

April 2021 / Nr. 76



Zuger Steuer Praxis

**Mitarbeiterbeteiligungen und
Management Buy Out**

Mitarbeiterbeteiligungen & Management Buy Out

Mitarbeiterbeteiligungs- programme – auch aus zivilrechtlicher Sicht an- spruchsvoll

Dr. Claudio Bazzi,
Rechtsanwalt, Partner Bratschi AG



Claudio Bazzi

MLaw Serafin Oberholzer,
Rechtsanwalt Bratschi AG




Serafin Oberholzer

A. Ausgangslage

Nachdem Mitarbeiterbeteiligungspläne in der Schweiz über lange Jahre in erster Linie von grossen (börsenkotierten) Unternehmen eingesetzt wurden, erfreuen sich diese in der jüngeren Vergangenheit vermehrt auch bei Start-ups und KMU einer gewissen Beliebtheit. Dies hat einerseits mit neuen und innovativen Beteiligungsmodellen (z.B. *Phantom Shares*) zu tun, ist andererseits aber auch aus der Not kleinerer Unternehmen geboren, ihren Mitarbeitern nicht unmittelbar einen marktgerechten Lohn auszahlen zu können. Vor diesem Hintergrund erscheinen Mitarbeiteraktien als attraktives Modell zur Teil-

habe am zukünftigen Unternehmenserfolg¹.

Mitarbeiterbeteiligungen können – etwa in Bezug auf die Adressaten, die Beteiligungsinstrumente und die Anreizstrukturen – auf unterschiedlichste Weise ausgestaltet werden. Diese im Detail darzustellen, ist hier nicht der Ort². Der folgende Beitrag fokussiert vielmehr allein auf die archetypische Form der Mitarbeiterbeteiligung, nämlich die direkte oder indirekte Einräumung von Aktien (echte Mitarbeiterbeteiligungen) – und zwar im Kontext von als Aktiengesellschaften ausgestalteten Start-ups und KMU. Während die Fachliteratur zu Mitarbeiterbeteiligungsplänen (zurecht) ge-



prägt ist von steuerrechtlichen Themen, gibt es bei deren Strukturierung auch einige zivilrechtliche Hürden zu meistern. Nachstehend werden deshalb einige ausgewählte arbeitsrechtliche (Qualifikation der Vergütung und Sperrfristen), gesellschaftsrechtliche (Aktienemission) und vertragsrechtliche Aspekte (Exit-Regelungen) skizziert.



B. Arbeitsrechtliche Aspekte: Qualifikation der Vergütung und Sperrfristen

Eine Mitarbeiterbeteiligung ist jede von einem Arbeitgeber gebotene Möglichkeit, durch die der Arbeitnehmer zusätzlich zum Lohn die Gelegenheit erhält, sich am Kapital oder Erfolg des Unternehmens zu beteiligen³. Bei echten Mitarbeiterbeteiligungen beteiligt sich der Mitarbeiter im Ergebnis direkt am Eigenkapital des Arbeitgebers. Die Aktiengesellschaft stellt dabei entweder direkt Aktien aus oder räumt dem Mitarbeiter Optionen oder Anwartschaften zu deren Bezug ein. Aus arbeitsrechtlicher Perspektive steht bei echten Mitarbeiterbeteiligungen die Art der Vergütung im Zentrum: Der Arbeitnehmer erhält keinen Geldlohn, sondern einen Naturallohn. Entscheidend ist, ob die Beteiligung als verbindlich vereinbarter (variabler) Lohnbestandteil oder aber als freiwillige Gratifikation des Arbeitgebers

qualifiziert. Handelt es sich um Lohn, kommt dem Mitarbeiter ein vertraglicher Anspruch zu (Art. 322 ff. OR). Die Gratifikation dagegen ist eine freiwillige Sondervergütung, welche der Arbeitgeber nach freiem Ermessen ausrichten kann. Ein Anspruch des Mitarbeiters besteht nur, wenn die Parteien dies vereinbart haben (Art. 322d Abs. 1 OR).

Das Bundesgericht befasste sich in der Vergangenheit immer wieder mit der Abgrenzung zwischen Lohn und Gratifikation, namentlich in Fällen, in denen die Parteien die Bezahlung eines gesetzlich nicht geregelten «Bonus» vereinbarten. Die vom Bundesgericht entwickelten Kriterien gelten sowohl für «Cash-Boni» als auch für andere variable Vergütungen wie Mitarbeiterbeteiligungen. Es muss stets mittels Auslegung geklärt werden, ob der Bonus im Einzelfall Lohn oder Gratifikation darstellt. Von Lohncharakter ist auszugehen, wenn dem Arbeitgeber kein Ermessen zukommt. Ermessen liegt hingegen vor, wenn die Höhe der Vergütung nicht nur vom Erreichen eines bestimmten Geschäftsergebnisses, sondern (zusätzlich auch) von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber abhängig gemacht wird⁴.

Eine Vergütung wird sodann als Lohnbestandteil betrachtet, wenn sie

die einzige Entschädigung für die Arbeitsleistung darstellt oder im Verhältnis zur sonstigen Entschädigung nicht mehr akzessorisch (d.h. als zum Lohn hinzutretende Zahlung), sondern – wie teilweise in illiquiden Start-ups gegeben – als wesentliches Element des vertraglichen Austauschverhältnisses von Arbeit gegen Lohn erscheint⁵. Es bestehen sodann zahlreiche Vorgaben zur Prüfung der Akzessorietät, wobei das Akzessorietätsprinzip ab einer gewissen Einkommenshöhe an Relevanz verliert. Zusammenfassend müssen für das Vorliegen einer Gratifikation zwei Kriterien kumulativ erfüllt sein: Die Höhe der Vergütung darf nicht bestimmt oder bestimmbar sein bei gleichzeitiger Einhaltung des Akzessorietätsprinzips.

Der allfällige Lohncharakter einer Vergütung zeitigt verschiedene Rechtsfolgen wie etwa das Truckverbot (Art. 323b Abs. 3 OR) oder die Fälligkeit der Forderung mit Ende des Arbeitsverhältnisses (Art. 339 Abs. 1 OR). Die gesetzlich zwingenden Lohnvorschriften und damit ein wesentlicher Teil des Arbeitnehmerschutzes finden hingegen keine Anwendung, wenn der Arbeitnehmer beim Erwerb einer Mitarbeiterbeteiligung vornehmlich als Anleger handelt. Der Anleger akzeptiert das mit der Anlage verbundene Risiko aus freien Stücken, in Erwartung eines hohen Kapitalgewinns⁶.

Vielfach richten Unternehmen eine Mitarbeiterbeteiligung unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit aus, um sich Flexibilität bei der Fortführung des Beteiligungsprogramms zu bewahren. Dabei ist zu beachten, dass die wiederholte, ununterbrochene und vorbehaltlose Ausrichtung von Mitarbeiterbeteiligungen einen verbindlichen Anspruch des Mitarbeiters bewirken kann. Selbst der regelmäßige Hinweis auf die Freiwilligkeit der Leistung kann den Arbeitgeber nicht in jedem Fall vor dem Entstehen einer Leistungspflicht schützen. Es ist mithin aus Sicht des Arbeitgebers sowohl bei der vertraglichen Ausgestaltung als auch bei der tatsächlichen Ausrichtung der Beteiligungen Vorsicht geboten.

Oft enthalten Mitarbeiterbeteiligungsprogramme Verfügungssperren. Diese sehen vor, dass Mitarbeiter die erworbenen Beteiligungen während einer gewissen Sperrfrist weder veräußern noch belasten dürfen. Damit sollen die Mitarbeiter langfristig an den Arbeitgeber gebunden werden. Freilich können Sperrfristen für die Parteien auch aus steuerrechtlichen Überlegungen attraktiv sein.

Ebenfalls verbreitet sind *Vesting-Klauseln*. Diese lassen Beteiligungsoptionsrechte verfallen, falls das Arbeitsverhältnis vor Ablauf einer bestimmten Frist endet. Bis zu diesem





Zeitpunkt erlangt der Mitarbeiter lediglich eine Anwartschaft. Allerdings ist bei *Vesting*-Klauseln Vorsicht geboten. Kündigt etwa der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag einzig aus dem Grund, die Beteiligungsoptionsrechte des Mitarbeiters verfallen zu lassen, kann treuwidriges und willkürliches Verhalten des Arbeitgebers vorliegen. Die Inanspruchnahme der *Vesting*-Klausel wäre diesfalls unwirksam. Gleiches gilt, wenn die *Vesting*-Periode ungewöhnlich lange ausgestaltet ist. In einem solchen Fall kann eine übermässige Bindung des Mitarbeiters vorliegen (Art. 27 Abs. 2 ZGB) oder die Kündigungsparität verletzt sein. Die Beurteilung einer *Vesting*-Klausel hängt stets von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab⁷.

C. Gesellschaftsrechtliche Aspekte: Aktienemission

Eine besondere Herausforderung im Rahmen von Mitarbeiterbeteiligungsplänen stellt die tatsächliche Umsetzung, nämlich die Ausgabe von Aktien im Zuteilungszeitpunkt dar. Nach der gesetzlichen Konzeption wäre die bedingte Kapitalerhöhung gemäss Art. 653 OR der natürliche Ausgabemechanismus. Dieser hält folgendes fest: «Die Generalversammlung kann eine bedingte Kapitalerhöhung beschliessen, indem die Statuten den Gläubigern von neuen Anlei-

hens- oder ähnlichen Obligationen gegenüber der Gesellschaft oder ihren Konzerngesellschaften sowie den *Arbeitnehmern* Rechte auf den Bezug neuer Aktien (Wandel- oder Optionsrechte) einräumt»⁸.

Die Aktienemission über eine bedingte Kapitalerhöhung ist allerdings mit einigen Nachteilen behaftet. So muss die Abwicklung notwendigerweise über ein Bankinstitut erfolgen (vgl. Art. 653e OR) und erfordert eine Prüfbestätigung durch einen zugelassenen Revisionsexperten (Art. 653f OR). Überdies ist der Prozess administrativ aufwendig⁹, insbesondere wenn unterschiedliche Ausübungszeitpunkte bestehen. Dies setzt gewisse Ressourcen voraus, welche gerade Start-ups und KMU in der Regel nicht aufweisen. Bedingte Kapitalerhöhungen zur Bedienung von Mitarbeiterbeteiligungsplänen sind aus zivilrechtlicher Sicht folglich wenig attraktiv.

Zielführender scheint das Instrument der genehmigten Kapitalerhöhung (vgl. Art. 651 ff. OR). Dergestalt kann der durch die Statuten mandatierte Verwaltungsrat im Zuteilungszeitpunkt die Mitarbeiteraktien ohne den Umweg über ein Bankinstitut vornehmen, und es ist – sofern keine Verrechnungslibrierung erfolgt – auch keine Prüfbestätigung vonnöten. Um zusätzlichen Administrativaufwand,

namentlich Statutenänderungen infolge Erneuerung des genehmigten Kapitals oder mehrfachen Anpassungen des tatsächlichen Aktienkapitals wegen gestückelter Erhöhungen, zu verhindern, empfiehlt es sich dabei, die Aktienemission für sämtliche anspruchsberechtigten Mitarbeiter zu bündeln.

Eine weitere Möglichkeit, welche sich in der Praxis zunehmender Beliebtheit erfreut, ist die Aktiengabe aus dem Bestand an eigenen Aktien. Nach Art. 659 Abs. 1 OR können Aktiengesellschaften bis zu 10% des ausgegebenen Aktienkapitals selbst halten. Vorausgesetzt, dass die gesellschaftsrechtlichen (ausreichendes Finanzierungskapital, Beachtung des Aktionärsgleichbehandlungsgebots¹⁰) und steuerrechtlichen Vorgaben (Vermeidung einer Teilliquidation bei einer Haltedauer unter 6 Jahren¹¹) eingehalten werden, lassen sich dergestalt Aktien praktisch ohne administrative Auflagen an die ausgewählten Mitarbeiter herausgeben. Namentlich sind – anders als bei Kapitalerhöhungen – weder eine Statutenänderung noch ein Handelsregistereintrag notwendig. Im Übrigen dürfte sich bei den meisten Unternehmen mit zunehmender Lebensdauer eine gewisse Personalfuktuation einstellen, womit sich die Frage nach Aktienrückkäufen (vgl. dazu unten Kapitel D) und damit

automatisch auch nach dem Umgang mit eigenen Aktien stellt.

Zusätzliche Flexibilität – auch in Bezug auf Mitarbeiterbeteiligungen – verspricht im Übrigen das auf Grundlage der 2020 verabschiedeten Aktienrechtsrevision neu einzuführende Kapitalband. Dieses erlaubt dem Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, innerhalb eines in den Statuten vordefinierten Rahmens das Aktienkapital innert fünf Jahren beliebig zu erhöhen oder herabzusetzen¹². Damit dürfte auch der gesellschaftsrechtliche Spielraum in Bezug auf Mitarbeiterbeteiligungspläne, jedenfalls sofern diese über neu auszugebende Aktien bedient werden sollen, in Zukunft erheblich erweitert werden.

D. Vertragsrechtliche Aspekte: Exit-Regelungen

Mit der Herausgabe von Aktien an Mitarbeiter geht zwangsläufig eine gewisse Atomisierung des Aktionariats einher. Neben erhöhten *Corporate Governance*-Anforderungen zeitigt dies insbesondere in zweierlei Hinsicht Konsequenzen: Zunächst für den Fall, dass ein mit Aktien bedachter Mitarbeiter das Unternehmen verlässt. Andererseits aber auch bei einem Verkauf der Gesellschaft durch die Mehrheitsaktionäre an einen Käufer, der die Gesamtheit der ausstehenden Aktien zu erwerben gedenkt.



Beide Szenarien sollten antizipiert und vertraglich sauber erfasst werden.

Gerade in Start-ups und KMU mit sensiblen Aktionärskonstellationen empfiehlt es sich, mit austretenden Mitarbeitern – unabhängig vom Austrittsgrund – Rückgabepflichten zu vereinbaren. Damit können der Verlust über die Kontrolle des Aktionariats und unerwünschte Rechtsnachfolger verhindert werden¹³. In den vertraglichen Grundlagen sollten die Parteien dabei unbedingt Anlass und Zeitpunkt des Entstehens der Rückgabepflicht sowie die Berechnungsparameter des Rückgabepreises festlegen¹⁴.

Ebenfalls regelungsbedürftig ist der Unternehmens-Exit durch die Mehrheitsaktionäre (*Trade Sale*). Unabdingbare Voraussetzung dafür ist oftmals, dass der Käufer eine 100%-Beteiligung erwerben kann. Entsprechend ist von Bedeutung, die durch einen Mitarbeiterbeteiligungsplan mit Aktien versehenen Mitarbeiter vertraglich zu verpflichten, ihre Aktien in einem solchen Fall zu denselben Konditionen an den Übernehmer mit zu verkaufen (*Co-Sale Obligation* oder *Drag-Along*).

Als klassische Dokumentationsform für die Vereinbarung von Rückverkaufspflichten kann das Mitarbeiter-(beteiligungs)reglement gelten. Allerdings weist dieses aus arbeits-

rechtlicher Sicht einen gewissen Komplexitätsgrad auf, der in kleineren Verhältnissen als nicht angemessen erscheinen mag. *Drag-Along*-Klauseln wiederum sind typischerweise Regelungsinhalt von Aktionärsbindungsverträgen. Einen solchen mit einer – je nach Reichweite des Mitarbeiterbeteiligungsprogramms – Vielzahl von Aktionären aufzusetzen und aktuell zu halten, ist ebenfalls mit erheblichem Aufwand verbunden.

Als Alternative werden in der Praxis sowohl Rückgabe- als auch Mitverkaufspflichten vermehrt in einfachen Zusätzen zu den bestehenden Arbeitsverträgen der Mitarbeiter festgehalten. Namentlich hinsichtlich der Mitverkaufspflicht hat ein solches Vorgehen zwar dogmatische Unschärfen, da sich die betreffenden Mitarbeiter dergestalt nicht gegenüber den zukünftigen Verkaufssubjekten, sondern dem Verkaufsobjekt verpflichten, dürfte rechtlich aber letztlich kein Hindernis für einen erfolgreichen Unternehmens-Exit darstellen.

E. Fazit

Echte Mitarbeiterbeteiligungen können gerade bei vielversprechenden Jungunternehmen, welche (noch) nicht in der Lage sind, Marktlöhne zu entrichten, ein geeignetes Instrument zur Rekrutierung von talentiertem Personal darstellen. Neben den steu-



errechtlichen erfordern jedoch auch die zivilrechtlichen Aspekte solcher Mitarbeiterbeteiligungsprogramme Aufmerksamkeit: Insbesondere sollten unerwartete Lohnfolgen, Administrativkosten, Aktionärsatomisierungen oder Unternehmensverkaufshinder-

nisse – mit unter Umständen erheblichen Negativkonsequenzen – vermieden werden. Dieses Ziel kann mit einer sorgfältigen Strukturierung und vertraglichen Dokumentation des Mitarbeiterbeteiligungsprogramms jedoch ohne weiteres erreicht werden.



¹ Vgl. zum Ganzen Lara M. Pair, Mitarbeiterbeteiligungen, TREX 2020, S. 26.

² Vgl. etwa die umfassende Aufarbeitung des Themas bei Christof Helbling, Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen in der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2003.

³ Roland Müller, Mitarbeiterbeteiligungen, in: Ehrenzeller Bernhard / Furer Hans / Geiser Thomas (Hrsg.), Die Mitwirkung in den Betrieben: Gerichtspraxis, Erfahrungen und Sicht der Sozialpartner, St. Gallen, IRP-HSG, 2009, S. 63.

⁴ Urteil des Bundesgerichts vom 26.03.2009, 4A_28/2009, E. 2.3.

⁵ BGE 129 III 276 E. 2.1 S. 279 f.

⁶ BGE 130 III 495 E. 4.2.2. S. 501.

⁷ Pair, a.a.O., S. 28.

⁸ Hervorhebung durch Verfasser.

⁹ Vgl. nur Gaudenz G. Zindel / Peter R. Isler, Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 653e N 4 ff.

¹⁰ Christian Lenz / Andreas von Planta, Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 659 N 6 ff.

¹¹ Vgl. BGE 136 II 33, S. 37.

¹² Vgl. Art. 653s neuOR (abrufbar unter <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/1302/de>, zuletzt besucht am 3. März 2021); aktuell findet sich die damit verbundene Revision der Handelsregisterverordnung in der Vernehmlassung, mit dem Inkrafttreten des Kapitalbands ist aus heutiger Sicht nicht vor dem Jahre 2023 zu rechnen.

¹³ Christof Helbling, a.a.O., S. 196.

¹⁴ Lara M. Pair, a.a.O., S. 29.