



## Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV): Lösungsansätze für die arbeitsrechtliche Umsetzung

MARTIN L. MÜLLER

Am 1. Januar 2014 ist die «Verordnung gegen übermässige Vergütungen in börsenkotierten Aktiengesellschaften» (VegüV) in Kraft getreten, mit der der Bundesrat die im vergangenen Jahr deutlich angenommene Initiative gegen die Abzockerei umgesetzt hat. Obwohl es sich bei der neuen Verfassungsbestimmung um eine primär gesellschaftsrechtliche Vorlage handelt, zeitigt sie auch Auswirkungen auf das Arbeitsrecht. Der vorliegende Aufsatz beschäftigt sich mit diesen Auswirkungen und untersucht das Verhältnis der VegüV zu arbeitsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere den zwingenden Vorgaben zu Gunsten des Arbeitnehmerschutzes. Er versucht, Problemfelder und Unklarheiten bei Arbeitsverhältnissen mit leitenden Angestellten kotierter Gesellschaft aufzuzeigen und will Denkanstösse für deren Handhabung in der Praxis liefern. Grundgedanke ist dabei das Prinzip der Einheit des Arbeitsrechts, welches nach der hier vertretenen Auffassung auch nicht durch den allgemeinen Vorrang der Verordnung vor den Bestimmungen des Obligationenrechts ausser Kraft gesetzt wird.

L'« ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse » (ORAb) est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014. Le Conseil fédéral a adopté cette ordonnance pour mettre en œuvre l'initiative contre les rémunérations abusives qui avait été largement acceptée l'année passée. Bien que le projet né de la nouvelle disposition constitutionnelle relève surtout du droit des sociétés, il a également des répercussions sur le droit du travail. Le présent article étudie ces effets et examine le lien entre l'ORAb et les dispositions du droit du travail, en particulier les règles impératives en faveur de la protection du travailleur. Il tente de souligner les problématiques et incertitudes dans le cadre des relations de travail avec des cadres dirigeants de sociétés cotées en bourse et entend livrer des pistes de réflexion pour les gérer dans la pratique. L'idée qui sous-tend cette réflexion est le principe de l'unité du droit du travail. Selon l'avis défendu ici, ce principe n'est pas remis en cause par la primauté générale donnée à l'ordonnance par rapport aux dispositions du droit des obligations.

### Inhaltsübersicht

1. Verfassungsbestimmung und Verordnung gegen die Abzockerei
2. Vorrang der Verordnung gegenüber dem Obligationenrecht
3. Geltungsbereich
  - 3.1. Betroffene Arbeitgeber
    - 3.1.1. Konzernbetrachtung
    - 3.1.2. Ausnahmen für Domizilgesellschaften mit Haupttätigkeit im Ausland?
  - 3.2. Betroffene Arbeitnehmer
4. Vergütung
5. Spezialfälle
  - 5.1. Sign-On Bonus: Unzulässige «Vergütungen, die im Voraus entrichtet werden» (Art. 20 Ziff. 2 VegüV) vs. zulässige «Antrittsprämie» (Art. 14 Abs. 2 Ziff. 5 VegüV)
  - 5.2. Mitarbeiteraktien, -optionen etc.
  - 5.3. Spesenersatz, insbesondere Pauschalspesen
  - 5.4. Beiträge an die berufliche Vorsorge
  - 5.5. Umstrukturierungsprovision
  - 5.6. Abgangsentschädigung
  - 5.7. Accelerated Vesting
  - 5.8. Karenzentschädigung, Konkurrenzverbot
  - 5.9. Nachvertragliche Beraterverträge
  - 5.10. Unterjährige Neueinstellung
6. Beschränkung der Tätigkeit
7. VegüV und zwingendes Arbeitsrecht
8. Angaben zur Vergütung
9. Kontrollfunktion der Aktionäre
  - 9.1. Prospektive Genehmigung von Lohn und variablen Lohnbestandteilen: Vergütungspool
  - 9.2. Retrospektive Genehmigung von Gratifikationen
  - 9.3. Nichtgenehmigung: Genehmigungsbeschluss, Änderungskündigung und allenfalls Kündigung
10. Arbeitsrechtliche Folgen der Nichtgenehmigung
  - 10.1. Kündigung bzw. Änderungskündigung

10.2. Was gilt während der Kündigungsfrist?

10.3. Implizite Genehmigung der Lohnfortzahlung während Kündigung und Genehmigung der dazu erforderlichen Mittel

11. Arbeitsverträge für Senior Executives unter den neuen Regeln

12. Schlusswort

### 1. Verfassungsbestimmung und Verordnung gegen die Abzockerei

Am 3. März 2013 haben Volk und Stände die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» deutlich angenommen. Der Gegenvorschlag wurde verworfen. Mit der Annahme dieser Volksinitiative wurde Art. 95 BV um einen Absatz 3 erweitert.

*«Zum Schutz der Volkswirtschaft, des Privateigentums und der Aktionärinnen und Aktionäre sowie im Sinne einer nachhaltigen Unternehmensführung regelt das Gesetz die im In- oder Ausland kotierten Schweizer Aktiengesellschaften nach folgenden Grundsätzen:*

MARTIN L. MÜLLER, Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Pestalozzi Rechtsanwälte AG in Zürich.

Beim vorliegenden Beitrag handelt es sich um die erweiterte Fassung des an einer Weiterbildungsveranstaltung der Universität St. Gallen am 29. November 2013 gehaltenen Vortrags. Der Verfasser dankt M<sup>L</sup>aw MADELEINE SCHREINER und M<sup>L</sup>aw LORENZ LAUER, beide Mitarbeiter bei Pestalozzi, sehr herzlich für die Unterstützung. Kommentare und Bemerkungen gerne direkt an: martin.mueller@pestalozzilaw.com.

a. Die Generalversammlung stimmt jährlich über die Gesamtsumme aller Vergütungen (Geld und Wert der Sachleistungen) des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates ab. Sie wählt jährlich die Verwaltungsratspräsidentin oder den Verwaltungsratspräsidenten und einzeln die Mitglieder des Verwaltungsrates und des Vergütungsausschusses sowie die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder den unabhängigen Stimmrechtsvertreter. Die Pensionskassen stimmen im Interesse ihrer Versicherten ab und legen offen, wie sie abgestimmt haben. Die Aktionärinnen und Aktionäre können elektronisch fernabstimmen; die Organ- und Depotstimmrechtsvertretung ist untersagt.

b. Die Organmitglieder erhalten keine Abgangs- oder andere Entschädigung, keine Vergütung im Voraus, keine Prämie für Firmenkäufe und -verkäufe und keinen zusätzlichen Berater- oder Arbeitsvertrag von einer anderen Gesellschaft der Gruppe. Die Führung der Gesellschaft kann nicht an eine juristische Person delegiert werden.

c. Die Statuten regeln die Höhe der Kredite, Darlehen und Renten an die Organmitglieder, deren Erfolgs- und Beteiligungspläne und deren Anzahl Mandate ausserhalb des Konzerns sowie die Dauer der Arbeitsverträge der Geschäftsleitungsmitglieder.

d. Widerhandlung gegen die Bestimmungen nach den Buchstaben a–c wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen bestraft.»

Art. 197 BV, der die Übergangsbestimmungen der Bundesverfassung enthält, bestimmt diesbezüglich (Ziff. 10):

«Bis zum Inkrafttreten der gesetzlichen Bestimmungen erlässt der Bundesrat innerhalb eines Jahres nach Annahme von Artikel 95 Absatz 3 durch Volk und Stände die erforderlichen Ausführungsbestimmungen.»

Das Bundesamt für Justiz (BJ) hat diesen Auftrag angenommen und am 20. November 2013 die Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) verabschiedet (nachfolgend: «VegüV» oder «Verordnung»). Zusammen mit der VegüV hat das Bundesamt für Justiz einen Zusatzbericht (datiert vom 8. Oktober 2013) publiziert (nachfolgend: «Zusatzbericht»).

Der diesbezügliche Entwurf der Verordnung – damals noch «Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA)» – wurde am 14. Juni 2013 zusammen mit einem erläuternden Bericht (nachfolgend: «Erläuternder Bericht») in die Vernehmlassung gegeben.

Die Verordnung ist am 1. Januar 2014 in Kraft getreten. Noch offen ist, wie – und wann – dann die neuen Regeln auf Gesetzesstufe implementiert werden sollen.

## 2. Vorrang der Verordnung gegenüber dem Obligationenrecht

Gemäss Art. 1 Abs. 2 VegüV geht die Verordnung widersprechenden Bestimmungen des OR vor. Der Zusatzbe-

richt führt dazu aus, dass der allfällige Vorrang nicht nur aktienrechtliche Bestimmungen betrifft, sondern auch weitere Bereiche erfassen kann, «insbesondere das Arbeitsrecht»<sup>1</sup>. Dieser Vorrang kann aber, wie nachfolgend gezeigt wird, im Arbeitsrecht nicht absolut gelten. Der Zusatzbericht hält denn auch lediglich fest, dass die Verordnung widersprechenden Bestimmungen des Arbeitsrechts vorgehen kann. Es gilt deshalb, die arbeitsrechtlichen Regeln adäquat an die neuen, primär gesellschaftsrechtlich relevanten Bestimmungen anzupassen.

## 3. Geltungsbereich

Die neuen arbeitsrechtlich relevanten Regelungen kommen nur zum Tragen, wenn sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer die notwendigen Voraussetzungen erfüllen: Der Arbeitgeber muss eine im In- oder Ausland kotierte Schweizer Aktiengesellschaft sein bzw. zu einem Konzern gehören, dessen kotierte Muttergesellschaft in der Schweiz domiziliert ist, und der Arbeitnehmer muss entweder dem Verwaltungsrat, der Geschäftsführung oder dem Beirat der kotierten Gesellschaft angehören.

### 3.1. Betroffene Arbeitgeber

Die neuen Bestimmungen sind auf «die im In- oder Ausland kotierten Schweizer Aktiengesellschaften nach den Artikeln 620–762 des Obligationenrechts»<sup>2</sup> beschränkt. Privat gehaltene Unternehmen sowie spezialgesetzliche Gesellschaften und Anstalten gemäss Art. 763 OR fallen somit nicht darunter<sup>3</sup>.

#### 3.1.1. Konzernbetrachtung

Offensichtlich fallen börsenkotierte Schweizer Unternehmen unter die neuen Regelungen, bei denen das Management in der kotierten Muttergesellschaft angestellt ist. Das ist aber nicht immer der Fall, sondern das Management wird oft formal in einer separaten Tochtergesellschaft (sog. Managementgesellschaft) angestellt und leitet von dieser Managementgesellschaft aus die Muttergesellschaft bzw. den Gesamtkonzern. Die Arbeitnehmer dieser Managementgesellschaft sind vom Anwendungs-

<sup>1</sup> Zusatzbericht, 4.

<sup>2</sup> Art. 1 Abs. 1 VegüV.

<sup>3</sup> Es sind also nicht generell die kotierten Aktiengesellschaften nach Art. 620 ff. OR, so aber STEPHANIE MEIER-GUBSER, Arbeitsrechtliche Aspekte der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, Ein Überblick, AJP/PJA 2013, 1567 ff., 1568.

bereich des neuen Rechts ebenfalls erfasst, auch wenn die Managementgesellschaft im Ausland domiziliert ist. Das geht auch klar aus Art. 21 VegüV hervor: Vergütungen für Tätigkeiten in «Unternehmen, die durch die Gesellschaft direkt oder indirekt kontrolliert werden» – also Vergütung für Tätigkeiten in Konzerngesellschaften – sind zulässig, sofern sie von der Generalversammlung genehmigt werden, statutarisch vorgesehen sind und nicht unzulässig wären, wenn sie von der Muttergesellschaft selbst ausgerichtet würden. Dies ist funktional richtig und entspricht dem Sinn und Zweck der Verfassungsbestimmung, der einerseits darin besteht, in Sachen Vergütungen Transparenz zu schaffen und andererseits zu verhindern, dass die Genehmigungskompetenz der Generalversammlung umgangen wird<sup>4</sup>.

Dementsprechend kann festgehalten werden, dass unerheblich ist, ob die Vergütung von Verwaltungsrat, Geschäftsleitung oder Beirat von der kotierten Muttergesellschaft selbst oder von einer Tochtergesellschaft ausgerichtet wird. In beiden Fällen muss die Generalversammlung über die Vergütung gemäss Art. 18 VegüV abstimmen. Davon ist selbstverständlich auch die Vergütung durch eine ausländische Konzerngesellschaft betroffen<sup>5</sup>. Als von der kotierten Schweizer Gesellschaft ausgerichtete Vergütungen gelten also all jene Zuwendungen, die von ihr direkt oder indirekt über eine Tochtergesellschaft an Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung oder des Beirats erbracht werden.

### 3.1.2. Ausnahmen für Domizilgesellschaften mit Haupttätigkeit im Ausland?

Offen ist, ob der Begriff «Schweizer Aktiengesellschaften» auch in der Schweiz domizilierte Gesellschaften erfasst, die ausschliesslich an einer ausländischen Börse kotiert sind und ihre Tätigkeit vorwiegend im Ausland haben<sup>6</sup>. Es wird argumentiert, dass diese Gesellschaften von den strengen Regeln ausgenommen werden müssen, da sie mit Ausnahme des formellen Sitzes der Top-Holding

keinen Bezug zur Schweiz haben und materiell deshalb keine «schweizerischen» Gesellschaften sind<sup>7</sup>. Es wäre hier also nicht der juristische Sitz massgebend, sondern die vorherrschende Geschäftstätigkeit. Die Verordnung hat diese Bedenken nicht aufgenommen, und auch der Zusatzbericht erwähnt diese Gesellschaften nicht. Vielmehr stellt die Verordnung neben der Kotierung einzig auf die Organisation der Gesellschaft nach schweizerischem Aktienrecht, d.h. den statutarischen Gesellschaftssitz, ab.

Fraglich ist, ob das Argument, dass sich das Vorliegen einer «Schweizer Aktiengesellschaft» nach der geographischen Haupttätigkeit eines Konzerns richtet, den Verfassungstext bzw. die Verordnung nicht doch zu fest strapaziert. Eine solche Ausnahmeregelung würde einerseits schwierige Abgrenzungsfragen nach sich ziehen (wie viel Tätigkeit ist in der Schweiz noch erlaubt<sup>8</sup>?). Zudem versteht sich die neue Verfassungsbestimmung – und darauf aufbauend die VegüV – aufgrund ihrer Entstehungsgeschichte und ihres Inhalts als aktienrechtliche Regelung. Das schweizerische Aktienrecht gilt in seiner Gesamtheit für alle in der Schweiz domizilierten Aktiengesellschaften<sup>9</sup>. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb gerade im Regelungsbereich von Art. 95 Abs. 3 BV etwas Anderes gelten sollte<sup>10</sup>. Allerdings ist doch zuzugestehen, dass die Regeln der ausländischen Börse den schweizerischen Vorschriften widersprechen können<sup>11</sup>. Für die arbeitsrechtlich relevanten Neuerungen kann man sich aber kaum einen solchen Widerspruch vorstellen.

<sup>4</sup> Erläuternder Bericht, 27; FELIX W. EGLI, GesKR-Tagung 2013, 11.

<sup>5</sup> EGLI (FN 4), 11; ähnlich DANIEL HÄUSERMANN, «Abzocker»-Initiative umsetzen – aber wie?, SJZ 2013, 153 f., 161; LUKAS HANDSCHIN, Finanz und Wirtschaft Nr. 36 vom 12. Mai 2010, 25.

<sup>6</sup> Das sind v.a. in den Jahren 2009/2010 in die Schweiz immigrierte Gesellschaften, die in den USA kotiert sind; so z.B. ACE und Allied World Assurance (Versicherung), Foster Wheeler (Anlagebau), Garmin (GPS-Navigation), Noble Corp. (Ölförderung – ist per 20. November 2013 nach London emigriert) oder Pentair (Wasser-technologie). Demgegenüber ist Transocean (Ölförderung) auch an der Schweizer Börse kotiert.

<sup>7</sup> Vgl. dazu NZZ Nr. 217 vom 19. September 2013, 25; Eingabe Ace Limited, Allied World Assurance Company Holding Ltd, Foster Wheeler AG, Germin Ltd. und Pentair Ltd. vom 22. Juli 2013 im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zum Vorentwurf der VdgA; Gutachten ROLF WATTER vom 23. Juli 2013 bezüglich des Anwendungsbereichs von Art. 95 Abs. 3 der Schweizerischen Bundesverfassung und seine Umsetzung mittels einer Verordnung und später einem Bundesgesetz, das ebenfalls im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zum Vorentwurf der VdgA erstellt wurde (Eingabe Ace Limited et. al. sowie Gutachten Watter publiziert auf: <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision/voabzockerei/organisationen.pdf> [zuletzt besucht am 16. Dezember 2013]).

<sup>8</sup> Vgl. aber das Steuerrecht, das Differenzierungen nach der geographischen Tätigkeit kennt, so die gemischten Gesellschaften, die einen besonderen Steuerstatus geniessen (mind. 80% Umsatz im Ausland, max. 20% Umsatz im Inland).

<sup>9</sup> Vgl. Art. 154 Abs. 1 IPRG.

<sup>10</sup> So auch RALPH MALACRIDA/TILL SPILLMANN, Corporate Governance im Interregnum, Die neue Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften – Erste Analyse und praktische Hinweise, GesKR 4/2013, 3.

<sup>11</sup> Dass es solche Widersprüche geben kann, ist sehr wohl möglich; so z.B. die unterschiedlichen Möglichkeiten zur Stellvertretung von Aktionären; vgl. NZZ Nr. 217 vom 19. September 2013, 25.

### 3.2. Betroffene Arbeitnehmer

Die neue Verfassungsbestimmung adressiert einerseits «[den] Verwaltungsrat, [die] Geschäftsführung und [den] Beirat» (Art. 95 Abs. 3 lit. a BV), andererseits die «Organmitglieder» (Art. 95 Abs. 3 lit. b und c BV). Die Verordnung dagegen spricht nur von Verwaltungsrat, Geschäftsführung und Beirat, nicht aber von Organmitgliedern. Die konsistente Verwendung der Begriffe Verwaltungsrat, Geschäftsführung und Beirat in der VegüV ist m.E. korrekt und auch von der Verfassungsbestimmung gedeckt<sup>12</sup>.

Vorliegend unproblematisch sind formelle Verwaltungsräte. Diese werden von der Generalversammlung gewählt und sind im Handelsregister eingetragen. Sie sind somit klar identifizierbar<sup>13</sup>.

Der «Beirat» wird im geltenden Recht lediglich in Art. 663b<sup>bis</sup> Ziff. 3 und 4 OR erwähnt und dort weder definiert noch geregelt<sup>14</sup>. Die genaue Funktion des Beirates ist an dieser Stelle nicht von Interesse. Zu beachten gilt aber, dass eine eigentliche Organstellung für Beiräte nicht zwingend ist<sup>15</sup>.

Bei den Mitgliedern der Geschäftsleitung kann kein formelles Kriterium entscheidend sein wie beispielsweise der Handelsregistereintrag auf Stufe der Muttergesellschaft, ein spezieller C(hief)-Titel (wie z.B. CEO, CFO, COO etc.) oder Erwähnung im internen Organigramm<sup>16</sup> als Geschäfts- oder Konzernleitungsmitglied. Es ist vielmehr von einer materiellen Betrachtung auszugehen: Als Mitglied der Geschäftsleitung gilt die «oberste Hierarchiestufe unterhalb des Verwaltungsrats»<sup>17</sup>, also wer «vom Verwaltungsrat ganz oder zum Teil mit der Ge-

schäftsführung»<sup>18</sup> betraut worden ist. Dabei ist von einer funktionalen Auslegung des Begriffs auszugehen. Es werden dementsprechend alle Personen umfasst, «die Entscheide, die den formellen Organen vorbehalten sind, tatsächlich treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen (faktische Organe)»<sup>19</sup>. Analog gilt für einen faktischen Verwaltungsrat: Er untersteht den Regeln für den Verwaltungsrat, auch wenn er nicht formell gewählt worden ist.

### 4. Vergütung

Mit den neuen Bestimmungen muss die Generalversammlung über die Vergütung des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats abstimmen.

Als Vergütung gilt «Geld und Wert der Sachleistungen»<sup>20</sup> und insbesondere<sup>21</sup>:

- a) Honorare, Löhne, Bonifikationen und Gutschriften;
- b) Tantiemen, Beteiligungen am Umsatz und andere Beteiligungen am Geschäftsergebnis;
- c) Dienst- und Sachleistungen;
- d) die Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten<sup>22</sup>;
- e) Antrittsprämien<sup>23</sup>;
- f) Bürgschaften, Garantieverpflichtungen, Pfandbestellungen zugunsten Dritter und andere Sicherheiten;
- g) der Verzicht auf Forderungen;
- h) Aufwendungen, die Ansprüche auf Vorsorgeleistungen begründen oder erhöhen<sup>24</sup>;
- i) sämtliche Leistungen für zusätzliche Arbeiten.

Die Liste der Verordnung ist klarerweise nur exemplarisch. Erfasst werden sämtliche direkt als auch indirekt ausgerichteten Vergütungen<sup>25</sup>. Es ist somit von einem sehr weiten Verständnis des Begriffs «Vergütung» auszugehen<sup>26</sup>.

<sup>12</sup> Die Tatsache, dass der Genehmigungsvorbehalt gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. a und die Verbote von lit. b einen engen sachlichen Zusammenhang aufweisen, legt nahe, dass die Begriffe deckungsgleich auszulegen sind. Auch der Verfassungswortlaut, der von den Organmitgliedern (mit bestimmtem Artikel) spricht, weist in diese Richtung, genauso wie die Tatsache, dass sich das Initiativkomitee soweit ersichtlich keine Gedanken über derartige Abgrenzungsprobleme gemacht zu haben scheint. Man kann deshalb davon ausgehen, dass die Formulierung in Art. 95 Abs. 3 lit. a eine Legaldefinition enthält, die danach mit dem Wort «Organmitglied» zugunsten der besseren Leserlichkeit abgekürzt wird.

<sup>13</sup> Zum faktischen Verwaltungsrat sogleich hinten.

<sup>14</sup> ROLF WATTER/KARIM MAIZAR, Basler Kommentar OR II, 4. A., Basel 2011, Art. 663b<sup>bis</sup> N 18.

<sup>15</sup> WATTER/MAIZAR (FN 14), 663b<sup>bis</sup> N 18.

<sup>16</sup> Vgl. WATTER/MAIZAR (FN 14), 663b<sup>bis</sup> N 28; im Zusammenhang mit der Verantwortlichkeit vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. A., Bern 2012, 54.

<sup>17</sup> Zusatzbericht, 4; vgl. auch PETER BÖCKLI, Schweizerisches Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009, § 8 N 496; WATTER/MAIZAR (FN 14), 663b<sup>bis</sup> N 28.

<sup>18</sup> Art. 663b<sup>bis</sup> Abs. 1 Ziff. 2 OR; vgl. auch Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung) [«Botschaft Governance»], BBl 2004, 4471 ff., 4481; BÖCKLI (FN 17), § 8, N 496.

<sup>19</sup> WATTER/MAIZAR (FN 14), 663b<sup>bis</sup> N 28.

<sup>20</sup> So Art. 95 Abs. 3 lit. a BV; dazu auch Erläuternder Bericht, 19.

<sup>21</sup> Art. 14 Abs. 2 VegüV.

<sup>22</sup> Dazu sogleich hinten, Ziff. 5.1.

<sup>23</sup> Dazu sogleich hinten, Ziff. 5.1.

<sup>24</sup> Dazu sogleich hinten, Ziff. 5.3.

<sup>25</sup> Art. 14 Abs. 1 VegüV; vgl. auch Art. 663b<sup>bis</sup> Abs. 1 Ziff. 1–3 OR.

<sup>26</sup> Vgl. auch Art. 663b<sup>bis</sup> Abs. 2 OR.

Offen ist, ob sämtliche Lohnkosten unter den Begriff «Vergütung» fallen, also auch z.B. die vom Arbeitgeber zu tragenden Sozialleistungen, Pensionskassenbeiträge, Unfallversicherungen, Krankentagegeld etc. M.E. ist dies zumindest für diejenigen Teile zu bejahen, die der Arbeitgeber über eine 50:50 Aufteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hinaus leistet, so z.B. wenn der Arbeitgeber 80% der Beiträge an die Pensionskasse übernimmt und der Arbeitnehmer nur 20% beisteuern muss.

## 5. Spezialfälle

### 5.1 Sign-On Bonus: Unzulässige «Vergütungen, die im Voraus entrichtet werden» (Art. 20 Ziff. 2 VegüV) vs. zulässige «Antrittsprämie» (Art. 14 Abs. 2 Ziff. 5 VegüV)

Art. 20 Ziff. 2 VegüV verbieten «Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden». «Antrittsprämien» dagegen werden als Vergütungsform in Art. 14 Abs. 2 Ziff. 5 VegüV explizit erwähnt und müssen daher zulässig sein. Beim Sign-On Bonus ist deshalb zu klären, welcher Kategorie er zugeordnet werden muss.

«Vergütungen, die im Voraus entrichtet werden» ist ein Begriff, den das OR nicht kennt. Offen ist deshalb, welche Art von Vergütungen im Voraus gemeint ist. Als Grundsatz sieht Art. 323 Abs. 1 OR (im Rahmen einer dispositiven Regel) vor, dass der Lohn per «Ende jedes Monats auszurichten» ist. Das ist denn auch die herrschende Praxis der Arbeitgeber in der Schweiz. Ferner ist der Arbeitnehmer mit seiner Lohnforderung im Konkurs des Arbeitgebers bis zu einem gewissen Betrag privilegiert<sup>27</sup>. Diese beiden gesetzgeberischen Wertungen betreffend Zahlungszeitpunkt und Risikoallokation sind m.E. Leitlinie für das Verständnis des Verbots, Vergütungen im Voraus zu entrichten: Der Arbeitnehmer wird vorleistungspflichtig, der Lohn wird nach Erbringung der Arbeitsleistung erbracht. Vom Verbot erfasst ist somit klarerweise die Vorauszahlung des Lohns für die Arbeitsleistung<sup>28</sup>.

Das Verbot, Vergütungen im Voraus zu entrichten, bedeutet aber nicht, dass Sign-On Boni schlechterdings

verboten sind. Art. 14 Abs. 2 Ziff. 5 VegüV erwähnt denn auch explizit die «Antrittsprämie». Ein Sign-On Bonus ist eine Prämie, die der Arbeitnehmer bei Unterschrift des neuen Arbeitsvertrages oder bei Antritt der neuen Stelle erhält. In der Praxis werden mit einem Sign-On Bonus die Ansprüche des Arbeitnehmers gegen seinen alten Arbeitgeber abgegolten, die aufgrund des Stellenwechsels zum neuen Arbeitgeber verloren gehen (so beispielsweise noch nicht gevestete Optionen, die bei Austritt aus dem Unternehmen entschädigungslos verfallen). Idee ist, dass der Arbeitnehmer für die Nachteile, die ihm aufgrund des Stellenwechsels erwachsen, vom neuen Arbeitgeber entschädigt wird<sup>29</sup>.

Selbstverständlich kann der Arbeitgeber einen Sign-On Bonus nur ausrichten, wenn der diesbezügliche Betrag im Rahmen des Zusatzbetrags für die Geschäftsleitung<sup>30</sup> in den Statuten vorgesehen ist oder aber in dem von der Generalversammlung genehmigten Vergütungspool die entsprechenden Mittel vorhanden sind.

Offen ist im Hinblick auf eine mögliche Umgehung des Verbots, Vergütungen im Voraus zu entrichten, ob ein Sign-On Bonus immer ausgerichtet werden kann oder ob eine Antrittsprämie einer wirtschaftlichen Rechtfertigung bedarf, so z.B. dass der neue Mitarbeiter aufgrund des Stellenwechsels Nachteile erleidet, die mit dem Sign-On Bonus (teilweise) ausgeglichen werden. Wird eine solche wirtschaftliche Rechtfertigung verlangt, muss der Arbeitgeber sicher sein, dass die von ihm kompensierten Nachteile auch tatsächlich bestehen, weshalb der neue Mitarbeiter über die aufgrund des Stellenwechsels verlustig gehenden Ansprüche substantiiert informieren muss.

### 5.2. Mitarbeiteraktien, -optionen etc.

Aufgrund der klaren Regelung in Art. 14 Abs. 2 Ziff. 4 VegüV muss die Zuteilung von «Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten» von der Generalversammlung genehmigt werden.

Offen ist zunächst, ob die Generalversammlung auch über Beteiligungspapiere, die aus dem bedingten Kapital<sup>31</sup> alimentiert werden, abstimmen muss. Gegen eine solche Abstimmung spricht, dass die Generalversammlung ja bereits bei der Einführung der entsprechenden Statutenbestimmung diesbezüglich entschieden hat. Eine solche Lesart wird aber dem Sinn und Zweck der neuen Regeln kaum gerecht, sondern es muss vielmehr davon

<sup>27</sup> Art. 219 Abs. 4 SchKG, Erste Klasse Bst. a: «Forderungen von Arbeitnehmern aus dem Arbeitsverhältnis, die nicht früher als sechs Monate vor der Konkurseröffnung entstanden oder fällig geworden sind, höchstens jedoch bis zum Betrag des gemäss obligatorischer Unfallversicherung maximal versicherten Jahresverdienstes».

<sup>28</sup> Offenbar war es denn auch die Vorauszahlung des Salärs an den damaligen CEO der Swissair, Mario Corti, an der sich Thomas Minder besonders störte.

<sup>29</sup> Erläuternder Bericht, 12; vgl. auch MALACRIDA/SPILLMANN (FN 10), 14.

<sup>30</sup> Art. 19 VegüV.

<sup>31</sup> Art. 653 OR.

ausgegangen werden, dass jede equity-based Vergütung von der Generalversammlung abgesegnet werden muss und es irrelevant ist, wie die unterliegenden Aktien alimentiert werden.

Sodann stellt sich die Frage, wie die Generalversammlung über die Zuteilung von Beteiligungspapieren abstimmen soll. Wird dazu ein Franken-Betrag gesprochen, der eine Bewertung der Aktien bzw. Optionen erforderlich macht? Um eine komplizierte Bewertung der auszugebenen (und allenfalls noch während einer gewissen Zeit gesperrten) Aktien bzw. Optionen zu vermeiden, wird sinnvoll sein, wenn die Generalversammlung über die maximale Anzahl der für Beteiligungspläne zur Verfügung stehende Aktien bzw. Optionen abstimmt.

### 5.3. Spesenersatz, insbesondere Pauschalspesen

Spesen, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer entschädigt, gelten klarerweise nicht als Vergütung, sofern diese angemessen und dem Arbeitnehmer in Ausübung seiner vertraglichen Tätigkeit entstanden sind.

Viele Firmen haben ein steuerlich genehmigtes Spesenreglement, gemäss welchem monatlich ein bestimmter Betrag als Pauschalspesen ausbezahlt werden kann. Die Höhe der Pauschalspesen richtet sich nach der Höhe des Brutto-Einkommens des betreffenden Mitarbeiters (bezüglich steuerlicher Akzeptanz gibt es zwischen den Kantonen grosse Unterschiede: In Westschweizer Kantonen werden offenbar sehr hohe Beträge akzeptiert). Mit diesen Pauschalspesen werden kleinere Spesenbeträge der Mitarbeiter (i.d.R. Beträge bis 50 Franken) pauschal abgegolten. Sie müssen vom Arbeitnehmer nicht als Einkommen versteuert werden.

Lehre und Praxis unterscheiden zwischen echten und unechten Pauschalspesen<sup>32</sup>. Letztere sind pauschale «Auslagenrückerstattungen», die in Wahrheit verdeckten Lohn darstellen<sup>33</sup>. Nur bei echten Pauschalspesen sind keine Sozialabzüge geschuldet und nur diese gelten auch nicht als Einkommen des Arbeitnehmers<sup>34</sup>. Wird Vergütung als Entschädigung für Arbeit verstanden<sup>35</sup>, bietet es sich an, echte Pauschalspesen nicht vom Vergütungsbegriff zu erfassen. Als der Abstimmung unterliegende oder gegebene

nenfalls verbotene Vergütungen sind deshalb nur unechte Pauschalspesen zu sehen.

### 5.4. Beiträge an die berufliche Vorsorge

Zumindest rudimentär geregelt sind Beiträge zur beruflichen Vorsorge. Art. 14 Abs. 2 Ziff. 8 VegüV hält fest, dass Aufwendungen, die Ansprüche auf Vorsorgeleistungen begründen, als Vergütungen zu sehen sind. Mit Aufwendungen sind Ausgaben der Gesellschaft gemeint. Daraus folgt, dass sämtliche Beiträge zur beruflichen Vorsorge, die vom Arbeitgeber entrichtet werden, als Vergütung zu sehen sind, gleichgültig ob obligatorisch oder überobligatorisch. Die Genehmigungskompetenz der Generalversammlung stellt in diesem Zusammenhang kein Hindernis dar, denn die Generalversammlung sollte im Rahmen eines Budgetbeschlusses über den Maximalbetrag der Vergütungen entscheiden. Damit ist die Aufteilung dieses Budgets auf Lohn und berufliche Vorsorge weiterhin Sache der nach geltendem Recht dafür zuständigen Stellen.

Freizügigkeitsguthaben nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses resp. Kapitalleistungen und Renten bei Pensionierung stellen keine Vergütungen dar, da sie nicht von der Gesellschaft ausgerichtet werden, sondern von der Vorsorgeeinrichtung<sup>36</sup>. Dementsprechend gelten diese nicht als Abgangsentschädigung, obwohl sie (zusammen mit weiteren Voraussetzungen, wie etwa dem Erreichen des Mindestalters) im Hinblick auf das Ausscheiden aus dem Betrieb bzw. aus dem Arbeitsleben im Allgemeinen, fällig werden.

### 5.5. Umstrukturierungsprovision

«Provisionen für die Übernahme oder Übertragung von Unternehmen oder Teilen davon» sind gemäss Art. 20 Ziff. 3 VegüV (*e contrario*) zulässig, sofern es sich um konzernexterne Transaktionen handelt<sup>37</sup>. Der Erläuternde Bericht stellt klar, dass nicht nur die Umstrukturierungstatbestände des Fusionsgesetzes, sondern auch andere Vorgänge, die diesen wirtschaftlich gleichkommen, erfasst sind. Der Begriff der Provision soll der Definition des Art. 322b OR entsprechen<sup>38</sup>. Darunter wird «die in der Regel prozentual ausgedrückte Beteiligung des Arbeit-

<sup>32</sup> Vgl. dazu etwa WATTER/MAIZAR (FN 14), Art. 3 N 36; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, Art. 327a N 3, jeweils m.w.H.

<sup>33</sup> Vgl. etwa OGer ZH, in JAR 1999, 138.

<sup>34</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 32), Art. 327a N 4.

<sup>35</sup> WATTER/MAIZAR (FN 14), 663b<sup>bis</sup> N 34.

<sup>36</sup> Erläuternder Bericht, 18.

<sup>37</sup> Vgl. zum Transaktionsbonus für das Management MARTIN L. MÜLLER, Das Management im Unternehmensverkauf, in: Adrian von Kaenel (Hrsg.), Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht, Zürich 2010, 88 f.

<sup>38</sup> Erläuternder Bericht, 26.

nehmers am Wert der einzelnen von ihm vermittelten oder abgeschlossenen Geschäfte»<sup>39</sup> verstanden.

Weiterhin zulässig bleibt auch, besondere Leistungen im Rahmen von Umstrukturierungen mit einem Bonus zu honorieren, sofern dafür Mittel im Vergütungspool vorhanden sind<sup>40</sup>.

## 5.6. Abgangsentschädigung

Art. 20 Ziff. 1 VegüV verbietet vertraglich vereinbarte oder statutarisch vorgesehene Abgangsentschädigungen. Gesetzlich geschuldete Abgangsentschädigungen gemäss Art. 339b OR oder solche nach ausländischem Recht fallen nicht darunter<sup>41</sup>. Ebenfalls nicht als Abgangsentschädigungen gelten die Ansprüche, die bis zur Beendigung des Vertragsverhältnisses anfallen.

Der Begriff «Abgangsentschädigung» wird vom Gesetz nur in Art. 339b OR verwendet. Damit sind Zahlungen an ältere, verdiente Mitarbeiter gemeint, für die keine Pensionskassenbeiträge entrichtet wurden<sup>42</sup>. Diese werden, wie der Zusatzbericht präzisiert, von der Abgangsentschädigung im Sinne der Verordnung nicht erfasst. Als Abgangsentschädigung gemäss VegüV gelten «pauschale Abfindungssummen ohne direkte Gegenleistung»<sup>43</sup>. Als unzulässige Abgangsentschädigung ist somit primär der berühmte goldene Fallschirm gemeint: Ein Manager soll nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht ohne Grund noch weitere Zahlungen erhalten.

In vielen Arbeitsverträgen von Senior Executives sind Abgangsentschädigungen vorgesehen (sog. Severance Pay). Darunter werden pauschale Zahlungen verstanden, die der Arbeitgeber unter gewissen Bedingungen bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses ausrichtet. In der Regel wird für die Auszahlung einer Abgangsentschädigung verlangt, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt und der Arbeitnehmer die Kündigung nicht selbst verschuldet hat<sup>44</sup>. M.E. sind es diese pauschalen Abgangs-

entschädigungen, die mit den neuen Bestimmungen verboten werden sollen<sup>45</sup>.

Offen ist, ob auch Zahlungen des Arbeitgebers bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses vom Verbot der Abgangsentschädigungen erfasst werden, mit denen allfällige Forderungen des Arbeitnehmers per Saldo aller Ansprüche und ohne gerichtliche Auseinandersetzung erledigt werden. In der Praxis sind es vor allem Streitigkeiten um Bonusansprüche nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses, die von den Parteien im Rahmen eines Vergleichs (sog. Settlement Agreement) effizient erledigt werden können. M.E. werden solche Zahlungen von den neuen Regeln nicht erfasst. Voraussetzung ist nach der hier vertretenen Auffassung, dass die vom Arbeitnehmer behaupteten Ansprüche eine gewisse rechtliche Grundlage haben, also nicht von vornherein als absolut aussichtslos erscheinen. Kommt der Arbeitgeber nach sorgfältiger Prüfung des Sachverhalts und der Rechtslage zum Schluss, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass ein Arbeitsgericht den vom Arbeitnehmer geltend gemachten Anspruch (zumindest teilweise) schützen wird, so ist die einvernehmliche Erledigung dieses Anspruchs im Rahmen eines Vergleichs zulässig. In diesem Sinne handelt es sich denn auch nicht um eine Abgangsentschädigung – verstanden als pauschale Entschädigung für den Abgang, d.h. das Verlassen der Arbeitsstelle –, sondern vielmehr um die Abgeltung eines Anspruchs des ehemaligen Mitarbeiters.

Vom Verbot der Abgangsentschädigung auch nicht erfasst sind die für Mitarbeiter, die aus dem Ausland angestellt werden, vorgesehenen Pauschalzahlungen für die Rückkehr der Familie des Arbeitnehmers in das Heimatland (z.B. Umzugskosten, Rückflug), sofern diese Zahlungen die tatsächlich zu erwartenden Kosten einer Rückkehr nicht überschreiten.

## 5.7. Accelerated Vesting

Beteiligungspläne sehen oft vor, dass Mitarbeiter zugeleitete Optionen erst nach einer gewissen Zeit ausüben können (sog. Vesting). Damit soll ein Gleichlaufen der Interessen von Mitarbeiter und Gesellschaft sichergestellt werden. Bei Kündigung wird in der Regel unterschieden,

<sup>39</sup> WOLFGANG PORTMANN, Basler Kommentar, OR I, 5. A., Basel 2011, Art. 322b N 1.

<sup>40</sup> Erläuternder Bericht, 26.

<sup>41</sup> Zusatzbericht, 12; MALACRIDA/SPILLMANN (FN 10), 10.

<sup>42</sup> PORTMANN (FN 39), BSK OR I, Art. 339d N 1.

<sup>43</sup> Zusatzbericht, 24.

<sup>44</sup> Abgangsentschädigungen gibt es aber nicht nur für leitende Angestellte, sondern verschiedene Arbeitgeber – v.a. schweizerische Tochtergesellschaften amerikanischer Konzerne – sehen solche pauschalen Zahlungen im Sinne einer Company Policy routinemässig vor, wobei sich die Höhe der Abgangsentschädigung oft nach der Anzahl Dienstjahre richtet.

<sup>45</sup> Im Rahmen eines Sozialplans werden aber oft solche Abgangsentschädigungen vorgesehen, vgl. MARTIN L. MÜLLER, Sozialpläne bei Umstrukturierungen, AJP/PJA 2009, 939 ff., 943. Das wird in Zukunft bei Sozialplänen zu beachten sein. Interessant ist, dass hier der Gesetzgeber eine andere Wertung vornimmt, erwähnt er in der Botschaft zu den neuen Bestimmungen betr. Sozialplanpflicht doch gerade solche Zahlungen (BBl 2010, 6498).

wer das Arbeitsverhältnis auflöst: Einerseits verfallen die noch nicht gevesteten Optionen, wenn der Arbeitnehmer seine Stelle kündigt. Kündigt jedoch der Arbeitgeber, können noch nicht gevestete Optionen in der Regel vorzeitig ausgeübt werden (sog. Accelerated Vesting – die Vesting Periode wird vorgezogen).

Da gemäss Art. 12 Abs. 2 Ziff. 3 VegüV die Statuten die Grundzüge für die Zuteilung von Beteiligungsrechten ausführen müssen, ist davon auszugehen, dass die relevanten Regeln betreffend Verfall bzw. vorgezogenes Vesting ebenfalls in den Statuten erwähnt sind. Die Generalversammlung hat diese Regeln dementsprechend genehmigt. Ebenfalls genehmigt die Generalversammlung prospektiv die Zuteilung von Beteiligungspapieren.

Sodann werden Optionen im Rahmen von Beteiligungsprogrammen für bereits geleistete Arbeit ausgeben. Lediglich die Ausübung wird – zur Angleichung der Interessenlage – in die Zukunft verschoben.

Aus diesen Gründen ist das Accelerated Vesting zugeleiteter Optionen auch nach neuem Recht zulässig<sup>46</sup>.

## 5.8. Karenzenschädigung, Konkurrenzverbot

Nach schweizerischem Recht kann ein – zeitlich, örtlich und sachlich angemessen begrenztes<sup>47</sup> – nachvertragliches Konkurrenzverbot vereinbart werden, wenn der Arbeitnehmer «Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse [hatte] und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte»<sup>48</sup>. Ein Konkurrenzverbot fällt dahin, wenn der Arbeitgeber daran «kein erhebliches Interesse» mehr hat<sup>49</sup> oder – und das geht in der Praxis verschiedentlich vergessen – der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, «ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass gegeben hat»<sup>50</sup>.

Gesetzlich ist nicht verlangt, dass ein nachvertragliches Konkurrenzverbot vom Arbeitgeber entschädigt wird, doch sieht Art. 340a Abs. 2 OR vor, dass eine allfällige Gegenleistung des Arbeitgebers (die sog. Karenzenschädigung) bei der Beurteilung der Begrenzung des Konkurrenzverbots angemessen berücksichtigt werden muss. In der Praxis sehen nachvertragliche Konkurrenzverbote bei leitenden Mitarbeitern in der Regel eine Ka-

renzenschädigung vor, wobei diese jeweils dem anteilmässigen Basislohn entspricht<sup>51</sup>.

Zu entscheiden ist, ob die Karenzenschädigung eine verbotene Abgangsentschädigung gemäss Art. 20 Ziff. 1 VegüV darstellt. Einerseits führt der Erläuternde Bericht aus, dass «das Verbot der Abgangsentschädigung umfassend zu verstehen ist»<sup>52</sup>. Andererseits ist die Karenzenschädigung keine pauschale Abfindungssumme ohne direkte Gegenleistung. Die Gegenleistung des Arbeitnehmers besteht darin, nicht konkurrenzierend tätig zu werden und dem alten Arbeitgeber dadurch zu schaden<sup>53</sup>. Da sich weder Verfassung noch Verordnung zum Thema äussern, ist deshalb davon auszugehen, dass eine im Rahmen von Art. 340 ff. OR ausgerichtete Karenzenschädigung weiterhin zulässig ist<sup>54</sup>, auch wenn es sich dabei nicht um eine Entschädigung i.S.v. Art. 20 Ziff. 1 VegüV handelt, «die gesetzlich geschuldet ist».

M.E. ist für die Zulässigkeit einer Karenzenschädigung unter den neuen Regeln für ein nachvertragliches Konkurrenzverbot eine ökonomische Rechtfertigung nötig: Die Verwendung der spezifischen Kenntnisse des Arbeitnehmers bei einem Konkurrenten hätte gravierende Folgen für den alten Arbeitgeber. Bei der Beurteilung dieses Schadenspotentials muss aber berücksichtigt werden, dass der betreffende Mitarbeiter von Gesetzes wegen bereits verschiedene nachvertragliche Pflichten (insbesondere Schutz von Geschäftsgeheimnissen) zu erfüllen hat. Kommt der Verwaltungsrat nach sorgfältiger Analyse zum Schluss, dass der potentielle Schaden, den der Mitarbeiter verursachen könnte, grösser ist als die Karenzenschädigung, so ist m.E. die Auszahlung einer Karenzenschädigung grundsätzlich zulässig.

Ist ein Konkurrenzverbot mit Karenzenschädigung einzelvertraglich vereinbart worden, darf die Karenzenschädigung deshalb nur ausgerichtet werden, wenn das diesbezügliche Konkurrenzverbot auch tatsächlich durchsetzbar ist. Dazu müssen die folgenden vier Bedingungen erfüllt sein: Erstens muss der betreffende Mitarbei-

<sup>46</sup> Vgl. auch MALACRIDA/SPILLMANN (FN 10), 13.

<sup>47</sup> Art. 340a Abs. 1 OR.

<sup>48</sup> Art. 340 Abs. 2 OR.

<sup>49</sup> Art. 340c Abs. 1 OR.

<sup>50</sup> Art. 340c Abs. 2 OR.

<sup>51</sup> MALACRIDA/SPILLMANN (FN 10), 13, erachten schon ein Jahreslöh für zwei Jahre Konkurrenzverbot als klar zulässig.

<sup>52</sup> Erläuternder Bericht, 24.

<sup>53</sup> Berühmt geworden ist die von der Novartis bei Ausscheiden von Daniel Vasella vorgesehene Karenzenschädigung von offenbar 72 Mio. Franken für ein mehrjähriges Konkurrenzverbot, die dann aber zurückgezogen wurde (vgl. «[...] the oversized bung Novartis proposed for its outgoing chief executive, Daniel Vasella. He was offered a SFR70m pay-off to keep the pharmaceutical company's secret after his departure», Financial Times, 14. November 2013, 12).

<sup>54</sup> Erläuternder Bericht, 25; HÄUSERMANN (FN 5), 160; MALACRIDA/SPILLMANN (FN 10), 13.

ter aufgrund seiner im Rahmen des Arbeitsverhältnisses erworbenen Kenntnisse über Kundenkreis oder Fabrikations- und Geschäftsgeheimnis verfügen. Zweitens muss er diese Kenntnisse zum Schaden des alten Arbeitgebers einsetzen können, wenn er innerhalb des angemessen begrenzten Konkurrenzverbots tätig werden würde. Drittens darf das Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht vom Arbeitgeber gekündigt worden sein. Und endlich muss der Arbeitgeber, viertens, auch weiterhin ein erhebliches Interesse an der Aufrechterhaltung des Konkurrenzverbots haben. Sind alle diese Bedingungen erfüllt, so stellt die Karenzenschädigung keine verbotene Abgangsentschädigung dar. Sollte aber nur eine dieser Bedingungen nicht erfüllt sein, so ist das Konkurrenzverbot nicht durchsetzbar und die Karenzenschädigung ist – da Abgangsentschädigung – unzulässig, selbst wenn sich der Mitarbeiter an das Konkurrenzverbot halten würde.

Ist kein Konkurrenzverbot vereinbart worden oder ein solches aufgrund der Kündigung durch den Arbeitgeber dahingefallen, können die Parteien aber immer noch ein Konkurrenzverbot mit Karenzenschädigung vereinbaren. Die Arbeitgeberin schliesst dazu mit dem Mitarbeiter einen Vertrag, gemäss welchem er nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses während einer bestimmten Zeit bei keinem Konkurrenten arbeiten darf. Um das Verbot der Abgangsentschädigung nicht zu unterlaufen, ist aber hier ebenfalls vorausgesetzt, dass der Mitarbeiter die im Rahmen des Arbeitsverhältnisses erworbenen Kenntnisse über Kundenkreis oder Fabrikations- und Geschäftsgeheimnis zum Schaden des alten Arbeitgebers einsetzen könnte.

## 5.9. Nachvertragliche Beraterverträge

Im Gegensatz zu Art. 663b<sup>bis</sup> Abs. 1 Ziff. 4 OR sind frühere Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmitglieder vom Anwendungsbereich von Art. 95 Abs. 3 BV nicht erfasst. Das Verbot der Abgangsentschädigung könnte deshalb sehr einfach durch einen sehr gut dotierten Beratervertrag für die Zeit nach Beendigung des Arbeits- bzw. Organverhältnisses umgangen werden. Eventuell könnte schon im Arbeitsvertrag dem Arbeitnehmer eine Option auf einen solchen Vertrag eingeräumt werden<sup>55</sup>.

Auch unter dem neuen Verbot der Abgangsentschädigung sind solche nachvertraglichen Beraterverträge nicht schlechterdings verboten. Entscheidend ist m.E., ob das

ehemalige Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratsmitglied unter dem Beratervertrag tatsächlich Beratungsleistungen erbringt. Ist dies der Fall, ist ein nachvertraglicher Beratervertrag zulässig. Wo aber offensichtlich ist, dass der «Beratervertrag» ein Feigenblatt zur Umgehung des Verbots von Abgangsentschädigungen darstellt, darf die Gesellschaft das Beraterhonorar nicht bezahlen.

Die Abgrenzung von zulässigem Beratervertrag und unzulässiger Abgangsentschädigung ist im Einzelfall vorzunehmen. Als Ausgangspunkt der Überlegungen sollte das im Kontext von Insichgeschäften entwickelte *arm's length principle* dienen<sup>56</sup>: Wenn das Beratungsmandat zu marktüblichen Bedingungen geschlossen wird, stellt das Beraterhonorar keine Abgangsentschädigung dar. Wenn allerdings die Leistung der Gesellschaft in keinem Verhältnis zur Gegenleistung des «Beraters» steht, so deutet dies auf Umgehungsabsicht hin.

## 5.10. Unterjährige Neueinstellung

Die Statuten können gemäss Art. 19 Abs. 1 VegüV für die Vergütung von Mitgliedern der Geschäftsleitung, die nach der Genehmigung der Vergütung ernannt werden, einen Zusatzbetrag vorsehen. Dabei kann es sich m.E. sowohl um eine Frankenpauschale als auch um einen im Verhältnis zur jeweils bereits genehmigten Vergütung prozentual ausgedrückten Betrag handeln.

Die unter diesem Titel tatsächlich ausgerichtete Vergütung wird somit nicht Teil der von der Generalversammlung zu genehmigenden Vergütung, sondern die Generalversammlung hat nur über die entsprechende Statutenbestimmung abzustimmen.

## 6. Beschränkung der Tätigkeit

Bereits aus Art. 321a Abs. 3 OR ergibt sich eine Begrenzung der zulässigen Tätigkeiten, denn sobald die Leistungsfähigkeit eines Arbeitnehmers wegen anderweitiger Arbeit leidet, verletzt er seine Treupflicht. Ausserdem kann gerade für einen hohen Kaderangestellten das ausdrücklich in Art. 321a Abs. 3 OR festgeschriebene Konkurrenzverbot erheblich werden. Für Organe gilt zudem die gesellschaftsrechtliche Sorgfalts- und Treupflicht (Art. 717 OR), bzw. das Verantwortlichkeitsrisiko<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Vgl. NZZ am Sonntag Nr. 29 vom 21. Juli 2013, 26, wonach offenbar die Novartis AG ihrem Präsidenten des Verwaltungsrats, Daniel Vasella, eine Option auf einen Beratervertrag einräumt (vgl. auch vorne, FN 52 und 53).

<sup>56</sup> Zum Begriff vgl. etwa PETER BÖCKLI, Insichgeschäfte und Interessenkonflikte im Verwaltungsrat: Heutige Rechtslage und Blick auf den kommenden Art. 717a E-OR, GesKR 3/2012, 354 ff., 357.

<sup>57</sup> Vgl. ROLAND MÜLLER, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zürich 2005, 279 f.

Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1 VegüV geht jetzt aber weiter und führt formelle Begrenzungskriterien ein: Die Statuten müssen Bestimmungen über die Anzahl der Tätigkeiten der Verwaltungsrats-, Geschäftsleitungs- und Beiratsmitglieder enthalten. Erfasst werden Tätigkeiten in den obersten Leitungs- und Verwaltungsorganen von Rechtseinheiten, die gemäss Art. 934 OR ins Handelsregister eingetragen sein müssen. Fraglich ist in diesem Zusammenhang die geforderte Regelungsdichte der Statuten: Es ist unklar, ob eine konkrete Anzahl («fünf Mandate»), eine Angabe in Stellenprozenten («ein Arbeitspensum von 50 Stellenprozenten») oder gar nur ein abstrakter Hinweis auf die eben erwähnte Sorgfalts- und Treuepflicht («keine Mandate, die mit der Sorgfalts- und Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft nicht vereinbar wären») genügt.

Nach der hier vertretenen Auffassung genügt ein allgemeiner Hinweis auf das bereits heute geltende Arbeits- und Aktienrecht nicht. Gefordert werden Bestimmungen über die Anzahl konzernexterner Tätigkeiten, nicht über das Mass der Beeinträchtigung durch derartige Mandate. Allerdings sollte der Begriff der «Anzahl» in dem Sinne erweitert werden, dass auch die Regelung der Anzahl Stellenprozente mit erfasst wird. Wichtig ist, dass die Einhaltung der statutarischen Obergrenze keinen Persilschein darstellt, also nicht per se die Zulässigkeit der Zusatzmandate impliziert. Auch innerhalb des statutarisch vorgegebenen Rahmens muss der Betroffene sorgfältig entscheiden, ob er ein zusätzliches Mandat unter dem Gesichtspunkt seiner Sorgfalts- und Treuepflicht noch annehmen kann<sup>58</sup>.

## 7. VegüV und zwingendes Arbeitsrecht

Arbeit ist nur gegen Lohn zu leisten<sup>59</sup>. Im Lichte von Art. 1 Abs. 2 VegüV, wonach die Bestimmungen der Verordnung den widersprechenden Regeln des OR vorgehen und der Zusatzbericht ja explizit ausführt, dass die Verordnung auch arbeitsrechtlichen Vorschriften vorgehen kann<sup>60</sup>, ist offen, ob für eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern – nämlich Mitglieder der Geschäftsleitung und Verwaltungsräte bzw. Beiräte in einem Arbeitsverhältnis – andere Regeln gelten als für den Rest der Belegschaft.

Ein absoluter Vorrang der Verordnung gegenüber den arbeitsrechtlichen Bestimmungen des OR hätte beispiels-

weise zur Folge, dass Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmitglieder für erbrachte Leistung allenfalls überhaupt nicht entlohnt werden können (nämlich dann, wenn die Generalversammlung die Vergütung jeweils nachträglich genehmigt, aber im Einzelfall verweigert). Ebenfalls würde diesen Mitarbeitern faktisch jeglicher Kündigungsschutz entzogen.

M.E. ist Art. 95 Abs. 3 BV und die darauf gestützte Verordnung primär eine gesellschaftsrechtliche Bestimmung, die die Position der Eigentümer verstärken will, ohne gleichzeitig etablierte Prinzipien des schweizerischen Arbeitnehmerschutzes aufzuheben: Es geht um Kompetenzen der Generalversammlung, um Stimmpflichten der Pensionskassen und um gewisse Neuerungen bei der Abstimmungen der Gesellschaft, nicht aber um einen Abbau des Arbeitnehmerschutzes<sup>61</sup>. Sodann stipuliert Art. 12 Abs. 1 Ziff. 2 VegüV eine maximale Kündigungsfrist, womit einerseits klargestellt wird, dass auch bei den der Verordnung unterstehenden Arbeitsverhältnissen eine Kündigungsfrist besteht. Ausserdem gibt es keine Hinweise, dass während dieser Kündigungsfrist möglicherweise kein Lohn bezahlt werden kann. Und endlich ist auch der Zusatzbericht betreffend dem Vorrang gegenüber arbeitsrechtlichen Bestimmungen nicht absolut, sondern er führt lediglich aus, dass die Bestimmungen der Verordnung arbeitsrechtlichen Regeln vorgehen können<sup>62</sup>. Aus all diesen Gründen halte ich dafür, dass trotz Vorrangregel in Art. 1 Abs. 2 VegüV (zumindest) die zwingenden arbeitsrechtlichen Bestimmungen weiterhin gelten.

Für die Vergütung der Führungskräfte muss deshalb für den Widerspruch zwischen gesellschaftsrechtlicher Genehmigung und arbeitsrechtlichem (Sozial-)Schutz eine adäquate Lösung gefunden werden.

## 8. Angaben zur Vergütung

Art. 14 Abs. 3 VegüV entspricht in etwa Art. 663b<sup>bis</sup> Abs. 4 OR und besagt, dass der Vergütungsbericht sowohl den Gesamtbetrag als auch die einzelnen auf die Mitglieder des Verwaltungsrats und des Beirats, unter Nennung des Namens und der Funktion des betreffenden Mitglieds, entfallenden Beträge aufführen muss. Ebenfalls müssen der Gesamtbetrag entfallend auf die Geschäftsleitung sowie der höchste, auf ein Mitglied entfallende, Betrag

<sup>58</sup> Erläuternder Bericht, 16.

<sup>59</sup> Art. 321a OR.

<sup>60</sup> Zusatzbericht, 4.

<sup>61</sup> Sodann hat sich auch das Initiativkomitee soweit ersichtlich nicht dahin geäussert, dass die zwingenden arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften keine Gültigkeit mehr haben sollen.

<sup>62</sup> Zusatzbericht, 4.

beinhaltet sein. Neu ist, dass allfällige Zusatzbeträge für Geschäftsleitungsmitglieder, welche nach der Generalversammlung ernannt werden, ebenfalls im Vergütungsbericht offengelegt werden müssen.

## 9. Kontrollfunktion der Aktionäre

Bereits heute kommt dem Vergütungsbericht eine Kontrollfunktion der Aktionäre gegenüber dem Verwaltungsrat oder dem Vergütungsausschuss zu und nichtgenehmes Verhalten kann sanktioniert werden, wenn auch nur ex post<sup>63</sup>. Allerdings werden die Angaben zur Vergütung nicht mehr wie bisher im Anhang zur Jahresrechnung aufgeführt, sondern neu in einem eigenständigen Bericht. «Durch diese Verschiebung wird vermieden, dass die Generalversammlung sowohl bei der Genehmigung der Jahresrechnung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR) als auch bei der Genehmigung der Gesamtbeträge der Vergütungen (Art. 18 f.) die Vergütungen genehmigt.»<sup>64</sup> Die Generalversammlung stimmt über die Vergütung ab.

Die Generalversammlung muss über die Vergütung des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats abstimmen. Die Gesellschaft hat die Einzelheiten der Vergütungsabstimmung in den Statuten zu regeln<sup>65</sup>. Das von der Gesellschaft gewählte System muss aber in jedem Fall folgenden Voraussetzungen genügen<sup>66</sup>: (i) jährliche Abstimmung (ii) mit bindender Wirkung (iii) separat über den Gesamtbetrag für die Vergütung an den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung sowie den Beirat.

Die Gesellschaft kann somit die Abstimmung über die Vergütung als Genehmigung des Antrags des Verwaltungsrats oder als Beschluss mit entsprechendem Antragsrecht der Aktionäre ausgestalten. Denkbar ist sowohl eine prospektive Abstimmung, bei welcher die Aktionäre die Vergütung bis zur nächsten Generalversammlung genehmigen, oder eine retrospektive Abstimmung, bei welcher über die Vergütung über ein vergangenes Geschäftsjahr abgestimmt wird. Auch Mischformen sind möglich<sup>67</sup>.

Zu prüfen ist aber, ob diese von der Verordnung vorgesehene gesellschaftsrechtliche Flexibilität in der Praxis auch genutzt werden kann, da das Gesetz den Anspruch des Mitarbeiters schützt, den Lohn und, sofern und soweit die Voraussetzungen dafür erfüllt sind, die variablen Lohnbestandteile zu erhalten. Nur bei der Gratifikation

besteht ein Ermessen des Arbeitgebers, ob und in welcher Höhe eine solche bezahlt werden soll<sup>68</sup>. Wie bereits ausgeführt, werden diese arbeitsrechtlichen Prinzipien durch die neuen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften von Art. 95 Abs. 3 BV, bzw. der Verordnung nicht aufgehoben<sup>69</sup>.

Aus arbeitsrechtlichen Gründen muss so früh als möglich Klarheit herrschen, ob die einzelvertraglich geschuldete Vergütung auch in Zukunft ausbezahlt werden darf, ob diese mittels Änderungskündigung angepasst oder das Arbeitsverhältnis gar gekündigt werden muss. M.E. empfiehlt es sich zur Vermeidung von arbeitsrechtlichen Konflikten deshalb, wie folgt vorzugehen<sup>70</sup>:

### 9.1. Prospektive Genehmigung von Lohn und variablen Lohnbestandteilen: Vergütungspool

Die Generalversammlung stimmt prospektiv, also bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung, über diejenigen Beträge ab, auf die die Mitarbeiter einen Anspruch haben<sup>71</sup>. Ein Lohnanspruch besteht auf den Lohn und die variablen Lohnbestandteile. Die prospektive Genehmigung umfasst somit:

- a) die Summe des auszurichtenden Grundgehalts;
- b) Summe der maximalen variablen Lohnbestandteile, wobei diese ja nur bei 100% Zielerreichung vollständig ausbezahlt werden müssen; und

<sup>68</sup> Die Entscheide und Literatur zur Abgrenzung zwischen Anspruch begründendem Lohnbestandteil und freiwilliger Gratifikation beim Bonus sind inzwischen fast unüberblickbar; vgl. nur BGE 139 III 155; RENÉ HRISIGER, Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis: gleichzeitig ein Beitrag zu erfolgs- und leistungsabhängigen Vergütungssystemen und Bonuszahlungen im schweizerischen Arbeitsrecht, Diss. Bern 2011, Rz. 408.

<sup>69</sup> Vgl. vorne, Ziff. 7.

<sup>70</sup> Schaffner-Holding AG, Luterbach, hat meines Wissens die konkrete Umsetzung der Verordnung als erste kommuniziert (vgl. NZZ vom 20. Dezember 2013, S. 20). Schaffner hat sich (offenbar auch aus arbeitsrechtlichen Überlegungen) «für die gänzlich prospektive Variante entschieden, d.h. die GV muss im Voraus je für den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung einen Maximalbetrag der fixen und variablen Entlohnung genehmigen» (NZZ vom 20. Dezember 2013, S. 20). Illustrativ die vom Verwaltungsrat der Generalversammlung vorgeschlagene Statutenänderung (für die Vergütung insbes. Art. 24 ff.), veröffentlicht auf [http://www.schaffner.com/fileadmin/mediapool/files/AGM-Invitation\\_2014\\_EN.pdf](http://www.schaffner.com/fileadmin/mediapool/files/AGM-Invitation_2014_EN.pdf) (zuletzt besucht am 20. Dezember 2013).

<sup>71</sup> MALACRIDA/SPILLMANN (FN 10), 4, sprechen ebenfalls von einer prospektiven Abstimmung, die eine «effiziente und nachvollziehbare Kontrolle der Vergütung durch die Aktionäre, unter gleichzeitiger Wahrung der Bedürfnisse nach Rechtssicherheit bezüglich der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen» ermögliche.

<sup>63</sup> WATTER/MAIZAR (FN 14), Art. 663b<sup>bis</sup> N. 7.

<sup>64</sup> Erläuternder Bericht, 17.

<sup>65</sup> Art. 18 Abs. 2 VegüV.

<sup>66</sup> Art. 18 Abs. 3 VegüV.

<sup>67</sup> Vgl. MALACRIDA/SPILLMANN (FN 10), 4.

- c) Summe der im Rahmen der statutarisch beschriebenen<sup>72</sup> Beteiligungspläne maximal auszugebenden Aktien resp. Optionen als fixe oder variable Lohnbestandteile (wobei diese wiederum ja nur vollständig zugeteilt werden, wenn die diesbezüglichen Voraussetzungen erfüllt sind).

Damit genehmigt die Generalversammlung einen Vergütungspool<sup>73</sup>, aus dem die Lohnforderungen alimentiert werden können. Wie dieser Vergütungspool dann unter den betroffenen Mitarbeitern aufgeteilt wird und in welchem Masse er ausgeschöpft wird, ist Sache der Gesellschaft. Jedoch müssen die Verteilung, oder zumindest gewisse Angaben dazu, im Vergütungsbericht offengelegt werden<sup>74</sup>.

Wird der Vergütungspool aufgrund schlechter Performance nicht ausgeschöpft, so verfällt m.E. dieser nicht genutzte Teil mit der nächsten ordentlichen Generalversammlung. Es findet somit keine Kumulation genehmigter, aber nicht verwendeter, Vergütungen statt.

## 9.2. Retrospektive Genehmigung von Gratifikationen

Retrospektiv, also für das vergangene Geschäftsjahr oder den Zeitraum seit der letzten ordentlichen Generalversammlung, stimmt die Generalversammlung nur über allfällige Gratifikationen ab. In der Praxis werden wohl solche diskretionäre Zahlungen die Ausnahme sein.

## 9.3. Nichtgenehmigung: Genehmigungsbeschluss, Änderungskündigung und allenfalls Kündigung

Die Statuten müssen Regeln vorsehen, wie nach der Nichtgenehmigung der Vergütung weiter zu verfahren ist<sup>75</sup>. Gemäss Zusatzbericht soll es gar möglich sein, Vergütungen erst in der nächsten ordentlichen Generalversammlung festzulegen<sup>76</sup>. Selbst wenn dann die nächste ordentliche Generalversammlung die Vergütung nicht genehmigen sollte, haben die betroffenen Führungskräfte arbeitsrechtlich Anspruch auf Lohn<sup>77</sup>. Aus diesem Grund ist m.E. folgendes Vorgehen angezeigt:

Wird der Vergütungsantrag des Verwaltungsrats von der Generalversammlung abgelehnt, so muss der Verwaltungsrat eine neue Generalversammlung einberufen, um den Vergütungsvorschlag genehmigen zu lassen<sup>78</sup>. Scheitert auch der zweite Vergütungsantrag, ist es dem Verwaltungsrat zwar unbenommen, nochmals eine Generalversammlung einzuberufen. Sehr wahrscheinlich wird der Verwaltungsrat nach diesen klaren Misstrauensvoten der Eigentümer aber zurücktreten (und davon wird nachfolgend ausgegangen).

Nach abgelehntem erstem Vergütungsantrag wird der Verwaltungsrat sehr wahrscheinlich der zweiten Generalversammlung einen nach unten korrigierten Vergütungspool beantragen. Dies wird nicht ohne Folgen für die Mitarbeiter sein, da ihr Lohn und die variablen Lohnbestandteile im Rahmen der Reduktion des Vergütungspools gekürzt werden müssen. Sobald der Verwaltungsrat diesen Antrag stellt, wird er dafür besorgt sein müssen, dass die neuen (tieferen) Vergütungen auch umgesetzt werden können. Er wird also schon vor der Generalversammlung die entsprechenden Änderungskündigungen aussprechen.

Nimmt die Generalversammlung den überarbeiteten Vergütungsantrag an, so gelten die neuen Löhne und variablen Lohnbestandteile mit Ablauf der Frist für die Änderungskündigung. Lehnt die Generalversammlung den Vergütungsantrag zum zweiten Mal ab, so muss m.E. der Verwaltungsrat (noch vor seinem Rücktritt) die Arbeitsverhältnisse sämtlicher betroffenen Mitarbeiter kündigen, und zwar als schadensmindernde Massnahme für die Gesellschaft, die (aus Sicht der Generalversammlung überhöhten) Vergütungen nur noch während möglichst kurzer Zeit bezahlen zu müssen.

## 10. Arbeitsrechtliche Folgen der Nichtgenehmigung

Arbeitsrechtlich besonders interessant ist die Nichtgenehmigung der vom Verwaltungsrat vorgeschlagenen Vergütung: Welche Auswirkungen hat die Nichtgenehmigung auf die bestehenden Arbeitsverträge?

Einerseits bestimmt die VegüV, dass die Generalversammlung die Vergütung der betroffenen Mitarbeiter genehmigen muss. Damit wird eine Lohnzahlung ohne entsprechende Genehmigung verunmöglicht. Andererseits ist Arbeit nur gegen Lohn zu leisten<sup>79</sup> und der Arbeit-

<sup>72</sup> Art. 12 Abs. 2 Ziff. 3 VegüV.

<sup>73</sup> «Budget bzw. Kostendach», so MALACRIDA/SPILLMANN (FN 10), 5.

<sup>74</sup> Vgl. vorne, Ziff. 8.

<sup>75</sup> Art. 18 Abs. 2 Satz 2 VegüV; vgl. auch Art. 12 Abs. 2 Ziff. 6 VegüV.

<sup>76</sup> Zusatzbericht, 10.

<sup>77</sup> Vgl. hinten, Ziff. 10.

<sup>78</sup> Im Entwurf VgdA war noch festgelegt, dass die zweite Generalversammlung innert einer Frist von drei Monaten stattzufinden hat. Die VegüV verzichtet nun darauf, Vorschriften zu machen.

<sup>79</sup> Art. 319 Abs. 1 OR.

nehmer hat unabdingbaren Anspruch darauf, seinen Lohn auch während der Kündigungsfrist zu erhalten. Wie bereits ausgeführt, gelten m.E. die zwingenden arbeitsrechtlichen Bestimmungen weiter<sup>80</sup>. Dies hat bei Nichtgenehmigung zur Folge, dass einerseits die Arbeitsverhältnisse so rasch als möglich angepasst oder gar gekündigt werden müssen, andererseits aber die betroffenen Mitarbeiter während der Kündigungsfrist weiterhin geschützt sind.

### 10.1. Kündigung bzw. Änderungskündigung

Der Verwaltungsrat wird nach der Ablehnung des Vergütungsantrags durch die Generalversammlung i.d.R. die neue Vergütung reduzieren wollen<sup>81</sup>: Entweder werden die bestehenden Arbeitsverhältnisse der betroffenen Mitarbeiter direkt gekündigt oder der Verwaltungsrat stellt einen neuen Antrag mit überarbeitetem (also reduziertem) Betrag für den Vergütungspool, was Änderungskündigungen nach sich ziehen wird. Neben den betrieblichen oder marktbedingten Gründen, die gemäss Praxis bei einer Änderungskündigung gegeben sein müssen<sup>82</sup>, vermag neu auch die Nichtgenehmigung des zukünftigen Salärs durch die Eigentümer eine Änderungskündigung rechtfertigen (aus welchem Grund auch immer die Verweigerung der Genehmigung erfolgt). M.E. gehört es zur Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrats, die Änderungskündigung auszusprechen, sobald der Verwaltungsrat den neuen Vergütungsantrag verabschiedet hat, um so die neuen (tieferen) Saläre so rasch als möglich umzusetzen.

### 10.2. Was gilt während der Kündigungsfrist?

Die zwingenden arbeitsrechtlichen Bestimmungen gelten weiterhin<sup>83</sup>: Der Arbeitgeber muss auch für die Zeit nach der Generalversammlung, die den Vergütungsantrag abgelehnt hat, den bisherigen Lohn bezahlen<sup>84</sup>. Hier ist in Erinnerung zu rufen, dass die Regeln von Art. 336c OR

Sozialschutznormen sind, die den in der Stellensuche klar eingeschränkten (oder gar chancenlosen)<sup>85</sup> Arbeitnehmer schützen. Dies gilt auch, wenn der Verwaltungsrat nach definitiver Ablehnung des Vergütungsantrags die davon betroffenen Arbeitsverhältnisse kündigt. Dem steht aber entgegen, dass sowohl Art. 18 VegüV klar bestimmt, dass die Generalversammlung über die Vergütung abstimmen muss, als auch Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 VegüV eine doppelte Strafbarkeit stipuliert. Bedeutet dies, dass ein Widerspruch zwischen Lohnfortzahlungspflicht und Unzulässigkeit der Vergütung ohne Genehmigung der Generalversammlung besteht?

### 10.3 Implizite Genehmigung der Lohnfortzahlung während Kündigung und Genehmigung der dazu erforderlichen Mittel

Nach der hier vertretenen Auffassung genehmigt die Generalversammlung mit dem Vergütungsbeschluss implizit auch die Mittel für die Vergütung, die bei Ablehnung des Vergütungsantrags im Folgejahr für die Lohnzahlungen während den jeweiligen Kündigungsfristen erforderlich sind. Diese implizite Genehmigung der für die Abwicklung der Arbeitsverhältnisse nach definitiver Ablehnung des Vergütungsantrags erforderlichen Mittel ist konsistent mit allen zwingenden Bestimmungen des schweizerischen Arbeitsrechts<sup>86</sup>.

<sup>80</sup> Vgl. vorne, Ziff. 7.

<sup>81</sup> Ein nochmaliger Antrag auf Basis des bereits abgelehnten Vergütungspools wird nicht Sinn machen (und ist wohl auch nicht sorgfältig), ausser der Verwaltungsrat weiss mit Bestimmtheit, dass sich die Aktionärsstruktur bis zur nächsten Generalversammlung zu Gunsten des ursprünglichen Vergütungsantrags ändern wird.

<sup>82</sup> BGE 123 III 246; Urteil des BGR 4A\_194/2011 vom 5. Juli 2011.

<sup>83</sup> Vgl. vorne, Ziff. 7.

<sup>84</sup> Demgegenüber verstehen offenbar MALACRIDA/SPILLMANN (FN 10), 5, die Verordnung dahingehend, dass der Arbeitgeber, dessen Eigentümer die Zustimmung zur Vergütung verweigert haben, die Vergütung «faktisch unilateral auf ein Minimum» reduzieren kann. Ein solches unilaterales Recht besteht m.E. nur im Rahmen einer Änderungskündigung, wobei aber während der Kündigungsfrist noch die alten Lohnansprüche befriedigt werden müssen.

<sup>85</sup> Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 32), Art. 336c N 2.

<sup>86</sup> Wird eine implizite Genehmigung verneint, so muss der von der Generalversammlung zu genehmigende Vergütungspool nicht nur die erwartete Lohnsumme bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung erfassen, sondern auch die Lohnsumme, die während der jeweiligen ordentlichen Kündigungsfristen den Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitgliedern bezahlt werden müsste, sollte im Folgejahr der Vergütungsantrag abgelehnt werden. Allenfalls könnte die Generalversammlung die Vergütung für die Kündigungsfrist nur unter der Bedingung genehmigen, dass im nächsten Jahr der Vergütungsantrag abgelehnt wird. Damit würde sichergestellt, dass die entsprechenden Mittel dann auch tatsächlich noch vorhanden sind. Ungelöst bliebe hier dann aber, wie die Schutzvorschriften betr. Nichtigkeit bzw. Verlängerung der Kündigungsfrist gemäss Art. 336c OR zu behandeln sind. Das Anstellungsverhältnis kann dadurch ja (im Falle einer Schwangerschaft erheblich) verlängert werden (bei einer Verlängerung wegen Unfall oder Krankheit werden – je nach Karenzfrist der Unfall- bzw. Krankentaggeldversicherung – nach einer gewissen Zeit die Lohnansprüche von der Versicherung übernommen. Für die Lohnfortzahlung bei Schwangerschaft besteht jedoch keine Versicherung, erst der Mutterschaftsurlaub nach Niederkunft ist gedeckt). Da der im Vorjahr genehmigte Vergütungspool keine Mittel für eine Verlängerung der Kündigungsfrist vorsieht, müsste auch hier eine implizite Genehmigung stipuliert werden, um die Lohnansprüche der betroffenen

Obschon die Statuten die maximale Kündigungsfrist angeben müssen<sup>87</sup>, kann die Generalversammlung die effektive Dauer der jeweiligen Kündigungsfristen nicht abschliessend beurteilen, da sich diese ja gemäss Art. 336c OR verlängern kann.

Der Verwaltungsrat ist in der Pflicht, nach definitiver Nichtgenehmigung der Vergütung die betroffenen Arbeitsverhältnisse so rasch als möglich zu kündigen, um die Lohnfortzahlungspflicht möglichst zu limitieren.

## 11. Arbeitsverträge für Senior Executives unter den neuen Regeln

Gemäss Art. 28 VegüV müssen bestehende Arbeitsverträge innerhalb von zwei Jahren, also bis 1. Januar 2016, angepasst werden. Erfolgt bis zu diesem Datum keine Anpassung, so gelten die neuen Regeln *ex lege*. Wo eine Anpassung nötig ist, wird diese einvernehmlich oder dann mit einer Änderungskündigungsfrist eingeführt werden können<sup>88</sup>.

Die Erfahrung zeigt, dass bei vielen Executive-Verträgen, insbesondere in folgenden Bereichen, ein Anpassungsbedarf besteht: Beteiligungspläne, Dauer der Kündigungsfrist (dazu sogleich) und Abgangsschädigung<sup>89</sup>.

Gemäss Art. 12 Abs. 1 Ziff. 2 VegüV können befristete Verträge mit einer Dauer von maximal einem Jahr und unbefristete Verträge mit einer maximalen Kündigungsfrist von einem Jahr vorgesehen werden. Wichtig ist, dass Mitglieder der Geschäftsleitung auch noch unter dem neuen Recht in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis stehen können und nicht jeweils nur bis zur nächsten Generalversammlung angestellt sind. Unbefristete Verträge mit Geschäftsleitungsmitgliedern sind gemäss der erwähnten Bestimmung weiterhin zulässig, wobei aber die maximale Kündigungsfrist von einem Jahr eingehalten werden muss.

Bei einer Neueinstellung ist nicht erforderlich, dass der Einzelarbeitsvertrag den Genehmigungsvorbehalt der

Generalversammlung erwähnt. Um aber den (insbesondere ausländischen) Arbeitnehmer vollständig über die (im internationalen Verhältnis doch sehr speziellen) Regeln der VegüV zu informieren, könnte die Arbeitgeberin zusammen mit der Vertragsofferte ein Schreiben verfassen, welches die Rechtslage kurz zusammenfasst und die von der betreffenden Gesellschaft gewählte Umsetzung beschreibt.

## 12. Schlusswort

Im Gegensatz zum Vorentwurf tritt die neue Verordnung etwas gemässiger auf, indem auf den Begriff der «Abzockerei» verzichtet wurde und nunmehr das Verbot übermässiger Vergütungen im Zentrum steht. Trotz des Vernehmlassungsverfahrens und den daraus resultierenden Änderungen bleiben aber auch unter der neuen Verordnung noch einige Fragen, gerade in Bezug auf die arbeitsrechtliche Umsetzung, unbeantwortet. Die vorangehenden Ausführungen zeigen diesbezüglich mögliche Antworten und Lösungsansätze auf. Es liegt nun im Aufgabenbereich der Gerichte, für Klarheit und Rechtssicherheit zu sorgen. Bis diese Fragen geklärt sein werden, wird die anwaltliche Beratung noch zahlreiche Herausforderungen mit sich bringen.

---

Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen bei einer Verlängerung der Kündigungsfrist gemäss Art. 336c OR bezahlen zu können. Da auch hier eine implizite Genehmigung bemüht werden muss, ist m.E. keine Genehmigung der Vergütung während der Kündigungsfrist im Folgejahr notwendig.

<sup>87</sup> Art. 12 Abs. 2 VegüV.

<sup>88</sup> Nach MEIER-GUBSER (FN 3), 1571, wird «im Einzelnen erst die Rechtsprechung zeigen», wie diese Anpassung vorzunehmen ist. Ausser der Änderungskündigung sehe ich keine Möglichkeit, wie der Arbeitgeber die neuen Regeln ohne Zustimmung des Arbeitnehmers einführen könnte.

<sup>89</sup> Vgl. vorne, Ziff. 5.6.