



Arbeitsrechtliche Aspekte der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften

Ein Überblick

STEFANIE MEIER-GUBSER

Die Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) setzt die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» (Minder-Initiative) um, die das Stimmvolk im März 2013 angenommen hat. Nebst zahlreichen gesellschaftsrechtlichen ist dabei auch arbeitsrechtlichen Aspekten Rechnung zu tragen. Im Vordergrund stehen die Überprüfung und nötigenfalls die Anpassung bestehender Arbeitsverträge mit den obersten Führungsgremien (namentlich der Geschäftsleitung) sowie die Schaffung der nötigen Grundlagen in den Statuten. Der vorliegende Aufsatz verschafft einen Überblick über die arbeitsrechtlichen Aspekte der Verordnung und setzt sich mit den Möglichkeiten der Vertragsanpassung auseinander. Der Formulierung von Vergütungsregelungen und der Kongruenz mit den Statuten ist besondere Beachtung zu schenken.

L'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb) met en œuvre l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» (initiative Minder), approuvée par le peuple en mars 2013. Outre de nombreux aspects relevant du droit des sociétés, il convient de tenir également compte des aspects liés au droit du travail. Au premier plan, il y a l'examen et, si nécessaire, l'adaptation des contrats de travail conclus avec les instances dirigeantes supérieures (notamment la direction) ainsi que la création des bases nécessaires dans les statuts. La présente contribution offre un aperçu des éléments de l'ordonnance relevant du droit du travail et se penche sur les possibilités d'adaptation des contrats. Il convient d'accorder une attention particulière à la formulation des règles de rémunération et à la cohérence avec les statuts.

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
- II. Die Verordnung
 - A. Überblick
 - B. Betroffene Arbeitsverhältnisse
 - C. Betroffene Vereinbarungen
 - D. Der Begriff der Vergütung
 1. Unzulässige Vergütungen
 2. Bedingt zulässige Vergütungen
 3. Vergütungen mit Genehmigungsvorbehalt
 - E. Strafbestimmungen
 - F. Übergangsbestimmungen
- III. Arbeitsrechtliche Fragestellungen
 - A. Vorrang der Verordnung gegenüber widersprechenden OR-Bestimmungen
 - B. Anpassung von altrechtlichen Arbeitsverträgen
 1. Einvernehmliche Anpassung
 2. Änderungskündigung durch die Arbeitgeberin
 3. Anpassung ex lege
 4. Richterliche Anpassung durch die Anwendung der Clausula?
 5. Nachträgliche Unmöglichkeit
- IV. Verordnungsbestimmungen mit arbeitsrechtlichem Bezug
- V. Beurteilung

I. Ausgangslage

Volk und Stände haben am 3. März 2013 die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» (Minder-Initiative)¹ angenommen. Die entsprechende Bestimmung der Bundes-

verfassung² richtet sich an den Gesetzgeber und ist daher nicht unmittelbar anwendbar³. Die Übergangsbestimmungen⁴ der Verfassungsbestimmung verpflichten den Bundesrat, «innerhalb eines Jahres nach Annahme [...] die erforderlichen Ausführungsbestimmungen»⁵ zu erlassen. Im Sommer 2013⁶ schickte der Bundesrat den Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei (VE-VgdA)⁷ in die Anhörung.

Aufgrund der Anhörungsergebnisse wurde die Verordnung in mehreren Punkten angepasst. Die augenscheinlichste Änderung betrifft den Titel der Verordnung: Sie heisst nun «Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften».

Der Bundesrat hat die Verordnung am 20. November 2013 per 1. Januar 2014 in Kraft gesetzt.

² Art. 95 Abs. 3 BV.

³ Vgl. dazu auch HANS-UELI VOGT/MANUEL BASCHUNG, Wie weiter im Aktienrecht nach der Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei»? in: GesKR 1|2013, 7.

⁴ Art. 197 Ziff. 10 BV.

⁵ Der Initiativtext sah für die Übergangsbestimmung zu Art. 95 Abs. 3 (Minder-Initiative) noch Art. 197 Ziff. 8 BV vor. Da Ziff. 8 und 9 dieses Artikels zwischenzeitlich für andere Übergangsbestimmungen verwendet worden sind (zu Art. 121 BV – Aufenthalt und Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern und zu Art. 75b BV – Zweitwohnungen), ist die Übergangsbestimmung zu Art. 95 Abs. 3 BV nun entsprechend in Art. 197 Ziff. 10 BV zu finden.

⁶ 14. Juni bis 28. Juli 2013.

⁷ Fundstelle: <http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision/voabzockerei/vorentw-d.pdf>.

II. Die Verordnung

A. Überblick

Ziel der Verordnung ist – in Umsetzung der Volksinitiative – das Verhindern übermässiger Entschädigungen an Gesellschaftsorgane unter Stärkung der Aktionärsrechte in diesem Bereich. Die Verordnung enthält 33 Artikel, die in 13 Abschnitte gegliedert sind:

1. Abschnitt: Geltungsbereich (Art. 1)
2. Abschnitt: Generalversammlung (Art. 2)
3. Abschnitt: Verwaltungsrat (Art. 3–6)
4. Abschnitt: Vergütungsausschuss (Art. 7)
5. Abschnitt: Unabhängiger Stimmrechtsvertreter (Art. 8–11)
6. Abschnitt: Statutenbestimmungen (Art. 12)
7. Abschnitt: Vergütungsbericht (Art. 13–17)
8. Abschnitt: Genehmigung durch die Generalversammlung (Art. 18–19)
9. Abschnitt: Unzulässige Vergütungen (Art. 20–21)
10. Abschnitt: Stimm- und Offenlegungspflicht für Vorsorgeleistungen (Art. 22–23)
11. Abschnitt: Strafbestimmungen (Art. 24–25)
12. Abschnitt: Übergangsbestimmungen (Art. 26–32)
13. Abschnitt: Inkrafttreten (Art. 33).

Unter arbeitsrechtlichen Aspekten interessieren namentlich der Geltungsbereich, die unzulässigen Vergütungen und die Übergangsbestimmungen. Bestimmungen mit arbeitsrechtlichem Bezug finden sich allerdings auch in anderen Abschnitten⁸.

B. Betroffene Arbeitsverhältnisse

Von der Verordnung betroffen sind Arbeitsverhältnisse der obersten Führungsebene (Verwaltungsräte, Beiräte und Geschäftsleitungsmitglieder) von Schweizer Aktiengesellschaften mit kotierten Namen- oder Inhaberaktien. Die Verordnung ist nicht auf alle Publikumsgesellschaften⁹ respektive Gesellschaften mit börsenkotierten Beteiligungspapieren¹⁰ anwendbar, sondern nur (aber immerhin) auf «Aktiengesellschaften nach den Artikeln 620–762 des Obligationenrechts (OR), deren Aktien an einer Börse im In- oder Ausland kotiert sind»^{11, 12}.

Damit die Verordnung Anwendung findet, muss auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite folgendes erfüllt sein:

- Arbeitgeberin: Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR mit börsenkotierten Namen- oder Inhaberaktien
- Arbeitnehmer: Mitglied Verwaltungsrat, Beirat oder Geschäftsleitung (und allenfalls ihnen nahestehende Personen)¹³

C. Betroffene Vereinbarungen

Die Rechtsnatur des Verwaltungsrats- respektive Beiratsmandats ist in ihren Grundzügen eine organschaftliche¹⁴. Arbeitsrechtlich relevant sind somit in erster Linie Arbeitsverträge mit Mitgliedern der Geschäftsleitung¹⁵. Dies schliesst nicht aus, dass auch mit Verwaltungsräten und Beiräten zusätzlich ein Arbeitsvertrag besteht.

Im Fokus der Verordnung stehen Vergütungsregelungen in Arbeitsverträgen, Reglementen, Beteiligungsplänen etc. Diese müssen auf ihre Vereinbarkeit mit der Verordnung hin überprüft und allenfalls angepasst werden (inkl. Anpassung der nötigen Statutenbestimmungen).

D. Der Begriff der Vergütung

Die Verordnung fasst den Begriff «Vergütung» weit. In nicht abschliessender Weise versteht sie darunter¹⁶:

- Honorare, Löhne, Bonifikationen und Gutschriften
- Tantiemen, Beteiligungen am Umsatz und andere Beteiligungen am Geschäftsergebnis
- Dienst- und Sachleistungen
- die Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten
- Antrittsprämien
- Bürgschaften, Garantieverpflichtungen, Pfandbestellungen zugunsten Dritter und andere Sicherheiten
- den Verzicht auf Forderungen
- Aufwendungen, die Ansprüche auf Vorsorgeleistungen begründen oder erhöhen
- sämtliche Leistungen für zusätzliche Arbeiten.

⁸ Dazu im Einzelnen IV. Ordnungsbestimmungen mit arbeitsrechtlichem Bezug.

⁹ Art. 727 Abs. 1 Ziff. 1 OR.

¹⁰ Art. 958e Abs. 1 Ziff. 2 und Art. 963b Abs. 1 Ziff. 1 OR.

¹¹ Art. 1 Abs. 1 VegüV.

¹² Vgl. dazu auch den erläuternden Bericht des Bundesamts für Justiz zum Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei vom 14. Juni 2013. (<http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision/voabzockerei/vn-ber-d.pdf>), Ziff. 3.1.

¹³ Zur Arbeitnehmerstellung von Verwaltungsrats- und Beiratsmitglieder s. II.C. Betroffene Vereinbarungen.

¹⁴ ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat, 3. A., Zürich 2007, 31 ff., PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009, 1572, RZ 88 ff., STEFANIE MEIER-GUBSER, Vademeccum für Verwaltungsräte – Das Verhältnis zwischen VR und AG sowie die gesetzlichen Aufgaben, in: Management Dossier Verwaltungsrat Nr. 28, Zürich 2010, 4 ff.

¹⁵ Auch diese Verhältnisse weisen organschaftliche Elemente auf.

¹⁶ Art. 14 Abs. 2 VegüV.

Die Verordnung unterscheidet zwischen unzulässigen¹⁷ und bedingt zulässigen¹⁸ Vergütungen sowie Vergütungen mit Abstimmungsvorbehalt durch die Generalversammlung¹⁹. In Bezug auf die Arbeitsverhältnisse interessiert namentlich, welche Vergütungen in Zukunft mangels Zulässigkeit nicht mehr vereinbart werden dürfen und für welche Vergütungen es einer entsprechenden statistischen Grundlage respektive der Abstimmung in der Generalversammlung bedarf. Entscheidend ist dabei auch, wie und innerhalb welcher Frist bestehende Arbeitsverträge und Statutenbestimmungen angepasst werden müssen. Nicht zu vernachlässigen sind schliesslich die Strafbestimmungen betreffend Verletzung von Verordnungsbestimmungen.

1. Unzulässige Vergütungen

Folgende Vergütungen für Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats sind unzulässig²⁰:

- Vertraglich vereinbarte oder statutarisch vorgesehene Abgangsentschädigungen
- Vorausvergütungen
- Provisionen für (ganze oder teilweise) Unternehmensübernahmen und -übertragungen.

a. Anpassungsbedarf

In Vereinbarungen, Reglementen und allenfalls Statuten, die Abgangsentschädigungen, Entschädigungen im Voraus und Provisionen für Geschäftsübernahmen oder -übertragungen vorsehen, müssen diese Regelungen gestrichen werden. Für neue Verträge gilt das Verbot ab dem 1. Januar 2014, für bestehende zwei Jahre danach²¹.

2. Bedingt zulässige Vergütungen

Folgende Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats sind unzulässig, wenn sie nicht statutarisch vorgesehen sind²²:

- Darlehen
- Kredite

- Vorsorgeleistungen ausserhalb der beruflichen Vorsorge
- erfolgsabhängige Vergütungen
- Zuteilungen von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten.

Zusätzlich müssen die Höhe von solchen Darlehen, Krediten und Vorsorgeleistungen statutarisch geregelt sowie die Grundsätze der erfolgsabhängigen Vergütungen und die Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten festgelegt werden²³. Vergütungen im Konzern, die unzulässig wären, wenn sie direkt ausgerichtet würden, statutarisch nicht vorgesehen und von der Generalversammlung nicht gutgeheissen worden sind, sind ebenfalls unzulässig.

a. Anpassungsbedarf

Vereinbarungen, die Darlehen, Kredite, Vorsorgeleistungen, erfolgsabhängige Vergütungen, Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten vorsehen, müssen spätestens ab der ordentlichen Generalversammlung 2015 durch entsprechende statutarische Bestimmungen gedeckt sein. Es sind somit die nötigen statutarischen Grundlagen zu schaffen und unter Umständen entsprechende vertragliche Vorbehalte anzubringen.

3. Vergütungen mit Genehmigungsvorbehalt

Die Generalversammlung muss jährlich über die Vergütungen des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats abstimmen²⁴. Die Einzelheiten werden von den Statuten geregelt, die mindestens folgende drei Regeln beachten müssen: 1. jährliche Abstimmung, 2. gesonderte Abstimmung über die Gesamtbeträge von Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Beirat und 3. die Abstimmung hat bindende Wirkung.

Das Vorgehen bei einer Ablehnung der Vergütungen durch die Generalversammlung wird durch die Statuten bestimmt.

a. Anpassungsbedarf

Für Vergütungen, über die die Generalversammlung abstimmen muss, empfiehlt sich ebenfalls, die entsprechenden Vorbehalte auch vertraglich zu regeln (und die Statuten wenn nötig anzupassen). Der erläuternde Bericht zum Vorentwurf zur Verordnung erklärt, variable Vergütungen müssten als echte Gratifikationen im Sinne von Art. 322d

¹⁷ Verstanden als generell verbotene Vergütungen (Art. 20 Ziff. 1–3 VegüV).

¹⁸ Verstanden als grundsätzlich unzulässig, sofern nicht in den Statuten vorgesehen und in Grundzügen geregelt (Art. 20 Ziff. 4 und 5 i.V.m. Art. 12 Abs. 2 Ziff. 1–3, 5 und 8 VegüV).

¹⁹ Art. 18 und 19 VegüV.

²⁰ Art. 20 Ziff. 1–3 VegüV.

²¹ Vgl. auch Ziff. II.F. Übergangsbestimmungen.

²² Art. 20 Ziff. 4 und 5 VegüV.

²³ Art. 12 Abs. 2 Ziff. 1–3, 5 und 8 VegüV.

²⁴ Art. 18 Abs. 1 VegüV.

OR qualifiziert werden, da auf sie kein Rechtsanspruch bestehe²⁵. Ob diese Auslegung in jedem Fall den geltenden arbeitsrechtlichen Grundsätzen standhält, darf an dieser Stelle bezweifelt werden. Eine Gratifikation ist per Gesetzesdefinition eine Sondervergütung, die «*der Arbeitgeber neben dem Lohn bei bestimmten Anlässen, wie Weihnachten oder Abschluss des Geschäftsjahres*» ausrichtet, und auf die der Arbeitnehmer einen Anspruch hat, «*wenn es verabredet ist*»²⁶. Die Rechtsprechung hat differenzierte Abgrenzungskriterien entwickelt, um im Einzelfall zu bestimmen, ob es sich bei einer Vergütung um eine echte Gratifikation ohne Rechtsanspruch, eine unechte Gratifikation mit beschränktem Rechtsanspruch²⁷ oder um Lohn handelt. Die Grenze zwischen Lohn und Gratifikation zu ziehen, ist nicht immer einfach, die Abgrenzung jedoch von zentraler Bedeutung²⁸. Im Zweifelsfall tendieren die Gerichte zum Schutz des Arbeitnehmers dazu, variable Vergütungen als Lohnbestandteil zu qualifizieren, auf den ein Rechtsanspruch besteht. Allerdings hat das Bundesgericht in einem neueren Urteil²⁹ bei einem sehr hohen Fixlohn nun auf sein bisheriges Abgrenzungskriterium der Akzessorietät verzichtet, was die Auslegung des erläuternden Berichts zumindest erleichtern kann.

E. Strafbestimmungen

Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung oder des Beirats, die wider besseren Wissens gegen die Verordnungsbestimmungen verstossen, werden mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren und/oder einer Geldstrafe von bis zu sechs Jahresvergütungen bestraft³⁰. Bestraft werden namentlich der Bezug oder die Ausrichtung von nicht durch die Generalversammlung genehmigten oder unzulässigen Vergütungen sowie die Verhinderung der jährlichen Genehmigung durch die Generalversammlung.

F. Übergangsbestimmungen

Für die Anpassung bestehender Arbeitsverträge räumt die Verordnung eine Frist von zwei Jahren ab Inkrafttreten

ein. Nach Ablauf dieser zwei Jahre sind die Vorschriften der Verordnung uneingeschränkt anwendbar³¹. Damit soll verhindert werden, dass altrechtliche Arbeitsverträge mit Bestimmungen, die gegen die Verordnung verstossen, noch während Jahren Geltung haben und damit die umfassende Wirkung der Verordnung vereiteln³². Für neue Verträge gilt das neue Recht ab 1. Januar 2014. Angesichts der Vielzahl möglicher Anwendungsfälle hat der Verordnungsgeber «*auf eine explizite Regelung der Rechtsfolgen verzichtet*» und überlässt dies der Gerichtspraxis³³.

Statuten und Reglemente, die der Verordnung nicht entsprechen, müssen spätestens an der Generalversammlung 2015 angepasst werden³⁴.

III. Arbeitsrechtliche Fragestellungen

Arbeitsrecht ist Sozialrecht. Der Gesetzgeber schützt den Arbeitnehmer als in der Regel schwächere Vertragspartei. Eine Besonderheit des schweizerischen Arbeitsvertragsrechts ist zudem, dass es unabhängig von Stellung, Lohnhöhe etc. des Arbeitnehmers für alle Arbeitsverhältnisse gilt³⁵. Damit profitieren von Gesetzes wegen alle Arbeitnehmer vom gleichen Sozialschutz.

Einerseits gilt auch im Arbeitsvertragsrecht der Grundsatz «*pacta sunt servanda*», wonach die Parteien verpflichtet sind, den Vertrag so einzuhalten, wie sie ihn vereinbart haben; andererseits schützt das Arbeitsvertragsrecht den Arbeitnehmer bis zu einem gewissen Grad insbesondere gegen die Verschlechterung seiner Vertragsbedingungen.

A. Vorrang der Verordnung gegenüber widersprechenden OR-Bestimmungen

Die Verordnung erklärt, allen widersprechenden Bestimmungen des OR vorzugehen³⁶, nicht etwa nur aktien- respektive gesellschaftsrechtlichen. Der erläuternde Bericht des EJPD zur Verordnung nimmt dazu nicht explizit Stellung, führt als Beispiele allerdings ausschliesslich aktienrechtliche OR-Bestimmungen an^{37, 38}. Absatz 2

²⁵ Erläuternder Bericht (FN 12), 3.8.1.

²⁶ Art. 322d Abs. 1 OR.

²⁷ Sondervergütung, auf die dem Grundsatz nach ein Anspruch besteht, in der Festlegung deren Höhe der Arbeitgeber aber frei ist.

²⁸ Vgl. dazu ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, N 2 zu Art. 322d.

²⁹ Urteil des Bundesgericht 4A_520/2012 vom 26.2.2013 (zur Publikation vorgesehen).

³⁰ Art. 24 VegüV.

³¹ Art. 28 VegüV.

³² Vgl. erläuternden Bericht (FN 12), Ziff. 3.12.3.

³³ Erläuternder Bericht (FN 12), Ziff. 3.12.3.

³⁴ Art. 27 VegüV.

³⁵ Vgl. THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2. A., Bern 2012, RN 15b.

³⁶ Art. 1 Abs. 2 VegüV.

³⁷ Erläuternder Bericht (FN 12), Ziff. 3.1.

³⁸ Vgl. auch II.F Übergangsbestimmungen.

von Artikel 1 der Verordnung zum Geltungsbereich muss denn m.E. auch restriktiv verstanden werden und nicht als Generalklausel zur Ausserkraftsetzung privatrechtlicher Grundsätze.

B. Anpassung von altrechtlichen Arbeitsverträgen

Beim Inkrafttreten der Verordnung bestehende (=altrechtliche) Arbeitsverträge, die den Ordnungsbestimmungen nicht standhalten, müssen innerhalb zweier Jahre an die neuen Vorschriften angepasst werden. Danach gelten die Ordnungsbestimmungen automatisch für alle Arbeitsverträge³⁹. Wie die Anpassung zu erfolgen hat und welches die entsprechenden Rechtsfolgen sind, wird im Einzelnen erst die Rechtsprechung zeigen. An dieser Stelle sei jedoch darauf hingewiesen, dass auch der Arbeitnehmer selber ein fundamentales Interesse daran hat, seinen Arbeitsvertrag auf eine rechtskonforme Basis zu stellen. Aufgrund der rechtsdogmatisch an sich unglücklichen Verbindung von Privatrecht und Strafrecht macht sich der Arbeitnehmer, der vorsätzlich gegen Ordnungsbestimmungen verstösst (zum Beispiel indem er unzulässige Vergütungen bezieht), nämlich persönlich strafbar.

1. Einvernehmliche Anpassung

Aus arbeitsrechtlicher Sicht grundsätzlich unproblematisch dürfte die einvernehmliche Anpassung der Arbeitsverträge sein. Die Unverzichtbarkeit von Art. 341 Abs. 1 OR betrifft nur Forderungen des Arbeitnehmers, «*die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags ergeben*». Die Bestimmung über den Lohn⁴⁰ ist dispositiver Natur und gehört damit gerade nicht zu den unverzichtbaren Forderungen, und Gesamtarbeitsverträge kommen für die betroffenen Arbeitsverhältnisse kaum zum Tragen. Der Arbeitnehmer kann folglich jederzeit und rechtlich problemlos auf nicht rechtskonforme Vergütungen verzichten.

Wie der einvernehmlich angepasste Vertrag im Einzelnen aussieht, ist Resultat der entsprechenden Verhandlungen zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer. Allerdings ist zwingend darauf zu achten, dass die Bestimmungen über die unzulässigen Vergütungen nicht umgangen werden. So dürfte sich der Arbeitnehmer etwa den Verzicht auf eine Provision für Unternehmenskäufe nicht entgelten lassen.

³⁹ Art. 28 VegüVA.

⁴⁰ Art. 322 Abs. 1 OR.

2. Änderungskündigung durch die Arbeitgeberin

Wie bei Kündigungen gilt auch bei Änderungskündigungen der sachliche⁴¹ und zeitliche⁴² Kündigungsschutz, und es sind die ordentlichen Kündigungsfristen einzuhalten. Mit Geschäftsleitungsmitgliedern werden vertraglich häufig lange Kündigungsfristen von bis zu einem Jahr vereinbart. Allfällige Änderungskündigungen müssen daher – soll die von der Verordnung gesetzte einjährige Frist eingehalten werden – relativ rasch ausgesprochen werden.

Der sachliche Kündigungsschutz schützt den Arbeitnehmer vor missbräuchlichen Änderungskündigungen. Die Änderungskündigung als solche ist gültig, führt aber bei Bejahung der Missbräuchlichkeit zu einer Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen. Erfolgt eine Änderungskündigung zur Anpassung bestehender Verträge an neue rechtliche Vorschriften, ist der Tatbestand der Missbräuchlichkeit regelmässig nicht erfüllt, und der sachliche Kündigungsschutz kommt nicht zum Tragen.

Der zeitliche Kündigungsschutz schützt den Arbeitnehmer vor Änderungskündigungen zur Unzeit. Kündigungen, die während einer sogenannten Sperrfrist⁴³ ausgesprochen werden, sind nichtig und damit von Gerichten von Amtes wegen zu berücksichtigen. Ist die Kündigung gültig vor Beginn der Sperrfrist ausgesprochen worden, wird durch den Eintritt der Sperrfrist die Kündigungsfrist unterbrochen und ihr Ende damit zeitlich nach hinten verschoben. Dadurch verschiebt sich auch der Beginn des neuen Arbeitsvertrags. Der zeitliche Kündigungsschutz ist relativ zwingend⁴⁴. Der Arbeitnehmer kann daher während des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich nicht gültig darauf verzichten.

3. Anpassung ex lege

Die Verordnung erklärt sich nach Ablauf der zweijährigen Übergangsfrist ex lege als auf alle Arbeitsverträge anwendbar. Die Anpassung erfolgt also von Rechts we-

⁴¹ Art. 336 OR.

⁴² Art. 336c OR.

⁴³ Schweizerischer obligatorischer Militär-, Schutz- oder Zivildienst (während des Dienstes und bei Dauer von mehr als elf Tagen vier Wochen davor und danach), Krankheit und Unfall (während der Krankheit respektive des Unfalls, maximal abhängig vom Dienstalter 30, 90 oder 180 Tage), Schwangerschaft (während der Schwangerschaft plus 16 Wochen nach Niederkunft), bewilligte und behördlich angeordnete Hilfsaktion im Ausland (während der Hilfsaktion).

⁴⁴ Art. 336 i.V.m. Art. 362 OR.

gen, grundsätzlich ohne dass die Vertragsparteien wie beschrieben tätig werden müssen. Rechtlich relativ unproblematisch dürfte dabei die Regelung der unzulässigen Vergütungen sein. Diese werden mit Ablauf der Übergangsfrist widerrechtlich und damit nichtig. Da in der Regel nicht davon auszugehen ist, dass der Vertrag ohne die entsprechenden Regelungen überhaupt nicht abgeschlossen worden wäre, werden sie ersatzlos gestrichen und der Arbeitsvertrag gilt ansonsten weiter wie vereinbart.

Zur rechtlichen Herausforderung in der Praxis dürfte jedoch die Anpassung ex lege der bedingt zulässigen Vergütungen und der Vergütungen mit Genehmigungsvorbehalt werden. Auch sie sind, wenn sie der entsprechenden statutarischen Grundlage und der nötigen Genehmigung entbehren, grundsätzlich widerrechtlich und daher nichtig. Allerdings ist hier das Risiko grösser, dass die Arbeitsverträge ohne die entsprechenden Vergütungsvereinbarungen unter Umständen nicht abgeschlossen worden wären, was rechtlich zur Nichtigkeit des gesamten Arbeitsvertrages führte⁴⁵. Eine richterliche Vertragsergänzung oder Anpassung wäre nicht möglich.

4. Richterliche Anpassung durch die Anwendung der Clausula?

Für eine Anwendung der Clausula rebus sic stantibus bedarf es eines Dreifachen:

1. Die veränderten Verhältnisse müssen zu einer wesentlichen Äquivalenzstörung führen.
2. Die veränderten Verhältnisse dürfen nicht vorhersehbar oder vermeidbar gewesen sein.
3. Der Vertrag darf nicht vorbehaltlos erfüllt worden sein.

Änderungen der gesetzlichen Grundlagen gelten grundsätzlich nicht als unvorhersehbar⁴⁶. Nur in Ausnahmefällen bejaht die Rechtsprechung die Unvorhersehbarkeit, wenn Art, Umfang und Auswirkung der Gesetzesänderung auf den Vertrag nicht vorhersehbar gewesen ist. Dies dürfte vorliegend nicht der Fall sein. Die Anwendung der Clausula rebus sic stantibus und damit die richterliche Vertragsanpassung aufgrund des hypothetischen Parteiwillens entfällt daher.

5. Nachträgliche Unmöglichkeit

Werden Arbeitsverträge mit unzulässigen Vergütungen nicht fristgerecht angepasst, besteht in Bezug auf eben-

diese Vergütungen eine nachträgliche objektive Unmöglichkeit der Leistung durch die Arbeitgeberin. Ihre Verpflichtung gilt als erloschen und sie verliert ihre noch ausstehenden Gegenforderungen auf Arbeitsleistung. Sie haftet für bereits empfangene Gegenleistungen nach den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung und verliert ihre noch ausstehende Gegenforderung auf Arbeitsleistung⁴⁷. Bei Verschulden wird sie zudem dem Arbeitnehmer gegenüber schadenersatzpflichtig⁴⁸.

Für bedingt zulässige Vergütungen und Vergütungen mit Vorbehalt besteht die nachträgliche objektive Unmöglichkeit nicht, da die Arbeitgeberin die notwendigen statutarischen Grundlagen schaffen könnte.

IV. Verordnungsbestimmungen mit arbeitsrechtlichem Bezug

Im Einzelnen weisen die folgenden Verordnungsbestimmungen einen arbeitsrechtlichen Bezug auf und verlangen gegebenenfalls eine Anpassung der Arbeitsverträge oder/und der Statuten (vgl. Tabelle auf nachfolgenden Seiten).

V. Beurteilung

Die Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften verzichtet «angesichts der Vielzahl möglicher Anwendungsfälle» bewusst «auf eine explizite Regelung der Rechtsfolgen»⁴⁹ für die Anpassung der bestehenden Arbeitsverträge und überlässt die Beurteilung im konkreten Einzelfall dem Gericht. Die Verordnung und ihre arbeitsrechtlichen Auswirkungen dürften in Zukunft daher nicht nur die direkt Betroffenen, sondern auch die Gerichte beschäftigen.

Heute sind die Rechtsfolgen der nötigen Anpassungen von altrechtlichen Arbeitsverträgen an die neuen Verordnungsbestimmungen im Einzelnen schwierig abzuschätzen. Faktisch und rechtlich müssen beide Vertragsparteien ein Interesse daran haben, das Arbeitsverhältnis auf eine korrekte rechtliche Basis zu stellen. Zudem bieten die möglichen Rechtsfolgen eines Nichtstuns (Nichtigkeit, nachträgliche Unmöglichkeit) kaum eine zukunftsweisende Lösung für die betroffenen Arbeitsverträge als Dauerschuldverhältnisse.

Es ist daher wichtig, dass die Parteien handeln und ihre Verträge und Statuten wenn nötig an die neuen recht-

⁴⁵ Art. 20 Abs. 2 OR.

⁴⁶ BGE 127 III 300 E. 5b aa), S. 305 (mit Hinweisen auf die Lehre).

⁴⁷ Art. 119 OR.

⁴⁸ Art. 97 Abs. 1 OR.

⁴⁹ Erläuternder Bericht (FN 12), Ziff. 3.12.3.

VE-VgdA	Arbeitsrechtlicher Aspekt	Regelung
Art. 1 Abs. 1	Anwendbarkeit der Verordnung (Geltungsbereich)	Arbeitgeberin muss folgende Kriterien erfüllen: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR ▪ In- oder ausländisch börsenkotierte Namen- oder Inhaberaktien.
Art. 1 Abs. 2	Anwendbarkeit der Verordnung (Geltungsbereich)	Die Verordnung geht allen widersprechenden Bestimmungen des OR vor. Dem Wortlaut nach also auch Art. 319 ff. OR (Einzelarbeitsvertrag). Diese Bestimmung muss m.E. eng ausgelegt werden.
Art. 2 Ziff. 4 i.V.m. Art. 18 f.	Vergütung der Geschäftsleitung	Die <i>Generalversammlung</i> muss zwingend die Vergütung der Geschäftsleitung (VR- und Beiratsmitglieder) <i>genehmigen</i> .
Art. 6 i.V.m. Art. 12 Abs. 2 Ziff. 4	Person der Geschäftsleitung	Der Verwaltungsrat darf – die entsprechende statutarische Ermächtigung vorausgesetzt – die Geschäftsführung nur noch an <i>natürliche Personen</i> (VR-Mitglied oder Dritte) übertragen. Juristische Personen können allerdings bereits unter geltendem Recht grundsätzlich nicht als Geschäftsleitungsmitglieder oder als Zeichnungsberechtigte in das Handelsregister eingetragen werden (Art. 120 HRegV).
Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1	(Neben-)tätigkeiten der Geschäftsleitung	Die <i>Statuten</i> müssen die Anzahl zulässiger Tätigkeiten der Geschäftsleitungsmitglieder (VR- und Beiratsmitglieder) in (konzernexternen) obersten Leitungs- und Verwaltungsorganen von Unternehmen mit Eintragungspflicht im Handelsregister oder entsprechenden ausländischen Registern (z.B. VR) regeln.
Art. 12 Abs. 1 Ziff. 2	Maximaldauer und Kündigungsfristen für Arbeitsverträge der Geschäftsleitung	Die <i>Statuten</i> müssen Bestimmungen über die maximale Dauer der Verträge der Geschäftsleitungsmitglieder (des VR und des Beirats) sowie über die maximale Kündigungsfrist (höchstens ein Jahr) enthalten. Diese Bestimmung dient dazu, die Umgehung des Abgangsentschädigungsverbots zu verhindern.
Art. 12 Abs. 2 Ziff. 1	Darlehen, Kredite, Vorsorgeleistungen für Geschäftsleitung	Damit vertragliche Vereinbarungen mit Geschäftsleitungsmitgliedern (VR- und Beiratsmitgliedern) über Darlehen, Vorsorgeleistungen ausserhalb der beruflichen Vorsorge und Renten zulässig sind, müssen die <i>Statuten</i> ihre Höhe regeln. Ohne entsprechende statutarische Regelung sind solche Vereinbarungen unzulässig.
Art. 12 Abs. 2 Ziff. 2	Erfolgsabhängige Vergütung der Geschäftsleitung	Damit erfolgsabhängige Vergütungen an Geschäftsleitungsmitglieder (VR- und Beiratsmitglieder) zulässig sind, müssen die Statuten ihre Grundsätze enthalten. Mit anderen Worten: Die Generalversammlung legt die wichtigsten Voraussetzungen, Grundlagen und Leitplanken fest.
Art. 12. Abs. 2 Ziff. 3	Beteiligungspapiere, Wandel- und Optionsrechte für die Geschäftsleitung	Damit Beteiligungspapiere, Wandel- und Optionsrechte an Geschäftsleitungsmitglieder (VR- und Beiratsmitglieder) zugeteilt werden dürfen, müssen die <i>Statuten</i> die Grundsätze dafür enthalten.
Art. 12. Abs. 2 Ziff. 5 i.V.m. Art. 19	Zusatzbetrag für Vergütungen an nachträglich ernannte Geschäftsleitungsmitglieder	Will die Aktiengesellschaft für Geschäftsleitungsmitglieder, die ernannt werden, nachdem die Generalversammlung prospektiv die Vergütung beschlossen hat, einen Zusatzbetrag vorsehen, muss dieser in den <i>Statuten</i> genannt werden.
Art. 12 Abs. 2 Ziff. 6 i.V.m. Art. 18 Abs. 2 f.	Regelungen über das Vorgehen bei Ablehnung der Vergütungen	Mindestens folgende Regelungen müssen eingehalten werden: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Jährliche Abstimmung durch die Generalversammlung ▪ Gesonderte Abstimmung über den Gesamtbetrag der Vergütungen ▪ Bindende Wirkung des Beschlusses der Generalversammlung
Art. 14–17	Angaben zur Geschäftsleitung im Vergütungsbericht und Prüfung durch die Revisionsstelle	Im <i>Vergütungsbericht</i> , den der Verwaltungsrat jährlich erstellen muss, sind in Bezug auf die Geschäftsleitung (unter Nennung des Namens und der Funktion) anzugeben: <ul style="list-style-type: none"> ▪ alle Vergütungen, die direkt oder indirekt an die Geschäftsleitungsmitglieder ausgerichtet werden ▪ alle Vergütungen, die direkt oder indirekt an frühere Geschäftsleitungsmitglieder ausgerichtet werden (sofern sie in Zusammenhang mit der früheren Tätigkeit stehen oder nicht marktüblich sind; Leistungen der beruflichen Vorsorge sind ausgenommen) ▪ Darlehen und Kredite für Geschäftsleitungsmitglieder ▪ Nicht marktübliche Darlehen und Kredite an frühere Geschäftsleitungsmitglieder ▪ Gesamtbetrag der Darlehen und Kredite der Geschäftsleitung plus höchster Einzelbetrag (plus Nennung dieses Geschäftsleitungsmitglieds) <p>Als Vergütungen gelten insbesondere: Honorare, Löhne, Bonifikationen, Gutschriften, Tantiemen, Umsatzbeteiligungen und andere Beteiligungen am Geschäftsergebnis, Dienst- und Sachleistungen, Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten, Bürgschaften, Garantieverpflichtungen, Pfandbestellungen zugunsten Dritter, andere Sicherheiten, Forderungsverzicht, Aufwendungen, die Ansprüche auf Vorsorgeleistungen begründen oder erhöhen, Leistungen für zusätzliche Arbeiten (Aufzählung nicht abschliessend).</p> <p>Nicht marktübliche Vergütungen, Darlehen und Kredite an Dritte, die dem Verwaltungsrat, dem Beirat oder der Geschäftsleitung nahestehen, sind ebenfalls im Vergütungsbericht aufzuführen. Die Revisionsstelle prüft die Übereinstimmung des Vergütungsberichts mit Gesetz, Verordnung und Statuten und erstattet der Generalversammlung Bericht.</p>

VE-VgdA	Arbeitsrechtlicher Aspekt	Regelung
Art. 20 i.V.m. Art. 12	Unzulässige und bedingt zulässige Vergütungen	Die Verordnung zählt unzulässige Vergütungen an Geschäftsleitungsmitglieder (VR- und Beiratsmitglieder) auf. Verboten sind demnach folgende Vergütungen (<i>unzulässige Vergütungen</i>): <ul style="list-style-type: none"> ▪ Vertraglich vereinbarte oder statutarisch vorgesehene Abgangsschädigungen ▪ Vergütungen im Voraus ▪ Provisionen für die Übernahme oder Übertragung von Unternehmen oder Teilen davon Folgende Vergütungen sind nur unzulässig, sofern sie den statutarischen Bestimmungen widersprechen oder der statutarischen Grundlage entbehren (<i>bedingt zulässige Vergütungen</i>): <ul style="list-style-type: none"> ▪ Darlehen, Kredite, Vorsorgeleistungen ausserhalb der beruflichen Vorsorge und erfolgsabhängige Vergütungen für Geschäftsleitungsmitglieder (VR- und Beiratsmitglieder) ▪ Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten an Geschäftsleitungsmitglieder (VR- und Beiratsmitglieder).
Art. 21	Unzulässige Vergütung im Konzern	Im Konzern gilt zusätzlich: Vergütungen an Geschäftsleitungsmitglieder (VR- und Beiratsmitglieder) sind unzulässig, wenn sie unzulässig wären, würden sie direkt von der Gesellschaft ausgerichtet oder in den Statuten der Gesellschaft nicht vorgesehen oder von der Generalversammlung nicht genehmigt worden sind.
Art. 24	Strafbestimmungen	Geschäftsleitungsmitglieder (VR- und Beiratsmitglieder), die wider besseren Wissens gegen die Verordnungsbestimmungen verstossen, können mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und/oder einer Geldstrafe von bis zu sechs Jahresvergütungen bestraft werden. Bestraft werden insbesondere: <ul style="list-style-type: none"> ▪ die Ausrichtung und der Bezug unzulässiger Vergütungen ▪ die Übertragung der Geschäftsleitung an eine juristische Person ▪ die Verhinderung der VR-Wahlen und der Abstimmung über die Vergütungen
Art. 27	Anpassung von Statuten und Reglementen (Übergangsbestimmungen)	Der Verordnung widersprechende Statuten und Reglemente (z.B. Entschädigungsreglemente) müssen spätestens an der ordentlichen Generalversammlung 2015 an das neue Recht angepasst werden.
Art. 28	Anpassung von altrechtlichen Arbeitsverträgen (Übergangsbestimmungen)	Altrechtliche Arbeitsverträge, d.h. solche, die bei Inkrafttreten der Verordnung bereits bestehen, müssen innerhalb <i>zweier Jahre</i> an das neue Recht angepasst werden. Neue Verträge müssen bereits ab Inkrafttreten verordnungskonform sein.

lichen Grundlagen anpassen. Im Hinblick auf Funktion und Stellung der Parteien und der Verträge sollte die einvernehmliche Anpassung der Arbeitsverträge im Vordergrund stehen. Ist sie nicht möglich, ist der Arbeitgeberin eine rechtzeitige Änderungskündigung der bestehenden Arbeitsverträge (und Änderung der Statuten) zu empfehlen. Ein Nichtstun birgt zu viele Risiken und Rechtsunsicherheiten.

Die betroffenen Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmer sind daher gut beraten, Statuten, Reglemente und Arbeitsverträge rasch auf Unvereinbarkeiten mit der Verordnung hin zu überprüfen und festzulegen, wie die Rechtskonformität sichergestellt werden soll. Der Formulierung von Vergütungsregelungen und der Kongruenz zwischen Statuten und Arbeitsvertrag ist besondere Beachtung zu schenken.