VSOP-Programme häufig Allgemeine Geschäftsbedingungen. Sie werden für eine Vielzahl von Mitarbeitern vorformuliert und vom Arbeitgeber gestellt. Dann müssen Vesting, Cliff, Good-Leaver, Bad-Leaver, Verfall, Bewertungsmethode und Änderungsvorbehalte transparent sein. Unklare Klauseln können zu Lasten des Verwenders ausgelegt werden. Besonders problematisch sind Regelungen, nach denen bereits erdiente virtuelle Anteile bei jeder Eigenkündigung ersatzlos entfallen sollen. Hier ist sorgfältig zwischen noch nicht erdienten Anwartschaften und bereits verdienten Rechtspositionen zu unterscheiden.

Steuerlich sind virtuelle Beteiligungen in der Regel arbeitslohnnahe. Der Mitarbeiter überlässt meist kein Kapital und trägt kein echtes unternehmerisches Verlustrisiko. Sein Anspruch entsteht, weil er für das Unternehmen arbeitet oder weiterarbeiten soll. Daher spricht viel dafür, die spätere Auszahlung als Arbeitslohn zu behandeln. Der Vorteil entsteht regelmässig nicht bereits bei bloss virtueller Zuteilung, wenn noch kein frei verfügbarer Anspruch vorliegt, sondern bei Zahlung oder sonstigem Zufluss. Genau darin liegt ein praktischer Vorteil gegenüber echten, verbilligt überlassenen Anteilen: Die Problematik des sofortigen dry income kann reduziert werden.

Diese Einordnung hat Lohnsteuerfolgen. Ist die spätere Zahlung Arbeitslohn, muss der Arbeitgeber den Lohnsteuerabzug prüfen. Je nach Ausgestaltung handelt es sich um laufenden Arbeitslohn oder um einen sonstigen Bezug. Bei Exit-Zahlungen wird regelmässig ein einmaliger Zufluss vorliegen. Die Lohnabrechnung muss deshalb schon bei Programmwurf mitgedacht werden. Ein VSOP, der nur gesellschaftsrechtlich entworfen wird, aber keine lohnsteuerliche Abwicklung vorsieht, ist unvollständig.

Sozialversicherungsrechtlich ist zu prüfen, ob die Zahlung Arbeitsentgelt im Sinne von § 14 SGB IV ist. Einmalzahlungen können beitragspflichtig sein, soweit keine Beitragsfreiheit eingreift und die Beitragsbemessungsgrenzen zu beachten sind. § 1 SVEV kann für bestimmte lohnsteuerfreie Leistungen Ausnahmen enthalten; eine normale VSOP-Auszahlung ist jedoch nicht allein deshalb beitragsfrei, weil sie als Beteiligung bezeichnet wird.[Fn. 6]

Handelsbilanziell führt das VSOP zu einer besonders wichtigen Frage: Wann muss das Unternehmen eine Rückstellung bilden? § 249 HGB verlangt Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten. Ein VSOP kann

eine solche ungewisse Verbindlichkeit begründen, wenn ein rechtlich wirksames Programm besteht, die Verpflichtung wirtschaftlich verursacht ist und eine Inanspruchnahme hinreichend wahrscheinlich erscheint. Bei Exit-abhängigen Programmen ist nicht nur die Höhe, sondern auch die Eintrittswahrscheinlichkeit des Exit-Ereignisses zu beurteilen.[Fn. 4]

Für die Unternehmenspraxis ist die bilanzielle Abbildung oft entscheidend. Ein VSOP wird manchmal eingeführt, weil es keine echten Anteile ausgibt. Gleichwohl kann es den Unternehmenswert im Verkaufsprozess beeinflussen. Ein Käufer wird fragen, welche Zahlungen bei Closing an virtuelle Beteiligte ausgelöst werden, ob diese Zahlungen vor oder nach Kaufpreisverteilung zu berücksichtigen sind und ob sie wirtschaftlich den Altgesellschaftern oder dem Unternehmen zur Last fallen. Ein sauberer VSOP-Vertrag regelt daher nicht nur das Verhältnis zum Mitarbeiter, sondern auch die Wirkung bei Share Deal, Asset Deal, Umwandlung und Konzernverkauf.

6. Wandelrechte und Wandelanleihen: vom schuldrechtlichen Instrument zur echten Beteiligung

Wandelrechte sind hybride Instrumente. Sie beginnen als schuldrechtliches oder kapitalmässiges Rechtsverhältnis und können in eine echte Beteiligung münden. In der Aktiengesellschaft ist die Wandelschuldverschreibung gesetzlich im AktG angelegt. § 221 AktG regelt unter anderem Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen; die Ausgabe kann mit bedingtem Kapital nach § 192 AktG verbunden werden.[Fn. 7] Für die GmbH gibt es keine deckungsgleiche gesetzliche Standardstruktur.

Bei der GmbH muss deshalb besonders sorgfältig zwischen wirtschaftlicher Wandlungslogik und gesellschaftsrechtlicher Umsetzung unterschieden werden. Ein schuldrechtliches Wandlungsrecht, das dem Mitarbeiter später den Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils verschaffen soll, berührt § 15 GmbHG. Nicht nur die Abtretung, sondern bereits die Verpflichtung zur Abtretung bedarf notarieller Form. Wer ein Wandlungsrecht ohne notarielle Beurkundung vereinbart, riskiert, dass der zentrale Teil der Gestaltung unwirksam ist.

Zivilrechtlich kann ein Wandelinstrument als Darlehen mit Optionsrecht, als Genussrecht mit Wandlungskomponente, als schuldrechtlicher Optionsvertrag oder als Beteiligungszusage ausgestaltet sein. Jede Variante muss beantworten, wer bei Wandlung Anteile überträgt, wie der Wandlungspreis ermittelt wird, ob eine Kapitalerhöhung erforderlich ist, welche Gesellschafter zustimmen müssen und was geschieht, wenn die Wandlung wegen gesellschaftsvertraglicher Vinkulierung oder fehlender Beschlussfassung nicht vollzogen werden kann.

Steuerlich ist die Struktur zweiphasig zu betrachten. In der Finanzierungsphase können Zinsen oder Genussrechtsvergütungen als Kapitalerträge oder Arbeitslohn zu qualifizieren sein. In der Wandlungsphase stellt sich die Frage, ob der Mitarbeiter einen geldwerten Vorteil erhält, wenn er Anteile unter dem gemeinen Wert erwirbt. Ist der Preisvorteil durch das Dienstverhältnis veranlasst, kann Arbeitslohn vorliegen. Der BFH hat für verbilligte GmbH-Beteiligungen leitender Arbeitnehmer betont, dass ein Vorteil auch dann Arbeitslohn sein kann, wenn nicht der Arbeitgeber selbst, sondern ein Gesellschafter die Anteile verbilligt überlässt.[Fn. 8]

§ 3 Nr. 39 EStG und § 19a EStG können erst dann ernsthaft in Betracht kommen, wenn eine echte begünstigte Vermögensbeteiligung überlassen wird. Ein blosses virtuelles Wandlungsversprechen ist noch keine solche Beteiligung. Bei einer späteren echten Anteilssübertragung kann § 3 Nr. 39 EStG eine begrenzte Steuerbefreiung und § 19a EStG unter den gesetzlichen Voraussetzungen eine aufgeschobene Besteuerung

vermitteln. Die Einzelheiten gehören jedoch in die konkrete Strukturplanung und dürfen nicht schematisch unterstellt werden.[Fn. 9]

Bilanziell können Wandelrechte anspruchsvoll sein. Solange eine Rückzahlungsverpflichtung besteht, liegt eine Verbindlichkeit nahe. Bestehen Wandlungsrechte, Optionskomponenten oder wertabhängige Vergütungen, können Bewertungs- und Anhangfragen entstehen. Für kleinere GmbHs ist die Komplexität oft ein Argument gegen echte Wandelstrukturen und für klarere Alternativen wie VSOP, Genussrecht oder spätere notarielle Anteilsübertragung.

Praktisch sollte eine Wandelstruktur nur gewählt werden, wenn der spätere Gesellschaftereintritt wirklich gewollt ist. Wenn die Gesellschafter keine neuen Mitgesellschafter wünschen, ist ein Wandlungsrecht widersprüchlich. Wenn der Mitarbeiter nur am Exit partizipieren soll, ist ein VSOP meist klarer. Wenn der Mitarbeiter Kapital mit Renditeerwartung geben soll, kann ein Genussrecht oder partiarisches Darlehen passender sein.

7. § 3 Nr. 39 EStG und § 19a EStG im Kontext von Teil 2

Die steuerlichen Begünstigungen für Mitarbeiterkapitalbeteiligungen sind für Teil 2 wichtig, aber sie dürfen nicht überdehnt werden. § 3 Nr. 39 EStG und § 19a EStG knüpfen an Vermögensbeteiligungen an. Sie sind deshalb nicht der allgemeine steuerliche Rahmen für jede wirtschaftliche Mitarbeiterbeteiligung, sondern Sonderregeln für bestimmte echte Beteiligungs- oder beteiligungsnahe Instrumente.

§ 3 Nr. 39 EStG stellt Vorteile aus der unentgeltlichen oder verbilligten Überlassung bestimmter Vermögensbeteiligungen unter den gesetzlichen Voraussetzungen bis zu einem Höchstbetrag steuerfrei. Die Norm setzt voraus, dass überhaupt eine begünstigte Vermögensbeteiligung überlassen wird. Reine Bonusansprüche, Phantom Shares oder VSOP-Zahlungsansprüche sind regelmässig keine solche Überlassung. Bei Genussrechten kann die Einordnung im Einzelfall näher zu prüfen sein, wenn sie die gesetzlichen Anforderungen erfüllen.

§ 19a EStG verfolgt eine andere Technik. Die Vorschrift gewährt keine endgültige Steuerfreiheit, sondern verschiebt unter bestimmten Voraussetzungen die Besteuerung des geldwerten Vorteils aus der Übertragung einer Vermögensbeteiligung. Sie ist insbesondere für junge sowie kleine und mittlere Unternehmen bedeutsam. Für die hier behandelten schuldrechtlichen Modelle bedeutet das: Solange keine echte Vermögensbeteiligung übertragen wird, ist § 19a EStG regelmässig nicht der zentrale Anknüpfungspunkt.[Fn. 9]

In der Beratungspraxis entsteht ein häufiges Missverständnis, wenn virtuelle Beteiligungen als Mitarbeiterkapitalbeteiligung bezeichnet werden. Wirtschaftlich mag dies verständlich sein; steuerrechtlich ist es gefährlich. Das Steuerrecht fragt nicht nach Marketingbegriffen, sondern nach dem überlassenen Recht. Wird nur ein bedingter Zahlungsanspruch eingeräumt, muss dessen späterer Zufluss nach allgemeinen Regeln eingeordnet werden.

Für die Gestaltung folgt daraus: Die Begünstigungen nach § 3 Nr. 39 EStG und § 19a EStG sollten nicht am Ende eines Programms als steuerliche Dekoration angefügt werden. Sie müssen von Anfang an in die Struktur eingebaut werden, wenn sie genutzt werden sollen. Das betrifft die Art des überlassenen Rechts, die Arbeitnehmergruppe, die Bewertung, den Zeitpunkt der Überlassung, die Dokumentation und die spätere Lohnabrechnung.

8. Abgrenzung zur stillen Gesellschaft und zur echten GmbH-Beteiligung

Die in Teil 2 behandelten Instrumente grenzen sich einerseits von der stillen Gesellschaft und andererseits von der echten GmbH-Beteiligung ab. Die stille Gesellschaft ist im HGB gesetzlich geregelt. Wer sich als stiller Gesellschafter an dem Handelsgewerbe eines anderen mit einer Vermögenseinlage beteiligt, erwirbt eine besondere Innengesellschaftsposition. Je nach Ausgestaltung kann die stille Beteiligung typisch oder atypisch ausgestaltet sein und steuerlich unterschiedliche Folgen haben.[Fn. 10]

Ein Genussrecht oder partiarisches Darlehen kann wirtschaftlich einer stillen Gesellschaft nahekommen, ohne gesellschaftsrechtlich stille Gesellschaft zu sein. Entscheidend sind gemeinsame Zweckverfolgung, Mitunternehmerisiko, Mitunternehmerinitiative, Verlustteilnahme und Beteiligung an stillen Reserven. Je mehr ein Mitarbeiter nicht nur Kapitalgeber, sondern wirtschaftlich Mitunternehmer wird, desto weiter entfernt sich das Modell von der einfachen schuldrechtlichen Finanzierung.

Die echte GmbH-Beteiligung ist demgegenüber Mitgliedschaft. Sie vermittelt Anteil am Stammkapital, Gesellschafterstellung, grundsätzliche Mitwirkungsrechte und eine gesellschaftsrechtliche Rechtsposition. Ihre Übertragung ist formbedürftig. Sie kann steuerlich Arbeitslohn auslösen, wenn der Mitarbeiter sie verbilligt wegen seines Dienstverhältnisses erwirbt, sie kann aber auch eine eigenständige Kapitalanlage oder Teil einer Unternehmensnachfolge sein. Die BFH-Rechtsprechung zeigt, dass nicht jede Anteilsübertragung an Mitarbeiter automatisch Arbeitslohn ist; der Veranlassungszusammenhang muss konkret festgestellt werden.[Fn. 11]

Für die Systematik der Artikelserie bedeutet das: Teil 2 behandelt die Beteiligung ohne Mitgliedschaft. Teil 3 wird die stille Gesellschaft, die Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaft, Treuhandstrukturen und echte Beteiligungen vertiefen. Die Grenze zwischen den Teilen ist nicht immer scharf, aber sie ist für die Gestaltung wichtig. Wer Mitgliedschaft vermeiden will, muss im Vertrag konsequent auf schuldrechtliche Ansprüche beschränkt bleiben. Wer echte unternehmerische Teilhabe will, muss die gesellschaftsrechtlichen Folgen akzeptieren.

9. Besonderheiten bei GmbH, Einzelunternehmen und Fremdgeschäftsführern

Bei der GmbH ist die Trennung zwischen Gesellschaftsvermögen, Gesellschaftern und Mitarbeitern besonders deutlich. Das erleichtert schuldrechtliche Programme, weil die GmbH selbst Vertragspartnerin des Mitarbeiters sein kann. Zugleich müssen die Gesellschafter erkennen, dass solche Programme wirtschaftlich in ihre Beteiligung eingreifen können. Ein VSOP, das bei Exit zehn Prozent des Wertzuwachses an Mitarbeiter verteilt, verändert zwar nicht die Gesellschafterliste, aber die wirtschaftliche Kaufpreisverteilung.

Bei inhabergeführten GmbHs kommt hinzu, dass Programme für Fremdgeschäftsführer und leitende Arbeitnehmer häufig eine Nachfolge- oder Bindungsfunktion haben. Der Fremdgeschäftsführer ist Organ der Gesellschaft, steuerlich aber häufig Arbeitnehmer. Er kann deshalb sowohl Adressat lohnsteuerlicher Regeln als auch Schlüsselperson für Unternehmenswert und Nachfolge sein. Gerade bei ihm muss sauber dokumentiert werden, ob eine Leistung für die Geschäftsführertätigkeit oder eine eigenständige Kapitalanlage vorliegt.

Beim Einzelunternehmen sind echte gesellschaftsrechtliche Beteiligungen schwieriger, weil es keine GmbH-Anteile gibt. Schuldrechtliche Modelle wie Darlehen, Gewinnbeteiligungen, Genussrechte oder virtuelle Beteiligungen können dennoch vereinbart werden. Bei Genussrechten und stillen Beteiligungen ist aber besonders sorgfältig zu prüfen, ob der Mitarbeiter weiterhin nur Gläubiger ist oder ob er in eine gesellschaftsrechtlich und steuerlich relevante Mitunternehmerstellung hineinwächst.

Bilanzrechtlich sind GmbH und Einzelunternehmen ebenfalls unterschiedlich zu betrachten. Die GmbH ist kraft Rechtsform buchführungs- und bilanzierungspflichtig. Beim Einzelunternehmen hängt die Rechnungslegung von handels- und steuerrechtlichen Schwellen sowie der Kaufmannseigenschaft ab. Ein Beteiligungsprogramm sollte deshalb nicht losgelöst von der Rechnungslegung des konkreten Unternehmens entworfen werden.

Sozialversicherungsrechtlich ist bei Fremdgeschäftsführern gesondert zu prüfen, ob eine abhängige Beschäftigung vorliegt. Bei sonstigen Arbeitnehmern ist die Beschäftigung regelmässig unproblematisch. Die Einordnung der Beteiligungsleistung als Arbeitsentgelt ist dann eine eigenständige Frage, die mit der steuerlichen Behandlung abgestimmt, aber nicht blind gleichgesetzt werden sollte.

10. Kapitalmarktrechtliche und aufsichtsrechtliche Grenzen bei breiter Ausgabe

Bei Mitarbeiterdarlehen, partiarischen Darlehen, Genussrechten und sonstigen renditebezogenen Beteiligungen stellt sich neben Zivilrecht, Steuerrecht und Bilanzrecht eine weitere Frage: Wird das Unternehmen nicht nur gegenüber einzelnen Schlüsselpersonen, sondern gegenüber einer grösseren Zahl von Arbeitnehmern als Kapitalnehmer tätig, können kapitalmarktrechtliche Informations- und Prospektfragen entstehen. Dieser Gesichtspunkt wird in der Praxis häufig übersehen, weil das Programm intern und nicht öffentlich wirken soll.

Das Vermögensanlagegesetz erfasst unter anderem partiarische Darlehen, Nachrangdarlehen und Genussrechte. Damit ist nicht gesagt, dass jedes interne Mitarbeiterprogramm vollständig prospektpflichtig wäre. Das Gesetz enthält Ausnahmen, unter anderem für bestimmte Vermögensanlagen, die nur einem begrenzten Personenkreis oder nur Arbeitnehmern angeboten werden. Gerade daraus folgt aber, dass die Frage geprüft werden muss. Die blosse Bezeichnung als internes Beteiligungsprogramm ersetzt keine aufsichtsrechtliche Einordnung.[Fn. 12]

Für inhabergeführte GmbHs ist diese Prüfung besonders wichtig, wenn ein Programm nicht nur zwei oder drei Führungskräfte, sondern eine grössere Zahl von Beschäftigten erfassen soll. Je mehr das Programm standardisiert, beworben und auf Kapitalaufnahme angelegt ist, desto eher nähert es sich einer Vermögensanlage. Je individueller es auf einzelne Leistungsträger zugeschnitten ist, desto eher bleibt es im Bereich der arbeits- und gesellschaftsrechtlichen Individualgestaltung. Die Grenze ist nicht rein zahlenmässig, sondern hängt von Struktur, Vertrieb, Adressatenkreis und wirtschaftlichem Inhalt ab.

Kapitalmarktrechtliche Fragen sind auch deshalb relevant, weil sie die Dokumentationsqualität beeinflussen. Ein Unternehmen, das Mitarbeitern eine Kapitalanlage anbietet, muss die Risiken klar beschreiben. Dazu gehören Nachrang, fehlende Besicherung, Insolvenzrisiko, eingeschränkte Handelbarkeit, Verlustteilnahme und die Abhängigkeit von künftigen Unternehmensgewinnen. Was steuerlich als ernsthafte Kapitalanlage helfen kann, muss zivilrechtlich und informationsrechtlich transparent erklärt werden.

Von besonderer Bedeutung sind Nachrangdarlehen. Sie können in der Unternehmensfinanzierung hilfreich sein, weil sie die Rückzahlung hinter andere Gläubiger zurückstellen. Für Arbeitnehmer sind sie aber risikoreich. Der Mitarbeiter ist nicht nur Arbeitnehmer, sondern zugleich Kapitalgeber eines wirtschaftlich vom Arbeitgeber abhängigen Unternehmens. Aus Sicht des Arbeitgebers muss deshalb vermieden werden, dass der Eindruck einer sicheren Anlage entsteht, obwohl tatsächlich ein Ausfallrisiko besteht.

Auch für die Lohnsteuer kann die kapitalmarktrechtliche Struktur mittelbar Bedeutung haben. Je professioneller das Programm als Kapitalanlage dokumentiert, bewertet und tatsächlich durchgeführt wird, desto eher lässt sich vertreten, dass laufende Erträge nicht Arbeitslohn, sondern Kapitaleinkünfte sind. Diese

Folgerung ist nicht automatisch, aber die Dokumentation der Kapitalanlage stärkt die steuerliche Argumentation. Umgekehrt spricht eine rein personalpolitische Kommunikation für eine arbeitslohnnahe Einordnung.

Beim VSOP stellen sich diese aufsichtsrechtlichen Fragen meist anders. Weil der Mitarbeiter regelmässig kein Kapital einzahlt, sondern einen bedingten Zahlungsanspruch als Vergütungskomponente erhält, steht nicht die Kapitalaufnahme durch das Unternehmen im Vordergrund. Dennoch können Informationspflichten aus Arbeitsrecht, AGB-Recht und allgemeinem Vertragsrecht entstehen. Auch hier muss der Mitarbeiter verstehen, dass er keine echte Aktie, keinen GmbH-Anteil und kein frei veräusserliches Vermögensrecht erwirbt.

Für die Gestaltung bedeutet dies: Je breiter ein schuldrechtliches oder kapitalbezogenes Beteiligungsmodell ausgerollt wird, desto früher müssen neben Steuerberater und Gesellschaftsrechtler auch kapitalmarktrechtliche und aufsichtsrechtliche Fragen mitgedacht werden. Ein Modell, das für drei leitende Mitarbeiter unproblematisch wirkt, kann bei hundert Arbeitnehmern eine andere rechtliche Qualität gewinnen.

Dieser Artikel kann die kapitalmarktrechtlichen Fragen nur in Grundzügen ansprechen. Für die Systematik der Mitarbeiterbeteiligung ist jedoch wichtig: Die arbeitsrechtliche Binnenperspektive des Unternehmens ist nicht immer die einzige Perspektive. Sobald Mitarbeiter Kapital geben oder ein standardisiertes renditebezogenes Instrument erwerben, tritt eine Anlegerperspektive hinzu.

11. Dokumentation, Bewertung und laufende Administration

Ein Beteiligungsmodell ist nicht mit der Vertragsunterzeichnung abgeschlossen. Gerade schuldrechtliche und virtulle Programme müssen laufend administriert werden. Es braucht Register über Zuteilungen, Vesting-Stände, Einlagen, Rückzahlungen, Wertfortschreibungen, Leaver-Fälle, Änderungen des Programms und steuerliche Behandlung. Fehlt diese Administration, verliert das Modell seine Prüfungsfestigkeit.

Bei Mitarbeiterdarlehen ist die Administration scheinbar einfach. Dennoch müssen Auszahlungen, Zinsläufe, Kapitalertragsteuerfragen, Tilgungen, Stundungen und Rangverhältnisse nachvollziehbar dokumentiert werden. Wird ein Darlehen verlängert, gekündigt oder teilweise erlassen, entstehen neue steuerliche Fragen. Bei einem Forderungsverzicht des Mitarbeiters kann das Unternehmen einen Ertrag erzielen; bei einem Forderungsausfall stellt sich beim Mitarbeiter die Frage der steuerlichen Berücksichtigung nach den allgemeinen Regeln für Kapitalforderungen.

Bei Genussrechten ist die Dokumentation noch wichtiger. Die Gesellschaft muss festhalten, wer Inhaber des Genussrechts ist, welche Einlage geleistet wurde, welche Vergütung berechnet wurde und ob Verlustteilnahme oder Nachrang eingreifen. Wird die Vergütung jedes Jahr neu nach freiem Ermessen festgelegt, wirkt das Instrument weniger wie eine Kapitalanlage und mehr wie ein Bonus. Wird sie dagegen anhand vertraglicher Regeln berechnet, ist die steuerliche und bilanzielle Behandlung nachvollziehbarer.

Bei VSOP-Programmen ist ein virtuelles Beteiligungsregister sinnvoll. Es ersetzt keine Gesellschafterliste, hat aber für die Vertragsabwicklung eine ähnliche Ordnungsfunktion. Es sollte Zuteilungen, unverfallbare und verfallbare Einheiten, Verwässerungsanpassungen, ausgeschiedene Teilnehmer und potenzielle Zahlungen im Exit-Fall abbilden. Ohne ein solches Register ist der Streit im Verkaufsprozess nahezu vorprogrammiert.

Die Bewertung muss in allen Programmen konsistent sein. Wird bei der Zuteilung ein Unternehmenswert zugrunde gelegt, bei der Rücknahme ein anderer und bei der Exit-Zahlung ein dritter, braucht es eine vertragliche Begründung. Bewertung ist nicht nur Mathematik, sondern Rechtsanwendung. Sie bestimmt, ob ein geldwerter Vorteil entsteht, ob eine Rückstellung zu bilden ist und ob Mitarbeiter gleichbehandelt werden.

Für die Lohnabrechnung ist frühzeitig festzulegen, wer im Unternehmen die steuerlichen Daten liefert. Der Steuerberater kann nur abrechnen, was vertraglich und rechnerisch bestimmt ist. Bei Exit-Zahlungen müssen Lohnsteuer, Sozialversicherung, Fünftelregelungsfragen, Kirchensteuer, Solidaritätszuschlag und gegebenenfalls internationale Sachverhalte rechtzeitig vor Closing geklärt werden. Andernfalls wird die Beteiligungszahlung zum Abwicklungsproblem im ohnehin angespannten Transaktionszeitplan.

Auch die Kommunikation mit Mitarbeitern gehört zur Administration. Ein Mitarbeiter, der ein Genussrecht zeichnet, muss andere Informationen erhalten als ein Mitarbeiter, der virtuelle Anteile bekommt. Beim Genussrecht geht es um Kapitalrisiko; beim VSOP geht es um Bedingungen eines arbeitsbezogenen Zahlungsanspruchs. Unklare Kommunikation kann zu falschen Erwartungen führen und im Streitfall gegen das Unternehmen verwendet werden.

Eine gute Dokumentation hat schliesslich Beweisfunktion. In Betriebsprüfungen, Lohnsteuerausserprüfungen, Jahresabschlussprüfungen, Due-Diligence-Prozessen und arbeitsgerichtlichen Verfahren muss das Unternehmen zeigen können, was vereinbart, wie es berechnet und wie es durchgeführt wurde. Gerade deshalb sollten rechtliche, steuerliche und bilanzielle Überlegungen nicht nachträglich als Memo neben den Vertrag gelegt, sondern im Vertrag und in der Programmadministration abgebildet werden.

12. Vertragsklauseln: Bewertungsregeln, Vesting, Leaver und Exit

Jedes in Teil 2 behandelte Modell benötigt klare Vertragsklauseln. Beim Darlehen stehen Rückzahlung, Verzinsung, Laufzeit und Rang im Vordergrund. Beim Genussrecht sind Einlage, Vergütung, Verlustteilnahme, Nachrang und Kündigung entscheidend. Beim VSOP kommen Bewertungsformel, Vesting, Leaver, Exit, Verwässerung und Fälligkeit hinzu. Beim Wandelrecht müssen Wandlungspreis, Wandlungsereignis und gesellschaftsrechtlicher Vollzug geregelt werden.

Die Bewertungsregel ist der Kern vieler Streitigkeiten. Ein Programm, das auf den Unternehmenswert abstellt, muss sagen, wie dieser Wert ermittelt wird. Denkbar sind EBITDA-Multiples, IDW-S1-nahe Bewertungen, Kaufpreis im Drittverkauf, Eigenkapitalwert nach Finanzierungsrunde oder eine vertragliche Formel. Jede Methode hat Vor- und Nachteile. Je näher die Beteiligung am Exit orientiert ist, desto eher kann der tatsächliche Verkaufspreis als Referenz dienen. Je weiter der Anspruch vom Exit entfernt ist, desto wichtiger wird ein eigenständiges Bewertungsverfahren.

Vesting regelt, wann der Mitarbeiter die wirtschaftliche Position verdient. Es ist nicht nur betriebswirtschaftlich, sondern arbeitsrechtlich relevant. Noch nicht erdiente Anwartschaften können leichter entfallen als bereits erdiente Ansprüche. Good-Leaver- und Bad-Leaver-Regeln müssen deshalb differenzieren. Eine pauschale Verfallklausel für alle Fälle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist riskant, insbesondere wenn der Mitarbeiter bereits über Jahre zur Wertsteigerung beigetragen hat.

Exit-Klauseln müssen definieren, welche Transaktionen erfasst sind. Ein Share Deal, Asset Deal, Verschmelzung, Formwechsel, Verkauf wesentlicher Wirtschaftsgüter oder Börsengang können wirtschaftlich vergleichbar sein, rechtlich aber unterschiedlich wirken. Wird nur der Share Deal erfasst, kann ein Asset Deal den Mitarbeiteranspruch leer laufen lassen. Wird jeder Strukturvorgang erfasst, kann das Unternehmen bei Umstrukturierungen blockiert werden. Die Klausel muss daher zur Unternehmensstrategie passen.

Auch steuerliche Klauseln sind wichtig. Der Vertrag sollte nicht versprechen, dass eine bestimmte Steuerfolge sicher eintritt, wenn diese von der Finanzverwaltung oder Rechtsprechung abhängt. Sinnvoll sind Regelungen zur Lohnsteuerabwicklung, zum Einbehalt von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen, zur

Mitwirkung bei Bewertungen und zur Behandlung von Netto- oder Bruttobeträgen. Gerade bei internationalen Mitarbeitern oder Wegzug kann zusätzlicher Regelungsbedarf entstehen, der in dieser national ausgerichteten Artikelserie nur angedeutet werden kann.

13. Typische Fehler in der Gestaltung und Betriebsprüfung

Ein erster Fehler ist die Vermischung von Begriffen. Viele Programme nennen sich Beteiligung, obwohl sie Bonus sind. Andere nennen sich Darlehen, obwohl sie keinen echten Rückzahlungsanspruch haben. Wieder andere nennen sich Genussrecht, obwohl der Mitarbeiter kein Kapital einlegt und nur bei guter Arbeitsleistung eine Zahlung erhalten soll. Diese Unklarheit fällt spätestens in der Lohnsteueraußenprüfung, Betriebsprüfung oder im arbeitsgerichtlichen Streit auf.

Ein zweiter Fehler ist die fehlende tatsächliche Durchführung. Ein Genussrecht, das steuerlich als Kapitalanlage behandelt werden soll, muss auch so gelebt werden. Einlage, Buchung, Abrechnung, Vergütung, Informationsgrundlagen und Rückzahlung müssen zur Vereinbarung passen. Wird jahrelang nur nach Gutdünken gezahlt, kann die schönste Vertragsurkunde die steuerliche Qualifikation nicht retten.

Ein dritter Fehler liegt in der fehlenden Abstimmung mit der Bilanz. VSOP-Programme werden manchmal eingeführt, ohne dass die Buchhaltung über Rückstellungsfragen informiert wird. Im Verkaufsprozess tauchen dann plötzlich erhebliche Verpflichtungen auf. Ebenso können Genussrechte als vermeintlich schlanke Beteiligung erscheinen, aber die Kapitalstruktur und Covenants beeinflussen. Ein Beteiligungsprogramm ist deshalb kein reines HR-Instrument.

Ein vierter Fehler ist die fehlende Abstimmung mit den Gesellschaftern. Bei der GmbH müssen die Gesellschafter verstehen, welche wirtschaftlichen Ansprüche sie durch ein Programm zulassen. Auch wenn keine echten Anteile übertragen werden, können virtuelle Beteiligungen den Exit-Erlös mindern. Werden Programme ohne Gesellschafterbeschluss oder ausserhalb der Kompetenzordnung eingeführt, drohen interne Streitigkeiten.

Ein fünfter Fehler besteht darin, § 3 Nr. 39 EStG und § 19a EStG als allgemeine Lösung für Mitarbeiterbeteiligungen zu verstehen. Die Vorschriften sind wichtig, aber nicht beliebig. Wer nur einen schuldrechtlichen Zahlungsanspruch ausgibt, kann nicht automatisch die steuerliche Behandlung echter Vermögensbeteiligungen beanspruchen. Umgekehrt sollte bei echter Anteilsübertragung geprüft werden, ob die Vorschriften genutzt werden können.

14. Gestaltungsleitlinien für Unternehmer und Steuerberater

Die Auswahl des passenden Instruments sollte nicht mit der Frage beginnen, welches Modell steuerlich am attraktivsten klingt. Zuerst ist zu klären, was wirtschaftlich gewollt ist. Soll der Mitarbeiter Kapital geben? Soll er am Gewinn beteiligt werden? Soll er an der Wertsteigerung partizipieren? Soll er beim Exit mitverdienen? Soll er später Gesellschafter werden? Jede Antwort führt zu einem anderen Instrument.

Ist Kapitalüberlassung gewollt, kommen Mitarbeiterdarlehen, partiarische Darlehen oder Genussrechte in Betracht. Ist nur Motivation ohne Kapitalrisiko gewollt, sind Bonus, Gewinnbeteiligung oder VSOP naheliegender. Ist später ein echter Gesellschaftereintritt gewollt, müssen GmbH-Recht, notarielle Form, Bewertung und § 19a EStG frühzeitig eingeplant werden. Wer diese Weichenstellung überspringt, landet häufig in hybriden Modellen, die niemand rechtssicher einordnen kann.

Für Steuerberater ist entscheidend, die Lohnsteuer, Kapitalertragsteuer, Betriebsausgaben, Rückstellungen und Sozialversicherung nicht getrennt von der Vertragsgestaltung zu betrachten. Die steuerliche Behandlung

folgt aus dem Recht, das tatsächlich begründet wird. Deshalb sollte der Vertrag nicht erst nach Fertigstellung steuerlich gegengelesen werden; die steuerliche Struktur muss in die Vertragsarchitektur integriert werden.

Für Unternehmer ist die Kommunikationsfrage ebenso wichtig. Mitarbeiter sollten verstehen, was sie erhalten und was nicht. Eine virtuelle Beteiligung ist keine Gesellschafterstellung. Ein Genussrecht ist nicht notwendig eine Mitspracheposition. Ein Darlehen ist eine Kapitalanlage mit Rückzahlungsrisiko. Überzogene Versprechungen schaffen Enttäuschungen und Streit. Klare Sprache ist deshalb Teil der rechtlichen Gestaltung.

Für inhabergeführte GmbHs ist schliesslich die Nachfolgeperspektive mitzudenken. Schuldrechtliche Beteiligungen können Brückenlösungen sein, bevor ein Mitarbeiter oder Fremdgeschäftsführer später echte Anteile erwirbt. Sie können aber auch bewusst dauerhaft unterhalb der Gesellschafterebene bleiben. Beide Wege sind legitim. Entscheidend ist, dass die gewählte Struktur nicht zufällig entsteht, sondern dem Nachfolge-, Finanzierungs- und Bindungskonzept entspricht.

15. Beispielhafte Gestaltungsvarianten in der mittelständischen Praxis

Ein erstes Beispiel ist die inhabergeführte GmbH, die zwei leitende Arbeitnehmer an einen späteren Verkaufserlös binden will. Eine echte Anteilsübertragung ist nicht gewünscht, weil der Gesellschafterkreis familiär bleiben soll. In dieser Konstellation ist ein VSOP häufig naheliegend. Zivilrechtlich wird kein Anteil übertragen; steuerlich ist die spätere Zahlung regelmässig als Arbeitslohn zu behandeln; bilanziell ist die Rückstellungsfrage zu beobachten. Der Vorteil des Modells liegt in der Klarheit, wenn der Vertrag offen als schuldrechtliche Exit-Beteiligung formuliert wird.

Ein zweites Beispiel ist eine GmbH, die von mehreren langjährigen Mitarbeitern Kapital aufnehmen will, ohne Bankfinanzierung auszuweiten. Wird ein fest verzinsliches Mitarbeiterdarlehen gewählt, stehen Darlehensvertrag, Fremdüblichkeit der Verzinsung, Rückzahlung und Bilanzierung als Verbindlichkeit im Mittelpunkt. Wird die Vergütung dagegen gewinnabhängig ausgestaltet, nähert sich das Modell einem partiarischen Darlehen oder Genussrecht. Dann treten steuerliche Abgrenzungsfragen und mögliche Vermögensanlagenfragen hinzu.

Ein drittes Beispiel betrifft einen Fremdgeschäftsführer, der perspektivisch in die Gesellschafterstellung hineinwachsen soll. Ein reines VSOP kann für die Übergangszeit sinnvoll sein, wenn noch nicht feststeht, ob ein Anteilserwerb erfolgen soll. Soll dagegen bereits ein verbindliches Recht auf späteren Erwerb eines GmbH-Anteils entstehen, muss die notarielle Form des § 15 GmbHG von Anfang an beachtet werden. Steuerlich ist bei einem späteren verbilligten Erwerb die Arbeitslohnfrage zu prüfen; § 19a EStG kann nur dann helfen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen tatsächlich erfüllt sind.

Ein viertes Beispiel ist ein Einzelunternehmen, das einem Schlüsselmitarbeiter eine Beteiligung am Ergebnis verspricht. Da es keine GmbH-Anteile gibt, kommen echte Kapitalgesellschaftsbeteiligungen nicht in Betracht. Ein Gewinnbonus, ein Genussrecht, ein partiarisches Darlehen oder eine stille Beteiligung können Alternativen sein. Die steuerliche Einordnung hängt davon ab, ob Arbeitslohn, Kapitalertrag oder unternehmerische Beteiligung vorliegt. Gerade beim Einzelunternehmen ist die Grenze zur stillen Gesellschaft sorgfältig zu ziehen.

Ein fünftes Beispiel ist eine wachstumsorientierte GmbH, die einheitliche virtuelle Beteiligungen für eine grössere Mitarbeitergruppe einführen will. Hier reicht ein kurzer Geschäftsführerbeschluss nicht aus. Das Programm braucht transparente Bedingungen, ein virtuelles Register, Bewertungsregeln, Leaver-Klauseln, lohnsteuerliche Abwicklung und bilanzielle Begleitung. Je standardisierter das Programm wird, desto eher müssen AGB-Recht und Gleichbehandlungsfragen beachtet werden.

Ein sechstes Beispiel betrifft ein Unternehmen, das Genussrechte an ausgewählte Mitarbeiter ausgeben will und zugleich steuerlich Kapitaleinkünfte erreichen möchte. Dann muss das Genussrecht eine eigenständige Kapitalanlage sein. Eine echte Einlage, eine nachvollziehbare Renditeformel, eine vom Arbeitsverhältnis nicht beliebig abhängige Verwertung und eine tatsächliche Durchführung sind wichtiger als die Bezeichnung. Wird das Genussrecht bei jeder Kündigung nach arbeitsrechtlichen Kriterien entwertet, kann die steuerliche Argumentation als Kapitalanlage erheblich geschwächt werden.

Diese Beispiele zeigen, dass die Auswahlentscheidung nicht abstrakt, sondern fallbezogen getroffen werden muss. Dasselbe wirtschaftliche Ziel - Bindung eines Mitarbeiters - kann über Bonus, Darlehen, Genussrecht, VSOP oder echte Beteiligung verfolgt werden. Die rechtlichen und steuerlichen Folgen sind jedoch unterschiedlich. Eine gute Gestaltung beginnt deshalb nicht mit einem Mustervertrag, sondern mit einer klaren Entscheidung über Rechtsnatur, Risiko, Kapital, Beteiligungsziel und Exit-Logik.

16. Zwischenergebnis und Ausblick auf Teil 3

Teil 2 zeigt, dass wirtschaftliche Mitarbeiterbeteiligung ohne Gesellschafterstellung viele Formen annehmen kann. Mitarbeiterdarlehen, partiarische Darlehen, Genussrechte, VSOP-Programme, Phantom Shares und Wandelrechte sind keine Varianten desselben Modells, sondern eigenständige Rechtsinstrumente. Sie unterscheiden sich in Rechtsnatur, Steuerfolge, Bilanzwirkung, Sozialversicherung und Konfliktpotenzial.

Die zentrale Gestaltungsfrage lautet nicht, welches Schlagwort modern klingt, sondern ob Arbeitsvergütung, Kapitalanlage, Gewinnpartizipation, Exit-Beteiligung oder späterer Anteilsverkauf gewollt ist. Erst danach kann entschieden werden, ob das Instrument zivilrechtlich tragfähig, steuerlich plausibel, bilanziell beherrschbar und für Mitarbeiter verständlich ist.

Der dritte Teil der Artikelserie wird die Schwelle zur gesellschaftsrechtlichen Beteiligung überschreiten. Dort geht es um echte GmbH-Beteiligungen, stille Gesellschaften, Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaften und Treuhandstrukturen. Diese Modelle vermitteln dem Mitarbeiter nicht nur einen schuldrechtlichen Zahlungsanspruch, sondern können ihn in die gesellschaftsrechtliche Struktur des Unternehmens einbeziehen. Damit steigen Gestaltungstiefe, Steuerfolgen und Konfliktpotenzial erheblich.

Die Einführung schuldrechtlicher oder virtueller Beteiligungsmodelle sollte im Einzelfall rechtlich und steuerlich abgestimmt werden. Besonders bei GmbHs und wachstumsorientierten Unternehmen entscheidet die saubere Strukturierung darüber, ob das Modell Mitarbeiter bindet oder später zu Lohnsteuer-, Bilanz- und Gesellschafterstreitigkeiten führt.

Endnoten

- [1] Vgl. §§ 305 ff., 488 ff. BGB; für arbeitsvertragliche und vorformulierte Beteiligungsbedingungen ist die AGB-Kontrolle regelmässig mitzudenken.
- [2] § 15 GmbHG zur Übertragung von Geschäftsanteilen und zur notariellen Form der Abtretungsverpflichtung; § 16 GmbHG zur Legitimationswirkung der Gesellschafterliste.
- [3] § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG; § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG; BFH, Urteil vom 21.10.2014 - VIII R 44/11; BFH, Urteil vom 21.10.2025 - VIII R 14/23.
- [4] § 249 Abs. 1 HGB zu Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten; §§ 246, 247, 253 HGB zu Ansatz und Bewertung von Vermögensgegenständen, Schulden und Rückstellungen.
- [5] BFH, Urteil vom 21.10.2014 - VIII R 44/11; BFH, Urteil vom 05.11.2013 - VIII R 20/11; BFH, Urteil vom 21.10.2025 - VIII R 14/23, zur Abgrenzung von Kapitaleinkünften und Arbeitslohn bei Arbeitnehmer-Genussrechten.
- [6] § 14 SGB IV zum Begriff des Arbeitsentgelts; § 23a SGB IV zu einmalig gezahltem Arbeitsentgelt; § 1 SvEV zu dem Arbeitsentgelt nicht zuzurechnenden Zuwendungen.
- [7] § 221 AktG zu Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen; § 192 AktG zum bedingten Kapital.
- [8] BFH, Urteil vom 15.03.2018 - VI R 8/16; BFH, Beschluss vom 26.06.2014 - VI R 94/13; BFH, Urteil vom 14.12.2023 - VI R 1/21, zur lohnsteuerlichen Einordnung von Vorteilen aus Beteiligungserwerben.
- [9] § 3 Nr. 39 EStG; § 19a EStG; BMF, Lohnsteuer-Handbuch 2025, Anhang 29a - Vermögensbeteiligungen; BMF-Schreiben vom 01.06.2024 - IV C 5 - S 2347/24/10001 :001.
- [10] §§ 230 ff. HGB zur stillen Gesellschaft.
- [11] BFH, Urteil vom 20.11.2024 - VI R 21/22, wonach die schenkweise Übertragung von Geschäftsanteilen auf leitende Mitarbeiter zur Sicherung der Unternehmensnachfolge nicht ohne Weiteres zu Arbeitslohn führt.
- [12] § 1 Abs. 2 VermAnlG nennt unter anderem partiarische Darlehen, Nachrangdarlehen und Genussrechte; § 2 VermAnlG enthält Ausnahmen für einzelne Arten von Vermögensanlagen, unter anderem bei Angeboten an begrenzte Personenkreise beziehungsweise Arbeitnehmer.