

Festlegung von Vergütungen in Publikumsgesellschaften

Umsetzungsvorschlag für Art. 95 Abs. 3 BV

Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone und MLaw Adriano R. Huber, Universität Zürich (Zürich)

I. Einführung

Dieser Artikel präsentiert einen Vorschlag zur Umsetzung des Vergütungsverfahrens im Rahmen von Art. 95 Abs. 3 BV.¹ Ausgehend vom Anwendungsbereich der neuen Verfassungsbestimmung (II.) und den strukturellen Vorgaben des geltenden Rechts (III.) wird ein Vorschlag zum neuen Vergütungsverfahren entwickelt (IV.). Anschliessend werden die massgeblichen Punkte in den Statu-

ten (V.) sowie die Rollen der Generalversammlung (VI.) und des Vergütungsausschusses (VII.) beschrieben.

II. Anwendungsbereich

Art. 95 Abs. 3 BV gilt für «die im In- oder Ausland kotierten Schweizer Aktiengesellschaften»; und zwar für die Vergütungsregelungen der «Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates».

A. Im In- oder Ausland kotierte Schweizer Aktiengesellschaften

Entsprechend der Inkorporationstheorie (Art. 154 IPRG) gelten Aktiengesellschaften als Schweizer Aktiengesellschaften, wenn sie ihren statutarischen Sitz in der Schweiz haben. Der Anwendungsbereich von Art. 95 Abs. 3 BV bezieht sich daher primär auf Aktiengesellschaften im Sinne von Art. 620 ff. OR.²

Art. 95 Abs. 3 BV verweist allgemein auf «kotierte» Aktiengesellschaften. Der Begriff der *Kotierung* bezieht sich in der Regel auf einzelne Effekten und nicht auf die Emittentin. Gemäss BEHG bedeutet Kotierung die Zulassung zum Handel an der Haupt- oder Nebenbörse (Art. 2 lit. c BEHG). Gegenstand dieses Handels sind Effekten (Art. 2 lit. a BEHG), die an einer schweizerischen,³ künftig wohl auch an einer ausländischen Börse gehandelt werden.⁴ Als Effekten wiederum zählen die vertretbaren Wertpapiere,

Die Autoren legen einen Umsetzungsvorschlag für die Vergütungsfestsetzung in Publikumsgesellschaften im Einklang mit dem neuen Art. 95 Abs. 3 BV vor. Sie zeigen auf, dass eine Umsetzung von den strukturellen Vorgaben des bestehenden Rechts auszugehen hat. Vor diesem Hintergrund skizzieren die Autoren die neu zu schaffenden statutarischen Grundlagen der Vergütungspolitik und die künftigen Aufgaben und Kompetenzen der Generalversammlung und des Vergütungsausschusses. Abgerundet werden die Erläuterungen durch einen Vorschlag für den Verordnungstext.

Les auteurs exposent une proposition de mise en œuvre du nouvel art. 95 al. 3 Cst. pour la fixation des rémunérations dans les sociétés publiques. Ils démontrent qu'une telle mise en œuvre doit se fonder sur les données structurelles du droit en vigueur. Partant, les auteurs esquissent les nouvelles bases statutaires qu'ils faut prévoir en matière de politique de rémunération, ainsi que les futures tâches et compétences de l'assemblée générale et du comité de rémunération. Ces explications sont complétées par une proposition d'ordonnance.

P.P.

¹ Vgl. zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen: Hans-Ueli Vogt/Manuel Baschung, Wie weiter im Aktienrecht nach der Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei?», GesKR 1 (2013) 5 ff.

² Ob die neuen Regeln auch auf spezialgesetzliche Aktiengesellschaften anwendbar sind, wird im Einzelfall, je nach Grad an funktionaler Übereinstimmung der konkreten Ordnung mit derjenigen der privatrechtlichen Aktiengesellschaft, zu prüfen sein. Zum Anwendungsbereich: Lukas Glanzmann, Die «Abzocker-Initiative» und ihre Folgen. Eine Annäherung an Art. 95 Abs. 3 BV, GesKR Online-Beitrag 1 (2013) 2 f.; Vogt/Baschung (Fn. 1) 18.

³ Daniel Daeniker/Stefan Waller, Art. 2 lit. a–c N 29, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Balsler Kommentar. Börsengesetz. Finanzmarktaufsichtsgesetz. Art. 161, 161^{bis}, 305^{bis} und 305^{ter} Strafgesetzbuch, 2. A., Basel 2011.

⁴ Vgl. dazu die ab 1. Mai 2013 geltenden Art. 20 Abs. 1 und Art. 22 Abs. 1 bzw. 1^{bis} BEHG; abrufbar unter: <http://www.sif.admin.ch/dokumentation/00509/00510/00622/00624/00698/?lang=de> (zuletzt besucht am 16. April 2013).

Wertrechte und Derivate, die vereinheitlicht und zum massenweisen Handel geeignet sind.⁵ Würde diese Definition der Kotierung Art. 95 Abs. 3 BV zugrunde gelegt, so wären die darin statuierten Grundsätze auch für Gesellschaften anwendbar, die lediglich Partizipationsscheine oder Anleihen kotiert haben. Dies würde dem Sinn und Zweck der Norm widersprechen, die auf Publikumsgesellschaften mit breit gestreutem Aktionariat ausgerichtet ist.⁶ Aufgrund der zentralen Stellung, welche Art. 95 Abs. 3 BV dem Schutz der Aktionäre zuordnet,⁷ kann sich die Kotierung somit nur auf Aktien beziehen.⁸ Diese Auslegung entspricht dem Anwendungsbereich der Vorschriften über die Vergütungstransparenz (Art. 663b^{bis} OR).⁹ Dieser Kotierungsbegriff muss auch für Schweizer Aktiengesellschaften gelten, die im Ausland kotiert sind.¹⁰

In Konzernstrukturen ist ausschliesslich die kotierte Gesellschaft erfasst.¹¹ Die relevante Vergütung aber ist konsolidiert zu bemessen. Art. 95 Abs. 3 lit. b BV verbietet Mehrfachanstellungen innerhalb des gleichen Konzerns. Diese Regelung soll primär verhindern, dass die Genehmigung der Gesamtsumme aller Vergütungen des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates durch Anstellungen bei anderen Konzerngesellschaften umgangen wird.¹² Massgeblich ist somit nicht das formelle Vertragsverhältnis. Entscheidend ist vielmehr, dass die in einem Konzern geleisteten Entschädigungen einheitlich und als Ganzes erfasst werden.

B. Mitglieder von Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Beirat

1. Begriff der Organmitglieder

Während sich Art. 95 Abs. 3 lit. b und c BV pauschal auf «Organmitglieder»

beziehen, ist in den übrigen Bestimmungen von Art. 95 Abs. 3 BV jeweils explizit von den Mitgliedern des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates die Rede. Damit stellt sich die Frage, ob der Kreis der erfassten Personen mit dem Begriff «Organmitglieder» spezifisch abgegrenzt wird. Der Tatbestand des Erfolgs- und Beteiligungsplans zeigt, dass dies nicht anzunehmen ist: Die Statuten schaffen mit den Bestimmungen über Erfolgs- und Beteiligungspläne für «Organmitglieder» die Grundlage für die Abstimmung über die Gesamtsumme der Vergütungen von Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Beirat, weil diese regelmässig aus variabler und fester Vergütung besteht. Der Verfassungsgeber bezieht sich also immer auf den gleichen Personenkreis: Der Begriff der «Organmitglieder» fasst den Kreis der unterstellten Personen zusammen und definiert ihn nicht anders.¹³

2. Verwaltungsrat

Die Mitglieder des Verwaltungsrates sind gemäss Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR zwingend von der Generalversammlung zu wählen und ins Handelsregister einzutragen (Art. 45 Abs. 1 lit. n HRegV). Die Mitglieder des Verwaltungsrates sind damit formell klar abgegrenzt.

3. Geschäftsleitung

Die Geschäftsleitung ist ein Kollektivorgan, das durch den Geschäftsführungsvorsitzenden (CEO) geleitet wird. Zur Geschäftsleitung zählen die Personen, die als Mitglieder der obersten Führungsebene direkt vom Verwaltungsrat mit der Geschäftsführung betraut wurden (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR):¹⁴ der CEO und die diesem direkt unterstellten Geschäftsleitungs-

⁵ *Daeniker/Waller* (Fn. 3) Art. 2 lit. a–c N 2.

⁶ In concreto eigentliche Publikumsgesellschaften, weil diese aufgrund der gestreuten Aktionärsstruktur mit den damit verbundenen Problemen des kollektiven Handelns zu kämpfen haben, vgl. *Hans Caspar von der Crone/Thomas Steininger*, Corporate Governance – Zusammenspiel der Gesellschaftsorgane, Aktionärsrechte und Stimmrechtsvertretung, ST 3 (2010) 88 f.; *Georg G. Gotschev*, Koordiniertes Aktionärsverhalten im Börsenrecht. Eine ökonomische und rechtsvergleichende Analyse der organisierten Gruppe gemäss Börsengesetz, SSHW Bd. 240, Zürich/Basel/Genf 2005, N 61 ff.; *Markus Ruffner*, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft. Ein Beitrag zur Theorie der Corporate Governance, Zürich 2000, 175 ff.

⁷ Vgl. Ingress zu Art. 95 Abs. 3 BV.

⁸ Gl. M: *Daniel M. Häusermann*, «Abzocker»-Initiative umsetzen – aber wie?, SJZ 109 (2013) 154; *Glanzmann* (Fn. 2) 3; ähnlich: *Christoph B. Bühler*, Showdown in der Vergütungsfrage: Volksinitiative «gegen die Abzockerei» oder indirekter Gegenentwurf des Parlaments, GesKR Online-Beitrag 1 (2012) 4; a.A: *Vogt/Baschung* (Fn. 1) 18, die auch bei blosser Kotierung der Partizipationsscheine Art. 95 Abs. 3 BV angewandt haben wollen.

⁹ *Glanzmann* (Fn. 2) 3.

¹⁰ Gesellschaftsstatut nach Art. 154 IPRG; *Peter Nobel*, Internationales und Transnationales Aktienrecht, Band 1: Teil IPR und Grundlagen, Bern 2012, Kap. 1 N 30 ff.

¹¹ Vgl. dazu: *Stefan Knobloch*, Ist die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» umsetzbar? Antrittsvorlesung vom 7. Mai 2012 an der Universität Zürich, GesKR 3 (2012) 374; *Vogt/Baschung* (Fn. 1) 18 f.

¹² Vgl. Eidgenössische Volksinitiative «gegen die Abzockerei». Erläuterungen zum Initiativtext Ziff. 5 f), abrufbar unter: <http://www.abzockerinitiativeja.ch/wp-content/uploads/Erlaeuterungen.pdf> (zuletzt besucht am 16. April 2013); *Vogt/Baschung* (Fn. 1) 18 f.

¹³ Vgl. auch Erläuterungen (Fn. 12) Ziff. 4; ähnlich: *Glanzmann* (Fn. 2) 5.

¹⁴ Vgl. *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 N 356.

mitglieder. Wer nicht dem CEO, sondern einem anderen Geschäftsleitungsmitglied unterstellt ist, zählt zur zweiten Führungsebene und ist damit nicht Mitglied der Geschäftsleitung im Sinne von Art. 95 Abs. 3 BV.

4. Beirat

Als Beirat hat zu gelten, wer als solcher im Organisationsreglement bezeichnet wurde (Art. 176b Abs. 1 OR). Dadurch entsteht zwar ein gewisses Umgehungspotenzial; aufgrund von Art. 716a OR ist eine wirksame Kompetenzverschiebung vom Verwaltungsrat auf Beiräte aber nicht möglich. Damit dürfte den Beiräten mit Blick auf die Vergütungen bloss untergeordnete Bedeutung zukommen.

5. Abschliessende Abgrenzung des unterstellten Personenkreises

Der Verfassungsgeber hat mit der ausdrücklichen Erwähnung von Verwal-

tungsrat, Geschäftsführung und Beirat den Kreis der Personen definiert, über deren Vergütung zwingend in Form einer Gesamtsumme abgestimmt werden muss. Dieser Kreis kann durch die Statuten weder ausgedehnt noch eingegrenzt werden.

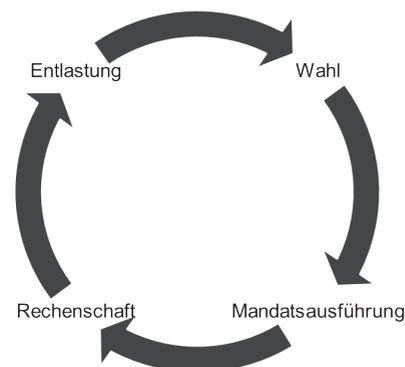
III. Verhältnis zum geltenden Recht

Art. 95 Abs. 3 BV sieht keine eigenständige Regelung der Anstellungsverträge der Organmitglieder vor, sondern eine gezielte Anpassung des geltenden Rechts im Hinblick auf die einzelnen Vorgaben zum Vergütungsverfahren. Grundsätzlich ist Art. 95 Abs. 3 BV deshalb im Einklang mit den einschlägigen privatrechtlichen Normen umzusetzen.

1. Aktien- und Auftragsrecht

Nach Art. 95 Abs. 3 BV sind Mitglieder des Vergütungsausschusses direkt von der Generalversammlung zu wählen und damit zu mandatieren. Art. 95 Abs. 3 BV verlagert somit die Kompetenz zur Vergütungsfestsetzung vom Gesamtverwaltungsrat auf den Vergütungsausschuss.¹⁵

Inhaltlich gesehen erteilt die Generalversammlung dem Vergütungsausschuss ein Spezialmandat. Von seiner Natur her gesehen aber unterscheidet sich dieses Mandat nicht vom allgemeinen Mandat des Verwaltungsrates. Für seine Umsetzung gelten deshalb die allgemeinen mandatsrechtlichen Prinzipien in ihrer spezifisch aktienrechtlichen Ausprägung.¹⁶ Dazu zählt insbesondere der typische Zyklus von Mandatierung durch Wahl, eigenständigem Tätigwerden innerhalb eines klar abgegrenzten Kompetenzrahmens, Rechenschaftsablage und Entlastung.



Art. 95 Abs. 3 BV bringt so nur eine, wenn auch eine sehr bedeutende, Änderung mit sich: Eine Aufgabe, die heute zum Teil zu den unentziehbaren und unübertragbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates zählt,¹⁷ wird neu einem Ausschuss des Verwaltungsrates zugewiesen, und zwar mit Entscheidungskompetenz und nicht bloss vorbereitend oder ausführend.¹⁸ Dabei muss die Rolle und Kompetenz des Vergütungsausschusses bezogen auf das Spezialmandat derjenigen des Gesamtverwaltungsrates beim allgemeinen Geschäftsführungsmandat entsprechen:

- Dem Vergütungsausschuss muss für seine Tätigkeit ein unentziehbarer und unübertragbarer Kompetenzrahmen analog Art. 716a OR zustehen.
- Der Vorsitzende des Vergütungsausschusses muss analog zu Art. 715a OR direkt über den Zugang zu den für den Ausschuss relevanten Informationen entscheiden können.
- Der Vergütungsausschuss hat der Generalversammlung Rechenschaft abzulegen.
- Die Generalversammlung hat über die Entlastung des Vergütungsausschusses zu beschliessen (Art. 758 OR).

¹⁵ Zur bereits unter dem geltenden Recht möglichen Delegation der Vergütungsfestsetzung an den Vergütungsausschuss vgl. *Hans Caspar von der Crone/Benedict Burg*, Salärgovernance und Markt für Führungskräfte, in: Rolf Sethe et al. (Hrsg.), Kommunikation. Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 343 f.; *Hans Caspar von der Crone/Valentin Jentsch*, Aktuelle Entwicklungen in der Vergütungslandschaft des Finanzplatzes Schweiz. Vergütungen, Marktversagen und Regulierung, SZW 5 (2012) 399 ff.

¹⁶ Vgl. zum Mandatsverhältnis: *Katja Roth Pellanda*, Vertragsverhältnisse mit Verwaltungsräten, GesKR 1 (2012) 72 ff.

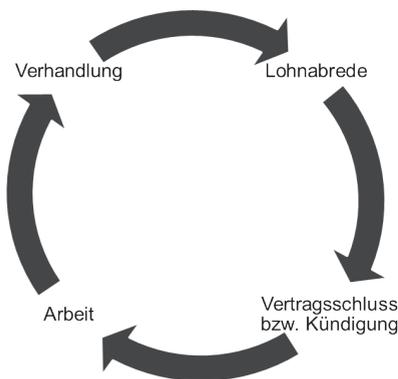
¹⁷ Vgl. Fn. 15.

¹⁸ Vgl. von der Crone/Jentsch (Fn. 15) 399 ff.

- Der Vergütungsausschuss muss für seine Entscheide verantwortlich (Art. 754 OR) sein.

2. Arbeits- und Auftragsrecht

Die Geschäftsleitungsmitglieder – sowie fallweise auch Verwaltungsratsmitglieder¹⁹ – sind im Rahmen eines Arbeitsvertrags für die Gesellschaft tätig.²⁰ Soweit als möglich muss Art. 95 Abs. 3 BV deshalb im Kontext des Arbeitsrechts verstanden und umgesetzt werden. Der typische Zyklus des Arbeitsvertrags geht vom Vertragsabschluss aus, dem ein Konsens über den Lohn zugrunde liegt. In der Praxis sind jährliche Verhandlungen über die Vergütung die Regel. Wird dabei kein Konsens erzielt, gilt das ursprünglich Vereinbarte weiter, es sei denn, eine der Parteien entschliesse sich zu einer Änderungskündigung.²¹



Ein Tätigwerden ohne Konsens über die Vergütung stellt einen atypischen Sachverhalt dar: Mangels Verabredung ist der «übliche» Lohn geschuldet (Art. 322 Abs. 1 OR). Dasselbe gilt nach Art. 394 Abs. 3 OR mutatis mutandis für die Entschädigung des Verwaltungsrates.²² Volle Entscheidungsfreiheit haben die Parteien also

nur prospektiv, vor Aufnahme der Tätigkeit. Retrospektiv sind sie an das Auffangkriterium des Üblichen gebunden.

Damit ergeben sich aus dem Arbeitsrecht drei Vorgaben für die Gestaltung des Vergütungsverfahrens:

- Die Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 BV muss soweit als möglich auf prospektive Entscheidungen abstellen; insbesondere hat die Generalversammlung grundsätzlich vor der Leistungserbringung über die Gesamtsumme der Vergütungen zu entscheiden.²³
- Einseitige Vergütungsänderungen sind konzeptionell als Änderungskündigungen zu verstehen.²⁴
- Es ist zu regeln, wie bei Nichtgenehmigung der Gesamtsumme aller Vergütungen durch die Generalversammlung die geschuldete (übliche) Vergütung festgesetzt wird.²⁵

IV. Vergütungsverfahren im Überblick

Art. 95 Abs. 3 BV zeichnet vor dem Hintergrund dieses konzeptionellen Rahmens die Einflussnahme des Aktionärs über den gesamten Vergütungsprozess hinweg vor:

Konstituierend legen die Aktionäre in den Statuten den Rahmen für Erfolgs- und Beteiligungspläne fest.²⁶ Gestützt auf die statutarische Grundlage nehmen die Aktionäre jährlich über drei Geschäfte der Generalversammlung Einfluss auf den konkreten Verlauf des Vergütungsprozesses:

- Sie wählen die Mitglieder des Vergütungsausschusses.
- Sie entscheiden prospektiv über die Gesamtsumme aller Vergütungen des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates.

- Sie nehmen retrospektiv Kenntnis von der Tätigkeit des Vergütungsausschusses über die Rechenschaftsablage.

Grundlage und zugleich Konsequenz des gesamten Prozesses ist eine umfassende Vergütungstransparenz: Grundlage, weil eine Genehmigung der Gesamtsumme nur in Kenntnis der bisherigen Vergütungen und den hinter dem Vergütungsmodell stehenden Überlegungen zu erwarten ist. Konsequenz, weil die Wiederwahl der Mitglieder des Vergütungsausschusses eine Rechenschaftsfrage über deren Tätigkeit voraussetzt. Dabei kommt der konkreten Vergütung besondere Bedeutung zu, weil diese erst aus der Umsetzung der Gesamtsumme entsteht.²⁷

V. Statuten

A. Regelungskompetenz bei variablen Vergütungen

Art. 95 Abs. 3 lit. c BV verlangt, dass die Statuten unter anderem die Erfolgs- und Beteiligungspläne für Or-

¹⁹ Vgl. anstatt Vieler: *Roth Pellanda* (Fn. 16) 74.

²⁰ Anstatt Vieler: *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 29 N 60.

²¹ Vgl. insb. die Lehre zur Lohnkürzung: *Wolfgang Portmann*, Art. 322 N 9, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Basler Kommentar. Obligationenrecht I*. Art. 1–529, 5. A., Basel 2011.

²² Die Üblichkeit bezieht sich nicht bloss auf die Tatsache, dass ein Lohn geschuldet ist, sondern auch auf dessen Höhe: *Rolf H. Weber*, Art. 394 N 39, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Basler Kommentar. Obligationenrecht I*. Art. 1–529, 5. A., Basel 2011.

²³ Vgl. VI.B.2.

²⁴ Vgl. VI.B.5.c.

²⁵ Vgl. VI.B.5.

²⁶ Art. 95 Abs. 3 lit. c BV.

²⁷ Vgl. VI.B.

ganmitglieder regeln. Es handelt sich dabei um bedingt notwendigen Statuteninhalt.²⁸ Die Vergütungspolitik der Gesellschaft kann und muss somit künftig in der «Verfassung» der Ge-

sellschaft durch die Aktionäre verbindlich geregelt werden.²⁹ Der Begriff «regeln» ist weit zu verstehen: Die Generalversammlung kann die «Erfolgs- und Beteiligungspläne» in allen Einzelheiten oder aber nur in den Grundzügen, unter Delegation der Konkretisierung an den Vergütungsausschuss, festsetzen.³⁰

B. Abschliessende statutarische Regelung

Die Aktionäre können dem Vergütungsausschuss in der Ausgestaltung der variablen Vergütungen wenig oder gar keinen Spielraum lassen: So könnten die Statuten eine reine Festlohnvergütung vorsehen oder – wie dies aktuell in der EU diskutiert wird – eine Beschränkung der variablen Vergütung auf beispielsweise das Doppelte des Grundlohns.³¹ Ebenso könnten die Statuten genaue Regeln für die Bemessung der variablen Vergütungsanteile vorgeben, wie beispielsweise ein Prozentanteil des betrieblichen Gewinns.

Eine umfassende Regelung der Erfolgs- und Beteiligungspläne in den Statuten käme insbesondere für kleinere Gesellschaften mit homogenem Geschäftsmodell in Frage.³²

C. Grundsatzregelung mit Umsetzungsermächtigung

Die Aktionäre können dem Vergütungsausschuss bei der Festsetzung der variablen Vergütung aber auch Spielraum lassen.³³ Sie könnten in den Statuten nur die in Frage kommenden Vergütungsinstrumente (Bargeld, Aktien, Optionen etc.), sowie die Grundsätze für eine Zusage, wie etwa Leistungs- oder Erfolgsabhängigkeit, definieren. Wie Leistung oder Erfolg³⁴ zu messen ist und welche konkreten Anreize zum Einsatz kommen, hat

dann der Vergütungsausschuss selbst festzusetzen.

In Ausübung der ihm delegierten Kompetenz hätte der Vergütungsausschuss in diesem Fall den konkreten Erfolgs- und Entschädigungsplan auszuarbeiten. Dieser dürfte ein mehrjähriges Vergütungssystem mit kurz-, mittel- und langfristigen Anreizelementen vorsehen.³⁵ Zu regeln ist zudem die Frage der Ausrichtung der Vergütung (*vesting*).³⁶

D. Mangelhafte statutarische Grundlage

Erfolgs- und Beteiligungspläne können nur gestützt auf eine statutarische Grundlage gültig erlassen werden (i.S.v. Art. 627 OR). Mangels statutarischer Grundlage kann keine variable, sondern bloss eine feste Vergütung ausbezahlt werden. Wird trotzdem eine variable Vergütung bezahlt, so kann diese mittels Rückerstattungsklage (Art. 678 OR) zurückgefordert werden. Die für die Leistung verantwortlichen Personen, namentlich die Mitglieder des Vergütungsausschusses, machen sich überdies persönlich haftbar (Art. 754 OR) und allenfalls auch strafbar (Art. 95 Abs. 3 lit. d BV).³⁷

VI. Generalversammlung

A. Wahl des Vergütungsausschusses

1. Wahl und Notwendigkeit eines Vergütungsausschusses

Gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. a BV soll die Generalversammlung die Mitglieder des Vergütungsausschusses jedes Jahr neu wählen. Durch diese zwingende Kompetenz der Generalversammlung wird der Grundsatz, wonach der Verwaltungsrat sich selbst konstituiert,³⁸ punktuell verdrängt.

²⁸ *Vogt/Baschung* (Fn. 1) 28.

²⁹ *Yannick Hausmann/Elisabeth Bechthold-Orth*, *Corporate Governance: Überholt die Schweiz Europa? Eine rechtsvergleichende Analyse der aktuellen Entwicklungen*, Vorabversion GesKR 2 (2013) 5 scheinen im Gegensatz dazu lediglich von statutarischen Offenlegungspflichten auszugehen.

³⁰ Eine Regelung in den Grundzügen favorisierend: *Daniel Daeniker/Frank Gerhard*, *Salärkompetenz der GV*, GesKR-Tagung Entschädigungsrecht post Minder, GesKR-Tagung vom 6. März 2013 in Zürich, Folien 12 ff.; *Hausmann/Bechthold-Orth* (Fn. 29) 5; eine detaillierte Regelung favorisierend: *Rolf Watter*, *GesKR-Tagung: Entschädigungsrecht in kotierten Gesellschaften «post Minder»*, 6. März 2013. *Beteiligungspläne*, GesKR-Tagung vom 6. März 2013 in Zürich, Folien 20 ff.

³¹ Vgl. dazu die verschiedenen Pressemitteilungen der EU, u. a.: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=IM-PRESS&reference=20130409NEW07135&secondRef=ITEM-001-EN&format=XML&language=EN> (zuletzt besucht am 16. April 2013).

³² Vgl. gl. M: *Watter* (Fn. 30) Folie 26.

³³ Zulässigkeit einer Delegation verschiedener Elemente bejahend: *Daeniker/Gerhard* (Fn. 30) Folie 12.; *Watter* (Fn. 30) Folie 26; *Vogt/Baschung* (Fn. 1) 28 f.

³⁴ Zum Unterschied zwischen Leistung und Erfolg vgl. *von der Crone/Jentsch* (Fn. 15) 394 ff.

³⁵ Bei Banken wird dies wohl auch in Zukunft zwingend sein: *Rundschreiben 2010/1*. Vergütungssysteme. Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten vom 1. Januar 2010 (Stand 1. Juni 2012), abrufbar unter: <http://www.finma.ch/d/regulierung/Documents/finma-rs-2010-01-d.pdf> (zuletzt besucht am 16. April 2013).

³⁶ Vgl. VI.B.4.

³⁷ Hierzu ist allerdings die Umsetzung hinsichtlich der einzelnen Tatbestände noch abzuwarten.

³⁸ Vgl. dazu anstatt Vieler: *Böckli* (Fn. 14) § 13 N 100 ff.

Sinn und Zweck der jährlichen Einzelwahl der Mitglieder des Vergütungsausschusses ist es, der Generalversammlung die Möglichkeit zur Bestimmung der für die Vergütungsfragen zuständigen Personen zu geben.³⁹ Mit der Einzelwahl werden einzelnen Personen selbständige Kompetenzen zugewiesen, für deren gehörige Erfüllung sie auch selbständig Rechenschaft abzulegen haben.⁴⁰ Funktional betrachtet setzt Art. 95 Abs. 3 BV bei Publikumsgesellschaften somit einen Vergütungsausschuss voraus.⁴¹ Bei Unterlassen der jährlichen Wahl der Ausschussmitglieder wäre die Gesellschaft daher nicht ordnungsgemäss bestellt.

2. Zugehörigkeit zum Verwaltungsrat

Der Begriff *Ausschuss* bezeichnet eine «für besondere Aufgaben aus einer grösseren Gemeinschaft, Körperschaft ausgewählte Personengruppe»⁴². Der Vergütungsausschuss nimmt eine Tätigkeit wahr, die in Wechselwirkung mit den dem Verwaltungsrat zukommenden Aufgaben wie Nomination neuer Organe, Finanzverantwortung etc. steht. Der Vergütungsausschuss ist deshalb, ungeachtet seines Spezialmandats,⁴³ weiterhin Teil des Gesamtverwaltungsrates.⁴⁴

3. Notwendige Mitgliederzahl

Der Vergütungsausschuss kann nicht aus dem gesamten Verwaltungsrat bestehen, weil ein Ausschuss begriffsnötig ein Teil eines Ganzen darstellt.⁴⁵ Handelt es sich um eine Abordnung mit bloss einem Mitglied, wird von einem Delegierten gesprochen.⁴⁶ Ein Ausschuss hat somit aus mindestens zwei Mitgliedern zu bestehen.

4. Persönliche Voraussetzungen

Art. 95 Abs. 3 BV lässt offen, ob die Wahl in den Vergütungsausschuss auch von persönlichen Voraussetzungen abhängig sein soll. In der Praxis ist es üblich, den Vergütungsausschuss zumindest mit nicht-exekutiven Mitgliedern des Verwaltungsrates zu besetzen. Der *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance* fordert zudem im Einklang mit international verbreiteten Standards, dass die Mehrheit der Mitglieder des Vergütungsausschusses unabhängig sind.⁴⁷ Der Erlass von Regeln über die Zusammensetzung des Vergütungsausschusses geht über die Verordnungskompetenz des Bundesrates hinaus.⁴⁸ Die Frage ist deshalb vom formellen Gesetzgeber zu entscheiden.

Aufgrund der internationalen Erfahrungen spricht einiges dafür, solche Regeln vorzusehen. Allerdings ergäbe sich ein Konflikt mit der Wahlfreiheit der Aktionäre.

B. Abstimmung über die Gesamtsumme aller Vergütungen

Nach Art. 95 Abs. 3 lit. a BV muss die Generalversammlung jährlich über die Gesamtsumme aller Vergütungen (Geld und Wert der Sachleistungen) des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates abstimmen.

1. Genehmigungskompetenz

Die Generalversammlung entscheidet formell über eine einzige rechnerische Grösse, die Gesamtsumme. Dieser liegt ein Vergütungskonzept zugrunde. Ausgehend von den festen Entschädigungen umfasst ein solches Konzept typischerweise kurz-, mittel- und langfristige variable Komponenten.⁴⁹ Lehnt die Generalversammlung die Gesamtsumme ab, so hat der Vergütungsausschuss das Vergütungs-

konzept zu überarbeiten. Soll der Vergütungsausschuss für seine Entscheidungen rechenschaftspflichtig und letztlich auch verantwortlich sein, muss ihm die Kompetenz zur Gestaltung des Vergütungskonzepts im Sinne von Art. 716a OR unentziehbar zugewiesen werden. Andernfalls ergäbe sich eine Kompetenzverwischung zwischen Generalversammlung und Vergütungsausschuss, die in Art. 95 Abs. 3 BV insbesondere mit Blick auf die feste Vergütung nicht vorgezeichnet ist.⁵⁰

Die Initianten gingen davon aus, dass es bloss eine Abstimmung über die Gesamtsumme aller Vergütungen

³⁹ Vgl. III.1.

⁴⁰ Vgl. bereits von der Crone/Burg (Fn. 15) 344 f.

⁴¹ Bei bindender Einzelwahl: Häusermann (Fn. 8) 158; ablehnend Glanzmann (Fn. 2) 8.

⁴² Duden: <http://www.duden.de/rechtschreibung/Ausschuss#Bedeutung2> (zuletzt besucht am 16. April 2013).

⁴³ Vgl. III.1.

⁴⁴ Implizit die Initianten: Erläuterungen (Fn. 12) Ziff. 1 d).

⁴⁵ Vgl. VI.A.2.

⁴⁶ Vgl. bspw. Art. 718 Abs. 2 OR.

⁴⁷ Ziff. 25 des *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance* in der Version von 2007, abrufbar unter: http://www.economie.suisse.ch/de/PDF%20Download%20Files/pospap_swiss-code_corp-govern_20080221_de.pdf (zuletzt besucht am 16. April 2013); so auch die Initianten: Erläuterungen (Fn. 12) Ziff. 1 d).

⁴⁸ Vgl. zum Umfang der Verordnungskompetenz Vogt/Baschung (Fn. 1) 7; 31.

⁴⁹ Vgl. für die Finanzdienstleistungsbranche: BGer 4A_520/2012 vom 26.02.2013 E. 2.1; von der Crone/Jentsch (Fn. 15) 378 ff.

⁵⁰ Die Statuten regeln, das heisst gestalten bloss die Erfolgs- und Beteiligungspläne, nicht aber die feste Vergütung (Art. 95 Abs. 3 lit. c BV). Zudem würde die Beauftragung eines Vergütungsausschusses wenig Sinn machen, wenn ihm letztlich das Heft wieder aus der Hand genommen wird.

des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates und nicht über individuelle Vergütungen geben soll.⁵¹ Für eine Beschlussfassungskompetenz wäre es nötig, über einzelne Vergütungen abzustimmen: Selbst wenn angenommen würde, die Beschlussfassungskompetenz ginge nur soweit, als damit die Gesamtsumme als Ganzes herauf- bzw. herabgesetzt werden kann, wäre die Auswirkung auf das einzelne Salär unklar: Wollte die Generalversammlung nur die Vergütungen einzelner Personen herabsetzen, oder alle Vergütungen im Verhältnis ihres Anteils an der Gesamtsumme?

Deshalb muss der Generalversammlung bezüglich der Gesamtsumme der Vergütungen eine Genehmigungs- und nicht eine Beschlussfassungskompetenz zukommen.⁵²

2. Prospektive Genehmigung

Damit die Generalversammlung bindend über die Gesamtsumme abstimmen kann, muss die Abstimmung aufgrund der Vorgaben des Arbeitsrechts (Art. 322 Abs. 1 OR) und des Auftragsrechts (Art. 394 Abs. 3 OR) wie erwähnt vor Erbringung der Arbeitsleistung erfolgen.^{52a} Andernfalls tritt der gesetzliche Auffangtatbestand der üblichen Entschädigung an die Stelle einer individuellen Verhandlung.⁵³

Praktikabel erscheint dabei nur ein Entscheid der Generalversammlung für das laufende Geschäftsjahr. Würde über die Gesamtsumme für das darauffolgende Geschäftsjahr entschieden, wären die Entscheidungsgrundlagen zu unsicher. In Kauf zu nehmen ist, dass der Entscheid zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem bereits rund ein Quartal des Geschäftsjahres, auf den sich der Entscheid bezieht, verstrichen ist.⁵⁴

Denkbar wäre grundsätzlich auch eine Genehmigung bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung. Dies könnte aber aus praktischen Gründen schwierig sein, wenn Teile der Vergütung in Abhängigkeit des Geschäftsergebnisses bestimmt werden.

3. Begriff der Gesamtsumme

Soll die Generalversammlung prospektiv über eine Vergütungssumme entscheiden und soll diese leistungsabhängig ausgestaltet werden können, so muss die Generalversammlung über einen Maximalbetrag entscheiden dürfen. Ansonsten wäre eine Korrektur nach unten, die bei schlechter

Leistung angezeigt ist, nicht möglich, weil dann eine Pflicht bestehen würde, diese auch effektiv auszuzahlen. In die Gesamtsumme muss sodann eine Reserve für allfällige Stellenwechsel und Ähnliches unter dem Jahr aufgenommen werden können, weil der Vergütungsausschuss ansonsten mangels Genehmigung den betreffenden Personen keine Vergütung ausrichten könnte.⁵⁵

Die Generalversammlung hat deshalb nur die Gesamtsumme für alle Organmitglieder zusammen oder nach Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Beirat getrennte Teilsommen, nicht aber konkrete Einzelvergütungen zu genehmigen, weil diese noch gar nicht feststehen.

Die Genehmigung einer blossen Berechnungsgrundlage ist unseres Erachtens als zulässig zu betrachten, wenn sich daraus klarerweise ein (Maximal-)betrag ableiten lässt.⁵⁶

4. Vergütungsausrichtung

Die Abstimmung über die Gesamtsumme aller Vergütungen von Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Beirat hat jährlich stattzufinden. Die Höhe der Gesamtsumme für das betreffende Geschäftsjahr ergibt sich aus der Summe aller in diesem Jahr maximal auszurichtenden Vergütungsansprüche. Der Begriff «ausrichten» soll grundsätzlich zu einem Gleichlauf mit der Terminologie der Offenlegung nach Art. 663b^{bis} Abs. 1 Ziff. 1 OR führen.⁵⁷ Dabei ist aber zu beachten, dass sich die Offenlegung auf konkrete Vergütungen in der Vergangenheit beziehen, hier aber von maximalen Vergütungen in der abstrakten Form einer Gesamtsumme gesprochen wird. Der Gleichlauf bezieht sich somit auf die zeitliche Zuordnung der Ansprüche. In die Berechnung der

⁵¹ Vgl. Erläuterungen (Fn. 12) Ziff. 1 a).

⁵² Gl. M: Felix W. Egli, Ausgestaltung Arbeitsverträge, GesKR-Tagung vom 6. März 2013 in Zürich, Folie 4.

^{52a} Hausmann/Bechtold-Orth (Fn. 29) 11 weisen zudem darauf hin, dass bei retrospektiver Ablehnung die Jahresrechnung nicht abgenommen und damit auch keine Dividende beschlossen werden könnte.

⁵³ Vgl. III.2.

⁵⁴ Vgl. für diese Zeit: VI.B.5.c.

⁵⁵ Ein Abweichen von der Gesamtsumme aus wichtigen Gründen ist hinsichtlich der allfälligen strafrechtlichen Konsequenzen (Art. 95 Abs. 3 lit. d BV) heikel. Aus diesem Grund ist auch der zum Teil verwendete Begriff «Budget» im Zusammenhang mit der Gesamtsumme abzulehnen. Vielmehr ist von einem Kostendach auszugehen, vgl. a. A. GesKR-Tagung Entschädigungsrecht in kotierten Gesellschaften «post Minder». Umsetzungsempfehlungen für den Bundesrat, 5.

⁵⁶ Ähnlich: GesKR-Tagung Entschädigungsrecht in kotierten Gesellschaften «post Minder». Umsetzungsempfehlungen für den Bundesrat, 5.

⁵⁷ Vgl. Rolf Watter/Karim Maizar, Art. 663b^{bis} N 39 ff., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht II. Art. 530–964 OR. Art. 1–6 SchlT AG. Art. 1–11 Übest GmbH, 4. A., Basel 2012.

Gesamtsumme einzubeziehen sind die für das laufende Geschäftsjahr vorgesehenen bedingten oder unbedingten, fälligen oder erst in Zukunft fällig werdenden maximalen Vergütungsansprüche zum Zeitwert⁵⁸ im Zeitpunkt der Generalversammlung.

Von der Ausrichtung der Vergütung zu trennen ist die Frage, wann die betreffenden Vergütungsbestandteile zur Zahlung fällig werden. So kann es sein, dass in einem Jahr weniger Vergütungen als die genehmigte Gesamtsumme ausbezahlt werden, weil die Ansprüche von Bedingungen abhängig sind oder erst künftig fällig werden. Umgekehrt kann in einem Jahr mehr als die genehmigte Gesamtsumme aller Vergütungen ausbezahlt werden, weil Ansprüche, die bereits in früheren Jahren genehmigt wurden, fällig sind.

5. *Ablehnung der Gesamtsumme aller Vergütungen*

Wird die Gesamtsumme aller Vergütungen von Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Beirat nicht genehmigt, ist nach Art. 322 Abs. 1 OR bzw. Art. 394 Abs. 3 OR die übliche Entschädigung geschuldet.

a. *Gesetzlicher Auffangtatbestand*

Die Geschäftsleitung steht, unabhängig von ihrer Stellung als Organ der Gesellschaft, in einem Arbeitsverhältnis mit derselben.⁵⁹ Wird kein Lohn vereinbart, so ist der übliche Lohn geschuldet (Art. 322 Abs. 1 OR), wozu auch ein allfälliger variabler Lohnanteil (Bonus) gehört.⁶⁰ Liegt eine Gratifikation (Art. 322d OR) vor, so ist sie unter anderem geschuldet, wenn sie zuvor drei Jahre in Folge vorbehaltlos ausbezahlt wurde.⁶¹ Wird die Gesamtsumme aller Vergütungen nicht genehmigt, so ist deshalb, soweit bereits Arbeit seitens der in einem Arbeits-

verhältnis zur Gesellschaft stehenden Personen geleistet wurde, der übliche Lohn geschuldet. Die Üblichkeit ist für jede Partei individuell zu bestimmen und richtet sich nicht mehr nach einer maximalen Gesamtsumme. Für die Vergütung des Verwaltungsrates und des Beirates, auf welche grundsätzlich das Auftragsrecht anwendbar ist, gilt mutatis mutandis dasselbe (Art. 394 Abs. 3 OR).⁶²

Der Vergütungsausschuss hat den üblichen Lohn zu konkretisieren und als zuständiges Organ der Gesellschaft auszurichten.

b. *Statutarischer Auffangtatbestand*

Die übliche Entschädigung wird regelmässig umstritten sein und kann auch höher ausfallen, als es die aufgrund der nicht genehmigten Gesamtsumme geschuldete Vergütung gewesen wäre, weil sie sich unter anderem an der Vergütung in den Vorjahren orientiert.⁶³

Unseres Erachtens sollte es deshalb zulässig sein, eine Bestimmung in die Statuten aufzunehmen, die regelt, wie sich die Vergütung im Falle der Nichtgenehmigung bestimmen soll. Dies entspräche zum einen dem vom Verfassungsgeber gewünschten Mitspracherecht der Aktionäre bei den Salären. Zum anderen böte es den beteiligten Personen eine voraussehbare Grundlage, auf die sie ihre Dispositionen ausrichten können.

c. *Kündigungsrecht*

Konzeptionell geht Art. 95 Abs. 3 BV davon aus, dass die Vergütungsabrede mit den Mitgliedern des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates unter der gesetzlichen Bedingung der Genehmigung der Gesamtsumme aller Vergütungen steht. Der Gesamtsumme liegt ein Verteilungs-

schlüssel auf die einzelnen Personen zugrunde. Diesen hat der Vergütungsausschuss an die übliche bzw. statutarische Entschädigung anzupassen. Die Vergütungsabreden in den einzelnen Verträgen fallen somit dahin, wenn die übliche bzw. statutarische Vergütung anders als die vertraglich vereinbarte ausfällt. Für die Zeit, für die bereits Leistungen erbracht wurden, ist sodann diese Entschädigung geschuldet. Für die Zeit von der Nichtgenehmigung bis zur nächsten Generalversammlung sind zwei Alternativen möglich: Die betroffenen Personen können einerseits die übliche bzw. statutarische Entschädigung akzeptieren und somit eine neue Vergütungsabrede mit der Gesellschaft schliessen, die an die Stelle der alten tritt. Sie können andererseits diese Entschädigung aber auch ablehnen und den Vertrag mit der Gesellschaft kündigen. Eine Nichtgenehmigung entspricht deshalb materiell der Änderungskündigung.

Diese Kündigung müsste unseres Erachtens mit einer kurzen Frist verbunden sein, weil eine möglichst schnelle Anpassung der Verhältnisse für beide Parteien wichtig ist. Das geltende Recht wäre unseres Erachtens dahin-

⁵⁸ Gl. M: GesKR-Tagung Entschädigungsrecht in kotierten Gesellschaften «post Minder». Umsetzungsempfehlungen für den Bundesrat, 5.

⁵⁹ Roth Pellanda (Fn. 16) 74.

⁶⁰ Zur Abgrenzung von Lohn i. e. S. und der Gratifikation vgl. BGer 4A_520/2012 vom 26.2.2013 E. 3.

⁶¹ BGE 129 III 276 E. 2, m.w.H.; Fn. 60.

⁶² Zu den einzelnen Bestimmungskriterien vgl. im Arbeitsrecht: Wolfgang Portmann/Jean-Fritz Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. A., Zürich/St. Gallen 2013, N 220 ff; im Auftragsrecht: Weber (Fn. 22) Art. 394 N 39.

⁶³ Vgl. Fn. 62.

gehend anzupassen, dass zufolge Nichtgenehmigung auch bei langen Kündigungsfristen eine Kündigung mit der gesetzlichen Frist möglich ist. Ein solches Kündigungsrecht müsste auch bei auf fixe Dauer abgeschlossenen Vertragsverhältnissen bestehen.⁶⁴ Insgesamt wäre unseres Erachtens auch eine Abweichung vom Grundsatz der Parität der Kündigungsfristen⁶⁵ zu Gunsten des Arbeitnehmers denkbar, selbst wenn im Einzelfall faktisch nur der Arbeitnehmer ein Interesse an der Kündigung hat,⁶⁶ weil der Arbeitgeber seinerseits einseitig die Vergütungsabrede dahinfallen lassen kann.

Mitgliedern des Verwaltungsrates und des Beirates kommt regelmässig das jederzeitige Kündigungsrecht zu (Art. 404 Abs. 1 OR).

6. Anspruch auf Rechenschafts-ablage

Der Aktionär hat ein besonderes Interesse an der Kenntnisnahme der konkreten Vergütung, insbesondere, wenn diese bei leistungsabhängigen Vergütungsmodellen erst feststeht, nachdem die Leistung erbracht wurde. Im hier vorgezeichneten Modell hat der Vergütungsausschuss deshalb jedes Jahr darzulegen, wie er die Gesamtsumme aller Vergütungen im letzten Jahr auf die einzelnen Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates verteilt hat.

Der Anspruch auf Rechenschaft ergibt sich aus dem bezüglich der Vergütungen erteilten Spezialmandat.⁶⁷ Aufgrund des Mandatsrechts ist der Beauftragte verpflichtet, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen (Art. 400 Abs. 1 OR). Im Aktienrecht wird die Rechenschaft, vorbehältlich spezieller Fälle wie das Auskunfts- und Einsichtsrecht und die Sonderprüfung nach Art. 697 ff. OR, jährlich an der Generalversammlung abgelegt. Dabei hat der Verwaltungsrat insbesondere im Geschäftsbericht bzw. der Jahresrechnung (Art. 958 Abs. 2 OR) Rechenschaft über die Geschäftsführung abzulegen. Dem folgend hätte der Vergütungsausschuss im Rahmen des Spezialmandats ebenfalls jährlich Rechenschaft über seine Tätigkeit in einem Bericht abzulegen.

Der Vergütungsausschuss hat somit der Generalversammlung einen Vergütungsbericht vorzulegen, den diese analog der Jahresrechnung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR) zu genehmigen hat. Die Generalversammlung kann so in formalisierter Weise ihre Meinung zur Tätigkeit des Vergütungsausschusses kundtun.⁶⁸ Der Rechenschaft kommt besondere Bedeutung zu, wenn der Vergütungsausschuss zufolge Nicht-

genehmigung der Gesamtsumme aller Vergütungen die statutarische bzw. übliche Entschädigung festzusetzen hat.⁶⁹

7. Entlastung

Werden dem Vergütungsausschuss einzelne Kompetenzen unübertragbar und unentziehbar zugewiesen,⁷⁰ hat die Generalversammlung auch über die Entlastung seiner Mitglieder abzustimmen (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 i. V. m. Art. 758 OR). Eine Entlastung der Mitglieder des Vergütungsausschusses in der gleichen Abstimmung zusammen mit dem Gesamtverwaltungsrat ist somit nicht hinreichend, weil eine unverfälschte Entlastung für die spezifischen Kompetenzen nur bei getrennter Abstimmung möglich ist.

VII. Vergütungsausschuss

A. Wahlzyklus

Art. 95 Abs. 3 BV sieht wie dargelegt zwingend einen Vergütungsausschuss vor,⁷¹ dem bezüglich der Vergütungen ein Spezialmandat zukommt⁷² und stellt eine Missachtung der Pflichten unter Strafe. Der Vergütungsausschuss hat deshalb die ihm zugewiesenen Kompetenzen auch selbständig wahrzunehmen.⁷³ Die Pflichten des Vergütungsausschusses⁷⁴ aus dem Spezialmandat kommen ihm daher unübertragbar und teilweise unentziehbar^{74a} zu.

Am Anfang wie am Ende des Spezialmandats⁷⁵ steht die (Wieder-)Wahl der einzelnen Mitglieder des Vergütungsausschusses. Aus funktionaler Sicht hat die Wahl deshalb nach der Genehmigung der Gesamtsumme aller Vergütungen von Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Beirat zu erfolgen. Die Generalversammlung hat damit die Möglichkeit, bei Nichtgeneh-

⁶⁴ Nach geltendem Recht wäre unseres Erachtens die Zulässigkeit einer Kündigung aus wichtigem Grund zu prüfen (Art. 337 ff. OR); vgl. *Wolfgang Portmann*, Art. 334 N 9, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Basler Kommentar. Obligationenrecht I*. Art. 1–529, 5. A., Basel 2011.

⁶⁵ *Wolfgang Portmann*, Art. 335a N 2, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Basler Kommentar. Obligationenrecht I*. Art. 1–529, 5. A., Basel 2011.

⁶⁶ *Portmann* (Fn. 65) Art. 335a N 3.

⁶⁷ Vgl. III.1.

⁶⁸ Vgl. auch die Forderungen bei: *Dominique Biedermann/Daniel Daeniker*, Soll die Generalversammlung Managersaläre genehmigen?, *GesKR* 2 (2008) 147.

⁶⁹ Vgl. VI.5.

⁷⁰ Vgl. III.1.

⁷¹ Vgl. VI.A.1.

⁷² Vgl. III.1.

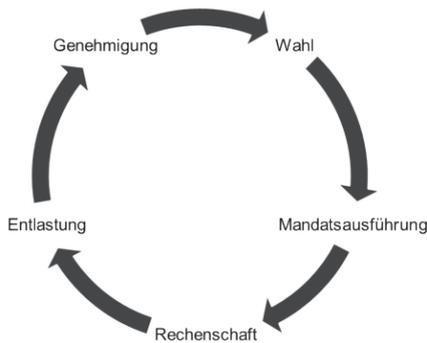
⁷³ Vgl. III.1; VI.A.

⁷⁴ Vgl. insb. III.1; V; VI.B.1; 5.

^{74a} Vgl. VII.B.1.

⁷⁵ Vgl. insb. III.1.

migung der Gesamtsumme den Vergütungsausschuss, der die Summe vorgelegt hat, neu zu bestellen, oder ihm trotz des negativen Entscheides über die Gesamtsumme das Vertrauen auszusprechen. Dies gebietet sich mit Blick auf die rechtlichen Konsequenzen der Nichtgenehmigung und der dabei vom Vergütungsausschuss einzunehmenden Rolle.⁷⁶



B. Kompetenzen

1. Umsetzung der statutarischen Grundlagen bei variablen Vergütungen

Haben die Statuten die Erfolgs- und Beteiligungspläne für Organmitglieder detailliert geregelt, so kommt dem Vergütungsausschuss eine blosse Vollzugskompetenz zu. Haben die Statuten den Vergütungsausschuss im Rahmen von Grundsätzen ermächtigt, die Erfolgs- und Beteiligungspläne selber festzulegen, so hat dieser eine eigentliche Regelungskompetenz. Die Generalversammlung kann ihm diese Regelungskompetenz jederzeit durch Änderung der Statuten wieder entziehen.⁷⁷

2. Festlegung der Gesamtsumme aller Vergütungen der Organe

Der Vergütungsausschuss hat der Generalversammlung jeweils die Ge-

samtsumme aller Vergütungen des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates zur Genehmigung vorzulegen.⁷⁸ Er hat zunächst die Gesamtsumme aufgrund eines Vergütungssystems zu ermitteln.⁷⁹ Um einen fundierten Entscheid der Generalversammlung zu ermöglichen, wird der Vergütungsausschuss diese in Form einer geeigneten Informationsgrundlage über die Zusammensetzung der Gesamtsumme aufklären müssen.

3. Festlegung der Vergütungen der einzelnen Organmitglieder

Innerhalb des statutarischen Rahmens der variablen Entschädigung sowie der genehmigten Gesamtsumme hat der Vergütungsausschuss das konkrete Salär der Organmitglieder zu verhandeln. Bei Ablehnung der Gesamtsumme aller Vergütungen hat er die übliche bzw. statutarische Entschädigung festzulegen.⁸⁰

C. Rechenschaftspflicht gegenüber der Generalversammlung

Die beschriebene Rechenschaftspflicht des Vergütungsausschusses gegenüber der Generalversammlung⁸¹ stellt im Gegensatz zur bisherigen Praxis erhöhte Anforderungen an die Transparenz seiner Tätigkeit:

Der Vergütungsausschuss hat der Generalversammlung in möglichst nachvollziehbarer Weise zu erläutern, nach welchen Kriterien er die Gesamtsumme aller Vergütungen von Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Beirat verteilt hat. Das Anreizsystem selbst müsste es dem Aktionär erlauben, die gerechtfertigten Überlegungen des Vergütungsausschusses, die zu einem konkreten Salär geführt haben, nachvollziehen zu können.⁸² Ansonsten besteht die Gefahr, dass die Aktionäre mangels Nachvoll-

ziehbarkeit des Anreizsystems die Genehmigung der Gesamtsumme aller Vergütungen von Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Beirat ablehnen.

Der Vergütungsausschuss hat den Vergütungsbericht im Sinne von Art. 696 OR der Einberufung der Generalversammlung beizulegen, damit die Aktionäre sich genügend früh darüber informieren können.

D. Verantwortlichkeit

Soweit der Vergütungsausschuss im Rahmen der unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen tätig ist, kann nur er selbst zur Verantwortung gezogen werden. Es wäre stossend, den Verwaltungsrat für Fehler des Vergütungsausschusses zur Verantwortung zu ziehen, sofern er bei deren Verursachung in keinerlei Weise mitgewirkt hat und auch nicht mitwirken durfte.⁸³

VIII. Zusammenfassung

Die Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 BV hat innerhalb der Vorgaben des geltenden Rechts zu erfolgen. Punktuelle Änderungen, die zur Umsetzung erforderlich sind, haben sich dabei an den strukturellen Vorgaben des Ak-

⁷⁶ Vgl. VI.B.5.

⁷⁷ Vgl. IV.V.

⁷⁸ Vgl. VI.B.1.

⁷⁹ Vgl. VI.B.1.

⁸⁰ Vgl. VI.B.5.

⁸¹ Vgl. III.1.

⁸² Hierbei sind insb. die statutarischen Erfolgs- und Beteiligungspläne umzusetzen und, soweit vorgesehen, zu erlassen, vgl. V.

⁸³ Ähnlich zur Selbstorganisation: *Christian J. Meier-Schatz*, Über die Zusammenarbeit des Verwaltungsrats mit der Generalversammlung. Organisationskonzept, Informationsbeschaffung durch den Aktionär und sein Klagerecht gegen GV Beschlüsse, ST 10 (1995) 824.

tien-, Arbeits- und Auftragsrechts zu orientieren.

Aus dem Aktien- und Auftragsrecht folgt, dass der Vergütungsausschuss aufgrund der getrennten Einzelwahl seiner Mitglieder als zuständiges Gremium des Verwaltungsrates bezüglich der Vergütungen ein Spezialmandat erhält. Nach den allgemeinen mandatsrechtlichen Grundsätzen sind

dem Ausschuss damit ein eigener Kompetenzbereich, eine selbständige Tätigkeit und eine Rechenschaftspflicht, verbunden mit Entlastung bzw. Verantwortlichkeit, zuzuweisen. Aus dem Arbeits- und Auftragsrecht folgt, dass die Parteien nur prospektiv, vor der Aufnahme der Arbeitstätigkeit, volle Entscheidungsfreiheit über die Vergütung haben. Retrospektiv ist

die übliche Entschädigung geschuldet. Einseitige Änderungen der Vergütungsabrede sind als Änderungskündigung zu verstehen. Die Abstimmung über die Gesamtsumme aller Vergütungen des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates hat sich deshalb in diesen Zyklus des Vergütungsverfahrens einzugliedern und prospektiv zu erfolgen.

Anhang

Verordnungsvorschlag zu Art. 95 Abs. 3 BV

[Bestimmungen zum Vergütungsverfahren]

- | | |
|-------------------------|--|
| A. Begriffe | <p><i>Art. 1</i></p> <p>¹ Schweizer Aktiengesellschaft: Aktiengesellschaft mit statutarischem Sitz in der Schweiz.</p> <p>² Kotierung: Zulassung der Aktien zum Handel an einer Haupt- oder Nebenbörse im In- oder Ausland.</p> <p>³ Vergütungsausrichtung: Erwerb eines bedingten oder unbedingten, fälligen oder erst in Zukunft fällig werdenden Vergütungsanspruchs eines Mitglieds des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung oder des Beirates.</p> |
| B. Statuten | <p><i>Art. 2</i></p> <p>Bei Gesellschaften, deren Aktien kotiert sind, bedürfen zu ihrer Verbindlichkeit der Aufnahme in die Statuten Bestimmungen über:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. die Erfolgs- und Beteiligungspläne zugunsten des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates; b. die Grundsätze, nach denen der Vergütungsausschuss bei einer Nichtgenehmigung der beantragten Gesamtsumme nach Artikel 6 Absatz 1 dieser Verordnung die Gesamtsumme aller im laufenden Geschäftsjahr auszurichtenden Vergütungen des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates festlegt. |
| C. Zuständigkeit | <p><i>Art. 3</i></p> <p>Der Generalversammlung stehen folgende unübertragbare Befugnisse zu:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. jährliche Wahl der Mitglieder des Vergütungsausschusses; b. jährliche Genehmigung des Vergütungsberichts; c. jährliche Entlastung der Mitglieder des Vergütungsausschusses; d. jährliche Genehmigung der Gesamtsumme aller im laufenden Geschäftsjahr auszurichtenden Vergütungen des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates. |
| I. Generalversammlung | |
| II. Vergütungsausschuss | <p><i>Art. 4</i></p> <p>¹ Der Vergütungsausschuss plant die Vergütung von Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Beirat im Hinblick auf eine nachhaltige Führung des Unternehmens.</p> <p>² Soweit die Statuten einen Erfolgs- und Beteiligungsplan im Grundsatz vorsehen, sorgt der Vergütungsausschuss für dessen Umsetzung und Ausführung.</p> <p>³ Der Vergütungsausschuss hat jährlich:</p> |

- a. mit dem Vergütungsbericht der Generalversammlung Rechenschaft über die im abgelaufenen Geschäftsjahr geleisteten Vergütungen abzulegen; der Vergütungsbericht wird zusammen mit dem Jahresbericht offengelegt;
- b. der Generalversammlung die Gesamtsumme aller im laufenden Geschäftsjahr auszurichtenden Vergütungen des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates nach Artikel 3 Buchstabe d dieser Verordnung zur Genehmigung vorzulegen;
- c. die im laufenden Geschäftsjahr auszurichtenden Vergütungen der einzelnen Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates im Rahmen der Gesamtsumme festzusetzen.

D. Vergütungen
I. Gesamtsumme

Art. 5

¹ Die Gesamtsumme aller im laufenden Geschäftsjahr auszurichtenden Vergütungen des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates kann als Höchstbetrag festgelegt sein. Die Gesamtsumme kann in Abhängigkeit von Kennzahlen wie etwa dem Geschäftserfolg bestimmt werden, sofern die Grundsätze ihrer Berechnung feststehen; sie kann eine Reserve für Wechsel bei Verwaltungsrat, Geschäftsleitung oder Beirat enthalten.

² Bedingte und erst zu einem späteren Zeitpunkt fällig werdende Vergütungsbestandteile sind zum Zeitwert einzubeziehen.

II. Festlegung bei
Nichtgenehmigung

Art. 6

¹ Lehnt die Generalversammlung eine Genehmigung der Gesamtsumme ab, hat der Vergütungsausschuss die Gesamtsumme aller im laufenden Geschäftsjahr auszurichtenden Vergütungen des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates nach den Vorgaben in den Statuten gemäss Artikel 2 Buchstabe b dieser Verordnung zu bestimmen.

² Enthalten die Statuten keine Vorgaben, hat der Vergütungsausschuss die Gesamtsumme aller im laufenden Geschäftsjahr auszurichtenden Vergütungen des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates nach Artikel 322 Absatz 1 des Obligationenrechts¹ und Artikel 394 Absatz 3 des Obligationenrechts² zu bestimmen.

III. Arbeits- und
Mandatsverträge

Art. 7

¹ In den Arbeits- und Mandatsverträgen mit Mitgliedern des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates ist für den Fall einer Nichtgenehmigung der Gesamtsumme eine Anpassung der im laufenden Geschäftsjahr auszurichtenden Vergütungen durch den Vergütungsausschuss vorzubehalten.

² Macht der Vergütungsausschuss vom Recht einer Anpassung der im laufenden Geschäftsjahr auszurichtenden Vergütungen Gebrauch, so steht den betroffenen Mitgliedern des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates das Recht zu, unabhängig von der vereinbarten Vertragsdauer und Kündigungsfrist ihren Vertrag mit der Gesellschaft mit einer Frist von drei Monaten auf das Ende eines Monats zu kündigen, sofern nach dem Vertrag keine kürzere Kündigungsfrist gilt.

E. Übergangs-
bestimmung

Art. 8

¹ Bereits im In- oder Ausland kotierte schweizerische Aktiengesellschaften erhalten ab Inkrafttreten dieser Verordnung zwei Jahre Zeit, ihre Organisation an diese Verordnung anzupassen.

² Spätestens an der zweiten ordentlichen Generalversammlung nach Inkrafttreten dieser Verordnung wählt die Generalversammlung den Vergütungsausschuss gemäss Artikel 3 Buchstabe a dieser Verordnung und passt die Statuten an Artikel 2 dieser Verordnung an.

F. Inkrafttreten

Art. 9

Diese Verordnung tritt auf den *. ** in Kraft.

¹ SR 220.

² SR 220.