

Festschrift für Wolfgang Portmann

Herausgegeben von
Roland A. Müller
Roger Rudolph
Anton K. Schnyder
Adrian von Kaenel
Bernd Waas

Schulthess § 2020

Die VegüV in Kollision mit ausländischem Arbeitsrecht

PETER R. ISLER / MIRJAM VÖGELI*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	339
II.	Die Rolle der VegüV im internationalen Konzernverhältnis	340
	A. Geltungsbereich der VegüV	340
	B. Dualität Arbeitsrecht und Aktienrecht	341
III.	Die massgebenden Grundsätze des schweizerischen internationalen Privatrechts	342
	A. Arbeitsrecht	342
	B. Gesellschaftsrecht	344
IV.	Kollision zwischen Vergütungen nach der VegüV und dem ausländischen Arbeitsrecht	344
	A. Allgemein	344
	B. Kollision mit Art. 18 VegüV	345
	C. Kollision mit Art. 20 VegüV	347
V.	Voraussetzungen zur Anwendung des ausländischen Arbeitsrechts und Konsequenzen	350
	A. Zwingendes ausländisches Recht	350
	B. Gerichtsurteil	351
	C. Vergleich	351
	D. Aktienrechtliche Konsequenzen	352
	E. Strafrechtliche Konsequenzen	354
VI.	Schlusswort	355

I. Einleitung

Für Aktiengesellschaften mit statutarischem Sitz in der Schweiz, deren Aktien an einer schweizerischen oder ausländischen Börse kotiert sind, gelten bekanntlich neben den Be-

* Die Autoren danken Frau MLaw BINDERIYA GAN-AYUSH für ihre Mitwirkung zu diesem Beitrag.

stimmungen von Art. 620–762 OR auch die Vorschriften der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) vom 20. November 2013.¹ Gestützt auf Art. 95 Abs. 3 BV enthält die VegüV insbesondere zwingende Regelungen für Vergütungen jeglicher Art von der Gesellschaft an den Verwaltungsrat und die vom Verwaltungsrat mit der Geschäftsführung betrauten Personen von börsenkotierten Aktiengesellschaften.

Diese von der VegüV erfassten Unternehmen sind häufig global tätig und die Mitglieder ihrer Geschäftsleitung haben ihren Wohnort und Arbeitsort nur zum Teil in der Schweiz. Wenn der Verantwortungsbereich ausschliesslich eine Region im Ausland erfasst, ist es üblich und zweckmässig, dass das betreffende Geschäftsleitungsmitglied seinen Arbeitsort im Zentrum dieser Region hat und sein Arbeitsvertrag nach dem am Arbeitsort geltenden Recht mit einer dortigen Konzern-Tochtergesellschaft abgeschlossen wird.

In diesem Aufsatz wird der Frage nachgegangen, wie die relevanten zivil- und strafrechtlichen Bestimmungen der VegüV anzuwenden oder zu relativieren sind, wenn sie in Konflikt geraten mit zwingenden arbeitsrechtlichen Bestimmungen des ausländischen Rechtes, welche auf den Arbeitsvertrag eines Geschäftsleitungsmitgliedes zur Anwendung gelangen.

II. Die Rolle der VegüV im internationalen Konzernverhältnis

A. Geltungsbereich der VegüV

Es entspricht der herrschenden Lehre, dass auf das Mitglied der obersten Geschäftsleitung der kotierten schweizerischen Muttergesellschaft, welches von einer ausländischen Tochtergesellschaft nach ausländischem Recht angestellt wird, die Restriktionen der Vergütungen i.S.v. Art. 18 und Art. 20 VegüV zur Anwendung kommen, auch wenn die ausländische Tochtergesellschaft selbst nicht in den Geltungsbereich der VegüV fällt.² Die VegüV verlangt hier eine Konzernbetrachtung. Das bedeutet zweierlei:

Erstens gilt, dass bei der Abstimmung in der Generalversammlung der börsenkotierten Muttergesellschaft über die Vergütung des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung eine konsolidierte Betrachtungsweise zu erfolgen hat. Sämtliche Vergütungen dieser Organpersonen, einschliesslich Vergütungen, welche für Tätigkeiten bei einer ausländischen Tochtergesellschaft erhalten und von dieser ausgerichtet werden, müssen in den Gesamtbetrag mit eingerechnet werden, welchen die Generalversammlung zu genehmigen hat.³

¹ SR 221.331. Vgl. OSER/MÜLLER, Praxiskommentar VegüV, Zürich/Basel/Genf 2018, Art. 1 N 6 ff.

² OSER/MÜLLER (FN 1), Art. 1 N 20 f.; GesKR-Kommentar VegüV-VOGT, Art. 1 N 13.

³ Art. 18 i.V.m. Art. 21 Ziff. 3 VegüV. Vgl. OSER/MÜLLER (FN 1), Art. 18 N 22 und Art. 21 N 40; BSK VegüV-BLAESER/GLANZMANN, Art. 18 N 56 ff.; MÜLLER, Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV): Lösungsansätze für die arbeitsrechtliche Umsetzung, AJP 2014, 477 ff., 479.

Zweitens sind die unzulässigen Vergütungstatbestände, welche insbesondere in Art. 20 Ziff. 1–3 VegüV aufgelistet sind, auch unzulässig, wenn sie von der ausländischen Tochtergesellschaft dem Geschäftsleitungsmitglied ausgerichtet werden.⁴ Wenn jedoch das anwendbare ausländische Recht eine solche Vergütung zwingend vorsieht, liegt eine Kollision mit der VegüV vor, auf welche hinten in Ziff. IV. eingegangen wird.

B. Dualität Arbeitsrecht und Aktienrecht

Für die nachfolgenden Überlegungen ist aber auch von Bedeutung, dass bei einem Geschäftsleitungsmitglied, welches unter einem Arbeitsvertrag nach ausländischem Recht tätig ist, die mögliche Kollision zwischen VegüV und ausländischem zwingendem Arbeitsrecht noch überlagert wird durch die Frage, inwieweit das schweizerische Aktienrecht nicht auch und allenfalls vorrangig zur Anwendung gelangen könnte.

Aus der Perspektive des Schweizer Rechts ist nämlich bei einem Anstellungsverhältnis eines Mitglieds der obersten Geschäftsleitung, also einem materiellen Organ der schweizerischen Muttergesellschaft, von zwei Rechtsverhältnissen auszugehen: Einerseits handelt es sich um eine vom Gesellschaftsrecht geregelte Organstellung, andererseits um eine vertragliche Beziehung.⁵ Beide Rechtsverhältnisse sind bezüglich Entstehung, Wirkung und Auflösung auseinander zu halten.

Das schuld- und gesellschaftsrechtliche Doppelverhältnis hat gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zur Folge, dass das in einem Anstellungsverhältnis stehende Organ sich sowohl an die Pflichten eines Arbeitnehmers gemäss anwendbarem Vertragsrecht wie auch an die Sorgfalts- und Treuepflichten gemäss Art. 717 OR zu halten hat. Es ist daher stets getrennt zu prüfen, welche rechtliche Regelung verletzt ist und was die Folgen sind.⁶

Die VegüV sagt nicht präzise, welche Bereiche dieses dualen Rechtsverhältnisses sie abdecken will. Da sie die Vergütungen an Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder regelt, steht zweifellos die Arbeitsleistung gegen Entschädigung im Vordergrund. Aber es geht bei der VegüV eben als Besonderheit um die Vergütung eines formellen oder materiellen Organs einer schweizerischen Aktiengesellschaft, und daher bezweckt wohl die VegüV, auch an die aktienrechtliche Komponente anzuknüpfen.

⁴ Art. 20 Ziff. 1–3 i.V.m. Art. 21 Ziff. 1 VegüV. Vgl. OSER/MÜLLER (FN 1), Art. 21 N 27.

⁵ BGE 128 III 129 E. 1.a; BGE 130 III 213 E.2.1; BGER 4A_10/2017 vom 19. Juli 2017, E. 3.1. Vgl. auch EUGSTER/VON DER CRONE, Rechtliche Stellung des Geschäftsführers im Konzern, SZW 2004, 434 ff.; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 N 88; MEYER-HAYOZ/FORSTMOSE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2018, § 16 N 659 ff.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Zürich 2014, 45 f.; ROTH PELLENDI, Vertragsverhältnisse mit Verwaltungsräten, GesKR 2012, 72 ff., 75.

⁶ BGE 130 III 213 E.2.1; EUGSTER/VON DER CRONE (FN 5), 436 ff.; vgl. auch BERTSCHINGER, Geschäftsführung im Konzern – Gleichlauf oder Divergenz zwischen Arbeitsrecht und Gesellschaftsrecht?, AJP 2004, 1426 ff.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 5), 48 f.

Wenn daher bei einer Kollision zwischen VegüV und zwingendem ausländischem Arbeitsrecht ein Vorrang des ausländischen Rechts erfolgen sollte, bleibt die Frage noch zu beurteilen, ob nach Aktienrecht eine abweichende oder differenzierte Regelung letztlich die Folge sein muss. Dieser Frage wird hinten in Ziff. V.D. nachgegangen.

III. Die massgebenden Grundsätze des schweizerischen internationalen Privatrechts

Die VegüV basiert bekanntlich auf Art. 95 Abs. 3 BV, und daher könnte aus der Perspektive des schweizerischen Rechts durchaus die Auffassung bestehen, sie müsse auch im Verhältnis einer börsenkotierten schweizerischen Aktiengesellschaft zu einem Mitglied der obersten Geschäftsleitung, welches im Ausland wohnt und für das Unternehmen tätig ist, Vorrang gegenüber dem ausländischen Recht einnehmen.

A. Arbeitsrecht

Auf dem Gebiet des internationalen Vertragsrechts gilt in der Schweiz das Prinzip der Parteiautonomie, indem Art. 116 Abs. 1 IPRG bestimmt: «Der Vertrag untersteht dem von den Parteien gewählten Recht».⁷ Dieser allgemeine Grundsatz erfährt aus rechtspolitischen Gründen aber in Art. 118 ff. IPRG gewisse Schranken, welche u.a. einer besonderen Schutzbedürftigkeit einer Partei Rechnung tragen wollen. Deshalb bestimmt Art. 121 Abs. 1 IPRG: «Der Arbeitsvertrag untersteht dem Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet.» Auch wenn von dieser Regel verschiedene Ausnahmen bzw. der Bezug weiterer Kriterien diskutiert werden, ist doch generell davon auszugehen, dass im Falle eines im Ausland tätigen Geschäftsleitungsmitglieds der schweizerischen börsenkotierten Aktiengesellschaft das für den Arbeitnehmer bessere ausländische Recht gegenüber schweizerischem Recht Vorrang haben soll.⁸

Allerdings stellt sich die weitere Frage, ob nicht ein Fall von Art. 18 IPRG vorliegt, wonach unabhängig von dem durch Art. 121 IPRG bestimmten Recht Regelungen des schweizerischen Rechts wegen ihres besonderen Zweckes unmittelbar anzuwenden sind. Die VegüV könnte wegen ihrer Bedeutung, welche sich direkt aus einer Verfassungsnorm ableitet, eine solche «loi d'application immédiate» darstellen, welche den positiven ordre public umfasst.⁹ Dies ist u.E. aber abzulehnen. Durch Art. 18 IPRG sollen nur diejenigen inländischen Normen zwingend Anwendung finden und damit Vorrang vor dem an sich anwendbaren

⁷ Vgl. auch BSK IPRG-AMSTUTZ/WANG, Art. 116 N 8 ff.

⁸ Vgl. für nähere Ausführungen BSK IPRG-BRUNNER (FN 7), Art. 121 N 23 ff, ZK IPRG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 121 N 24 ff.

⁹ Vgl. für nähere Ausführungen BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTLER, Art. 18 N 3 ff.; ZK IPRG-VISCHER/WIDMER LÜCHINGER, Art. 18 N 3 ff.; BGE 136 III 23 E. 6.6.1; BGE 135 III 614 E. 4.2.

ausländischen Recht erhalten, welche für den Staat und die Rechtsgemeinschaft von fundamentaler Bedeutung sind.¹⁰ Zum positiven *ordre public* gehören Normen, «die den wesentlichen Interessen der Gesellschaftsordnung, der politischen oder wirtschaftlichen Ordnung Rechnung tragen, mithin im öffentlichen Interesse gesetzt worden sind, so dass deren Durchsetzung gegenüber dem an sich anwendbaren ausländischen Recht im öffentlichen Interesse liegt, soweit ein genügender Inlandbezug gegeben ist.»¹¹ Die Anwendung der schweizerischen Norm muss sich im Einzelfall als zum Schutz legitimer inländischer Ordnungsinteressen notwendig erweisen.¹² Gemäss bundesgerichtlicher Praxis gehören hierzu beispielsweise das Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 ZGB,¹³ die Bestimmungen zum Mindestlohn, zum Ferienguthaben und zur Ferienentschädigung,¹⁴ das Klagerecht nach Art. 10 Abs. 2 lit. c UWG,¹⁵ nicht aber der Haftungsdurchgriff, sofern kein Fall des Rechtsmissbrauchsverbots nach Art. 2 ZGB vorliegt.¹⁶

Unter Art. 18 IPRG können zwar auch Normen zum Schutz privater Interessen fallen, insbesondere auch im Bereich des Arbeitsrechts, sofern sie auf den Parteienschutz, insbesondere den Arbeitnehmerschutz ausgerichtet sind.¹⁷ Zwar ist dies höchstrichterlich noch nicht entschieden worden, jedoch wird in der Lehre mehrheitlich die Auffassung vertreten, dass die Bestimmungen des VegüV nicht Teil des Schweizer *ordre public* darstellen, da sie – trotz der sozialpolitischen und ethischen Anschauungen, welche in der Diskussion eine erhebliche Rolle spielten – inhaltlich nicht sonderlich fundamental sind und die hohe Schwelle zum *ordre public* nicht zu überschreiten vermögen.¹⁸ Die Bestimmungen der VegüV können nicht als grundlegende staats- oder wirtschaftspolitische Normen oder fundamentale Normen mit sozial protektivem Charakter angesehen werden, was durch den Vergleich mit den obengenannten Anwendungsfällen verdeutlicht wird. Sie sind nur für einen kleinen Sonderfall des Wirtschaftsrechts, nämlich für die Vergütung der obersten Organe schweizerischer börsenkotierter Gesellschaften anwendbar. Art. 18 IPRG ist daher nicht relevant für den Anwendungsbereich der VegüV.¹⁹

¹⁰ Vgl. BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTLER, Art. 18 N 10 ff.

¹¹ BGE 136 III 23 E. 6.6.1.

¹² ZK IPRG-VISCHER/WIDMER LÜCHINGER, Art. 18 N 10.

¹³ BGE 128 III 201 E. 1.c.

¹⁴ BGE 138 III 750 E. 2.5.

¹⁵ BGE 136 III 23 E. 6.6.2.2.

¹⁶ BGE 128 III 346 E. 3.1.4.

¹⁷ ZK IPRG-VISCHER/WIDMER LÜCHINGER, Art. 18 N 6, 15 ff. Vgl. auch ZK IPRG-BRUNNER, Art. 121 N 34 ff.; SCHNYDER/LIATOWITSCH, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Zürich 2017, N 214 f.

¹⁸ GesKR-Kommentar VegüV-CASUTT/PEYER, Art. 26 N 10 ff.; OSER/MÜLLER (FN 1), Art. 26 N 9 ff.

¹⁹ Gl.M. OSER/MÜLLER (FN 1), Art. 21 N 25; GesKR-Kommentar VegüV-CASUTT/PEYER, Art. 26 N 12; BSK VegüV-KNOBLOCH, Art. 26 N 7; KUMMER, Statutarische Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich «Say on Pay», Zürich/St. Gallen 2019, § 3 N 448.

B. Gesellschaftsrecht

Demgegenüber ist die Rechtslage für eine Anknüpfung gesellschaftsrechtlicher Rechtsfolgen in Verbindung mit der Anwendung der VegüV klar: In der Schweiz errichtete Aktiengesellschaften unterstehen zwingend schweizerischem Recht (Art. 154 Abs. 1 IPRG). Das schweizerische Recht ist somit auch anwendbar auf «die Haftung aus Verletzung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften» (Art. 155 lit. g IPRG). Die VegüV richtet sich an alle Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder einer schweizerischen börsenkotierten Gesellschaft, unabhängig von ihrem Wohnort oder Arbeitsort. Diese Personen können aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit vor den schweizerischen Gerichten am Sitz der Gesellschaft eingeklagt werden (Art. 151 Abs. 1 IPRG).²⁰

Wenn das LugÜ bei einer Verantwortlichkeitsklage gegen eine im Ausland in einem LugÜ-Staat wohnhafte Organperson einer schweizerischen Aktiengesellschaft zur Anwendung kommt, kann der Gerichtsstand am Sitz der Gesellschaft alternativ nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ aufgrund der deliktischen Natur des Anspruches oder auch nach Art. 5 Ziff. 1 LugÜ begründet werden.²¹

Inwieweit Ansprüche aus Art. 754 OR gestützt auf die VegüV gegen Organpersonen durchgesetzt werden können, welche gestützt auf ausländisches Recht Vergütungen in Verletzung von Art. 18, 20 bzw. 21 VegüV ausgerichtet oder bezogen haben, ist nachfolgend in Ziff. V.D. zu prüfen.

IV. Kollision zwischen Vergütungen nach der VegüV und dem ausländischen Arbeitsrecht

A. Allgemein

In diesem Abschnitt ist eine Kollision der VegüV im Zusammenhang mit den durch sie geregelten bzw. verbotenen Vergütungen und dem anwendbaren ausländischen Recht zu behandeln, wenn dieses eine solche Vergütung zwingend vorschreibt. Dabei ist zu unterscheiden zwischen:

- a) einer Kollision bei einer ordentlichen Vergütung für geleistete Arbeit (für Salär, variable Vergütung, Spesen und Zusatzleistungen) und einer Nichtgenehmigung dieser Vergütung durch einen Beschluss der Generalversammlung (Art. 18 VegüV) und

²⁰ Vgl. ZK IPRG-VISCHER/WEIBEL, Art. 155 N 27; KUMMER, (FN 19), § 3 N 445 ff.

²¹ Vgl. ZK IPRG-VISCHER/WEIBEL, Art. 151 N 6 ff; BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ, Art. 5 N 77, 95.

- b) einer Kollision bei einer ausserordentlichen Vergütung (Abgangsentschädigung am Ende des Arbeitsvertrages, Vorausvergütung oder Provision bei Unternehmenstransaktionen) und dem Verbot solcher Vergütungen gemäss Art. 20 Ziff. 1–3 VegüV.

Gleichzeitig ist in diesem Zusammenhang zu prüfen, inwieweit durch Vertragsgestaltung eine solche Kollision bestmöglich vermieden werden kann.

B. Kollision mit Art. 18 VegüV

Eine Kernbestimmung der VegüV in der Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 BV ist, dass die Generalversammlung über die Vergütungen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung börsenkotierter Gesellschaften entscheiden soll – und nicht wie früher der Verwaltungsrat. Dazu legt Art. 18 VegüV zwingend fest, dass (i) jährlich über die Vergütung eine Abstimmung erfolgen muss (Art. 18 Abs. 3 Ziff. 1 VegüV), (ii) dass getrennt über die Vergütung des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung abzustimmen ist und zwar mindestens je über eine Vergütungsgesamtsumme (Art. 18 Abs. 3 Ziff. 2 VegüV), und (iii) dass die Abstimmung über die Vergütung bindende Wirkung hat (Art. 18 Abs. 3 VegüV).

Was die Wirkungen sind, wenn die Generalversammlung den Antrag für die Vergütung der Geschäftsleitung ablehnt, ist in der Lehre umstritten und höchstrichterlich noch nicht geklärt. Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, dass eine trotzdem erfolgte Ausrichtung einer Vergütung zivilrechtlich nicht unzulässig und nicht strafbar sei.²² Letzteres ist zweifellos richtig, denn Art. 24 Abs. 1 VegüV bezieht die Strafbarkeit nur auf die besonderen Vergütungen, welche gemäss Art. 20 Ziff. 1–3 VegüV unzulässig sind. Ersteres ist jedoch u.E. zweifelhaft, insbesondere die Ansicht, dass der Verwaltungsrat in jedem Fall berechtigt sein sollte, den Mitgliedern der Geschäftsleitung den «üblichen Lohn» trotzdem zu bezahlen.²³ Dies widerspricht dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 VegüV, wonach diese Bestimmungen den ihr widersprechenden Bestimmungen des OR vorgehen.²⁴

Eine Ablehnung eines Antrages für die Vergütung der Geschäftsleitung (welche bis dato noch nicht vorgekommen ist²⁵) durch die Generalversammlung – ohne dass an der gleichen Generalversammlung ein neuer Antrag angenommen wird – hat u.E. die Wirkung, dass der Verwaltungsrat unter der VegüV ab sofort nicht mehr ermächtigt ist, eine Lohnzahlung

²² So OSER/MÜLLER (FN 1), Art. 18 N 95 ff, 195; LAMBERT, Arbeitsverträge mit der Geschäftsleitung unter der VegüV, GesKR 2014, 477; vgl. die Übersicht über den Stand der Lehre bei KUMMER (FN 19), § 4 N 536 ff.

²³ So LAMBERT (FN 22), 480.

²⁴ Im Ergebnis gl.M. mit z.T. etwas anderer Begründung OERTLE, Arbeitsrecht im Konflikt mit der VegüV, GesKR 2014, 44 ff., 47.

²⁵ Dagegen wurde im Zusammenhang mit dem Übernahmekampf einer Stimmenmehrheit an der Sika AG durch Mehrheitsbeschluss der Generalversammlung dem die Übernahme bekämpfenden Verwaltungsrat die beantragte Vergütung abgelehnt, wodurch dieser ohne Entschädigung durch die Gesellschaft den Abwehrkampf weiterführte. Ein Anspruch auf Auszahlung einer üblichen Entschädigung gestützt auf Art. 394 Abs. 3 OR wurde nicht erhoben.

vorzunehmen. Die Generalversammlung hat dem Verwaltungsrat untersagt, die Lohnzahlungspflicht gemäss geltenden Arbeitsverträgen zu erfüllen, und gemäss Art. 18 Abs. 3 VegüV ist die Generalversammlung dazu von Gesetzes wegen berechtigt.²⁶ Dies kann jedoch zu einer Kollision mit einem anwendbaren ausländischen Arbeitsrecht führen, welches zwingend vorschreibt, dass der vereinbarte Lohn für die Dauer des Arbeitsvertrages ohne Bedingung ausbezahlt werden muss (vgl. dazu nachfolgend Ziff. V.A.–C.). Ebenso kann der Verwaltungsrat durch die Umstände des Einzelfalles gezwungen sein, dennoch eine Vergütung an die Geschäftsleitung auszuzahlen, um einen grösseren Schaden von der Gesellschaft abzuwenden (vgl. nachfolgend Ziff. V.D.).

In der Praxis ist allerdings dieses Problem durchaus in der Vertragsgestaltung lösbar. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Statuten bestimmen können, dass die Generalversammlung im Voraus über die Vergütung der Geschäftsleitung für eine zukünftige Zeitperiode abstimmt. Dies kann entweder insgesamt erfolgen oder für einen Teil der Vergütung, insbesondere der fixen Barvergütung (mit Sozialleistungen und weiteren berufsbedingten Kosten), während die variable erfolgsabhängige Vergütung retrospektiv, d.h. im Nachhinein zu genehmigen ist. Gemäss einer Umfrage bei Publikumsgesellschaften mit Stand 1. Juli 2014 hat keine einzige Gesellschaft ein rein retrospektives Modell gewählt, während 72.9% ein rein prospektives und nur 27.1% ein gemischtes Modell verwenden.²⁷ Damit sollte es der Gesellschaft möglich sein, bei einer allfälligen Ablehnung eines Vergütungsantrages eine zustimmende Genehmigung der Generalversammlung noch vor Beginn der relevanten Salärperiode zu erreichen.

In der Vertragsgestaltung mit einem im Ausland tätigen Geschäftsleitungsmitglied empfiehlt es sich, im Arbeitsvertrag nach ausländischem Recht unverändert auch die in den Arbeitsverträgen nach schweizerischem Recht enthaltenen Vergütungsregelungen aufzunehmen, welche den Vorbehalt der Genehmigung der Generalversammlung für alle Vergütungselemente (fixe Vergütung sowie variable kurzfristige und langfristige Vergütung) enthalten, den Hinweis auf die prospektive oder retrospektive Genehmigungswirkung und – für den worst case einer nach wie vor bestehenden Nichtgenehmigung der fixen Vergütung bei Beginn der relevanten Salärperiode – das vereinbarte Recht des Arbeitnehmers, bei Nichtbezahlung des fixen Lohnes den Arbeitsvertrag gestützt auf Art. 337 OR mit sofortiger Wirkung aufzulösen oder den Vertrag wegen Unmöglichkeit der Erfüllung durch den Arbeitgeber gemäss Art. 119 OR ex nunc für unverbindlich zu erklären.²⁸

²⁶ G.L.M. VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 4 N 316 ff.

²⁷ BÜHLER, Neues Vergütungsregime für Publikumsgesellschaften: Auswirkungen auf die Rolle und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, SJZ 2014, 450 f.

²⁸ Kritisch dazu LAMBERT (FN 22), 478, welcher nicht nur eine fristlose Kündigung gestützt auf die gesetzliche Regelung von Art. 337 OR, sondern auch eine ausdrückliche vertragliche Bestimmung für dieses ausserordentliche Kündigungsrecht zugunsten des Arbeitnehmers ablehnt. Vgl. auch die im Ergebnis ähnlichen Ausführungen bei OERTLE (FN 24), 44 ff. sowie VON DER CRONE (FN 26), § 4 N 316 ff. Differenzierend MÜLLER, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, in: ROBERTO/TRÜEB (Hrsg.), CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 18 VegüV N 21.

Schliesslich ist noch darauf hinzuweisen, dass die in der Literatur ebenfalls diskutierte Situation, dass einem Geschäftsleitungsmitglied ein Lohn ausbezahlt werden müsse, bevor ein Generalversammlungsbeschluss über die relevante Lohnperiode erfolgt sei,²⁹ u.E. von theoretischer Bedeutung ist. Bei prospektiver Beschlussfassung über die Vergütung bzw. zumindest über die fixe Barvergütung kann dieser Fall vernünftigerweise nur für ein neues Mitglied der Geschäftsleitung zutreffen, und für diesen Fall ist in den Statuten vorzusehen, dass ein Zusatzbetrag zur Verfügung steht, welcher für das neue Mitglied verwendet werden darf, wenn der beschlossene Gesamtbetrag nicht ausreicht (Art. 19 VegüV).

C. Kollision mit Art. 20 VegüV

Art. 20 Ziff. 1–5 VegüV listet Vergütungstatbestände auf, die zivilrechtlich unzulässig und daher verboten sind. Nachstehend wird untersucht, wie mit der schwierigen Situation umzugehen ist, wenn das anwendbare ausländische zwingende Recht eine Vergütung vorschreibt, die aus schweizerrechtlicher Sicht unter einen der verpönten Vergütungstatbestände von Art. 20 Ziff. 1–5 VegüV zu subsumieren ist.

Der wohl einfachste Umgang damit ist, soweit wie möglich zu verhindern, dass es überhaupt zu einer Kollision der Rechtsnormen kommt. Es ist zu diesem Zweck das aus schweizerrechtlicher Sicht Mögliche vorzukehren, dass eine Vergütung von Anfang an nicht als einen der verpönten Vergütungstatbestände i.S.v. Art. 20 Ziff. 1 VegüV qualifiziert.

So können die in Art. 20 Ziff. 4 und 5 VegüV aufgelisteten Vergütungstatbestände mit einer entsprechenden statutarischen Grundlage vermieden werden. Steht die Ausrichtung solcher Vergütungen im Raum, scheint die Einführung einer entsprechenden statutarischen Grundlage unter diesen Umständen geboten, denn damit wird es unwahrscheinlich, dass es unter diesen beiden Vergütungstiteln zu einer Kollision mit dem anwendbaren ausländischen zwingenden Recht kommt.

Die Konstellation einer Kollision zwischen einer Vergütung an ein Geschäftsleitungsmitglied nach der VegüV und dem anwendbaren ausländischen Recht ist in der Praxis insbesondere bei den in Ziff. 1–3 von Art. 20 VegüV aufgelisteten Vergütungstatbeständen denkbar, d.h. bei Bezug oder Ausrichtung von Abgangsentschädigungen (Art. 20 Ziff. 1 VegüV), Antrittsentschädigungen (Art. 20 Ziff. 2 VegüV) und «Transaktionsprämien» für Tätigkeiten in kontrollierten Unternehmen durch direkt oder indirekt kontrollierte Konzerngesellschaften (Art. 20 Ziff. 3 VegüV). Diese Vergütungstatbestände sind gemäss der VegüV nicht nur zivilrechtlich unzulässig. Sie sind auch strafrechtlich sanktioniert (Art. 24 Abs. 1 VegüV).³⁰

²⁹ Vgl. LAMBERT (FN 22), 477; OSER/MÜLLER (FN 1), Art. 18 N 95.

³⁰ Im Ergebnis wohl gl.M. BSK VegüV-PÖSCHEL, Art. 21 N 20; GesKR-Kommentar VegüV-TSCHÄNI, Art. 21 N 6; CR CO II-BAHAR, Art. 24 N 2; OFK VegüV-WIBMER, Art. 24 N 8. Vgl. dazu auch hinten Ziff. V.E.

Es ist darauf hinzuweisen, dass mit der vor dem Abschluss stehenden Aktienrechtsrevision der neue Art. 735c E-OR in Präzisierung von Art. 20 Ziff. 1–3 VegüV eine ausführlichere Beschreibung von Abgangsentschädigungen in Form von Konkurrenzverboten und nicht marktüblichen Vergütungen für Dienstleistungen durch frühere Organe sowie von Vergütungen im Voraus in Form von Antrittsprämien enthalten sollte. Diese Präzisierungen entsprechen der bisherigen Lehre und enthalten daher inhaltlich keine Änderungen.³¹

Es liegt sodann in der Kompetenz des Verwaltungsrats, mittels entsprechend ausgestalteter (Arbeits-)Verträge und Governance-Regelwerke diejenigen Regelungen gesellschaftsintern aufzustellen und um- und durchzusetzen, welche eine Vorausvergütung und eine Transaktionsprämie (Art. 20 Ziff. 2 und 3 VegüV) nicht zulassen. Folglich liegt es hier im Einflussbereich des Verwaltungsrats, dass die beiden verpönten Vergütungstatbestände zum Vornherein nicht eintreten und somit eine Situation einer Normenkollision mit ausländischem zwingendem Recht nicht entstehen sollte.

Das grösste Risiko, dass es zu einer nicht vermeidbaren Kollision zwischen Art. 20 VegüV und ausländischem zwingendem Recht kommen könnte, dürfte beim Vergütungstatbestand der Abgangsentschädigung (Art. 20 Ziff. 1 VegüV) liegen. Zwar ist gemäss dem Wortlaut von Art. 20 Ziff. 1 VegüV eine Abgangsentschädigung nur dann unzulässig, wenn sie «vertraglich vereinbart oder statutarisch vorgesehen» ist. Im Arbeitsvertrag darf daher keine im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsvertrags auszurichtende finanzielle Leistung vereinbart werden, welche als unzulässige Abgangsentschädigung qualifiziert.³² Dies gilt auch für eine allfällige statutarische Regelung. Damit kann das Risiko der Verletzung der VegüV und der allfälligen Normenkollision schon erheblich reduziert werden.

Dennoch könnte in der Praxis die Möglichkeit bestehen, dass nach anwendbarem ausländischen Recht aus einem laufenden Arbeitsvertrag mit dem Geschäftsleitungsmitglied zwingend eine Entschädigung geschuldet ist, welche aus Schweizer Sicht als unzulässige und strafrechtlich relevante Abgangsentschädigung i.S.v. Art. 20 Ziff. 1 VegüV zu qualifizieren ist. Diesfalls kommt es zu einer eingangs erwähnten Kollision zwischen den schweizerischen und den anwendbaren ausländischen Rechtsnormen.

Die Lösung aus diesem Dilemma ergibt sich aus dem Umkehrschluss des Wortlauts von Art. 20 Ziff. 1 VegüV. Demnach geht eine nach anwendbarem ausländischen Recht beste-

³¹ BBl 2017 426.

³² Vgl. zur unter VegüV unzulässigen Abgangsentschädigung insb. GREMER/HALBEISEN, *Fachhandbuch Arbeitsrecht*, Zürich 2018, N 10.52; HOCHSTRASSER, *Die Rolle des Vergütungsausschusses nach der Umsetzung der Minder-Initiative*, Zürich/St. Gallen 2016, N 112; MÜLLER (FN 3), 483; OSER/MÜLLER (FN 1), Art. 20 N 36 ff.; MALACRIDA/SPILLMANN, *Corporate Governance im Interregnum*, GesKR 2013, 494 f.; WATTER/PELLANDA, *Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts*, *Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag*, 304 f.; ZOBL, *Der arbeitsrechtliche Aufhebungsvertrag*, Bern 2017, N 634 ff.

hende zwingende Regelung der Bestimmungen der VegüV vor. Die darauf basierende Vergütungszahlung begründet folglich keine Verletzung der VegüV, weil die Regelung weder auf Vertrag noch auf den Statuten basiert (vgl. sogleich hinten Ziff. V.).

In diesem Zusammenhang ist es denkbar, dass das ausländische Recht erlaubt, die Abgangsentschädigung wegzubedingen. Diesfalls stellt sich die Frage, ob und inwiefern der Verwaltungsrat bzw. die ausländische Tochtergesellschaft zu einer solchen Wegbedingung verpflichtet ist.³³ Sofern eine Wegbedingung der Abgangsentschädigung voraussetzungslos möglich ist, dürfte dies wohl uneingeschränkt geboten sein. Die Situation ist aber differenziert zu betrachten, wenn eine solche Wegbedingung nach dem ausländischen Recht nur gegen einen entsprechenden finanziellen Ausgleich möglich ist.

In einem solchen Fall ist ein Teil der Lehre der Ansicht, dass die Gesellschaft die Wahl hat, entweder einen solchen Ausgleich zu leisten und damit eine spätere Abgangsentschädigung wegzubedingen oder aber im Fall der Beendigung des Vertragsverhältnisses die gesetzlich geschuldete Abgangsentschädigung zu leisten. Der Entscheid für die richtige Option habe sich nach den Gesellschaftsinteressen zu richten; dabei sei es ein wichtiges Kriterium, welche der beiden Zahlungen gestützt auf die im Zeitpunkt der Wahl getroffenen Annahmen geringer ausfällt.³⁴

Diese Ansicht geht u.E. sehr weit. Besteht nach dem ausländischen Recht die Möglichkeit der Wegbedingung der Abgangsentschädigung – wenn auch gegen finanziellen Ausgleich –, ist daraus zu folgern, dass die Abgangsentschädigung offenbar keine absolut zwingende Vorschrift des ausländischen Rechts ist. Gewährt das ausländische Recht also eine flexible Lösung und in dem Sinn also in einem gewissen Rahmen Vertragsfreiheit, um die Abgangsentschädigung zu regeln, kann das ausländische Recht u.E. nicht mehr als der VegüV zwingend vorgehende ausländische Regelung gelten und daher auch keinen Vorrang gegenüber der VegüV mehr beanspruchen. Das hat zur Folge, dass die Zahlung zur Abgeltung der wegbedingten Abgangsentschädigung als «freiwillig» geleistete Zahlung zu qualifizieren ist und folglich nicht höher sein darf, als was auch unter dem Schweizer Recht, d.h. also unter Art. 20 Ziff. 1 VegüV, erlaubt ist.

Stellt sich heraus, dass die Zahlung zur Abgeltung der Wegbedingung der Abgangsentschädigung nach ausländischem Recht höher ausfallen würde, als was nach Art. 20 Ziff. 1 VegüV zulässig ist, ist eine solche Entschädigung heikel, insbesondere wenn nicht bestimmt werden kann, wie hoch denn der gemäss Gesetz zu zahlende Entschädigungsbetrag sein wird. In dieser Situation bleibt den Beteiligten im Zweifelsfall nichts anderes übrig, als auf

³³ Uneingeschränkt dieser Ansicht Praxiskommentar VegüV-MÜLLER/OSER (FN 1), Art. 20 N 40.

³⁴ OSER/MÜLLER (FN 1), Art. 20 N 40. Im Ergebnis wohl gleich BSK VegüV-PÖSCHEL, Art. 20 N 35, wobei zusätzlich sicherzustellen sei, dass es nicht zu einer verbotenen Vorauszahlung gem. Art. 20 Ziff. 2 der VegüV kommt.

die vertragliche Wegbedingung der Abgangsentschädigung zu verzichten und die bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zwingend vorgesehene Abgangsentschädigung zu zahlen, (vgl. nachfolgend Ziff. V.A.).

Selbstverständlich ist die Wahl eines ausländischen Rechts einzig zum Zweck der Begründung oder Wahrung eines Anspruchs auf eine Abgangsentschädigung (soweit nach dem jeweilig anwendbaren IPRG überhaupt möglich) stets auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtsumgehung zu beurteilen.³⁵

V. Voraussetzungen zur Anwendung des ausländischen Arbeitsrechts und Konsequenzen

A. Zwingendes ausländisches Recht

Es scheint einhellige Meinung zu sein, dass die in der VegüV vorgesehenen zivil- oder strafrechtlichen Konsequenzen keine Anwendung finden, wenn die Bestimmungen der VegüV mit zwingendem ausländischen Arbeitsrecht kollidieren und eine Zahlung entsprechend dem zwingenden ausländischen Arbeitsrecht ausgerichtet wird (vgl. dazu auch die obigen Ausführungen, dass die VegüV nach schweizerischer Rechtsauffassung keinen ordre public für sich beanspruchen kann).³⁶

Zum zwingenden ausländischen Arbeitsrecht dürfte in der Regel der Anspruch des Geschäftsleitungsmitglieds auf die Zahlung seines fixen Lohns (Arbeit gegen Lohn) wie auch die zwingend vorgesehene Abgangsentschädigung (vgl. die Ausführungen vorne in Ziff. IV.) gehören. Das heisst, dass das angestellte Geschäftsleitungsmitglied seinen nach ausländischem Recht zwingend vorgesehenen Anspruch auf Zahlung des fixen Lohns und gegebenenfalls die Abgangsentschädigung gegenüber der ausländischen Tochtergesellschaft vor Gericht durchsetzen kann und die entsprechenden Zahlungen von der ausländischen Tochtergesellschaft rechtmässig und straflos ausgerichtet werden dürfen, auch wenn die Generalversammlung der schweizerischen Muttergesellschaft keinem Vergütungsrahmen gemäss Art. 18 VegüV zugestimmt hat und/oder die Zahlung als Abgangsentschädigung i.S.v. Art. 20 Ziff. 1 VegüV qualifizieren würde. Die zwingenden Bestimmungen des ausländischen Arbeitsrechts gehen hier bei einer Kollision mit den Bestimmungen der VegüV vor.³⁷

³⁵ OSER/MÜLLER (FN 1), Art. 20 N 40a; BSK VegüV-PÖSCHEL, Art. 20 N 35; BSK VegüV-WATTER, Art. 6 N 8.

³⁶ BSK VegüV-PÖSCHEL, Art. 20 N 35; CHK VegüV-MÜLLER, Art. 20 N 3; GesKR-Kommentar VegüV-TSCHÄNI, Art. 20 N 11; MALACRIDA/SPILLMANN (FN 32), 494; OSER/MÜLLER (FN 1), Art. 20 N 40. Gemäss CR CO II-BAHAR, Art. 20 N 21, soll dies auch bei nicht zwingendem ausländischem Recht gelten.

³⁷ BSK VegüV-PÖSCHEL, Art. 20 N 35; CHK VegüV-MÜLLER, Art. 20 N 3; CR CO II-BAHAR, Art. 20 N 21; OFK VegüV-WIBMER, Art. 20 N 4.

Die Herausforderung des Verwaltungsrats liegt also darin, zu beurteilen, ob klares, der VegüV vorgehendes zwingendes ausländisches Arbeitsrecht vorliegt, unter welchem die Zahlung der Vergütung an das Geschäftsleitungsmitglied trotz Verletzung der VegüV vorgenommen werden darf, ohne dass deren zivil- und strafrechtliche Bestimmungen zur Anwendung kommen, und ob der zu leistende Betrag in Übereinstimmung mit dieser klaren Gesetzesregelung steht.

B. Gerichtsurteil

Es kann aber auch die Situation bestehen, dass zwischen der Gesellschaft als Arbeitgeberin und dem Geschäftsleitungsmitglied streitig ist, ob und in welcher Höhe eine Lohnzahlung oder Abgangsentschädigung geschuldet ist, welche eine Verletzung von Art. 18 oder Art. 20 VegüV bewirken würde.

Die herrschende Lehre geht davon aus, dass eine Zahlung, gestützt auf ein Urteil eines schweizerischen oder ausländischen Gerichts, welches die ausländische Tochtergesellschaft unter Anwendung des ausländischen Rechts zur Zahlung einer Vergütung verurteilt, die VegüV per se nicht verletzt.³⁸ Dem Geschäftsleitungsmitglied darf dann gestützt auf das Urteil die Vergütung ausbezahlt werden, selbst wenn kein positiver Beschluss der Generalversammlung der Muttergesellschaft vorliegt, die zu zahlende Vergütung den bewilligten Maximalbetrag überschreitet oder die zu zahlende Vergütung nach schweizerischer Auffassung als Abgangsentschädigung i.S.v. Art. 20 Ziff. 1 VegüV qualifizieren würde.³⁹

Für die ausländischen Gerichtsurteile gilt, dass sie dann zu respektieren sind, sofern sie in der Schweiz gemäss Art. 25–28 IPRG anerkannt und vollstreckbar sind. Mit anderen Worten qualifiziert eine an sich nicht-VegüV-konforme Zahlung, welche sich aber auf einen richterlich-hoheitlichen Akt stützt, nicht als eine Verletzung der VegüV.

C. Vergleich

Schwieriger beurteilt sich die Frage, ob Vergütungen ausgerichtet werden dürfen, die sich auf einen zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsleitungsmitglied nach dem anwendbaren ausländischen Recht geschlossenen Vergleich zur gütlichen Beilegung des Vergütungsstreits stützen. Die Frage ist für den Verwaltungsrat relevant, weil er je nachdem die Einleitung und das Ende eines Prozesses abwarten muss, wenn sich die Zahlungen gemäss ausländischem Recht nur durch ein richterliches Urteil rechtfertigen oder bestimmen lassen. Grundsätzlich scheint die VegüV dem Verwaltungsrat keinen Spielraum zu gewähren, den Streit über die vom Geschäftsleitungsmitglied geforderte Zahlung mittels eines vom zwingenden Schweizerrecht abweichenden Vergleichs beizulegen.

³⁸ Gl.M. GesKR Kommentar VegüV-TSCHÄNI, Art. 20 N 11; OSER/MÜLLER (FN 1), Art. 18 N 103a.

³⁹ GesKR Kommentar VegüV-TSCHÄNI, Art. 20 N 11; OSER/MÜLLER (FN 1), Art. 20 N 40. Im Ergebnis wohl gleich BSK VegüV-BLAESER/GLANZMANN, Art. 18 N 114.

Zur Beantwortung der Frage ist u.E. zu differenzieren, ob sich die Auszahlung der Vergütung auf einen gerichtlichen oder aussergerichtlichen bzw. vorprozessualen Vergleich stützt.

In der Regel basiert ein *gerichtlicher Vergleich* auf den vom Richter im Rahmen der gerichtlichen Vergleichsgespräche abgegebenen Einschätzungen der Prozessrisiken des vor Gericht hängigen Falls. Ein zustande gekommener gerichtlicher Vergleich ist gemäss schweizerischer Rechtsauffassung einem gerichtlichen Urteil gleichzusetzen und kommt daher einem richterlichen Hoheitsakt in seinen Rechtswirkungen sehr nahe.⁴⁰ Daher scheint es u.E. richtig, dass der Verwaltungsrat, welcher aufgrund der richterlichen Analyse der Prozessrisiken und Empfehlungen zum Schluss kommt, dass ein allfälliges Endresultat bei Weiterführung des Prozesses (Kosten, Risiko eines für die Gesellschaft ungünstigen Urteils, etc.) der Gesellschaft zu einem grösseren Nachteil gereichen könnte, als der auf richterlichen Empfehlungen basierende Vergleich, den Vergleich abschliessen darf. Der Massstab für das vom Verwaltungsrat auszuübende Ermessen muss sich stets nach dem Gesellschaftsinteresse richten. Die infolge Vollstreckung des gerichtlichen Vergleichs dem Geschäftsleitungsmitglied ausgezahlte Vergütung ist einer Zahlung gestützt auf einen hoheitlichen Akt gleichzusetzen und kann u.E. folglich die Bestimmungen der VegüV nicht verletzen.

Im Gegensatz zum gerichtlichen Vergleich beruht ein *aussergerichtlicher Vergleich* weder auf richterlicher Analyse und Empfehlung noch wird er einem hoheitlichen Akt gleichgestellt. Die Zahlung einer gegen die VegüV verstossenden Vergütung an das Geschäftsleitungsmitglied auf der Grundlage eines aussergerichtlichen Vergleichs stützt sich somit nicht auf einen hoheitlichen Akt oder eine richterliche Empfehlung, welcher bzw. welche die zwingenden Bestimmungen der VegüV verdrängen könnte. Das bedeutet, dass der Verwaltungsrat keinen Spielraum hat, bei unklarer Regelung des anwendbaren ausländischen Rechts einen aussergerichtlichen Vergleich über Vergütungen abzuschliessen, sofern gestützt darauf Zahlungen erfolgen, welche den Bestimmungen der VegüV zuwiderlaufen. Vielmehr muss er die Einleitung eines gerichtlichen Prozesses abwarten und darf lediglich Zahlungen ausrichten, die sich auf das in der Folge ergehende Gerichtsurteil stützen oder gegebenenfalls auf einen gerichtlichen Vergleich. Dies scheint aus gesellschaftsrechtlicher Sicht unbefriedigend, insbesondere wenn ein aussergerichtlicher Vergleich aus zeitlicher und finanzieller Sicht für die Gesellschaft vorteilhafter sein könnte.

D. Aktienrechtliche Konsequenzen

Wie vorn in Ziff. III.B. dargelegt, ist für die rechtliche Beurteilung eines unter ausländischem Recht abgeschlossenen Arbeitsvertrags in Bezug auf eine Verletzung der VegüV

⁴⁰ Art. 241 Abs. 2 ZPO. BSK ZPO-GSCHWEND/STECK, Art. 241 N 32; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2017, N 1139.

auch noch zu berücksichtigen, dass Verwaltungsrat und Geschäftsleitung einer schweizerischen Aktiengesellschaft auch dem Verantwortlichkeitsrecht gemäss Art. 754 OR unterstehen. Ansprüche aus Verantwortlichkeit können gemäss Art. 155 lit. g und Art. 151 Abs. 1 IPRG bzw. nach Art. 5 Ziff. 1 oder 3 LugÜ vor den schweizerischen Gerichten eingeklagt werden.⁴¹

Das schweizerische Verantwortlichkeitsrecht verlangt als erste zwingende Voraussetzung die Pflichtverletzung einer Organperson, und zwar nicht als Gremium, sondern für jeden einzelnen. Wie vorliegend gezeigt, fehlt es an einer solchen Pflichtverletzung, wenn ein Verstoss gegen die VegüV auf einem Hoheitsakt nach dem anwendbaren ausländischen Recht, d.h. einer Rechtsnorm oder einem Gerichtsurteil, basiert. In den übrigen Fällen beurteilt sich die Pflichtverletzung nach den allgemein geltenden Grundsätzen von Art. 754 OR.

Dabei stellt sich vorerst die Frage, ob nach Aktienrecht nur der Verwaltungsrat oder auch das Geschäftsleitungsmitglied, welches die gegen die VegüV verstossende Vergütung bezieht, eine Pflichtwidrigkeit begeht. U.E. ist das Geschäftsleitungsmitglied Gegenpartei der Gesellschaft und darf nach aktienrechtlichen Grundsätzen seine eigenen Interessen wahren, ohne eine Pflichtverletzung zu begehen.⁴²

Aber auch für den Verwaltungsrat stellt nicht jeder Verstoss gegen eine Vergütungsvorschrift der VegüV eine Pflichtverletzung dar. Haftung aus Verantwortlichkeit ist eine Verschuldenshaftung, d.h. es gibt keine Pflichtverletzung *per se*, sondern Geschäftsentscheide sind in Bezug auf die Sorgfalts- und Interessenwahrungspflicht (Art. 717 OR) stets unter Berücksichtigung der speziellen Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Dies gilt auch im Zusammenhang mit der VegüV. Dabei ist eine sorgfältige Abwägung von Chancen und Risiken aus Sicht der Interessen der Gesellschaft vorzunehmen.⁴³ So kann es gerade in einer Krisensituation geboten sein, Basissaläre trotz fehlender Genehmigung durch die Generalversammlung zu bezahlen, weil ein Exodus der Geschäftsleitungsmitglieder der Gesellschaft einen viel grösseren Schaden verursachen würde und ihre Existenz gefährden könnte. Dasselbe gilt, wenn in einer Auseinandersetzung mit einer aktivistischen, nur auf Eigenin-

⁴¹ Vgl. vorn Ziff. III.B. mit weiteren Hinweisen.

⁴² Vgl. dazu ISLER/SCHOTT, Haftung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung für nicht Minder-konforme Vergütungen, Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich/Basel/Genf 2014, 21ff.; WALTER, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates für Management-Entschädigungen, Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zürich/Basel/Genf 2008, 61 ff.; vgl. aber auch BGer 4C.402/1998 vom 14. Dezember 1999, Praxis des Bundesgerichts 2000 Nr. 50.

⁴³ Vgl. dazu ausführlich ISLER, Die Abwägung von Chancen und Risiken bei der Beurteilung von Geschäftsentscheiden, Gedenschrift für Claire Huguenin, Zürich/St. Gallen 2019, 203 ff.; BGer 4A_268/2018 vom 18. November 2018, E. 6.5.1, 6.5.4.4. Vgl. auch BÜHLER (FN 27), 457.

teressen ausgerichteten Aktionärsgruppe diese eine nicht im Gesellschaftsinteresse stehende wesentliche Veränderung mittels Verweigerung einer Vergütung an die Geschäftsleitungsmitglieder erpressen will.⁴⁴

Auch bei der Berechnung des relevanten Schadens ist nicht einfach der unzulässigerweise ausbezahlte Salärbetrag massgebend, sondern es sind auch die Vorteile, d.h. die Schadensminderung, zu berücksichtigen, welche der Gesellschaft dadurch entstehen, dass die Fortsetzung der Geschäftstätigkeit durch das Verbleiben der Geschäftsleitung die Existenz der Gesellschaft nicht gefährdet.⁴⁵

E. Strafrechtliche Konsequenzen

Wie vorne unter Ziff. IV.C. ausgeführt, haben die in Ziff. 1–3 von Art. 20 VegüV aufgelisteten Vergütungstatbestände auch eine strafrechtliche Relevanz, wobei in der Praxis wohl vor allem der Tatbestand der Abgangsentschädigung ein echtes Risiko darstellt. Mit Revision des Aktienrechts wird die aktuell noch auf Verfassungsstufe bestehende Strafnorm von Art. 24 VegüV in das StGB überführt werden (Art. 154 E-StGB).

Der Bezug von oder die Ausrichtung einer Abgangsentschädigung i.S.v. Art. 20 Ziff. 1 VegüV durch/an ein Geschäftsleitungsmitglied wider besseres Wissens wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe sanktioniert (Art. 24 Abs. 1 VegüV). Gemäss Wortlaut von Art. 24 Abs. 1 VegüV qualifizieren grundsätzlich sowohl die Mitglieder des Verwaltungsrats der Muttergesellschaft als auch der ausländischen Tochtergesellschaft als auch das Geschäftsleitungsmitglied als Täter.⁴⁶

Aufgrund des internationalen Kontexts stellt sich insbesondere bei den Mitgliedern des Verwaltungsrats der schweizerischen börsenkotierten Gesellschaft und gegebenenfalls auch beim Geschäftsleitungsmitglied, das die verpönte Vergütung unter ausländischem Vertrag entgegen nimmt, vorab die Frage, ob die Schweizer Strafnorm unter dem im Strafrecht verankerten Grundsatz des Territorialitätsprinzip überhaupt auf diese Personen Anwendung finden kann oder ob der Auslandbezug überwiegt. Die Schweizer Strafnorm ist nur dann auf diese Personen anwendbar, wenn sich für das Delikt ein Handlungs- oder Erfolgsort in der Schweiz feststellen lässt.

In Bezug auf den Erfolgsort bei Vermögensdelikten führte das Bundesgericht aus: «Als Ort des Erfolgs gilt nach der Rechtsprechung sowohl der Ort der schädigenden Vermögensverfügung bzw. der Schädigung des Vermögens als auch derjenige, an dem die beabsichtigte Bereicherung eingetreten ist oder hätte eintreten sollen. So gilt der Erfolg als in der Schweiz

⁴⁴ Vgl. dazu ISLER/SCHOTT (FN 42), 30 f.; OSER/MÜLLER (FN 1), Art. 18 N 101 ff.; MALACRIDA/SPILLMANN (FN 32), 490.

⁴⁵ Vgl. ISLER/SCHOTT (FN 42), 31 ff.

⁴⁶ Im Ergebnis wohl gl.M. BSK VegüV-PÖSCHEL, Art. 21 N 20; GesKR-Kommentar VegüV-TSCHÄNI, Art. 21 N 6; CR CO II-BAHAR, Art. 24 N 2; OFK VegüV-WIBMER, Art. 24 N 8; HOCHSTRASSER (FN 32), N 512; Differenzierend KUMMER (FN 19), § 4 N 624.

eingetreten, wenn das Opfer der Schädigung eine Aktiengesellschaft mit Sitz in der Schweiz ist, auch wenn ein Grossteil der deliktischen Handlung im Ausland verübt wurde.»⁴⁷ In Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichts könnte argumentiert werden, dass mit Art. 24 Abs. 1 i.V.m. Art. 21 Ziff. 1 VegüV im Sinne einer konzernmässigen Betrachtung das Vermögen der Konzerngesellschaft (und nicht dasjenige der Tochtergesellschaft) mit Sitz in der Schweiz geschützt werden soll und somit ein Erfolgsort in der Schweiz vorliegt, welcher die grundsätzliche Anwendbarkeit der Schweizer Strafnorm begründen könnte.

VI. Schlusswort

WOLFGANG PORTMANN hat in seinem umfassenden arbeitsrechtlichen Schrifttum stets eine differenzierte, den Umständen des Einzelfalles und der Abwägung der relevanten Interessen Rechnung tragende Auffassung vertreten. Dieser Ansatz ist auch in der Thematik dieses Beitrages zu seinen Ehren richtig. Die VegüV ist nicht die allein bestimmende Grundlage für Vergütung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung einer global tätigen schweizerischen Publikumsgesellschaft, und sie kann auch den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung nicht verpflichten, in schwerwiegenden, krisenhaften Situationen gegen die Interessen der Gesellschaft zu handeln, nur um ihrem Wortlaut gerecht zu werden.

⁴⁷ BGer 6B_127/2013 E.4.2.2.