

# Gesellschaftsgründung mit Mitarbeiterbeteiligung

Weberstagung „Aktuelle Fragen aus dem  
Gesellschaftsrecht“ vom 24./25. Oktober 2018

Thomas Jutzi

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

# I. Einleitung

**Mitarbeiterbeteiligung:** Arbeitnehmer erhält zusätzlich zur Entlohnung die Gelegenheit, sich am Kapital oder Erfolg des Unternehmens zu beteiligen.

## Folgen

- Mitarbeiter als «Unternehmer im Unternehmen»
- Beitrag zum nachhaltigen Unternehmenserfolg
  - Motivation und Leistungsbereitschaft
  - Arbeitszufriedenheit und Identifikation mit Unternehmen
  - Flexibilität bei Personalkosten
  - Verbesserung der Kapitalausstattung
- Aber: Risikokumulation infolge des Kapitaleinsatzes und «Goldene Fesseln»

## Mitarbeiterbeteiligung



### Arbeitsrecht

✓ Subordination:  
persönliche, organisatorische, zeitliche  
und wirtschaftliche Eingliederung in die  
Arbeitsorganisation

### Gesellschaftsrecht

✓ Animus societatis:  
gemeinsame Zweckverfolgung  
(vgl. Art. 530 OR)

### Schuld- und gesellschaftsrechtliches Doppelverhältnis

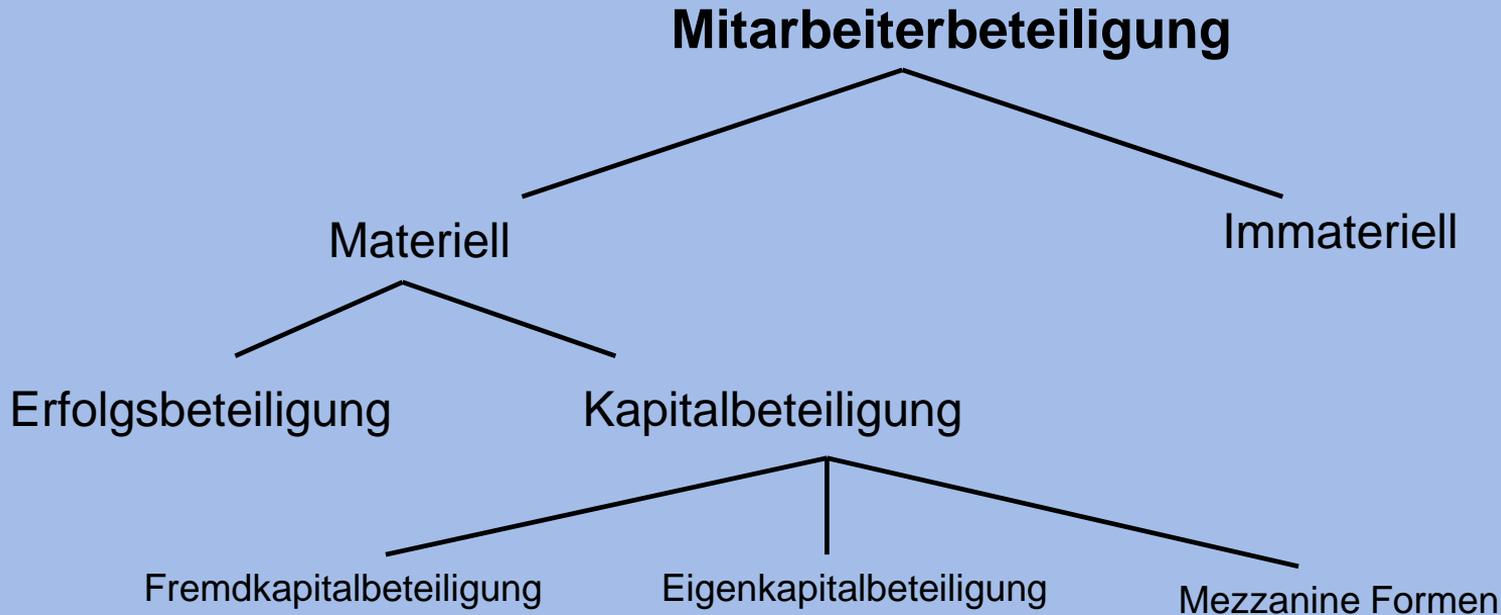
- ✓ Besondere arbeitsvertragliche Pflichten
- ✓ Zusätzliche Pflichten aus der Gesellschafterstellung

# I. Einleitung

## Ausgestaltung der Mitarbeiterbeteiligung

- Zielsetzung im Einzelfall:
  - Kapitalbeteiligung vs. blosse Erfolgsbeteiligung
  - Mitbestimmung?
- Rechtsform des Unternehmens:
  - Personengesellschaften vs. Kapitalgesellschaften
- Zeitlicher Aspekt:
  - Gründung vs. Betriebsphase

## II. Formen der Mitarbeiterbeteiligung



## II. Formen der Mitarbeiterbeteiligung

### ➤ Eigenkapitalbeteiligung

- Erwerb von Beteiligungsrechten am Arbeitgeberunternehmen
- Mitarbeiter als Mitgesellschafter
- Beteiligung am Gewinn und Verlust der Gesellschaft
- Gesellschaftsrechtliche Mitwirkungs-, Informations- und Einsichtsrechte des Mitarbeiters
- Gesellschaftsrechtliche Pflichten des Mitarbeiters, z.B. Beitragspflichten, Nachschuss- oder Nebenleistungspflichten
- Rechtsgrundlage: rechtsformspezifische Regelungen zur Gründung oder Aufnahme neuer Gesellschafter

# III. Rechtliche Grundlagen

## A. Personengesellschaften

### ➤ Einfache Gesellschaft / Kollektivgesellschaft / Kommanditgesellschaft (Komplementärstellung)

- Art. 531 Abs. 1 OR: «*Jeder Gesellschafter hat einen Beitrag zu leisten, sei es in Geld, Sachen, Forderungen oder Arbeit*».
  - Kein besonderer Vergütungsanspruch
  - Erbringung der Arbeit ≠ Arbeitnehmerstellung
  - Kein Subordinationsverhältnis
- Gesellschafterstellung zusätzlich zum Arbeitsverhältnis möglich →
  - Arbeitsleistung im Subordinationsverhältnis und Beitragsleistung zur Erreichung des Gesellschaftszwecks
  - Massgebend: konkrete Vereinbarung
- **Nachteil:** persönliche und unbeschränkte Haftung der Gesellschafter

# III. Rechtliche Grundlagen

## A. Personengesellschaften

### ➤ **Kommanditgesellschaft: Eintritt als Kommanditär**

- Art. 594 Abs. 1 OR: Haftung des Kommanditärs bis zum Betrag der Kommanditsumme →  
Beschränktes wirtschaftliches Risiko des Mitarbeiters
- Art. 600 Abs. 1 OR: keine Beteiligung an der Geschäftsführung
- Art. 534 Abs. 1 OR: Teilnahme an Gesellschaftsbeschlüssen
- Art. 600 Abs. 3 OR: Kontrollrechte
- Art. 41 Abs. 2 lit. f und g HRegV: Eintragung aller Gesellschafter ins Handelsregister

# III. Rechtliche Grundlagen

## B. Kapitalgesellschaften

### Aktiengesellschaft

#### ➤ Mitarbeiteraktie

- Arten
  - Frei übertragbare und gebundene
  - Stimmrechtsaktien (Art. 693 OR)
  - Vorzugsaktien (Art. 654 f. OR)
- Zuteilung an Mitarbeiter
  - Erwerb eigener Aktien durch die AG (Art. 659 OR)
  - Ordentliche oder genehmigte Kapitalerhöhung (Art. 650 f. OR)
    - Art. 652b Abs. 2 OR: Mitarbeiterbeteiligung als wichtiger Grund für die Aufhebung des Bezugsrechts
    - Auch originärer Erwerb durch die AG zulässig
  - Mitarbeiterbeteiligung im Rahmen der Gründung möglich, wenn der Mitarbeiter gleichzeitig Mitgründer ist.
    - Simultangründung: kein originärer Aktienerwerb durch die AG

# III. Rechtliche Grundlagen

## B. Kapitalgesellschaften

### Aktiengesellschaft

- Aktienoption: 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.
- Keine direkte Beteiligung an der AG
- Einführung der Optionen
  - Bedingte Kapitalerhöhung zwecks Einräumung «den Arbeitnehmern Rechte auf den Bezug neuer Aktien» (Art. 653 Abs. 1 OR)
  - Schranke des Art. 653a Abs. 1 OR: der Nennbetrag, um den das Aktienkapital erhöht wird, darf die Hälfte des bisherigen Aktienkapitals und ggf. Partizipationsscheine nicht übersteigen.
  - Auch im Rahmen der Gründung möglich

# III. Rechtliche Grundlagen

## B. Kapitalgesellschaften

### Aktiengesellschaft

- Partizipationsscheine (Art. 656a ff. OR)
  - Beteiligungspapier ohne Stimmrecht → keine Stimmrechtsverwässerung
  - Beschränkte mitgliedschaftliche Rechte (z.B. Klagerechte)
  - Gleichstellung mit einem Aktionär in vermögensrechtlicher Sicht
  
- Genussscheine (Art. 657 OR)
  - Kein Anteil am Eigenkapital (kein Nennwert)
  - Keine Mitgliedschafts- und Gläubigerrechte
  - Art. 657 Abs. 2 OR: Ansprüche auf einen Anteil am Bilanzgewinn oder am Liquidationsergebnis oder auf den Bezug neuer Aktien
  - Sachlicher Grund für die Einführung: Schaffung von Genussrechten zugunsten von Mitarbeitern (explizit in Art. 657 Abs. 1 OR)

# III. Rechtliche Grundlagen

## B. Kapitalgesellschaften

### Aktiengesellschaft

#### ➤ Tantiemen (Art. 677 OR)

- Spezialfall der Gewinnbeteiligung
- Begünstigte: Mitglieder des Verwaltungsrats
- Bemessungsgrundlage: bilanzmässiger Reingewinn nach der Zuweisung an die gesetzliche Reserve und der Ausrichtung von einer Dividende von fünf Prozent an die Aktionäre (höherer Ansatz in den Statuten möglich)
- Steuerrecht: Gewinnverwendung

# III. Rechtliche Grundlagen

## B. Kapitalgesellschaften

### GmbH

- Eigenkapitalbeteiligung (s. AG)
  - Erwerb eigener Stammanteile durch GmbH
  - Ordentliche Kapitalerhöhung (unter Aufhebung des Bezugsrechts)
  - Mitarbeiterbeteiligung im Rahmen der Gründung möglich, wenn der Mitarbeiter zugleich Mitgründer ist.
  - Keine Ausgabe von Partizipationsscheinen möglich
- Ausgabe von Genussscheinen (Art. 774a OR)
- Gewinnbeteiligung der Geschäftsführer mittels Tantiemen (Art. 798b OR)

# III. Rechtliche Grundlagen

## B. Kapitalgesellschaften

### GmbH

- Besonderheiten der Eigenkapitalbeteiligung
  - Verbindung der Stammanteile mit Nachschusspflichten (Art. 795 ff. OR)
    - Statutarische Regelung (Art. 776a Abs. 1 Ziff. 1 OR)
  - Treuepflicht der Gesellschafter (Art. 803 OR)
    - Vergleichbar mit denjenigen eines Arbeitnehmers (Art. 321a OR)
  - Treuepflicht der Geschäftsführer (Art. 812 Abs. 2 OR)
    - Strengere Massstäbe im Gesellschaftsrecht infolge der Organstellung, insbesondere strengere und längere Konkurrenzverbote möglich
    - Selbstorganschaft

# IV. Mitarbeiterbeteiligung und Gesellschaftsgründung

## A. Personengesellschaften

- Gründung einer Personengesellschaft
  - Gesellschaftsvertrag (grundsätzlich formfrei)
  - Eintragung ins Handelsregister (KIG und KmG):
    - Konstitutive / deklaratorische Wirkung (Art. 552 Abs. 2, Art. 553 OR)
    - Haftungsbeschränkung des Kommanditärs mit der Eintragung (Art. 606 OR)
  
- Arbeitsvertrag (grundsätzlich formfrei)
  - Empfehlenswert: schriftliche Vereinbarung der Leistungen als Gesellschaftsbeiträge sowie der Leistungen und des Entgelts im Rahmen des Arbeitsverhältnisses
  - Vereinbarung der Gewinnbeteiligung ≠ Gesellschafterstellung

# IV. Mitarbeiterbeteiligung und Gesellschaftsgründung

## B. Kapitalgesellschaften

### 1. Aktiengesellschaft

- Mitarbeiter als (Mit-)Gründer:
  - Öffentlich zu beurkundender Errichtungsakt in Anwesenheit einer Urkundsperson (Art. 629 OR)
    - Einstimmige Willenserklärungen der Gründer über die Gründung der Aktiengesellschaft
    - Festlegung der Statuten und Bestellung der Organe
  - Prüfungspflicht der Urkundsperson im Hinblick auf den Statuteninhalt
  - Simultangründung: Identität der Gründer und Zeichner
    - AG kann eigene Aktien nicht originär erwerben

# IV. Mitarbeiterbeteiligung und Gesellschaftsgründung

## B. Kapitalgesellschaften

### 1. Aktiengesellschaft

- Aktienübernahme durch die Mitarbeiter bei einer bestehenden AG
  - Sekundärerwerb der Aktien durch die AG (Art. 659 OR) und anschließende Zuteilung an Mitarbeiter
    - Schranke des Art. 659 Abs. 1 OR
    - Keine beurkundungstechnischen Formalitäten

# IV. Mitarbeiterbeteiligung und Gesellschaftsgründung

## B. Kapitalgesellschaften

### 1. Aktiengesellschaft

- Aktienübernahme durch die Mitarbeiter bei einer bestehenden AG
  - Kapitalerhöhung
    - Beschluss der Generalversammlung und dessen öffentliche Beurkundung (Art. 650 Abs. 1 und 2 OR)
    - Art. 704 Abs. 1 Ziff. 6 OR: qualifiziertes Quorum
    - Inhalt des GV-Beschlusses: insbesondere die Aufhebung des Bezugsrechts (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 8 OR)
    - Schriftlicher Kapitalerhöhungsbericht des Verwaltungsrats (Art. 652e OR)  
→ Prüfung durch zugelassenen Revisionsexperten (Art. 652f Abs. 1 OR)
    - Vorbehaltlose Prüfungsbestätigung (Art. 46 Abs. 4 HRegV)
    - Vollzug der Kapitalerhöhung durch den Verwaltungsrat:  
Feststellungsbeschluss und die Statutenanpassung (Art. 652g Abs. 1 OR)
      - Grundsätzlich persönliches Erscheinen der Mitglieder des Verwaltungsrats vor der Urkundsperson notwendig

# IV. Mitarbeiterbeteiligung und Gesellschaftsgründung

## B. Kapitalgesellschaften

### 1. Aktiengesellschaft

- Mitarbeiterbeteiligung via Optionen im Rahmen der Gründung
  - Aufnahme entsprechender Bestimmungen in die Gründungsstatuten:
    - Angabe des Betrages, der Anzahl, des Nennwerts und der Art der Aktien
    - Angabe der bezugsberechtigten Mitarbeiter
    - Ggf. Ermächtigung an den Verwaltungsrat, die bezugsberechtigten Mitarbeiter zu bezeichnen und die Bedingungen für die Ausübung im Reglement festzulegen
  - Anschliessend: Durchführungsbeschluss des Verwaltungsrats (keine öffentliche Beurkundung erforderlich)
  - Abschluss des Vollzuges der bedingten Kapitalerhöhung durch den Verwaltungsrat in einer öffentlichen Urkunde

# IV. Mitarbeiterbeteiligung und Gesellschaftsgründung

## B. Kapitalgesellschaften

### 1. Aktiengesellschaft

- Mitarbeiterbeteiligung via Partizipationsscheine im Rahmen der Gründung
  - Nach Massgabe der Gründungsvorschriften (Art. 656a Abs. 2 OR i.V.m. Art. 629 – 635a OR)
    - Einstimmigkeit bei der Einführung
    - Keine Gründungserklärung durch den Partizipanten (kein Stimmrecht)
    - Zeichnungserklärung in der Gründungsurkunde oder auf einem losgelösten Zeichnungsschein
  - Art. 656b Abs. 1 OR: Partizipationskapital darf das Doppelte des Aktienkapitals nicht überschreiten.

# IV. Mitarbeiterbeteiligung und Gesellschaftsgründung

## B. Kapitalgesellschaften

### 1. Aktiengesellschaft

- Mitarbeiterbeteiligung via Genussscheine und Tantiemen
  - Bedingt notwendiger Statuteninhalt (Art. 627 Ziff. 9 resp. Ziff. 2 OR)
  - Rein vertragliche Abmachung nicht ausreichend
  - Einführung im Rahmen der Gründung möglich

# IV. Mitarbeiterbeteiligung und Gesellschaftsgründung

## B. Kapitalgesellschaften

### 2. GmbH

#### ➤ Mitarbeiterbeteiligung im Rahmen der Gründung

- Vgl. Aktienrecht
- Besonderheiten:
  - Statutarische Bestimmungen im Hinblick auf Nachschuss- und Nebenleistungspflichten, Konventionalstrafen und Konkurrenzverbote (Art. 776a Abs. 1 Ziff. 1, 4, 3 OR)
  - Keine Partizipationsscheine und keine bedingte Kapitalerhöhung
  - Statutarische Vereinbarung von Genusssscheinen und Tantiemen möglich (Art. 776a Abs. 1 Ziff. 8 und 14 OR)

# V. Auswirkung der Aktienrechtsrevision

- Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBI 2017, S. 399 ff.
- Verzicht auf die öffentliche Beurkundung bei einfach strukturierten Kapitalgesellschaften im Rahmen der Gründung und der Kapitalerhöhung
- Gründung in Schriftform
- Eine einfach strukturierte Kapitalgesellschaft:
  - Die Statuten enthalten den gesetzlich vorgesehenen Mindestinhalt:
    - Die Firma und der Sitz,
    - Der Zweck der Gesellschaft,
    - Die Höhe und die Wahrung des Aktien- bzw. des Stammkapitals sowie der Betrag der darauf geleisteten Einlagen,
    - Anzahl, Nennwert und Art der Aktien bzw. der Stammanteile,
    - Mitteilungsform an die Gesellschafter;
  - Das Aktien- bzw. Stammkapital lautet auf Franken;
  - Die Einlagen werden vollständig und in Franken geleistet.

# V. Auswirkung der Aktienrechtsrevision

- Kaum Relevanz der Erleichterungen für die Mitarbeiterbeteiligung
  - Einführung von Partizipationsscheinen, Genussscheinen und bedingtem Kapital als bedingt notwendiger Statuteninhalt
    - In diesem Fall: keine einfach strukturierte Kapitalgesellschaft
  - Zeichnung im Rahmen der Kapitalerhöhung:
    - Aufhebung oder Einschränkung des Bezugsrechts bisheriger Aktionäre bzw. GmbH-Gesellschafter
    - Zwingend: öffentliche Beurkundung entsprechender Beschlüsse (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 9 E-OR)

- Mitarbeiterbeteiligungen sind grundsätzlich bei jeder Rechtsform bereits im Gründungsstadium realisierbar.
- Massgebend: die Zielsetzung sowie die Rechtsform des Unternehmens
- Fremdkapital- und Erfolgsbeteiligung:
  - Schuldrechtlicher Vertrag
  - Keine beurkundungsrechtlichen Formalitäten
- Eigenkapitalbeteiligung:
  - Eintritt in die Gesellschafterstellung
  - Personengesellschaften:
    - Formfrei
    - Nachteil der persönlichen und unbeschränkten Haftung des Arbeitnehmergeesellschafters (Ausnahme: Kommanditär)
  - Kapitalgesellschaften
    - Beurkundungspflichten
    - Unterschiedliche Ausgestaltung im Hinblick auf die Mitsprache- und Kontrollrechte möglich

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**