

Arbeitsrechtliche Aspekte der neuen VegüV unter Berücksichtigung der Aktienrechtsreform 2014*

von Dr. Thomas Rihm, Rechtsanwalt, Zürich

I. Übersicht

Nach Annahme der Minder-Initiative Anfang März 2013 hat der Bundesrat die entsprechende Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften («VegüV») am 20.11.2013 verabschiedet bzw. auf den 1.1.2014 in Kraft gesetzt.¹ Am 28.11.2014 hat der Bundesrat zudem einen Vorentwurf für die Revision des Aktienrechts («Vorentwurf 2014» bzw. «VE 2014») und den zugehörigen erläuternden Bericht («Erläuternder Bericht») in die Vernehmlassung geschickt, welche erstmals bis 15.3.2015 andauern soll.²

Die im Rahmen des Vorentwurfs 2014 vorgeschlagenen Art. 732 ff. OR sollen die gesellschafts- und arbeitsrechtlichen Bestimmungen der VegüV, Abschnitte 1 bis 9, ablösen, während u.a. die pensionskassen- und strafrechtlichen Belange des 10. bzw. 11. Abschnitts der VegüV in das geltende BVG bzw. StGB überführt werden. Auf den Vorentwurf 2014 und den Erläuternden Bericht soll vorliegend, soweit sinnvoll, ebenfalls eingegangen werden.³

Die seit Jahresanfang 2014 mit Verwaltungsräten, Geschäftsleitungsmitgliedern und Beiräten neu abgeschlossenen Arbeits- und Mandatsverträge müssen der VegüV bei deren Inkraftsetzung per 1.1.2014 entsprechen.⁴ Die mit den genannten Organen vor dem 1.1.2014 vereinbarten Arbeits- bzw. Mandatsverträge sind bis 31.12.2015 der VegüV anzupassen.

Gleichermassen müssen die bereits seit Jahresanfang 2014 zwischen den börsenkotierten Unternehmen und deren Organen ge-

* Der vorliegende Aufsatz basiert auf einer am 3.6.2014 vor dem Zürcher Anwaltsverband, Fachgruppe Arbeitsrecht, gehaltenen Präsentation.

¹ SR 221.331.

² NZZ Nr. 281 vom 3.12.2014, Seite 23

³ Erläuternder Bericht vom 28.11.2014, Seite 1; bundesrätliche Medienmitteilung EJPD vom gleichen Tag unter www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2014/2014-11-28.html (zuletzt besucht 6.12.2014).

⁴ Art. 26 VegüV in Verbindung mit Art. 33 VegüV.

troffenen Abgangsvereinbarungen im Einklang mit der neuen VegüV stehen.⁵ Der Vorentwurf 2014 enthält in Art. 7 der Übergangsbestimmungen eine dem 28 VegüV identische Regelung zur zweijährigen Anpassung von altrechtlichen Arbeitsverträgen, die bei Inkraftsetzung der künftigen Art. 732 ff. OR kaum mehr Sinn machen.

Ein unter der VegüV und Art. 319 ff. OR abgeschlossener und zu erfüllender Arbeitsvertrag bedarf im Hinblick auf die unter Art. 14 ff. der VegüV geregelten Vergütungselemente *vier kumulativ anwendbarer Voraussetzungen*, ansonsten eine erfolgreiche Geltendmachung einer oder mehrerer dieser Vergütungselemente ganz oder teilweise versagt bleibt: (i) die genannten Vergütungselemente bedürfen zunächst der entsprechenden arbeitsvertraglichen Vereinbarung, siehe Art. 319 ff. OR; (ii) dieselben müssen in den Statuten des börsenkotierten Unternehmens verankert sein, siehe Art. 21 Ziff. 2 VegüV; (iii) die Vergütungselemente dürfen inhaltlich nicht gegen Art. 20 der VegüV verstossen; und es muss (iv) über die genannten Vergütungselemente aufgrund eines von der Revisionsstelle unter Art. 17 VegüV geprüften Vergütungsberichts ein zustimmender, nicht mehr anfechtbarer Generalversammlungsbeschluss im Sinne von Art. 18 VegüV vorliegen, siehe nochmals Art. 21 Ziff. 2 VegüV. Der Vorentwurf 2014 übernimmt diese Bestimmungen in seinen Art. 734 ff. OR.

Eine besondere arbeitsrechtliche Bedeutung dürfte in Zukunft die Frage haben, wie zu verfahren ist, wenn eine Generalversammlung ihre Zustimmung im Sinne von Art. 18 VegüV ganz oder teilweise verweigert,⁶ oder wie eine Situation arbeitsrechtlich zu handhaben ist, wo die Generalversammlung dem Vergütungsbericht zwar zustimmt, dieser Generalversammlungsbeschluss aber nach Art. 706 OR innert zweier Monate bspw. durch einen Aktionär oder gar einen oder mehrere Verwaltungsräte angefochten wird (oder gar noch später, wenn ein Nichtigkeitsgrund namentlich nach Art. 706b OR geltend gemacht wird).

⁵ GesKR-Kommentar VegüV-Bühler, Vorbemerkungen zu Art. 26–33, Rz. 7 ff.; Ralph Malacrida/Till Spillmann, Corporate Governance im Interregnum, in GesKG 4/2013 Seiten 494 ff.

⁶ Ralph Malacrida/Till Spillmann, a.a.O. Seiten 490 ff.; Matthias Oertle, Arbeitsrecht im Konflikt mit der Verordnung gegen übermässige Vergütungen, Seiten 46 ff., in GesKR Nr.1/2014; Martin L. Müller, Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV): Lösungsansätze für die arbeitsrechtliche Umsetzung, AJP Nr. 4/2014, Seite 488.

Schliesslich sind Konstellationen zu bedenken, wo die Generalversammlung einzelnen Vergütungsarrangements die Zustimmung verweigert und gerade dieser GV-Beschluss bei einem Gericht nach Art. 706 OR angefochten wird.

Diese Problematik hat zwar etwas an Bedeutung verloren, nachdem sich bisher je nach Zählart ca. Dreiviertel der SMI-Gesellschaften bei den Vergütungen sowohl für den Verwaltungsrat wie auch für die Geschäftsleitung zugunsten eines prospektiven Abstimmungsverfahrens entschieden haben (was gemäss Vorentwurf 2014 für die variablen Vergütungselemente nicht mehr möglich sein soll; siehe Art. 735 Abs. 3 Ziff. 4 VE 2014).⁷

Prospektive Abstimmungen eröffnen dem Verwaltungsrat die Möglichkeit, sog. Zusatzbeträge im Sinne von Art. 19 VegüV (Art. 735 Abs. 1 und Abs. 2 VE 2014) zwecks Remuneration von unter dem Jahr anzustellenden Geschäftsleitungsmitgliedern zu sprechen, welche also dem Abstimmungszugriff der Generalversammlung entzogen ist (Art. 19 Abs. 3 VegüV; ebenso Art. 735 Abs. 3 VE 2014).

Bevor auf all diese Themata eingegangen wird, soll zunächst der persönliche, arbeitgeber- wie auch arbeitnehmerseitige Anwendungsbereich der VegüV erörtert werden, ebenso die unter der VegüV heute zulässigen bzw. eben unzulässigen Vergütungselemente.

II. Persönlicher Anwendungsbereich der VegüV

1. Arbeitgeberseitig: im In- oder Ausland börsenkotierte Aktiengesellschaften

Art. 1 der VegüV beschränkt die Anwendbarkeit der VegüV auf Aktiengesellschaften mit handelsregisterlichem Sitz in der Schweiz (Inkorporationsprinzip),⁸ deren Aktien zudem an einer Börse im In- oder Ausland kotiert sind. Der Vorentwurf 2014 übernimmt dieses Regime im vorgeschlagenen Art. 732 OR. Die Kotierung anderer stimmrechtsverschaffender Effekten bspw. bei GmbH- oder Genossenschaftsanteilen mündet nicht ohne Weite-

⁷ Rolf Watter/Ivo von Büren, VegüV: Erste Erfahrungen, Seiten 304 ff, in GesKR Nr. 3/2014.

⁸ GesKR-Kommentar VegüV-Vogt, Art. 1, Rz. 5.

res in einer Unterstellung unter die VegüV.⁹ Zu den inländischen Börsen gehören die SIX Swiss Exchange und die BX Berne eXchange,¹⁰ während bspw. die von verschiedenen Kantonalbanken betriebenen OTC-Handelsplattformen für nicht-börsenkotierte Nebenwerte nicht darunter fallen, weil kein vom Unternehmen selbst veranlasster Börsenhandel vorliegt.¹¹

Demnach ist die VegüV auch anwendbar auf alle in der Schweiz in einem hiesigen Handelsregister eingetragenen Aktiengesellschaften, deren Aktien ausschliesslich e.g. an der U.S.-amerikanischen NYSE oder der NASDAQ börsenkotiert sind¹² (man könnte also ausnahmsweise einmal dem schweizerischen Kapitalmarkt-Gesetzgeber eine legislatorisch «lange Hand» vorwerfen). Umgekehrt sind die im Ausland registrierten Unternehmungen mit einer zusätzlichen oder ausschliesslich schweizerischen Börsenkotierung vom Anwendungsbereich der VegüV wieder ausgenommen,¹³ was ebenso wenig einsichtig ist. Unerheblich ist in jedem Fall, ob bei gegebener VegüV-Unterstellung die arbeitsrechtliche Anstellung direkt über die börsenkotierte Unternehmung selbst oder allenfalls über eine nichtkotierte, auch im Ausland belegene Management-Tochtergesellschaft erfolgt.¹⁴ Es findet demnach eine konsolidierte Konzernbetrachtung statt.¹⁵

2. Arbeitnehmerseitig: Verwaltungsrat, Geschäftsleitungsmitglied, Beirat

In Art. 1 VegüV sucht man vergebens nach einer Beschreibung des persönlichen, arbeitnehmerseitigen Anwendungsbereichs. Gleiches gilt für den Vorentwurf 2014. Hingegen beschreibt Art. 14 VegüV (und dessen Pendant im Vorentwurf 2014, siehe Art. 734a Abs. 2 OR) diejenigen Vergütungselemente, welche zulässigerweise zuhanden der Verwaltungsräte, Geschäftsleitungs-

⁹ GesKR-Kommentar VegüV-Vogt, Art. 1, Rz. 19; Ralph Malacrida/Till Spillmann, a.a.O. Seite 487.

¹⁰ Ralph Malacrida/Till Spillmann, a.a.O. Seite 487.

¹¹ GesKR-Kommentar VegüV-Vogt, Art. 1, Rz. 23; Ralph Malacrida/Till Spillmann, a.a.O. Seite 487.

¹² GesKR-Kommentar VegüV-Vogt, Art. 1, Rz. 20.

¹³ GesKR-Kommentar VegüV-Vogt, Art. 1, Rz. 7.

¹⁴ Martin L. Müller, a.a.O., Seiten 479 f.

¹⁵ GesKR-Kommentar VegüV-Vogt, Art. 1, Rz. 13; Martin L. Müller, a.a.O., Seiten 478 f.

mitglieder und Beiräte beschlossen bzw. an dieselben ausgerichtet werden können. Zu den Verwaltungsräten gehören unzweifelhaft die von der Generalversammlung gewählten und im Handelsregister eingetragenen Mitglieder des höchsten Aufsichtsgremiums. Wenig erörtert ist die Frage,¹⁶ ob dazu auch die sog. faktischen bzw. materiellen Organe gehören,¹⁷ was aus unserer Sicht ohne Weiteres zu bejahen ist. Bei den Geschäftsleitungsmitgliedern wird zu Recht eine materielle Betrachtungsweise gefordert: mit anderen Worten sind mit der Geschäftsführung alle Angehörigen der *obersten Hierarchiestufe unterhalb des Verwaltungsrates* angesprochen, welche vom Verwaltungsrat mit der Geschäftsführung direkt betraut worden sind.¹⁸ Damit ist auch gesagt, dass bereits die nächsttiefere Hierarchiestufe aus dem Anwendungsbereich der VegüV herausfällt, obwohl bspw. im Banken- und Finanzbereich dort manchmal mehr als auf oberster Konzernleitungsebene verdient wird.

Die Vergütungen von Beiräten müssen ebenfalls VegüV-konform sein,¹⁹ auch wenn diese Personen in der schweizerischen Unternehmenswelt eine seltene Spezies bleiben und zudem häufig keine Organfunktionen einnehmen, sondern – wie es der Name besagt – bloss be(i)ratend tätig sind. Der Wortlaut von Art. 95 Abs. 3 lit. a der neu verfassten Bundesverfassung liess dem bundesrätlichen Verordnungsgeber aber keine andere Wahl, auch wenn im Widerspruch mit der Terminologie von Art. 95 Abs. 3 lit. b BV stehend, der den arbeitnehmerseitig-persönlichen Anwendungsbereich auf die Organe beschränkt. Der Vorentwurf 2014 kämpft in Art. 734a OR weiter mit diesem Dilemma.

Die im Art. 14 VegüV aufgezählten Vergütungselemente sind den genannten Organen (mit Einschluss der eben meist nicht organschaftlichen handelnden Beiräte) *aus Anlass oder im Zusammenhang* mit einer solchen organschaftlichen Tätigkeit als Verwaltungsrat, Geschäftsleitungsmitglied oder Beirat zu vereinbaren und später auszurichten.²⁰ Mit anderen Worten besteht kein Raum für schlaubergerische Überlegungen, ob e.g. erst die Zu-

¹⁶ Martin L. Müller, a.a.O., Seite 480.

¹⁷ GesKR-Kommentar VegüV-Tschäni, Art. 20, Rz. 4.

¹⁸ Martin L. Müller, a.a.O., Seite 480.

¹⁹ Martin L. Müller, a.a.O., Seite 480.

²⁰ GesKR-Kommentar VegüV-Tschäni, Art. 20, Rz. 4.

wahl in den Verwaltungsrat unter entsprechender handelsregisterlicher Registrierung eine Unterstellung unter die VegüV auslöst oder allenfalls ein späterer Rücktritt als Verwaltungsrat oder eine entsprechende Abwahl durch die Generalversammlung unter nachträglicher Löschung aus dem Handelsregister eine Unterstellung unter die VegüV vorzeitig beendet. Man mag in der nun anstehenden Aktienrechtsrevision den vorgeschlagenen Art. 734a Abs. 2 OR nochmals entsprechend ergänzen.

III. Zulässige vs. unzulässige Vergütungselemente

1. Statutarische Grundlagen nach Art. 12 VegüV

Bei der arbeitsrechtlichen Beurteilung der unter die VegüV fallenden Vergütungen ist zu beachten, ob die nach Art. 12 Abs. 2 der VegüV statutarisch geschaffenen Vergütungsgrundlagen gegeben sind, damit eine entsprechende arbeitsvertragliche Vergütung vereinbart bzw. später rechtsgültig ausgerichtet werden kann. Die statutarische Verankerung bestimmter Vergütungselemente als Voraussetzung für ihre rechtsgenügeliche arbeitsvertragliche Vereinbarung ist nur gerade für die Beteiligungspapiere und die Wandel- und Optionsrechte (Art. 20 Ziff. 5 VegüV) sowie die Darlehen und Kredite, die Vorsorgeleistungen ausserhalb des BVGs und die erfolgsabhängigen Vergütungen genannt (Art. 20 Ziff. 4 VegüV), müsste aber für alle Vergütungselemente unter der VegüV Gültigkeitserfordernis sein. Insoweit wirken die im Rahmen des VE 2014 vorgeschlagenen Art. 735c Abs. 1 Ziff. 8 und Ziff. 9 OR ebenso erratisch wie ihre derzeit geltenden Pendantes in Art. 20 Ziff. 4 und Ziff. 5 der VegüV.

Die Forderung nach dem allgemeinen Gültigkeitserfordernis einer statutarischen Verankerung von Vergütungselementen wird bereits in Art. 21 Ziff. 2 der VegüV vorweggenommen, allerdings sachlich insoweit eingeschränkt, als dass die fehlende statutarische Grundlage nur gerade bei konzerninternen Vergütungen Gültigkeitserfordernis sein soll (was ebenso wenig eingängig ist; Gleiches gilt für den vorgeschlagenen Art. 735d OR des Vorentwurfs 2014).

Nach Art. 12 Abs. 2 Ziff. 2 VegüV gehören als bedingt notwendiger Statuteninhalt die Bestimmungen zu den Grundsätzen ei-

ner erfolgsabhängigen Vergütung (sowie zu den Grundsätzen über die Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten (Art. 12 Abs. 2 Ziff. 3 VegüV), Bestimmungen zum Zusatzbetrag gemäss Art. 19 VegüV (Art. 12 Abs. 2 Ziff. 5 VegüV) und zu den Vergütungen durch Konzerngesellschaften (Art. 12 Abs. 2 Ziff. 8 VegüV) sowie Bestimmungen zu Darlehens- und Kredithöhen (und wohl auch zu den sonstigen vertraglichen Rahmenbedingungen solcher Darlehen und Kredite, insb. zur Zinsgestaltung). Soweit ersichtlich, scheint der Vorentwurf 2014 keine Art. 12 Abs. 2 Ziff. 2 VegüV vergleichbare Bestimmungen im OR vorzusehen.

Zum unbedingt notwendigen bzw. zwingenden Statuteninhalt gehören die Bestimmungen zur maximalen Geltungsdauer der Arbeits- und Mandatsverträge (Art. 12 Abs. 1 VegüV), wobei bei den mit Verwaltungs- oder Beiratsmitgliedern abgeschlossenen Mandatsverträgen die jederzeitige Widerrufbarkeit bzw. Kündbarkeit nach Art. 404 OR vorgehen. Der Vorentwurf 2014 fügt dem Katalog an notwendigem Statuteninhalt die Angaben zum zulässigen Verhältnis zwischen fixer und gesamter Vergütung bei (Art. 626 Abs. 2 Ziff. 3 OR), womit der Vorentwurf 2014 in diesem Punkt über die VegüV hinausgeht.²¹

Fehlen bei der Beurteilung von einzelnen arbeitsvertraglichen Vergütungselementen die genannten statutarischen Grundlagen – oder gegebenenfalls wahrscheinlicher – stehen eine oder mehrere der arbeitsvertraglichen Vergütungsvereinbarungen ganz oder teilweise dazu im Widerspruch, so dürfte in den genannten Punkten ein Arbeitsvertrag mit widerrechtlichem Inhalt im Sinne von Art. 19 f. OR vorliegen,²² der zunächst einmal teilungültig bzw. gar teilnichtig ist. Ein pharmazeutischer Weltkonzern am Rheinknie hat bspw. in Befolgung der neuen VegüV seit Frühjahr 2014 Statutenbestimmungen verabschiedet, wonach an Verwaltungsratsmitglieder keine Darlehen oder Kredite ausgerichtet werden dürfen, während solche Darlehen und Kredite an Konzernleitungsmitglieder nur zum Zweck des Wohneigentumserwerbs auszureichen sind (wobei auf Bestimmungen zur marktge-

²¹ NZZ Nr. 281 vom 3.12.2014, Seite 23.

²² Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, Schulthess 2012, 7. Auflage, Nr. 8 ad Art. 320 OR.

rechten Zinsgestaltung VegüV-konform verzichtet wurde; zur diesbezüglichen Kritik Ziff. III. 4 Abs. 4 und 5 nachstehend).

Würden nun (allein um des Beispiels willen) Darlehen oder Kredite in Verletzung dieser Statutenbestimmungen oder nach der hier vertretenen Auffassung mit nicht marktkonformen Zinskonditionen ausgereicht, so müssten die heute herrschenden flexiblen Nichtigkeitsfolgen einschliesslich der Teilnichtigkeitsgrundsatz greifen: das Darlehen oder der Kredit wären wohl nicht erfolgreich einklagbar oder müssten regelmässig zurückerstattet werden, oder es müsste allenfalls ein Richter sie mit einem marktgerechten Zinsregime ergänzen.

2. Genehmigung nach Art. 18 VegüV, Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses gemäss Art. 706 OR

Die nach Art. 18 VegüV notwendige Genehmigung eines oder mehrerer Vergütungselemente durch die Generalversammlung ist nach herrschender Auffassung²³ eine Rechtsbedingung (*condicio juris*), also eine ungewisse zukünftige Tatsache, deren Eintritt die Rechtsverbindlichkeit eines Vertrages oder eines anderen Rechtsgeschäfts herstellt, anders als die Suspensivbedingung nach Art. 151 OR aber nicht vom Parteiwillen, sondern vom Gesetz statuiert wird. In den Arbeitsverträgen e.g. von Konzernleitungsmitgliedern findet sich heute regelmässig der vertragliche und damit parteigewollte Vorbehalt, wonach der Arbeitsvertrag von der Genehmigung durch die Generalversammlung abhängt. In diesen Konstellationen muss wohl auch von einer Suspensivbedingung im Sinne von Art. 151 OR gesprochen werden²⁴, die in ihren rechtlichen Auswirkungen der Rechtsbedingungen, soweit ersichtlich, gleichgestellt ist.

Sowohl im Falle einer Rechts- wie auch einer Suspensivbedingung wird ein vor Abhaltung der entsprechenden Generalversammlung abgeschlossener Arbeitsvertrag mit einem Geschäftsleitungsmitglied in Bezug auf die vertragsessentiellen Vergütungselemente – mit Ausnahme des unter Ziff. III. 3 Abs. 7 noch zu besprechenden Basissalärs – erst dann rechtsverbindlich, wenn

²³ Matthias Oertle, a.a.O.; Seiten 47 f.

²⁴ BAK Nr. 8 ad Art. 151 OR.

sich die Generalversammlung hierzu zustimmend geäußert hat.²⁵ Neben der *statutarischen Verankerung* der Vergütungselemente ist demnach die *Genehmigung der Vergütungselemente durch die Generalversammlung* nach Art. 18 der VegüV die *zweite Voraussetzung* für eine rechtswirksame Ausrichtung solcher Vergütungselemente. Dieser Grundsatz wird auch in Art. 21 Ziff. 3 VegüV so formuliert, dies allerdings erneut mit der sachlich nicht verständlichen Einschränkung auf die konzerninternen Vergütungen.

Mit der herrschenden Aktienrechtsliteratur ist zu sagen, dass ein zustimmender GV-Beschluss die Rechtsverbindlichkeit des Vergütungsarrangements herbeiführt und eine hiernach innert zweier Monate gemäss Art. 706 OR allenfalls erhobene Anfechtungsklage daran solange nichts ändert, wie ein Richter kein auflösendes Gestaltungsurteil fällt. Mit anderen Worten ist allgemein anerkannt, dass ein einmal gefasster GV-Beschluss Rechtsgültigkeit erlangt und ein ganz oder teilweiser anders ausgefallter Richterspruch den angefochtenen GV-Beschluss im Nachhinein resolutiv auflöst.²⁶

Trotzdem ist mit der herrschenden Aktienrechtslehre davon auszugehen, dass ein Verwaltungsrat eines börsenkotierten Unternehmens wohl beraten ist, in einer nicht rechtskräftig abgeschlossenen Anfechtungssituation (oder dort, wo nach einem ablehnenden GV-Beschluss neu eingeladen wird) mit dem Vollzug der entsprechenden Vergütungen im Sinne von Art. 717 OR zuzuwarten,²⁷ nicht zuletzt auch aufgrund der möglicherweise bestehenden Interessenkonflikte, soweit bspw. auch Vergütungen zugunsten einzelner oder gar des gesamten Verwaltungsrates bestritten sind.

Gleichermassen sind wohl Konstellationen zu behandeln, wo die Generalversammlung einzelnen Vergütungsarrangements die Zustimmung verweigert, ein solchermassen ablehnender GV-Beschluss aber bei einem Gericht nach Art. 706 OR angefochten wird. Es braucht nicht betont zu werden, dass die entsprechenden Schwebeszenarien bis zur Abhaltung einer neuen Generalversammlung oder bis zur finalen gerichtlichen Klärung sehr lange andauern können.

²⁵ Martin L. Müller, a.a.O., Seite 488.

²⁶ BAK Nr. 24 ff. ad Art. 706 OR.

²⁷ BAK Nr. 25 ad Art. 706 OR.

3. Rechtsfolgen der fehlenden Genehmigung nach Art. 18 VegüV oder der Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses gemäss Art. 706 OR

Das Arbeitsvertragsrecht muss vernünftige Lösungen bereithalten für den Fall, dass die Genehmigung der Generalversammlung von bestimmten Vergütungselementen nach Art. 18 VegüV ausbleibt oder ein solch gutheissender Generalversammlungsbeschluss gemäss Art. 706 OR von einem Aktionär oder gar einem oder mehreren Verwaltungsräten mit Erfolg angefochten wird.²⁸ Diese faktischen Arbeitsverhältnisse bspw. aufgrund öffentlich-rechtlicher Beschäftigungsverbote zugunsten von Frauen oder Jugendlichen oder aufgrund nachträglicher Anfechtung zufolge Grundlagenirrtums, Täuschung oder Furchterregung sind im Arbeitsvertragsrecht kein Neuland:²⁹ sie gelten nach Art. 320 Abs. 2 OR als faktisch abgeschlossen, wenn die Arbeitsaufnahme nur gegen Lohn zu erwarten war, wobei bei fehlender Lohnabrede Art. 322 Abs. 1 OR greift, wonach eben ein üblicher Lohn zu bezahlen ist.

Bei allen praktischen Schwierigkeiten sollte dieses Regime nach der hier vertretenen Auffassung auch auf die Konstellationen von unter Art. 18 VegüV in der einen oder anderen Form nicht genehmigten Vergütungen Anwendung finden. Umgekehrt steht auch fest, dass die Bestimmung von Art. 320 Abs. 3 OR momentan nicht weiterhilft, wonach der nachträglich sich als ungültig erweisende Arbeitsvertrag bis zur Aufhebung durch eine der Arbeitsvertragsparteien zu erfüllen ist. Diese Regelung setzt nach dem klaren Wortlaut von Art. 320 Abs. 3 OR bspw. einen gutgläubigen Arbeitnehmer voraus, was hier vernünftigerweise ausgeschlossen werden muss, nicht zuletzt auch aufgrund des bereits erwähnten arbeitsvertraglich vereinbarten Genehmigungsvorbehalts nach Art. 18 VegüV.

Hingegen tut man dem geltenden Arbeitsvertragsrecht keine Gewalt an, wenn bei Verwaltungsräten, Geschäftsleitungsmitgliedern und Beiräten im Sinne von Art. 320 Abs. 2 OR davon ausgegangen wird, dass dieselben ihre Dienste nur gegen eine mone-

²⁸ Ralph Malacrida/Till Spillmann, a.a.O. Seite 6 bzw. Seite 8; Martin L. Müller, a.a.O., Seiten 488 f.

²⁹ Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, a.a.O. Nr. 9 ad Art. 320 OR.

täre Vergütung anzubieten bzw. zu erbringen bereit sind.³⁰ Diese Auffassung entspricht auch dem arbeitsrechtlichen Schutzgedanken, wonach auch in der Schweiz Arbeit nur gegen Lohn geleistet wird, weil auch Geschäftsleitungsmitglieder börsenkotierter Unternehmen am Ende des Tages für sich und ihre Familie den Lebensunterhalt bestreiten müssen. Entsprechend ist von Malacrida/Spillman zu Recht gefordert worden, dass diese Vergütung im Sinne von Art. 322 Abs. 1 OR üblich bzw. unter der VegüV nicht übermässig sein soll.³¹

Man hat sich dort zwar eines verfassungsrechtlichen Begriffs bedient und dem üblichen Lohn eigentlichen Kerngehaltscharakter³² zugesprochen, wo es arbeitsrechtlich einzig um den enumerativen Gesetzeskatalog zwingender arbeitsrechtlicher Bestimmungen unter Art. 361 OR geht; darunter fällt dann nach richtiger Auffassung auch die Arbeitserbringung gegen Entgelt.³³ Gegen diese Auffassung ist eingewendet worden, sie verkenne den Wesensgehalt des Genehmigungsvorbehalts nach Art. 18 VegüV.³⁴ Dem ist zu entgegnen, dass die Generalversammlung gemäss Art. 18 VegüV nur genehmigen kann, was auch *genehmigungsfähig* ist. Mit anderen Worten ist *de lege ferenda* zu fordern, dass sich die arbeitsrechtlich zwingenden Bestimmungen nach Art. 361 OR und Art. 362 OR einer Genehmigung durch die Generalversammlung unter Art. 8 VegüV entziehen.

Dies dürfte im Übrigen nicht nur für das unter Art. 361 OR unverzichtbare übliche Basissalär gelten, sondern auch für andere dort und in Art. 362 OR aufgeführte Vergütungselemente wie bspw. die Entschädigungen bei fristloser und/oder missbräuchlicher Kündigung (Art. 337b OR und Art. 336a OR), dem arbeitgeberischen Verrechnungsverbot für Schadensersatzansprüche (Art. 323b Abs. 2 OR), dem Barabgeltungsverbot für bestehende Ferienansprüche (Art. 329d Abs. 2 OR) oder dem in der Beratungspraxis manchmal übersehenen arbeitsrechtlichen Fälligkeitsgebot für sämtliche arbeitsvertraglichen Forderungen im Kündigungsfall (Art. 339 Abs. 1 OR). Gleich zu entscheiden ist

³⁰ Matthias Oertle, a.a.O., Seite 46.

³¹ Ralph Malacrida/Till Spillmann, a.a.O., Seite 493.

³² Ralph Malacrida/Till Spillmann, a.a.O., Seite 493.

³³ Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, a.a.O. Nr. 8 ad Art. 361 OR.

³⁴ Matthias Oertle, a.,a.O., Seite 47.

auch bei anderen zwingenden gesetzlichen Ansprüchen, bspw. bei den unter dem geltenden Sozialversicherungseinschliesslich dem Pensionskassenrecht (BVG) zwingend abzuführenden Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge, welche ebenso der Disposition der Generalversammlung unter dem Art. 18 VegüV entzogen sind.³⁵

Im Rahmen der Aktienrevision 2014 ist *de lege ferenda* auch zu überlegen, ob der heutige Art. 18 VegüV (bzw. der vorgeschlagene Art. 735 VE 2014) im Sinne einer Klärung nicht dahingehend ergänzt werden soll, wonach bei Konstellationen einer fehlenden rechtsgültigen Genehmigung ein entsprechend angepasster Art. 320 Abs. 3 OR greift.

Derselbe könnte bspw. so lauten, dass ein mit dem Verwaltungsrat, der Geschäftsführung oder einem Beirat vereinbarter Arbeitsvertrag – dies jedenfalls im Hinblick auf die Vergütungselemente gemäss Art. 14 Abs. 1 Ziff. 1 VegüV, welche üblicherweise das fixe Basissalar umfassen – in gleicher Weise, wie aus einem gültigen Arbeitsvertrag erfüllt werden, bis zu dem Zeitpunkt, wo eine erneut geladene Generalversammlung unter Art. 18 VegüV abgestimmt oder zwischenzeitlich eine abschliessende gerichtliche Klärung stattgefunden hat. Der bestehende Art. 320 Abs. 3 OR hatte nach der hier vertretenen Auffassung Situationen vor Augen, wo sich wie unter der VegüV möglich ein Arbeitsvertrag als nachträglich ungültig erweist.

Selbstredend müsste die dort weiter formulierte Voraussetzung, wonach der Arbeitnehmer seine bisherige Arbeit in gutem Glauben leistete, fallen gelassen werden und es könnte die Rechtsgültigkeit des unter Art. 18 VegüV nicht genehmigten Arbeitsvertrages auch nicht ins Belieben der arbeitsvertraglichen Parteien gestellt werden, denselben nachträglich aufzuheben oder weiter bestehen zu lassen (siehe Art. 320 Abs. 3 OR *in fine*).

4. Zulässige Vergütungselemente im Einzelnen

Art. 14 Abs. 2 VegüV enthält eine enumerative weisse Liste der arbeits- und mandatsrechtlichen zulässigen Vergütungselemente wie Honorare, Löhne, Bonifikationen, Dienst- und Sachleistun-

³⁵ GesKR-Kommentar VegüV-Tschäni, Art. 20, Rz. 12.

gen, Beteiligungspapiere, Wandel- und Optionsrechte usw., welche Teil des schriftlichen Vergütungsberichts des Verwaltungsrates gemäss Art. 13 Abs. 1 VegüV sind, welcher wiederum von der Revisionsstelle nach Art. 17 VegüV zu testieren ist. Der Vorentwurf 2014 übernimmt die Regelung von Art. 14 Abs. 2 VegüV im vorgeschlagenen Art. 734a Abs. 2 Ziff. 1 bis 9 OR vollständig bzw. ergänzt in einer zusätzlichen Ziff. 10 mit den Bestimmungen zu den neu zu regelnden Karenzentschädigungen bei den nachvertraglichen Konkurrenzverboten (was gegenüber der bestehenden VegüV ebenfalls eine sachliche Erweiterung ist).³⁶

Der Verordnungsgeber wagte mit anderen Worten keine allgemeine Klausel bspw. dergestalt, dass unter dem verordnungsmässigen Vergütungsbegriff «sämtliche geldwerten Zuwendungen zu verstehen sind, welche das börsennotierte Unternehmen einem Verwaltungsrat, Geschäftsleitungsmitglied oder Beirat aufgrund des mit diesen Personen vereinbarten Arbeits- oder Mandatsvertrags gewährt.» Um das legislatorische Netz besonders eng zu knüpfen, wird sogar verordnet, dass im verwaltungsrätlichen Vergütungsbericht auch sämtliche indirekten Vergütungselemente nicht nur an gegenwärtige, sondern auch an frühere Verwaltungsräte, Geschäftsführungsmitglieder und Beiräte aufzuführen sind. Art. 734a Abs. 1 VE 2014 sollte in dieser Hinsicht also nochmals angeschaut werden.

Neben den Vergütungen legt die VegüV ein besonderes Augenmerk auch auf die Darlehen und Kredite, die an Verwaltungsräte, Geschäftsführungsmitglieder und Beiräte ausgerichtet werden. Entsprechend dem in der Abstimmung vom März 2013 angenommenen Verfassungstext, Art. 95 Abs. 3 lit. c BV, soll dabei der Vergütungsbericht ausschliesslich die Höhe dieser Darlehen und Kredite benennen, während die sonstigen Konditionen, namentlich ein für die genannten Organe besonders günstiges Zinsregime, nach keiner besonderen Beschreibung verlangen.

Auch hier wird man *de lege ferenda* noch eine entsprechende Nachbesserung verlangen müssen, dies auch deshalb, weil der Verordnungsgeber die Benennung marktunüblicher Darlehens- und Kreditbedingungen bei den nicht mehr amtierenden Organen (Art. 15 Abs. 1 Ziff. 2 VegüV; ebenso im Moment Art. 734b

³⁶ NZZ Nr. 281 vom 3.12.2014, Seite 23.

Abs. 1 Ziff. 2 VE 2014) und den bei den sog. nahestehenden Personen verlangt (dort sogar für die übrigen Vergütungen, also nicht nur für die Darlehen und Kredite; siehe Art. 16 Abs. 1 Ziff. 2 VegüV; ebenso Art. 734c VE 2014).

Eine Beschreibung im Vergütungsbericht bzgl. der Marktüblichkeit von Darlehens- und Kreditbedingungen zugunsten der amtierenden Organe und deren testatsmässige Prüfung im Rahmen der jetzt laufenden Aktienrechtsreform ist aber auch in der Sache selbst geboten, weil nicht so sehr die Ausreichung von grundsätzlich rückführbaren Darlehen und Krediten unter der VegüV kritisch zu betrachten sind, sondern bspw. die besonders günstigen Zinskonditionen oder e.g. eine übermässig lange Laufdauer das eigentlich kritische Vergütungselement darstellen können.

5. Unzulässige Vergütungselemente

Art. 20 der VegüV nennt im Sinne einer schwarzen Liste eine Reihe von unzulässigen Vergütungselementen wie bspw. Abgangschädigungen, im Voraus ausgerichtete Vergütungen sowie Mäklerprovisionen im Zusammenhang mit Unternehmenskäufen bzw. -verkäufen. Bevor darauf im Einzelnen unter Ziff. III. 6 hiernach eingegangen wird, sind noch verschiedene Vorbemerkungen angebracht.

Bemerkenswert ist zunächst, dass die unter Art. 20 VegüV (ebenso VE 2014 Art. 735c Abs. 1 OR) gemachte Aufzählung eine abschliessende ist, während ihr Gegenstück, die weisse Liste mit den nach Art. 14 Abs. 2 VegüV (gleichermaßen VE 2014 Art. 734a Abs. 2 OR) zulässigen Vergütungselementen, lediglich enumerativ ist, was seinen Grund darin haben dürfte, dass die in Verletzung von Art. 20 VegüV ausgerichteten Vergütungen (mit Ausnahme der Beteiligungspapiere, den Wandel- und Optionsrechten sowie den Darlehen und Krediten, den Vorsorgeleistungen ausserhalb des BVGs und den erfolgsabhängigen Vergütungen, siehe Art. 20 Zif. 4 und Ziff. 5 VegüV) gemäss Art. 24 Abs. 1 u.a. mit Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren bedroht sind.

Hier könnte also das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot einer bloss enumerativen schwarzen Liste nach Art. 20 VegüV im Weg gestanden sein. Für den im VE 2014 für das StGB vorgeschlagene

nen Art. 154 scheinen gleiche Überlegungen angestellt worden zu sein (dies unter Hinweis auf die Art. 735c Abs. 1 Ziff. 1, Ziff. 6 und Ziff. 7, welche wiederum die dort geregelten Abgangsentschädigungen, Vorausvergütungen und Prämien bei Unternehmenskauf und -verkauf unter Strafe stellen).

Nichtsdestotrotz sollte die Katalogbestimmung von Art. 20 VegüV in der nun anstehenden Aktienrechtsrevision 2014 (dort wie ausgeführt Art. 735c Abs. 1 VE 2014) nochmals angeschaut werden, weil sie *de lege ferenda* in mehrfacher Hinsicht verbesserungsfähig erscheint. Zunächst wird wie bereits ausgeführt bei bloss einzelnen Vergütungselementen, nämlich den Beteiligungspapieren bzw. Wandel- und Optionsrechten sowie den Darlehen und Krediten, den Vorsorgeleistungen ausserhalb des BVGs und den erfolgsabhängigen Vergütungen die fehlende statutarische Verankerung als Unzulässigkeitsmerkmal benannt, während dieser Mangel für andere Vergütungselemente – um nur ein Beispiel zu benennen: der Zusatzbetrag nach Art. 19 VegüV in Verbindung mit Art. 12 Abs. 2 Ziff. 5 VegüV – ebenfalls von Bedeutung ist. Im VE 2014 sind dort also die Bestimmungen von Art. 735a Abs. 1 OR, während eine dem Art. 12 Abs. 2 VegüV vergleichbare Bestimmung im VE 2014 momentan nicht weiter nachvollziehbar fehlt.

Sodann ist die Aufzählung von unzulässigen Vergütungen unter Art. 20 VegüV offensichtlich unvollständig, indem – weiter oben wurde darauf schon eingegangen – ein wesentliches Gültigkeitsmerkmal für die Ausrichtung eines oder mehrerer Vergütungselemente unter der VegüV, nämlich deren rechtskräftige Genehmigung durch die Generalversammlung nach Art. 18 VegüV, ebenfalls aufzuzählen ist. In der anstehenden Aktienrechtsrevision sind hiervon die Art. 735 VE 2014 bzw. Art. 735c VE 2014 betroffen.

6. Unzulässige Vergütungselemente im Einzelnen

6.1. Abgangsentschädigungen

Der Anfang März 2013 angenommene Verfassungstext schreibt vor, dass die Organe von börsenkotierten Unternehmungen keine «Abgangsentschädigungen oder andere Entschädigungen»

mehr bekommen sollen. Der Verordnungstext selbst spricht in Art. 20 Ziff. 1 VegüV allein noch von den verpönten Abgangsschädigungen, ohne die «anderen Entschädigungen» nochmals besonders zu erwähnen.³⁷ Mit dieser textmässigen Verdichtung kann man leben, solange in der Sache Konsens herrscht, was unter einer Abgangsschädigung zu verstehen ist.³⁸

Hierzu ist richtig festgestellt worden, dass die zulässigen Abgangsschädigungen die im Rahmen einer arbeitsvertraglichen Beendigung ausgerichteten Vermögensvorteile umfassen, welche sich in der einen oder anderen Art sachlich begründen lassen, was überall dort der Fall ist, wo es um die Abgeltung von tangiblen Organleistungen oder der Ausgleich tatsächlich erlittener Vermögensnachteile geht.³⁹ Zudem gilt hier inhaltsmässig die zeitliche Einjahresbegrenzung bzgl. Vertrags- und Kündigungsdauer für Arbeits- und Mandatsverträge mit Organen gemäss Art. 12 Abs. 1 Ziff. VegüV⁴⁰ (worauf der zweite Halbsatz von Art. 20 Ziff. 1 VegüV sachlich zutreffend Bezug nimmt, jedoch nicht mehr Art. 735c Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 VE 2014).

Die Abgangsschädigungen sollen gemäss dem Wortlaut von Art. 20 Ziff. 1 VegüV entweder vertraglich *oder* statutarisch verankert sein (erster Halbsatz von Art. 20 Ziff. 1 VegüV; ebenso Art. 735 Abs. 1 Ziff. 1 VE 2014). Nach der hier vertretenen Auffassung ist die kumulative Voraussetzung von statutarischer *und* vertraglicher Verankerung notwendig, damit eine Abgangsschädigung auf ihre inhaltliche Rechtmässigkeit hin geprüft werden muss. Doch auch eine statutarische und vertragliche Verankerung einer bestimmten Abgangsschädigung entbindet letztlich nicht von der hier und andernorts (sinngemäss) geforderten Inhaltskontrolle,⁴¹ wonach eine Abgangsschädigung in erster Linie unter sachlichen Gesichtspunkten vertretbar sein muss.

Ebenso wenig zielführend ist das im zweiten Halbsatz von Art. 20 Ziff. 1 VegüV aufgeführte Erfordernis, eine Abgangsschädigung sei immer dann rechters, wenn sie bis zur Beendigung des fraglichen Vertragsverhältnisses «geschuldet» sei. Inwieweit

³⁷ GesKR-Kommentar VegüV-Tschäni, Art. 20, Rz. 9.

³⁸ GesKR-Kommentar VegüV-Tschäni, Art. 20, Rz. 12; Martin L. Müller, a.a.O., Seiten 483 f.

³⁹ GesKR-Kommentar VegüV-Tschäni, Art. 20, Rz. 10; Ralph Malacrida/Till Spillmann, a.a.O., Seite 494.

⁴⁰ Ralph Malacrida/Till Spillmann, a.a.O., Seiten 495 f.

⁴¹ GesKR-Kommentar VegüV-Tschäni, Art. 20, Rz. 10.

hier über eine sachliche Differenz zwischen vertraglicher Vereinbarung (erster Halbsatz von Art. 20 Ziff. 1 VegüV) und dem «Geschuldete sein» (zweiter Halbsatz von Art. 20 Ziff. 1 VegüV) geredet werden kann, muss vorliegend offenbleiben, nachdem sich letztlich auch das vertraglich bis zur Vertragsbeendigung Geschuldete der beschriebenen Inhaltskontrolle zu unterziehen hat. Art. 735c Abs. 1 Ziff. 1 VE 2014 scheint hier textlich bereits gestraft worden zu sein.

Vor diesem Hintergrund gehören zu den zulässigen Abgangsentschädigungen die Lohnzahlungen im Rahmen einer erfolgten Freistellung, soweit die eben erörterte zeitliche Einjahresbegrenzung von Art. 12 Abs. 1 Ziff. VegüV eingehalten ist.⁴² Dazu gehören nach der hier vorgetragenen Ansicht auch ohne Weiteres alle diejenigen arbeitsvertraglichen Vergütungen, welche unter die Verzichtverbote nach Art. 361 und Art. 362 OR fallen (siehe Ziff. III. 3 Abs. 5 zuvor). Gleich einzuordnen sind die in Aktien- und Optionsplänen und weiteren flexiblen Kompensationsmodellen anzutreffenden Akzelerationsklauseln,⁴³ mit denen die Erwerbs- und/oder Ausübungsfristen verkürzt werden, um dem arbeitsvertraglichen Fälligkeitsgebot bei einmal beendetem Arbeitsverhältnis gemäss Art. 339 Abs. 1 OR Genüge zu tun. Die zugunsten eines Organs bei Beendigung eines Arbeits- oder Mandatsverhältnisses vorgenommenen Anpassungen von Erwerb- bzw. von Ausübungspreisen bei Aktien- oder Optionsplänen dürften hingegen – soweit nicht sachlich ausnahmsweise begründbar – unzulässige Abgangsentschädigungen sein.⁴⁴

Gleiches muss für den Fall eines Kontrollwechsels vereinbarte «Goldene Fallschirme» in Konstellationen gelten,⁴⁵ wo das eigene börsenkotierte Unternehmen von einem öffentlichen Anbieter übernommen oder mit einem solchen durch Fusion, einen fusionsähnlichen Vorgang oder durch eine Vermögensübertragung verschmolzen wird.

⁴² GesKR-Kommentar VegüV-Tschäni, Art. 20, Rz. 12; Ralph Malacrida/Till Spillmann, a.a.O., Seiten 495 f.

⁴³ GesKR-Kommentar VegüV-Tschäni, Art. 20, Rz. 12; Ralph Malacrida/Till Spillmann, a.a.O., Seiten 496 f.; Martin L. Müller, a.a.O., Seiten 483 f.

⁴⁴ GesKR-Kommentar VegüV-Tschäni, Art. 20, Rz. 12.

⁴⁵ GesKR-Kommentar VegüV-Tschäni, Art. 20, Rz. 21; Ralph Malacrida/Till Spillmann, a.a.O., Seite 495.

Der Vorentwurf 2014 sieht in Art. 735c Abs. 1 Ziff. 2 OR neu vor,⁴⁶ dass Karenzentschädigungen im Rahmen von nachvertraglichen Konkurrenzverboten, welche sich geschäftsmässig nicht begründen lassen, ebenfalls den Charakter von unzulässigen Abgangsentschädigungen haben. Als geschäftsmässig unbegründet soll insbesondere jedes länger als ein Jahr dauernde nachvertragliche Konkurrenzverbot gelten (Art. 735c Abs. 3 VE 2014).

Diese unumstössliche Gesetzesvermutung sollte im jetzt einsetzenden Gesetzgebungsprozess nochmals angeschaut werden, weil es unzweifelhaft geschäftliche Konstellationen gibt, in denen ein längeres nachvertragliches Konkurrenzverbot u. U. geboten sein kann (und nebenbei bemerkt gewisse SMI-Gesellschaften in ihren Statuten bereits so legiferiert haben). Zudem ist die maximale Einjahresdauer von Art. 735c Abs. 3 VE 2014 nur schwer in Einklang mit der gewöhnlichen, maximalen Dreijahresdauer von Art. 340a Abs. 1 OR zu bringen, weil die anvisierte unterschiedliche Behandlung von Organträgern und den nachgeordneten Chargen (wo faktisch die nachvertraglichen Konkurrenzverbote häufig schwerer bei Gericht durchzusetzen sind) nicht ohne Weiteres eingängig ist.

Art. 735c Abs. 1 Ziff. 3 VE 2014 sieht schliesslich vor, dass die unter den eben genannten Parametern vereinbarten Konkurrenzverbote mit marktüblichen Karenzentschädigungen kombiniert werden müssen. Diese dürften sich ohne Zwang an den bisher zugunsten der betroffenen Verwaltungsräte bzw. Geschäftsleitungsmitgliedern ausgerichteten Vergütungen orientieren, damit einem Gericht die Überlegungen bzgl. behindertes wirtschaftliches Fortkommen (Art. 340a Abs. 1 OR) in Verbindung mit den vom Arbeitgeber geleisteten Entgelt (Art. 340a Abs. 2 OR) nach Möglichkeit erschwert werden.⁴⁷

6.2. *Im Voraus ausgerichtete Vergütungen*

Die im Voraus an Verwaltungsräte und/oder Geschäftsleitungsmitglieder ausgerichteten Vergütungen sind unter Art. 20 Ziff. 2

⁴⁶ NZZ Nr. 281 vom 3.12.2014, Seite 23; Ralph Malacrida/Till Spillmann, a.a.O., Seite 497; Martin L. Müller, a.a.O., Seiten 484 f.

⁴⁷ Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, a.a.O. Nr. 6 ad Art. 340a OR.

der VegüV ebenfalls unzulässige Elemente der Renumeration,⁴⁸ während die sog. Antrittsprämien nach Art. 14 Abs. 2 Ziff. der VegüV weiterhin erlaubt sind. In der Sache selbst ist in Fortschreibung der Gültigkeitsvoraussetzungen bei Abgangsentschädigungen (siehe Ziff. III. 6 Abs. 2 hiervor) zu fordern, dass diese *sachlich vertretbar* sein müssen, was insbesondere dort gilt, wo einem Organ wg. des Stellenantritts beim alten Arbeitgeber vermögenswerte Nachteile entstehen, bspw. durch Verfallsklauseln bei Aktien- und/oder Optionsplänen oder durch Forfaitierung entsprechender Boni.⁴⁹ Ein gleicher Massstab wird beim Ersatz von Aufwendungen angelegt, welche einem e.g. aus dem Ausland zugewanderten Verwaltungsrat und/oder Geschäftsleitungsmitglied im Hinblick auf die hiesige Anstellung entstehen, die sog. Relokationskosten.

Der Vorentwurf 2014 nimmt in den vorgeschlagenen Art. 735c Abs. 1 Ziff. 4 und Ziff. 5 OR die beschriebene Unterscheidung von verpönter Vorausvergütung und zulässiger Antrittsprämie auf, wobei letztere jetzt sogar einen «klar nachweisbaren finanziellen Nachteil kompensieren» müssen.

6.3. Provisionen bei Unternehmenskäufen und -verkäufen

Die Provisionen bei Unternehmenskäufen und -verkäufen waren den Promotoren der Minder-Initiative von Anfang (und in vielen geschäftlichen Konstellationen wohl zu Recht) ein Dorn im Auge, weil sich Verwaltungsräte und/oder Geschäftsleitungsmitglieder separat nochmals honorieren liessen, was sie dem Unternehmen aufgrund ihrer verwaltungsamtlichen bzw. allenfalls arbeitnehmerischen Sorgfalts- und Loyalitätspflichten nach Art. 717 OR bzw. Art. 327a OR ohnehin schuldig waren, nämlich den Unternehmensinteressen bei der Gestaltung und Implementierung von Unternehmenskäufen und -verkäufen bestmöglich zu dienen. Entsprechend fand das etwas hemdsärmelig formulierte Prämienverbot für Firmenkäufe und -verkäufe seinen Weg in die Verfassung (Art. 95 Abs. 3 lit. b BV).

Entsprechend hatte der Ordnungsgeber bei der Konkreti-

⁴⁸ Ralph Malacrida/Till Spillmann, a.a.O., Seite 498; Martin L. Müller, a.a.O., Seiten 481 f.

⁴⁹ GesKR-Kommentar VegüV-Tschäni, Art. 20, Rz. 15.

sierung dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe in Art. 20 Ziff. 3 VegüV mit konzeptionellen Schwierigkeiten zu kämpfen. Zunächst galt es, das noch in der VgdA vorhandene, reichlich praxisferne Missverständnis zu überwinden, wonach das einschlägige Provisionsverbot nur die konzerninternen Transaktionen betrafte.⁵⁰ Unsicherheiten bestanden auch bei der Frage, ob das Provisionsverbot nur Transaktionen mit Dritten oder auch den Verkauf des eigenen Unternehmens beschlage, also dort, wo der Verwaltungsrat und/oder das Geschäftsleitungsmitglied bisher tätig waren.⁵¹

Es dürfte heute auch in Berücksichtigung des in der Aktienrechtsreform 2014 vorgeschlagenen Art. 735c Abs. 1 Ziff. 7 OR und des einschlägigen Erläuternden Berichts jetzt klar sein, dass nicht nur Transaktionen mit Dritten, sondern auch Transaktionen das eigene Unternehmen betreffend unter das Provisionsverbot von Art. 20 Ziff. 3 VegüV fallen.⁵²

Diese Auffassung dürfte auch wohl deshalb grundsätzlich richtig sein, weil sich in der M&A-Praxis die beiden Transaktionstypen nicht mit cartesianischer Strenge separieren lassen. Man denke bspw. nur einen Moment lang an alle diejenigen Konstellationen, wo ein Unternehmen im Rahmen des Erwerbs eines anderen Unternehmens den geschuldeten Kaufpreis mit den eigenen Aktien zahlt, sei es e.g. durch vorgängige eigene Aktienkapitalerhöhungen oder vermittels Fusionen oder fusionsähnlichen Tatbeständen.

Immerhin scheint aber der Erläuternde Bericht mit einem Hinweis auf den allenfalls neu einzuführenden Art. 717 Abs. 1bis VE 2014 ein einschlägiges Türchen für mögliche Incentivierungen im Rahmen von Unternehmenstransaktionen offen zu lassen,⁵³ indem dort dem Verwaltungsrat bei der Spezifizierung seiner Sorgfaltspflichten im Rahmen der Festlegung der Vergütungsstrategie aufgetragen wird, das dauernde Gedeihen des Unternehmens in ein angemessenes Verhältnis mit den Aufgaben und Leistungen der betroffenen Organe zu setzen.

⁵⁰ GesKR-Kommentar VegüV-Tschäni, Art. 20, Rz. 17; Ralph Malacrida/Till Spillmann, a.a.O., Seite 498.

⁵¹ GesKR-Kommentar VegüV-Tschäni, Art. 20, Rz. 18.

⁵² Erläuternder Bericht, Seiten 148 ff.

⁵³ Erläuternder Bericht, Seite 156.

Hierzu könnten also bspw. Incentivierungen zugunsten von Organen fallen, welche den unzweifelhaft und häufig über einen längeren Zeitraum anfallenden, managerialen Sondereinsatz im Rahmen der genannten Unternehmenstransaktionen abgelten, um eine wg. dieser Sonderbeanspruchung allfällig resultierende Bonusreduktion oder gar einen Bonuswegfall ganz oder teilweise zu kompensieren, soweit eine solche Incentivierung bedingungslos, also ohne Rücksicht auf das Zustandekommen der Transaktion selbst, vereinbart wird. Problematisch bleiben dürften fixe Retentionszahlungen, welche das alte Management bei einem glücklichen Kontrollwechsel (dies ebenfalls im Sinne einer Suspendivbedingung) weiter an das Unternehmen binden sollen.⁵⁴

6.4. Vergütungen ohne statutarische Grundlage

Art. 20 Ziff. 4 und Ziff. 5 der VegüV beschreiben schliesslich eine Reihe von Vergütungselementen, die nicht wg. ihres verpönten Inhalts unter der VegüV verboten sind, sondern einzig weil ihnen eine ausreichende statutarische Grundlage fehlt, was systematisch nur sehr schwierig einzuordnen ist. Es geht dabei, wie bereits ausgeführt, einerseits um Darlehen, Kredite, erfolgsabhängige Vergütungen und die ausserhalb der beruflichen Vorsorge geleisteten, Rentenversprechen (Art. 20 Ziff. 4 VegüV; auch «Barnevik-Renten» genannt), andererseits um die Zuteilung von Beteiligungspapieren und Wandel- sowie Optionsrechten (Art. 20 Ziff. 5 VegüV).⁵⁵

Bereits unter Ziff. II.1 Abs. 1 hiervor ist beklagt worden, dass die Art. 20 Ziff. 4 und Ziff. 5 der VegüV und ihre in der Aktienrechtsreform 2014 vorgeschlagenen Pendanten von Art. 735c Abs. 1 Ziff. 8 und Ziff. 9 OR erratischen Charakter haben und deshalb im Grunde genommen ersatzlos gestrichen gehören, ohne der VegüV erheblichen Abbruch zu tun.

⁵⁴ GesKR-Kommentar VegüV-Tschäni, Art. 20, Rz. 23.

⁵⁵ Ralph Malacrida/Till Spillmann, a.a.O., Seite 498.

7. Zusatzbetrag nach Art. 19 VegüV

Hat sich ein börsenkotiertes Unternehmen in der Schweiz im Hinblick auf die Vergütungen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung in den Statuten für ein prospektives Abstimmungsszenario entschieden (was wie ausgeführt bisher eine stattliche Mehrheit der SMI-Gesellschaften so getan hat; siehe Ziff. I Abs. 6 hier-
vor), so stehen diesen Unternehmen gemäss Art. 19 der VegüV die ebenfalls statutarisch einzuführende Option offen, sog. Zusatzbeträge einzuführen.⁵⁶

Diese Zusatzbeträge sind einziges Überbleibsel der alten Ordnung (siehe u.a. Art. 717a Abs. 1 Ziff. 4 und Ziff. 5 OR), unter welcher es in der Kompetenz des Verwaltungsrates von börsenkotierten Unternehmen lag, die Vergütungen der Geschäftsleitungsmitglieder selber festzusetzen. Mit andern Worten ist das Vergütungselement «Zusatzbetrag» als einziges von der Zustimmungskompetenz der Generalversammlung ausgenommen (Art. 19 Abs. 3 VegüV bzw. Art. 735a Abs. 3 VE 2014). Von der Möglichkeit dieser Zusatzbeträge haben fast alle SMI-Unternehmen Gebrauch gemacht, welche sich für das System der prospektiven Vergütungsabstimmungen entschieden haben.⁵⁷

Der Verwaltungsrat darf den Zusatzbetrag nur für die Anstellung von Geschäftsleitungsmitgliedern einsetzen, welche unter dem Jahr, also zwischen zwei Generalversammlungen (nicht notwendigerweise auch ordentlichen Generalversammlungen), in die Dienste des Unternehmens eintreten.⁵⁸ In der Sache selbst sieht Art. 19 Abs. 2 VegüV vor, dass Ausrichtungen basierend auf dem Zusatzbetrag einer zeitlichen Begrenzung bis zum Datum der nächsten Generalversammlung unterliegen (ebenso Art. 735a Abs. 2 VE 2014). Mit dem VegüV-konformen Einsatz des Zusatzbetrags kann deshalb der Verwaltungsrat eines börsenkotierten Unternehmens in der Schweiz heute – dies in Kombination mit einem prospektiven Genehmigungsszenario nach Art. 18 VegüV – die in Ziff. III. 3 hiervoor angesprochenen arbeitsvertraglichen

⁵⁶ Martin L. Müller, a.a.O., Seiten 487 f.

⁵⁷ Rolf Watter/Ivo von Büren, a.a.O., Seite 306.

⁵⁸ GesKR-Kommentar VegüV-Gerhard/Daeniker, Art. 19, Rz. 12.

Schwierigkeiten bei einer ausbleibenden GV-Genehmigung im Wesentlichen schadlos umschiffen⁵⁹.

IV. Schlussbemerkungen

Der Bundesrat hat nach Annahme der Minder-Initiative Anfang März 2013 mit in landesuntypischer Schnelligkeit bereits acht Monate danach die den Art. 95 Abs. 3 BV ausführende VegüV vorlegen und per 1.1.2014 in Kraft setzen können. Den involvierten Behörden ist hierfür zunächst ein Kränzchen zu winden, weil vorliegend genuine Gesetzgebungsarbeit geleistet werden musste, welche sich nicht auf andere, bereits bestehende legislatorische Regelwerke aus dem In- und Ausland abstützen konnte. Es bedarf keiner prophetischen Fähigkeiten zur Vorhersage, dass die Ende November 2014 ebenfalls rasch lancierte Aktienrechtsrevision deutlich länger dauern wird.

Entsprechend besteht jetzt Zeit, den Vorentwurf 2014 und dessen neuen «Vierten Abschnitt: Vergütungen bei Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind» noch einmal im Grundsatz anzusehen, soweit der im März 2013 vom Souverän angenommene Art. 95 Abs. 3 BV solche prinzipiellen Infragestellungen überhaupt zulässt, gleichzeitig aber auch am legislatorischen Feinschliff zu arbeiten.

Aufgrund des bisher Vorgetragenen ist es in erster Linie wünschbar, dass der Gesetzgeber Vorsorge für Situationen trägt, in denen die Generalversammlung eines börsenkotierten Unternehmens den ihr unterbreiteten Vergütungsarrangements ganz oder teilweise die Gefolgschaft verweigert. Hierzu ist unter Ziff. III. 3 Abs. 6 bis Abs. 8 aufgrund arbeitsrechtlicher Schutzüberlegungen vorgeschlagen worden, den fraglichen Art. 735 VE 2014 (entspricht dem derzeit geltenden Art. 18 VegüV) so zu ergänzen, dass bei fehlender rechtsgültiger GV-Genehmigung ein leicht modifizierter Art. 320 Abs. 3 OR Platz greift.

Danach müsste die börsenkotierte Arbeitgeberin – jedenfalls, was das fixe Salär nach Art. 734a Abs. Ziff. 1 VE 2014 angeht – in gleicher Weise wie aus gültigem Arbeitsvertrag erfüllen, bis dass eine erneut geladene Generalversammlung ein Vergütungsarran-

⁵⁹ Rolf Watter/Ivo von Büren, a.a.O., Seite 306.

gement unter Art. 18 VegüV gutheisst oder zwischenzeitlich eine abschliessende gerichtliche Klärung des nach Art. 706 OR angefochtenen Generalversammlungsbeschlusses erfolgt ist, ohne dass es in diesen Fällen jeweils auf den guten Glauben des betroffenen Organs ankäme.

In sachlich-materieller Hinsicht ist ausserdem zu überlegen, ob die zwingenden arbeitsvertraglichen Ansprüche des Arbeitnehmers nach Art. 361 und 362 OR vom Genehmigungsvorbehalt von Art. 18 VegüV bzw. Art. 735 des Vorentwurfs 2014 nicht auszunehmen sind, nachdem es hier offensichtlich um nicht-genehmigungsfähige Lohn- und Vergütungselemente geht (siehe Ziff. III. 3 Abs. 4 und Abs. 5 hiervor).

Im Hinblick auf die gesetzliche Fassung Art. 734b VE 2014 ist ebenfalls zu fordern, dass der zu testierende Vergütungsbericht sich auch zur Marktüblichkeit von Darlehens- und Kreditbedingungen ausspricht, welche den amtierenden Organen gewährt werden, weil wie bereits plädiert, nicht nur die Ausreichung von grundsätzlich rückführbaren Darlehen und Krediten unter der VegüV näher anzuschauen ist, sondern auch, ob die übrigen Darlehens- und Kreditbedingungen wesentliche Vergütungselemente darstellen (siehe hierzu Ziff. III. 4 Abs. 4 und Abs. 5).

Auch die im Vorentwurf 2014 in Art. 735c Abs. 3 vorgesehene Regelung, wonach nachvertragliche Konkurrenzverbote für nicht mehr länger als ein Jahr vereinbart werden dürfen, sollte im Rahmen der jetzt anlaufenden Aktienrechtsrevision nochmals genau angeschaut werden (siehe Ziff. III. 6.1 Abs. 7 bis 8), weil durchaus Konstellationen denkbar sind, wo es auch im Interesse der Aktionäre liegen kann, dass eine ehemalige Spitzenkraft für länger als ein Jahr über ein nachvertragliches Konkurrenzverbot neutralisiert wird. Die übrigen hier vorgetragenen textlichen Verbesserungsvorschläge gehören dann allesamt in die Kategorie «Inseloptimierung».