

**Gutachten des Deutschen Notarinstituts**

**Abruf-Nr.:** 194434

**letzte Aktualisierung:** 02. Juni 2023

**AktG §§ 292 Abs. 1 Nr. 2, 295, 293, 294 Abs. 1 S. 1 HS. 2, 293a Abs. 3, 293b Abs. 2; HGB §§ 230 ff.**

**Stille Beteiligung als Teilgewinnabführungsvertrag; Mitarbeiterbeteiligungsprogramm; Zustimmungsbeschluss im Hinblick auf künftige Vertragsschlüsse und Vertragsänderungen; Berichtspflicht des Vorstands; Prüfungspflicht; Sammelbezeichnung bei der Anmeldung**

**I. Sachverhalt**

Eine nichtbörsennotierte AG will ein Mitarbeiterbeteiligungsprogramm auf Grundlage stiller Beteiligungsverträge einführen.

Das Grundkapital der Aktiengesellschaft beträgt 75.000 €, drei Aktionäre sind daran zu gleichen Teilen beteiligt. Die Gesellschaft hat keine Tochtergesellschaften oder Beteiligungen an anderen Unternehmen. Sie verfügt derzeit über ca. 150 Arbeitnehmer. Berechtig zur Teilnahme am Mitarbeiterbeteiligungsprogramm soll jeder derzeitige sowie jeder während der Laufzeit des Programms hinzukommende Arbeitnehmer der Gesellschaft sein, sobald er mindestens sechs Monate bei der AG beschäftigt ist. Konkret soll ihm von der AG der Abschluss eines Vertrags über eine typisch stille Gesellschaft i. S. d. §§ 230 ff. HGB angeboten werden. Das Programm soll 2024 starten und eine Laufzeit von bis zu fünf Jahren haben. Die Einlagen, die jeder Arbeitnehmer während der Laufzeit des Programms einmal jährlich zeichnen kann, belaufen sich nach seiner Wahl auf einen Betrag zwischen 100 € und 5.000 €, davon sind 1.440 € jährlich steuerbefreit (§ 3 Nr. 39 EStG). Die Einlage kann während der Laufzeit des Mitarbeiterbeteiligungsprogramms im vorgenannten Umfang jährlich erhöht werden. Der Höchstbetrag der Einlage eines Arbeitnehmers beläuft sich auf 15.000 €.

Zur vereinfachten Handhabung ist vorgesehen, dass der Erstabschluss der stillen Beteiligung (Ersteinlage), eine etwaige Erhöhung oder Reduzierung der Einlage oder die Beendigung der Gesamteinlage jährlich nur zu einem bestimmten Stichtag erfolgen kann. Jede jährlich gezeichnete Tranche soll eine Mindestlaufzeit von drei Jahren haben. Am Unternehmenserfolg sind die Arbeitnehmer durch eine Verzinsung ihrer Einlage beteiligt, deren Höhe sich auf Grundlage einer festgelegten Zinsstaffel nach dem Unternehmensergebnis laut Jahresabschluss der Gesellschaft richtet; die Zinsen werden jährlich zu einem bestimmten Stichtag ausbezahlt. Im Falle eines negativen wirtschaftlichen Ergebnisses der Gesellschaft sind die Arbeitnehmer am Verlust dadurch beteiligt, dass der Nennwert ihrer Beteiligung durch eine vorab festgelegte negative Verzinsung reduziert wird.

## II. Fragen

1. Kann das Mitarbeiterbeteiligungsprogramm mit einer Laufzeit von bis zu fünf Jahren auf Grundlage eines einzigen vorab zu fassenden Hauptversammlungsbeschlusses verabschiedet werden oder ist jährlich nach Maßgabe der zwischenzeitlich neu hinzugekommenen, erhöhten, reduzierten oder beendeten stillen Beteiligungen ein neuer Zustimmungsbeschluss der Hauptversammlung der Gesellschaft gem. § 293 Abs. 1 AktG zu fassen?
2. Genügt für den Verzicht auf den Bericht über den Unternehmensvertrag gem. § 293a Abs. 3 AktG und für den Verzicht auf die Prüfung des Unternehmensvertrages gem. § 293b Abs. 2 AktG der Verzicht der Aktionäre der AG oder müssen darüber hinaus auch die teilnehmenden Arbeitnehmer verzichten?
3. Deckt es die Erleichterung des § 294 Abs. 1 HS. 2 AktG ab, dass unter der Sammelbezeichnung „Mitarbeiterbeteiligungsprogramm 2024“ nicht die Namen der teilnehmenden Arbeitnehmer, sondern diesen zugeordnete Kennziffern zum Handelsregister angemeldet und eingetragen werden? Gilt dies auch für Veränderungen im Sinne der 1. Frage?

## III. Zur Rechtslage

**Vorabhinweis:** Das DNotI darf nach seinen Leistungsgrundsätzen nicht vertragsgestaltend beraten. Die folgenden Ausführungen verstehen sich daher nicht als Prüfung des skizzierten Vertragsentwurfs, sondern beantworten lediglich die zugrunde liegenden Rechtsfragen.

### 1. Einordnung der stillen Beteiligung an einer AG

Gem. **§ 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG** zählt zu den Unternehmensverträgen ein Vertrag, durch den sich eine AG verpflichtet, einen Teil ihres Gewinns oder den Gewinn einzelner ihrer Betriebe ganz oder zu einem Teil an einen anderen abzuführen. Der **Teilgewinnabführungsvertrag** ist damit ein Vertrag, der nur mit Zustimmung der Hauptversammlung des leistungserbringenden Teils abgeschlossen (§ 293 AktG) und geändert werden kann (§ 295 AktG) und dessen Abschluss und Änderung erst mit Eintragung im Handelsregister (§ 294 Abs. 2 AktG) wirksam werden. Nach h. M. stellt **auch die stille Gesellschaft (§§ 230 ff. HGB)** zwischen einer AG und einer anderen Person einen Teilgewinnabführungsvertrag dar (BGH NJW 2003, 3412; DStR 2006, 1292 Rn. 20; WM 2013, 26 Rn. 25; Koch, AktG, 17. Aufl. 2023, § 292 Rn. 15; Blaurock/Kauffeld, Handbuch Stille Gesellschaft, 9. Aufl. 2020, Rn. 8.18 ff.; Krieger, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, 5. Aufl. 2020, § 73 Rn. 18; s. auch Grigoleit/Servatius, AktG, 20. Aufl. 2020, § 292 Rn. 21 m. Verw. auf § 231 Abs. 2 HS. 2 HGB), sodass für sie die besonderen konzernrechtlichen Anforderungen gleichermaßen zu beachten sind.

Eine **Ausnahme** gilt gem. **§ 292 Abs. 2 AktG** indes für Verträge über eine Gewinnbeteiligung mit Vorstand, Aufsichtsrat oder einzelnen Arbeitnehmern der Gesellschaft oder für Abreden über eine Gewinnbeteiligung im Rahmen von Verträgen des laufenden Geschäftsverkehrs oder Lizenzverträgen.

Die erste Variante betrifft die üblichen **Tantiemevereinbarungen** (MünchKommAktG/Altmeppen, 5. Aufl. 2020, § 292 Rn. 78; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, § 292 AktG Rn. 34), wobei Vereinbarungen mit der gesamten Arbeitnehmerschaft nicht privilegiert sind (BeckOGK-AktG/Veil/Walla, Std.: 1.4.2023, § 292 Rn. 32), ebenso wenig solche zugunsten bestimmter Gruppen von

Arbeitnehmern (MünchKommAktG/Altmeppen, § 292 Rn. 79). Entscheidend soll sein, dass die Arbeitnehmer nicht nach individuellen Maßstäben, sondern anhand abstrakt-genereller Kriterien bestimmt werden (MünchKommAktG/Altmeppen, § 292 Rn. 79; Emmerich, § 292 AktG Rn. 34; GroßkommAktG/Mülberr, 4. Aufl. 2013, § 292 Rn. 108). Im vorliegenden Fall sollen einerseits echte stille Gesellschaften begründet werden, andererseits Verträge im Rahmen eines Beteiligungsprogramms, das generell *alle* Arbeitnehmer der Gesellschaft betrifft (wobei es nicht darauf ankommen sollte, dass jeweils einzelne Verträge mit jedem Arbeitnehmer geschlossen werden). Die erste Ausnahme des § 292 Abs. 2 AktG dürfte daher nicht eingreifen.

Die zweite Variante privilegiert u. a. **Gewinnabreden im Rahmen von Verträgen des laufenden Geschäftsverkehrs**. Darunter fällt nach wohl h. M. nicht der Abschluss stiller Gesellschaften (im Erg. wohl verneinend Blaurock/Kauffeld, Rn. 8.27 ff.; Koch, § 292 Rn. 28). Selbst wenn die Einräumung stiller Beteiligungen Bestandteil des statutarischen Unternehmensgegenstands ist, soll der nachfolgende Abschluss der einzelnen Verträge nicht zur Routinesache werden (Blaurock/Kauffeld, Rn. 8.28). Unseres Erachtens ist die Zuordnung zu den laufenden Geschäften gleichwohl nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn sich der Vertragsschluss im Rahmen des Mitarbeiterbeteiligungsprogramms tatsächlich als Standard- und „Massengeschäft“ darstellt, wenn er insbesondere kein Geschäft ist, das im Interesse der Kapitalbeschaffung steht oder in sonstiger Weise Bedeutung für die Finanzverfassung der Gesellschaft hat (vgl. zu diesem Kriterium Blaurock/Kauffeld, Rn. 8.27). Die h. M. geht aber wohl in eine andere Richtung. Vorsicht ist schon deshalb angezeigt, weil das Fehlen von Zustimmungsbeschluss und Registereintragung unmittelbar für die Wirksamkeit der stillen Gesellschaften relevant sein könnte.

## 2. „Vorabbeschluss“ im Hinblick auf künftige Vertragsschlüsse und Vertragsänderungen

Es ist zu bedenken, dass jede einzelne mit einem Arbeitnehmer abgeschlossene Gesellschaft einen Vertrag i. S. d. § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG darstellt. Alle Anforderungen sind folglich im Hinblick auf jeden Vertrag zu erfüllen. Das betrifft insbesondere das Erfordernis des Hauptversammlungsbeschlusses. Bei einer Vielzahl abzuschließender Gesellschaftsverträge lässt die Rechtsprechung jedoch eine Erleichterung dahingehend zu, dass über alle Verträge zusammen in einem **Sammelbeschlussverfahren** abgestimmt wird – soweit kein anwesender Aktionär gegen diese Verfahrensweise Einwände erhebt (BGH NJW 2003, 3412, 3413; Emmerich, § 292 AktG Rn. 29b; MünchKommAktG/Altmeppen, § 292 Rn. 65).

Inwieweit sich der Hauptversammlungsbeschluss auf den konkret abzuschließenden Vertrag beziehen muss, wird etwa im Zusammenhang mit der Einwilligung in den erst noch abzuschließenden Vertrag erörtert. So sei entscheidend, dass die Einwilligung einer nachträglichen Genehmigung gleichwertig sei. Allerdings ist laut *Blaurock/Kauffeld* (Rn. 8.29) die „aktuelle Entscheidungsmacht“ angesichts der Umstände des Einzelfalls und der Auswirkungen des Vertrags auf die Gewinnbeteiligung der Aktionäre bei einer generellen Erlaubnis durch vorherigen Zustimmungsbeschluss ebenso wenig gegeben wie bei einer statutarischen Erlaubnis. Für zulässig halten sie aber die Vorabzustimmung zu unveränderlichen Vertragsentwürfen, wobei in der Massengesellschaft u. U. das fehlende Wissen um die Person des Stillen kein Hindernis darstellen soll (Blaurock/Kauffeld, Rn. 8.29; vgl. auch MünchKommAktG/Altmeppen, § 293 Rn. 34).

Vor diesem Hintergrund erscheint es uns sehr zweifelhaft, ob das Mitarbeiterbeteiligungsprogramm **durch einmaligen „Vorabbeschluss“** in Kraft gesetzt werden

kann. Letztlich fungiert dieser Beschluss wohl wie eine Ermächtigung zum Abschluss und zur Änderung stiller Gesellschaften; er legt lediglich den Rahmen fest und bedeutet im Hinblick auf wesentliche Punkte **keine konkrete Zustimmung** (gegen Möglichkeit der Ermächtigung des Vorstands Emmerich, § 293 AktG Rn. 27; BeckOGK-AktG/Veil/Walla, Std.: 1.4.2023, § 293 Rn. 16; Koch, § 293 Rn. 5; Hölters/Weber/Deilmann, AktG, 4. Aufl. 2022, § 293 Rn. 17; für Ermächtigung zu konkretisierenden Ausübungsbestimmungen, soweit sie keine wesentlichen Punkte betreffen: MünchKommAktG/Altmeyen, § 293 Rn. 58 ff.; gegen Ermächtigung der Geschäftsführung zur Satzungsänderung im GmbH-Konzern Mues, RNotZ 2005, 1, 22). Dies gilt gleichermaßen für künftig erst zu schließende Verträge wie für Vertragsänderungen, wobei etwa die Erhöhung oder Reduzierung der Einlage eine Vertragsänderung darstellt (im Übrigen ist nicht entscheidend, ob es sich um wesentliche oder unwesentliche Vertragsänderungen handelt, BGH MittBayNot 2013, 156, 158 f.; Blaurock/Kauffeld, Rn. 8.25; s. auch Emmerich, § 292 AktG Rn. 29e).

Gerade wegen der Anwendung der §§ 293 ff. AktG halten Literaturstimmen die Beteiligung breiter Mitarbeiterkreise über Teilgewinnabführungsverträge regelmäßig nicht für eine praktische Option (Jansen, in: Beck'sches Handbuch der AG, 3. Aufl. 2018, § 24 Rn. 65; vgl. auch Blaurock/Kauffeld, Rn. 8.26 zur stillen Publikums-Gesellschaft: § 293 AktG sei praktische Hürde, da Zustimmung der Hauptversammlung zu jedem Vertragsschluss und zu jeder Vertragsänderung erforderlich sei; s. ferner Kuntz/Engelhardt, ZGR 2021, 348, 391 f.; andere Einschätzung, allerdings ohne Bezug zum Konzernrecht: Sendel-Müller, Mitarbeiterbeteiligung als Baustein der Unternehmensfinanzierung, 2019, S. 246 f.). Dies steht zugegebenermaßen in einem gewissen Spannungsverhältnis zu der Tatsache, dass offenbar gerade Teilgewinnabführungsverträge in der Form der stillen Gesellschaft in der Praxis massenweise geschlossen werden, woraus sich auch die Existenz des § 294 Abs. 1 S. 1 HS. 2 AktG erklärt (vgl. BT-Drucks. 14/6855, S. 21; zur Sammelbezeichnung sogleich). Wohl geht es dabei aber nicht um Mitarbeiterbeteiligungen, sondern um Kapitalmarktprodukte für beliebige Anleger, die noch stärker standardisiert sein mögen (vgl. GroßkommAktG/Mülbert, § 294 Rn. 52).

### 3. Verzichte gem. § 293a Abs. 3 u. § 293b Abs. 2 AktG

Auch der Vertrag über die stille Gesellschaft unterliegt der Berichtspflicht gem. § 293a AktG und der Prüfungspflicht des § 293b AktG (Blaurock/Kauffeld, Rn. 8.25). Damit ist zugleich die Verzichtsmöglichkeit gem. § 293a Abs. 3 AktG bzw. § 293b Abs. 2 AktG eröffnet. Dem Wortlaut nach müssen ihn „alle Anteilhaber aller beteiligten Unternehmen“ erklären. Das bedeutet, dass auch die Anteilhaber des herrschenden Unternehmens verzichten müssen, damit der Verzicht zustande kommt. Für eine umfassende teleologische Reduktion spricht sich insoweit *Altmeyen* (MünchKommAktG, § 293a Rn. 54 f.) aus. Relativ einig scheint sich die Literatur immerhin hinsichtlich der Verträge nach § 292 AktG zu sein: Wohl überwiegend ist man der Ansicht, dass ausgehend vom Erfordernis des Zustimmungsbeschlusses nach § 293 Abs. 2 AktG **nur der Vorstand der leistungserbringenden Gesellschaft** berichtspflichtig ist (Emmerich, § 293a AktG Rn. 36; KölnKommAktG/Koppensteiner, 3. Aufl. 2004, § 293a Rn. 39; K. Schmidt/Lutter/Langenbacher, AktG, 4. Aufl. 2020, § 293a Rn. 25; GroßkommAktG/Mülbert, § 293a Rn. 52; wohl auch Koch, § 293a Rn. 21). Diese Sichtweise setzt sich bei § 293b AktG fort, auch wenn die Vorschrift ihrem Wortlaut nach nicht an einen Zustimmungsbeschluss anknüpft (gegen Anwendung auf § 292 AktG: OLG Stuttgart AG 2013, 724, 725; Emmerich, § 293b AktG Rn. 10; Koch, § 293b Rn. 7; Hölters/Weber/Deilmann, § 293b Rn. 10; BeckOGK-AktG/Veil/Walla, § 293b Rn. 10; Grigoleit/Servatius, § 293b Rn. 2; KölnKommAktG/Koppensteiner, § 293b Rn. 8).

Im vorliegenden Fall ist zudem zu bedenken, dass der Stille als Vertragspartner keine Gesellschaft ist; er ist eine natürliche Person und verfügt als solche weder über einen Vorstand noch über ein Willensbildungsorgan. Weder vom Wortlaut noch vom Sinn und Zweck her passen daher § 293a und § 293b AktG.

#### 4. Sammelbezeichnung bei der Anmeldung

Erleichterung für „Massenteilgewinnabführungsverträge“ hat der Gesetzgeber in § 294 Abs. 1 S. 1 HS. 2 AktG vorgesehen: In das Handelsregister kann „beim Bestehen einer Vielzahl“ von Teilgewinnabführungsverträgen „anstelle des Namens des anderen Vertragsteils auch eine andere Bezeichnung eingetragen werden, die den jeweiligen Teilgewinnabführungsvertrag konkret bestimmt“. Gemeint sind Sammelbezeichnungen, **die bei Einsicht in die Handelsregisterakten die Individualisierung der Verträge ermöglichen**, insbesondere eine projektbezogene Bezeichnung in Verbindung mit einer Nummerierung der Verträge (BT-Drucks. 14/6855, S. 21 f.; Emmerich, § 294 AktG Rn. 12a; Koch, § 294 Rn. 6; MünchKommAktG/Altmeyers, § 294 Rn. 23). Es erscheint daher durchaus denkbar, die Bezeichnung „Mitarbeiterbeteiligungsprogramm 2024“ zu verwenden und die Verträge durchzunummerieren. Eine „Vielzahl“ von Verträgen soll im Übrigen bereits bei zehn und mehr Verträgen anzunehmen sein (Emmerich, § 294 AktG Rn. 12a; BeckOGK-AktG/Veil/Walla, § 294 Rn. 9; Hölters/Weber/Deilmann, § 294 Rn. 11).

Wenn die Sammelbezeichnung gerade durch die Möglichkeit gerechtfertigt ist, sich individuelle Kenntnis vom Teilgewinnabführungsvertrag durch Einsicht in den Registerordner zu verschaffen, also aus dem in Anlage übermittelten Vertrag (vgl. § 294 Abs. 1 S. 2 AktG), dann wird man den Verzicht auf namentliche Bezeichnung auch im Gesellschaftsvertrag problematisch finden. Zu bedenken ist zudem **§ 293 Abs. 3 AktG**. Zwar gibt es für den Vertrag über eine stille Gesellschaft keine formellen Vorgaben; er könnte grds. sogar konkludent geschlossen werden (BeckOK-HGB/Hoffmann-Theinert, Std.: 15.10.2022, § 230 Rn. 12; BeckOGK-HGB/Kinzl/Schmidberger, Std.: 15.9.2021, § 230 Rn. 133; einschr. MünchKommHGB/K. Schmidt, 4. Aufl. 2019, § 230 Rn. 36); § 293 Abs. 3 AktG verlangt allerdings die **Schriftform** (vgl. auch Blaurock/Lamprecht, Rn. 9.28), d. h. auch die eigenhändige Unterzeichnung. Ein Datenschutzinteresse des stillen Gesellschafters im Hinblick auf seinen bloßen Namen dürfte grds. nicht bestehen.

#### 5. Fazit

- Es erscheint zweifelhaft, dass ein einmaliger Vorabbeschluss die geplanten Vertragsschlüsse und Vertragsänderungen abdecken kann.
- Die Berichtspflicht gem. § 293a AktG und die Prüfungspflicht gem. § 293b AktG dürften seitens des Stillen entfallen.
- Eine projektbezogene Sammelbezeichnung in Verbindung mit einer Nummerierung der Verträge dürfte bei der Anmeldung der Teilgewinnabführungsverträge genügen. Auf die namentliche Bezeichnung in den Gesellschaftsverträgen selbst wird man am Ende nicht verzichten können.