

Herausgegeben von Professor Dr. Stephan Wolf

Aktuelle Fragen aus dem Gesellschaftsrecht – insbesondere aus der Sicht des Notariats

Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare
und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der
Universität Bern vom 24./25. Oktober 2018



Stämpfli Verlag

u^b

u^b
UNIVERSITÄT
BERN

**Aktuelle Fragen aus dem Gesellschaftsrecht –
insbesondere aus der Sicht des Notariats**

INR

Schriften INR

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern

Herausgegeben von Professor Dr. Stephan Wolf



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern

Aktuelle Fragen aus dem Gesellschaftsrecht – insbesondere aus der Sicht des Notariats

Weiterbildungstagung des Verbandes
bernischer Notare und des Instituts für
Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern
vom 24./25. Oktober 2018

Beiträge von
Prof. Dr. iur. Urs R. Behnisch
Prof. Dr. iur. Thomas Jutzi/MLaw Ksenia Wess
Prof. Dr. iur. Roland Müller
Statuten einer Aktiengesellschaft, vorgestellt durch
Dr. iur. Christine Glättli



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2018
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-1033-4

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com sind zudem folgende Ausgaben erhältlich:

E-Book ISBN 978-3-7272-1034-1

Judocu ISBN 978-3-0354-1586-5

printed in
switzerland



Gesellschaftsgründung mit Mitarbeiterbeteiligung

Gestaltungsmöglichkeiten bei unterschiedlichen Rechtsformen

THOMAS JUTZI* / KSENIA WESS**

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	120
I. Einleitung	124
II. Grundlagen	125
A. Begriff der Mitarbeiterbeteiligung	125
B. Formen der Mitarbeiterbeteiligung	127
1. Materielle Mitarbeiterbeteiligung	127
a) Erfolgsbeteiligung	127
b) Kapitalbeteiligung	130
aa) Fremdkapitalbeteiligung	130
bb) Eigenkapitalbeteiligung	131
cc) Mezzanine Formen	133
2. Immaterielle Mitarbeiterbeteiligung	134
III. Zielsetzungen der Mitarbeiterbeteiligung	137
A. Unternehmensbezogene Ziele	137
B. Mitarbeiterbezogene Ziele	140
IV. Rechtliche Auslegeordnung	141
A. Personengesellschaften	142
1. Einfache Gesellschaft / Kollektivgesellschaft	142
2. Kommanditgesellschaft	144
B. Kapitalgesellschaften	145
1. Aktiengesellschaft	146
a) Mitarbeiteraktien	146
b) Aktienoptionen	150
c) Weitere Formen der Mitarbeiterbeteiligung	152

* Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Ordinarius für Wirtschaftsrecht an der Universität Bern.

** MLaw, Wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin am Institut für Wirtschaftsrecht an der Universität Bern.

Die Autoren danken Rechtsanwalt Dr. iur. Simon Schären, LL.M. und Rechtsanwalt Dr. iur. Pascal Zysset für die kritische Durchsicht und wertvollen Anmerkungen.

aa)	Tantiemen.....	152
bb)	Partizipationsscheine.....	152
cc)	Genussscheine.....	153
d)	Besonderheiten bei börsenkotierten Aktiengesellschaften.....	154
2.	GmbH.....	155
a)	Möglichkeiten der Mitarbeiterbeteiligung.....	155
b)	Besonderheiten der Eigenkapitalbeteiligung von Mitarbeitern an einer GmbH.....	156
C.	Mitarbeiterbeteiligung bei einer Genossenschaft.....	158
V.	Mitarbeiterbeteiligung im Rahmen der Gesellschaftsgründung.....	162
1.	Personengesellschaften.....	162
2.	Kapitalgesellschaften.....	163
a)	Aktiengesellschaft.....	165
aa)	Aktien.....	166
bb)	Optionen.....	168
cc)	Partizipationscheine.....	170
dd)	Tantiemen.....	171
ee)	Genussscheine.....	171
b)	GmbH.....	172
VI.	Auswirkung der Aktienrechtsrevision.....	174
VII.	Schlussbemerkungen.....	178

Literaturverzeichnis

- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009.
- BOHRER ANDREAS, Vom Verband zum Individuum im Aktionariat – Mezzanine Financing als Instrument von Leveraged Buyouts, in: Roger Zäch et al. (Hrsg.), Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 347–360.
- BÖHI ROLAND/POLETTI MARTIN, Mitarbeiterbeteiligungen – Qualifikation des Entgelts bei der Veräusserung von Aktien, ST 5/15, S. 385–389.
- BRAUCHLI ROHRER BARBARA/WEBER PHILIPPE, Die steuerlichen Tücken der Mitarbeiterbeteiligung, Denaris 03/2016, S. 31–33.
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993.
- DRUEY JEAN NICOLAS/DRUEY JUST EVA/GLANZMANN LUKAS, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015.
- FEUZ CHRISTOPH, Das mitgliedschaftliche Treuepflichtregime der GmbH, Zürich/St. Gallen 2017 (= Diss. Bern 2017).

- FORSTMOSER PETER, Corporate Social Responsibility, eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften?, in: Robert Waldburger/Peter Sester/Christoph Peter/Charlotte M. Baer (Hrsg.), *Law & Economics*, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015, S. 157–181.
- FORSTMOSER PETER/TAISCH FRANCO/TROXLER TIZIAN/D'INCÀ-KELLER INGRID, Der Genossenschaftszweck – gestern und heute, *REPRAX* 2/2012, S. 1–36.
- GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 3. Aufl., Bern 2015.
- GERBER WALTER, *Die Genossenschaft als Organisationsform von Mittel- und Grossunternehmen*, Bern 2003.
- GIGER ERNST, *Der Erwerb eigener Aktien aus aktienrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht*, Bern 1995.
- HANAU PETER, Unternehmensverfassung, in: Arthur F. Utz (Hrsg.), *Das Unternehmen als Grösse der Arbeitswelt. Der Arbeiter als Gesellschafter*, Bonn 1984, S. 65–100.
- HANDSCHIN LUKAS (Hrsg.), *Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620-659b OR*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit.: ZK-BEARBEITER, Art. x N y).
- HELBLING CHRISTOF, *Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen in der Schweiz*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003.
- HEUBERGER WERNER, *Die Kapitalbeteiligung der Mitarbeiter. Grundlagen, Ziele und Probleme der Gestaltung betrieblicher Beteiligungsmodelle*, Zürich 1979 (= Diss. St. Gallen 1978).
- HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), *Berner Kommentar, Die einfache Gesellschaft, Art. 530–544 OR*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Band/Nr. VI/2/8, Bern 2006 (zit.: BK-BEARBEITER, Art. x N y).
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), *Basler Kommentar Obligationenrecht I*, 6. Aufl., Basel 2015 (zit.: BSK OR I-BEARBEITER, Art. x N y).
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF, *Basler Kommentar zum Obligationenrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 ÜBest (GmbH), Art. 1–2 ÜBest (Rechnungslegung 2011), Art. 1–3 ÜBest (GAFI 2014)*, 5. Aufl., Basel 2016 (zit.: BSK OR II-BEARBEITER, Art. x N y).
- HÜTTICHE TOBIAS, *Mitarbeiterbeteiligung – Ziele, Formen und Gestaltungsbeispiele*, BC 2002, S. 105–109.

- JUNG PETER/KUNZ PETER V./BÄRTSCHI HARALD, Gesellschaftsrecht, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit.: BEARBEITER, in: Jung/Kunz/Bärtschi, § x N y).
- JUTZI THOMAS, Unternehmensspenden: Zuständigkeit, Grenzen und Handlungsoptionen gemäss schweizerischem Aktienrecht, recht 2017, S. 251–277 (zit.: Unternehmensspenden).
- JUTZI THOMAS, Unternehmenspublizität – Grundlinien einer rechtlichen Dogmatik zur Offenlegung von unternehmensbezogenen Informationen, Habil. Bern 2017 (zit.: Unternehmenspublizität).
- JUTZI THOMAS/SCHÄREN SIMON, Grundriss des schweizerischen Kollektivanlagenrechts, Bern 2014.
- KÄSER CHRISTOPH, Statutarische Gestaltungsmöglichkeiten bei AG und GmbH, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Gesellschaftsrecht und Notar. Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 1. September 2015 in Zürich und vom 8. September 2015 in Lausanne, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 87–106.
- KNECHT ROSMARIE, Mitarbeiterbeteiligung in der Praxis. Der praktische Leitfaden, Bern 2001.
- KUNZ PETER V., Zu «Exit» und «Voice»: Grundmechanismen des Minderheitenschutzes bzw. des Aktionärsschutzes, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, Bern 2016, S. 17–47.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, 11. Aufl., Bern 2012.
- MÜLLER ROLAND, Mitarbeiterbeteiligung, in: Bernhard Ehrenzeller/Hans Furer/Thomas Geiser (Hrsg.), Die Mitwirkung in Betrieben. Gerichtspraxis, Erfahrungen und Sicht der Sozialpartner, St. Gallen 2009, S. 61–103.
- NERDINGER FRIEDEMANN W./STRACKE STEFAN/WILKE PETER, Chancen und Risiken finanzieller Mitarbeiterbeteiligung, Arbeitspapier 218 der Hans Böckler Stiftung 2010.
- PORTMANN DOMINIQUE, Mitarbeiterbeteiligung. Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen im schweizerischen Arbeitsrecht, Bern 2005.
- RISI ANDREAS, Mitarbeiteroptionen und -aktien. Bewertung – Rechnungslegung – Besteuerung, Zürich 1999.
- ROBERTO VITO/TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, Art. 530-771 OR – VegüV (zit.: CHK-BEARBEITER, Art. x N y).

- SCHANZ KAY-MICHAEL, Mitarbeiterbeteiligungsprogramme, NZA 2000, S. 626–635.
- SCHNEIDER HANS J./FRITZ STEFAN, Erfolgs- und Kapitalbeteiligung. Vom Mitarbeiter zum Unternehmer, 7. Aufl., Düsseldorf 2013.
- SENTI CHRISTOPH, Die Geschäftsführung bei der GmbH: Schnittstellen zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht, AJP 2011, S. 18–26.
- VISCHER FRANK, Obligationenrecht – Besonderer Teil, Der Arbeitsvertrag, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band VII/4, 3. Aufl., Basel 2005.
- VOSER PETER, Notarielle Pflichten bei gesellschaftsrechtlichen Beurkundungen, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Gesellschaftsrecht und Notar. Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 1. September 2015 in Zürich und vom 8. September 2015 in Lausanne, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 107–170.
- WALTI BEAT, Mitarbeiterbeteiligung. Aktien- und Optionspläne, Zürich 1997 (= Diss. Zürich 1997).
- WATTER ROLF, Unternehmensübernahmen, Zürich 1990.
- WATTER ROLF/VOGT HANS-UELI (Hrsg.), Basler Kommentar Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, Basel 2015 (zit.: BSK VegüV-BEARBEITER, Art. x N y).
- WOLF GUNTHER, Mitarbeiterbindung. Strategie und Umsetzung im Unternehmen, 3. Aufl., Freiburg i. Br. 2018.
- WILKE MAACK UND PARTNER (Hrsg.), Länderberichte über finanzielle Mitarbeiterbeteiligung in Europa, Hamburg und Brüssel 2014.
- ZBINDEN DANIEL, Börsenrechtliche Aspekte eines Initial Public Offering (IPO) in der Schweiz, Bamberg 2003 (= Diss. St. Gallen 2003).
- ZYSSET PASCAL, Geplante Formerleichterungen für einfach strukturierte Gesellschaften, REPRAX 2/18, S. 53–68.

I. Einleitung

Die Idee der Mitarbeiterbeteiligung klingt bestechend: der Mitarbeiter motiviert sich als «Unternehmer im Unternehmen» selbst durch sein berechtigtes Eigeninteresse am Erfolg zu optimaler Leistung und Effizienz. So wird die blossе Arbeitsvertragserfüllung zu einem echten Mitwirken ausgebaut, mehr noch, Anreize für Verbesserungsvorschläge sind im Grunde genommen durch die Arbeitskonstellation selbst dauerhaft implementiert. Zudem können die Mitarbeiterbindung gestärkt und Fluktuationskosten minimiert werden. Schliesslich bieten Mitarbeiterbeteiligungen die Möglichkeit, Personalkosten in Eigenkapital zu transformieren (dies ist insbesondere für Startups von Interesse, die zu Beginn oft Liquiditätsprobleme aufweisen).

Allerdings kann die Einführung einer Mitarbeiterbeteiligung einen grossen administrativen Aufwand für die Arbeitgeberunternehmung zur Folge haben. Zudem sind auch die Risiken für den Arbeitnehmer – die jedoch je nach Ausgestaltung zumindest teilweise vermeidbar sind – nicht zu unterschätzen: die Beteiligung am Unternehmen ist oft mit einem Kapitaleinsatz des Mitarbeiters verbunden. Mit dem zunehmenden Gewicht der Beteiligung im Portfolio des Mitarbeiters kann die Mitarbeiterbeteiligung zu einer Risikokumulation führen¹. Namentlich wenn dem Mitarbeiter im Zusammenhang mit der Beteiligung bestimmte zeitliche Verfügungsbeschränkungen auferlegt werden, steigt das Kursrisiko des Mitarbeiters. Verbunden mit vermögensmässig unvorteilhaft ausgestalteten Rückkaufsrechten (zugunsten der Gesellschaft und/oder der Gründer) entwickeln sich Mitarbeiterbeteiligungen zu sog. «Goldenen Fesseln»². Schliesslich erschwert die Diversität von Mitarbeiterbeteiligungsmodellen Lohnvergleiche (womöglich ist dies auch einer der Gründe, weswegen Gewerkschaften Mitarbeiterbeteiligungen nicht uneingeschränkt befürworten)³.

Die Möglichkeiten der Mitarbeiterpartizipation hängen nicht nur von den Zielsetzungen im Einzelfall, sondern auch von der Rechtsform der Arbeitgeberunternehmung ab. Der zeitliche Aspekt – d.h. die Frage, ob die Mitarbeiterbeteiligung bereits im Rahmen der Gründung oder erst in der Betriebsphase des Unternehmens realisiert werden soll – kann ebenfalls bedeutsam sein. Der vorliegende Beitrag analysiert die verschiedenen Möglichkeiten der Mit-

¹ Vgl. WALTJ, 33 f.

² Diese Wirkung ist i.d.R. vom Unternehmen erwünscht, schliesslich soll die Mitarbeiterbeteiligung auch eine langfristige Kaderbildung an das Unternehmen sicherstellen. Vgl. WALTJ, 35 und 83.

³ Vgl. MÜLLER, 63. Für die Gewerkschaften haben tarifliche Lohnsteigerungen und transparente Entlohnung Vorrang vor Beteiligungsmodellen. Vgl. WILKE, MAACK UND PARTNER, 8. Zu weiteren Kritikpunkten an Mitarbeiterbeteiligung vgl. WALTJ, 35 ff.; MÜLLER, 94.

arbeiterbeteiligung an Personen- und Kapitalgesellschaften, wobei der Fokus auf der Gründung einer Gesellschaft liegt.

II. Grundlagen

A. Begriff der Mitarbeiterbeteiligung

In einem (sehr) weiten Sinne kann als Mitarbeiterbeteiligung jede Beteiligung des Arbeitnehmers am Betriebsablauf bezeichnet werden, die über die gesetzlich vorgesehenen Rechte des Mitarbeiters hinausgeht⁴. Nach einem engeren Verständnis ist unter Mitarbeiterbeteiligung *«jede von einem Arbeitgeber gebotene Möglichkeit zu verstehen, durch welche der Arbeitnehmer zusätzlich zur Entlohnung Gelegenheit erhält, sich am Kapital oder Erfolg des Unternehmens zu beteiligen, unabhängig davon, ob diese Leistung an Bedingungen geknüpft ist, welche im direkten Einflussbereich des Arbeitnehmers liegen oder nicht»*⁵. Die Mitarbeiterbeteiligung steht in jedem Fall in einem engen Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis⁶. Letzteres setzt als begriffsnotwendiges Element die entgeltliche Zurverfügungstellung der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer (auf eine bestimmte oder unbestimmte Zeit) gegen Entlohnung und unter Eingliederung in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers (Subordinationsverhältnis) voraus^{7,8}.

Bei der Beteiligung der Mitarbeiter über ihre Arbeitnehmerstellung hinaus können je nach Art der Beteiligung zwei Ebenen betroffen sein: die arbeitsrechtliche und die gesellschaftsrechtliche Ebene. Die Ergänzung des arbeitsrechtlichen Verhältnisses durch gesellschaftsrechtliche Aspekte kann allerdings zu einem Spannungsverhältnis zwischen den fremd- und den selbstbestimmenden Elementen führen⁹. Auf der einen Seite stellt die Subordination eines der wesentlichen Elemente des Arbeitsverhältnisses dar¹⁰. Der Arbeitnehmer ist persönlich, organisatorisch, zeitlich und wirtschaftlich in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert und untersteht seiner Direktionsgewalt¹¹. Dies

⁴ PORTMANN, N 15.

⁵ MÜLLER, 64 (Hervorhebung im Original).

⁶ PORTMANN, N 12.

⁷ Vgl. Art. 319 Abs. 1 OR. Eingehend zu Elementen des Einzelarbeitsvertrages vgl. GEISER/MÜLLER, N 100 ff.

⁸ Die Begriffe Mitarbeiter und Arbeitnehmer werden nachfolgend synonym verwendet und auf Mitarbeiter aller Hierarchiestufen, also unter anderem die obersten Leitungs- und Verwaltungsorganen, bezogen, auch wenn das subordinative Element bei diesen Mitarbeitern im Hintergrund bleibt (vgl. WALTJ, 14 f.)

⁹ Vgl. HANAU, 76.

¹⁰ Art. 321d OR.

¹¹ GEISER/MÜLLER, N 108 ff. m.w.H.

gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch für die Organe einer Gesellschaft – in etwa den Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft (AG) oder den Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH). Bei diesen wird dann ein Arbeitsverhältnis mit der Gesellschaft angenommen, wenn ein Subordinationsverhältnis vorliegt¹². Auf der anderen Seite ist dem Gesellschaftsrecht hingegen der sog. *animus societatis* – d.h. die gemeinsame Zweckverfolgung – inhärent (auch wenn das Gesellschaftsrecht selbst nicht frei von Interessengegensätzen ist)^{13,14}. Besonders deutlich kommt dieser *animus societatis* bei Personengesellschaften zum Ausdruck: der Begriff «Gesellschaft» setzt gem. Art. 530 OR eine vertragsmässige Personenverbindung «zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln» voraus¹⁵. Auch bei juristischen Personen, die sich gegenüber ihren einzelnen Gesellschaftern «juristisch verselbstständigt» haben, ist der Zweck der Gesellschaft – namentlich der von allen Gesellschaftern angestrebte unmittelbare Erfolg – den Gesellschaftern gemein¹⁶. Vor diesem Hintergrund können die vertragliche bzw. arbeitsrechtliche Bindung des Arbeitnehmers und seine Gesellschafterstellung zu einem schuld- und gesellschaftsrechtlichen Doppelverhältnis führen. Wie noch zu zeigen sein wird, bedingt das Doppelverhältnis unter anderem, dass der Mitarbeiter-Gesellschafter besonderen Pflichten aus dem Arbeitsvertrag sowie zusätzlichen Pflichten aus seiner Gesellschafterstellung unterliegen kann, beispielsweise der Treuepflicht als Arbeitnehmer und als GmbH-Gesellschafter¹⁷. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind jedoch die gesellschaftsrechtlichen und die vertraglichen Verhältnisse trotz ihrer engen Beziehung in Bezug auf Entstehung, Wirkung und Auflösung auseinander zu halten¹⁸.

¹² Vgl. BGE 130 III 213 E. 2.1, S. 216 f. m.w.H. auf die Rechtsprechung und die Lehre; s. auch SENTI, 25 f. m.w.H. auf die Rechtsprechung.

¹³ Das Arbeitsverhältnis kann ebenfalls nicht ausschliesslich antagonistisch, sondern auch als Gemeinschaftsverhältnis verstanden und praktiziert werden. Insbesondere kennen auch Arbeitsverhältnisse bestimmte gesellschaftsrechtliche Elemente, beispielsweise die Treuepflicht des Arbeitnehmers (Art. 321a OR) und die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (Art. 2 Abs. 1 ZGB; dazu GEISER/MÜLLER, N 453 ff.), die Abfindung beim Ausscheiden (Art. 339b OR; vgl. GEISER/MÜLLER, N 689 ff. zur gesetzlichen und vertraglichen Abgangsentschädigung) und die Erhaltung der Arbeitsverhältnisse beim Betriebsübergang (Art. 333 OR). Auch wenn diese Elemente formell nicht dem Gesellschaftsrecht entstammen, können sie jedoch «nach Geist und Inhalt» dem Gesellschaftsrecht zugerechnet werden, vgl. HANAU, 76.

¹⁴ Vgl. HANAU, 76.

¹⁵ Vgl. BSK OR II-HANDSCHIN, Art. 530 N 4.

¹⁶ Vgl. ZK-JUNG, Art. 620 N 61.

¹⁷ Vgl. Abschnitt IV.

¹⁸ Vgl. BGE 130 III 213 E. 2.1, S. 216 f. m.w.H. (die gesellschaftsrechtliche Stellung des dem Bundesgericht vorgelegenen Falles war konkret durch die Organstellung [Verwaltungsrat einer AG] begründet); vgl. SENTI, 25 f. m.w.H.

B. Formen der Mitarbeiterbeteiligung

Die Erscheinungsformen der Mitarbeiterbeteiligungsmodelle sind vielfältig und variieren je nach Rechtsform der Arbeitgeberunternehmung sowie der verfolgten Zielsetzung¹⁹ des von ihr gewählten Mitarbeiterbeteiligungsmodells²⁰. Ausgehend von diesen beiden Elementen können materielle und immaterielle Formen der Mitarbeiterbeteiligungen unterschieden werden²¹.

1. Materielle Mitarbeiterbeteiligung

Die materielle Mitarbeiterbeteiligung basiert auf einem vermögensrechtlichen Verhältnis zwischen dem Mitarbeiter und dem Unternehmen²². Dabei ist zwischen der (schuldrechtlichen) Erfolgsbeteiligung und der Beteiligung am Kapital des Unternehmens zu differenzieren.

a) Erfolgsbeteiligung

Als (schuldrechtliche) Erfolgsbeteiligungen werden generell Gestaltungsformen verstanden, bei denen der Mitarbeiter über das vereinbarte Gehalt hinaus eine zusätzliche, variable und von der wirtschaftlichen Entwicklung der Arbeitnehmersgesellschaft abhängige monetäre Vergütung erhält²³. Als Bemessungsgrundlage können unterschiedliche betriebswirtschaftliche Kennzahlen verwendet werden. Art. 322a Abs. 1 OR erwähnt den Anteil am Gewinn, den Anteil am Umsatz sowie sonstige Anteile am Geschäftsergebnis²⁴. Die Ausrichtung der Erfolgsbeteiligung ist auch in Abhängigkeit vom Unterneh-

¹⁹ Vgl. den nachfolgenden Abschnitt III zu den Zielsetzungen der Mitarbeiterbeteiligung.

²⁰ In regulatorischer Hinsicht ist zu beachten, dass Mitarbeiterbeteiligungspläne eine kollektive Kapitalanlage i.S. von Art. 7 Kollektivanlagengesetz (KAG) sein können. Immerhin stellt Art. 3 Abs. 2 lit. e KAG klar, dass das Anbieten solcher Pläne keinen Vertrieb darstellt. De lege ferenda statuiert Art. 37 Abs. 1 lit. g FIDLEG eine Ausnahmebestimmung: gemäss dieser Norm muss kein Prospekt veröffentlicht werden beim Angebot von Effekten, «die Arbeitgeber oder verbundene Unternehmen derzeitigen oder ehemaligen Mitgliedern des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung oder ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern anbieten oder zuteilen». Ausführlich zur regulatorischen Erfassung von Mitarbeiterbeteiligungsplänen: JUTZI/SCHÄREN, N 698, N 1061 f., N 1110.

²¹ Vgl. WALTJ, 5 ff.; SCHANZ, 627.

²² WALTJ, 6.

²³ WALTJ, 6; PORTMANN, N 17; SCHNEIDER/FRITZ, 39.

²⁴ Vgl. dazu MÜLLER, 69 f.; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 322a N 2 ff.; SCHNEIDER/FRITZ, 45 ff.

menenswert (welcher beispielsweise mittels Discounted Cash Flow ausgedrückt werden kann), vom Aktienkurs oder strategisch-orientierten Erfolgsparametern (z.B. der Marktanteil, die Eigenkapitalrendite) denkbar²⁵. Da die (rudimentäre) gesetzliche Regelung der Beteiligung am Geschäftsergebnis bzw. Unternehmenserfolg dispositiver Natur ist, unterliegt die konkrete Ausgestaltung der Erfolgsbeteiligung primär der Parteiautonomie. Massgebend für die Erfolgsbeteiligung sind deshalb in erster Linie die getroffene Parteiabrede und subsidiär die gesetzlichen Bestimmungen sowie die allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätze²⁶. Ein Spezialfall der Gewinnbeteiligung, auf den noch gesondert eingegangen wird, ist die aktienrechtliche Ausrichtung von Tantiemen an Mitglieder des Verwaltungsrats einer AG nach Art. 677 OR²⁷.

Zu beachten ist, dass durch die Erfolgsbeteiligung das Betriebsrisiko nicht auf den Arbeitnehmer überwältzt werden darf, so dass diese Art der Entlohnung stets mit einer Minimallohngarantie verbunden sein muss²⁸. Während der Lohn grundsätzlich am Ende jedes Monats zu entrichten ist²⁹, ist der Anteil am Geschäftsergebnis auszurichten, sobald dieser feststeht, spätestens jedoch sechs Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres³⁰. Art. 322a Abs. 2 und Abs. 3 OR räumen dem Arbeitnehmer Einsichts- und Auskunftsrechte in die Geschäftsbücher ein und stellen damit die Kontrolle der Berechnung durch den Arbeitnehmer sicher³¹.

Die Erfolgsbeteiligung i.S.v. Art. 322a OR hängt grundsätzlich nicht von der individuellen Leistung des Mitarbeiters ab³². Es ist allerdings zulässig, den für die variable Vergütung massgebenden Erfolg auch an die individuelle Leistung des Arbeitnehmers anzuknüpfen³³, z.B. in Form einer Provision³⁴, einer individuell vereinbarten Gratifikation³⁵ oder eines Bonus. Der gebräuchliche

²⁵ Vgl. PORTMANN, N 17.

²⁶ PORTMANN, N 19.

²⁷ Vgl. dazu unten IV.B.1c)aa).

²⁸ GEISER/MÜLLER, N 397. Soll die Erfolgsbeteiligung ausnahmsweise nicht zusätzlicher, sondern alleiniger Lohnbestandteil sein, muss sie schriftlich vereinbart werden und zudem ein angemessenes Entgelt garantieren (Art. 349a Abs. 2 OR analog), siehe dazu VISCHER, 108 m.w.H.

²⁹ Art. 323 Abs. 1 OR.

³⁰ Art. 323 Abs. 3 OR.

³¹ Vgl. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 322a N 6.

³² MÜLLER, 70; PORTMANN, N 17.

³³ PORTMANN, N 17.

³⁴ Vgl. Art. 322b f. OR; siehe dazu MÜLLER, 71 ff.

³⁵ Eine Gratifikation gem. Art. 322d OR ist grundsätzlich keine Beteiligung am Geschäftsergebnis, jedoch kann ihre Höhe je nach vertraglicher Vereinbarung von diesem abhängig gemacht werden. Im Gegensatz zur Erfolgsbeteiligung als variable Vergütung, welche dem Mitarbeiter auszurichten ist, sofern die massgebenden Voraussetzungen eingetreten sind, besteht vermutungsweise kein Anspruch auf die

Begriff «Bonus» sagt jedoch nichts über die rechtliche Ausgestaltung im Einzelfall aus (der Begriff ist gesetzlich nicht definiert)³⁶. Bei einem Bonus kann es sich um eine Gratifikation, einen variablen Lohnbestandteil, welcher sich am Geschäftsergebnis i.S.v. Art. 322a OR orientiert, oder um eine Mischform handeln³⁷ – die Erscheinungsformen individueller Erfolgsbeteiligungen sind deshalb vielfältig.

Schliesslich können Erfolgsbeteiligungen bezüglich ihrer zeitlichen Ausrichtung differenziert werden. Während mit kurzfristig orientierter Erfolgsbeteiligung (beispielsweise für die Dauer eines Geschäfts- bzw. Kalenderjahres) stärkere Leistungsanreize für die Mitarbeiter verbunden sind, können langfristig orientierte Gestaltungsformen personalpolitisch und strategisch eingesetzt werden³⁸. Einerseits können sie die Betriebsbindung bzw. Betriebstreue der Mitarbeiter fördern, andererseits können sie eine nachhaltige und langfristige Unternehmensentwicklung begünstigen. Zwar enthält das geltende schweizerische Recht keine Verpflichtung zu einer nachhaltig orientierten Unternehmenspolitik, es steht aber einem solchen Postulat immerhin wohlwollend gegenüber³⁹. Eine explizite Forderung der Orientierung der erfolgsabhängigen Vergütung am langfristigen Unternehmenserfolg enthält das Rundschreiben 2010/1 der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA)⁴⁰, welches auf gewisse Finanzinstitute Anwendung findet⁴¹. Das Rundschreiben legt zehn Grundsätze als Mindeststandards fest, welche von Finanzinstituten umzusetzen sind. Im Vordergrund stehen dabei die Transparenz und die Nachhaltigkeit der Vergütungssysteme. So sollen die variablen Teile der Vergütung am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens anknüpfen: im Einzelnen wird explizit verlangt, dass die Grösse des Gesamtpools, aus welchem variable Vergütungen ausbezahlt werden, vom langfristigen Erfolg des Unternehmens abhängig ist⁴². Der Gesamtpool muss bei schlechtem Geschäftsgang massgeblich reduziert werden oder gar vollständig entfallen⁴³.

Ausrichtung der Gratifikation, sofern dies nicht explizit im Arbeitsvertrag vereinbart wurde. Eingehend zur rechtlichen Qualifikation der Gratifikation: MÜLLER, 73 ff.; PORTMANN, N 24 ff.

³⁶ Einzig Art. 14 Abs. 1 Ziff. 1 Vergütungsverordnung (VegüV) erwähnt die Bonifikation als Bestandteil der Vergütung.

³⁷ PORTMANN, N 43. Eingehend zur Rechtsnatur des Bonus PORTMANN, N 34 ff. m.w.H.

³⁸ Vgl. SCHNEIDER/FRITZ, 42 f.

³⁹ Vgl. FORSTMOSER, 161 m.w.H.

⁴⁰ FINMA-Rundschreiben 2010/1, Vergütungssysteme Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten vom 21.10.2009 (zit.: FINMA-RS 2010/1).

⁴¹ Vgl. zum Anwendungsbereich des Rundschreibens FINMA-RS 2010/1, Rz. 4 ff. Ausführlich zum FINMA-RS 2010/1: JUTZI, Unternehmenspublizität, 300 ff.

⁴² FINMA-RS 2010/1, Rz. 40 ff.

⁴³ FINMA-RS 2010/1, Rz. 42.

b) Kapitalbeteiligung

Im Rahmen einer Kapitalbeteiligung stellen Mitarbeiter (in juristischer Hinsicht) dem Unternehmen Kapital zur Verfügung. Im Hinblick auf die Unternehmensfinanzierung kann nach der Mittelherkunft differenziert und dabei zwischen Fremdkapitalbeteiligung und Eigenkapitalbeteiligung unterschieden werden⁴⁴. Im ersten Fall wird eine schuldrechtliche Mitarbeiterbeteiligung begründet; im zweiten Fall liegt infolge der Partizipation am Eigenkapital der Gesellschaft eine gesellschaftsrechtliche bzw. körperschaftliche Beteiligung des Mitarbeiters vor⁴⁵. Während die Beteiligung am Fremdkapital weitgehend rechtsformunabhängig erfolgen kann, ist die Eigenkapitalbeteiligung an die Rechtsform der Arbeitgeberunternehmung gebunden. Ebenfalls zu berücksichtigen sind mezzanine Unternehmensfinanzierungsformen, die eine Kombination von Eigen- und Fremdkapitalinstrumenten darstellen und auch im Rahmen einer Mitarbeiterbeteiligung eingesetzt werden können.

aa) Fremdkapitalbeteiligung

Bei einer Fremdkapitalbeteiligung des Mitarbeiters erlangt dieser eine schuldrechtliche Verbindlichkeit der Gesellschaft ihm gegenüber⁴⁶ und nimmt die Position eines Gläubigers ein. In der Regel erhält er für seine Fremdkapitalbeteiligung eine Verzinsung. Zudem steht ihm eine vom wirtschaftlichen Geschäftsgang unabhängige Rückzahlung seiner Fremdkapitalbeteiligung zu. Allerdings besteht i.d.R. keine Möglichkeit der Einflussnahme auf das Unternehmensgeschehen⁴⁷. Die Fremdkapitalbeteiligung kann insbesondere in Gestalt von (partiarischen) Mitarbeiterdarlehen, Anleihensobligationen oder Mitarbeitersparplänen erfolgen⁴⁸.

Namentlich das Mitarbeiterdarlehen, bei welchem der Mitarbeiter der Gesellschaft zusätzliches Kapital zur Verfügung stellt, ist ein einfaches Instrument der Mitarbeiterbeteiligung, das lediglich mit geringem administrativen Auf-

⁴⁴ Teilweise wird in der Lehre bei den Abhandlungen zu Mitarbeiterbeteiligungen unter dem Begriff «Kapitalbeteiligung» einzig die Eigenkapitalbeteiligung verstanden (vgl. RISI, 104, der vom «*Employee Participation*» und «*Employee Ownership*» (Hervorhebung im Original) spricht; siehe auch HANAU, 75 f.). Da jedoch die Mitarbeiterbeteiligung am Fremdkapital auch eine Vorstufe zur Eigenkapitalbeteiligung darstellen kann und angesichts vielfältiger Möglichkeiten von Mezzanine-Finanzierungen, erscheint die Beschränkung der Mitarbeiterbeteiligungen auf lediglich Eigenkapitalbeteiligung nicht sachgerecht. Vgl. auch HEUBERGER, 28 ff.

⁴⁵ WALTJ, 6.

⁴⁶ Vgl. WALTJ, 7 f.

⁴⁷ Vgl. SCHNEIDER/FRITZ, 112.

⁴⁸ Vgl. WALTJ, 7 f.; PORTMANN, N 50.

wand verbunden und rechtsformunabhängig möglich ist⁴⁹. Mitwirkungs- oder Kontrollrechte des Mitarbeiter-Darlehensgebers sind mit dem Darlehen nicht verbunden⁵⁰. Hingegen profitieren die Mitarbeiter von einer i.d.R. über dem von den Banken gewährten Sparzins liegenden Rendite. Für die Arbeitnehmerunternehmung bietet das Mitarbeiterdarlehen den Vorteil, zu günstigeren Konditionen als bei einem Bankkredit ihren Kapitalbedarf decken zu können⁵¹. Zudem kann die Liquiditätslage des Unternehmens auf diese Weise gestärkt werden, auch wenn das Darlehen als Fremdkapital nicht zur Verbesserung der Kapitalstruktur des Unternehmens führt⁵². Anstatt oder zusätzlich zu einem festen Zinssatz kann auch ein gewinnabhängiger Zinssatz vereinbart werden, wodurch dem Mitarbeiter ermöglicht wird, an einer guten Ertragslage der Arbeitgeberunternehmung teilzuhaben⁵³. In einem solchen Fall wird vom partiarischen Darlehen gesprochen^{54,55}.

bb) Eigenkapitalbeteiligung

Eine Eigenkapitalbeteiligung des Mitarbeiters führt zu einer anteilmässigen Beteiligung am Gesellschaftskapital, d.h. der Mitarbeiter wird durch den Beteiligungserwerb zum Mitgesellschafter. Die Beteiligung als Mitgesellschafter kann je nach Gesellschaftsform direkt oder indirekt erfolgen. Bei direkter Kapitalbeteiligung erwirbt der Mitarbeiter unmittelbar Beteiligungsrechte am Arbeitgeberunternehmen. Eine indirekte Kapitalbeteiligung liegt demgegenüber dann vor, wenn Mitarbeiter Beteiligungsrechte an einer zwischengeschalteten Rechtsperson erwerben, welche ihrerseits die Gesellschaftsanteile des Arbeitgeberunternehmens hält⁵⁶.

Durch die teilweise Substitution des Lohns des Mitarbeiters durch die Kapitalbeteiligung kann der Arbeitgeber «aus Personalkosten Eigenkapital machen»⁵⁷. Die Kapitalbeteiligung und die Erfolgsbeteiligung sind insofern mit-

⁴⁹ Vgl. HÜTTICHE, 627 f.; SCHNEIDER/FRITZ, 121.

⁵⁰ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 15 N 5.

⁵¹ PORTMANN, N 50.

⁵² HÜTTICHE, 627.

⁵³ Vgl. SCHNEIDER/FRITZ, 124.

⁵⁴ Vgl. zum partiarischen Darlehen MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 92 f., § 15 N 5.

⁵⁵ Grundsätzlich ist auch die Vereinbarung der Mittragung von Verlusten im Rahmen eines partiarischen Darlehens möglich. Werden dem Mitarbeiter zusätzlich Mitwirkungsrechte eingeräumt, so könnte das Verhältnis als Gesellschaftsverhältnis qualifiziert werden; zur Abgrenzung zwischen Gesellschaft und partiarischem Darlehen vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 93 ff.

⁵⁶ PORTMANN, N 53 f.; HELBLING, 18 f.; SCHNEIDER/FRITZ, 114 f. Eine solche indirekte Kapitalbeteiligung ist bei einer Kollektivgesellschaft ausgeschlossen, da an dieser definitionsgemäss nur natürliche Personen beteiligt sein können (Art. 552 Abs. 1 OR).

⁵⁷ PORTMANN, N 45.

einander vergleichbar, als beide Beteiligungsformen von der Steigerung des Unternehmenswerts abhängen und an dieselben Parameter anknüpfen können; in der Praxis werden sie deshalb oft kombiniert⁵⁸. Die Form der Vergütung stellt allerdings einen grundsätzlichen Unterschied zwischen der Erfolgs- und Kapitalbeteiligung dar: bei der Erfolgsbeteiligung hat der Mitarbeiter einen schuldrechtlichen monetären Anspruch gegen das Arbeitgeberunternehmen, hingegen ist sein Anspruch bei der Kapitalbeteiligung gesellschaftsrechtlicher Natur und bezieht sich auf die Einräumung der Gesellschafterstellung⁵⁹.

Das charakteristische Merkmal dieser Gesellschafterstellung ist zum einen die Beteiligung des Eigenkapitalgebers am Gewinn und am Verlust der Gesellschaft⁶⁰. Zum anderen verleiht aber die Gesellschafterstellung dem Arbeitnehmer zusätzliche Rechte. Es handelt sich um gesellschaftsspezifische Mitwirkungs-, Informations- und Einsichtsrechte, die an die Stellung des Mitarbeiters als Mitgesellschafter anknüpfen und über die arbeitnehmerspezifischen Informations- und Mitbestimmungsrechte hinausgehen⁶¹. Die Gesellschafterstellung kann allerdings auch bestimmte Verpflichtungen mit sich bringen. Beispielsweise unterliegen Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft und einer Kollektivgesellschaft einer Beitragspflicht⁶² sowie gesellschaftsspezifischen Konkurrenzverboten⁶³; Gesellschaftern einer GmbH können Nachschuss- und Nebenleistungspflichten auferlegt werden⁶⁴, zudem ist auch das GmbH-spezifische Konkurrenzverbot zu beachten⁶⁵. Schliesslich verändert die Eigenkapitalbeteiligung die Struktur der Gesellschaft, beeinflusst die Stellung der Altgesellschafter und kann – je nach Ausgestaltung – die Kapital- und Liquiditätsstruktur der Gesellschaft verbessern⁶⁶.

Die Kapitalbeteiligung der Mitarbeiter wird nicht explizit gesetzlich geregelt⁶⁷, immerhin wird aber die Mitarbeiterbeteiligung vereinzelt im Aktien-

⁵⁸ So kann eine Gratifikation ganz oder teilweise anstelle einer Geldleistung in Form von Mitarbeiteraktien ausgerichtet werden; teilweise wird Mitarbeitern ein diesbezügliches Recht eingeräumt, vgl. dazu PORTMANN, N 47.

⁵⁹ Vgl. PORTMANN, N 48.

⁶⁰ SCHNEIDER/FRITZ, 112.

⁶¹ Vgl. dazu den nachfolgenden Abschnitt II.B.2.

⁶² Vgl. Art. 531 Abs. 1 OR, Art. 557 Abs. 2 i.V.m. Art. 531 Abs. 1 OR. Zwar kann der Beitrag eines Gesellschafters in der Leistung seiner Arbeit bestehen (vgl. Art. 531 Abs. 1 OR), doch müsste u.E. differenziert werden, ob in einem solchen Fall der Mitarbeiter seine Leistung als Arbeitnehmer in einem Subordinationsverhältnis auf der Grundlage eines Arbeitsvertrages erbringt und/oder ob er auf der Grundlage eines Gesellschaftsvertrages tätig wird.

⁶³ Vgl. Art. 536 OR, Art. 561 OR.

⁶⁴ Vgl. Art. 795 f. OR, Art. 796 OR.

⁶⁵ Vgl. Art. 803 OR.

⁶⁶ HÜTTICHE, 106; SCHANZ, 629.

⁶⁷ Vgl. PORTMANN, N 46.

recht erwähnt⁶⁸. Für die Begründung und Ausgestaltung der Mitarbeiterbeteiligung ist somit auf die gesellschaftsrechtlichen Regelungen zur Gründung bzw. Aufnahme neuer Gesellschafter zurückzugreifen, die je nach der Gesellschaftsform – d.h. einfache Gesellschaft, Kollektiv- und Kommanditgesellschaft (KIG und KmG), AG, GmbH oder Genossenschaft – divergieren⁶⁹. Wie zu zeigen sein wird, eignen sich jedoch nicht alle Gesellschaftsformen für die Eigenkapitalbeteiligung der Mitarbeiter⁷⁰.

cc) Mezzanine Formen

Neben der reinen Fremd- und Eigenkapitalbeteiligung der Mitarbeiter werden in der Praxis auch Mitarbeiterbeteiligungsinstrumente eingesetzt, die eine Mischung aus Fremd- und Eigenkapitalelementen darstellen. Es handelt sich um mezzanine Unternehmensfinanzierungsformen, darunter insbesondere stille Beteiligungen, je nach Ausgestaltung Genussrechte und Genussscheine sowie Wandel- und Optionsrechte⁷¹.

Mit einer stillen Beteiligung oder einer stillen Gesellschaft – welche keine Regelung im OR erfahren hat und Ähnlichkeiten mit einem partiarischen Darlehen aufweist –, beteiligt sich ein Geldgeber an der Vermögenseinlage des Hauptgesellschafters in die Gesellschaft. Letzterer ist alleiniger Geschäftsinhaber und handelt im eigenen Namen und (zumindest juristisch) auf eigene Rechnung. Einen direkten Einfluss auf das operative Geschehen der Mitarbeiterunternehmung hat der still Beteiligte nicht; es handelt sich um eine reine Innengesellschaft zwischen dem Geldgeber und dem Hauptgesellschafter⁷². Im Gegensatz zum Darlehen bilden die Beteiligten eine vertragliche Zweckgemeinschaft und weisen demzufolge den Willen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks i.S.v. Art. 530 Abs. 1 OR auf. Der Geldgeber ist zwar nicht direkt am Kapital der Hauptgesellschaft beteiligt, doch im Innenverhältnis bildet er mit dem Hauptgesellschafter eine einfache Gesellschaft, weswegen er im Innenverhältnis über gesellschaftsrechtliche Mitwirkungsrechte verfügt und am Gewinn und Verlust beteiligt ist⁷³. Der Vorteil der stillen Gesellschaft besteht darin, dass sie grundsätzlich für alle Rechtsformen des Mit-

⁶⁸ Vgl. Art. 652b Abs. 2 OR (Beteiligung der Arbeitnehmer als wichtiger Grund für die Aufhebung des Bezugsrechts) und Art. 653 Abs. 1 OR (bedingte Kapitalerhöhung und Bezugsrecht der Arbeitnehmer).

⁶⁹ Vgl. dazu Abschnitt IV.

⁷⁰ Vgl. Abschnitt IV.

⁷¹ Eingehend zu rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten mezzanine Finanzierungsinstrumenten: BOHRER, 351.

⁷² MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 15 N 15.

⁷³ Urteil (des Bundesgerichts) 6B_459/2007 vom 18.01.2008 E. 8.6.2; vgl. auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 15 N 32 ff. und 27 m.w.H.

arbeiterunternehmens geeignet ist. Zudem besteht infolge fehlender gesetzlicher Regelung der stillen Gesellschaft sowie der Vertragsfreiheit eine grosse Flexibilität im Hinblick auf die Ausgestaltung im Einzelfall. Je nach Rechtsform ist es beispielsweise möglich, die Mitarbeiter an einer zwischengeschalteten Gesellschaft, welche Anteile an der Arbeitgeberunternehmung hält, zu beteiligen, wodurch vor allem der Verwaltungsaufwand reduziert werden kann⁷⁴.

Keine eigentliche mezzanine Mitarbeiterbeteiligungsform sind sog. Phantom Stocks, welche den Aktien zwar nachgebildet sind, aber keine Kapitalbeteiligung, sondern eine schuldrechtliche Erfolgsbeteiligung darstellen⁷⁵. Phantom Stocks stellen den Mitarbeiter wirtschaftlich so, als ob er mitgliedschaftlich beteiligt wäre, d.h. am Ende der Beurteilungsperiode erhält der Mitarbeiter eine Entschädigung in bar, die dem fiktiven Wert der Aktie der Arbeitgeberunternehmung zum entsprechenden Zeitpunkt entspricht⁷⁶. Allerdings stellt diese vertragliche Erfolgsbeteiligung dem Mitarbeiter keine Beteiligung am Eigenkapital oder weitere Rechte wie Stimm- und Dividendenrechte in Aussicht. Phantom Stocks weisen deshalb den Vorteil auf, dass keine Transaktionskosten für die Beschaffung der Aktien anfallen. Allerdings kann je nach Kursentwicklung ein hoher Liquiditätsgewinn bestehen, der sich nachteilig auf die Kursentwicklung auswirken kann⁷⁷.

Auf die gesellschaftsrechtlichen Genussscheine sowie Optionsrechte wird in den entsprechenden rechtsformspezifischen Ausführungen näher eingegangen⁷⁸.

2. *Immaterielle Mitarbeiterbeteiligung*

Aufgrund ihrer Stellung als Arbeitnehmer verfügen diese über bestimmte Rechte auf Information, Mitsprache und Mitentscheidung auf verschiedenen Funktionsebenen⁷⁹. Es besteht insbesondere ein Informationsrecht bezüglich aller Angelegenheiten, deren Kenntnis Voraussetzung für eine ordnungsgemässe Erfüllung ihrer Aufgaben ist⁸⁰, zudem muss mindestens einmal jährlich eine Unterrichtung der Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber über die Auswirkungen des Geschäftsganges auf die Beschäftigung und die Beschäftigten

⁷⁴ Vgl. SCHNEIDER/FRITZ, 143.

⁷⁵ Vgl. HELBLING, 27; ESTV KS Nr. 37/2013, Ziff. 2.3.

⁷⁶ HELBLING, 28.

⁷⁷ HELBLING, 28.

⁷⁸ Vgl. unten V.2.a)bb) und ee).

⁷⁹ VISCHER, 146 f.

⁸⁰ Vgl. Art. 9 Abs. 1 Mitwirkungsgesetz.

stattfinden^{81,82}. Art. 10 des Mitwirkungsgesetzes gewährt den Arbeitnehmern bzw. der Arbeitnehmervertretung weitere Informationsrechte, nämlich im Hinblick auf Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz⁸³, berufliche Vorsorge⁸⁴, Betriebsübernahme⁸⁵ sowie im Hinblick auf Massenentlassungen^{86,87}. Des Weiteren ist im Rahmen einer Fusion, Spaltung sowie Vermögensübertragung eine Konsultation der Arbeitnehmervertretung bei der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft vorgesehen⁸⁸. Allerdings beschränken sich die Mitwirkungsrechte der Mitarbeiter auf arbeitnehmerspezifische Belange und erschöpfen sich letztlich in einem Informations- und Anhörungsrecht; ein Anspruch auf Mitentscheidung ist damit nicht verbunden⁸⁹.

Demgegenüber stellt die Beteiligung am Gesellschaftskapital (Eigenkapitalbeteiligung) eine «partizipative Form»⁹⁰ der Mitarbeiterbeteiligung dar, die den Mitarbeitern weitergehende Mitbestimmungs-, Informations- und Einsichtsrechte (über die Arbeitnehmerbelange) hinaus gewährt. Es handelt sich um gesellschaftsrechtliche Mitwirkungsrechte in Entscheidungsprozessen der Gesellschaft, die grundsätzlich an die mit der Eigenkapitalbeteiligung bzw. Kapitaleinlage verbundene Gesellschafterstellung des Mitarbeiters anknüpfen und je nach Gesellschaftsform divergieren.

Eine umfassende Partizipation der Gesellschafter sieht das Recht der Personengesellschaften vor, bei welchen ohnehin keine scharfe Trennung zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft besteht⁹¹: das massgebliche Mitwirkungsrecht eines Gesellschafters einer Personengesellschaft ist die Teilnahme

⁸¹ Vgl. Art. 9 Abs. 2 Mitwirkungsgesetz.

⁸² Art. 9 sowie auch Art. 10 Mitwirkungsgesetz sprechen zwar in diesem Zusammenhang vom Informationsrecht der Arbeitnehmervertretung, gemäss Art. 4 Mitwirkungsgesetz stehen diese Rechte jedoch auch jedem einzelnen Arbeitnehmer zu, sofern keine Arbeitnehmervertretung vorhanden ist.

⁸³ Art. 10 lit. a Mitwirkungsgesetz.

⁸⁴ Art. 10 lit. d Mitwirkungsgesetz.

⁸⁵ Art. 10 lit. b Mitwirkungsgesetz.

⁸⁶ Art. 10 lit. c Mitwirkungsgesetz.

⁸⁷ Eingehend dazu VISCHER, 149 ff.

⁸⁸ Art. 28, Art. 50 und Art. 77 FusG i.V.m. Art. 333a OR; VISCHER, 150.

⁸⁹ HELBLING, 275; VISCHER, 148. Bei Nichteinhaltung der Konsultationspflicht im Rahmen der Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung kann die Arbeitnehmervertretung vom zuständigen Gericht verlangen, dass die Eintragung der Transaktion im Handelsregister untersagt und ihr Vollzug somit verhindert wird, vgl. VISCHER, 150 f.

⁹⁰ WALTI, 5.

⁹¹ Insbesondere steht das Gesellschaftsvermögen im Gesamteigentum der Gesellschafter (Art. 544 Abs. 1 OR); darüber hinaus haften die Gesellschafter einer Personengesellschaft (mit Ausnahmen des Kommanditärs) persönlich und solidarisch für die Schulden der Gesellschaft: Art. 544 Abs. 3 OR, Art. 551 OR (eG); Art. 568 Abs. 1 OR (KIG); Art. 594 Abs. 1 OR (KmG); vgl. dazu auch KUNZ, 26 f. m.w.H.

an Gesellschaftsbeschlüssen, welche mangels einer anderen vertraglichen Abrede der Einstimmigkeit bedürfen⁹²; zudem verfügen Gesellschafter, die von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind, über unentziehbare und unverzichtbare Rechte, sich persönlich vom Gang der Gesellschaftsangelegenheiten zu informieren und Einsicht in die Geschäftsbücher zu nehmen⁹³.

Auch bei juristischen Personen, bei denen grundsätzlich strikt zwischen der Gesellschafts- und der Gesellschafterebene zu unterscheiden ist⁹⁴, stehen den Gesellschaftern diverse Mitwirkungsrechte zu. Es handelt es sich dabei um Informations- und Auskunftsrechte der Aktionäre bzw. der GmbH-Gesellschafter⁹⁵. Im Vordergrund steht jedoch die Möglichkeit bzw. das Recht, durch die Teilnahme und Abstimmung an der General- bzw. Gesellschafterversammlung⁹⁶ auf den Geschäftsgang Einfluss zu nehmen. Vor allem die mit der Gesellschafterstellung einhergehende Möglichkeit der Ausübung des Stimmrechts dürfte insbesondere für Mitarbeiter kleinerer Kapitalgesellschaften von besonderer Bedeutung sein, da diese infolge ihrer Stellung als «Mitunternehmer» in die Gesellschaft integriert und auch motiviert sind, an der Entwicklung des Unternehmens mitzuwirken⁹⁷. Hingegen wiegt das Stimmrecht einzelner Mitarbeiter bei grossen oder gar börsenkotierten Akti-

⁹² Art. 534 OR (eG), Art. 557 Abs. 2 i.V.m. Art. 534 OR (KIG), Art. 598 Abs. 2 i.V.m. Art. 534 OR (KmG).

⁹³ Art. 541 Abs. 1 OR (eG), Art. 557 Abs. 2 i.V.m. Art. 541 Abs. 2 OR, Art. 598 Abs. 2 i.V.m. Art. 541 Abs. 2 OR (KmG); vgl. dazu MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 59 ff. Auch ein Kommanditär einer KmG, welcher gem. Art. 600 Abs. 1 OR zur Geschäftsführung weder berechtigt noch verpflichtet ist, verfügt über bestimmte Kontrollrechte nach Art. 600 Abs. 3 OR.

⁹⁴ Vgl. KUNZ, 25.

⁹⁵ Beispielsweise haben Aktionäre gem. Art. 696 OR das Recht auf Bekanntgabe des Geschäfts- und Revisionsberichts. Darüber hinaus können Aktionäre im Rahmen der Generalversammlung vom Verwaltungsrat Auskünfte über die Angelegenheiten der Gesellschaft und von der Revisionsstelle über Durchführung und Ergebnis ihrer Prüfung verlangen (vgl. zum «dreistufigen Informationskonzept» MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 189 ff.). Bei einer GmbH gehen die Kontrollrechte der Gesellschafter im Vergleich mit einer AG deutlich weiter (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 18 N 87): insbesondere kann jeder Gesellschafter gem. Art. 802 Abs. 1 OR auch ausserhalb der Gesellschafterversammlung Auskünfte über alle Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen. Sofern die GmbH keine Revisionsstelle hat, so darf grundsätzlich jeder Gesellschafter uneingeschränkt Einsicht in die Bücher und Akten der Gesellschaft nehmen (Art. 802 Abs. 2 OR). Mittels Genehmigungsvorbehalten können die GmbH-Gesellschafter direkt auf die Geschäftsführung Einfluss nehmen (Art. 811 Abs. 1 OR; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 18 N 110). Zudem besteht nach dispositiver Regelung von Art. 809 Abs. 1 OR bei einer GmbH das Prinzip der Selbstorganschaft, wonach vermutungsweise die Gesellschafter gemeinsam zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet sind (vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 18 N 117 ff.; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 809 N 2).

⁹⁶ Vgl. Art. 689 OR, Art. 692 OR (AG); Art. 806 OR (GmbH).

⁹⁷ HELBLING, 274.

engesellschaften wesentlich geringer im Vergleich zu KMU-Aktiengesellschaften, jedoch kann das Stimmrecht der Gesamtheit der Mitarbeiteraktionäre auch bei grossen börsenkotierten Gesellschaften eine bedeutende Rolle spielen⁹⁸.

III. Zielsetzungen der Mitarbeiterbeteiligung

Die Wahl einer Mitarbeiterbeteiligungsform ist zum einen von der Rechtsform der Arbeitgeberunternehmung und zum anderen von den Zielsetzungen abhängig, die an die Unternehmensbeteiligung von Arbeitnehmern gestellt werden. Letztere sind vielfältig und variieren im konkreten Einzelfall. Unterschieden werden unter anderem materielle und ideelle, überbetriebliche und innerbetriebliche sowie vermögens- und integrationspolitische Ziele⁹⁹. Die jeweiligen Zielsetzungen, die sich im Verlaufe der Zeit auch ändern können, bestimmen die konkrete Ausgestaltung der einzelnen Beteiligungsmodelle. Auch wenn das in der älteren Literatur diskutierte sozialpolitische Ziel der Überwindung des Gegensatzes zwischen Kapital und Arbeit¹⁰⁰ infolge des gesellschaftlichen Wandels nicht mehr massgebend ist¹⁰¹, so bleibt es dennoch bei Unterschieden zwischen Arbeit und Kapital: insbesondere sind Unternehmensgewinne risikobehafteter als Tätigkeitsvergütungen¹⁰². Während jedoch Unternehmen mithilfe der Rechnungslegung und der Auflösung von stillen Reserven Schwankungen mildern können, ist dies den Arbeitnehmern nicht möglich¹⁰³. Nachfolgend sollen übergreifend die Ziele, die seitens der Unternehmen und seitens der Mitarbeiter mit der Mitarbeiterbeteiligung verfolgt werden, dargestellt werden.

A. Unternehmensbezogene Ziele

Drei zentrale Ziele, die auf Unternehmensseite mit Mitarbeiterbeteiligungen verfolgt werden können, sind (i) die Sicherstellung der Motivation (und allenfalls einer Leistungssteigerung) der Mitarbeiter, (ii) die Personalbindung und -gewinnung sowie (iii) die Verbesserung der Kapitalstruktur und der Liquidität des Unternehmens.

⁹⁸ HELBLING, 274; HEUBERGER, 143 f.

⁹⁹ Vgl. HELBLING, 46 m.w.H. auf die Lehre.

¹⁰⁰ Vgl. RISI, 110.

¹⁰¹ Vgl. HELBLING, 45 m.w.H.; PORTMANN, N 68 (Fn. 229) m.w.H.

¹⁰² HÜTTSCHE, 105.

¹⁰³ HÜTTSCHE, 105.

Mit der Beteiligung der Mitarbeiter am Unternehmen werden diese zu Mitunternehmern¹⁰⁴. Infolgedessen können sie sich besser mit dem Unternehmen und seinen Zielen identifizieren, da sie nun ein direktes Interesse an der Leistungssteigerung und Erhöhung der Produktivität haben. Die Kongruenz der unternehmerischen und persönlichen Ziele führt im Idealfall zu unternehmerischen Denken, zur Steigerung der Leistungsbereitschaft und der persönlicher Performance¹⁰⁵. Dadurch lassen sich direkte und indirekte Kosteneinsparungen realisieren¹⁰⁶. Oft wird im Zusammenhang mit Mitarbeiterbeteiligungen auch vom Ziel der Maximierung des Shareholder Values gesprochen: die Mitarbeiter als Stakeholder werden durch die Beteiligung am Unternehmen zu Shareholdern und sind naturgemäss sehr an der Steigerung des Beteiligungswerts interessiert¹⁰⁷. Zunehmend stehen jedoch das Konzept des Shareholder Values und die damit verbundenen Anreizsysteme in der Kritik, da sie auch zu einem bloss kurzfristig orientierten Handeln verleiten können¹⁰⁸. Infolgedessen haben sich vor allem in Management-Kreisen unterschiedliche Mitarbeiterbeteiligungsmodelle etabliert, mit denen die Ausrichtung des Managements am nachhaltigen Unternehmensinteressen gefördert und die Interessengegensätze zwischen dem Management und Aktionären (Principal-Agent-Problematik) entschärft werden sollen¹⁰⁹.

Infolge der Identifikation der Mitarbeiter mit dem Unternehmen kann die Mitarbeiterbeteiligung zudem als eines der Instrumente zur Gewinnung und Bindung hochqualifizierter Mitarbeiter dienen und dadurch die Personalfluktuations sowie damit verbundene Kosten senken¹¹⁰. Die mit der Personalfluktuations verbundenen Kosten werden auf das fünf- bis zwanzigfache eines Monatslohns geschätzt¹¹¹. Vor allem bei Unternehmen, die auf spezifisch qualifizierte Arbeitskräfte angewiesen sind, kommt der Mitarbeiterbeteiligung eine grosse Rolle im Hinblick auf die Bindung des Humankapitals zu. Darüber hinaus weisen empirischen Studien zufolge Unternehmen mit einer hohen Mitarbeiterbindung weltweit Gewinne aus, die 22 Prozent über den Marktdurchschnitt liegen; hingegen liegen die Ergebnisse bei Unternehmen

¹⁰⁴ HÜTTSCHE, 106.

¹⁰⁵ Vgl. HELBLING, 46; PORTMANN, N 69 f.; WALTI, 25; HEUBERGER, 129 f.

¹⁰⁶ WALTI, 25.

¹⁰⁷ Vgl. HELBLING, 48; PORTMANN, N 69; RISI, 108.

¹⁰⁸ Vgl. RISI, 46 f. m.w.H.; JUTZI, Unternehmensspenden, 264 f.

¹⁰⁹ Vgl. PORTMANN, N 69.

¹¹⁰ HÜTTSCHE, 105; HELBLING, 47 f.; RISI, 108 f.; SCHNEIDER/FRITZ, 21 f.; HEUBERGER, 131 f.

¹¹¹ WALTI, 25 (Fn. 90) m.w.H. Es kann auch davon ausgegangen werden, dass ein neuer Mitarbeiter erst nach ein bis eineinhalb Jahren das Produktivitätsniveau erreicht, das sein Vorgänger realisieren konnte (SCHNEIDER/FRITZ, 22).

mit einem niedrigen Mitarbeiterbindungsgrad 28 Prozent unter dem Mittelwert¹¹².

Neben ihrer Funktion als strategisches und personalpolitisches Instrument können zudem die Mitarbeiterbeteiligungen bei Unternehmen, die sich nicht über den Kapitalmarkt finanzieren können (insbesondere KMU), als Finanzierungsinstrument eingesetzt werden, da das neue, durch die Mitarbeiter eingebrachte Kapital die Kapitalstruktur und/oder die Liquidität des Unternehmens verbessert¹¹³. Sofern die Mitarbeiterbeteiligung einen Teil der Vergütung darstellt und dem Mitarbeiter unentgeltlich zugeteilt wird, entstehen auch Ersparnisse auf der Unternehmensseite. Abgesehen von Start-ups in forschungs- und entwicklungsintensiven Wachstumsbranchen, die infolge hoher Anlaufausgaben eine angespannte Liquiditätssituation aufweisen¹¹⁴, kommt dem Finanzierungsaspekt der Mitarbeiterbeteiligung in der Regel jedoch eine untergeordnete Bedeutung zu¹¹⁵.

Der Einsatz von Mitarbeiterbeteiligungen kann schliesslich auch in spezifischen Unternehmenssituationen vorteilhaft sein: so können die Mitarbeiterbeteiligungen in ihrer Funktion als Finanzierungsinstrument (verbunden mit anderen Massnahmen) in Krisensituationen sinnvoll sein, sofern die Mitarbeiter bereit sind, in einem solchen Fall auf Lohnbestandteile zu verzichten¹¹⁶. Im Vorfeld oder im Rahmen eines Going Public, also eines erstmaligen Börsengangs des Unternehmens, kann ebenfalls der Einbezug der Mitarbeiter angezeigt sein: vor einem Börsengang bedeutet die Einführung der Mitarbeiterbeteiligungen den Vorteil einer schrittweisen Publikumsöffnung des Unternehmens; die Beteiligung der Mitarbeiter anlässlich eines Going Public ist für diese aufgrund der damit verbundenen Aufsicht vorteilhaft¹¹⁷. Da Mitarbeiter als langfristig orientierte Investoren gelten, gehen in Zeiten der volatilen Märkte positive Auswirkungen auf Aktienkurse mit Mitarbeiterbeteiligungen einher¹¹⁸. Ferner können Mitarbeiterbeteiligungen im Hinblick auf die Nachfolgeregelung eingesetzt werden, indem ein geschäftsführender Mehrheitsaktionär leitende Mitarbeiter sukzessive am Unternehmen beteiligt¹¹⁹. Schliesslich kann die Mitarbeiterbeteiligung zum Zweck der Abwehr feindlicher Übernahmeveruche erwähnt werden, da sich Mitarbeiteraktionäre erfah-

¹¹² WOLF, 206 m.w.H. Auf die Mitarbeiterbindung haben jedoch neben der Mitarbeiterbeteiligung unterschiedliche Faktoren Einfluss, in etwa das Betriebsklima, Führungsstil etc.

¹¹³ Vgl. WALT, 26; HELBLING, 51 f.; SCHNEIDER/FRITZ, 22.

¹¹⁴ PORTMANN, N 70; BRAUCHLI ROHRER/WEBER, 32; RISI, 113.

¹¹⁵ Vgl. HELBLING, 51 f. m.w.H.; SCHANZ, 626.

¹¹⁶ Vgl. RISI, 113; NERDINGER/STRACKE/WILKE, 13.

¹¹⁷ Vgl. HELBLING, 50.

¹¹⁸ Vgl. ZBINDEN, 19.

¹¹⁹ Dazu HELBLING, 51 m.w.H.; WALT, 27; ausführlich bei RISI, 111 ff.

rungsgemäss nicht zuletzt aus Sorge um ihren Arbeitsplatz gegenüber dem bisherigen Verwaltungsrat loyal verhalten¹²⁰. Die tatsächliche Eignung der Mitarbeiterbeteiligung zur Übernahmeabwehr erscheint jedoch fraglich, sofern sie nicht zumindest einen substantiellen Umfang erreicht¹²¹.

B. Mitarbeiterbezogene Ziele

Für Mitarbeiter ist die Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens aus finanziellen Gründen von Interesse¹²². Angestrebt wird dabei in erster Linie die (langfristige) Vermögensbildung. Vor allem bei börsenkotierten Aktiengesellschaften erhoffen sich Mitarbeiter ein grösseres Wachstum und eine höhere Rendite der Aktie als im Marktdurchschnitt. Der finanzielle Anreiz entsteht dabei nicht nur durch die Dividende, sondern in erster Linie durch die Wertsteigerung der Aktien und den erzielten, i.d.R. steuerfreien Kapitalgewinn bei einer späteren Veräusserung¹²³. Sofern die Aktien- bzw. Optionenzuteilung an die Mitarbeiter nicht kostenlos erfolgt, sind die Mitarbeiter durch die Investition in Aktien des Arbeitgebers Risiken ausgesetzt. Insbesondere bei nicht unerheblichem Gewicht der Beteiligung im Portfolio des Mitarbeiters kumulieren sich in dessen Person als Arbeitnehmer Risiken des Einkommensverlusts und als Aktionär Risiken des Vermögensverlusts¹²⁴.

Neben dem materiellen Aspekt sind mit Mitarbeiterbeteiligungen je nach Ausgestaltung auch immaterielle Anreize verbunden. Wie bereits erörtert, gehen mit Mitarbeiterbeteiligungen integrative Wirkungen einher¹²⁵. Aus verhaltenspsychologischer Sicht zu erwähnen sind zudem die positiven Auswirkungen auf die Arbeitszufriedenheit und das Betriebsklima, welche wichtige Leistungsdeterminanten darstellen¹²⁶. Zudem kann der Mitarbeiter infolge des Wechsels in die Eigentümerstellung an der Entwicklung des Unterneh-

¹²⁰ WATTER, N 773.

¹²¹ Vgl. HELBLING, 49 m.w.H.; WATTER, N 773; WALTI, 27 f.; RISI, 114.

¹²² HELBLING, 55 und 274.

¹²³ HELBLING, 53 f. Sofern der Mitarbeiter die Aktien unter dem Verkehrswert erwirbt, wird die Differenz zwischen dem Verkehrswert und dem reduzierten Erwerbspreis einmalig als Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit besteuert (Art. 17 Abs. 1, Art. 17b Abs. 1 DBG). Hingegen kann der Mitarbeiter bei der Veräusserung der Aktien aus seinem Privatvermögen an der Wertsteigerung der Aktien partizipieren und einen steuerfreien Kapitalgewinn erzielen (Art. 16 Abs. 3 DBG). Eingehend zur Besteuerung sowie der Abgrenzung von steuerfreiem Kapitalgewinn zu steuerbarem Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit vgl. BÖHI/POLETTI, 386 ff.

¹²⁴ Vgl. ZBINDEN, 19 f. (Fn. 75) m.w.H.; WALTI, 33 f. Das Kursrisiko ist umso höher, je längeren Verfügungsbeschränkungen die Mitarbeiteraktien unterliegen, vgl. HELBLING, 191 f.

¹²⁵ Vgl. oben III.A.

¹²⁶ Vgl. HEUBERGER, 137 f.

mens mitwirken, was über die Mitgliedschaftsrechte erfolgt, die sich in qualitativer Hinsicht grundsätzlich nicht von jenen der Nicht-Mitarbeiter-Gesellschafter unterscheiden¹²⁷. Auch rechtsformabhängige Informationsrechte reichen weiter als die Informationsrechte gemäss Mitwirkungsgesetz¹²⁸.

IV. Rechtliche Auslegeordnung

Die Vereinbarung einer Mitarbeiterbeteiligung hängt massgeblich von der Art der Beteiligung sowie der Rechtsform der Arbeitgeberunternehmung ab. Ein separates Mitarbeiterbeteiligungsgesetz kennt die schweizerische Rechtsordnung nicht¹²⁹. Aus arbeitsrechtlicher Perspektive lässt sich die Mitarbeiterbeteiligung in einem Einzel- oder Gesamtarbeitsvertrag vereinbaren. Zudem sind ggf. – je nach Art der Beteiligung – die zwingenden gesetzlichen Vorschriften zu beachten, die vereinzelt im Arbeits- und Gesellschaftsrecht enthalten sind¹³⁰. Als weitere Grundlagen für die Vereinbarung der Mitarbeiterbeteiligung kommen je nach Rechtsform Statuten und/oder Reglemente in Frage¹³¹.

Allerdings sind nicht alle Rechtsformen für die dargestellten Formen der Mitarbeiterbeteiligung¹³² gleichermassen geeignet. Die Fremdkapitalbeteiligung sowie die Erfolgsbeteiligung kann sowohl bei Personen- als auch bei Kapitalgesellschaften vereinbart werden; abgesehen von speziell geregelten Fällen im Aktienrecht bedürfen solche Vereinbarungen eines entsprechenden Vertrages¹³³. Hingegen läuft die Eigenkapitalbeteiligung auf die Einräumung der Gesellschafterstellung hinaus. Dies erfolgt insbesondere durch den Abschluss bzw. Änderung des Gesellschaftsvertrages, den Anteilserwerb sowie ggf. eine entsprechende Statutenänderung. Die Möglichkeit der Vereinbarung der Eigenkapitalbeteiligung, auf welche nachfolgend der Fokus der Betrachtung liegen wird, sowie ihre Ausgestaltung im Einzelfall hängen mithin massgeblich von der Rechtsform der Arbeitgeberunternehmung ab.

¹²⁷ Vgl. oben II.B.2.

¹²⁸ Vgl. oben II.B.2.

¹²⁹ MÜLLER, 67.

¹³⁰ Art. 322a OR (Anteil am Geschäftsergebnis); Art. 322b ff. OR (Provision); Art. 322d OR (Gratifikation); Art. 3 Gleichstellungsgesetz (Diskriminierungsverbot); vgl. dazu MÜLLER, 67. Zu gesellschaftsrechtlichen Regelungen im Hinblick auf die Mitarbeiterbeteiligung vgl. die nachfolgenden Ausführungen.

¹³¹ Vgl. MÜLLER, 67 f.

¹³² Vgl. Abschnitt V.

¹³³ Die Ausrichtung von Tantiemen als Spezialfall der Gewinnbeteiligung sowie die Ausgabe von Genussscheinen bedürfen einer statutarischen Grundlage, vgl. Art. 627 Ziff. 2 resp. Ziff. 9 OR.

A. Personengesellschaften

Die Personengesellschaften sind primär personalistisch ausgerichtete Gesellschaften und sind daher in erster Linie auf die Gesellschafter als solche und nicht auf ihre mögliche Funktion als Geldgeber fokussiert¹³⁴. Das Gesellschaftsverhältnis ist durch den Willen zur gemeinsamen Zweckverfolgung (*animus societatis*) gekennzeichnet, im Hinblick darauf werden auch die Beiträge geleistet. Das Personengesellschaftsrecht ist weitgehend dispositiv und belässt viel Raum für eine vertragliche Ausgestaltung der einzelnen Verhältnisse zwischen den Gesellschaftern¹³⁵.

1. Einfache Gesellschaft / Kollektivgesellschaft

Bei der einfachen Gesellschaft und der Kollektivgesellschaft haben die Gesellschafter in irgendeiner Form einen Beitrag zur Erreichung des Gesellschaftszwecks zu leisten; die Beitragsleistung ist eine Voraussetzung der Gesellschafterstellung¹³⁶. Grundsätzlich können die Beiträge auch in der Leistung von Arbeit bestehen¹³⁷. In diesem Fall besteht kein besonderer Vergütungsanspruch; mangelt es an einer anderweitigen vertraglichen Vereinbarung wird die Gewinn- und Verlustbeteiligung – unabhängig der geleisteten Beiträge – nach Köpfen berechnet¹³⁸. Zur Sicherstellung eines angemessenen Sozialschutzes ist es allerdings möglich, die Verlustbeteiligung des arbeitbringenden Gesellschafters abzubedingen¹³⁹. Die Erbringung der Arbeit als Beitragsleistung zur Erreichung des Gesellschaftszwecks begründet auf gesellschaftsrechtlicher Basis noch keine Arbeitnehmerstellung. Insbesondere fehlt in einem solchen Fall das für die Annahme des Arbeitsverhältnisses begrifflich erforderliche Subordinationsverhältnis, da die Gesellschafter selbst Parteien des Gesellschaftsvertrages sind und einer gemeinsamen vertraglichen Pflicht, nämlich der gemeinsamen Zweckverfolgung, unterliegen¹⁴⁰.

Grundsätzlich ist die Einräumung einer Gesellschafterstellung zusätzlich zum bestehenden arbeitsrechtlichen Verhältnis möglich¹⁴¹. In diesem Fall ist zwischen zwei Ebenen zu differenzieren: zum einem hat der Mitarbeiter Leistung

¹³⁴ KUNZ, in: Jung/Kunz/Bärtschi, § 7 N 35.

¹³⁵ Vgl. HEUBERGER, 180 f.

¹³⁶ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 36; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 4 N 19.

¹³⁷ Art. 531 Abs. 1 OR.

¹³⁸ Art. 533 Abs. 1 OR; vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 46.

¹³⁹ Art. 533 Abs. 3 OR; vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 78.

¹⁴⁰ Vgl. BSK OR II-HANDSCHIN, Art. 530 N 10; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 88a.

¹⁴¹ Vgl. Urteil (des Bundesgerichts) 4A_320/2010 vom 17.8.2010 E. 3.3.1.

gen zu erbringen, die als gesellschaftliche Beitragsleistungen zu qualifizieren und auf die Förderung des Gesellschaftszwecks gerichtet sind; zum anderen wird der Mitarbeiter auf der Grundlage des Arbeitsvertrages, welcher ausserhalb der gesellschaftsrechtlichen Beziehung des Arbeitnehmer-Gesellschafters steht, tätig¹⁴² und er ist für diese aussergesellschaftlich geschuldete Arbeitsleistung gesondert zu vergüten¹⁴³. Ob im konkreten Einzelfall eine Beitragsleistung oder eine Leistung aus dem Arbeitsverhältnis vorliegt, bestimmt sich nach der konkreten Vereinbarung¹⁴⁴. Entscheidend ist vor allem, dass der Gesellschafter in seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer dem Weisungsrecht des Geschäftsführers unterliegt und ein Subordinationsverhältnis vorliegt¹⁴⁵.

Ein erheblicher Nachteil, der gegen die Mitarbeiterbeteiligung an einer Personengesellschaft spricht, ist die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter. Im Aussenverhältnis haften nämlich die Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft, einer Kollektivgesellschaft und sowie auch Komplementäre einer Kommanditgesellschaft persönlich, unbeschränkt und solidarisch mit ihrem gesamten Vermögen. Da die einfache Gesellschaft über kein eigenes Vermögen verfügt, haften die Gesellschafter für die gemeinschaftlich oder durch Stellvertretung eingegangenen Verpflichtungen primär und ausschliesslich¹⁴⁶. Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft sowie Komplementäre einer Kommanditgesellschaft haften hingegen subsidiär, da das primäre Haftungssubstrat das Gesellschaftsvermögen darstellt¹⁴⁷. Der Grundsatz der unbeschränkten Haftung steht jedoch im Widerspruch zum Prinzip der Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers und seiner besonderen Schutzwürdigkeit und schliesst de facto die Mitarbeiterbeteiligung aus¹⁴⁸.

Die einfache Gesellschaft eignet sich für die Mitarbeiterbeteiligung am gemeinschaftlichen Kapital auch insofern nicht, da sie vom Gesetzgeber nicht für Aufgaben, bei denen grössere wirtschaftliche Risiken einzugehen sind – also zur Führung eines kaufmännischen Unternehmens – konzipiert wurde¹⁴⁹. Die geeignetere Rechtsform wäre die Kollektivgesellschaft. Aber auch bei

¹⁴² FELLMANN/MÜLLER sprechen in diesem Zusammenhang von «Drittgeschäften», vgl.

BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 531 N 24.

¹⁴³ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 39.

¹⁴⁴ BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 531 N 25.

¹⁴⁵ Ein Subordinationsverhältnis wird insbesondere dann zu verneinen sein, wenn ein Mitarbeiter-Gesellschafter einen erheblichen Einfluss auf die Willensbildung in der Gesellschaft hat.

¹⁴⁶ Vgl. BSK OR II-PESTALOZZI/VOGT, Art. 530 N 14.

¹⁴⁷ Art. 568 Abs. 1 und 3 OR, Art. 604 OR; vgl. BSK OR II-PESTALOZZI/VOGT, Art. 568 N 1. Kommanditäre haften gem. Art. 594 Abs. 1 OR nur bis zum Betrag der Kommanditsumme; vgl. die nachfolgenden Ausführungen.

¹⁴⁸ Vgl. HEUBERGER, 181; SCHNEIDER/FRITZ, 109.

¹⁴⁹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 6.

dieser Gesellschaftsform würde die steigende Zahl der Mitarbeiter-Gesellschafter den personenbezogenen Charakter «entpersonalisieren»¹⁵⁰. Sofern mit der Führung eines kaufmännischen Unternehmens grössere wirtschaftliche Risiken verbunden sind, scheint die Kollektivgesellschaft aufgrund der unbeschränkten Haftung der Gesellschafter dennoch nicht für die Eigenkapitalbeteiligung der Mitarbeiter geeignet.

2. *Kommanditgesellschaft*

Während die Rechtstellung des Komplementärs derjenigen des Gesellschafters einer KIG gleicht, besteht der wesentliche Unterschied im Hinblick auf die Rechtsstellung des Kommanditärs in seiner beschränkten Haftung. Dieser haftet nämlich nur bis zum Betrag einer bestimmten Vermögenssumme, der Kommanditeinlage¹⁵¹. Die beschränkte Haftung des Kommanditärs könnte insofern eine Lösung für die Eigenkapitalbeteiligung der Mitarbeiter einer KmG darstellen.

Zum einen sind Kommanditäre nicht an der Geschäftsführung beteiligt¹⁵², sie haben aber im Hinblick auf die Gesellschaftsbeschlüsse, also Handlungen, die über dem gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehen, die gleichen Rechte wie Komplementäre (die Gesellschaftsbeschlüsse sind beim Fehlen einer anderweitigen Vereinbarung einstimmig vorzunehmen¹⁵³). Zum anderen verfügen Kommanditäre über bestimmte Kontrollrechte. Nach Art. 600 Abs. 3 OR sind sie berechtigt, eine Abschrift der Erfolgsrechnung und der Bilanz zu verlangen und deren Richtigkeit unter Einsichtnahme in die Geschäftsbücher und Buchungsbelege oder durch einen unabhängigen Sachverständigen prüfen zu lassen. Schliesslich haben Kommanditäre Anspruch auf Zinsen für ihre Kapitalanteile¹⁵⁴. Die Verlustbeteiligung der Kommanditäre ist auf die Höhe der Kommanditsumme begrenzt¹⁵⁵; m.a.W. trägt der Kommanditär das wirtschaftliche Risiko nur beschränkt. Im Übrigen lässt die dispositive Personen-gesellschaftsrechtsordnung viele Freiräume für die Anpassung des Gesell-

¹⁵⁰ Vgl. HANAU, 79.

¹⁵¹ Art. 594 Abs. 1 OR.

¹⁵² Art. 600 Abs. 1 OR.

¹⁵³ Art. 535 Abs. 3 OR; vgl. BSK OR II-HANDSCHIN, Art. 600 N 3.

¹⁵⁴ Art. 598 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 558 Abs. 2 OR.

¹⁵⁵ Art. 601 Abs. 1 OR. Im Hinblick auf die Gewinnbeteiligung gilt anders als bei einer KIG nicht die Vermutung nach Art. 533 OR, wonach allen Gesellschaften mangels vertraglicher Abrede gleicher Anteil am Gewinn und Verlust zukommt. Bei fehlender vertraglicher Abrede über die Gewinnbeteiligung entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen über die Höhe der Gewinnbeteiligung (Art. 601 OR); vgl. dazu BSK OR II-HANDSCHIN, Art. 601 N 2.

schaftsvertrages an die einzelnen Gegebenheiten der Mitarbeiterbeteiligung als Kommanditäre.

Gegen die Mitarbeiterbeteiligung mittels einer Kommanditeinlage könnten einzig Praktikabilitätsgründe sprechen: gemäss Art. 594 Abs. 3 OR müssen die Gesellschafter die Gesellschaft im Handelsregister eintragen lassen. Die Eintragung enthält insbesondere die Namen der Komplementäre und Kommanditäre unter Hinweis auf den jeweiligen Betrag ihrer Kommanditsumme¹⁵⁶. Veränderungen der einzutragenden Tatsachen sind nach Art. 597 Abs. 1 OR zu melden. Infolge Personalfluktuaton und Änderungen der Kommanditeinlagen dürften sich die eintragungspflichtigen Tatsachen relativ häufig ändern, so dass im Hinblick auf die Beteiligung des Mitarbeiters an einer KmG mittels Kommanditeinlage der Handelsregistereintrag erschwerend wirken kann¹⁵⁷.

B. Kapitalgesellschaften

Bei Kapitalgesellschaften tritt die personenbezogene Komponente i.S. eines persönlichen Engagements der Gesellschafter in den Hintergrund; im Vordergrund steht in erster Linie die Kapitaleinlage bzw. die Kapitalbeteiligung¹⁵⁸. Dies v.a. bei der AG, der am stärksten kapitalbezogenen Gesellschaft. Bei der AG ist die Haftung der Aktionäre und der Partizipanten grundsätzlich auf ihre Kapitalbeteiligung beschränkt; auch die Vermögensrechte sowie die Stimmkraft verhalten sich prinzipiell proportional zum Wert der jeweils auf das Nennkapital einbezahlten Beträge¹⁵⁹ bzw. zum Nennwert der jeweiligen Kapitalbeteiligung¹⁶⁰. Auch die Pflichten der Aktionäre sind rein kapitalbezogen, da sie nach Art. 680 Abs. 1 OR einzig die Liberierungspflicht trifft^{161,162}. Die GmbH zeichnet sich hingegen im Vergleich zur AG durch mehr personenbe-

¹⁵⁶ Art. 41 Abs. 2 lit. f und g HRegV.

¹⁵⁷ Vgl. HEUBERGER, 183 f. Allerdings sind Personalfluktuatonen auch bei der AG (Aktienbuch) und GmbH (Handelsregistereintrag) mit Aufwand verbunden.

¹⁵⁸ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 29; JUNG, in: Jung/Kunz/Bärtschi, § 3 N 14.

¹⁵⁹ Vgl. Art. 661 OR (Berechnung der Anteile am Gewinn und Liquidationsergebnis), Art. 745 Abs. 1 OR (Verteilung des Vermögens bei der Liquidation).

¹⁶⁰ Vgl. Art. 652b Abs. 1 OR (Bezugsrecht), Art. 653c Abs. 1 OR (Vorwegzeichnungsrecht), Art. 692 Abs. 1 OR (Stimmrecht der Aktionäre in der Generalversammlung).

¹⁶¹ Zu beachten sind jedoch die im Zuge der Umsetzung der GAFI Empfehlungen am 1.7.2015 in Kraft getretenen Meldepflichten der Aktionäre nach Art. 697i ff. OR. Auch bei börsenkotierten Gesellschaften bestehen Besonderheiten: deren Aktionäre unterliegen der Meldepflicht beim Erreichen bestimmter Beteiligungsschwellen (Art. 120 FinfraG) sowie der Angebotspflicht (Art. 135 FinfraG).

¹⁶² Vgl. zum Ganzen JUNG, in: Jung/Kunz/Bärtschi, § 3 N 17.

zogene Elemente aus¹⁶³. Zwar ist die Haftung der GmbH-Gesellschafter ebenfalls auf ihre Kapitalbeteiligung beschränkt, doch es können darüber hinaus Nachschuss- sowie Nebenleistungspflichten vereinbart werden¹⁶⁴. Auch wird im GmbH-Recht vom Prinzip der Selbstorganschaft ausgegangen¹⁶⁵. Zudem unterliegen die Gesellschafter einer GmbH im Gegensatz zu Aktionären einer Treuepflicht^{166,167}.

Die Beteiligung der Mitarbeiter am Eigenkapital einer Kapitalgesellschaft weist gegenüber der Gesellschafterstellung bei einer Personengesellschaft mithin den Vorteil auf, dass der Mitarbeiter grundsätzlich nicht einer persönlichen Haftung im Hinblick auf die Tätigkeit bei seiner Arbeitgeberunternehmung unterliegt. Vielmehr haftet den Gesellschaftsgläubigern gegenüber alleine das Vermögen der Kapitalgesellschaft. Das finanzielle Risiko des Mitarbeiters ist lediglich auf die Höhe seiner Kapitalbeteiligung beschränkt (abgesehen vom Sonderfall einer vereinbarten Nachschusspflicht bei einer GmbH, die jedoch ebenfalls beitragsmässig nach oben begrenzt sein muss¹⁶⁸). Hingegen kommen die Mitarbeiteraktionäre bzw. -GmbH-Gesellschafter in den Genuss der Vermögens-, Mitwirkungs- und Schutzrechte, die denjenigen der übrigen Aktionäre bzw. GmbH-Gesellschafter gleichgestellt sind.

1. *Aktiengesellschaft*

a) **Mitarbeiteraktien**

Die genuine Form der Beteiligung der Mitarbeiter am Eigenkapital einer AG stellt die Mitarbeiteraktie dar. Als Mitarbeiteraktie wird die Aktie der arbeitgebenden Gesellschaft (oder der dieser nahestehenden Konzerngesellschaft) bezeichnet, die durch die Gesellschaft an einen bestimmten Kreis der Mitarbeiter (beispielsweise Kader) oder alle Mitarbeiter meistens zu einem Vorzugspreis oder anderen Vorzugsbedingungen ins Eigentum der Mitarbeiter übertragen wird¹⁶⁹. Infolgedessen, dass mit dem Aktienerwerb grundsätzlich lediglich die Liberierungspflicht einhergeht und den Aktionären keine weiteren Verpflichtungen auferlegt werden können, stellen die Mitarbeiteraktien ein besonders geeignetes Instrument für die Mitarbeiterbeteiligung dar¹⁷⁰. Die

¹⁶³ Vgl. den Wortlaut von Art. 772 Abs. 1 OR.

¹⁶⁴ Vgl. Art. 795 ff. OR (Nachschüsse); Art. 706 f. OR (Nebenleistungen).

¹⁶⁵ Art. 809 Abs. 1 OR.

¹⁶⁶ Art. 803 OR.

¹⁶⁷ Vgl. ausführlich dazu FEUZ, 87 ff.; siehe auch JUNG, in: Jung/Kunz/Bärtschi, § 3 18; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 18 N 25 ff.

¹⁶⁸ Vgl. Art. 795 Abs. 2 OR.

¹⁶⁹ HELBLING, 13 f.; MÜLLER, 81; PORTMANN, N 56.

¹⁷⁰ Vgl. HEUBERGER, 184.

Mitarbeiteraktien können unterschiedlich ausgestaltet werden: über freie bzw. frei übertragbare Mitarbeiteraktien können die Mitarbeiter sofort und ohne Einschränkungen verfügen; hingegen werden gebundene Aktien mit einer Verfügungssperre ausgestaltet, wodurch unter anderem eine stärkere Mitarbeiterbindung erreicht werden soll. Je nach weiterer Ausgestaltung kann bei den gebundenen Aktien danach differenziert werden, ob diese eine Rückgabepflicht im Falle des Eintretens eines bestimmten Ereignisses (z.B. Kündigung oder Pensionierung bzw. «Bad Leaver» oder «Good Leaver») oder ein Rückgaberecht beinhalten¹⁷¹. Als gebundene Mitarbeiteraktien können schliesslich Aktien mit einem aufgeschobenen Erwerbszeitpunkt qualifiziert werden, in etwa solche, die erst bei Erreichen des Pensionierungsalters, bei Invalidität oder im Todesfalle freigegeben werden¹⁷².

Weiter können die Aktien im Hinblick auf die Stimm- und Vermögensrechte unterschiedlich ausgestaltet werden. Mit qualifizierter Mehrheit der Generalversammlung, d.h. mit zwei Dritteln der vertretenen Stimmen und mit mehr als die Hälfte der vertretenen Aktien¹⁷³, können statutarisch¹⁷⁴ Stimmrechtsaktien eingeführt werden. Bei Stimmrechtsaktien werden Aktien mit unterschiedlichem Nennwert geschaffen (Stamm- und Stimmrechtsaktien) und das Stimmrecht des Aktionärs wird unabhängig vom Nennwert nach der Zahl der dem Aktionär gehörenden Aktien bemessen, so dass auf jede Aktie eine Stimme entfällt. Der Hintergrund der Einführung von Stimmrechtsaktien im Zusammenhang mit einer Beteiligung der Mitarbeiter ist die Befürchtung der Altaktionäre vor dem erheblichen Einfluss der Mitarbeiter, wenn insbesondere einige wenige Grossaktionäre bestehen («Majorisierung durch das Arbeiterkapital»). Somit können für die Mitarbeiterbeteiligungen Stammaktien mit höherem Nennwert als die Stimmrechtsaktien geschaffen werden^{175,176}.

In vermögensrechtlicher Sicht können Aktien mit vermögensmässigen Vorrechten ausgestaltet werden (Vorzugsaktien), was die Mitarbeiterbeteiligung besonders attraktiv macht und der Risikokumulation bei den Mitarbeitern

¹⁷¹ MÜLLER, 82; PORTMANN, N 58; KNECHT, 43; eingehend zu gebundenen Mitarbeiteraktien HELBLING, 194 ff.

¹⁷² HELBLING, 15; MÜLLER, 82, der diese Mitarbeiteraktienform als eine Dritte Art von Mitarbeiteraktien bezeichnet.

¹⁷³ Art. 704 Abs. 1 Ziff. 2 OR.

¹⁷⁴ Art. 627 Ziff. 9 und 10 OR und Art. 693 Abs. 1 OR.

¹⁷⁵ Dazu HEUBERGER, 186 f.

¹⁷⁶ Die Stimmrechtsaktien sind stets als Namenaktien auszugestalten und vollständig zu liberieren (Art. 693 Abs. 2 S. 1 OR). Auch darf der Nennwert der übrigen Aktien das Zehnfache des Nennwerts der Stimmrechtsaktien nicht übersteigen (Art. 693 Abs. 2 S. 2 OR). Die erhöhte Stimmkraft der übrigen Aktionäre kommt jedoch bei der Wahl der Revisionsstelle, der Ernennung eines Sachverständigen zur Prüfung der Geschäftsführung sowie bei Beschlüssen über die Einleitung einer Sonderprüfung sowie über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage nicht zum Tragen (Art. 693 Abs. 3 OR).

vorbeugen kann¹⁷⁷. Dies kann insbesondere durch Dividendenprivileg (als limitierte oder feste Vorzugsdividende) erfolgen¹⁷⁸. Die Vorrechte können sich aber auch auf die privilegierte Verteilung eines allfälligen Liquidationserlöses beziehen¹⁷⁹, auch wenn solche Vorrechte kaum eine prospektive Motivationswirkung für die Mitarbeiter aufweisen dürften¹⁸⁰. Schliesslich können den Mitarbeitern auch Bezugsrechte für den Fall der Ausgabe neuer Aktien eingeräumt werden¹⁸¹. Sollen hingegen die Mitarbeiter vom Bezug neuer Aktien ausgeschlossen werden, so ist das Bezugsrechtsprivileg zwingend den nicht privilegierten Stammaktionären einzuräumen¹⁸². Die Einführung von Vorzugsaktien bedarf grundsätzlich einer Beschlussfassung durch die Generalversammlung nach Massgabe der Statuten sowie einer Statutenänderung¹⁸³. Im Übrigen sind die Gestaltungsmöglichkeiten der Mitarbeiterbeteiligungsmodelle vielfältig¹⁸⁴.

Die Zuteilung der Aktien an die Mitarbeiter kann bei einer bestehenden AG auf unterschiedliche Weise erfolgen, deren Wahl insbesondere von der Kapitalstruktur, vom Eigenkapital, von den Reserven und von der Liquidität abhängt¹⁸⁵. Zum einen kann die AG eigene Aktien auf dem Sekundärmarkt oder (falls nicht börsenkotiert) ausserbörslich von verkaufswilligen Aktionären erwerben und den Mitarbeitern zuteilen¹⁸⁶. Der Kapital- und Stimmrechtsanteil der Altaktionäre wird dadurch nicht verwässert, insofern steht den Altaktionären bei der Veräusserung von eigenen Aktien an die Mitarbeiter kein Vorkaufs- oder Bezugsrecht zu¹⁸⁷. Zu beachten sind jedoch die Vorgaben des Art. 659 Abs. 1 OR: demnach darf die Gesellschaft eigene Aktien nur erwerben, wenn frei verwendbares Eigenkapital in der Höhe der dafür nötigen Mittel vorhanden ist und der gesamte Nennwert dieser Aktien 10 Prozent des Aktienkapitals nicht übersteigt¹⁸⁸. Bis zum Erwerb der Aktien durch die Mit-

¹⁷⁷ Vgl. WALTJ, 65; BSK OR II-LIEBI, Art. 654 – 656, N 6.

¹⁷⁸ Art. 656 Abs. 2 OR; WALTJ, 65 f.

¹⁷⁹ Art. 656 Abs. 2 OR.

¹⁸⁰ WALTJ, 66.

¹⁸¹ Art. 656 Abs. 2 OR.

¹⁸² WALTJ, 67 f.

¹⁸³ Art. 654 Abs. 1 OR und Art. 627 Ziff. 9 OR.

¹⁸⁴ Weitergehend zu den Gestaltungsmöglichkeiten KNECHT, 44 ff.

¹⁸⁵ MÜLLER, 83. Zudem ist ebenfalls relevant, ob Aktienzertifikate ausgegeben wurden.

¹⁸⁶ Eingehend dazu HELBLING, 109 ff. (zum börslichen Erwerb) und 123 ff. (zum ausserbörslichen Erwerb).

¹⁸⁷ Hingegen muss der Verwaltungsrat das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 717 Abs. 2 OR beachten, sofern nur die Mitarbeiteraktionäre erneut die Mitarbeiteraktien beziehen dürfen während an die übrigen Aktionäre keine Aktien abgegeben werden, ausführlich dazu HELBLING, 133 ff. m.w.H.

¹⁸⁸ Sofern durch die AG im Zusammenhang mit einer Übertragungsbeschränkung Namenaktien erworben werden, beträgt die Höchstgrenze 20 Prozent des Aktienkapitals, wobei die über 10 Prozent hinaus erworbenen Aktien innert zwei Jahren zu

arbeiter, also solange die Gesellschaft eigene Aktien hält, ruhen zudem deren Stimmrechte¹⁸⁹.

Darüber hinaus können Mitarbeiteraktien im Rahmen der (ordentlichen oder genehmigten) Kapitalerhöhung¹⁹⁰ geschaffen werden, was insbesondere bei einem grösseren Beteiligungsumfang in Betracht gezogen wird¹⁹¹. Grundsätzlich steht den bisherigen Aktionären im Rahmen der Kapitalerhöhung ein Bezugsrecht zu¹⁹², welches nur aus wichtigen Gründen aufgehoben werden kann. In Art. 652b Abs. 2 OR wird die Beteiligung der Arbeitnehmer als wichtiger Grund für die Aufhebung des Bezugsrechts genannt¹⁹³. Weiterhin ist denkbar, dass die Gesellschaft im Rahmen der Kapitalerhöhung die von ihr ausgegebenen Aktien selbst zeichnet und allenfalls auch liberiert (originärer Erwerb)¹⁹⁴. Der originäre Erwerb eigener Aktien durch die AG im Rahmen der Kapitalerhöhung wird von der Lehre überwiegend als zulässig erachtet und dem derivativen Erwerb gleichgestellt, mit der Folge, dass die Schranken von Art. 659 ff. OR auch für den originären Erwerb gelten¹⁹⁵. Gemäss GIGER kann beim originären Erwerb der Aktien durch die Gesellschaft auf die Reservenbildung verzichtet werden, denn die Funktion der Reserve ist die Verhinderung der Ausschüttung von Eigenkapital in Höhe des Erwerbspreises. Beim originären Erwerb steht indes keine Gegenleistung in der Höhe des Erwerbspreises gegenüber¹⁹⁶.

Hingegen ist der originäre Aktienerwerb durch die AG im Rahmen der Gründung (zwecks nachfolgender Zuteilung an die Mitarbeiter) nach herrschender Lehre unzulässig¹⁹⁷. Die einzig zulässige Simultangründung nach Art. 629 OR bedingt, dass Gründer und Zeichner identisch sind und die Aktienzeichnung direkt im notariellen Errichtungsakt der Gesellschaft vollzogen wird¹⁹⁸. Darüber hinaus stehen der Gesellschaft noch keine frei verfügbaren Reserven zur Verfügung¹⁹⁹. Infolgedessen kommt die Mitarbeiterbeteiligung im Rah-

veräussern oder durch Kapitalherabsetzung zu vernichten sind, vgl. Art. 659 Abs. 2 OR.

¹⁸⁹ Art. 659a OR.

¹⁹⁰ Art. 650 f. OR. Im Rahmen der genehmigten Kapitalerhöhung liegt der Entscheid über den Zeitpunkt und die Art der Aktienaussgabe beim Verwaltungsrat; der Entscheid muss innert zwei Jahren nach dem Generalversammlungsbeschluss gefällt werden, vgl. Art. 651 Abs. 1 OR; HELBLING, 105.

¹⁹¹ MÜLLER, 84.

¹⁹² Art. 652b Abs. 1 OR.

¹⁹³ Dazu BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 652b N 17.

¹⁹⁴ ZK-HANDSCHIN, Art. 659 – 659b N 25.

¹⁹⁵ Vgl. BSK OR II-LENZ/VON PLANTA, Art. 659 N 4 m.w.H.

¹⁹⁶ Vgl. GIGER, 97.

¹⁹⁷ GIGER, 37; BÖCKLI, § 4 N 352 (Fn. 653); ZK-JUNG, Art. 625 N 36.

¹⁹⁸ GIGER, 37.

¹⁹⁹ HELBLING, 126.

men der Gründung einer AG nur in Frage, wenn die Mitarbeiter gleichzeitig auch Gründer der Gesellschaft sind.

b) Aktienoptionen

Ein weiteres beliebtes Instrument zur Mitarbeiterbeteiligung an einer AG sind Aktienoptionen, welche den Mitarbeitern im Rahmen der bedingten Kapitalerhöhung eingeräumt werden²⁰⁰. Bei den Optionen handelt es sich um ein an einen bestimmten Kreis der Mitarbeiter entgeltlich, vergünstigt oder unentgeltlich eingeräumtes Recht, während einer bestimmten Zeitspanne eine bestimmte Anzahl der Aktien an der Arbeitgebergesellschaft zu im Voraus festgelegten Bedingungen erwerben zu können^{201,202}. Eine Option stellt keine direkte Beteiligung an der AG dar, vielmehr bedeutet diese eine Anwartschaft auf die Vermögensbildung im Falle einer günstigen wirtschaftlichen Entwicklung der arbeitgebenden Gesellschaft²⁰³.

Diese Form der Mitarbeiterbeteiligung wird v.a. bei börsenkotierten Gesellschaften für Kadermitglieder verwendet. Allerdings stellen Aktienoptionen auch für private Gesellschaften mit einem kleinen Aktionärskreis, in etwa Start-ups, eine häufig anzutreffende Variante der Mitarbeiterbeteiligung dar²⁰⁴. Der Vorteil der Mitarbeiterbeteiligung mittels Optionen besteht für den Mitarbeiter in der Risikobegrenzung, da er mit einem relativ kleinen Kapitaleinsatz die Option bei einer günstigen Kursentwicklung ausüben wird. Für die Gesellschaft hingegen ist vorteilhaft, dass die Möglichkeit der Gewinnrealisierung durch den Mitarbeiter zeitlich nach hinten verschoben und an die langfristige Entwicklung des wirtschaftlichen Erfolges gekoppelt wird²⁰⁵.

Die Grundlage für die Einführung der Mitarbeiteroptionen bildet die bedingte Kapitalerhöhung, welche durch die Generalversammlung beschlossen wird und einer statutarischen Änderung betreffend die Einräumung von Optionen an einen bestimmten Kreis von Arbeitnehmern zu im Voraus festgelegten Bedingungen bedarf²⁰⁶. Das bedingte Kapital kann nicht nur bei einer bestehenden AG geschaffen, sondern auch im Errichtungsakt durch die Gründer

²⁰⁰ Vgl. ZK-CRAMER, Art. 653 N 3.

²⁰¹ MÜLLER, 84 f.; WALTI, 10; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 653 N 16.

²⁰² Grundsätzlich ist bei den Optionen zwischen sog. Call-Optionen und sog. Put-Optionen zu unterscheiden. Erstere berechtigen den Inhaber bzw. den Mitarbeiter zum Kauf von Aktien, letztere beinhalten hingegen ein Verkaufsrecht und setzen naturgemäss eine bereits bestehende Aktionärsstellung (des Mitarbeiters) voraus, weswegen auf diese nachfolgend nicht eingegangen wird, vgl. HELBLING, 162 und 140.

²⁰³ WALTI, 10 f.; PORTMANN, N 61.

²⁰⁴ ZK-CRAMER, Art. 653 N 3; HELBLING, 138; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 653 N 6.

²⁰⁵ WALTI, 11.

²⁰⁶ Art. 653 Abs. 1 und Art. 653b Abs. 1 OR; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 653 N 16.

beschlossen werden, was in der Praxis aber kaum vorkommt²⁰⁷. Zu beachten ist grundsätzlich die betragsmässige Schranke, und zwar insofern als der Nennbetrag, um den das Aktienkapital bedingt erhöht wird, die Hälfte des bisherigen Aktienkapitals und gegebenenfalls der Partizipationsscheine nicht übersteigen darf²⁰⁸.

Im Gegensatz zur ordentlichen und zur genehmigten Kapitalerhöhung, bei welchen die Verwendung der auszugebenden Aktien gesetzlich nicht geregelt ist, hat die bedingte Kapitalerhöhung zwei gesetzlich geregelte Anwendungsbereiche: die Bereitstellung von Aktien oder Partizipationsscheinen zugunsten der Gläubiger von Anleihe- oder ähnlichen Obligationen, welche mit einem Wandelrecht oder Optionsrecht ausgestattet sind sowie die Einführung von Mitarbeiterbeteiligungen²⁰⁹. Berechtigt sind insbesondere die Arbeitnehmer der Gesellschaft oder ihrer Konzerngesellschaft²¹⁰. Die Optionen können sowohl an eine unbestimmte, grössere Anzahl von Berechtigten zugeteilt als auch zugunsten eines einzigen Arbeitnehmers geschaffen werden²¹¹. Bei leitenden Angestellten hat sich das System der *stock option plans* etabliert, wonach dem Kader auflösenden Bedingungen unterworfenen Optionen zugeteilt werden, die dem Empfänger erst nach einigen Jahren unentziehbar zustehen. Solche Optionen bleiben dann während mehrerer Jahre ausübbar, wobei der Ausübungspreis in der Regel dem Börsenkurs am Tage der Zuteilung entspricht²¹². In der Praxis werden solche *stock option plans* auch auf Personen ausgedehnt, die an sich nicht in einem Arbeitsverhältnis mit der Gesellschaft stehen (z.B. Mitglieder des Verwaltungsrats), so dass dabei die Führungsverantwortung mit dem finanziellen Engagement verknüpft wird²¹³. Bei börsenkotierten Gesellschaften ist die Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten an die Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates nur zulässig, wenn dies in den Statuten vorgesehen ist²¹⁴.

²⁰⁷ Vgl. BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 653 N 4; ZK-CRAMER, Art. 653 N 35; CHK-HEIZ, Art. 653 N 1.

²⁰⁸ Art. 653a Abs. 1, Art. 656b Abs. 4 OR; vgl. BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 653a N 1 ff.

²⁰⁹ Zudem hat sich in der Praxis über den gesetzlichen Wortlaut hinaus die Zuteilung von Optionsrechten an Aktionäre etabliert, vgl. CHK-HEIZ, Art. 653 N 3; ZK-CRAMER, Art. 653 N 3; vgl. zur Schaffung von Aktionärsoptionen durch bedingtes Kapital BÖCKLI, § 2 N 196 ff.; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 653 N 17 ff.

²¹⁰ BÖCKLI, § 2 N 191; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 653 N 16.

²¹¹ BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 653 N 13a m.w.H.

²¹² Z.B. Erfolgsbeteiligungen als Personalaufwand. Vgl. BÖCKLI, § 2 N 194 ff.

²¹³ Vgl. BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 653 N 16a; ZK-CRAMER, Art. 653 N 19.

²¹⁴ Gemäss Art. 20 Ziff. 5 VegÜV.

c) Weitere Formen der Mitarbeiterbeteiligung

aa) Tantiemen

Tantiemen i.S.v. Art. 677 OR stellen einen Spezialfall der Gewinnbeteiligung dar. Bei Tantiemen handelt es sich um eine statutarisch vorgesehene Gewinnbeteiligung der Mitglieder des Verwaltungsrats einer AG²¹⁵. Im Gegensatz zur Gewinnbeteiligung nach Art. 322a OR bemisst sich die Tantieme nach dem bilanzmässigen Reingewinn nachdem eine Zuweisung an die gesetzliche Reserve und eine Dividende von fünf Prozent oder von einem durch die Statuten festgesetzten höheren Ansatz an die Aktionäre ausgerichtet worden ist²¹⁶. Aus unternehmenssteuerrechtlicher Sicht stellt die Tantieme eine Gewinnverwendung dar und ist somit steuerlich nicht abzugsfähig. Infolgedessen ziehen Unternehmen Entschädigungsformen vor, die als Aufwand verbucht werden können²¹⁷.

bb) Partizipationsscheine

Ferner können Mitarbeiter mit Partizipationsscheinen nach Art. 656a ff. OR am Eigenkapital einer AG beteiligt werden. Bei einem Partizipationsschein handelt es sich um ein Beteiligungspapier, welches im Gegensatz zu einer Aktie kein Stimmrecht aufweist (es handelt sich also um Eigenkapital ohne Stimmrecht)²¹⁸. Von der Mitbestimmung sind die Mitarbeiter-Partizipanten mithin ausgeschlossen; dennoch stehen ihnen eine Reihe von mitgliedschaftlichen Rechten zwingend zu, in etwa die Orientierung über die Einberufung der Generalversammlung²¹⁹ oder auch die Klagerechte^{220,221}.

In vermögensrechtlicher Hinsicht ist ein Mitarbeiter-Partizipant hingegen durch die Teilhabe am Eigenkapital der AG einem Aktionär gleichgestellt²²². Nach herrschender Lehre ist auch eine vermögensmässige Bevorzugung der Partizipationsscheine gegenüber den Aktien möglich²²³. Im Vergleich zur Beteiligung der Mitarbeiter am Fremdkapital bieten Partizipationsscheine den Vorteil, dass die durch den Mitarbeiter-Partizipanten geleistete Einlage nicht

²¹⁵ BSK OR II-VOGT, Art. 677 N 2.

²¹⁶ GEISER/MÜLLER, N 409 f.

²¹⁷ Vgl. BÖCKLI, § 12 N 543.

²¹⁸ Art. 656c Abs. 1 OR.

²¹⁹ Art. 656d Abs. 1 OR.

²²⁰ Art. 656a Abs. 2 OR.

²²¹ Zum Ganzen vgl. BÖCKLI, § 5 N 52 ff.

²²² Art. 656f Abs. 1 OR; vgl. PORTMANN, N 62.

²²³ BÖCKLI, § 5 N 20.

zurückbezahlt werden muss bzw. darf²²⁴, auch erfolgt keine Zinszahlung. Da die Partizipations-scheine de facto stimmrechtslose Aktien darstellen²²⁵, erfolgt im Gegensatz zur Beteiligung am Eigenkapital mittels Aktien (ggf. via Ausübung der Optionen) keine Stimmrechtsverwässerung übriger Aktionäre.

cc) Genussscheine

Ein weiteres, im Vergleich zu formalisierten Partizipations-scheinen flexibles Instrument für die Mitbeteiligung der Mitarbeiter²²⁶ stellen (als eine mezzanine Beteiligungsform) Genussscheine dar²²⁷. Im Gegensatz zu Partizipations-scheinen dürfen Genussscheine nicht gegen Einlage ausgegeben werden, sie haben keinen Nennwert²²⁸ und repräsentieren keinen Anteil am Eigenkapital²²⁹. Mit ihnen sind zudem weder Mitgliedschaftsrechte noch Gläubigerrechte verbunden; insbesondere kann darin kein Recht auf Rückzahlung oder feste Verzinsung verbrieft werden²³⁰. Begriffsnotwendig ist mit den Genussscheinen eine Verwässerung des Gewinnanteils der bisherigen Beteiligten verbunden. Infolgedessen ist stets ein sachlicher Grund für ihre Einführung erforderlich²³¹; die Genussberechtigten müssen m.a.W. der Gesellschaft einen äquivalenten Vorteil verschaffen²³². Art. 657 Abs. 1 OR gestattet explizit die Schaffung von Genussscheinen für Arbeitnehmer. Mit Genussscheinen kann die Gesellschaft ihre Arbeitnehmer (oder bloss ihr Kader) am Bilanzgewinn und/oder am Liquidationserlös beteiligen oder ihnen überdies Bezugsrechte einräumen²³³. Gemäss der Botschaft zur letzten grossen Revision des Aktienrechts sollen dadurch Mitbeteiligungen in kleinem Rahmen ermöglicht werden²³⁴.

²²⁴ Art. 680 Abs. 2 OR, welches im Hinblick auf Aktionäre das Verbot der Einlagenrückgewähr statuiert, gilt auch für Partizipanten, vgl. BSK OR II-RAMPINI/SPIELMANN, Art. 656a N 5.

²²⁵ WALTJ, 10; HELBLING, 25.

²²⁶ Vgl. BÖCKLI, § 5 N 75 m.w.H.

²²⁷ BSK OR II-RAMPINI/SPILLMANN, Art. 657 N 2.

²²⁸ Art. 657 Abs. 3 OR.

²²⁹ WALTJ, 12; BSK OR II-RAMPINI/SPILLMANN, Art. 657 N 5.

²³⁰ PORTMANN, N 49; BSK OR II-RAMPINI/SPILLMANN, Art. 657 N 1.

²³¹ Wenn die Genussscheine die gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllen oder die Aktionäre ohne die nötigen besonderen Gründe unsachlich beeinträchtigen, so können die Aktionäre die Ausgabe von Genussscheinen anfechten, vgl. BÖCKLI, § 5 N 76 m.w.H.

²³² BGE 93 II 393 E. 2, S. 399 m.w.H.

²³³ Art. 657 Abs. 2 OR.

²³⁴ Vgl. Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23.2.1983, BBl 1983 II 745 ff., 880.

d) Besonderheiten bei börsenkotierten Aktiengesellschaften

Bei börsenkotierten Gesellschaften ergeben sich sowohl im Hinblick auf die Erfolgs- als auch die Eigenkapitalbeteiligung einige Besonderheiten. Auf börsenkotierte Gesellschaften findet die Vergütungsverordnung (VegüV) Anwendung²³⁵, deren Vorschriften den Regelungen des OR vorgehen²³⁶.

Sofern es sich bei den begünstigten Mitarbeitern um Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung oder des Beirats handelt, so sind die Bestimmungen über die Grundsätze der an sie auszurichtenden erfolgsabhängigen Vergütungen sowie die Grundsätze über die Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten zwingend in die Statuten aufzunehmen²³⁷. Da der Verordnungsgeber lediglich von «Grundsätzen» spricht, müssen die Erfolgs- und Beteiligungspläne nicht gesamthaft in die Statuten aufgenommen werden²³⁸. Vielmehr muss als Mindestinhalt der Kreis der begünstigten Personen festgelegt und die Tatsache, dass überhaupt bestimmte erfolgsabhängige Vergütungen ausgerichtet bzw. bestimmte Beteiligungsinstrumente zugeteilt werden. Weiterhin sollte grob umschrieben werden, nach welchen Arten und Zielen die Vergütungen bestimmt werden sowie welche Arten von Beteiligungsinstrumenten zugeteilt werden dürfen²³⁹; eine statutarische Regelung der Bewertung von Beteiligungsinstrumenten bzw. eine statutarische Klarstellung, dass diese nach pflichtgemäßem Ermessen des relevanten Organs erfolgt, ist ebenfalls angebracht²⁴⁰. Ratsam sind zudem Regelungen im Hinblick auf die Rechtsfolgen bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses bzw. bei einer Freistellung oder einem Kontrollwechsel²⁴¹.

Die Rechtsfolge fehlender oder verletzter statutarischer Regelungen ist die Unzulässigkeit und somit die Nichtigkeit der Ausrichtung der erfolgsabhängigen Vergütungen sowie der Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten²⁴². Bei Beteiligungsinstrumenten tritt diese Rechtsfolge nur ein, wenn diese einen Teil der Vergütung darstellen. Daher bedarf die Zuteilung von Aktien und Optionen an Organpersonen dann keiner statutarischen Grundlage, wenn die begünstigten Personen die Beteiligungsinstrumente in ihrer Eigenschaft als Aktionäre bei einer Kapitalerhöhung erhalten²⁴³.

²³⁵ Art. 1 Abs. 1 VegüV.

²³⁶ Art. 1 Abs. 2 VegüV.

²³⁷ Art. 12 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 VegüV.

²³⁸ Vgl. BSK VegüV-KÄGI, Art. 12 N 118 f.

²³⁹ Vgl. BSK VegüV-KÄGI, Art. 12 N 121 ff. und 136 f.

²⁴⁰ BSK VegüV-KÄGI, Art. 12 N 138.

²⁴¹ BSK VegüV-KÄGI, Art. 12 N 124.

²⁴² Art. 20 Ziff. 4 und 5 VegüV; vgl. BSK VegüV-KÄGI, Art. 12 N 125; BSK VegüV-PÖSCHEL, Art. 20 N 123.

²⁴³ Vgl. BSK VegüV-KÄGI, Art. 12 N 134.

2. GmbH

a) Möglichkeiten der Mitarbeiterbeteiligung

Die Eigenkapitalbeteiligung der Mitarbeiter an einer GmbH erfolgt über die Beteiligung an ihrem Stammkapital, welches in Stammanteile aufgeteilt ist. Das alte Recht sah im Falle des nicht voll einbezahlten Stammkapitals, beispielsweise wenn die Gesellschafter ihren Einlagepflichten nicht nachgekommen waren oder ihre Einlage widerrechtlich zurückgezogen haben, eine subsidiäre Haftung der GmbH-Gesellschafter vor. Dies konnte im Einzelfall weitgehende Haftungsfolgen des einzelnen Gesellschafters nach sich ziehen und stellte daher ein schwerwiegendes Hindernis für die Mitarbeiterbeteiligung am Stammkapital dar²⁴⁴. Infolge Abschaffung der subsidiären persönlichen Haftung der GmbH-Gesellschafter (vor dem Hintergrund der Pflicht zur vollständigen Liberierung der Stammanteile) im Rahmen der am 1.1.2008 in Kraft getretenen Totalrevision des GmbH-Rechts hat sich die Stellung des GmbH-Gesellschafters haftungsrechtlich derjenigen eines Aktionärs angenähert. Die Herabsetzung des Mindestnennwerts der Stammanteile von CHF 1'000 auf CHF 100²⁴⁵ macht die Beteiligung am Stammkapital für die Mitarbeiter zusätzlich leichter zugänglich. Infolge des personalistischen Charakters der GmbH dürfte mit der Eigenkapitalbeteiligung der Mitarbeiter eine langfristige Mitarbeiterbindung angestrebt werden. Die GmbH tendiert erfahrungsgemäss zu einem eher stabilen Kreis der Gesellschafter.

Für die Beteiligung der Mitarbeiter am Stammkapital der GmbH kann im Wesentlichen auf die Ausführungen zur AG verwiesen werden²⁴⁶. Insbesondere kann die Mitarbeiterbeteiligung bei einer bestehenden GmbH über den vorgängigen Erwerb von eigenen Stammanteilen durch diese und eine anschliessende Zuteilung der Stammanteile an die Mitarbeiter realisiert werden²⁴⁷. Auch können die Mitarbeiter-Stammanteile im Rahmen einer Kapitalerhöhung geschaffen werden²⁴⁸, wobei im Wesentlichen die aktienrechtlichen Vorschriften zur Anwendung kommen²⁴⁹. Dies bedeutet insbesondere, dass die Beteiligung der Arbeitnehmer als wichtiger Grund für die Aufhebung des

²⁴⁴ Vgl. zur alten Rechtslage HEUBERGER, 199 m.w.H.

²⁴⁵ Art. 774 Abs. 1 OR.

²⁴⁶ Vgl. oben IV.B.1.

²⁴⁷ Wie bei einer AG muss der Erwerb eigener Stammanteile aus frei verwendbarem Eigenkapital finanziert werden, zudem darf der gesamte Nennwert dieser Stammanteile zehn Prozent des Stammkapitals nicht übersteigen (Art. 783 Abs. 1 OR).

²⁴⁸ Es handelt sich dabei um die ordentliche Kapitalerhöhung. Die genehmigte und bedingte Kapitalerhöhung kennt das GmbH-Recht infolge der starken Personenbezogenheit sowie einem in der Regel überblickbaren Gesellschafterkreises nicht, vgl. BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 781 N 4.

²⁴⁹ Art. 781 Abs. 5 OR.

Bezugsrechts der Gesellschafter gilt²⁵⁰. Sofern die Mitarbeiter anlässlich der Gründung an der GmbH beteiligt werden sollen, so ist dies wie auch bei der AG nur möglich, wenn der künftige Mitarbeiter gleichzeitig als Gründer auftritt.

Im Gegensatz zum Aktienrecht kennt das GmbH-Recht nur die ordentliche Kapitalerhöhung²⁵¹, so dass eine Mitarbeiterbeteiligung an einer GmbH mittels Option unmöglich ist. Ebenfalls nicht im GmbH-Recht vorgesehen und auch nicht möglich ist die Eigenkapitalbeteiligung der Mitarbeiter mittels Partizipationsscheinen²⁵². Hingegen können zugunsten der Mitarbeiter Genussscheine geschaffen werden²⁵³, wofür zwingend eine statutarische Regelung notwendig ist²⁵⁴. Auch können Geschäftsführer einer GmbH mittels Tantiemen am Unternehmensgewinn beteiligt werden²⁵⁵, wofür ebenfalls eine statutarische Regelung erforderlich ist²⁵⁶. Sowohl im Hinblick auf die Ausrichtung von Tantiemen als auch in Bezug auf die Zuteilung von Genussscheinen kann auf die aktienrechtlichen Ausführungen verwiesen werden²⁵⁷.

b) Besonderheiten der Eigenkapitalbeteiligung von Mitarbeitern an einer GmbH

Während die Aktionärsstellung eines Mitarbeiters diesem – abgesehen von der Liberierungspflicht – keine weiteren Verpflichtungen auferlegt²⁵⁸, zeichnet sich die GmbH durch spezifische personalistische Elemente aus, die im Hinblick auf die Mitarbeiterbeteiligung zu beachten sind.

Grundsätzlich haftet nur das Gesellschaftsvermögen für die Verbindlichkeiten einer GmbH, allerdings können mit Stammanteilen Nachschusspflichten verbunden werden²⁵⁹. Dies bedarf zwingend einer statutarischen Regelung²⁶⁰ und der Zustimmung der davon betroffenen Gesellschafter bei der nachträglichen Einführung²⁶¹. Da die Nachschusspflichten eine Finanzierungsfunktion innehaben und für den Mitarbeiter eine finanzielle Belastung im Einforderungsfall

²⁵⁰ Art. 781 Abs. 5 Ziff. 2 i.V.m. Art. 652b OR; vgl. BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 781 N 22 ff.

²⁵¹ Vgl. Fn. 248.

²⁵² Vgl. BSK OR II-RAMPINI/SPIELMANN, Art. 774a N 3.

²⁵³ Art. 774a OR.

²⁵⁴ Art. 776a Abs. 1 Ziff. 8 OR.

²⁵⁵ Art. 798b OR.

²⁵⁶ Art. 776a Abs. 1 Ziff. 14 OR.

²⁵⁷ Art. 798b S. 2 OR, Art. 774a OR. Vgl. oben V.2.a)dd) und ee).

²⁵⁸ Vgl. jedoch Hinweise in Fn. 161.

²⁵⁹ Art. 795 ff. OR.

²⁶⁰ Art. 776a Abs. 1 Ziff. 1 OR.

²⁶¹ Art. 797 OR.

bedeuten würden, dürfte die Übernahme der mit Nachschusspflichten verbundenen Stammanteile für die Mitarbeiter unattraktiv erscheinen, auch wenn die Nachschusspflicht zwingend beitragsmässig nach oben (das Doppelte des Nennwertes des mit ihr verbundenen Stammanteils) begrenzt ist²⁶² und die allfällige Leistungspflicht nur für die mit den eigenen Stammanteilen verbundenen Nachschusspflichten besteht²⁶³.

Darüber hinaus unterliegen Gesellschafter einer GmbH einer gesetzlichen Treuepflicht²⁶⁴. Während die arbeitsrechtlichen Treuepflichten eines Arbeitnehmers mit denjenigen eines GmbH-Gesellschafters im Wesentlichen vergleichbar sind²⁶⁵, gehen die Treuepflichten eines GmbH-Geschäftsführers weiter als die Treuepflicht in seiner Funktion als Arbeitnehmer, auch wenn die Geschäftsführer nach Art. 812 Abs. 2 OR dem Wortlaut nach der gleichen Treuepflicht wie die Gesellschafter unterstehen. Während im Bereich des Arbeitsvertragsrechts im Zweifelsfall die persönlichen Interessen des Arbeitnehmers und diejenigen des Arbeitgebers abzuwägen sind, müssen im Gesellschaftsrecht strengere Massstäbe angelegt werden, sofern ein Organ die Interessen der Gesellschaft verletzt²⁶⁶. Zudem werden im Gesellschaftsrecht i.d.R. strengere und längere nachvertragliche Konkurrenzverbote vereinbart²⁶⁷. Im Übrigen ist zu beachten, dass infolge der Selbstorganschaft jeder Gesellschafter zur Geschäftsführung befugt und (ohne anderslautende statutarische Abrede) auch verpflichtet ist²⁶⁸. Das arbeitsrechtlich erforderliche Subordinationsverhältnis ergibt sich in diesem Fall daraus, dass sich der einzelne Geschäftsführer einer GmbH bei einer mehrköpfigen Geschäftsführung den Beschlüssen der gesamten Geschäftsführung als Gremium zu fügen hat. Hingegen kann ein einziger Geschäftsführer nicht in einem Subordinationsverhältnis stehen, da er sonst sich selbst unterstellt wäre. Infolgedessen kann der alleinige Geschäftsführer privatrechtlich grundsätzlich kein Arbeitnehmer sein²⁶⁹.

²⁶² Art. 795 Abs. 2 S. 2 OR.

²⁶³ Art. 795 Abs. 3 OR.

²⁶⁴ Art. 803 OR.

²⁶⁵ Sowohl Arbeitnehmer als auch GmbH-Gesellschafter sind im Rahmen ihrer Treuepflicht zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse verpflichtet (Art. 321a Abs. 4 OR und Art. 803 Abs. 1 OR). Hingegen unterliegen die Gesellschafter einer GmbH nur dann einem Konkurrenzverbot, wenn alle übrigen Gesellschafter schriftlich zugestimmt haben oder dies explizit statutarisch vereinbart wurde (vgl. Art. 803 Abs. 3 OR; zum Konkurrenzverbot eines Arbeitnehmers vgl. Art. 321a Abs. 3 OR).

²⁶⁶ BGE 130 III 213 E. 2.2.2, S. 219; vgl. dazu SENTI, 25 f. m.w.H.

²⁶⁷ SENTI, 26 m.w.H.

²⁶⁸ BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 809 N 4.

²⁶⁹ SENTI, 22 f. Gemäss SENTI ist es jedoch möglich, durch die entsprechende Ausgestaltung der Statuten und die Aufnahme in diese von weitreichenden obligatorischen Genehmigungsvorbehalten nach Art. 811 Ziff. 1 OR ein Subordinationsverhältnis der Geschäftsführung gegenüber der Gesellschafterversammlung zu schaffen, indem die Geschäftsführung in allen Belangen der Entscheidungsgewalt der Gesellschafter-

Besonderheiten ergeben sich schliesslich im Hinblick auf den Austritt eines Arbeitnehmer-Gesellschafter aus der GmbH. Zum einen kann ein Gesellschafter, vorbehaltlich abweichender Regelung in den Statuten, nur aus einem wichtigen Grund beim Gericht auf Bewilligung des Austritts klagen²⁷⁰. Der Austritt kann aber auch mittels Übertragung der Stammanteile erfolgen. Doch im Gegensatz zur AG, bei welcher die Aktien grundsätzlich handelbar und mithin frei übertragbar sind, sind die Stammanteile einer GmbH nach dispositivem Recht streng vinkuliert²⁷¹. Insofern wäre es im Rahmen der Mitarbeiterbeteiligung möglich, beispielsweise die Abtretung der Stammanteile an Aussenstehende auszuschliessen und lediglich an die Mitarbeiter zuzulassen²⁷². Darüber hinaus ist es infolge des engen Personenbezugs der Gesellschafterstellung möglich²⁷³, die Abtretung der Stammanteile auch gänzlich auszuschliessen²⁷⁴.

C. Mitarbeiterbeteiligung bei einer Genossenschaft

Die Genossenschaft ist eine Körperschaft, deren Zweck in Abgrenzung von anderen Rechtsformen in der Förderung bestimmter wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder besteht, was in gemeinsamer Selbsthilfe erfolgen soll²⁷⁵. Während bei der AG die Kapitalbeteiligung der Aktionäre im Vordergrund steht, ist es bei der Genossenschaft die persönliche Beteiligung ihrer Mitglieder²⁷⁶. Nach gesetzgeberischer Vorstellung sollen die Mitglieder durch ihr persönliches Mitwirken ihre wirtschaftlichen Interessen selbst fördern oder

versammlung unterstellt wird (SENTI, 23). Dem ist entgegenzuhalten, dass der Gesetzeswortlaut nur von «bestimmten» Entscheiden spricht, so dass der Gesellschafterversammlung durch obligatorische Genehmigungsvorbehalte kein Recht auf die Mitgeschäfts-führung eingeräumt werden darf und einem Genehmigungsvorbehalt nur Entscheide ab einer gewissen finanziellen oder inhaltlichen Tragweite für die Gesellschaft unterstellt werden sollen (vgl. auch BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 811 N 6). Insbesondere ist unzulässig, alle Entscheide aus dem Bereich der unentziehbaren Aufgaben der Geschäftsführung (Art. 810 Abs. 2 OR) dem Genehmigungsvorbehalt zu unterstellen (siehe auch BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 811 N 7). Unter anderem infolge des Paritätsprinzips, welches freilich bei einer GmbH abgeschwächt ist, erscheint das Subordinationsverhältnis eines Geschäftsführers gegenüber der Gesellschafterversammlung nicht tragbar.

²⁷⁰ Art. 822 OR.

²⁷¹ BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, Art. 786 N 1 f.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 18 N 94.

²⁷² Vgl. SCHNEIDER/FRITZ, 164.

²⁷³ BSK OR II-STÄUBLI, Art. 822 N 8.

²⁷⁴ Art. 786 Abs. 1 Ziff. 4 OR. In diesem Fall bleibt dem Gesellschafter nur der Austritt aus wichtigem Grund vorbehalten (Art. 786 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 822 Abs. 1 OR).

²⁷⁵ Art. 828 Abs. 1 OR.

²⁷⁶ HEUBERGER, 200.

sichern²⁷⁷. Die Genossenschaft soll demnach als hilfswirtschaftliche Einrichtung fungieren, die zugunsten der Erwerbs- und Verbrauchswirtschaft ihrer Mitglieder bestimmte wirtschaftliche Interessen erfüllt und so eine Ergänzung der Privatwirtschaften ihrer einzelnen Mitglieder darstellt²⁷⁸. Die Gemeinschaftlichkeit der Selbsthilfe bedeutet, zugespitzt ausgedrückt, die Verwirklichung des Gesellschaftszwecks ohne Hilfe Dritter oder des Staates²⁷⁹. Aus dem kooperativen Zusammenwirken zwecks Selbsthilfe folgt weiterhin, dass grundsätzlich kein Weisungsrecht der Genossenschaft ihren Mitgliedern gegenüber besteht und die Selbstständigkeit der Mitglieder gewahrt bleibt. Dies scheint die Arbeitgeberstellung einer Genossenschaft ihren Mitgliedern gegenüber zumindest in ihrer idealtypischen Gestalt auszuschliessen.

Die Mitglieder müssen jedoch nicht notwendigerweise in Form von Unternehmen in Erzeugung wirtschaftlicher Werte einbezogen zu sein; sie können ihre Mitgliedschaft auch als Konsumenten nutzen, die als Marktteilnehmer die Bedingungen ihrer Versorgung optimieren²⁸⁰. Zudem hat sich in der wirtschaftlichen Realität die Mehrzahl der Genossenschaften vom Leitbild des historischen Gesetzgebers weitgehend entfernt und sich teilweise zu selbstständigen erwerbswirtschaftlichen Unternehmen entwickelt, bei denen die typischen Wesensmerkmale einer Genossenschaft verblasst sind²⁸¹. So ist bei grossen Konsumgenossenschaften, aber auch bei Versicherungs- oder Bankgenossenschaften das Merkmal der gemeinsamen Selbsthilfe de facto nicht mehr vorhanden²⁸². Insofern ist die Mitarbeiterbeteiligung an einer Genossenschaft etwa über Anteilsscheine möglich, wenn auch der Verzicht auf die Unterscheidung zwischen dem Mitglieder- und Nichtmitgliedergeschäft, welcher insbesondere bei grossen Konsumgenossenschaften zu beobachten ist, dem Mitglied keine relevanten wirtschaftlichen Vorteile verschafft, die er als Nichtmitglied nicht auch erhalten könnte²⁸³. Einen besonderen Fall im Hinblick an die Mitarbeiterbeteiligung stellen die sog. Produktivgenossenschaften dar. Diese sind Zusammenschlüsse zum Zwecke der gemeinschaftlichen Gütererzeugung oder Erbringung von Dienstleistungen; die Mitglieder sind gleichzeitig im Geschäftsbetrieb der Genossenschaft tätig und de facto ihre eigenen Arbeitgeber²⁸⁴. Die Produktivgenossenschaften haben jedoch praktisch keine Verbreitung in der Schweiz gefunden²⁸⁵.

²⁷⁷ FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCÀ-KELLER, 11 m.w.H.

²⁷⁸ Vgl. FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCÀ-KELLER, 6 m.w.H.

²⁷⁹ Vgl. FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCÀ-KELLER, 12 f. m.w.H.

²⁸⁰ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 19 N 8.

²⁸¹ FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCÀ-KELLER, 13; GERBER, 15.

²⁸² FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCÀ-KELLER, 14.

²⁸³ Vgl. FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCÀ-KELLER, 13 f.

²⁸⁴ Es handelt sich dabei insbesondere um Handwerker- und Arbeiterproduktivgenossenschaften, bei denen die Mitglieder kein dem Genossenschaftszweck entsprechendes

Aus rechtlicher Sicht eignet sich die Genossenschaft aus mehreren Gründen für die Mitarbeiterbeteiligung²⁸⁶. Zum einen steht sowohl der Eintritt als auch der Austritt aus der Genossenschaft jedem Mitarbeiter, der sich dafür entschliesst und ggf. die statutarischen Bedingungen erfüllt, offen. In die Genossenschaft können jederzeit Mitglieder aufgenommen werden; die Statuten dürfen den Eintritt nicht übermässig erschweren²⁸⁷. Auch der Austritt steht, solange die Auflösung der Genossenschaft nicht beschlossen ist, jedem Genossenschafter frei²⁸⁸. Infolgedessen, dass die Genossenschaft nicht über ein im Voraus festgesetztes Grundkapital verfügt, kann die Aufnahme jederzeit und (im Vergleich mit z.B. Kapitalerhöhungsbestimmungen von juristischen Personen, welche notarieller Mitwirkung bedürfen) informell erfolgen²⁸⁹. Trotz des personenbezogenen Charakters einer Genossenschaft ist die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung im Hinblick auf die Mitarbeiterbeteiligung relevant. Nach Art. 868 OR haftet nämlich vermutungsweise ausschliesslich das Gesellschaftsvermögen, sofern die Statuten nichts anderes bestimmen²⁹⁰.

Die Mitarbeiterbeteiligung an einer Genossenschaft eröffnet dem Mitarbeiter weitgehende Mitwirkungsrechte. Insbesondere bemisst sich infolge der Personenbezogenheit der Genossenschaft die Stimmkraft der Genossenschafter nicht nach ihrer Kapitalbeteiligung, wie dies bei einer AG der Fall ist, sondern nach Köpfen²⁹¹. Allerdings nimmt infolge des Kopfstimmrechts die demokratische Partizipation der Mitglieder mit der steigenden Anzahl der Mitglieder ab, da ihr Stimmgewicht zu gering wird und diese Mitglieder zudem i.d.R. nicht existentiell auf die Leistungen der Genossenschaft angewiesen sind²⁹².

Einzelbewerbe betreiben und voll in den Genossenschaftsbetrieb integriert sind. Die Förderung wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder besteht in der Sicherstellung eines Arbeitsplatzes und eines Erwerbseinkommens, vgl. FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCA-KELLER, 27 und 30.

²⁸⁵ Vgl. GERBER, 13 m.w.H.

²⁸⁶ Vgl. zum Ganzen HEUBERGER, 200 ff.

²⁸⁷ Art. 839 OR.

²⁸⁸ Art. 842 Abs. 1 OR.

²⁸⁹ Es bedarf lediglich einer schriftlichen Erklärung (Art. 840 Abs. 1 OR). Über die Aufnahme entscheidet die Verwaltung, soweit nicht nach den Statuten die blosse Beitrittserklärung genügt oder ein Beschluss der Generalversammlung erforderlich ist (Art. 840 Abs. 3 OR). Sofern jedoch die Genossenschaft über ein Grundkapital verfügt, so hat der Beitretende zudem mindestens einen Anteilsschein zu übernehmen (Art. 853 Abs. 1 OR), wobei im Hinblick auf die Mindesthöhe des Grundkapitals, den Mindestnennwert der Anteile und die minimale Liberierungsquote keinerlei gesetzliche Vorschriften bestehen. Vgl. zur Bedeutung des Grundkapitals für die Genossenschaft MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 19 N 28 ff.

²⁹⁰ BSK OR II-NIGG, Art. 868 N 1.

²⁹¹ Art. 885 OR.

²⁹² GERBER, 16; FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCA-KELLER, 31.

Nach dispositivem Recht können mit einer Mitgliederstellung bestimmte Pflichten verbunden werden: beispielsweise können statutarisch persönliche Leistungs-, Duldungs- und Unterlassungspflichten eingeführt werden; zulässig sind weiterhin (in beschränkter Höhe) Eintrittsgelder²⁹³, Auslösungssummen²⁹⁴ sowie die Vereinbarung unbeschränkter oder beschränkter Nachschusspflichten²⁹⁵ oder einer unbeschränkten oder beschränkten Haftung^{296,297}. Allerdings wird die Mitarbeiterbeteiligung an einer Genossenschaft für ihre Mitarbeiter unattraktiv, sofern das Risiko besteht, für die Genossenschaftsschulden persönlich belangt zu werden.

Da die idealtypische Zweckrichtung einer Genossenschaft in der Hauptsache in der direkten Förderung bestimmter wirtschaftlicher Interessen der Mitglieder besteht, sind die Vermögensrechte der Mitarbeiter-Genossenschafter primär auf die Inanspruchnahme günstiger Leistungen im Rahmen der genossenschaftlichen Einrichtungen beschränkt²⁹⁸. In der derzeitigen Extremniedrigzinsphase können allerdings – sofern vorhanden – auch Anteilscheine eine attraktive Kapitalanlage darstellen, selbst wenn die Möglichkeit der Dividendenausschüttung gesetzlich eingeschränkt ist^{299,300}.

²⁹³ Art. 839 Abs. 2 OR.

²⁹⁴ Art. 842 Abs. 2 OR.

²⁹⁵ Art. 871 OR.

²⁹⁶ Art. 869 f. OR.

²⁹⁷ Vgl. zu den Pflichten eines Genossenschafters MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 19 N 46 ff.

²⁹⁸ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 19 N 52; HEUBERGER, 202; BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 828 N 18.

²⁹⁹ Gemäss Art. 859 Abs. 3 OR darf bei bestehenden Anteilscheinen die Höhe der auf sie entfallenden Quote des Reinertrages maximal den landesüblichen Zinsfluss für langfristige Darlehen ohne Sicherheiten betragen. Eine Ausnahme besteht lediglich für Kreditgenossenschaften nach Art. 861 OR; vgl. FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCÀ-KELLER, 9 ff.; HEUBERGER, 202; BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 828 N 18.

³⁰⁰ Trotz fehlender gesetzlicher Regelung wird in Analogie zum Aktienrecht die Zulässigkeit von Genussscheinen im Genossenschaftsrecht bejaht. Zu beachten sind dabei der Gleichbehandlungsgrundsatz, indem die Genussscheine an alle Mitglieder ausgegeben werden, sowie die Dividendenbeschränkung nach Art. 859 Abs. 3 OR. Die Ausgabe von Partizipationsscheinen durch die Genossenschaft wurde hingegen vom Bundesgericht infolge der Struktur der Genossenschaft, die für die Aufnahme von Eigenkapital auf dem Kapitalmarkt ungeeignet ist, als unzulässig erachtet, siehe BGE 140 III 206 E. 3.6.2, S 215 f.; vgl. auch BSK OR II-NIGG, Art. 852/853 N 22 a.

V. Mitarbeiterbeteiligung im Rahmen der Gesellschaftsgründung

Sofern eine Mitarbeiterbeteiligung im Rahmen der Gesellschaftsgründung realisiert werden soll, ist zu beachten, dass einerseits das Gesellschaftsrecht in Abhängigkeit von der Rechtsform unterschiedliche formelle Anforderungen an die Gesellschaftsgründung stellt und andererseits nicht jede Form der Mitarbeiterbeteiligung bereits im Rahmen der Gründung erfolgen kann.

1. Personengesellschaften

Die Gründung von Personengesellschaften bedarf eines Gesellschaftsvertrages, welcher grundsätzlich formfrei abgeschlossen werden kann, sofern Gesellschafter keine formbedürftige Verpflichtung, in etwa zur Einbringung eines Grundstücks³⁰¹, übernehmen³⁰². Sofern jedoch eine Personengesellschaft ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt, besteht die Verpflichtung zur Eintragung in das Handelsregister³⁰³. Die Eintragung wirkt lediglich deklaratorisch: die Wirksamkeit der Gesellschaft im Aussenverhältnis kann auch früher eintreten, sofern die Gesellschaft bereits vor dem Handelsregistereintrag in Vollzug gesetzt und beispielsweise Personal angestellt wurde³⁰⁴. Sofern die Personengesellschaften kein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben, so entstehen sie als KIG oder KmG erst, wenn sie sich in das Handelsregister eintragen lassen, wobei in diesem Fall die Eintragung konstitutiv wirkt³⁰⁵. Relevant ist der Handelsregistereintrag insbesondere, wenn ein Mitarbeiter als Kommanditär an einer Kommanditgesellschaft beteiligt werden soll, da seine Haftungsbeschränkung grundsätzlich erst mit der Handelsregistereintragung eintritt³⁰⁶. Im Hinblick auf die einfache Gesellschaft ist zu beachten, dass die Gesellschafter infolge ihrer fehlenden Rechtsfähigkeit³⁰⁷ in ihrer Gesamtheit als Rechtsgemeinschaft als Arbeitgeber auftreten.

³⁰¹ Vgl. Art. 216 OR.

³⁰² BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 552 N 13.

³⁰³ Art. 934 Abs. 1 OR, Art. 552 Abs. 2 OR, Art. 594 Abs. 3 OR.

³⁰⁴ Vgl. BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 552 N 26 und Art. 594 N 22 m.w.H.

³⁰⁵ Vgl. Art. 553 und Art. 595 OR

³⁰⁶ Vgl. Art. 606 OR; siehe auch BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 594 N 22. Sofern ein Mitarbeiter in eine bestehende Kommanditgesellschaft als Kommanditär eintritt, so haftet er mit seiner Kommanditsumme auch für die vor seinem Beitritt entstandenen Verbindlichkeiten (Art. 612 OR).

³⁰⁷ BSK OR II-HANDSCHIN, Art. 530 N 6 m.w.H.

Ein Arbeitsvertrag kann formlos vereinbart werden³⁰⁸. Es empfiehlt sich jedoch, sowohl den Gesellschaftsvertrag, als auch den Arbeitsvertrag in Schriftform festzuhalten und dabei einerseits die Beiträge, die der Mitarbeiter in seiner Gesellschafterfunktion zu leisten hat, und andererseits seine Arbeitsleistung als Arbeitnehmer im Subordinationsverhältnis sowie das dafür zu entrichtende Entgelt festzulegen. Grundsätzlich macht die Vereinbarung einer blossen Gewinnbeteiligung aus dem Mitarbeiter noch keinen Gesellschafter³⁰⁹. Sofern ein Mitarbeiter in eine bestehende Personengesellschaft aufgenommen werden soll, bedarf es der Änderung des Gesellschaftsvertrages, was – sofern nicht anders im Gesellschaftsvertrag festgelegt – mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter erfolgt³¹⁰, sowie der Eintragung des neuen Mitarbeiter-Gesellschafters in das Handelsregister bei einer KIG und einer KmG³¹¹.

In formeller Hinsicht ist für die Anmeldung der einzutragenden Tatsachen oder ihrer Veränderung ins Handelsregister die persönliche Unterzeichnung aller Gesellschafter erforderlich³¹². Wird die Eintragung nicht von allen Gesellschaftern persönlich vorgenommen, müssen die fehlenden Unterschriften beglaubigt werden³¹³. Von diesem Formerfordernis kann nicht abgewichen werden, auch nicht in etwa indem die persönliche Anwesenheit durch eine Mitteilung des bei der Gesellschaftsgründung beteiligten Notars ersetzt wird³¹⁴.

2. Kapitalgesellschaften

Im Gegensatz zu Personengesellschaften (und Genossenschaften) ist die Gründung von Kapitalgesellschaften mit zahlreichen formellen Anforderungen verbunden³¹⁵. Diese ergeben sich aus dem Zusammenspiel von Handelsregisterämtern und Notaren, welche einen grossen Qualitätsgewinn für öffent-

³⁰⁸ Vgl. aber Art. 330b OR.

³⁰⁹ VISCHER, 27.

³¹⁰ Vgl. Art. 534 Abs. 1 OR. Aufgrund der Verweisung in Art. 557 Abs. 2 OR und Art. 598 Abs. 2 i.V.m. Art. 557 Abs. 2 OR findet der dispositive Art. 534 Abs. 1 OR auch im Rahmen einer KIG und einer KmG Anwendung.

³¹¹ Art. 41 Abs. 1 lit. f HRegV (KIG) sowie Art. 41 Abs. 2 lit. f und g HRegV (KmG).

³¹² Art. 556 Abs. 1 OR; Art. 597 Abs. 1 OR.

³¹³ Sog. «Zeichnungsmuster»; bei ausländischen Beglaubigungen muss zudem eine Apostille/diplomatische oder konsularische Beglaubigung erfolgen; vgl. Art. 21 ff. HRegV.

³¹⁴ BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 556 N 4. Vgl. zudem Art. 18 Abs. 5 HRegV zur ausnahmsweisen Eintragung trotz Nichteinhaltung der Anmeldungsformalitäten.

³¹⁵ Die Genossenschaft wird durch Aufstellung der Statuten und deren Genehmigung in der konstituierenden Versammlung durch Eintragung in das Handelsregister gegründet (Art. 830 OR).

lich einsehbare Einträge darstellen³¹⁶. Während dem Handelsregister vor allem die Publizitäts- sowie die beweisverstärkende Wirkung zukommt³¹⁷, übernimmt der Notar im Gesellschaftsrecht die Funktion der Urkundsperson³¹⁸. Der öffentlichen Beurkundung werden insbesondere die folgenden Funktionen zugeschrieben: zunächst handelt es sich um die Belegfunktion, indem im Rahmen der öffentlichen Beurkundung schriftliche Belege mit rechtlich zuerkannter Wirkung geschaffen werden³¹⁹. Weiterhin soll die öffentliche Beurkundung vor Unbedacht im Hinblick auf die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten und Pflichten schützen³²⁰. Schliesslich soll die öffentliche Beurkundung den rechtmässigen Ablauf und die gesetzeskonforme Abwicklung kollektiver Meinungsäusserungen sicherstellen^{321,322}. Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht sind jedoch nicht alle diese Funktionen gleich relevant. Mit der öffentlichen Beurkundung im Gesellschaftsrecht sollen «unlautere Machenschaften verhindert, die gesetzeskonforme Abwicklung des Gründungsvorganges gewährleistet und verlässliche Beweise gesichert werden»³²³. Im Vordergrund stehen die Beweis- oder Belegfunktion sowie die Verfahrenskontrolle, die den Schutz Dritter, nicht jedoch den Schutz der Gründer gewährleisten sollen³²⁴. Auch wenn dem Schutz vor Unbedachtheit im Rahmen der Gesellschaftsgründung keine wesentliche Bedeutung zukommt, bestehen im Rahmen von Gesellschaftsgründungen bestimmte Belehrungs- und Beratungspflichten der Urkundsperson, welche sich nach den Kenntnissen und Erfahrungen der Verfahrensbeteiligten richten und auf die sie nicht verzichten können³²⁵.

³¹⁶ ZYSSET, 55.

³¹⁷ Vgl. Art. 933 OR und Art. 9 ZGB.

³¹⁸ Vgl. ZYSSET, 55.

³¹⁹ Eingehend dazu BRÜCKNER, N 240 ff.

³²⁰ Eingehend dazu BRÜCKNER, N 258 ff.

³²¹ Eingehend dazu BRÜCKNER, N 283 ff.

³²² ZYSSET erwähnt zudem eine weitere Funktion des Beurkundungsrechts, nämlich dessen Beitrag zur Bekämpfung der Geldwäscherei. Dies erfolgt durch die Identifikation der zu beurkundenden Parteien durch die Urkundsperson. Der Beitrag zur Bekämpfung der Geldwäscherei ist jedoch nur beschränkt relevant: zum einen müssen die Urkundspersonen die wirtschaftlich Berechtigten nicht ausfindig machen, zum anderen ist Funktion im Hinblick auf die Identifikation auch durch das Handelsregisteramt ersetzbar, vgl. ZYSSET, 57.

³²³ BGE 102 II 420 E. 2b, S. 424.

³²⁴ BGE 102 II 420 E. 2b, S. 424; VOSER, 117.

³²⁵ Vgl. VOSER, 117 und (eingehend zur Belehrungs- und Beratungspflicht) 126 ff.

a) Aktiengesellschaft

Für die Gründung einer AG ist grundsätzlich eine öffentliche Beurkundung vorgeschrieben³²⁶. Diese soll eine richtige und wahrheitsgetreue Fassung und Aufzeichnung der Beschlüsse sicherstellen, die saubere und einwandfreie Durchführung der Versammlung und der Beschlussfassung gewährleisten und eine sichere Grundlage für die Eintragung ins Handelsregister schaffen³²⁷. Gemäss Art. 629 Abs. 1 OR wird die AG errichtet, indem die Gründer in einer öffentlichen Urkunde erklären, eine AG zu gründen, darin die Statuten festlegen und die Organe bestellen. Die Statuten werden durch einstimmige Willenserklärung der Gründer in schriftlicher Form festgelegt und sind dem öffentlich zu beurkundenden Errichtungsakt beizulegen³²⁸. Der Urkundsperson kommt dabei eine starke verfahrensleitende Rolle zu: sofern sie die Statuten nicht selbst entwirft, obliegt ihr eine inhaltsbezogene Prüfungspflicht für die ihr vorgelegten Entwürfe³²⁹. Insbesondere hat die Urkundsperson im Sinne einer staatlichen Vorkontrolle zu prüfen, ob die vorgelegten Statuten dem gesetzlich festgelegten Mindestinhalt entsprechen. Zusätzlich überprüft auch der Handelsregisterführer im Vorfeld der Eintragung, ob die Statuten keinen zwingenden Vorschriften widersprechen und den vom Gesetz verlangten Inhalt aufweisen³³⁰. Nach Art. 631 Abs. 1 OR muss die Urkundsperson im Errichtungsakt die Belege einzeln nennen sowie bestätigen, dass diese den Gründern und der Urkundsperson selbst vorgelegen haben. Dabei muss die Urkundsperson nicht das Bestehen der in den Belegen festgehaltenen Rechtsverhältnisse bezeugen, sondern sie muss prüfen, ob die Belege wenigstens ihrem Aussehen nach formell in Ordnung sind und gesetzlich verlangten Angaben enthalten sowie ob der Inhalt der Belege mit der von ihr zu beurkundenden Feststellung der Gründer übereinstimmt³³¹.

Wie bereits dargestellt kann die Mitarbeiterbeteiligung bei einer AG auf unterschiedlichen Wegen erfolgen. In der Regel wird hierfür eine statutarische

³²⁶ Das Beurkundungsverfahren richtet sich nach kantonalem Recht (Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB), welches jedoch inhaltlich stark durch bundesrechtliche Vorgaben geprägt ist, vgl. ZK-CRAMER, Art. 629 N 5.

³²⁷ BSK OR II-SCHENKER Art. 629 N 1 m.w.H.

³²⁸ Art. 631 Abs. 2 Ziff. 1 OR; Art. 777b Abs. 2 Ziff. 1 OR (GmbH).

³²⁹ ZK-CRAMER, Art. 629 N 9.

³³⁰ Art. 940 Abs. 2 OR, Art. 28 HRegV; vgl. KÄSER, 89.

³³¹ Dem Errichtungsakt sind gemäss Art. 631 Abs. 2 OR die Statuten, der Gründungsbericht, die Prüfungsbestätigung, die Bestätigung über die Hinterlegung von Einlagen in Geld, die Sacheinlagenverträge sowie bereits vorliegende Sachübernahmeverträge beizulegen. Diese Belege nehmen an der Registerpublizität teil, vgl. dazu BSK OR II-SCHENKER, Art. 631 N 2.

Regelung erforderlich sein, was stets eine öffentliche Beurkundung und Eintragung ins Handelsregister voraussetzt³³².

aa) Aktien

Die Beteiligung der Mitarbeiter am Eigenkapital einer AG setzt voraus, dass diese bereits im Rahmen des Errichtungsakts als Gründer Aktien zeichnen, da die einzig zulässige Simultangründung Identität der Gründer und Zeichner voraussetzt³³³. Sofern jedoch eine bestehende Gesellschaft die Aktien nach Massgabe von Art. 659 OR sekundär erwirbt und anschliessend diese Aktien den Mitarbeitern zuteilt, so sind damit keine beurkundungsrechtlichen Formalitäten verbunden. Anders verhält es sich, wenn die die Zuteilung der Aktien oder auch der Partizipationsscheine an die Mitarbeiter im Rahmen einer Kapitalerhöhung erfolgt. Hierfür ist ein Beschluss der Generalversammlung erforderlich³³⁴, welcher öffentlich beurkundet werden muss³³⁵. Die Kapitalerhöhung zwecks Mitarbeiterbeteiligung erfolgt unter der Aufhebung des Bezugsrechts der bisherigen Aktionäre³³⁶, was im Generalversammlungsbeschluss anzugeben ist³³⁷. Der Generalversammlungsbeschluss unterliegt einem qualifizierten Quorum nach Art. 704 Abs. 1 Ziff. 6 OR, d.h. erforderlich ist die Zustimmung von zwei Drittel der vertretenen Stimmen und der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte. Der Verwaltungsrat hat einen schriftlichen Kapitalerhöhungsbericht zu verfassen³³⁸, welcher von einem zugelassenen Revisionsexperten auf Vollständigkeit und Richtigkeit zu prüfen ist³³⁹. Aufgrund der Aufhebung des Bezugsrechts ist eine vorbehaltlose Prüfungsbestätigung des zugelassenen Revisionsexperten erforderlich³⁴⁰. Anschliessend wird die Kapitalerhöhung vom Verwaltungsrat vollzogen, wozu ein Feststellungsbeschluss und die Statutenanpassung gehören³⁴¹. Es handelt sich dabei um eine ausschliessliche und nicht delegierbare Kompetenz des Verwaltungsrats³⁴². Die vom Verwaltungsrat zu treffenden Feststellungen nach Art. 652g Abs. 1 Ziff. 1 – 3 OR entsprechen in inhaltlicher Hinsicht

³³² Vgl. Art. 647 OR.

³³³ Vgl. oben IV.B.1.a).

³³⁴ Art. 650 Abs. 1 OR.

³³⁵ Art. 650 Abs. 2 OR.

³³⁶ Art. 652b Abs. 2 OR.

³³⁷ Art. 650 Abs. 2 Ziff. 8 OR; Art. 47 Abs. 1 Ziff. 1 HRegV.

³³⁸ Art. 652e OR.

³³⁹ Art. 652f Abs. 1 OR.

³⁴⁰ Vgl. Art. 46 Abs. 4 HRegV. Deshalb wird in der Praxis zumindest in kleineren Strukturen das Bezugsrecht nicht aufgehoben, sondern eine Verzichtserklärung der bestehenden Aktionäre auf ihr Bezugsrecht eingeholt (Waiver).

³⁴¹ Art. 652g Abs. 1 OR.

³⁴² ZK-CRAMER, Art. 652g N 3.

weitgehend den Feststellungen, die im Rahmen der Gründung durch die Gründer erfolgen³⁴³. Bevor die Eintragung der Kapitalerhöhung ins Handelsregister erfolgen kann³⁴⁴, sind der Beschluss und die Feststellungen öffentlich zu beurkunden³⁴⁵, was nicht notwendigerweise in derselben öffentlichen Urkunde zu erfolgen hat³⁴⁶. Infolge der Vertretungsfeindlichkeit des Verwaltungsratsmandats müssen die Mitglieder des Verwaltungsrats persönlich vor der Urkundsperson erscheinen³⁴⁷. Letztere hat die Belege, die der Kapitalerhöhung zugrunde lagen, einzeln zu nennen und zu bestätigen, dass sie dem Verwaltungsrat vorgelegen haben³⁴⁸ – in folgedessen kommt ein Zirkulationsbeschluss nicht in Frage³⁴⁹. Schliesslich sind der öffentlichen Urkunde die Belege beizulegen, die für die Anmeldung ins Handelsregister erforderlich sind³⁵⁰. Sobald sämtliche Voraussetzungen der Handelsregistereintragung erfüllt sind (insbesondere das Vorliegen der Prüfungsbestätigung nach Art. 652f OR und die erforderlichen Urkunden samt Belegen), kann der Verwaltungsrat die Kapitalerhöhung im Handelsregister anmelden³⁵¹. Im Aussenverhältnis wird die Kapitalerhöhung am ersten Werktag nach der Publikation im SHAB wirksam³⁵².

³⁴³ Art. 629 Abs. 2 OR; ZK-CRAMER, Art. 652g N 5.

³⁴⁴ Art. 652h OR.

³⁴⁵ Art. 652g Abs. 2 S. 1 OR.

³⁴⁶ ZK-CRAMER, Art. 652g N 12; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 652g N 3.

³⁴⁷ ZK-CRAMER, Art. 652g N 9; BRÜCKNER, N 2995. Um dieser Formalität entgegenzutreten behilft sich die Praxis (statutarischer oder reglementarischer) Quorumserleichterungen, wonach Beschlüsse, die einer öffentlichen Beurkundung bedürfen von einem (verfügbaren) Verwaltungsrat alleine gefasst werden dürfen (was jedoch die Mitglieder nicht von der Pflicht, an der Sitzung teilzunehmen, befreit), vgl. ZK-CRAMER, Art. 652g N 9 f.; ZK-CRAMER, Art. 647 N 16; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 652g N 8 f. Kritisch zu solcher Praxis BÖCKLI, § 2 N 169 f., der darauf hinweist, dass die Ausführung der Beschlüsse der Generalversammlung zu einer der undelegierbaren Aufgabe des Verwaltungsrats gehört (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR) und in jedem Fall eine Delegation ohne die Berichterstattung an seine Mitglieder (Art. 716a Abs. 3 OR) unzulässig ist und bei Unregelmässigkeiten Haftungsfolgen für alle Verwaltungsräte nach sich ziehen kann.

³⁴⁸ Art. 652g Abs. 2 S. 2 OR.

³⁴⁹ Vgl. BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 652g N 10.

³⁵⁰ Art. 652g Abs. 3 OR. Vgl. Kataloge von Art. 46 Abs. 2 – 4 HRegV für die ordentliche und Art. 50 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 2 – 4 HRegV für die genehmigte Kapitalerhöhung.

³⁵¹ Vgl. BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 652h N 4; Art. 46 ff. HRegV.

³⁵² Art. 932 Abs. 2 OR. Im Innenverhältnis ist der Tagesregistereintrag massgebend, vgl. Art. 932 Abs. 1 OR.

bb) Optionen

Die Einräumung von Optionen erfolgt im Wege einer bedingten Kapitalerhöhung. Dies bedarf formell einer Statutenänderung, die durch die Generalversammlung mit einem qualifizierten Mehr beschlossen wird³⁵³. Es ist möglich, das bedingte Kapital bereits im Errichtungsakt vorzusehen. Die entsprechenden Bestimmungen sind in die Gründungsstatuten aufzunehmen³⁵⁴, was naturgemäss nur einstimmig erfolgen kann.

Aus inhaltlicher Sicht sind in den Statuten insbesondere der maximale Nennwertbetrag der bedingten Kapitalerhöhung, Anzahl, Nennwert und Art der Aktien sowie der Kreis der bezugsberechtigten Mitarbeiter festzulegen³⁵⁵. Sofern das bedingte Kapital sowohl zugunsten der Gläubiger von Wandel- und Optionsanleihen als auch zugunsten der Mitarbeiter geschaffen werden soll, sind für beide Arten des bedingten Kapitals die Maximalquoten von der Generalversammlung selbst zu beschliessen und die jeweiligen Beträge entsprechend in die Statuten aufzunehmen³⁵⁶. Es handelt sich dabei um ein Gültigkeitserfordernis und nicht bloss um eine Ordnungsvorschrift. Unzulässig ist demnach die Delegation der Aufteilung der Maximalzahl der Aktien des bedingten Kapitals für Mitarbeiterbeteiligungen, Anleiheobligationen und Aktionärsoptionen an den Verwaltungsrat³⁵⁷. In den Statuten ist der Kreis der bezugsberechtigten Mitarbeiter zu definieren (oder einzuschränken). In der Regel wird jedoch der Verwaltungsrat in den Statuten ermächtigt, die berechtigten Arbeitnehmer zu bezeichnen und die Bedingungen für die Berechtigung und Ausübung der Optionen in einem Reglement festzulegen³⁵⁸. Der Verwaltungsrat ist sodann ausschliesslich für die Ausgabe der Optionsrechte an die Mitarbeiter bzw. die Lancierung des Mitarbeiterbeteiligungsprogramms zuständig³⁵⁹. Es bedarf eines Durchführungsbeschlusses des Verwaltungsrats, welcher nicht öffentlich zu beurkunden ist³⁶⁰.

Üben die Mitarbeiter die Optionsrechte aus, was durch eine schriftliche Erklärung unter Hinweis auf die Statutenbestimmung über die bedingte Kapitalerhöhung zu erfolgen hat³⁶¹, so erhöht sich das Aktienkapital der Gesellschaft ohne Weiteres im Zeitpunkt der Erfüllung der Einlagepflicht³⁶²; ohne zusätz-

³⁵³ Art. 704 Abs. 1 Ziff. 4 OR.

³⁵⁴ Art. 627 Ziff. 6 OR.

³⁵⁵ Vgl. Art. 653b Abs. 1 lit. 1, 2 und 3 OR.

³⁵⁶ Vgl. BGE 121 III 219 E. 5.a, S. 240.

³⁵⁷ BÖCKLI, § 2 N 195; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 653 N 16b; ZK-CRAMER, Art. 653 N 28.

³⁵⁸ CHK-HEIZ, Art. 653 N 7; ZK-CRAMER, Art. 653 N 14.

³⁵⁹ ZK-CRAMER, Art. 653 N 40.

³⁶⁰ BÖCKLI, § 2 N 232.

³⁶¹ Art. 653e Abs. 1 OR; vgl. BÖCKLI, § 2 N 234.

³⁶² Art. 653 Abs. 2 OR.

liche Formalitäten seitens der Gesellschaft oder die Intervention eines Notars entstehen auch die Aktionärsrechte des Mitarbeiters³⁶³.

Nach der Ausgabe der Aktien prüft ein zugelassener Revisionsexperte nach Abschluss jedes Geschäftsjahres, ob die Ausgabe der neuen Aktien dem Gesetz, den Statuten und einem allfälligen Emissionsprospekt entspricht³⁶⁴, und erstellt eine schriftliche (vorbehaltlose) Bestätigung^{365,366}. Diese Prüfungspflicht kann insbesondere bei kleineren Gesellschaften, die sonst ohne zugelassenen Prüfungsexperten auskommen, eine Erschwernis der Ausgabe von Mitarbeiteroptionen zur Folge haben³⁶⁷. Nach Eingang der Prüfungsbestätigung beim Verwaltungsrat wird der Vollzug der bedingten Kapitalerhöhung durch den Verwaltungsrat abgeschlossen³⁶⁸. Dieser hat im Hinblick auf die durchgeführte Kapitalerhöhung notwendige Feststellungen zu treffen³⁶⁹ sowie die nötigen Statutenanpassungen vorzunehmen³⁷⁰. Dies erfolgt zweckmässigerweise im Rahmen der ersten Sitzung nach Abschluss des Geschäftsjahres³⁷¹. Der Beschluss des Verwaltungsrats über den Vollzug der bedingten Kapitalerhöhung erfolgt in einer öffentlichen Urkunde, wobei die Urkundsperson an der entsprechenden Sitzung teilzunehmen hat, um die getroffenen Feststellungen und die vorgelegten Belege in der Urkunde zu erwähnen³⁷². Die öffentliche Urkunde über die Beschlüsse des Verwaltungsrats muss dem Beschluss der Generalversammlung entsprechen und insbesondere folgende Angaben enthalten: (i) Feststellungen des Verwaltungsrats zur Kapitalerhöhung (Anzahl, Nennwert und Art der ausgegebenen Aktien, gegebenenfalls die Stimmrechtsaktien, die mit Vorzugsaktien verbundenen Vorrechte, eine allfällige Beschränkung der Übertragbarkeit der Aktien sowie die Höhe des Aktienkapitals am Schluss des Geschäftsjahres oder zum Zeitpunkt der Prü-

³⁶³ Art. 653e Abs. 3 OR; vgl. BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 653 N 3; BÖCKLI, § 2 N 238.

³⁶⁴ Art. 653f Abs. 1 OR; vgl. zum Prüfungsgegenstand BÖCKLI, § 2 N 241.

³⁶⁵ Art. 653f Abs. 2 OR; ZK-CRAMER, Art. 653f N 6.

³⁶⁶ Während bei der ordentlichen Kapitalerhöhung der zugelassene Revisionsexperte den Kapitalerhöhungsbericht des Verwaltungsrats nur auf Richtigkeit und Vollständigkeit prüft, geht die Prüfungspflicht des zugelassenen Revisionsexperten im Rahmen der bedingten Kapitalerhöhung weiter. Bei der bedingten Kapitalerhöhung muss er vielmehr überprüfen, ob der laufende Vorgang der Ausgabe neuer Aktien durch die Bank Gesetz, Statuten und einem allfälligen Emissionsprospekt entspricht, eingehend dazu BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 653f N 2.

³⁶⁷ Vgl. BÖCKLI, § 2 N 240.

³⁶⁸ BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 653g N 1.

³⁶⁹ Art. 653g Abs. 1 S. 1 OR.

³⁷⁰ Art. 653g Abs. 1 S. 2 OR.

³⁷¹ BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 653g N 2; s. auch Art. 653h OR, wonach der Verwaltungsrat die Statutenänderung dem Handelsregister spätestens drei Monate nach Abschluss des Geschäftsjahres anzumelden hat, vgl. BÖCKLI, § 2 N 246.

³⁷² BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 653g N 4.

fung)³⁷³, (ii) die Beschlüsse des Verwaltungsrats über die Änderung der Statuten im Hinblick auf die Höhe des Aktienkapitals und dessen Liberierung sowie den Betrag des noch verbleibenden bedingten Kapitals³⁷⁴ und schliesslich (iii) die Feststellung der Urkundsperson nach Art. 653g Abs. 2 OR, dass die Prüfungsbestätigung die verlangten Angaben ohne Vorbehalt enthält³⁷⁵. Anschliessend meldet der Verwaltungsrat spätestens drei Monate nach Abschluss des Geschäftsjahres dem Handelsregister die Statutenänderung an; einzureichen sind die öffentliche Urkunde und die Prüfungsbestätigung³⁷⁶. Die Eintragung der Kapitalerhöhung hat dabei (im Gegensatz zur ordentlichen und der genehmigten Kapitalerhöhung) lediglich eine deklaratorische Wirkung; massgebend für die die Entstehung der Aktien und der damit verbundenen Rechte ist einzig die Erfüllung der Liberierungspflicht durch die Mitarbeiter³⁷⁷. Sofern die Optionsrechte erloschen oder vollständig ausgeübt worden sind, hat der Verwaltungsrat die entsprechenden statutarischen Bestimmungen über die bedingte Kapitalerhöhung aufzuheben³⁷⁸ und den entsprechenden Beschluss in einer öffentlichen Urkunde, die weitestgehend im Hinblick auf Form, Inhalt und Prüfungspflicht der Urkundsperson dem Feststellungsbeschluss betreffend den Vollzug der bedingten Kapitalerhöhung entspricht, festzuhalten³⁷⁹.

cc) Partizipationscheine

Die Beteiligung der Mitarbeiter mittels Partizipationsscheinen kann sowohl bei einer bestehenden AG als auch anlässlich der Gründung erfolgen³⁸⁰. Die Aufbringung des Partizipationskapitals im Rahmen der Gründung erfolgt nach den Gründungsvorschriften³⁸¹, wohingegen nachträglich das Verfahren der ordentlichen, genehmigten oder bedingten Kapitalerhöhung zur Anwendung kommt³⁸². Da zwecks Mitarbeiterbeteiligung das Bezugsrecht der bisherigen Aktionäre aufgehoben werden soll, bedarf der Beschluss der Generalversammlung eines qualifizierten Mehrs³⁸³. Bei der Einführung von Partizipationsscheinen ist die Schranke von Art. 656b Abs. 1 OR zu beachten, d.h. das Partizipationskapital darf das Doppelte des Aktienkapitals nicht übersteigen.

³⁷³ Vgl. Art. 653g Abs. 1 OR; Art. 52 Abs. 2 lit. a HRegV.

³⁷⁴ Art. 52 Abs. 2 lit. b HRegV.

³⁷⁵ Art. 52 Abs. 2 lit. c HRegV.

³⁷⁶ Art. 653h OR.

³⁷⁷ Vgl. BÖCKLI, § 2 N 248; BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 653h N 4 m.w.H.

³⁷⁸ Art. 653i Abs. 1 OR; dazu BÖCKLI, § 2 N 249 f.

³⁷⁹ Vgl. zu den Besonderheiten BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 653i N 4.

³⁸⁰ BSK OR II-RAMPINI/SPILLMANN, Art. 656a N 2.

³⁸¹ Art. 629 – 635a OR.

³⁸² Art. 650 ff. OR.

³⁸³ Art. 704 Abs. 1 Ziff. 6 OR.

Die Bestimmungen über die Einführung von Partizipationsscheinen zählen zudem zum bedingt notwendigen Statuteninhalt³⁸⁴. Auch wenn der Mitarbeiter als Partizipant grundsätzlich über kein Stimmrecht verfügt (eine anderslautende Statutenbestimmung wäre nichtig³⁸⁵ und würde vom Handelsregisterführer wohl nicht eingetragen, da offensichtlich rechtswidrig), so ist es dennoch möglich, ihm bestimmte, mit dem Stimmrecht zusammenhängende Rechte einzuräumen³⁸⁶. Hierbei handelt es sich um das Recht auf die Einberufung der Generalversammlung, das Teilnahmerecht, das Recht auf Einsicht und das Antragsrecht³⁸⁷. Dies bedarf ebenfalls einer entsprechenden statutarischen Bestimmung³⁸⁸.

dd) Tantiemen

Die Ausrichtung von Tantiemen kann im Rahmen der Unternehmensgründung vereinbart werden. Zwingend ist eine statutarische Grundlage, da es sich um einen bedingt notwendigen Statuteninhalt handelt³⁸⁹; eine rein vertragliche Abmachung ist nicht ausreichend³⁹⁰.

ee) Genussscheine

Die Einführung von Genussscheinen kann ebenfalls sowohl bei der Gründung als auch im Rahmen einer bestehenden Unternehmung erfolgen und bedarf stets einer statutarischen Grundlage (bedingt notwendiger Statuteninhalt)³⁹¹. Sofern die Ausgabe von Genussscheinen zugunsten der Gründer erfolgt, müssen dies die ursprünglichen Statuten vorsehen³⁹². In diesem Fall brauchen die Genussscheine nicht bei der Gründung auch tatsächlich ausgegeben zu wer-

³⁸⁴ Art. 627 Ziff. 9 OR.

³⁸⁵ BSK OR II-RAMPINI/SPILLMANN, Art. 656c N 1.

³⁸⁶ Vgl. Art. 656c Abs. 1 und 2 OR. Die Möglichkeit einer statutarisch abweichenden Regelung bezieht sich jedoch nur auf die mit dem Stimmrecht zusammenhängenden Rechte, nicht auf das Stimmrecht selbst. Der Ausschluss des Stimmrechts ist grundsätzlich zwingend, vgl. Art. 656c Abs. 1 OR; BOHRER, 355; BÖCKLI, § 5 N 44.

³⁸⁷ Art. 656c Abs. 2 OR.

³⁸⁸ Art. 656c Abs. 1 OR, vgl. jedoch dessen Abs. 3, wonach im Fall einer fehlenden statutarischen Bestimmung betreffend Einräumung des Rechts auf Auskunft und Einsicht sowie des Antragsrechts auf die Einleitung der Sonderprüfung, der Partizipant dennoch Begehren um Auskunft und Einsicht sowie um Einleitung einer Sonderprüfung schriftlich zuhanden der Generalversammlung stellen kann.

³⁸⁹ Vgl. Art. 627 Ziff. 2 OR.

³⁹⁰ BSK OR II-VOGT, Art. 677 N 6.

³⁹¹ Art. 675 Abs. 1 S. 1 OR, Art. 627 Ziff. 9 OR.

³⁹² Art. 657 Abs. 5 OR.

den, vielmehr kann die Ausgabe auch zu einem späteren beliebigen Zeitpunkt erfolgen. Diese Einschränkung greift jedoch nur, wenn Gründer als separate Gruppe Genussscheine erhalten sollen. Daher können sie in ihrer Funktion als Arbeitnehmer genussscheinberechtigt werden³⁹³. In inhaltlicher Sicht sind in den Statuten die Zahl der ausgegebenen Genussscheine und der Inhalt der damit verbundenen Rechte anzugeben³⁹⁴.

b) GmbH

Im Zuge der Totalrevision des GmbH-Rechts, welche am 1.1.2008 in Kraft trat, haben sich die Gründungsformalitäten einer GmbH (Art. 777 ff. OR) an jene der AG angenähert³⁹⁵. Insofern kann auf diesbezüglichen Ausführungen verwiesen werden³⁹⁶. Hinzuweisen wäre auf einige Besonderheiten, die zum Teil dem personenbezogenen Charakter einer GmbH geschuldet sind.

Wie bereits erwähnt, kann ein Mitarbeiter am Stammkapital einer GmbH nicht bereits im Rahmen der Gründung beteiligt werden, sofern er selbst nicht auch ein Mitgründer ist³⁹⁷. Insofern kann ein Mitarbeiter die Stammanteile entweder von der GmbH selbst, sofern sie solche nach Massgabe von Art. 783 OR hält, oder einem anderen Gesellschafter übernehmen, womit keine beurkundungsrechtlichen Formalitäten verbunden sind³⁹⁸, oder er kann sie auch im Rahmen der Kapitalerhöhung erwerben. Massgebend dabei sind die Vorschriften des Aktienrechts³⁹⁹, d. h. im Einzelnen es bedarf eines Kapitalerhöhungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung, in welchem unter anderem der Bezugsrechtsausschluss der bisherigen Gesellschafter anzugeben ist⁴⁰⁰. Der Kapitalerhöhungsbeschluss ist öffentlich zu beurkunden⁴⁰¹. Weiter notwendig sind der Kapitalerhöhungsbericht des Geschäftsführers und eine vorbehaltlose Bestätigung des zugelassenen Revisionsexperten, dass der Be-

³⁹³ Vgl. BSK OR II-RAMPINI/SPILLMANN, Art. 657 N 7.

³⁹⁴ Art. 675 Abs. 1 S. 2 OR.

³⁹⁵ BSK OR II-BAUDENBACHER/GÖBEL/SPEITLER, Art. 772 N 1b.

³⁹⁶ Vgl. oben IV.2.a.

³⁹⁷ Vgl. zur gleichen Situation bei einer AG Abschnitt IV.2.a.

³⁹⁸ Nach Art. 785 Abs. 1 OR bedarf die Abtretung sowie die Verpflichtung zur Abtretung der Stammanteile der Schriftform. In den Abtretungsvertrag müssen dieselben Hinweise auf statutarische Rechte und Pflichten aufgenommen werden wie in die Urkunde über die Zeichnung der Stammanteile (vgl. Art. 785 Abs. 2 OR). Die Notwendigkeit der öffentlichen Beurkundung der Abtretung wurde im Zuge der Totalrevision abgeschafft. Zu beachten ist jedoch, dass die Gesellschafter im Handelsregister einzutragen sind (Art. 73 Abs. 1 lit. i HRegV).

³⁹⁹ Art. 781 Abs. 5 i.V.m. Art. 650 ff. OR. Vgl. die Ausführungen oben bei IV.2.a.

⁴⁰⁰ Art. 781 Abs. 5 Ziff. 2 i.V.m. Art. 650 Abs. 2 Ziff. 8 OR.

⁴⁰¹ Art. 781 Abs. 5 Ziff. 1 i.V.m. Art. 650 Abs. 2 OR.

richt vollständig und richtig ist, notwendig⁴⁰². Der Beschluss und die Feststellungen sind öffentlich zu beurkunden⁴⁰³. Die Urkundsperson hat die Belege, die der Kapitalerhöhung zugrunde lagen, einzeln zu nennen und zu bestätigen, dass sie dem Verwaltungsrat vorgelegen haben⁴⁰⁴. Der öffentlichen Urkunde sind die Belege beizulegen, die für die Anmeldung ins Handelsregister erforderlich sind⁴⁰⁵. Liegen die erforderlichen Belege vor (d.h. vor allem die öffentlichen Urkunden über den Gesellschafterversammlungsbeschluss, die Prüfungsbestätigung, über die Feststellungen des Geschäftsführers und über die Statutenänderung, die angepassten Statuten sowie der vom Geschäftsführer unterzeichnete Kapitalerhöhungsbericht)⁴⁰⁶, kann die Anmeldung der Kapitalerhöhung im Handelsregister durch den Geschäftsführer erfolgen⁴⁰⁷.

Zu beachten ist, dass sofern mit den vom Mitarbeiter zu übernehmenden Stammanteilen Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten verbunden sowie auch Konventionalstrafen oder über das arbeitsrechtliche Konkurrenzverbot hinaus weitergehende Konkurrenzverbote vereinbart werden sollen, diese Bestimmungen der Aufnahme in die Statuten bedürfen⁴⁰⁸. Auf die entsprechenden statutarischen Bestimmungen ist in der Zeichnungsurkunde ausdrücklich hinzuweisen⁴⁰⁹. Fehlen diese Angaben in der Zeichnungsurkunde, so müsste die Nichtigkeit der Zeichnung angenommen werden, sofern der Mitarbeiter die Stammanteile im Rahmen der Kapitalerhöhung zeichnet⁴¹⁰.

Pro memoria ist darauf hinzuweisen, dass eine GmbH strukturbedingt keine Partizipationsscheine ausgeben kann und keine bedingte Kapitalerhöhung

⁴⁰² Art. 781 Abs. 5 Ziff. 4 i.V.m. Art. 652e f. OR und Art. 74 Abs. 4 HRegV i.V.m. 46 Abs. 4 HRegV.

⁴⁰³ Art. 781 Abs. 5 Ziff. 4 i.V.m. Art. 652g Abs. 2 S. 1 OR.

⁴⁰⁴ Art. 781 Abs. 5 Ziff. 4 i.V.m. Art. 652g Abs. 2 S. 2 OR.

⁴⁰⁵ Art. 781 Abs. 5 Ziff. 4 i.V.m. Art. 652g Abs. 3 OR.

⁴⁰⁶ Vgl. Katalog der einzureichenden Belege gemäss Art. 74 Abs. 2 – 4 i.V.m. Art. 46 Abs. 4 HRegV.

⁴⁰⁷ Art. 74 Abs. 1 HRegV.

⁴⁰⁸ Art. 776a Abs. 1 Ziff. 1, 4, 3 OR.

⁴⁰⁹ Art. 781 Abs. 3 S. 2 i.V.m. Art. 652 Abs. 2 und Art. 777a Abs. 2 OR (als GmbH-rechtliches Äquivalent zu Art. 630 OR).

⁴¹⁰ Nach SCHENKER kommt die Nichtigkeitsfolge dann nicht in Betracht, wenn die Angaben nach Art. 777a Abs. 2 OR in der Zeichnungsurkunde anlässlich der Gründung fehlen. Denn die Statuten werden ohnehin durch die Gründer im Errichtungsakt festgelegt, weswegen sich die Gründer auch ohne den entsprechenden Hinweis der betroffenen Statutenbestimmungen bewusst sind (BSK OR II-SCHENKER, Art. 777a N 3). Die Mitarbeiter hingegen, welche erst im Rahmen der Kapitalerhöhung die Stammanteile zeichnen, sind bei der Gründung nicht anwesend. Infolge der besonderen Schutzwürdigkeit der Arbeitnehmer, aber auch im Hinblick auf die nachteilige Konsequenzen, die insbesondere mit Nachschuss- und Nebenleistungspflichten verbunden sein können, müsste beim Fehlen entsprechender Hinweise im Zeichnungsschein die Nichtigkeit der Zeichnung angenommen werden.

kennt. Daher ist die Mitarbeiterbeteiligung mittels Partizipationsscheine und Optionen im Rahmen einer GmbH ausgeschlossen. Hingegen können statutarisch Genusscheine für die Mitarbeiter und Tantiemen an die Geschäftsführer vereinbart werden (bedingt notwendiger Statuteninhalt)⁴¹¹. Diesbezüglich sind die Vorschriften des Aktienrechts anwendbar⁴¹².

VI. Auswirkung der Aktienrechtsrevision

De lege ferenda soll das Erfordernis öffentlicher Beurkundung im Gesellschaftsrecht punktuell abgeschafft werden. Dies wird dadurch begründet, dass den Zwecken der öffentlichen Beurkundung (der Belegfunktion, des Schutzes vor Unbedachtheit und der Verfahrenskontrolle) im Rahmen des Gesellschaftsrechts nur eine beschränkte Bedeutung beigemessen wird. Vor diesem Hintergrund sollen im Bereich der Beurkundungspflicht für einfach strukturierte Kapitalgesellschaften Erleichterungen vorgesehen werden, so dass bestimmte gesellschaftsrechtliche Vorgänge ohne Mitwirkung der Urkundsperson erfolgen können⁴¹³.

Zunächst soll auf das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung im Rahmen der Gründung verzichtet werden können, sofern es sich bei der Gründung um eine einfach strukturierte Kapitalgesellschaft handelt. Eine solche liegt nach dem bundesrätlichen Entwurf dann vor, wenn die Statuten einer AG oder einer GmbH ausschliesslich den gesetzlich vorgeschriebenen Mindestinhalt enthalten, das Aktien- bzw. Stammkapital auf Franken lautet und die Einlagen vollständig und in Franken geleistet werden^{414,415}. Der gesetzlich vorgeschriebene Mindestinhalt der Statuten enthält: die Firma und den Sitz der Gesellschaft⁴¹⁶, den Zweck der Gesellschaft⁴¹⁷, die Höhe und die Wahrung des Aktien- bzw. Stammkapitals und den Betrag der darauf geleisteten Einla-

⁴¹¹ Art. 776a Abs. 1 Ziff. 8 und 14 OR.

⁴¹² Art. 774a OR, Art. 798b S. 2 OR.

⁴¹³ Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017, S. 399 ff. (nachfolgend: Botschaft 2016), 436 f.

⁴¹⁴ Für die AG vgl. Art. 629 Abs. 4 i.V.m. Art. 626 Abs. 1 E-OR. Für die GmbH vgl. entsprechend Art. 776 Abs. 3 i.V.m. Art. 776 E-OR (GmbH). Neu soll für die Genossenschaft eine Beurkundungspflicht im Rahmen der Gründung eingeführt werden (Art. 830 Abs. 1 E-OR). Jedoch kann auch eine Genossenschaft erleichtert (in schriftlicher Form) gegründet werden, sofern die Statuten den gesetzlichen Mindestinhalt enthalten (Art. 830 Abs. 2 E-OR i.V.m. Art. 832 E-OR). Dabei handelt es sich um Angaben zu Firma und Sitz der Genossenschaft, ihrem Zweck sowie zur Mitteilungsform an die Mitglieder.

⁴¹⁵ Vgl. zu einzelnen Voraussetzungen ZYSSET, 61 ff.

⁴¹⁶ Art. 626 Abs. 1 (Ziff. 1) E-OR bzw. Art. 776 Ziff. 1 E-OR.

⁴¹⁷ Art. 626 Abs. 1 (Ziff. 2) E-OR bzw. Art. 776 Ziff. 2 E-OR.

gen⁴¹⁸, Anzahl, Nennwert und Art der Aktien bzw. der Stammanteile⁴¹⁹ sowie Mitteilungsform an die Gesellschafter⁴²⁰. Werden weitere Aspekte in die Statuten aufgenommen, ist eine erleichterte Gründung in Schriftform ausgeschlossen⁴²¹. Auch bei einer Kapitalerhöhung soll gemäss Bundesrat auf das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung verzichtet werden, sofern die Statuten den minimalistischen Inhalt aufweisen und die Einlagen in Franken geleistet werden⁴²². Keine einfachen Verhältnisse liegen hingegen im Fall einer Kapitalherabsetzung vor: aus Gläubigerschutzüberlegungen bleibt zwingend die öffentliche Beurkundung erforderlich⁴²³. Im Hinblick auf die Statutenänderung soll die öffentliche Beurkundung jedes Mal erforderlich sein, sofern keine Minimalstatuten vorliegen, also auch dann, wenn die Änderung nur den zwingend notwendigen Statuteninhalt betrifft (beispielsweise Sitzänderung der Gesellschaft ohne weitere Anpassung der Statuten)⁴²⁴. Alternativ zum bundesrätlichen Vorschlag möchte der Nationalrat die erleichterte Gründung auch dann zulassen, wenn die Statuten den Musterstatuten entsprechen, die vom Bundesrat zu erlassen sein werden⁴²⁵.

Für die Mitarbeiterbeteiligung würden die vorgeschlagenen Neuregelungen kaum von Relevanz sein. Erfolgt die Mitarbeiterbeteiligung in Form von Partizipationsscheinen (AG) oder Genussscheinen (AG und GmbH) oder sollen den Mitarbeitern Mitarbeiteroptionen zugeteilt werden, so kann in einem solchen Fall keine einfach strukturierte Kapitalgesellschaft angenommen werden⁴²⁶, dies unabhängig davon, ob die Mitarbeiterbeteiligung durch diese Instrumente im Rahmen der Gründung oder bei einer bestehenden Kapitalge-

⁴¹⁸ Art. 626 Abs. 1 (Ziff. 3) E-OR bzw. Art. 776 Ziff. 3 E-OR.

⁴¹⁹ Art. 626 Abs. 1 (Ziff. 4) E-OR bzw. Art. 776 Ziff. 3 E-OR.

⁴²⁰ Art. 626 Abs. 1 (Ziff. 7) E-OR bzw. Art. 776 Ziff. 4 E-OR.

⁴²¹ Vgl. ZYSSET, 61 f.

⁴²² Art. 650 Abs. 4 E-OR und Art. 781 Abs. 5 E-OR.

⁴²³ Botschaft 2016, 495.

⁴²⁴ Botschaft 2016, 495.

⁴²⁵ Art. 629a Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 E-OR in der Fassung des Beschlusses des Nationalrats vom 15.6.2018 (nachfolgend: Beschluss Nationalrat). Die Musterstatuten würden zusätzlich zum Mindestinhalt nach Art. 626 Abs. 1 E-OR Bestimmungen zu folgenden Punkten enthalten: der Übertragbarkeit von Namenaktien, Ermächtigung des Verwaltungsrats zur Übertragung der Geschäftsführung, im Gesetz nicht vorgesehene Fälle, in denen für die Fassung bestimmter Beschlüsse grössere Mehrheiten als die vom Gesetz vorgeschriebenen erforderlich sind, Form der Aktien, Anzahl und Amtsdauer der Mitglieder des Verwaltungsrats, Beginn und Ende des Geschäftsjahres sowie die Wiedergabe von Vorschriften des Gesetzes. Für die GmbH vgl. Art. 777^{bis} Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 E-OR i.V.m. Art. 776 E-OR (in der Fassung vom Beschluss Nationalrat). Vgl. ZYSSET, 63 f.

⁴²⁶ Die Bestimmungen zu Genussscheinen, Partizipationsscheinen und bedingtem Kapital gehören zum bedingt notwendigen Statuteninhalt und gehen demnach über den gesetzlichen Mindestinhalt, welcher für die vereinfachte Gründung notwendig ist, hinaus.

sellschaft realisiert werden soll. Sofern die Mitarbeiter im Rahmen der Kapitalerhöhung Aktien oder Stammanteile zeichnen sollen, wird es weiterhin bei der Notwendigkeit der öffentlichen Beurkundung bleiben. Die Beteiligung der Mitarbeiter im Rahmen einer Kapitalerhöhung setzt die Aufhebung oder die Einschränkung des Bezugsrechts der bisherigen Gesellschafter voraus. Nach Art. 650 Abs. 2 Ziff. 9 E-OR müssen solche Beschlüsse der Generalversammlung öffentlich beurkundet werden^{427,428}. Mithin kann festgehalten werden, dass die laufende Aktienrechtsrevision keinen direkten Einfluss auf die Begründung der Mitarbeiterbeteiligung und jedenfalls nach dem heutigen Stand keine Erleichterungen betreffend öffentlicher Beurkundung bringen wird.

Abschliessend ist auf einige geplante Regelungen hinzuweisen, die zwar nicht direkt im Hinblick auf die Mitarbeiterbeteiligung relevant sind, doch für die notarielle Praxis durchaus von Bedeutung sein können. Es handelt sich um Bestimmungen, welche die Verwendung elektronischer Mittel betreffen, wodurch der fortschreitenden Digitalisierung Rechnung getragen wird. Die einzelnen Bestimmungen geben jedoch keine Details zur Verwendung elektronischer Mittel vor, damit die Anwendung elektronischer Innovationen nicht erschwert wird. Vielmehr soll es am Verwaltungsrat liegen, die technische Entwicklung im Auge zu behalten. Der Zweck des Festhaltens der Verwendung elektronischer Mittel ist vielmehr, eventuellen Anfechtungs- und Nichtigkeitklagen vorzubeugen, sofern mit diesen die Unzulässigkeit der Verwendung elektronischer Mittel geltend gemacht werden sollte⁴²⁹. Für die Verwendung elektronischer Mittel soll im Gegensatz zum Vorentwurf keine statutarische Grundlage erforderlich sein⁴³⁰. Eine Ausnahme stellt die virtuelle Generalversammlung nach Art. 701d E-OR dar. Zusätzlich muss durch den Verwaltungsrat einer börsenkotierten AG in der Einberufung ein unabhängiger Stimmrechtsvertreter bezeichnet werden. Bei nichtbörsenkotierten Gesellschaften kann unter Einverständnis sämtlicher Aktionäre auf die Bezeichnung

⁴²⁷ Vgl. auch Art. 650 Abs. 4 Ziff. 3 E-OR (Beschluss Nationalrat).

⁴²⁸ Auf die öffentliche Beurkundung soll nur im Rahmen von einfachen Verhältnissen verzichtet werden können, d.h. wenn die Statuten ausschliesslich den gesetzlichen Mindestinhalt vor und nach der Kapitalerhöhung enthalten, das Aktienkapital auf Franken lautet und die Einlagen der Kapitalerhöhung vollständig in Franken geleistet werden (Art. 650 Abs. 4 i.V.m. Art. 626 Abs. 1 E-OR). In diesem Fall soll die Mitwirkung der Urkundsperson sowohl im Hinblick auf den Kapitalerhöhungsbeschluss der Generalversammlung (Art. 650 Abs. 4 E-OR) als auch im Hinblick auf den Beschluss über die Statutenänderung und die Feststellungen des Verwaltungsrates entbehrlich sein (Art. 652g Abs. 3 E-OR).

⁴²⁹ Vgl. zum Ganzen Botschaft 2016, 557.

⁴³⁰ Botschaft 2016, 558.

eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters verzichtet werden⁴³¹. Da bereits heute die öffentliche Beurkundung von Urabstimmungen und Zirkularbeschlüssen als zulässig erachtet wird, soll die virtuelle Generalversammlung im Gegensatz zum Vorentwurf auch nicht bei Beschlüssen, die einer öffentlichen Beurkundung bedürfen, ausgeschlossen werden⁴³². Allerdings ist es möglich, dass das kantonale Beurkundungsrecht die Beurkundung von Willensäusserungen unter Abwesenden gestützt auf Art. 55 SchlT ZGB nicht zulässt⁴³³. Im Übrigen soll ermöglicht werden, dass bei Generalversammlungen mit einem physischen Tagungsort die Aktionäre ihr Stimmrecht auch elektronisch ausüben können⁴³⁴.

Grundsätzlich soll es dem Verwaltungsrat obliegen, die Verwendung elektronischer Mittel zu regeln⁴³⁵. Er hat dabei insbesondere die Identität der Teilnehmer sicherzustellen⁴³⁶, wobei im Gegensatz zum Vorentwurf keine «eindeutige» Feststellung der Identität durch den Verwaltungsrat erfolgen soll⁴³⁷. Weiterhin müssen die Voten in der Generalversammlung unmittelbar übertragen werden⁴³⁸; auch muss jeder Teilnehmer Anträge stellen und sich an der Diskussion beteiligen können⁴³⁹ und schliesslich soll das Abstimmungsergebnis durch den Einsatz elektronischer Mittel nicht verfälscht werden können⁴⁴⁰. Im Falle von technischen Problemen soll die Generalversammlung wiederholt werden⁴⁴¹.

Bedeutsam ist schliesslich Art. 701a E-OR. Demnach bestimmt grundsätzlich der Verwaltungsrat den Ort der Generalversammlung⁴⁴². Es soll ohne weiteres möglich sein, die Generalversammlung an mehreren Orten durchzuführen, sofern die Voten unmittelbar in Bild und Ton an die anderen Tagungsorte übertragen werden⁴⁴³. Im Gegensatz zum Vorentwurf muss dabei kein Haupttagungsort bestimmt werden, an welchem beispielsweise die Urkundsperson

⁴³¹ Art. 701d Abs. 2 E-OR. Der Nationalrat will hingegen auf das Erfordernis der Zustimmung sämtlicher Aktionäre verzichten und lediglich eine statutarische Regelung ausreichen lassen.

⁴³² Auch der Verwaltungsrat soll künftig seine Beschlüsse unter Verwendung elektronischer Mittel fassen können, Art. 713 Abs. 2 Ziff. 2 E-OR.

⁴³³ Botschaft 2016, 559.

⁴³⁴ Art. 701c E-OR.

⁴³⁵ Art. 701e E-OR.

⁴³⁶ Art. 701e Abs. 1 Ziff. 1 E-OR.

⁴³⁷ Vgl. Botschaft 2016, 560.

⁴³⁸ Art. 701e Abs. 1 Ziff. 2 E-OR.

⁴³⁹ Art. 701e Abs. 1 Ziff. 3 E-OR.

⁴⁴⁰ Art. 701e Abs. 1 Ziff. 4 E-OR.

⁴⁴¹ Art. 701f Abs. 1 E-OR. Sollten vor dem Auftreten technischer Probleme Beschlüsse der Generalversammlung gefällt worden sein, so werden sie ungültig (Art. 701f Abs. 2 E-OR).

⁴⁴² Art. 701a Abs. 1 E-OR.

⁴⁴³ Art. 701a Abs. 1 E-OR.

anwesend sein soll. Vielmehr soll es dem Verwaltungsrat überlassen werden, wie er im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht die Generalversammlung an mehreren Tagungsorten durchführt und die Anwesenheit der Urkundsperson sicherstellt⁴⁴⁴. Die Generalversammlung soll auch im Ausland stattfinden können, wenn der Verwaltungsrat in der Einberufung einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter bezeichnet⁴⁴⁵. Auf die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters kann bei nichtbörsenkotierten Aktiengesellschaften unter Einverständnis sämtlicher Aktionäre verzichtet werden⁴⁴⁶. Für die im Ausland gefassten Beschlüsse, die der öffentlichen Beurkundung vorliegen, kommt im Hinblick auf die Eintragung ins Handelsregister Art. 25 HRegV zur Anwendung⁴⁴⁷.

Insgesamt wird von den geschilderten Neuregelungen erwartet, dass die Verwendung elektronischer Mittel zu einer aktiveren Mitwirkung der Aktionäre bei der Willensbildung der Gesellschaft führen wird und dadurch auch die Corporate Governance gestärkt wird. Mittelfristig können zudem infolge der Verwendung elektronischer Mittel in der Generalversammlung auch Kosten für die Gesellschaften gesenkt werden⁴⁴⁸.

VII. Schlussbemerkungen

Mitarbeiterbeteiligungen sind grundsätzlich bei jeder Rechtsform möglich. Massgebend für den Unternehmensentscheid über die konkrete Ausgestaltung der Mitarbeiterbeteiligung ist die Zielsetzung im Einzelfall, d.h. insbesondere Motivation und Leistungssteigerung der Mitarbeiter, die Personalbindung und -gewinnung sowie die Verbesserung der Kapitalstruktur und Liquidität. Sofern mit der Mitarbeiterbeteiligung vor allem Finanzierungszwecke verfolgt werden, ist die Fremdkapitalbeteiligung das Mittel der Wahl. Steht hingegen die Mitarbeitermotivation im Vordergrund, so können hierfür die Erfolgsbeteiligung sowie Eigenkapitalbeteiligung dienlich sein. Die Eigenkapitalbeteiligung eignet sich zudem besonders im Hinblick auf die langfristige Mitarbeiterbindung. Während die Fremdkapitalbeteiligung und die Erfolgsbeteiligung grundsätzlich eines schuldrechtlichen Vertrages bedürfen, bedeutet die Beteiligung des Mitarbeiters am Eigenkapital der Gesellschaft seinen Eintritt in die Gesellschafterstellung mit daraus folgenden teilweise weitgehenden gesellschaftsrechtlichen Rechten und Pflichten. Die persönliche Haftung, die mit der Gesellschafterstellung an einer Personengesellschaft verbunden ist, macht

⁴⁴⁴ Vgl. Botschaft 2016, 556.

⁴⁴⁵ Art. 701b Abs. 1 E-OR.

⁴⁴⁶ Art. 701b Abs. 2 E-OR.

⁴⁴⁷ Botschaft 2016, 557 m.w.H.

⁴⁴⁸ Botschaft 2016, 560.

die Beteiligung der Mitarbeiter unattraktiv, es sei denn es handelt sich um eine Stellung als Kommanditär. Dieser Nachteil ist den Kapitalgesellschaften fremd. Deren Struktur und Flexibilität, vor allem diejenige der AG, ermöglicht unterschiedliche Mitarbeiterbeteiligungsmodelle. Massgebend für das Mitarbeiterbeteiligungsmodell ist dabei vor allem die Frage, wieviel an Mitsprache- und Kontrollrechten den Mitarbeitern gewährt werden soll.

Grundsätzlich kann jede Form der Mitarbeiterbeteiligung bereits im Rahmen der Gesellschaftsgründung realisiert werden. Die Fremdkapitalbeteiligung und die Erfolgsbeteiligung bedürfen, wie soeben erwähnt, einzig eines schuldrechtlichen Vertrages, mit welchem grundsätzlich keine beurkundungsrechtlichen Formalitäten verbunden sind. Beide Formen können bereits im Rahmen der Gründung einer Gesellschaft erfolgen⁴⁴⁹. Hingegen muss im Hinblick auf die Eigenkapitalbeteiligung der Mitarbeiter differenziert werden. Die Gründung einer Personengesellschaft ist grundsätzlich formlos – d.h. insbesondere ohne dass dabei bestimmte beurkundungsrechtliche Formalitäten zu beachten sind – möglich⁴⁵⁰. Der Mitarbeiter kann mithin in einer Doppelfunktion als Arbeitnehmer und Gründer in die Gesellschaft eintreten. Hingegen sind im Rahmen der Gründung einer Kapitalgesellschaft zahlreiche formelle Anforderungen, insbesondere Beurkundungspflichten, zu beachten. Grundsätzlich können bei einer AG sämtliche, oben beschriebenen Beteiligungsinstrumente im Rahmen der Gründung realisiert werden. Stets ist hierfür die Aufnahme der entsprechenden Bestimmungen in die Statuten, welche in einer öffentlichen Urkunde festgelegt wird, erforderlich. Hingegen kann die Mitarbeiterbeteiligung an einer GmbH infolge ihres kapitalmarktfernen Charakters nur am Stammkapital sowie mittels Tantiemen und Genussscheinen erfolgen. In diesem Fall sind ebenfalls entsprechende statutarische Bestimmungen erforderlich.

Die laufende Aktienrechtsrevision und die geplanten Erleichterungen von Unternehmensgründungen können für die Mitarbeiterbeteiligungen nur dann relevant werden, wenn der Mitarbeiter als Gründer in die Gesellschaft eintritt und die Statuten dieser Gesellschaft den Mindestinhalt aufweisen. Hingegen schliessen andere Beteiligungsinstrumente (Optionen, Partizipationsscheine, Genussscheine und Tantiemen) das Vorliegen einer einfach strukturierten Kapitalgesellschaft aus.

⁴⁴⁹ Sofern vor der Gründung vereinbart, ist zu empfehlen, die Gründung als Suspensivbedingung vorzusehen.

⁴⁵⁰ Allerdings müssen die Zeichnungsmuster der Zeichnungsberechtigten beglaubigt werden, es sei denn, diese zeichnen die Unterschrift direkt beim Handelsregisteramt. Vgl. oben IV.A und V.B.

