

## Salärgovernance

Von Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone und RA MLaw Daniel Brugger, Universität Zürich

*On 20 November 2013, the Federal Council published its Ordinance Against Excessive Compensation (“Verordnung gegen übermässige Vergütungen, VegüV”) implementing art. 95 para. 3 of the Swiss Federal Constitution. Art. 95 para. 3 sec. a of the Constitution and art. 18 of the VegüV state that the annual shareholders’ meeting must vote separately on the total amount of all payments to be made to the members of the board of directors, to the management and to the advisory board (“Beirat”). The vote of the shareholders has binding and not just consultative effect (art. 18 para. 3 sec. 3 VegüV). In the focus of the compensation debate are members of the management and executive board members whose legal relation to the corporation is qualified as employment contract. As every other contract, the conclusion of an employment contract requires a mutual expression of consent by the parties about the essentialia, i.e. the tasks the employee performs and the remuneration he receives from the employer. Remunerations are therefore negotiated and not ordered. For functional reasons, the annual shareholders’ meeting may not sit as a “third party” to the negotiating table. The present essay is concerned with finding an answer to the question how the new rules of the VegüV and the requirements of corporate and employment law can be consistently applied.*

*Our analysis shows that the interaction of the ordinance VegüV, corporate law and employment law works better than one would perhaps expect at first sight, as long as the amount for the basic salary and variable salary components are approved prospectively by the annual shareholders’ meeting. Conversely, the amount for a gratuity (“echte Gratifikation”), i.e. a recognition discretionarily awarded for the result achieved, can be approved by the shareholders retrospectively. In case of rejection of the total amount of the remuneration by annual shareholders’ meeting, the company is no longer allowed to pay the ordinary salary to the members of the board and management. The payment of the salary is rendered impossible in terms of art. 119 of the Swiss Code of Obligations. Due to the impossibility of the performance, the employment contract is deemed as dissolved and therefore, the parties to the contract are no longer bound. If the board members or members of the management perform to work for the company despite the dissolution of the employment contract, a de facto employment relationship is formed. This de facto employment is remunerated with the customary salary.*

### Inhaltsübersicht

#### I. Ausgangslage

#### II. VegüV und Arbeitsrecht

##### 1. Arbeitsrechtlicher Gestaltungsspielraum

- 1.1 Vergütungsarten
- 1.2 Grenzen der Gestaltungsfreiheit
  - 1.2.1 Entgeltlichkeit des Arbeitsvertrags
  - 1.2.2 Akzessorietät
  - 1.2.3 Angemessenheit
- 1.3 Ergebnis: Relevante Salärkategorien

##### 2. Anpassung der Arbeitsverträge

- 2.1 Bedingung ex lege?
- 2.2 Anpassung durch die Vertragsparteien

#### III. Gegenstand und Auswirkungen der Salärabstimmung

##### 1. Vergütungsgesamtsumme

##### 2. Folgen eines negativen Ausgangs der Salärabstimmung

##### 3. Nicht-Genehmigung und Arbeitsvertrag

- 3.1 Widerrechtlichkeit
- 3.2 Einschränkung der Vertretungskompetenz
- 3.3 Leistungshindernis

##### 3.3.1 Unmöglichkeit

##### 3.3.2 Kontrollrechnung

#### IV. Leistungshindernis vs. organschaftliche Fortführungsnotwendigkeit

#### V. Anwendung auf die verschiedenen Modelle

##### 1. Vollständig retrospektive Genehmigung

- 1.1 Unzulässigkeit der vollständig retrospektiven Genehmigung
- 1.2 Bedeutung des Modells für die Regularisierung

##### 2. Vollständig prospektive Genehmigung

##### 3. Kombinationsmodell

##### 4. Modell PPR

#### VI. Optimierung der Salärgovernance

##### 1. Delegation der Festlegung der Entschädigungsperioden

##### 2. Zusatzbetrag

##### 3. Salvatorische Klausel

##### 4. Konsultativabstimmung

#### VII. Einschätzung

## I. Ausgangslage

Nach Art. 95 Abs. 3 lit. a BV i.V.m. Art. 18 Abs. 1 VegüV stimmt die Generalversammlung neu zwingend jährlich über die Gesamtsumme aller Vergütungen des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats ab. Die Abstimmung der Generalversammlung hat bindende Wirkung (Art. 18 Abs. 3 Ziff. 3 VegüV).<sup>1</sup> Im Zentrum der Vergütungsdebatte stehen Personen, die im Rahmen eines Arbeitsvertrags für die Gesellschaft tätig sind, also die Mitglieder der Geschäftsleitung sowie allfällige hauptamtliche (exekutive) Verwaltungsräte.<sup>2</sup> Wie jeder Vertrag kommt auch der Arbeitsvertrag zwischen der Aktiengesellschaft und ihren leitenden Organen durch Austausch übereinstimmender Willenserklärungen zustande (Art. 1 Abs. 1 OR). Er beruht damit auf dem Konsens der Vertragsparteien über die *essentia*, über die Aufgaben, die der Arbeitnehmer wahrzunehmen hat, und den Lohn, mit dem er vom Arbeitgeber entschädigt wird.<sup>3</sup> Vergütungen werden also nicht verfügt, sondern verhandelt.<sup>4</sup> Aus rein funktionellen Gründen kann sich die Generalversammlung nicht als eine Art dritte Partei an den Verhandlungstisch setzen. Nachfolgend soll daher untersucht werden, wie der auch für den Arbeitsvertrag konstitutive Konsens der Vertragsparteien mit den zwingenden Regeln über die Vergütungsabstimmung der Generalversammlung zu einem funktionierenden Ganzen verbunden werden kann. Hat die Generalversammlung im Voraus den Rahmen für die Salarierung festzulegen oder kann sie die Gesamtsumme im Nachhinein unter Berücksichtigung von Leistung und Erfolg festsetzen? Und was gilt,

wenn die Generalversammlung die Vergütungssumme nicht genehmigt?

## II. VegüV und Arbeitsrecht

### 1. Arbeitsrechtlicher Gestaltungsspielraum

#### 1.1 Vergütungsarten

Die VegüV verzichtet auf eine Regelung der einzelnen Vergütungsbestandteile, weshalb sich die Qualifikation der Vergütung nach wie vor nach dem Arbeitsrecht richtet.<sup>5</sup> Das Arbeitsrecht unterscheidet für die Vergütungen des Arbeitnehmers zwischen Gratifikation und Lohn.<sup>6</sup> Ob es sich bei der Vergütung um eine Gratifikation oder um einen Lohnbestandteil handelt, hängt zunächst von der vertraglichen Ausgestaltung ab. Entscheidend ist, ob dem Arbeitgeber ein Ermessen zusteht.<sup>7</sup> Werden der Anspruch und die Höhe der Vergütung im Voraus festgelegt, ohne dass dem Arbeitgeber bei der Festsetzung ein Ermessen zustehen würde, handelt es sich um Lohn.<sup>8</sup> Kann der Arbeitgeber nach Gutdünken, also im freien Ermessen, über die Entrichtung und Höhe entscheiden, liegt eine echte Gratifikation vor, auf die der Arbeitnehmer keinen Rechtsanspruch hat.<sup>9</sup> Kommen die Parteien im Voraus überein, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer in Zukunft eine Gratifikation ausrichten wird, besteht im Gegensatz zur echten Gratifikation kein freies Ermessen des Arbeitgebers mehr.<sup>10</sup> In diesem Fall wird von einer unechten Gratifikation gesprochen.<sup>11</sup> Bei der unechten Gratifikation ist der Arbeitgeber an Treu und

<sup>1</sup> Entwurf zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), Zusatzbericht vom 8. Oktober 2013, abrufbar unter <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision/voabzockerei/erl-vo-d.pdf> (besucht am 7.5.2014), 11.

<sup>2</sup> Karin Eugster/Hans Caspar von der Crone, Rechtliche Stellung des Geschäftsführers im Konzern, SZW 76 (2004), 434 ff., 436 f.

<sup>3</sup> Vgl. BGER vom 5. März 2012, 4A\_380/2011, E. 5.1.2; Manfred Rehbindler/Jean-Fritz Stöckli, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/1, Der Arbeitsvertrag, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Bern 2010, N 2 zu Art. 322 OR.

<sup>4</sup> Hans Caspar von der Crone/Adriano R. Huber, Festlegung von Vergütungen in Publikumsgesellschaften, SJZ 109 (2013), 297 ff., 300.

<sup>5</sup> Stefanie Meier-Gubser, Arbeitsrechtliche Aspekte der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, AJP 22 (2013), 1567 ff., 1569; Martin L. Müller, Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), AJP 23 (2014), 477 ff., 487.

<sup>6</sup> Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolf, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, N 2 zu Art. 322d OR.

<sup>7</sup> BGE 136 III 313, E. 2; Streiff/von Kaenel/Rudolf (Fn. 6), N 2 zu Art. 322d OR.

<sup>8</sup> BGE 139 III 155, E. 3.1.

<sup>9</sup> Wolfgang Portmann, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, N 3 zu Art. 322d OR.

<sup>10</sup> Roger Morf, Gratifikation und Freiwilligkeitsvorbehalt, ArbR 2012, 67 ff., 77.

<sup>11</sup> BGE 136 III 313, E. 2.3; Streiff/von Kaenel/Rudolf (Fn. 6), N 2 zu Art. 322d OR; BSK-Portmann (Fn. 9), N 12 zu Art. 322d OR.

Glauben gebunden und er hat die Höhe nach billigem Ermessen festzusetzen.<sup>12</sup> Er darf bei der Ausübung des Ermessens nicht willkürlich vorgehen, indem er die Vergütung z.B. grundlos tief festsetzt oder ganz entfallen lässt.<sup>13</sup> Eine Ablehnung der Vergütung wäre als Ermessensüberschreitung und damit als bewusste Verhinderung des Eintritts einer vertraglich vereinbarten Bedingung zu qualifizieren (Art. 156 OR). Die Konsequenz wäre, dass dem Arbeitnehmer ein durchsetzbarer Anspruch entstünde. Unechte Gratifikationen sind deshalb grundsätzlich als Lohn zu qualifizieren.<sup>14</sup>

## 1.2 Grenzen der Gestaltungsfreiheit

### 1.2.1 Entgeltlichkeit des Arbeitsvertrags

Für den arbeitsvertraglichen Gestaltungsspielraum ist zunächst zu beachten, dass Arbeitsverträge begriffsnotwendig entgeltlich sind (Art. 319 Abs. 1 OR).<sup>15</sup> Es gibt keine Arbeit ohne Lohn, auch nicht auf der Ebene des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung.<sup>16</sup> Aus der grundsätzlichen Entgeltlichkeit folgt, dass nicht die ganze Leistung des Arbeitgebers für die Leistung des Arbeitnehmers aus einer Gratifikation bestehen kann.<sup>17</sup> Ebenso kann nicht der gesamte Lohn einer Bedingung unterstellt werden.<sup>18</sup> Ausgeschlossen wäre damit insbesondere eine arbeitsvertragliche Vereinbarung, nach welcher der gesamte Lohnanspruch unter den Vorbehalt der

nachträglichen Genehmigung durch die Generalversammlung gestellt würde.<sup>19</sup>

### 1.2.2 Akzessorietät

Was das Verhältnis zwischen Lohn und echter Gratifikation betrifft, muss die Gratifikation, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, im Verhältnis zur gesamten Vergütung zweitrangige Bedeutung haben, also akzessorisch sein.<sup>20</sup> Wann die Grenze der Akzessorietät überschritten ist, kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht in einer festen Verhältniszahl ausgedrückt werden, sondern bestimmt sich unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls.<sup>21</sup> Bei gewöhnlichen Lohnverhältnissen ist die echte Gratifikation als Faustregel ein blosses Akzessorium des Lohns, wenn sie nicht mehr als 50% desselben erreicht.<sup>22</sup> Bei sehr hohen Salären, die die wirtschaftliche Existenz und den angemessenen Lebensunterhalt des Arbeitnehmers von vornherein gewährleisten bzw. seine Lebenshaltungskosten erheblich übersteigen, ist die Höhe der Gratifikation im Verhältnis zum Lohn nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kein tragbares Kriterium mehr, um über den Charakter der Sondervergütung zu entscheiden.<sup>23</sup> Im einschlägigen Leitentscheid führte das Bundesgericht aus, ein Einkommen von rund CHF 2 Mio. sei überdurchschnittlich hoch und übersteige das Existenzminimum des Arbeitnehmers um ein Mehrfaches.<sup>24</sup> In einem anderen Entscheid hat das Bundesgericht das Gehalt eines *Senior Consultant* von CHF 100 000 mit einem Bonus von 40% bzw. 50% dieses Grundgehaltes als einen noch nicht «sehr hohen Lohn» qualifiziert.<sup>25</sup> In der Lehre wurde vorgeschlagen, diese Grenze für sehr hohe Löhne beim Jahressalär des Bundesrats, als den höchsten staatlichen Angestellten, zu zie-

<sup>12</sup> BGE 136 III 313, E. 2.3; *Adrian Staehelin*, Zürcher Kommentar, Bd. V/2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR, 4. Aufl., Zürich 2006, N 15 zu Art. 322d OR; *BK-Rehbinder/Stöckli* (Fn. 3), N 10 zu Art. 322d OR; *BSK-Portmann* (Fn. 9), N 13 zu Art. 322d OR; *Streiff/von Kaenel/Rudolf* (Fn. 6), N 7 zu Art. 322d OR.

<sup>13</sup> BGE 136 III 313, E. 2.3; *BK-Rehbinder/Stöckli* (Fn. 3), N 10 zu Art. 322d OR; *Streiff/von Kaenel/Rudolf* (Fn. 6), N 7 zu Art. 322d OR.

<sup>14</sup> Zur arbeitsvertraglichen Qualifikation vgl. *BK-Rehbinder/Stöckli* (Fn. 3), N 1 zu Art. 322d OR; *Streiff/von Kaenel/Rudolf* (Fn. 6), N 2 zu Art. 322d OR.

<sup>15</sup> BGer vom 5. März 2012, 4A\_380/2011, E. 5.1.2; *BK-Rehbinder/Stöckli* (Fn. 3), N 2 zu Art. 322 OR.

<sup>16</sup> A.M. *Matthias Oertle*, Arbeitsrecht im Konflikt mit der Verordnung gegen übermässige Vergütungen, *GesKR* 2014, 44 ff., 47.

<sup>17</sup> BGE 129 III 276, E. 2.1; BGer vom 1. Juli 2005, 4C.364/2005, E. 2.2; *ZK-Staehelin* (Fn. 12), N 3 zu Art. 322d OR.

<sup>18</sup> *René Hirsinger*, Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis, *Diss.*, Bern 2011, Rz. 397; *Peter Reinert*, Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht, *AJP* 18 (2009), 3 ff., 6.

<sup>19</sup> A.M. wohl *Oertle* (Fn. 16), 46, nach welchem die Vergütung ganz ins Ermessen der Generalversammlung gestellt werden kann und das Organmitglied jede Vergütung zu akzeptieren hat.

<sup>20</sup> BGE 139 III 155, E. 3.2; 129 III 276, E. 2.1.

<sup>21</sup> BGE 139 III 155, E. 3.2; 129 III 276, E. 2.1.

<sup>22</sup> Für eine Übersicht über die Rechtsprechung vgl. *Streiff/von Kaenel/Rudolf* (Fn. 6), N 4 zu Art. 322d OR.

<sup>23</sup> BGE 139 III 155, E. 5.3.

<sup>24</sup> BGE 139 III 155, E. 5.4.

<sup>25</sup> BGer vom 29. Juli 2013, 4A\_216/2013, E. 5.3.

hen.<sup>26</sup> Diese Grenze liegt zurzeit bei CHF 404 791.<sup>27</sup> Sachgerechter erscheint allerdings ein Abstellen auf die statistische Lohnverteilung: Das Bundesamt für Statistik führt bei den Kaderlöhnen eine eigene Kategorie «TopmanagerInnen» (P90) und weist für diese einen Medianlohn für das Jahr 2012 von rund CHF 280 000 aus.<sup>28</sup> Liegt der Lohn über diesem Medianlohn, kann davon ausgegangen werden, dass er im Sinne der Kriterien des Bundesgerichts einen angemessenen Lebensunterhalt gewährleistet. Nachdem die typischen Saläre der Geschäftsleitungsmitglieder von kotierten Gesellschaften über dieser Schwelle liegen, dürfte das Kriterium der Akzessorietät in solchen Arbeitsverhältnissen keine praktische Rolle spielen. Die echte Gratifikation und damit der Teil der Vergütung, über deren Entrichtung die Gesellschaft frei entscheiden kann, kann also weitgehend frei festgesetzt werden.

### 1.2.3 Angemessenheit

Der Begriff der Angemessenheit betrifft die Grenze einer rein variablen Entlohnung. Nach schweizerischem Arbeitsrecht kann der Lohn grundsätzlich vollständig von der Leistung des Arbeitnehmers abhängig gemacht werden, etwa in der Form eines Provisions- oder Stücklohns. In diesem Fall muss immerhin gewährleistet sein, dass der Arbeitnehmer mit angemessener Anstrengung ein im Verhältnis zum Lebensunterhalt angemessenes Entgelt erzielen können muss (Art. 349a Abs. 2 OR analog).<sup>29</sup> Für die uns hier interessierenden Arbeitsverhältnisse dürfte dieses Kriterium wiederum erfüllt sein, wenn das vorher erwähnte Mediansalär der Topmanager von rund CHF 280 000 erreicht wird (dazu soeben II.1.2.2). Selbst bei ausgeprägt variab-

len Salärmodellen dürfte dies bei Geschäftsleitungsmitgliedern von kotierten Gesellschaften durchwegs der Fall sein. Auch das Kriterium der Angemessenheit dürfte die Freiheit bei der Gestaltung des Lohnes in Geschäftsleitungsarbeitsverträgen nicht in relevanter Weise einschränken.

### 1.3 Ergebnis: Relevante Salärkategorien

Aus der Untersuchung des Arbeitsrechts ergeben sich zwei Konsequenzen für die Gestaltung der Geschäftsleitungsarbeitsverträge:

- Erstens: Der Lohn ist geschuldet und zum Lohn zählen nicht nur feste, sondern auch variable Lohnbestandteile sowie eine allfällige unechte Gratifikation. Der Arbeitgeber kann nicht im Nachhinein entscheiden, ob er Vergütungen, die als Lohn zu qualifizieren sind, zahlen will oder nicht. Entsprechend muss die Vergütungsgesamtsumme, welche für Vergütungselemente mit Lohncharakter eingesetzt wird, prospektiv durch die Generalversammlung genehmigt werden.
- Zweitens: Eine echte Gratifikation steht im freien Ermessen des Arbeitgebers. Der Arbeitnehmer hat keinen Rechtsanspruch auf ihre Ausschüttung. Dementsprechend können die Aktionäre an der Generalversammlung im Nachhinein, retrospektiv, über die Gesamtsumme für echte Gratifikationen entscheiden. Das Verhältnis zwischen Lohn und Gratifikation kann dabei – unter den typischen finanziellen Verhältnissen von Geschäftsleitungsarbeitsverträgen – weitgehend frei festgelegt werden.

## 2. Anpassung der Arbeitsverträge

Konstitutives Merkmal für die Qualifikation als echte Gratifikation ist wie erwähnt die vollständige Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers bezüglich Zusprache und Höhe der Gratifikation (dazu vorne II.1.1). Die bisher praxisüblichen leistungs- bzw. erfolgsabhängigen Entschädigungsmodelle erfüllen dieses Kriterium i.d.R. nicht. Soll die Generalversammlung über einzelne Salärbestandteile retrospektiv entscheiden können, müssen deshalb in aller Regel die Geschäftsleitungsarbeitsverträge überarbeitet werden.

<sup>26</sup> Conradin Cramer, Der Bonus im Arbeitsvertrag, Diss., Bern 2007, Rz. 332.

<sup>27</sup> Art. 1 Abs. 1 der Verordnung der Bundesversammlung über Besoldung und berufliche Vorsorge der Magistratspersonen (SR 172.121.1).

<sup>28</sup> Der Zentralwert (Median) des monatlichen Bruttolohns der Perzentil P90, also der obersten 10 Prozent, im privaten Sektor im Jahr 2012 beträgt CHF 23 444, vgl. <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/04/blank/key/lohnstruktur/kaderloehne.html>> (besucht am 7.5.2014).

<sup>29</sup> Für den Provisionslohn vgl. BGE 139 III 214 = Pra 102 (2013), Nr. 114, E. 5.1; BSK-Portmann (Fn. 9), N 1 zu Art. 322a OR m.w.H. Für den Anteil am Geschäftsergebnis, vgl. BK-Rehbinder/Stöckli (Fn. 3), N 5 zu Art. 322a OR; Streiff/von Kaenel/Rudolf (Fn. 6), N 2 zu Art. 322a OR, je m.w.H.

### 2.1 Bedingung *ex lege*?

Im Vorentwurf zur VgdA und in Teilen der Lehre wird argumentiert, die VegüV unterstelle *ex lege* sämtliche Vergütungsbestimmungen in den Arbeitsverträgen der aufschiebenden oder allenfalls resolutive Bedingung einer Genehmigung der notwendigen Vergütungssumme durch die Generalversammlung.<sup>30</sup> Folgt man dieser Auffassung, würde sich die Abstimmung über die Vergütungsgesamtsumme direkt auf die Geschäftsleitungsarbeitsverträge auswirken.<sup>31</sup>

Art. 95 Abs. 3 lit. a BV sowie Art. 18 Abs. 1 VegüV legen fest, dass die Generalversammlung über die Vergütungsgesamtsumme abzustimmen hat. Der Verordnungsgeber hat darauf verzichtet, in Art. 18 VegüV Regeln über den Zusammenhang zwischen den Vergütungsabstimmungen und den Geschäftsleitungsarbeitsverträgen zu erlassen. Dies erklärt sich aus der Logik von Art. 95 Abs. 3 BV: Gegenstand der Vergütungsabstimmungen sind nicht die individuellen Saläre, sondern, aufgeschlüsselt nach Verwaltungsrat, Geschäftsleitung sowie Beirat, der Gesamtbetrag, der für die Vergütungen zur Verfügung steht. Aus der Sicht von Art. 95 Abs. 3 BV und der VegüV begründet die Genehmigung der Gesamtsumme für sich allein noch keinen Lohnanspruch, genauso wie umgekehrt eine Verweigerung der Genehmigung für sich allein noch nicht zur Auflösung der Arbeitsverträge mit den Mitgliedern der Geschäftsleitung führt. Dementsprechend lässt sich nur schwer argumentieren, die Abstimmung über die Gesamtsumme durch die Generalversammlung führte zu einer direkten Modifikation des individuellen Arbeitsverhältnisses.

Dies gilt umso mehr, als zwischen einem variablen Lohnbestandteil und einer echten Gratifikation

nicht nur formelle, sondern ganz grundlegende materielle Unterschiede bestehen: Bei variablen Lohnbestandteilen vereinbaren die Parteien im Voraus, welche Kriterien für die Festsetzung massgebend sind. Zweck der variablen Lohnbestandteile ist es, prospektiv einen Anreiz zur Leistungssteigerung durch den Arbeitnehmer zu setzen.<sup>32</sup> Werden diese Leistungen erreicht, muss der Lohn arbeitsvertraglich bezahlt werden (dazu vorne II.1.3). Demgegenüber handelt es sich bei der echten Gratifikation um eine Sondervergütung über den Lohn hinaus, welche der Arbeitgeber nach freiem Ermessen festlegen kann (dazu vorne II.1.1). Durch das freie Ermessen des Arbeitgebers kann die echte Gratifikation keine oder nur eine minimale Anreizfunktion haben. Vielmehr wird sie retrospektiv als Anerkennung für die Leistung gewährt.<sup>33</sup> Im spezifischen Fall eines Entschlusses der Generalversammlung über die Zurverfügungstellung von Mitteln für eine echte Gratifikation dürften denn auch weniger die Leistungen der einzelnen Geschäftsleitungsmitglieder im vergangenen Geschäftsjahr ausschlaggebend sein als vielmehr die generelle Zufriedenheit der Aktionäre mit dem erzielten Jahresergebnis und mit der Kursentwicklung der Aktie.

### 2.2 Anpassung durch die Vertragsparteien

Die Überführung eines Arbeitsverhältnisses mit festem und variablem Lohn in ein Modell mit Lohn und echter Gratifikation setzt daher eine grundlegende Neugestaltung voraus. Es wird darin typischerweise zu einer Verschiebung der Gewichtung der Vergütungsbestandteile hin zu einer grösseren Bedeutung des Fixlohns kommen. Dabei muss es der Gesellschaft und ihren Organen überlassen, aber auch übertragen sein, innerhalb des statutarisch gesetzten Rahmens im Konsens ihre Arbeitsverträge so anzupassen, dass sie mit den neuen Bestimmungen kompatibel sind. Letztlich haben die Gesellschaft und ihre Geschäftsleitungsmitglieder einen neuen Konsens zu finden und diese Konsenssuche lässt sich nicht durch eine schematische Anpassung der bestehenden Arbeitsverträge und eine Umquali-

<sup>30</sup> Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA), Erläuternder Bericht vom 14. Juni 2013, abrufbar unter <[http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2399/Abzockerei\\_Erl.-Bericht\\_de.pdf](http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2399/Abzockerei_Erl.-Bericht_de.pdf)> (besucht am 7.5.2014), 19 f.; Oertle (Fn. 16), 45 f.; Adriano R. Huber, Vergütungsfestlegung nach Art. 95 Abs. 3 BV, Working paper, erscheint als Zürcher Dissertation in der zweiten Jahreshälfte 2014, Kapitel 9, III. Abstimmung über Vergütungen, C. Bindende Wirkung der Abstimmung. Wohl auch: Meier-Gubser (Fn. 5), 1572.

<sup>31</sup> So Huber (Fn. 30), Kapitel 9, III. Abstimmung über Vergütungen, C. Bindende Wirkung der Abstimmung. A.M. Hans-Ueli Vogt/Manuel Baschung, Wie weiter im Aktienrecht nach der Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei», GesKR 2013, 5 ff., 20 f.

<sup>32</sup> Christoph Senti, Leistungslohn oder Gratifikation? – Stand der Diskussion und Versuch eines systematischen Ansatzes, ARV 2011, 1 ff., 3.

<sup>33</sup> Christoph Senti, Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation, AJP 11 (2002), 669 ff., 677.

fikation von variablen Salärbestandteilen in echte Gratifikationen ersetzen.

### III. Gegenstand und Auswirkungen der Salärabstimmung

#### 1. Vergütungsgesamtsumme

Nach Art. 95 Abs. 3 lit. a BV i.V.m. Art. 18 Abs. 1 VegüV stimmt die Generalversammlung jährlich über die Gesamtsumme aller Vergütungen des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung ab. Die Generalversammlung entscheidet m.a.W. über die Mittel, die für die Salarierung der verschiedenen Gruppen von Organträgern zur Verfügung stehen. Von ihrer Funktion her nimmt die Generalversammlung damit eine ähnliche Rolle wahr wie beim Entscheid über die Dividendenausschüttung i.S.v. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR: Mit dem Inkrafttreten der VegüV können die Saläre der Geschäftsleitungsmitglieder ordentlich nur noch aus Mitteln geleistet werden, die die Generalversammlung mit ihrer Genehmigung dazu bereitgestellt hat.

#### 2. Folgen eines negativen Ausgangs der Salärabstimmung

In der Praxis dürfte die Generalversammlung die vom Verwaltungsrat beantragten Vergütungsgesamtsummen in der Regel genehmigen. Gelingt dies ausnahmsweise nicht schon in der ersten Abstimmung, so hat der Verwaltungsrat je nach Gestaltung der Statuten die Möglichkeit, in der gleichen Generalversammlung einen neuen Antrag mit einer anderen Gesamtsumme, typischerweise natürlich mit einer tieferen, zu stellen oder das Geschäft zu einem späteren Zeitpunkt einer ausserordentlich einberufenen Generalversammlung zu unterbreiten. Auf die eine oder andere Weise wird es so in der Regel zur Genehmigung der Gesamtsumme für die Entschädigung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung kommen. Dennoch kann das Salärgenehmigungsverfahren vor der Generalversammlung scheitern, und es wird über kurz oder lang in einer ungewissen Zahl von praktischen Fällen auch scheitern. Damit stellt sich die Frage nach den Folgen eines definitiv negativen Ausgangs der Salärabstimmung. Denkbar sind zwei unterschiedliche Szenarien:

- Szenario 1: Die Arbeitsverträge sehen für diesen Fall eine spezifische und arbeitsvertraglich zulässige Regelung vor. Beispiel: In den Arbeitsverträgen macht eine Klausel die Bonuszahlung im Sinne einer echten Gratifikation von der Genehmigung der dazu notwendigen Summe durch die Generalversammlung abhängig. Die Lohnsumme wurde prospektiv genehmigt und der Lohn wurde im Verlauf des Jahres periodisch bezahlt. Die Bonussumme wird retrospektiv verweigert. Die arbeitsvertraglichen Pflichten der Gesellschaft befinden sich im Gleichklang mit der aktienrechtlichen Ausgangslage.
- Szenario 2: Die Arbeitsverträge enthalten keine solche Regelung. Beispiel: Der Arbeitsvertrag sieht einen Basislohn und einen Bonus vor, dessen Höhe von der Erreichung von Umsatz- und Ertragszielen abhängt. Die Lohnsumme wurde prospektiv genehmigt und der Lohn wurde im Verlauf des Jahres periodisch bezahlt. Die Bonussumme wird retrospektiv verweigert. Die Bonusziele sind erreicht. Arbeitsvertraglich ist der Bonus geschuldet, aus der Sicht der VegüV fehlen die Mittel für die ordentliche Zahlung der entsprechenden Beträge. Dieses Szenario soll nachfolgend eingehender untersucht werden.

#### 3. Nicht-Genehmigung und Arbeitsvertrag

##### 3.1 Widerrechtlichkeit

Grundsätzlich könnte die VegüV die Nichtigkeit von arbeitsvertraglichen Bestimmungen anordnen, die mit dem zwingenden Vorbehalt zugunsten der Genehmigung der Vergütungsgesamtsumme durch die Generalversammlung im Widerspruch stehen. Da sich in diesem Fall die negative Abstimmung der Aktionäre über die Vergütungsgesamtsumme in der Generalversammlung auf die individuellen Arbeitsverträge zwischen der Gesellschaft und den Geschäftsleitungsmitgliedern auswirken würde, müsste die Rechtsfolge der Nichtigkeit ausdrücklich in der gesetzlichen Bestimmung vorgesehen sein oder sich aus dem Sinn und Zweck der verletzten Norm ergeben.<sup>34</sup>

<sup>34</sup> BGE 134 III 52, E. 1.1; *Claire Huguenin*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Basler Kommentar Obligationenrecht I*, 5. Aufl., Basel 2011, N 54 zu Art. 19/20 OR m.w.H.

Die VegüV enthält nur wenige zwingende Regeln für Arbeitsverträge. Zunächst wird die maximal zulässige Kündigungsfrist bzw. maximale Dauer von befristeten Verträgen auf 12 Monate festgelegt (Art. 12 Abs. 1 Ziff. 2 VegüV). Weiter verbieten Art. 20 Ziff. 1–3 VegüV verschiedene spezifische Vergütungsformen. Im Zusammenhang mit den unzulässigen Vergütungen im Konzern bestimmt Art. 21 Ziff. 3 VegüV schliesslich, dass Vergütungen, die von der Generalversammlung der Konzernmuttergesellschaft nicht gutgeheissen worden sind, «unzulässig» sind. Der Ordnungsgeber wollte für Konzernverhältnisse sicherstellen, dass die Generalversammlung der Konzernmuttergesellschaft über die Gesamtvergütung aus allen Tätigkeiten im Konzern abstimmen kann.<sup>35</sup> Gleiches hätte auch im Rahmen der allgemeinen Vergütungsbestimmung von Art. 18 VegüV angeordnet werden können. In Art. 18 VegüV findet sich jedoch keine Regelung, wonach Arbeitsverträge, die mit dem zwingenden Vorbehalt zugunsten der Genehmigung der Vergütungsgesamtsumme durch die Generalversammlung im Widerspruch stehen, unzulässig und damit nichtig sein sollen.

Fraglich ist, ob sich eine solche Unzulässigkeit aus Art. 18 Abs. 3 Ziff. 3 VegüV ableiten lassen könnte, wonach die Abstimmung durch die Generalversammlung bindend sein muss. Die bindende Wirkung der Abstimmung ist hier als Gegensatz zu einer rein konsultativen Abstimmung zu verstehen, welche im indirekten Gegenvorschlag zur Initiative gegen die Abzockerei für die Mitglieder der Geschäftsleitung in den Statuten hätte vorgesehen werden können (vgl. Art. 731k Abs. 2 E-OR). Der Erläuterungsbericht zum Vorentwurf VgdA sowie der Zusatzbericht zur VegüV führen im Zusammenhang mit der bindenden Abstimmung denn auch aus, konsultative Abstimmungen würden den Anforderungen von Art. 95 Abs. 3 BV nicht genügen.<sup>36</sup> Aus der bindenden und nicht bloss konsultativ wirkenden Abstimmung der Generalversammlung über die Gesamtvergütung ergibt sich allerdings noch nicht, dass individuelle Arbeitsverträge, welche keinen Vorbehalt zugunsten der Genehmigung der Vergütungsgesamtsumme durch die Generalversammlung enthalten, unzulässig und damit nichtig sein sollen.

Der Zweck von Art. 18 VegüV ist die Regelung des Verfahrens der Festlegung der Vergütungsgesamtsumme. Bindend ist die Wirkung der Abstimmung über die Gesamtsumme der Vergütung für den Verwaltungsrat: Unter der VegüV kann er die Saläre für die Geschäftsleitungsmitglieder sowie seine eigene Vergütung ordentlich nur aus Mitteln leisten, die die Generalversammlung mit ihrer Abstimmung dazu bereitgestellt hat.<sup>37</sup> Weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn und Zweck von Art. 18 VegüV ist deshalb auf eine Nichtigkeit der Arbeitsverträge zu schliessen. Der Konflikt zwischen einem Arbeitsvertrag und der gesellschaftsrechtlichen Ausgangslage, wie sie insbesondere durch eine negative Entscheidung der Generalversammlung geschaffen wird, bewirkt zusammenfassend keine Widerrechtlichkeit auf der Ebene des Arbeitsvertrags.<sup>38</sup>

Die Zurückhaltung des Ordnungsgebers beim Erlass von zusätzlichen zwingenden arbeitsrechtlichen Bestimmungen im Rahmen der allgemeinen Vergütungsnorm von Art. 18 VegüV dürfte durch die Komplexität der Ausgangslage bedingt sein. Angesichts der Vielfalt von möglichen Vergütungsmodellen und Abstimmungsformen wäre ein generell-abstrakter Eingriff ins Arbeitsvertragsrecht zur Koordination des Arbeitsverhältnisses mit den jeweiligen Genehmigungsentscheiden der Generalversammlung nicht leicht gefallen. Die konkrete Vergütungsordnung der einzelnen Gesellschaft ist mit den konkreten Arbeitsverhältnissen ihrer Geschäftsleitung abzustimmen. Das ist eine Aufgabe der Organe der Gesellschaft.

### 3.2 Einschränkung der Vertretungskompetenz

Nach einer in der Lehre vertretenen Auffassung soll die Vertretungskompetenz des Verwaltungsrats durch die VegüV insoweit beschränkt werden, als dieser vor der Zustimmung durch die Generalversammlung keine unbedingten Vergütungszusagen machen können soll.<sup>39</sup>

Soweit in dieser Argumentation die fehlende Vertretungskompetenz des Verwaltungsrats aus der Unzulässigkeit der nicht genehmigten Vergütungs-

<sup>35</sup> Erläuterungsbericht VgdA (Fn. 30), 27.

<sup>36</sup> Erläuterungsbericht VgdA (Fn. 30), 22; Zusatzbericht VegüV (Fn. 1), 11.

<sup>37</sup> Erläuterungsbericht VgdA (Fn. 30), 22.

<sup>38</sup> A.M. Meier-Gubser (Fn. 5), 1572; Huber (Fn. 30), Kapitel 9, III. Abstimmung über Vergütungen, C. Bindende Wirkung der Abstimmung.

<sup>39</sup> Ralph Malacrida/Till Spillmann, Corporate Governance im Interregnum, GesKR 2013, 485 ff., 492 f.

absprache, also aus dem Ergebnis abgeleitet wird, handelt es sich dabei genau genommen um eine Wiederaufnahme des bereits erwähnten Themas der Widerrechtlichkeit (dazu vorne III.3.1). In der Organvertretung wie in der kaufmännischen und bürgerlichen Stellvertretung wird der Sachverhalt der Vereinbarung, die gegen eine Norm des objektiven Rechts verstösst, nicht indirekt durch Verneinung der Zurechnung des Rechtshandelns, sondern direkt durch Nichtigkeit des Ergebnisses selbst nach Art. 20 OR erfasst. Würde die VegüV die Widerrechtlichkeit zuwiderlaufender arbeitsvertraglicher Bestimmungen anordnen, hätte dies unmittelbar die Nichtigkeit der betreffenden Vereinbarungen zur Folge, ohne dass dazu die Frage der Zurechnung des Rechtshandelns gesondert zu prüfen wäre.

Alternativ könnte von einem allgemeinen Genehmigungsvorbehalt ausgegangen werden, der sich nicht bloss auf die Vergütungsausschüttung, sondern bereits auf das Recht der Gesellschaftsorgane zum Abschluss von Arbeitsverträgen beziehen würde. Das schweizerische Gesellschaftsrecht kennt durchaus Sachverhalte, in denen die Rechtsverbindlichkeit einer von den Gesellschaftsorganen abgeschlossenen Vereinbarung von einer Genehmigung durch die Generalversammlung abhängig gemacht wird.<sup>40</sup> Ein solcher Genehmigungsvorbehalt für die individuellen Arbeitsverhältnisse hätte theoretisch durch den Verordnungsgeber in die VegüV aufgenommen werden können. Soweit der Gesetzgeber solche Verknüpfungen vorsieht, haben sie allerdings durchwegs digitalen Charakter: Die Generalversammlung genehmigt die Vereinbarung oder sie verweigert die Genehmigung mit der Konsequenz, dass die Vereinbarung entweder zustande kommt oder scheidet. Im Fall der Vergütungsgenehmigung wäre die Idee der periodischen Genehmigung von Vergütungssummen nur sehr schwer in ein solches System einzufügen. Letzten Endes müsste das Arbeitsverhältnis, das im schweizerischen Arbeitsrecht aus guten Gründen als ein ganzheitliches Dauerschuldverhältnis konzipiert ist, in eine Reihe von unabhängigen Teilabsprachen aufgegliedert werden, die je für sich auf ihre Beständigkeit zu beurteilen wären. Losgelöst von der Frage, ob sich ein solcher Ansatz überhaupt realisieren liesse, würde er grundlegend ins

Arbeitsrecht eingreifen und deshalb eine gesetzliche Grundlage voraussetzen. Eine solche fehlt jedoch.

### 3.3 Leistungshindernis

Der negative Ausgang der Vergütungsabstimmung wirkt sich somit nicht auf den Bestand der Rechte und Pflichten der Parteien aus dem Arbeitsvertrag aus. Vielmehr ist, nahe beim Wortlaut, das Problem bei der Erfüllung der Pflichten aus den Arbeitsverträgen zu verstehen: Art. 95 Abs. 3 lit. a BV hält fest, dass die Generalversammlung über die Gesamtsumme aller Vergütungen abstimmt. Art. 18 Abs. 1 VegüV führt dazu aus, dass die Generalversammlung «über die Vergütungen» abstimmt, die die Organe «von der Gesellschaft erhalten». Die Botschaft dieser Normen ist klar: Verweigert die Generalversammlung die Zustimmung, erhalten die Organe keine Vergütung. Der Verwaltungsrat kann Arbeitsverträge auch ohne Beschluss der Generalversammlung gültig abschliessen. Lehnt die Generalversammlung aber die Gesamtsumme der Vergütungen ab, kann die Gesellschaft die Pflicht zur Lohnzahlung nicht mehr erfüllen. Verboten wird also nicht die Begründung von Verpflichtungen, sondern ihre Erfüllung. Die Anordnung des Gesetzgebers begründet mit anderen Worten ein Leistungshindernis.

#### 3.3.1 Unmöglichkeit

##### 3.3.1.1 Voraussetzungen

Das Leistungshindernis, das sich aus dem negativen Generalversammlungsentscheid ergibt, ist als Unmöglichkeit i.S.v. Art. 119 OR zu qualifizieren. Die Unmöglichkeit tritt durch den Entscheid der Generalversammlung nach Abschluss der Arbeitsverträge ein. Ab dem Zeitpunkt der Ablehnung durch die Generalversammlung ist es nicht absehbar, ob die Generalversammlung auf ihren Entscheid zurückkommen und die Vergütungssumme doch noch genehmigen wird. Entsprechend ist von einer dauernden Leistungsunmöglichkeit der Gesellschaft auszugehen.<sup>41</sup> Die Rahmenbedingungen, die Art. 95 Abs. 3 BV und die VegüV setzen, schaffen zusam-

<sup>40</sup> Z.B. der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan bei der Fusion, Spaltung und Umwandlung, vgl. Art. 12 Abs. 2, Art. 36 Abs. 3 und Art. 59 Abs. 2 FusG.

<sup>41</sup> Eine dauernde Unmöglichkeit wird angenommen, wenn das Ende der Unmöglichkeit nicht absehbar ist, vgl. *Rolf H. Weber*, Berner Kommentar, Bd. VI/1/5, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, Bern 2000, N 139 zu Art. 97 OR.

men mit dem negativen Entscheid der Generalversammlung ein rechtliches Leistungshindernis. Rechtliche Unmöglichkeit i.S.v. Art. 119 OR setzt bekanntlich nicht voraus, dass die Leistung auch tatsächlich unmöglich wäre.<sup>42</sup> Obschon die Gesellschaft in aller Regel über die notwendigen Mittel verfügen wird und die Erfüllung damit tatsächlich möglich wäre, bewirken die rechtlichen Rahmenbedingungen ein gesetzliches Zahlungsverbot.<sup>43</sup> Kurz gesagt: Die Gesellschaft hat das Geld, darf es jedoch nicht für Vergütungen ausgeben. Dabei hat das gesetzliche Verbot der Salärzahlung ohne Genehmigung durch die Generalversammlung den Charakter eines objektiven Leistungshindernisses.<sup>44</sup> Ohne diese Genehmigung durch die Generalversammlung wäre kein Schuldner in der Lage, die Lohnzahlungspflicht aus den betreffenden Arbeitsverträgen gesetzeskonform zu erfüllen.

Die Mitglieder der Geschäftsleitung sind, wie vorne diskutiert, im Rahmen eines Arbeitsvertrags tätig (dazu vorne I.). Wegen der notwendigen Entgeltlichkeit des Arbeitsvertrags muss zumindest ein Teil der Vergütung aus arbeitsrechtlichen Gründen zwingend ausbezahlt werden. Eine Bedingung, dass bei Nichtgenehmigung der Vergütungsgesamtsumme durch die Generalversammlung kein Lohn bezahlt wird, stände im Widerspruch zu einer zwingenden Anordnung des Arbeitsrechts und wäre damit nichtig (dazu vorne II.1.2.1). Entsprechend kann weder der Gesellschaft noch der Geschäftsleitung vorgeworfen werden, sie hätten eine entsprechende Bedingung im Arbeitsvertrag anbringen müssen. Vielmehr hat die Unmöglichkeit ihre Ursache im freien Entscheid der Aktionäre und damit technisch gesehen weder im Verhalten der Gesellschaft noch in demjenigen der Geschäftsleitungsmitglieder. Die Verantwortung für den Entscheid der Aktionäre ist weder der Gesellschaft selbst noch den Mitgliedern der Geschäftsleitung zuzurechnen.<sup>45</sup> Vielmehr ist

die Unmöglichkeit von keiner der Parteien des Arbeitsvertrags zu verantworten.

Zusammenfassend liegt damit eine dauernde, objektive, von keiner der Parteien des Arbeitsvertrags zu vertretende, rechtliche Unmöglichkeit i.S.v. Art. 119 OR vor.

### 3.3.1.2 Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit ergeben sich aus Art. 119 Abs. 1 und Abs. 2 OR: Die Lohnforderung des Arbeitnehmers sowie der Anspruch der Gesellschaft auf Arbeitsleistung gehen im Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit von Gesetzes wegen unter. Unmöglichkeit tritt in den vorliegenden Konstellationen mit dem Tag ein, ab dem die Gesellschaft für den entsprechenden Monat keine Vergütung mehr bezahlen kann. An einem konkreten Beispiel: Die Gesellschaft stimmt prospektiv für das nächste Geschäftsjahr über die Vergütung ab. In der Generalversammlung 2015 wird die Vergütung für das Geschäftsjahr 2016, also vom 1. Januar bis zum 31. Dezember 2016, genehmigt. In der Generalversammlung 2016 wird die Vergütung für das Geschäftsjahr 2017 abgelehnt. Bis am 31. Dezember 2016 ist die Vergütung aufgrund der Genehmigung durch die Generalversammlung 2015 gewährleistet. Die Unmöglichkeit der Leistung würde aufgrund der Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers technisch gesehen erst bei der Lohnzahlung Ende Januar 2017 eintreten (vgl. Art. 323 Abs. 1 OR). Aufgrund des negativen Generalversammlungsbeschlusses ist aber im Voraus klar, dass die Gesellschaft den Januarlohn 2017 nicht bezahlen kann. Die Unmöglichkeit tritt damit per 31. Dezember 2016 ein.

Eine Umdeutung in einen teilunmöglichen Vertrag dürfte wohl nur ausnahmsweise in Frage kommen, etwa wenn die Generalversammlung nur Teil-Lohnsummen ablehnt. In diesem Fall müsste sich allerdings zeigen lassen, dass der Arbeitnehmer hypothetisch eher den tieferen Lohn akzeptiert hätte, als ganz auf den Vertrag zu verzichten (Art. 20 Abs. 2 OR analog).<sup>46</sup> Das wiederum hängt vom konkreten Einzelfall und realistischerweise stark von der persönlichen Sichtweise des einzelnen Arbeit-

<sup>42</sup> Viktor Aeppli, Zürcher Kommentar, Bd. V/1h/1, Das Erlöschen der Obligationen, Art. 114–126 OR, Zürich 1991, N 46 zu Art. 119 OR.

<sup>43</sup> A.M. Huber (Fn. 30), Kapitel 9, III. Abstimmung über Vergütungen, C. Bindende Wirkung der Abstimmung.

<sup>44</sup> Eine objektive Unmöglichkeit wird bei einem generellen gesetzlichen Verbot angenommen, vgl. Wolfgang Wiegand, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, N 10 zu Art. 97 OR.

<sup>45</sup> A.M. Huber (Fn. 30), Kapitel 9, III. Abstimmung über Vergütungen, C. Bindende Wirkung der Abstimmung.

<sup>46</sup> Entscheidend ist die Zumutbarkeit für den Gläubiger, vgl. dazu: BSK-Wiegand (Fn. 44), N 13 zu Art. 119 OR; Peter Gauch/Walter R. Schluemp/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Nr. 2609.

nehmers selbst ab, also davon, ob er den reduzierten Lohn akzeptiert oder nicht.

### 3.3.2 Kontrollrechnung

Im Bereich der Leistungshindernisse werden bekanntlich unterschiedliche Konzeptionen vertreten. Im Sinne einer Kontrollrechnung ist deshalb festzuhalten, dass sich weitgehend identische Rechtsfolgen ergeben würden, wenn man davon ausginge, dass die Lohnzahlung durch die Gesellschaft weiterhin möglich wäre und sich diese daher im Schuldnerverzug nach Art. 102 OR befände. Würde eine Leistungsverweigerung, wie in den vorliegenden Situationen, vor der Fälligkeit der Leistung ausgesprochen, wäre der Arbeitnehmer als Gläubiger berechtigt, die beim Schuldnerverzug vorgesehenen Wahlrechte analog anzuwenden.<sup>47</sup> Da aufseiten der Gesellschaft als Schuldnerin kein Verschulden vorliegt (dazu vorne III.3.3.1.1), entfielen der Schadenersatzanspruch sowohl nach Art. 107 Abs. 2 als auch nach Art. 109 Abs. 2 OR.<sup>48</sup> Beim unverschuldeten Schuldnerverzug stünde dem Arbeitnehmer als Gläubiger damit nur das Wahlrecht des Rücktritts vom Vertrag offen.<sup>49</sup> Bei Dauerverträgen wie den vorliegenden Arbeitsverträgen träte an die Stelle des Rücktritts ein *ex nunc* wirkendes Kündigungsrecht, und der Vertrag würde hinsichtlich der künftig zu erbringenden Leistungen aufgelöst.<sup>50</sup> Da im vorne genannten Beispiel bis zum 31. Dezember 2016 die Vergütung durch die Genehmigung an der Generalversammlung 2015 gewährleistet wäre, würde dies im vorher behandelten Beispiel dazu führen, dass der Arbeitsvertrag per 31. Dezember 2016 beendet würde. Damit entsprechen die Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs denjenigen der Unmöglichkeit.

## IV. Leistungshindernis vs. organschaftliche Fortführungsnotwendigkeit

Zwischen der Unmöglichkeit der Lohnzahlungen und der operativen Notwendigkeit der Führung des Unternehmens durch die Geschäftsleitung besteht ein Konflikt, den Art. 95 Abs. 3 BV und die VegüV geschaffen haben, ohne Lösungsansätze bereitzustellen. Immerhin kann davon ausgegangen werden, dass weder die BV noch die VegüV eine Art «*shut down*» des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung in Kauf nehmen wollen.<sup>51</sup> Im Konflikt zwischen dem Arbeitsrecht, der VegüV und der aktienrechtlichen Notwendigkeit einer Weiterführung der Organfunktionen ist nach einer Lösung zu suchen, die unter Berücksichtigung des Rechts der Generalversammlung zur Genehmigung der Vergütungsgesamtsumme die Voraussetzungen für eine Weiterführung der Gesellschaft schafft. Mit der Feststellung, dass die bestehenden Arbeitsverträge wegen Unmöglichkeit der weiteren ordentlichen Entrichtung des vereinbarten Salärs zu einem Ende kommen, ist noch nichts über die Weiterführung der Organfunktionen gesagt. Klar ist, dass ein offensichtliches Interesse der Aktiengesellschaft, also insbesondere der Aktionäre, aber auch der Gläubiger, an der Kontinuität in der Führung der Gesellschaft besteht. Umgekehrt sind die Mitglieder der Geschäftsleitung mit der Beendigung ihrer Arbeitsverhältnisse vertraglich nicht mehr gebunden. Damit bleibt nur noch der Übergang zu einem faktischen Vertragsverhältnis. Nehmen die Mitglieder der Geschäftsleitung ihre Aufgabe trotz Beendigung des Arbeitsvertrags wegen Unmöglichkeit der ordentlichen Salärzahlungen weiter wahr, entsteht ein faktisches Arbeitsverhältnis (Art. 320 Abs. 2 OR). Angesichts des übergeordneten Interesses der Gesellschaft an der Weiterführung der Organaufgaben kann keine Pflicht bestehen, diese faktische Weiterführung der Geschäftsleitungsaufgaben zu verhindern.<sup>52</sup> Aus der VegüV ist auch keine Abkehr vom Prinzip ersichtlich, dass ein Arbeitnehmer, der sich in eine fremde Organisation eingliedert und im Interesse des Arbeitgebers tätig wird, auch dann eine

<sup>47</sup> BGE 69 II 242, E. 4; 110 II 141, E. 1b; BGer vom 23. Juni 2004, 4C.58/2004, E. 3.3; BSK-*Wiegand* (Fn. 44), N 2 zu Art. 108 OR m.w.H.

<sup>48</sup> BK-*Weber* (Fn. 41), N 168 ff. zu Art. 107 OR sowie N 85 zu Art. 109 OR je m.w.H.

<sup>49</sup> BK-*Weber* (Fn. 41), N 110 zu Art. 107 OR; *Alfred Koller*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009, § 55 N 83 f.

<sup>50</sup> BGE 123 III 124, E. 3b; BK-*Weber* (Fn. 41), N 236 ff. zu Art. 107 OR; BSK-*Wiegand* (Fn. 44), N 10 zu Art. 109 OR.

<sup>51</sup> Gl.M. *Malacrida/Spillmann* (Fn. 39), 490. A.M. *Müller* (Fn. 5), 489 f. der davon ausgeht, dass der Verwaltungsrat nach einer ablehnenden Entscheidung der Generalversammlung alle Arbeitsverträge kündigen muss.

<sup>52</sup> A.M. *Müller* (Fn. 5), 489.

Entschädigung erhalten soll, wenn formell kein Arbeitsvertrag abgeschlossen worden ist. Eine solche grundlegende Änderung der allgemeinen Prinzipien des Arbeitsrechts setzt eine klare gesetzliche Grundlage voraus. Die generelle Vorgangsbestimmung von Art. 1 Abs. 2 VegüV, verbunden mit einem knappen Hinweis im Zusatzbericht des Verordnungsgebers,<sup>53</sup> dass der Vorrang auch für das Arbeitsrecht gelte, genügt dazu nicht.<sup>54</sup>

Aus dem faktischen Arbeitsverhältnis fliesst ein Anspruch auf Entschädigung zum üblichen Salär (Art. 322 Abs. 1 OR).<sup>55</sup> Unter dem üblichen Lohn ist der marktübliche Lohn für die betreffende Funktion zu verstehen.<sup>56</sup> Dieser marktübliche Lohn bestimmt sich unabhängig von der bisherigen Salärpraxis des Unternehmens. Der übliche Lohn kann dementsprechend gleich, höher oder tiefer liegen als das bisherige Salär.<sup>57</sup> Der faktische Arbeitsvertrag und damit die Entschädigung zum üblichen Salär ist zeitlich nicht beschränkt.<sup>58</sup> Auch wenn die Generalversammlung nach einem Jahr keine Entschädigung genehmigt,

muss es den Mitgliedern der Geschäftsleitung möglich sein, im Interesse der Gesellschaft die Organfunktion weiterzuführen. Mit Blick auf die Rechtssicherheit liegt eine rasche Regularisierung der Verhältnisse allerdings im Interesse aller Beteiligten (dazu V.1.2).

## V. Anwendung auf die verschiedenen Modelle

### 1. Vollständig retrospektive Genehmigung

#### 1.1 Unzulässigkeit der vollständig retrospektiven Genehmigung

Bei einer vollständig retrospektiven Genehmigung stimmt die Generalversammlung im Nachhinein über die Vergütungsgesamtsumme ab. In diesem Modell könnte die Lohnzahlung theoretisch auf zweierlei Art gestaltet werden: Einerseits könnte der Lohn bis zu einer allfälligen Genehmigung durch die Generalversammlung hinausgeschoben und entsprechend unterjährig kein Lohn bezahlt werden. Andererseits könnte der Arbeitsvertrag so gestaltet werden, dass der Lohn während des Jahres unter Vorbehalt eines Rückerstattungsanspruchs (*Claw-Back*) für den Fall einer Nicht-Genehmigung der Vergütung durch die Generalversammlung ausbezahlt würde.<sup>59</sup>

Die erstgenannte Variante würde gegen Art. 323 Abs. 1 OR verstossen, wonach der Lohn am Ende jedes Monats auszurichten ist.<sup>60</sup> Gewichtiger ist jedoch, dass bei beiden Varianten der gesamte Lohn eines Geschäftsleitungsmitglieds unter die Bedingung der nachträglichen Zustimmung durch die Generalversammlung gestellt wird. Wie bereits ausgeführt, verstösst die Bedingung des gesamten Lohns gegen den zwingenden Grundsatz der Entgeltlichkeit des Arbeitsvertrags (dazu vorne II.1.2.1). Damit von einem gültigen Arbeitsvertrag ausgegangen werden kann, muss ein Basissalär bedingungslos ausbezahlt werden (zur Gestaltungsfreiheit vorne II.1.2). Soweit der Arbeitsvertrag eine entsprechende Bedingung für eine Genehmigung *postnumerando* enthält, wäre er widerrechtlich und damit nichtig.

<sup>53</sup> Der Zusatzbericht VegüV (Fn. 1), 4, hält dazu fest, dass der Vorrang der VegüV nicht nur das Aktienrecht betreffe, sondern «auch weitere Bereiche erfassen [könne], insbesondere das Arbeitsrecht».

<sup>54</sup> Gl.M. *Malacrida/Spillmann* (Fn. 39), 493. A.M. *Oertle* (Fn. 16), 47.

<sup>55</sup> Gl.M. *Malacrida/Spillmann* (Fn. 39), 492 f.; *Stefanie Meier-Gubser*, Die Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, TREX 2014, 12 ff., 17; *Huber* (Fn. 30), Kapitel 9, III. Abstimmung über Vergütungen, C. Bindende Wirkung der Abstimmung. Unklar: *Daniel Daeniker/Frank Gerhard*, in: Frank Gerhard/Karim Maizar/Till Spillmann/Matthias Wolf (Hrsg.), Vergütungsrecht der Schweizer Publikums-gesellschaften, Zürich/St.Gallen 2014, N 1, N 18 und N 24 zu Art. 18 VegüV, welche einerseits davon ausgehen, dass der übliche Lohn geschuldet sei (N 18), andererseits aber erklären, dass das Mitglied des Verwaltungsrats bzw. der Geschäftsleitung im Falle der Ablehnung der Vergütung durch die Generalversammlung keinen Anspruch auf Auszahlung habe (N 1) bzw. kein Anspruch auf Auszahlung bestehe (N 24). A.M. *Müller* (Fn. 5), 489 f., der davon ausgeht, dass während der Kündigungsfrist die vertraglich vereinbarte Vergütung geschuldet ist.

<sup>56</sup> *Malacrida/Spillmann* (Fn. 39), 493.

<sup>57</sup> Gl.M. *Malacrida/Spillmann* (Fn. 39), 493. A.M. *Daeniker/Gerhard* (Fn. 55), N 19 zu Art. 18 VegüV, die davon ausgehen, dass der übliche Lohn nicht höher sein darf als die zuvor von der Generalversammlung abgelehnte Vergütung.

<sup>58</sup> A.M. *Meier-Gubser* (Fn. 55), 17; *Malacrida/Spillmann* (Fn. 39), 493. Sie sind der Auffassung, dass der Anspruch auf den üblichen Lohn nur in der Grössenordnung der statutarisch zulässigen Kündigungsfrist gewährt werden kann.

<sup>59</sup> So *Daeniker/Gerhard* (Fn. 55), N 16 zu Art. 18 VegüV.

<sup>60</sup> Vgl. BGer vom 9. Oktober 2008, 4A\_192/2008, E. 5; *Streiff/von Kaenel/Rudolf* (Fn. 6), N 2 zu Art. 323 OR; *BSK-Portmann* (Fn. 9), N 1 zu Art. 323 OR.

Ein vollständig retrospektives Modell ist daher in der Praxis nicht umsetzbar. Rechtsfolge der Widerrechtlichkeit ist nach Art. 20 Abs. 1 OR die vollständige Nichtigkeit des Vertrags.<sup>61</sup> Die Nichtigkeit besteht von Anfang an (*ex tunc*).<sup>62</sup> Soweit ein Arbeitnehmer für die Gesellschaft tätig wird, entsteht ein faktisches Arbeitsverhältnis zum «üblichen Lohn» (dazu vorne IV.).

### 1.2 Bedeutung des Modells für die Regularisierung

Die Bedeutung des rein retrospektiven Modells liegt in seiner Funktion als möglicher Auffangtatbestand nach einem Scheitern der Vergütungsabstimmung. Kann die Gesellschaft in der Folge keine Vergütungen entrichten, so können die Organe nur noch im Rahmen eines faktischen Arbeitsverhältnisses tätig sein, das zweckmässigerweise anlässlich einer späteren Generalversammlung wieder reguliert wird. Im Ergebnis liegt dann eine Kombination von faktischem Arbeitsverhältnis mit vollständig retrospektiver Genehmigung vor. Für den Fall der Genehmigung der Vergütung durch die Generalversammlung dürften die Voraussetzungen für die Annahme der Teilnichtigkeit i.S.v. Art. 20 Abs. 2 OR erfüllt sein. Die Regularisierung des Arbeitsverhältnisses setzt jedoch einen Konsens zwischen der Gesellschaft als Arbeitgeberin und dem Mitglied der Geschäftsleitung als Arbeitnehmer voraus. Entspricht die nachträglich genehmigte Vergütung dem üblichen Lohn oder ist sie höher, ist davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer i.d.R. damit einverstanden ist und das Verhältnis damit reguliert werden kann. In den Fällen, in denen der vertraglich vereinbarte Lohn höher ist als der in der Zwischenzeit ausbezahlte übliche Lohn, entsteht ein Lohnnachzahlungsanspruch, den das Geschäftsleitungsmitglied von der Gesellschaft fordern kann. Liegt die nachträglich genehmigte Vergütung tiefer als das bereits ausbezahlte «übliche Salär», kann die Gesellschaft einen um allfällige Steuereffekte korrigierten Lohnrückerstattungsanspruch nur verlangen, wenn sich das Mitglied der Geschäftsleitung damit einverstanden erklärt.<sup>63</sup> Ein Konsens zu einem tieferen Lohn mag auf den ersten Blick vielleicht unrealistisch erscheinen. Praktisch könnte es aber durchaus zu einer

solchen Konstellation kommen, etwa in Sachverhalten, in denen die Generalversammlung die Grundlagen für ein neues Salärmodell legt, in dem der Wegfall von kurzfristigen Salärelementen durch zusätzliche langfristige Lohnbestandteile kompensiert wird.

## 2. Vollständig prospektive Genehmigung

Bei einer prospektiven Genehmigung stimmt die Generalversammlung im Voraus über die Vergütungsgesamtsumme ab. Um das bereits erwähnte Beispiel nochmals aufzunehmen (dazu vorne III.3.3.1.2): In der Generalversammlung 2015 wird die Vergütungsgesamtsumme für das Geschäftsjahr 2016, also vom 1. Januar bis zum 31. Dezember 2016 genehmigt. In der Generalversammlung 2016 müsste die Vergütungsgesamtsumme für das Geschäftsjahr 2017 genehmigt werden. Die Generalversammlung 2016 lehnt dies jedoch ab. Der Verwaltungsrat stellt keinen anderen Antrag bzw. ein solcher wird ebenfalls abgelehnt. Eine allfällige ausserordentliche Generalversammlung führt nicht zu einer Genehmigung.

Die Rechtsfolge präsentiert sich wie folgt: Bis am 31. Dezember 2016 ist die Vergütung aufgrund der Genehmigung durch die Generalversammlung 2015 gewährleistet. Ab dem 1. Januar 2017 stehen der Gesellschaft keine Mittel für die ordentliche Vergütung zur Verfügung. Die Erfüllung der Verpflichtungen aus den Geschäftsleitungsarbeitsverträgen ist objektiv unmöglich geworden (dazu vorne III.3.3.1.1). Da diese Unmöglichkeit im Voraus feststeht, brauchen die Mitglieder der Geschäftsleitung den Januar-Zahltag 2017 nicht abzuwarten, sondern sie können auf den 31. Dezember 2016 ihren Dienst quittieren (dazu vorne III.3.3.1.2). Arbeiten sie weiter, entsteht ein faktisches Arbeitsverhältnis, unter dem der übliche Lohn geschuldet ist (dazu vorne IV.). Genehmigt die Generalversammlung 2017 retrospektiv die Vergütungssumme, kann das Verhältnis mit denjenigen Geschäftsleitungsmitgliedern, die weitergearbeitet haben, bei entsprechendem Konsens reguliert werden (dazu vorne V.1.2).

## 3. Kombinationsmodell

Beim Kombinationsmodell genehmigt die Generalversammlung im Voraus den Lohn und im Nachhinein die echte Gratifikation. Bedingung für dieses Modell ist, wie gezeigt, dass die variable Komponente als echte Gratifikation ausgestaltet ist (dazu

<sup>61</sup> Koller (Fn. 49), § 13 N 72.

<sup>62</sup> BGE 129 III 209, E. 2.2; Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger (Fn. 46), Nr. 681.

<sup>63</sup> A.M. Malacrida/Spillmann (Fn. 39), 491.

vorne II.1.3). Es muss also im Arbeitsvertrag klar gesagt werden, dass bei Ablehnung der Vergütungsgesamtsumme durch die Generalversammlung keine variable Entschädigung geschuldet ist. Wird die prospektive Genehmigung des Lohns verweigert, gilt das zum rein prospektiven Modell Gesagte (dazu soeben V.2). Wird die retrospektive Genehmigung der echten Gratifikation verweigert, so ergeben sich daraus keine Probleme. Ist die variable Komponente keine echte Gratifikation, so handelt es sich bei ihr um einen Lohnbestandteil. In diesem Fall muss sie, will man nicht eine Auflösung des Arbeitsvertrags wegen Unmöglichkeit riskieren, prospektiv genehmigt werden.

#### 4. Modell PPR

Auf den ersten Blick könnte man das gerade beschriebene Kombinationsmodell als Königsweg verstehen. Es darf allerdings nicht übersehen werden, dass echte Gratifikationen nur dann als Belohnung wahrgenommen werden, wenn sie im gesamten Entschädigungspaket untergeordnete Bedeutung haben. Auch ohne direkte Anwendbarkeit kommt der Gedanke der Akzessorietät wieder zum Tragen (dazu vorne II.1.2.2). Nur ausgeprägte Spielernaturen werden einen Arbeitsvertrag eingehen, bei dem die Salarierung in einem substanziellen Umfang von der Willkür der Aktionäre im Wortsinn abhängt: Von ihrem freien Entscheid, das zu küren, was sie wollen. Dementsprechend wird sich mit einem Übergang zu diesem Modell auch die Gewichtung unter den Lohnkomponenten ändern müssen, hin zu mehr Lohn und weniger echter Gratifikation (dazu vorne II.2.2). Damit ist aber eine Konvergenz der beiden Modelle zu erwarten. Ein eigentliches Königsmodell könnte PPR heißen: In einem Vergütungsmodell werden der fixe und der variable Lohn prospektiv und die echte Gratifikation retrospektiv genehmigt. Also: Prospektiv: fixer Lohn/Prospektiv: variabler Lohn/Retrospektiv: echte Gratifikation. In Frage käme bspw. ein Verhältnis von 50%/25%/25%.

## VI. Optimierung der Salärgovernance

### 1. Delegation der Festlegung der Entschädigungsperioden

Die Salärgovernance kann zunächst verbessert werden, indem die Kompetenz zur Festlegung der Entschädigungsperioden statutarisch an den Verwaltungsrat delegiert wird.<sup>64</sup> Nachdem die Arbeitsverträge und der Prozess der Genehmigung der Vergütungsgesamtsumme zwingend aufeinander abgestimmt werden müssen, bringt eine solche Kompetenzdelegation erhebliche praktische Vorteile mit sich. Hinzu kommt, dass der Verwaltungsrat im Fall einer negativen Vergütungsabstimmung im Rahmen der Regularisierung einer zwischenzeitlichen Tätigkeit faktisch gezwungen wird, in einer späteren Generalversammlung Vergütungsanträge zu stellen, die so in den Statuten nicht vorgesehen waren (dazu vorne V.1.2). Zwar liesse sich wohl argumentieren, solche abweichenden Anträge seien durch das überwiegende Interesse der Gesellschaft an der Fortführung der Organtätigkeiten implizit gedeckt (dazu vorne IV). Eine Kompetenzdelegation an den Verwaltungsrat schafft aber auch in dieser Beziehung Klarheit und Handlungsfreiheit.

### 2. Zusatzbetrag

Beim prospektiven Vergütungsmodell besteht ein gewisses Interesse, für den Notfall die Salärzahlung während des ersten Quartals des folgenden Geschäftsjahrs zu sichern, um nach einem negativen Ausgang einer Salärabstimmung mit der Neubehandlung des Themas bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung zuzuwarten. Für diesen Fall kann vorgesehen werden, dass der Generalversammlung eine ausserordentliche Vergütung zur Abstimmung unterbreitet wird, die im Fall der Ablehnung der ordentlichen Vergütung bis zum Ende des ersten Quartals ausbezahlt werden kann.<sup>65</sup> Eine solche Regelung scheint problemlos, soweit sie im Antrag an die Generalversammlung auch klar zum Ausdruck kommt.<sup>66</sup> So muss im Antrag klar festgehalten wer-

<sup>64</sup> A.M. Daeniker/Gerhard (Fn. 55), N 12 zu Art. 18 VegüV, welche davon ausgehen, dass die Statuten selbst die Entschädigungsperioden festzulegen haben.

<sup>65</sup> Ähnlich Malacrida/Spillmann (Fn. 39), 490 f.

<sup>66</sup> Kritisch Daeniker/Gerhard (Fn. 55), N 16 zu Art. 18 VegüV.

den, dass der gleiche Betrag für den Fall des Scheiterns einer Salärabstimmung *pro rata temporis* auch für das erste Quartal des übernächsten Geschäftsjahrs zur Verfügung steht.

### 3. Salvatorische Klausel

Wie gezeigt, begründet die Ablehnung der Vergütungssumme, soweit es nicht um eine echte Gratifikation geht, ein Leistungshindernis, das letztlich zum Ende des Arbeitsvertrags führt (dazu vorne III.3.3). Etwas anderes würde gelten, wenn die Arbeitsverträge eine salvatorische Klausel enthielten, nach der sich die Mitglieder der Geschäftsleitung für den Fall der Ablehnung verpflichten, bis zur nächsten Generalversammlung zum üblichen Salär für die Gesellschaft tätig zu sein.<sup>67</sup> Da sich die Ablehnung der Vergütung wie beschrieben nicht auf den Bestand der Arbeitsverträge auswirkt, sondern auf die Erfüllbarkeit der Vergütungsverpflichtung (dazu vorne III.3.3), wäre eine solche Klausel für beide Seiten verbindlich und durchsetzbar. Den «üblichen Lohn» kann die Gesellschaft auch entrichten, wenn sie keine ordentlichen Vergütungen bezahlen kann (dazu vorne IV.). Dementsprechend wäre die Erfüllung einer solchen Vereinbarung nicht in Frage gestellt. Ihr grosser Vorteil wäre, dass sie günstige Voraussetzungen für einen «reset» an der nächsten ordentlichen Generalversammlung schaffen würde.

### 4. Konsultativabstimmung

Eine Abstimmung über den Vergütungsbericht in der Generalversammlung ist in der VegüV nicht vorgesehen. Eine solche Konsultativabstimmung ist jedoch möglich.<sup>68</sup> Auch wenn die vorangehende Analyse dargelegt hat, dass die VegüV, das Aktienrecht und das Arbeitsrecht zusammen genügend Spielraum für eine funktionierende Gestaltung des Vergütungsprozesses lassen, darf doch nicht übersehen werden, dass ein negativer Ausgang des Vergütungsprozesses das Funktionieren der Gesellschaft in erheblichem Mass gefährden kann. Entsprechend gross ist die Bedeutung eines gut funktionierenden Frühwarnsystems und eines «Ventils» für die Aktionäre,

um ihre Unzufriedenheit auszudrücken. Eine allfällige Unzufriedenheit der Aktionäre mit der Art und Weise, wie das Unternehmen geführt wird, sollte rechtzeitig und nicht erst aufgrund der Ablehnung einer Vergütungsabstimmung realisiert werden. Ein wichtiges Instrument hierfür sind Konsultativabstimmungen über die konkret ausbezahlten Vergütungen.

## VII. Einschätzung

Die Analyse zeigt, dass das Zusammenspiel von VegüV, Aktienrecht und Arbeitsrecht besser funktioniert, als man dies auf den ersten Blick vielleicht befürchten würde. Zentral ist, dass die Gesamtsumme, die für den Grundlohn und die variablen Lohnkomponenten eingesetzt wird, prospektiv durch die Generalversammlung genehmigt wird. Über die Zusprache der Vergütungssumme für eine echte Gratifikation, also einer nach freiem Ermessen zugesprochenen Anerkennung für das erzielte Ergebnis, können die Aktionäre an der Generalversammlung retrospektiv entscheiden. Lehnt die Generalversammlung die Gesamtsumme der Vergütungen ab, kann die Gesellschaft die Lohnzahlung nicht mehr erfüllen und diese wird unmöglich i.S.v. Art. 119 OR. Mit der Unmöglichkeit fällt der Arbeitsvertrag von Gesetzes wegen dahin und die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung sowie die Gesellschaft sind vertraglich nicht mehr gebunden. Nehmen die Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder ihre Aufgabe trotz Beendigung des Arbeitsvertrags wegen Unmöglichkeit weiter wahr, entsteht ein faktisches Arbeitsverhältnis zum üblichen Salär.

<sup>67</sup> Daeniker/Gerhard (Fn. 55), N 16 zu Art. 18 VegüV, gehen davon aus, dass es unter der VegüV offen ist, ob eine solche Bestimmung den Erfordernissen der bindenden Abstimmung durch die Generalversammlung standhält.

<sup>68</sup> Malacrida/Spillmann (Fn. 39), 499.