

Beim Fußball ist der Videobeweis zwar rechtens, aber umstritten. Unumstritten ist er aber bei ungewollten Kuss-attacken. Gut so – wie diese Ausgabe: ■ **Finanzspritze: Hilfe durch stille Arbeitnehmer-Beteiligung** ■ **DSGVO: Sicher sind auch Sie vom Datenschutz-Gedöns genervt** ■ **Kündigung: Klassenclown übertreibt und geht baden** ■ **Fortbildungskosten: Rückzahlung bei nicht angetretener Prüfung**

Finanzspritze: Hilfe durch stille Arbeitnehmer-Beteiligung

Arbeitnehmer zu finden, *sehr verehrte Damen und Herren*, ist aktuell ein schwieriges Unterfangen. Umso mehr muss es im Interesse jedes Arbeitgebers liegen, Mitarbeiter, die gefunden wurden, auch zu behalten, sie also dauerhaft ans Unternehmen zu binden. Gleichzeitig können wohl nicht übermäßig viele Unternehmen von sich behaupten, genügend Kapital zu haben, um den Herausforderungen der Zukunft (Investitionen in Nachhaltigkeit, in Digitalisierung ...) sorglos ins Auge zu blicken. Was also liegt näher, als beide Aspekte zu verbinden, nämlich Mitarbeiter zu binden, indem sie dauerhaft am unternehmerischen Erfolg beteiligt werden? Die Antwort ist simpel: Ja, eine sehr gute Idee und noch dazu mit einer stillen Gesellschaft relativ einfach zu bewerkstelligen.

Stille Gesellschaften sind in aller Regel Gesellschaften des bürgerlichen Rechts (GbR, BGB-Gesellschaften) und kommen in zwei Formen vor, der sogenannten typischen und der atypischen stillen Gesellschaft. Die Grundform ist die typisch stille Gesellschaft. Mit ihr überlässt der stille Gesellschafter, in unserem Fall also der oder die Arbeitnehmer(in), dem Geschäftsinhaber, hier also Ihnen als Arbeitgeber, faktisch Kapital im Rahmen eines Gesellschaftsverhältnisses.

Die stille Einlage wird im Gegensatz zu einem Kredit nicht verzinst. Stattdessen erhält der stille Gesellschafter als Entgelt dafür, dass er Kapital überlassen hat, eine Beteiligung am Gewinn. Es kann vereinbart werden, dass sich der Stille auch am Verlust des Betriebs beteiligt, ohne dass dadurch die typisch stille Gesellschaft gleich zur atypisch stillen Gesellschaft wird. Entscheidend für die Klassifikation als typisch stiller Gesellschafter ist nämlich, dass der Stille bei Beendigung der Gesellschaft seine Einlage mit deren Nomi-

nalwert zurückerhält, also nicht an den stillen Reserven der Hauptgesellschaft beteiligt wird.

Bei einer atypisch stillen Gesellschaft dagegen ist der Stille nicht nur am Gewinn und Verlust beteiligt, sondern zudem an den stillen Reserven und am Geschäftswert der Hauptgesellschaft. Damit trägt der stille Gesellschafter ein unternehmerisches Risiko, ist also im steuerlichen Sinn Mitunternehmer, selbst wenn er von seinen Rechten, eine mitunternehmerische Initiative zu ergreifen, keinen Gebrauch machen sollte. Zivilrechtlich ist diese Unterscheidung weitgehend uninteressant, steuerlich dagegen von Wichtigkeit. Ein typisch stiller Gesellschafter erzielt Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 4 Einkommensteuergesetz (EStG), ein atypisch stiller Gesellschafter hat eine Mitunternehmerstellung nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG inne und bezieht folglich Einkünfte aus Gewerbebetrieb.

Diese – im Grunde schon seit Urzeiten bekannten – Tatsachen mussten nun aktuell einigen übereifrigen Finanzbeamten wieder ins Gedächtnis gerufen werden. Die kamen nämlich 'auf den Trichter', dass dann, wenn sich ein Arbeitnehmer still am Unternehmen seines Arbeitgebers beteiligt, entweder eine (einkommen- und gewerbesteuerpflichtige) Mitunternehmerschaft gegeben sei oder die 'Früchte' aus dieser Beziehung steuerpflichtiger Arbeitslohn seien (was natürlich Sie als Arbeitgeber wegen der Pflicht, Lohnsteuer einzubehalten, belasten würde). Weder noch, befand aber das **FG Baden-Württemberg** (Az. 12 K 1692/20 → [agi 182301](#)).

Der Mitarbeiter, der stiller Gesellschafter ist, trägt kein wesentliches Mitunternehmerisiko. Er ist zwar am Gewinn und Verlust der Arbeit gebenden GmbH beteiligt. Aber nach § 4 Abs. 4 des konkreten stillen Gesellschaftsvertrags ist er weder am Unternehmenswert beteiligt noch hat er gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags im Falle der Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses einen Anspruch auf den Zuwachs der stillen Reserven des Be-

Dokumenten-Abruf für Abonnenten

Anklicken der mit einem → markierten Dokumente in der Online-Version oder mit Eingabe der jeweiligen Abrufnummer unter www.markt-intern.de/dokumentenabruf

triebsvermögens einschließlich des Zuwachses am Firmenwert. Auch die Mitunternehmerinitiative des Stillen war nur unwesentlich ausgeprägt. Er hatte lediglich das Recht, die Jahresabschlüsse der GmbH und Prüfungsberichte des Abschlussprüfers einzusehen.

Aber: Darüber hinausgehende Stimm- oder Widerspruchsrechte standen ihm hingegen nicht zu. Da weder Mitunternehmerisiko noch Mitunternehmerinitiative des Stillen besonders ausgeprägt sind, handelt es sich nach dem Gesamtbild der Verhältnisse im Streitfall bei dem Gesellschaftsverhältnis zwischen dem Mitarbeiter und der Arbeit gebenden GmbH um eine typisch stille Beteiligung, die zu keinen gewerblichen Einkünften beim Mitarbeiter führt. Die Gewinnanteile aus der stillen Beteiligung führen bei dem Mitarbeiter auch nicht zu Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit (§ 19 EStG).

'agi'-Zwischenfazit: Ein am Gewinn und Verlust des Unternehmens beteiligter stiller Gesellschafter ist nicht als Mitunternehmer anzusehen, wenn er weder am Unternehmenswert noch am Zuwachs der stillen Reserven des Betriebsvermögens einschließlich des Firmenwerts beteiligt ist und ihm auch keine über das Recht, die Jahresabschlüsse einschließlich der Berichte des Abschlussprüfers einzusehen, hinausgehenden Stimm- oder Widerspruchsrechte zustehen.

Im Streitfall ist die Arbeitnehmerstellung bei der Arbeit gebenden GmbH für das daneben bestehende Gesellschaftsverhältnis zwischen dem Mitarbeiter und der GmbH – als unabhängiges Sonderrechtsverhältnis – weder prägend noch steht es im Vordergrund. Der Umstand, dass der Arbeitnehmer keinen arbeitsvertraglichen Anspruch auf Einräumung der stillen Beteiligung hat, spricht für ein unabhängig vom Arbeitsverhältnis bestehendes Sonderrechtsverhältnis.

Beteiligt sich ein Arbeitnehmer kapitalmäßig an seinem Arbeitgeber, kann die Beteiligung eigenständige Erwerbsgrundlage sein, so dass damit in Zusammenhang stehende

Erwerbseinnahmen und Erwerbsaufwendungen in keinem einkommensteuerrechtlich erheblichen Veranlassungszusammenhang zum Arbeitsverhältnis stehen. Der Arbeitnehmer nutzt in diesem Fall sein Kapital als eine vom Arbeitsverhältnis unabhängige und eigenständige Erwerbsgrundlage zur Einkünfteerzielung, die daraus erzielten laufenden Erträge sind dann keine Einkünfte aus nicht selbstständiger Arbeit, sondern solche aus Kapitalvermögen.

Für den Charakter einer Beteiligung als eigenständige und vom Arbeitsverhältnis unabhängige Erwerbsgrundlage spricht insbesondere, ■ wenn der Arbeitsvertrag keinen Anspruch auf den Erwerb der Beteiligung und einen anteiligen Veräußerungserlös als Gegenleistung für die nicht selbstständige Tätigkeit vorsieht, ■ die Beteiligung vom Arbeitnehmer zum Marktpreis (und nicht etwa verbilligt) erworben und veräußert wird und er das volle Verlustrisiko trägt sowie ■ keine besonderen Umstände aus dem Arbeitsverhältnis erkennbar sind, die Einfluss auf die Veräußerbarkeit und Wertentwicklung der Beteiligung nehmen. Gewinnbeteiligungen führen auch nicht allein deshalb zu Einkünften aus nicht selbstständiger Arbeit, weil die Beteiligung von einem Arbeitnehmer des Unternehmens gehalten wurde und auch nur Arbeitnehmern im Allgemeinen oder sogar nur bestimmten Arbeitnehmern angeboten worden war.

Bei der Möglichkeit, die stille Einlage durch stehengelassene Lohnanteile zu erbringen, handelt es sich um eine übliche Möglichkeit zur Einlageerbringung. Eine Veranlassung der stillen Beteiligung durch das Arbeitsverhältnis lässt sich nicht daraus herleiten, dass die Gewinnbeteiligung des Arbeitnehmers aus der stillen Beteiligung nicht auf einen bestimmten – absoluten und angemessenen – Prozentsatz der Einlageleistung begrenzt ist.

'agi'-Hinweis: Die Finanzverwaltung will diese Schlappe nicht auf sich sitzen lassen. Sie hat Nichtzulassungsbeschwerde (NZB) beim **BFH** (Az. VIII B 134/22) eingelegt. Es bleibt abzuwarten, ob der BFH die NZB annimmt und falls ja, wie er entscheiden wird.

DSGVO: Sicher sind auch Sie vom Datenschutz-Gedöns genervt

Dann befinden Sie sich in bester Gesellschaft – bis Sie oder einer Ihrer Mitarbeiter in eine Falle getappt sind und Sie lähnen müssen, entweder weil jemand Sie verklagt oder weil Ihre Daten gehackt wurden. Bei Verlust oder unsachgemäßem Umgang mit personenbezogenen Daten haftet nach Artikel 82 der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) nun mal das Unternehmen – und zwar auch für seine Mitarbeiter. Die größte Gefahr geht von Dienst-Handys oder privaten

Smartphones aus, die auch dienstlich genutzt werden. Sie sollten also im Unternehmen klare Regeln aufstellen, was wer wann mit dem Diensthandy tun darf, ob Mitarbeiter es z. B. auch privat nutzen dürfen oder nicht.

Ebenso sollten Sie regeln, ob jemand sein privates Handy auch für dienstliche Gespräche, z. B. mit Kunden, nutzen darf oder nicht. Regeln sollten Sie auch, ob Ihr Mitarbeiter

WhatsApp oder ähnliche Messenger-Apps verwenden darf (dringend dafür Sorge tragen, dass solche Apps in der Regel auf alle in einem Smartphone gespeicherten Telefonnummern und Kontaktdetails keinen Zugriff haben). Das aber gilt ohne weitere Maßnahmen (z. B. von jedem gespeicherten Kontakt die Erlaubnis einholen, dass er auch über einen Messengerdienst kontaktiert werden darf – ein Aufwand, der also in keinem Verhältnis zum Nutzen steht!) bereits als Übermittlung personenbezogener Daten.

Nächster Punkt, den es zu regeln gilt, ist: Wie oder ob Mitarbeiter auch öffentliche WLAN-Netzwerke, die es zwischenzeitlich ja fast überall gibt, nutzen dürfen. Die meisten sind nicht sicher. Wer also außerhalb des Büros Zugriff auf das Internet benötigt, sollte hierfür virtuelle private Netzwerke (VPNs) nutzen. Diesen Weg sollten Sie verpflichtend vorschreiben, falls Ihr Mitarbeiter auf Daten des Firmenservers zugreifen will oder muss. Zwingen Sie Ihre Mitarbeiter, nicht nur bei den Dienst-Computern, -Laptops oder

-Tablets, sondern auch für das Dienst-Handy ein sicheres Passwort, im Idealfall acht bis zwölf Zeichen (= Buchstaben, Ziffern und Sonderzeichen, wie etwa ein '!') in Groß- und Kleinschreibung zu verwenden. Dieses darf dann keinesfalls für andere Geräte/Zugänge genutzt werden.

Auf den Punkt gebracht

Kündigung Auch während laufender Insolvenzverhandlung ist Kündigung möglich. Meldet ein Betrieb Insolvenz an, und schließt der Insolvenzverwalter mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich über Entlassungen, so reicht allein die ernste Absicht zur Stilllegung der Produktion zu diesem Zeitpunkt für eine Kündigung aus. Das gelte auch dann, wenn es später doch noch zu einem Verkauf des Unternehmens kommt. Die Kündigungen seien wirksam, da sie „aufgrund der Vermutung ausgesprochen wurden, dass es dringende betriebliche Erfordernisse dafür gab“. Der Arbeitnehmer, dem hier während des Insolvenzverfahrens gekündigt wurde, konnte nicht belegen, dass seine Kündigung nur vorbeugend für den Fall ausgesprochen worden war, dass die Verhandlungen mit möglichen Käufern scheitern (BAG, Az. 6 AZR 56/23).

Kündigung: Ein Klassenclown übertreibt und geht baden

Angesichts der bisherigen Temperaturen im August kann man es sich nur so vorstellen: Es muss auf der Betriebsfeier eines Herstellers von Aufzügen schon so heiß zugegangen sein, dass sich ein Sven Smeil (Außendienstler) genötigt sah, lediglich mit einer Unterhose bekleidet, Abkühlung im Rhein zu suchen. Trotz starker Strömung schwamm er um das Partyschiff herum. Anstatt ihn wegen seiner Kondition und seines Wagemuts zu loben, kündigte der Arbeitgeber-Kollege ihn fristlos mit der Begründung, er habe den Betriebsfrieden massiv gestört und sich selbst sowie andere erheblich gefährdet. Eine Putzkraft habe auch beobachtet, dass er zuvor auf der Toilette 'gekokst' habe. Das aber bestritt Sven Smeil – es konnte ihm nicht nachgewiesen werden. Darauf komme es aber auch nicht an, meinten die Richter des **Landgerichts Düsseldorf** (Az. 3 Sa 211/23 → [aqi 182302](#)).

Das erstinstanzliche **Arbeitsgericht (ArbG) Düsseldorf** (Az. 16 Ca 4079/22) hatte die fristlose Kündigung wegen einer fehlerhaften Betriebsratsanhörung verworfen. Der Arbeitgeber habe angegeben, der Außendienstler sei 'unbe-

kleidet' in den Rhein gesprungen – das bisschen Stoff der Unterhose aber machte den großen Unterschied. Der Betriebsrat sei in die Irre geführt worden. Damit war die Betriebsratsanhörung fehlerhaft gewesen, die außerordentliche Kündigung unwirksam.

Der Arbeitgeber-Kollege ging in Revision zum LAG. Er führte ins Feld, dass Sven Smeil schon auf früheren Betriebsfeiern durch ungebührliches Verhalten aufgefallen sei. Bei einer Gelegenheit habe er sich beispielsweise einen Dekorations-Flamingo aus Plastik geschnappt. „Aber ich bin nicht wie behauptet darauf geritten, sondern mit ihm durch den Saal getanzt“, hob Sven Smeil das seiner Ansicht nach entscheidende Detail hervor. Dafür war er ermahnt, aber nicht abgemahnt worden.

Vor dem LAG einigten sich die Parteien darauf, dass der Mitarbeiter wegen des 'Rheinsprungs' abgemahnt wird, dass aber die fristlose Kündigung und die erfolgte Freistellung zurückgenommen wird. Auf dass der Betriebsfriede wenigstens bis zur nächsten Betriebsfeier halte!

Fortbildungskosten: Rückzahlung bei nicht angetretener Prüfung

Ob seine Mitarbeiterin Prüfungsangst hatte oder einfach nur ungenügend vorbereitet war, interessierte den Arbeitgeber-Kollegen am Ende nur wenig. Er wollte die 8.000 €, mit denen er die Weiterbildung und Prüfungsvorbereitungen der Mitarbeiterin unterstützt hatte, zumindest zur Hälfte wieder zurück haben, weil die Mitarbeiterin die Prüfung gar nicht erst angetreten hatte.

„Ja, hat er das denn so mit ihr von vornherein vereinbart? Wenn nicht, hat er wohl schlechte Karten!“, sind Sie gleich wieder der Praktiker. Aber nein, der Arbeitgeber-Kollege wählte sich auf der sicheren Seite. Er hatte mit der Mitarbeiterin einen Vertrag geschlossen und darin über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) vereinbart, dass das Geld, das sie vom Arbeitgeber erhalten wird, unter an-

derem dann zurückzuzahlen ist, wenn sie das Examen wiederholt nicht antreten werde. Härtefälle, also etwa eine dauerhafte Erkrankung, waren ausgenommen. Weiterer Grund für eine Rückzahlung war, wenn die Mitarbeiterin innerhalb von zwei Jahren nach dem Examen kündigen sollte. Das hatte sie dann auch innerhalb der zwei Jahre nach dem nicht angetretenen Examen getan.

Grundsätzlich ist eine Rückzahlungsklausel völlig zulässig! „Jetzt kommt doch gleich das 'Aber', oder?“ Richtig, das große Aber ist: Die Gründe für die Rückzahlung müssen Sie differenzieren, um eine unangemessene Benachteiligung zu vermeiden (**Bundesarbeitsgericht**; Az. 9 AZR 187/22 → **agi 182303**).

Im konkreten Beispiel hielt die vertragliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerin der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) nicht stand, weil die Rückzahlungsklausel nicht nach den jeweiligen Gründen, warum die Prüfung nicht angetreten wird, unterschieden hatte. Es gebe, so die Erfurter Richter, Fallkonstellationen, in denen die Gründe für die Nichtablegung der Prüfung nicht in der Verantwortungssphäre des Arbeitnehmers lägen und dennoch die Rückzahlungspflicht auslösten. Außerdem könne es ja durchaus sein, dass der Arbeitgeber auch einen

'Gut-Teil' dazu beigetragen habe, dass die Mitarbeiterin kündigt. Dieses Phänomen komme der Erfahrung der Bundesrichter nach häufiger vor und muss daher berücksichtigt werden.

'agi'-Rat: Wenn Sie einen Mitarbeiter bei seiner Weiterqualifikation unterstützen wollen, müssen Sie im eigenen Interesse die Rückzahlung von Aus- oder Fortbildungskosten ausdrücklich vor (!) dem Beginn der Aus- oder Weiterbildungsmaßnahme mit dem Arbeitnehmer im jeweiligen Arbeitsvertrag oder in einer gesonderten Vereinbarung festhalten. Die Rückzahlungsklausel muss für den Arbeitnehmer transparent sein und darf keine Unklarheiten enthalten. Der Arbeitnehmer muss also sein Zahlungsrisiko hinreichend klar abschätzen können (BAG vom 6.8.2013, Az. 9 AZR 442/12).

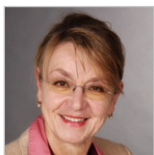
Sie müssen die Summe des zurückzuzahlenden Betrags nicht genau beziffern, aber Sie müssen im Vertrag die Art und die Berechnungsgrundlage darlegen. Fehlt eine Abrede darüber, dass Sie als Arbeitgeber unter den genannten Bedingungen die Kosten zurückerstattet bekommen wollen (= Vorbehalt der Rückzahlung der Kosten), muss der Arbeitnehmer diese Kosten nicht erstatten. In einem solchen Fall haben Sie in aller Regel sowohl das Geld als auch den Mitarbeiter verloren.

Chefsache: motivieren – organisieren – delegieren

Sozialversicherung Auch ein Kursleiter im Fitnessstudio ist kein Unternehmer. Ist ein Fitness-Trainer als Kursleiter in einem Fitnessstudio tätig, so kann er nicht als „freie Mitarbeiter“ geführt werden, wenn er die Kurse im Studio geben muss, keinen Einfluss auf die Inhalte hat, vom Betreiber des Studios nach Stunden bezahlt wird und keinerlei un-

ternehmerisches Risiko zu tragen hat. Der Betreiber muss für derartige Beschäftigungsverhältnisse Sozialversicherungsbeiträge an die Rentenversicherung abführen. Es kommt auf die tatsächlich vorliegenden Umstände an, nicht auf die Verträge für „freie Mitarbeiter“, die hier geschlossen worden sind (**Bayerisches LSG**, Az. L 7 BA 72/23 B ER).

Mit freundlichen Grüßen
Ihre Chefredaktion



Dr. Claudia Ossola-Haring



Peter Vogt

Er: „Ich habe gesehen, wie du heute jemanden geküsst hast. War es der Postbote oder der Milchmann?“ Sie: „War es um sieben oder um neun?“

markt intern und **iii**DIREKT – volle Leistung für Abonnenten!

Europas größte Brancheninformationsbrief-Verlagsgruppe kämpft für den Erhalt und die Stärkung des deutschen Mittelstandes. Nutzen Sie deshalb unsere umfangreichen Zusatzangebote durch den Bezug eines unserer klassischen Print-Briefe inkl. Digitalversion und Online-Zugang oder der rein digitalen Variante. Sie sind noch kein Abonnent? Informationen zu den Möglichkeiten (bei jährlicher Berechnung mit 15 % Nachlass, beim Bezug mehrerer Briefe mit weiteren 40 % Nachlass) und Urheberrechten finden Sie unter www.markt-intern.de. – Im **markt intern** Verlag erscheinen zumeist wöchentlich:

Steuern & Mittelstand:

- arbeitgeber intern
- GmbH intern
- immobilien intern
- steuerberater intern
- steuertip
- umsatzsteuer intern

Gesundheit & Freizeit:

- Apotheke/Pharmazie
- Augenoptik/Optomietrie
- Hörgeräteakustik
- in motion – Sport- plus Schuh-Handel
- Parfümerie/Kosmetik
- Spielwaren/Modellbau/Kreativ

Technik & Lifestyle:

- Automarkt & Tankstelle
- Büro-Fachhandel
- Consumer Electronics
- Elektro-Fachhandel
- Foto-Fachhandel & -Studio
- Uhren & Schmuck

Bauen & Wohnen:

- Eisenwaren/Werkzeuge/Garten
- Elektro-Installation
- Installation Sanitär/Heizung
- Möbel-Fachhandel

International:

- EXCLUSIV (Schweiz)

Im **kapital-markt intern** Verlag

erscheinen wöchentlich:

- Bank intern
- finanztip
- kapital-markt intern
- versicherungstip

