



Ralph Malacrida / Till Spillmann*

Payback Time?



Inhaltsübersicht

- I. *Say on pay* – das Postulat der Stunde
- II. Einordnung des vorliegenden Beitrags
- III. *Ex post*-Kontrolle von Management-Vergütungen durch Rückerstattung
 1. Leistung als Kriterium?
 2. Rückerstattung aus Vertrag
 - 2.1 Gültiger Arbeitsvertrag?
 - 2.2 Rückerstattung der Vergütung bei gültigem Arbeitsvertrag?
 - 2.3 Rückerstattung der Vergütung bei (teilweise) unverbindlichem Arbeitsvertrag?
 3. Rückerstattung aus Art. 678 OR
 4. Rückerstattung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit
 5. Verhältnis der Ansprüche
- IV. Schlussfolgerungen

I. *Say on pay* – das Postulat der Stunde

«*The villagers are at the gates of the castle with burning torches.*» So lautet in einer englischen Zeitschrift das Einleitungsziat eines kürzlich erschienenen Beitrags zum Thema *Payback* – im Sinne der Rückerstattung von Management-Vergütungen.¹

Say on pay ist in der gesellschaftsrechtlichen und politischen Diskussion über die Entschädigung von Führungskräften börsenkotierter Gesellschaften das Postulat der Stunde: Aktionäre einer Gesellschaft sollen über die Vergütung der Mitglieder des Verwaltungsrats und des Managements mitbestimmen können. Eng damit verknüpft ist die Forderung nach Rückerstattung exzessiver Management-Vergütungen.

Vor dem Hintergrund weltweit angeprangerter Managerlöhne ist die Forderung nach mehr Mitsprache der Aktionäre in Vergütungsfragen eine wichtige Treiberin des in den letzten Jahren immer schneller drehenden Rads von Rechtssetzungs- und Regulierungsvorhaben, welche eine Verbesserung der Corporate Governance von Publikumsgesellschaften beabsichtigen. Die Be-

strebungen haben zum Ziel, den Aktionär als Träger des residualen Unternehmensrisikos ins Zentrum wichtiger gesellschaftsrechtlicher Entscheidungen zu stellen.² Dies in der Hoffnung, mögliche Fehlentwicklungen z.B. im Bereich der Entschädigung des Managements durch eine verbesserte Mitsprache und Kontrolle der Aktionäre vermeiden oder zumindest *ex post* korrigieren zu können. Die Aktiengesellschaft soll vermehrt mit direkt-demokratischen Instrumenten geführt werden. Den Aktionärsvertretern im Verwaltungsrat sollen Kompetenzen entzogen werden, oder es sollen bei gewissen Geschäften zumindest Genehmigungsvorbehalte zugunsten der Aktionäre vorgesehen werden.³

² Auf europäischer Ebene gilt es insbesondere den Aktionsplan «Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der EU» (KOM(2003)) zu erwähnen, welcher u.a. die Stärkung der Aktionärsrechte beabsichtigt. Die Europäische Kommission hat in diesem Aktionsplan explizit festgehalten, dass «mittel- bis langfristig Vieles dafür spricht, in der EU auf eine echte Aktionärsdemokratie hinzuarbeiten» (Aktionsplan, 17). Auf der Grundlage dieses Aktionsplans wurde im Sommer 2007 die Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften verabschiedet. Die Mitgliedstaaten haben zwei Jahre Zeit, um die Richtlinie ins nationale Recht umzusetzen (der Vorschlag der Implementierung des Prinzips *one share one vote* in allen Mitgliedstaaten wurde in der Zwischenzeit wieder fallen gelassen). In den USA bestehen ebenfalls Bestrebungen, die Rolle der Aktionäre zu stärken (vgl. dazu ROLF WATTER/KARIM MAIZAR, Aktionärsdemokratie – Über erweiterte Zuständigkeit der Generalversammlung und Erleichterungen bei der Stimmrechtsausübung in schweizerischen Aktiengesellschaften, in: Peter Breitschmid/Wolfgang Portmann/Heinz Rey/Dieter Zobl (Hrsg.), Grundfragen der juristischen Person – Festschrift für Prof. Dr. Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag, Bern 2007, 403 ff.; 405 f., m.w.H.; sowie nachfolgend die Ausführungen zur *Say on Pay Bill*). Auch in der Schweiz sollen im Rahmen verschiedener Vorstösse und der laufenden grossen Aktienrechtsrevision u.a. die Rechte der Aktionäre gestärkt werden (vgl. dazu die Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, in: BBl 2008, 1591); GesKR Sondernummer 2008 zur grossen Aktienrechtsrevision, Zürich 2008, mit Beiträgen zum gesamten Revisionsprojekt.

³ Vgl. zur Auffassung verschiedener Exponenten, die AG sei ähnlich einem demokratischen Staat als Demokratie ausgebildet TILL SPILLMANN, Institutionelle Investoren im Recht der (echten) Publikumsgesellschaften, Diss. (= SSHW 232), Zürich 2004, 163 f.,

* Dr. iur. Ralph Malacrida, Rechtsanwalt, LL.M., und Dr. iur. Till Spillmann, Rechtsanwalt, beide Bär & Karrer AG, Zürich.

¹ *Payback*, The Economist v. 22. November 2008, 77 f.

Die Debatte um die korrekte Festlegung und Kontrolle der Management-Entschädigung ist nicht neu.⁴ In den letzten Jahren hat die Thematik wegen verschiedener Unternehmensskandale aber wieder an Bedeutung gewonnen. Und aufgrund der Überwerfungen an den internationalen Finanzmärkten ist sie in den letzten Monaten und Wochen sehr aktuell geworden.⁵

In den USA fand das Thema sogar Eingang in den Wahlkampf um das Amt des U.S. Präsidenten. Barney Frank hat zusammen mit dem damaligen Senator und heute designierten Präsidenten Barack Obama dem Repräsentantenhaus und dem Senat bereits im Frühjahr 2007 die sogenannte *Say on Pay Bill*⁶ vorgelegt. Während das Repräsentantenhaus die *Say on Pay Bill* am 20. April 2007 mit einer 2:1 Mehrheit deutlich angenommen hat, ist die Hürde des Senats bislang nicht genommen. Das Gesetzgebungsprojekt liegt bei dessen *banking committee*. Auch der ehemalige Präsidentschaftskandidat der Republikaner, John McCain, hat sich, entgegen der Auffassung der Administration Bush, im Wahlkampf für das Postulat der *say on pay*-Bewegung stark gemacht.⁷ Die *Say on Pay Bill* verlangt u.a., dass jährlich konsultativ

über die Vergütungspläne des Managements abgestimmt werden muss und ebenfalls eine konsultative Abstimmung notwendig wird, wenn die Gesellschaft Managern *golden parachutes* zuspricht, falls gleichzeitig Verhandlungen betreffend den Kauf oder Verkauf der Gesellschaft im Gang sind.⁸ Bereits Ende 2006 hat die amerikanische Securities and Exchange Commission (SEC) neue Regeln betreffend die Offenlegung von Vergütungen in Kraft gesetzt.⁹ Als prominenteste Neuerung müssen die Gesellschaften, welche den neuen Bestimmungen unterstehen, im Rahmen ihrer jährlichen Berichterstattung ein Kapitel über *Compensation Discussion & Analysis (CD&A)* erstellen. Im Rahmen der CD&A müssen die Gesellschaften über ihr Vergütungsmodell und dessen Ziele Auskunft geben. Weiter hat etwa die New York Stock Exchange bereits im Jahr 2003 für Gesellschaften, deren Aktien an ihrer Börse kotiert sind, eine Genehmigungspflicht für die aktienbasierten Entschädigungspläne durch die Aktionäre eingeführt.¹⁰

In Europa hat Grossbritannien als prominentestes Beispiel im Jahr 2002 mittels einer Änderung des Companies Act¹¹ die Pflicht von Publikumsgesellschaften zur Genehmigung des *Directors Remuneration Report (DRR)* eingeführt. Die Genehmigungspflicht ist zwingend, wobei einer Ablehnung des DRR rein konsultativer Charakter zukommt. Ausschlaggebend für die Einführung dieser Regelung in Grossbritannien waren letztlich als exzessiv angeprangerte Entschädigungspakete von sogenannten *fat cats*¹². Des Weiteren bestehen in verschiedenen europäischen Ländern teilweise schon seit Längerem unterschiedlich weitgehende Regeln, welche die Genehmigung (bindend oder konsultativ) von Entschädigungskomponenten der verschiedenen Organe vorsehen.¹³ In Deutschland etwa besteht eine Pflicht zur statutarischen Festlegung der Entschädigung für Aufsichtsratsmitglieder. Falls eine statutarische Pflicht fehlt, ist die Entschädigung durch die Aktionäre zu bewilligen.¹⁴ Die Niederlande und Schweden

m.w.H., welcher allerdings darauf hinweist, dass der Vergleich hinkt; ferner WATTER/MAIZAR (FN 2), 403 ff.

⁴ In den USA wird die Debatte seit den 1950er Jahren geführt (vgl. JEFFREY N. GORDON, «Say on Pay»: Cautionary Notes on the UK Experience and the Case for Muddling Through, Working Paper No. 336, 1 September 2008, verfügbar unter <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1262867>); in der Schweiz wurde das «arbeitslose Einkommen der Verwaltungsräte» bereits in den 1930er Jahren angeprangert (so zumindest DANIEL DAENIKER, Vergütung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung schweizerischer Publikumsgesellschaften, SJZ 101 (2005), 381, m.w.H.).

⁵ Auch wenn vereinzelt bereits Stimmen zu vernehmen sind, welche die *say on pay*-Bewegung bereits hinter ihrem Zenit sehen (vgl. etwa TOMOEI MURAKAMI TSE, Say on Pay Movement Loses Steam, Washington Post, 6 May 2008, D01), überschlagen sich in Europa und insbesondere in der Schweiz die Ereignisse rund um die Thematik. Unterschiedlich weitgehende Vorschläge aus dem gesamten Parteienspektrum fordern eine verstärkte Mitsprache der Aktionäre (teilweise auch des Staates) bei der Festlegung der Management-Vergütungen und es wird laut über die Rückerstattung bereits geleisteter Vergütungen nachgedacht (vgl. zum Thema etwa folgende Beiträge aus der NZZ: PETER REINERT, Schranken für die Bonus-Verweigerung, NZZ v. 18. November 2008, 27; NINA J. FREI, Bonusansprüche als Vertragsbestandteil, NZZ v. 25./26. Oktober 2008, 16; JOACHIM STARBATTY, Marktwirtschaftliche Zwänge für die Akteure im Finanzwesen, NZZ v. 11. November 2008, 25; Neues Salärssystem für die Manager der UBS, NZZ v. 18. November 2008, 21; Boni sind Sache der Aktiengesellschaft, NZZ v. 1./2. November 2008, 21; HEIDI GMÜR, Die neue Regulierungswelle, NZZ v. 26. Oktober 2008, 13; ROBERT F. GÖX, Die Regulierung der Managergehälter schadet meist mehr, als sie nützt, NZZ v. 25./26. Oktober 2008, 29; Bonuszahlungen machen UBS-Manager nicht immun gegen die Krise, NZZ v. 23. Oktober 2008, 27; Die Rückzahlung von Boni soll erleichtert werden, NZZ v. 23. Oktober 2008, 27).

⁶ Bei der *Say on Pay Bill* handelt es sich um den Shareholder Vote on Executive Compensation Act (H.R. 1257) (110th Cong, 1st Sess.); Sen. 1181 (110th Cong, 1st Sess.).

⁷ «[A]ll aspects of a CEO's pay, including any severance agreements, must be approved by shareholders» (<http://www.businessweek.com/bwdaily/dnflash/content/jun2008/db20080610_480485.htm>).

⁸ Weitere Informationen zur Gesetzesvorlage finden sich unter <<http://financialservices.house.gov/ExecutiveCompensation.html>>.

⁹ Executive Compensation and Related Person Disclosure (verfügbar unter <<http://www.sec.gov/rules/final/2006/33-8732a.pdf>>); vgl. dazu auch BSK OR II-WATTER/MAIZAR, Art. 663b^{bis} N 115 ff., m.w.H.

¹⁰ Siehe Section 312.03 i.V.m. Section 303A.08 des NYSE Listed Company Manual (verfügbar unter <<http://www.nyse.com/regulation/nyse/1182508124422.html>>).

¹¹ Art. 420 Companies Act 2006, (vgl. für eine Kurzübersicht über die Hintergründe dieser Regelung etwa GORDON (FN 4), 12 f., m.w.H.).

¹² Als wohl prominentestes Beispiel ist der ehemalige CEO von GlaxoSmithKline, für welchen nach Einführung der Genehmigungspflicht prompt ein ablehnender Beschluss der Aktionäre in Bezug auf den DRR zur Neuverhandlung der Abgangsentchädigung geführt hat (vgl. etwa GORDON (FN 4), 13, m.w.H.).

¹³ Vgl. die Kurzübersicht bei Ethos, Aktionärsanträge «Say on pay», 3 (verfügbar unter <www.ethos.ch>).

¹⁴ § 113 AktG.

haben ebenfalls eine zwingende Abstimmung über die Management-Vergütung eingeführt.¹⁵ In Frankreich muss die Gesamtsumme der Honorare für die Verwaltungsratsmitglieder von der Generalversammlung genehmigt werden.¹⁶ Diese Entwicklungen dürften zumindest teilweise auf die «Empfehlung zur Einführung einer angemessenen Regelung für die Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften» zurückzuführen sein, welche von der EU-Kommission am 14.12.2004 auf Anregung eines Expertenberichts veröffentlicht wurde (2004/913/EG, ABl L 385 vom 29. 12. 2004, 55 ff.). Darin wird Mitgliedstaaten empfohlen, in ihrem nationalen Recht u.a. vorzusehen, dass die Vergütungspolitik des Unternehmens offengelegt und von der Jahreshauptversammlung bindend oder konsultativ genehmigt wird und die Regelungen aktienbasierter Vergütungen der bindenden Abstimmung durch die Jahreshauptversammlung unterworfen werden.

Des Weiteren fordert auch die OECD in ihren OECD-Grundsätzen der Corporate Governance, dass «[d]ie Aktionäre [...] die Möglichkeit haben [sollten], ihre Ansicht zu der in Bezug auf die Vergütungen von Board und Geschäftsführung verfolgten Politik zu äussern. [Auch] [d]ie Aktienkomponente der Vergütungen von Board-Mitgliedern, Geschäftsführung und Arbeitnehmern sollte der Zustimmung durch die Aktionäre bedürfen.»¹⁷

Schliesslich hat sich die Diskussion um die Postulate der *say on pay*-Bewegung auch in der *Schweiz* in letzter Zeit intensiviert, einerseits aufgrund der anstehenden grossen Aktienrechtsrevision¹⁸, andererseits wegen der Finanzkrise, insbesondere im Gefolge der eidgenössischen Rettungsaktion für die UBS AG¹⁹. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang insbesondere auch die von Thomas Minder lancierte eidgenössische «Volksinitiative gegen die Abzockerei», welche fordert, dass Abgangsentschädigungen, Vergütungen im Voraus und Prämien bei Firmenkäufen und -verkäufen verboten werden sollen. Weiter soll die Generalversammlung über die Boni, die Anzahl Mandate ausserhalb des Konzerns sowie über die Höhe der Renten und Kredite der Topmanager entscheiden. Schliesslich sollen die Pensionskassen gezwungen werden, im Interesse ihrer Versicherten

abzustimmen und ihre Stimmabgaben offen zu legen.²⁰ Bereits anfangs 2007 sind die neuen aktienrechtlichen Bestimmungen über die Offenlegung von Vergütungen und Beteiligungen von Mitgliedern des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung in Kraft getreten.²¹

Gegenwärtig ist eine Zusatzbotschaft in Vorbereitung, welche einerseits gewisse Artikel des Entwurfs zur grossen Aktienrechtsrevision «griffiger» ausgestalten will, und sich andererseits zum Ziel setzt, gewisse Anliegen der Volksinitiative gegen die Abzockerei im Sinne eines Gegenvorschlags aufzunehmen.²²

Neben diesen Entwicklungen in der Schweiz findet seit geraumer Zeit auch ein ursprünglich vorwiegend in den Rechtswissenschaften ausgetragener Diskurs über *say on pay* statt. Es wird kontrovers diskutiert, ob Managersaläre bereits *de lege lata* von der Generalversammlung festgelegt oder genehmigt werden können und ob eine Mitsprache der Aktionäre wünschbar ist.²³

Aufgrund der weltweiten Finanzkrise haben sich die Forderungen und Mehrheiten insofern verschoben, als dass mit den staatlichen Rettungsaktionen in der westlichen Hemisphäre teilweise maximale Vergütungsgrenzen für Manager der unterstützten Institute verknüpft wurden. Zudem scheint es heute, anders als noch vor einigen Monaten, einen breiten Konsens zu geben, dass Aktionäre in irgendeiner Form Einfluss auf die Vergütung von Verwaltungsrat und Management haben sollten. Auch die internationalen²⁴ und natio-

²⁰ Die Initiative will Art. 95 BV ergänzen. Der Initiativtext ist verfügbar unter <www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis348.html>.

²¹ Art. 663b^{bis} und 663c OR.

²² Frau Bundesrätin Widmer-Schlumpf liess sich zur Zusatzbotschaft folgendermassen verlauten: «Wir werden sicher festlegen, dass die Statuten bei börsenkotierten Unternehmen vorsehen müssen, dass die Vergütung des Verwaltungsrates geregelt wird. [...] Wir werden auch vorschlagen, dass man die Rückforderungsmöglichkeiten verstärkt, wenn Entschädigungen bezahlt werden, die in einem Missverhältnis stehen zur Leistung, die erbracht wird.» Neue Regelung von Managergehältern, NZZ v. 28. November 2008, 14. Hinweise finden sich auch in der Botschaft zu einem Massnahmenpaket zur Stärkung des schweizerischen Finanzsystems, 32 (Vorabdruck verfügbar unter <<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00570/01288/index.html?lang=de>>).

²³ Vgl. zur Diskussion etwa ROLF WATTER/KARIM MAIZAR, Structure of Executive Compensation and Conflicts of Interests: Legal Constraints and Practical Recommendations under Swiss law, in: Luc Thévenoz/Rashid Bahar (Hrsg.), Conflicts of Interest – Corporate Governance and Financial Markets, Alphen aan den Rijn 2007, 31 ff., 65 ff. und 73 f., m.w.H.; THOMAS WERLEN/ANDRIN SCHNYDRIG, Festlegung von Entschädigungen der Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder durch die Generalversammlung – eine Verbesserung der Corporate Governance? SZW 2/2007, 101 ff.; BIEDERMANN/DAENIKER (FN 15), 142 ff., m.w.H.

²⁴ Die britische Financial Services Authority (FSA) forderte die Konzernchefs der Banken der Londoner City in einem Brief vom 13. Oktober 2008 auf, ihre Entschädigungssysteme zu überprüfen und die nötigen Anpassungen vorzunehmen. Die FSA will sich im vierten Quartal 2008 mit den Verantwortlichen der Banken treffen und im Januar 2009 einen Bericht mit Kriterien über gute und schlechte Praktiken erarbeiten. Den Banken, die staatliche Eigenkapitalzuschüsse in Anspruch nehmen, wird

¹⁵ DOMINIQUE BIEDERMANN/DANIEL DAENIKER: Pro & Contra: Soll die Generalversammlung Managersaläre genehmigen?, GesKR 2/2008, 142 ff., 146.

¹⁶ Vgl. dazu BIEDERMANN/DAENIKER (FN 15), 146.

¹⁷ Kapitel II.C.3 der OECD-Grundsätze der Corporate Governance (Neufassung 2004, verfügbar unter <www.oecd.org>).

¹⁸ Vgl. eingehend zur grossen Aktienrechtsrevision GesKR Sondernummer 2008 zur grossen Aktienrechtsrevision (FN 2).

¹⁹ Weiterführende Informationen zum Massnahmenpaket UBS finden sich unter <<http://www.efd.admin.ch/aktuell/medieninformation/00462/index.html?lang=de&msg-id=22499>>.

nalen²⁵ Regulierungsbehörden sind in Bezug auf die ihnen unterstellten Finanzinstitute aktiv geworden.

II. Einordnung des vorliegenden Beitrags

Die Postulate der *say on pay*-Bewegung können entsprechend der Rolle des Aktionärs bei der Festlegung der Vergütung strukturiert werden. So kann der Aktionär eine Vergütung (i) vorweg festlegen oder nachträglich genehmigen, (ii) verbindlich oder als Folge einer bloss konsultativen Befragung absegnen, (iii) als spezifischen Vorschlag oder auch nur in Form eines generellen Vergütungsmodells autorisieren, und (iv) im Rahmen einer vom Gesetzgeber als zwingend bezeichneten Pflicht definieren oder als freiwillige Mitbestimmung festlegen.²⁶

Der vorliegende Beitrag kann grundsätzlich der ersten Fallgruppe zugeordnet werden: die *ex ante*- oder *ex post*-Festlegung der Vergütung. Bislang wurde die Debatte der Management-Vergütung in der Schweiz vor allem aus einer *ex ante*-Optik geführt. Der Gesetzgeber hat etwa mit den bereits in Kraft getretenen Bestimmungen zur Transparenz der Vergütungen die Informationslage der Aktionäre verbessert, so dass ein *ex ante*-Anreiz ge-

schaffen werden soll, «richtige» Vergütungen zu vereinbaren. Auch wurde und wird diskutiert, inwiefern die Aktionäre bereits unter geltendem Recht die Vergütung des Verwaltungsrats festlegen können, ob verbindlich oder konsultativ und ob spezifisch oder nur im Rahmen einer generellen Vergütungspolitik.

Im Gegensatz dazu soll die Thematik im Rahmen des vorliegenden Beitrags aus dem in letzter Zeit v.a. in der Öffentlichkeit vermehrt diskutierten *ex post*-Blickwinkel untersucht werden. Wie eingangs dieses Beitrags erwähnt, steht hinsichtlich der Debatte über die Management-Vergütungen in letzter Zeit weniger die Frage nach deren Festlegung durch die Aktionäre *ex ante*, sondern vielmehr die Frage nach einer etwaigen nachträglichen Rückerstattung zur Diskussion.²⁷ Sofern Aktionäre selbst diese Rückerstattung mittels Klagerechten durchsetzen, handelt es sich um eine mit der *say on pay*-Forderung direkt im Zusammenhang stehende *ex post*-Kontrolle der Management-Vergütungen. Dieser Thematik ist der vorliegende Beitrag gewidmet, wobei allgemein die Frage der Rückerstattung von Management-Vergütungen untersucht werden soll und nicht nur diejenige, welche durch die Aktionäre initiiert werden kann.²⁸

Mit anderen Worten: Herrscht jetzt *payback time* für Manager?

III. Ex post-Kontrolle von Management-Vergütungen durch Rückerstattung

Nachfolgend soll untersucht werden, ob Geschäftsleitungsmitglieder verpflichtet sind, aus der Retrospektive als zu hoch erachtete Vergütungen – unabhängig von ihrer Form – an ihr Unternehmen zurückzuerstatten. Auf die Frage einer etwaigen Rückerstattungspflicht von Verwaltungsratsmitgliedern wird hingegen nicht eingegangen, weil sich das Problem zu hoher Vergütungen v.a. beim Management stellt.²⁹

Es werden in der Folge vertragliche (2.) und gesellschaftsrechtliche (3./4.) Ansprüche geprüft. Vorweg drängt sich u.E. jedoch auf, das in dieser Diskussion oft genannte Kriterium der Leistung kritisch zu hinterfragen (1.). Das Kapitel wird mit einer kurzen Analyse der Konkurrenz der verschiedenen Ansprüche (5.) abgeschlossen.

nebst einem Dividendenstopp die Pflicht auferlegt, keine Boni an Verwaltungsräte auszuschütten. Die FSA plant jedoch nicht, formelle Weisungen herauszugeben. Das US-Finanzministerium erliess im Rahmen des Emergency Economic Stabilization Act vom 14. Oktober 2008 Standards für die Entschädigung des oberen Managements für jene Banken, die an den US-Unterstützungsprogrammen teilnehmen (Sec. 111). Erstens wird verlangt, dass dem obersten Management der Banken keine Anreize gesetzt werden, unnötige oder exzessive Risiken einzugehen, die den Wert der Bank bedrohen. Zweitens müssen zumindest zukünftig an das obere Management gezahlte, variable Vergütungen zurückgefordert werden, falls sich Angaben zu Erträgen, Gewinnen oder anderen Kriterien zu einem späteren Zeitpunkt als falsch erweisen. Drittens wird den unterstützten Banken verboten, unangemessene Abgangsentschädigungen (*golden parachutes*) zu zahlen. In Deutschland werden die Banken, welche am Finanzmarktstabilisierungsfonds teilnehmen, gemäss § 5 Abs. 3 der Finanzmarktstabilisierungsfonds-Verordnung (FMStFV) verpflichtet, ihre Vergütungssysteme auf ihre Anreizwirkung und Angemessenheit zu überprüfen und die Entlohnung des oberen Managements auf ein «angemessenes Mass» zu begrenzen (§ 5 Abs. 4 FMStFV). Der Fonds soll «darauf hinwirken», dass dem oberen Management keine Vergütungen gezahlt werden, die EUR 500 000 übersteigen. Weiterhin soll eine Bank keine rechtlich nicht zwingend notwendigen Abfindungszahlungen sowie keinerlei Boni und Dividenden leisten, solange die Bank den Stabilisierungsfonds in Anspruch nimmt.

²⁵ Die EBK (bzw. ab 1. Januar 2009 die FINMA) ist derzeit daran, für die ihr unterstellten Finanzinstitute in einem Rundschreiben generelle Richtlinien zu den Entschädigungssystemen auszuarbeiten. Die EBK (bzw. künftig die FINMA) wird in einem Rundschreiben darlegen, wie sie die Anforderungen an die Organisation der Banken anwendet (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG, Art. 7 Abs. 1 Bst. b FINMAG). Die Einhaltung der Bestimmungen des geplanten Rundschreibens bilden künftig Teil des Aufsichtsprozesses. Die EBK sowie die Prüfgesellschaften werden prüfen, ob die Institute diese umsetzen und einhalten (vgl. zum Ganzen die Botschaft Stärkung des schweizerischen Finanzsystems (FN 22), 32 f.).

²⁶ Vgl. dazu etwa auch GORDON (FN 4), 9.

²⁷ Vgl. hierzu etwa die in FN 5 erwähnten NZZ Beiträge.

²⁸ Wobei die Aktionäre mit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage indirekt auf die Gesellschaft bzw. deren Verwaltungsrat Druck ausüben können, allfällige alleine durch die Gesellschaft durchsetzbare Ansprüche geltend zu machen.

²⁹ Vgl. zur Situation des Delegierten des Verwaltungsrats immerhin die Ausführungen in der Einführung zu Kapitel III.1.

1. Leistung als Kriterium?

Die Diskussion um die «richtige» Entschädigung von Führungskräften wird vom Grundsatz getragen, dass Manager für ihre *Leistung* entschädigt werden sollten (*pay for performance*).³⁰ Angesichts hoher Managerlöhne trotz sinkender Aktienkurse und schwindendem *shareholder value* wird vermutet, das Leistungsprinzip habe versagt, weil die Corporate Governance ungenügend sei.³¹ Die Ursache des Missstands wird darin vermutet, dass die CEOs so grossen Einfluss auf die Verwaltungsratsmitglieder haben, dass sie *de facto* ihren Lohn selbst festlegen (*managerial power approach*).³² Um die Corporate Governance wieder ins Lot zu bringen, wird deshalb u.a. die Forderung gestellt, mehr Gewicht auf die Mitbestimmung durch die Aktionäre zu legen. Mithin soll eine leistungsgerechte Entschädigung dadurch gewährleistet werden, dass die Entscheidungsbefugnis über die Festlegung der Managerlöhne nicht mehr nur den Verwaltungsratsmitgliedern, sondern neu auch den Aktionären zukommen soll.

Diese Analyse greift zu kurz. Bei näherer Betrachtung bleibt unklar, ob im Hinblick auf das Ziel, den *shareholder value* zu steigern³³, die Entschädigung von Geschäftsführern wirklich an deren Leistung geknüpft werden kann und soll und ob die Generalversammlung eine solche Aufgabe besser wahrnehmen kann als der Verwaltungsrat.

In der gegenwärtigen Diskussion wird kaum darauf hingewiesen, dass mangels verfügbarer Informationen und Informationsbeschaffungssysteme die Tätigkeit von Führungskräften nicht in absoluter Form erfasst und beurteilt werden kann. Wenn bspw. ein Unternehmen Gewinne macht, müsste bestimmt werden können, welcher Teil des Erfolgs den Bemühungen der einzelnen Führungskräfte und welcher Teil dem Team oder externen Faktoren (wie bspw. steigenden oder sinkenden Rohstoffpreisen, globalen Zinsentwicklungen, politischen Verhältnissen in Ländern von Verhandlungs-

partnern, reinen Zufällen, etc.) zuzuschreiben ist. In der Praxis kann der Erfolg aufgrund der Komplexität der wirtschaftlichen Abläufe und Zusammenhänge kaum jemals in diesem Sinn aufgegliedert und alloziert werden, weil die entsprechende Informationsbeschaffung entweder nicht möglich oder jedenfalls zu kostenintensiv wäre. Analoges gilt umgekehrt, wenn das Unternehmen Verluste erleidet.

Angesichts fehlender Messbarkeit individueller Leistungen von Managern wird bisweilen darauf hingewiesen, dass die Vorstellung, die Management-Entschädigung sei nach Massstäben einer absoluten Leistung zu entrichten, ohnehin verfehlt sei. Vielmehr sei die relative Leistung zu belohnen, um den *shareholder value* zu steigern. Insbesondere die Vertreter der Turnier-Theorie³⁴ betonen, dass einerseits die Entschädigung für jede Stufe im Unternehmen unabhängig von der individuellen absoluten Leistung eines Einzelnen festgelegt werde und andererseits eine positive Differenz zwischen jeder Hierarchie-Stufe bestehe. Die Entlohnung diene primär dazu, die Einzelnen anzuspornen, um im Kampf gegen die Arbeitskollegen zu obsiegen und die nächste Stufe erklimmen zu können. Entscheidend sei nicht, wer welche absoluten Leistungen erbringe, sondern, dass die *incentives* so gesetzt würden, dass die Arbeitsbemühungen insgesamt gesteigert werden.

Auf der anderen Seite des Spektrums wird die Ansicht vertreten, dass übermässig hohe (materielle) Vergütungen zu einem Entkoppelungseffekt zwischen Leistung und Vergütung und in diesem Zusammenhang einem Korumpieren der intrinsischen Motivation der Mitarbeiter führen können.³⁵

Angesichts der Schwierigkeit, «Leistung» zu definieren und zu messen, wird in der praktischen Bestimmung dessen, was als richtiger Lohn anzusehen ist, sodann oft auf die Marktüblichkeit von Entschädigungen abgestellt.³⁶ Diese Externalisierung des Massstabs löst das

³⁰ Gemäss BÖCKLI sind u.a. zu berücksichtigen: persönliche Leistung, Stellung, Risikoübernahme, Erfolg und Opportunitätskosten; vgl. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2004, § 13 N 240 ff. *Pay for performance* wird grundsätzlich agenturtheoretisch begründet (Angleichung divergierender Interessen) und ist in den USA seit den 1980er ein Thema, vor allem aber seit den 1990er Jahren in der Praxis relevant geworden (vgl. zum Hintergrund etwa LUCIAN ARYE BEBCHUK/JESSE M. FRIED, *Pay without Performance – The Unfulfilled Promise of Executive Compensation*, Cambridge 2004, Chapter 1).

³¹ Vgl. zur Kritik an der Entkoppelung der Entschädigung vom Erfolg eingehend BEBCHUK/FRIED (FN 30).

³² Zum *managerial power approach* vgl. LUCIAN ARYE BEBCHUK/JESSE M. FRIED/DAVID I. WALKER, *Managerial Power and Rent Extraction in the Design of Executive Compensation*, *The University of Chicago Law Review*, 2002, Vol. 69, p. 751–846.

³³ Vgl. zu dieser Zielsetzung etwa ROLF WATTER/TILL SPILLMANN, *Corporate Social Responsibility – Leitplanken für den Verwaltungsrat Schweizerischer Aktiengesellschaften*, *GesKR* 2-3/2006, 94 ff., 105 ff.

³⁴ Vgl. zur sog. *Turnier-Theorie* EDWARD LAZEAR/SHERWIN ROSEN, *Rank Order Tournaments as Optimum Labor Contracts*, *Journal of Political Economy* 89 (1981), 5.

³⁵ Vgl. dazu MARK R. LEPPER/DAVID GREENE, *The hidden Costs of Reward: New Perspectives on the Psychology of Human Motivation*, New York 1978; im Zusammenhang mit variabler Vergütung BRUNO S. FREY/MARGIT OSTERLOH/MATTHIAS BENZ, *Grenzen variabler Leistungslöhne: Die Rolle intrinsischer Motivation*, in: Jost (Hrsg.), *Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre*, Stuttgart 2001, 561 ff.; FREY und OSTERLOH vertreten gar die Ansicht, Manager seien wie Bürokraten zu entschädigen (vgl. zum Ganzen BRUNO S. FREY/MARGIT OSTERLOH, *Yes, Managers should be paid like bureaucrats*, CESifo Working Paper No. 1379, January 2005, verfügbar unter <<http://SSRN.com/abstract=555697>>); kritisch zum Konzept der *pay for performance* auch JAMES A. MCCONVILL, *Executive Compensation in Contemporary Corporate Governance: Why Pay for Performance is a Flawed Methodology*, m.w.H., verfügbar unter <<http://ssrn.com/abstract=723521>>.

³⁶ Als Beispiel kann John Mack erwähnt werden, der als neuer CEO von Morgan Stanley verlangte, dass seine Gesamtentschädigung für zwei Jahre nicht weniger betragen dürfe als das durchschnitt-

Problem aber nicht, weil der Markt aufgrund der mangelnden Messbarkeit der Leistung kein valabler Indikator für objektiv erbrachte (absolute) Leistungen von Individuen ist bzw. sein kann. Und selbst wenn er dies wäre, müsste berücksichtigt werden, dass Marktpreise dem Einfluss kollektiver Aktionen unterliegen, welche eine Kumulation individueller Handlungen darstellen, die *per se* unter Umständen unerwünscht sein können.

Aufgrund dieser zahlreichen Unklarheiten ist vor der Annahme zu warnen, die oft monierte Unterwanderung des Leistungsprinzips und die Macht der Manager seien die massgeblichen Ursachen für das Problem zu hoher Management-Entschädigungen und dieses Problem könne durch ein Bekenntnis zum Grundsatz «*pay for performance*» und durch Verlagerung der Entscheidungskompetenz vom Verwaltungsrat zur Generalversammlung einfach gelöst werden. Dieser Feststellung ist nicht nur im Rahmen der Diskussion um eine Verbesserung der *ex ante*-Kontrolle, d.h. bei der ursprünglichen Festlegung der Vergütungen, sondern auch bei der Beurteilung der *ex post*-Kontrolle bereits zugesprochener Management-Entschädigungen Rechnung zu tragen. In der Folge wird beleuchtet, wie die etwaigen Anspruchsgrundlagen für Rückforderungsklagen konkret zu beurteilen sind.

2. Rückerstattung aus Vertrag

Zwischen der Gesellschaft und den Mitgliedern der Geschäftsleitung liegt aufgrund der Weisungsgebundenheit der Manager gegenüber dem Verwaltungsrat und dem damit zusammenhängenden Subordinationsverhältnis regelmässig ein arbeitsrechtliches Vertragsverhältnis vor.³⁷

Kontrovers beurteilt wird die Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen der Gesellschaft und dem Delegierten des Verwaltungsrats. Dies vor allem deshalb, weil der Delegierte nicht in einem typischen Subordinationsverhältnis zur Gesellschaft bzw. zum Verwaltungsrat steht. Der Delegierte ist letztlich als Teil des Verwaltungsrats an den Beschlüssen, welche u.a. zu Weisungen an ihn selbst führen, beteiligt.³⁸ Die nach-

folgenden Ausführungen treffen deshalb nur dann auch auf den Delegierten zu, wenn man die arbeitsvertraglichen Bestimmungen auf dieses Rechtsverhältnis anwenden will, wobei bei der Frage des Abschlusses eines gültigen Arbeitsvertrags zusätzlich die Problematik des Selbstkontrahierens zu beachten ist.³⁹

2.1 Gültiger Arbeitsvertrag?

Ob eine zu hohe Vergütung von einem Geschäftsleitungsmitglied zurückgefordert werden kann, hängt zunächst davon ab, ob zwischen Gesellschaft und dem betreffenden Manager überhaupt ein gültiger Arbeitsvertrag zustande gekommen ist.

Dabei ist im Sinne einer Kaskadenprüfung zu beurteilen, ob *erstens* der Abschluss des Arbeitsvertrags innerhalb des Zwecks der betreffenden Gesellschaft liegt (Art. 718a OR). Davon ist regelmässig auszugehen, denn die Zweckgrenze ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre weit zu fassen. Ausserhalb des Zwecks liegen nur Geschäfte, die der Zweck nicht mit sich bringen kann bzw. die durch diesen geradezu ausgeschlossen sind.⁴⁰

Zweitens ist danach zu fragen, ob der Abschluss des Arbeitsvertrags, insbesondere die Festsetzung der Höhe der Vergütung, innerhalb der Vertretungsbefugnis des Organs⁴¹ liegt, welches den Arbeitsvertrag stellvertretend für die Gesellschaft unterzeichnet. In aller Regel verfügen die Gesellschaften nicht über konkrete Weisungen oder Reglemente, welche sich zur maximalen

nisses zwischen einem Organ und der Gesellschaft grundsätzlich einzelfallweise aufgrund der konkreten Umstände vorzunehmen (vgl. BGE 130 III 213 E. 2.1; 128 III 129 E. 1).

³⁹ In solchen Fällen ist grundsätzlich eine Genehmigung durch die Generalversammlung oder den Gesamtverwaltungsrat nötig (vgl. dazu etwa BÖCKLI (FN 30), § 13 N 603; zum Thema der Delegierbarkeit an einen Verwaltungsratsausschuss HANS CASPAR VON DER CRONE/ANTONIO CARBONARA/LARISSA MAROLDA MARTÍNEZ, Corporate Governance und Führungsorganisation in der Aktiengesellschaft, SJZ 100 (2004), 405 ff., 408 ff.

⁴⁰ BSK OR II-WATTER, Art. 718a N 3, m.w.H.; BGE 116 II 323 sowie in der unveröffentlichten E. 2a von BGE 126 III 361. Immerhin kann im Einzelfall bei vertraglich vereinbarten, sehr hohen Abgangsentschädigungen fraglich sein, ob diese nicht ungültig sind, weil sie die Abberufungsrechte der Generalversammlung oder des Verwaltungsrats faktisch beschneiden (vgl. BSK OR II-WATTER, Art. 726 N 15). Eine nachträgliche Genehmigung des Vertrags bzw. der ausserhalb des Zwecks liegenden Vergütung durch die Generalversammlung führt zu einer faktischen Zweckänderung mit der Folge, dass der Vertrag nachträglich gültig zustande kommt (gl.M. wohl BSK OR II-WATTER, Art. 718 N 21).

⁴¹ Für die Anstellung der obersten Geschäftsleitungsebene ist der Verwaltungsrat zuständig (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 und 716b OR, vgl. dazu auch WERLEN/SCHNYDRIG (FN 23), 110 f. Vgl. zur Kontroverse, ob der Verwaltungsrat in diesem Bereich zwingend zuständig ist von der CRONE/CARBONARA/MAROLDA MARTÍNEZ (FN 39), 409, m.w.H. (zwingende Zuständigkeit befürwortend); ROLF WATTER, Verwaltungsratsausschüsse und Delegierbarkeit von Aufgaben, in: von der Crone/Weber/Zäch/Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich 2003, 192 und 197, m.w.H. (zwingende Zuständigkeit ablehnend).

liche Kompensationspaket der CEOs dreier vergleichbarer Konzerne (vgl. New York Times v. 27. Juli 2005, A23).

³⁷ Vgl. dazu DANIEL LEU, Variable Vergütungen für Manager und Verwaltungsräte, Diss. Zürich (= SSHW 243), Zürich 2005, 69, m.w.H.; BGE 128 III 131 ff. Allerdings ist u.E. der besonderen Stellung von Angestellten auf der obersten Hierarchiestufe Rechnung zu tragen. Des Weiteren gilt es auch anzumerken, dass das (öffentlichrechtliche) Arbeitsgesetz nicht auf Geschäftsleitungsmitglieder anwendbar ist (Art. 3 lit. d ArG). Vgl. zur Überlagerung von arbeitsrechtlichen durch gesellschaftsrechtliche Pflichten etwa ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR, 6. Auflage, Zürich 2006, Art. 321a N2.

³⁸ Vgl. dazu BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716b N 34. Gemäss Bundesgericht ist die Qualifizierung des Rechtsverhält-

Höhe einer Vergütung verlauten lassen. Die Vertretungsbefugnis bemisst sich in solchen Fällen grundsätzlich nach dem Interesse der Gesellschaft. Der Verwaltungsrat ist zu allem bevollmächtigt, was innerhalb des Zwecks und der Interessen der Gesellschaft liegt. Mit anderen Worten liegt interessen- und pflichtwidriges Handeln ausserhalb der Organvollmacht.⁴² Bei der Festlegung der Vergütung ist aber von einem grossen Ermessensspielraum auszugehen. Deren Höhe kann in verschiedener Weise begründet werden, insbesondere ist nicht *per se* ausgeschlossen, dass die Vergütung nicht nur im Verhältnis zu der zu erwarteten Gegenleistung festgelegt wird, sondern auch weitere Aspekte wie die Motivation der subalternen Kader zum Ziel haben kann.⁴³ Wie erwähnt wird umgekehrt argumentiert, dass übermässig hohe (materielle) Vergütungen zu einer Schwächung der intrinsischen Motivation der Mitarbeiter führen können.⁴⁴ Dem Verwaltungsrat muss somit bei der Beurteilung, ob eine bestimmte Höhe einer Vergütung im Gesellschaftsinteresse liegt, nur schon deshalb ein weiter Ermessensspielraum zukommen, weil, wie gezeigt, die Frage der korrekten Festlegung der Vergütung kontrovers diskutiert wird.⁴⁵

Falls der Abschluss des Arbeitsertrags ausserhalb der Vertretungsbefugnis liegt, ist *drittens* danach zu fragen, ob derjenige, welcher sich für die betreffende Managementposition bewirbt, in Bezug auf das Bestehen der internen Vollmacht des Organs zum Abschluss des Arbeitsvertrags gutgläubig ist. Interne Beschränkungen der Vertretungsbefugnis haben gegenüber gutgläubigen Dritten keine Wirkung.⁴⁶ Der Dritte darf – bei Gutgläubigkeit – davon ausgehen (vorausgesetzt es stehen der

Befugnis keine handelsregisterrechtlichen Einschränkungen entgegen wie etwa die Kollektivunterschriftsklausel), dass dem Verwaltungsrat bzw. einzelnen Mitgliedern die Vertretungsbefugnis im Umfang des Gesellschaftszwecks zukommt.⁴⁷ Gutgläubigkeit wird gemäss Art. 3 Abs. 1 ZGB vermutet. Eine Berufung auf den guten Glauben ist allerdings nicht möglich, wenn der Dritte um die Begrenzung der Organvollmacht wusste bzw. ihm bei der Aufmerksamkeit, welche von ihm nach den Umständen verlangt werden darf, bewusst sein musste, dass die Befugnis nicht vorliegt.⁴⁸ Für einen Aussenstehenden dürfte die Gutgläubigkeit in Bezug auf das Bestehen der Vertretungsbefugnis bei der Festlegung der Höhe seiner Vergütung kaum je in Frage stehen.⁴⁹ Es ist im ureigenen Interesse des Arbeitnehmers, einen möglichst hohen Lohn auszuhandeln. Er darf dabei u.E. davon ausgehen, dass die Gegenseite nur insoweit auf seine Forderungen eintritt, als dies in ihrem Interesse und somit innerhalb der Befugnis ihrer Organe liegt.⁵⁰ Die Situation ist u.U. im Falle des bisherigen Geschäftsleitungsmitglieds, welches den Arbeitsvertrag verlängert oder diesen aus anderen Gründen neu verhandelt, u.U. anders zu beurteilen. Sollte dem bisherigen Geschäftsleitungsmitglied bekannt sein, dass es interne Beschränkungen der Vergütungen gibt (was aber in der Praxis kaum je der Fall ist), könnte es sich nicht auf den guten Glauben berufen.

Liegt für den Abschluss eines Arbeitsvertrags zumindest teilweise keine interne Organvollmacht vor und ist der Dritte nicht gutgläubig, weil er etwa bereits Geschäftsleitungsmitglied ist oder die Vergütung exorbitant ist, fällt i.d.R. nicht der ganze Arbeitsvertrag dahin. Vielmehr ist von einer sog. modifizierten Teilnichtigkeit auszugehen.⁵¹ Das heisst, dass der Arbeitsvertrag und damit auch der Vergütungsanspruch nur insoweit besteht, als er von der Organvollmacht gedeckt ist.

In gewissen Ausnahmefällen kann sich eine teilweise Unverbindlichkeit des Arbeitsvertrags auch dadurch ergeben, dass die Organe des Arbeitgebers einem Grundlagenirrtum unterliegen, bspw. weil sie sich im Zeitpunkt der Festlegung einer Gratifikation über subjektiv und objektiv wesentliche Umstände irren.

2.2 Rückerstattung der Vergütung bei gültigem Arbeitsvertrag?

Nachfolgend soll die Frage beantwortet werden, ob der in einem gültigen Arbeitsvertrag vereinbarte Lohn unter gewissen Umständen, bspw. aufgrund eines schlechten

⁴² BSK OR II-WATTER, 718a N 5; i.E. auch BGE 126 III 361, 363 f.; CÉDRIC CHAPPUIS, Abus du pouvoir de représentation: le fondé de procuration devenu organe, AJP 1997, 689 ff., 689 und 691 m.V. u.a. auf unveröffentlichte Teile von BGE 121 III 176; i.E. gleich, allerdings unter Berufung auf so genannten «Missbrauch der Vertretungsmacht», unveröffentlichter BGer v. 25.10.1988, 4C.37; vgl. auch ROLF WATTER/THOMAS ROHDE, Die Spendenkompetenz des Verwaltungsrates, in: Zäch/Breining-Kaufmann et. al. (Hrsg.), Individuum und Verband – Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zürich 2006, 329 ff., 336 ff. zu Spenden oder ROLF WATTER/MARKUS R. NEUHAUS, Handels- und steuerrechtliche Aspekte von Up-, Down- und Sidestream-Garantien zugunsten von Konzerngesellschaften, in: Kramer/Nobel/Waldburger (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich 2006, 174 ff., 191 zu Garantien zugunsten des Aktionärs.

⁴³ Siehe bspw. zur Turnier-Theorie bereits vorne III.1.

⁴⁴ Siehe vorne III.1.

⁴⁵ Bei der Anstellung eines Managers handelt es sich um einen bedeutenden Geschäftsführungsentscheid, welcher nur beschränkt einer nachträglichen richterlichen Kontrolle zugänglich ist (siehe dazu hinten III.4).

⁴⁶ Art. 718a Abs. 1 OR. Von der Lehre wird diesbezüglich gemeinhin zwischen der Vertretungsbefugnis, dem rechtlichen Dürfen aufgrund einer internen Vollmacht, und der Vertretungsmacht, dem rechtlichen Können gegenüber einem gutgläubigen Dritten, unterschieden (vgl. dazu PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 30 N 79 ff.). Eine andere aber im Ergebnis ähnliche Theorie vertritt WATTER, BSK OR II-WATTER, ART. 718 N 17 ff., m.w.H.

⁴⁷ Vgl. Wortlaut von Art. 718a OR. BSK OR II-WATTER, Art. 718a N 8.

⁴⁸ Art. 3 Abs. 2 ZGB.

⁴⁹ Ausser es wird eine exorbitante Vergütung vereinbart.

⁵⁰ Von einer Zwangslage des Unternehmens kann jedenfalls nicht die Rede sein.

⁵¹ Art. 20 Abs. 2 OR.

Unternehmensergebnisses, nachträglich herabgesetzt werden kann und somit eine teilweise Rückerstattungspflicht des betroffenen Managers besteht.

Der Arbeitnehmer ist gemäss Art. 321a OR zur sorgfältigen Arbeitsleistung angehalten und hat die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren. Aus dieser Verpflichtung wird keine selbständige Sorgfaltspflicht des Arbeitnehmers abgeleitet; die Pflicht zum sorgfältigen Arbeiten dient lediglich als Haftungsmassstab für die Schadenersatzpflicht wegen mangelhafter Arbeitsleistung.⁵² Eine Verletzung der Sorgfaltspflicht kann somit auch nicht zur Reduktion des vereinbarten Arbeitslohns führen. Aus Art. 321a OR ergibt sich aber eine selbständige Treuepflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber. Die Lohnzahlungspflicht und die Treuepflicht stehen indessen nicht in einem Austauschverhältnis. Aus diesem Grund besteht auch keine Möglichkeit zur Verweigerung oder Herabsetzung des Arbeitslohns aufgrund einer Verletzung der Treuepflicht.⁵³ Der Lohnzahlungsanspruch entfällt lediglich etwa bei selbstverschuldetem Fernbleiben des Arbeitnehmers vom Arbeitsplatz oder bei Arbeitsverweigerung, was im vorliegenden Kontext aber nicht relevant ist.⁵⁴

In der gegenwärtigen öffentlichen Debatte wird immer wieder die Forderung aufgestellt, die Geschäftsleitungsmitglieder, deren Entscheide einen unternehmerischen Misserfolg mit-herbeigeführt haben, müssten mindestens den erhaltenen Bonus zurückerstatten. Vor dem Hintergrund des angesprochenen Umstands, dass der Arbeitslohn nachträglich nicht gekürzt werden kann, ist in diesem Zusammenhang entscheidend, welcher Teil der Vergütung eines Managers zum Arbeitslohn gehört bzw. ob der Bonus eine Lohnkomponente darstellt.

In der öffentlichen Debatte wird oft vom fixen Gehalt und dem Bonus gesprochen.⁵⁵ Der Terminus Bonus existiert im schweizerischen Arbeitsrecht indessen nicht. Das Arbeitsrecht unterscheidet zwischen verschiedenen Lohnbestandteilen und Gratifikationen. *Feste* Lohnbestandteile (sog. Zeitlohn⁵⁶) beinhalten ein betragsmäs-

sig fixiertes Gehalt (Stunden-, Tag-, Wochen-, Monats- oder Jahreslohn sowie der 13. Monatslohn). *Variable* Lohnbestandteile sind betragsgemäss nicht fixiert und bemessen sich nach im Voraus bestimmten Faktoren (sog. echter und unechter Leistungslohn⁵⁷). Gratifikationen lassen sich wiederum in echte und unechte unterscheiden. Liegt der Entscheid über die Ausrichtung und der Höhe einer Gratifikation im alleinigen Ermessen des Arbeitgebers, so handelt es sich um eine *echte* (auch gänzlich vom Ermessen des Arbeitgebers abhängiger Bonus genannt⁵⁸). Liegt die Ausrichtung jedoch nicht im Ermessen des Arbeitgebers, hat der Arbeitnehmer also einen Anspruch, sondern nur die Bestimmung deren Höhe, so handelt es sich um eine *unechte* Gratifikation (auch beschränkt ermessensabhängiger Bonus genannt⁵⁹).⁶⁰ Somit stellt lediglich die echte Gratifikation keinen Lohnbestandteil dar. Auf Abgrenzungsfragen soll im Rahmen dieses Beitrags nicht eingegangen werden. Es gilt aber anzumerken, dass gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die mehrjährige freiwillige Auszahlung von in der Praxis meistens als Bonus bezeichneten Vergütungen durch den Arbeitgeber zum Lohnbestandteil umqualifiziert werden und damit zu einem Anspruch auf Auszahlung einer solchen Zusatzvergütung führen kann.⁶¹ Weiter tendiert das Bundesgericht dazu, falls der aus Sicht des Arbeitgebers an sich freiwillige Bonusanteil im Vergleich zum Fixgehalt substantiell ist (insbesondere dann, wenn der Bonus den Fixanteil übersteigt), den Bonus als Lohnbestandteil zu qualifizieren, welcher grundsätzlich geschuldet ist, auch wenn dessen effektive Höhe im Ermessen des Arbeitgebers verbleibt.⁶²

Es kann somit festgehalten werden, dass die Gesellschaft, welche *ex post* feststellt, dass einer ihrer Manager nicht zur vollen Zufriedenheit gearbeitet hat (und dadurch etwa ein unternehmerischer Misserfolg eingetreten ist), lediglich die noch nicht zugesprochene echte Gratifikation herabsetzen oder gänzlich streichen kann.⁶³ Der feste Lohnbestandteil ist wie vereinbart auszuzahlen. Gleich verhält es sich mit dem variablen Lohnbestandteil, welcher gemäss den vereinbarten Berechnungsgrundlagen zu berechnen und auszuzahlen

⁵² Vgl. dazu BSK OR I-PORTMANN, Art. 321a N 1.

⁵³ STREIFF/VON KAENEL (FN 37), Art. 321a N2 f.; BSK OR I-PORTMANN, Art. 321a N 18; WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, Zürich 2007, N 404. Zu einem anderen Resultat könnte man gelangen, wenn es sich um ein auftragsrechtliches oder auftragsrechtsähnliches Verhältnis handelt (etwa beim Delegierten des Verwaltungsrats). Der Auftraggeber kann nämlich eine Minderung der Vergütung erwirken, falls der Auftrag nicht, unvollständig oder schlecht erfüllt wurde (vgl. dazu BGE 124 III 423 ff., 425 f.; BK-FELLMANN, Art. 394 N 496 ff., 501, m.w.H.).

⁵⁴ Vgl. zum Lohnanspruch bei der Verhinderung des Arbeitnehmers etwa FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel 2005, 136 ff.; PORTMANN/STÖCKLI (FN 53), N 83 ff.

⁵⁵ Vgl. zu den arbeitsrechtlichen Schranken der Ausgestaltung von Management-Entschädigungen eingehend LEU (FN 37), 70 ff.

⁵⁶ PORTMANN/STÖCKLI (FN 52), N 248.

⁵⁷ PORTMANN/STÖCKLI (FN 53), N 250.

⁵⁸ CONRADIN CRAMER, Der Bonus im Arbeitsrecht, Diss. Basel, Bern 2007, N 17.

⁵⁹ CRAMER (FN 58), N 20.

⁶⁰ Vgl. dazu PORTMANN/STÖCKLI (FN 53), N 293 mit Verweis auf BGE 129 III 278.

⁶¹ Vgl. zur ganzen Problematik CRAMER (FN 58), 113 ff.; STREIFF/VON KAENEL (FN 37), Art. 322d N4 und N6.

⁶² Vgl. dazu BGE 129 III 279 f.; CRAMER (FN 58), 113 ff.; PORTMANN/STÖCKLI (FN 53), N 298.

⁶³ Vgl. dazu auch STREIFF/VON KAENEL (FN 37), Art. 322d N14. Sobald eine echte Gratifikation zugesprochen ist, besteht u.E. grundsätzlich eine vertragliche Verpflichtung, diese auch auszubahlen.

ist.⁶⁴ Nachträgliche Rückforderungen bereits ausbezahlter Arbeitslöhne (inkl. Boni) und bereits ausbezahlter echter Gratifikationen mit dem Argument, die ausbezahlten Boni seien *ex post* betrachtet zu hoch gewesen, sind im Grundsatz nicht möglich.⁶⁵ Mit anderen Worten gilt auch im Arbeitsrecht der Grundsatz *pacta sunt servanda*.

Eine andere Frage ist, ob der Arbeitgeber die Möglichkeit hat, auf der Grundlage des Arbeitsvertrags einen Schadenersatzanspruch geltend zu machen. Der Schaden könnte etwa im aufgrund des Verhaltens des Managers begründeten unternehmerischen Misserfolg gesehen werden. Liegen die weiteren Voraussetzungen der Pflichtverletzung (insbesondere Sorgfalts- oder Treupflichtverletzung), des Kausalzusammenhangs und des (vermuteten) Verschuldens vor, ist dies grundsätzlich möglich. Dabei muss u.E. aber in Bezug auf die Pflichtverletzung gelten, dass Geschäftsführungsbeschlüsse inhaltlich nur sehr eingeschränkt überprüft werden sollten.⁶⁶ Falls ein Schadenersatzanspruch vorliegt, kann der Arbeitgeber seinen Schadenersatzanspruch mit ausstehenden Lohnforderungen des Arbeitnehmers verrechnen, soweit diese pfändbar sind und insofern eine indirekte Rückerstattung von Vergütungen erwirken.⁶⁷

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass allenfalls vertragliche Ansprüche gegen diejenigen Organpersonen bestehen, welche eine zu hohe Vergütung in Verletzung ihrer vertraglichen Pflichten festgelegt haben.⁶⁸

2.3 Rückerstattung der Vergütung bei (teilweise) unverbindlichem Arbeitsvertrag?

Liegt im Festlegen der zu hohen Vergütung eine Überschreitung der Vertretungsbefugnis und ist der Manager nicht gutgläubig oder liegt ein rechtsrelevanter Grundlagenirrtum vor, ist die zu hohe Vergütung auf ein von der Vertretungsbefugnis gedecktes bzw. ein vom Irrtum befreites Mass zu reduzieren (modifizierte Teilnichtigkeit). Im Umfang der Reduktion der Vergütung besteht zwischen der Gesellschaft und dem Manager kein vertragliches Verhältnis. Vertragliche Ansprüche auf

Rückerstattung bestehen in einem solchen Fall nicht.⁶⁹ Falls die Vergütung gegenüber den Aktionären im Rahmen der Finanzberichterstattung offengelegt und diese genehmigt wurde, könnte u.E. argumentiert werden, dass der Vertrag nachträglich von der Gesellschaft genehmigt wurde und damit keine Ansprüche auf ausservertragliche Rückerstattung bestehen.

3. Rückerstattung aus Art. 678 OR

Nach geltendem Recht kann von der Gesellschaft oder einem Aktionär eine Rückerstattungsklage angestrengt werden, wenn die Leistung der Gesellschaft an einen Aktionär oder ein Verwaltungsratsmitglied in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft steht und der Empfänger bösgläubig war (Art. 678 Abs. 2 OR). Es handelt sich hier um die sog. *Klage auf Rückerstattung verdeckter Gewinnausschüttungen*. Die Klage wurde mit der Aktienrechtsrevision 1991 in Anlehnung an das im Steuerrecht etablierte Verbot verdeckter Gewinnausschüttungen eingeführt. Hinsichtlich des Anwendungsbereichs der aktienrechtlichen Klage herrscht in vielen Punkten jedoch Unklarheit.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes sind Verwaltungsratsmitglieder, Aktionäre und diesen nahestehende Personen rückerstattungspflichtig. Mitglieder der Geschäftsleitung fallen nach herrschender Lehre nicht in den Kreis der rückerstattungspflichtigen Personen.⁷⁰ Ein Missverhältnis zwischen der Leistung der Gesellschaft und der Gegenleistung des Leistungsempfängers liegt vor, wenn die Leistung einem unabhängigen Dritten nicht in der gleichen Form erbracht worden wäre (kein *dealing at arm's length*). Es genügt m.a.W. nicht jedes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung. Vielmehr muss eine offensichtliche Wertdisparität vorliegen, d.h. eine «vernünftige wirtschaftliche Begrün-

⁶⁹ Allenfalls können Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 OR) gegen den Manager geltend gemacht werden, sofern die dafür notwendigen Voraussetzungen gegeben sind (i.E. wohl ähnlich BÖCKLI (FN 30), § 13 N 609).

⁷⁰ Allerdings finden sich in der Literatur und Rechtsprechung auch gegenteilige Meinungen, welche den Kreis der Passivlegitimierten auf Geschäftsleitungsmitglieder ausdehnen wollen: vgl. ROLF WATTER, Gewinnverschiebungen bei Aktiengesellschaften im schweizerischen Handelsrecht, AJP 5 (1996) 140 f., 147; ders., Verdeckte Gewinnausschüttungen bei Aktiengesellschaften, in: Neuhaus et al. (Hrsg.), Verdeckte Gewinnausschüttungen, Zürich 1997, 143f. 146 f. 160 (Rückerstattungspflicht für sämtliche die Gesellschaft kontrollierenden Personen); ROGER DÜRR, Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerung, Unter besonderer Berücksichtigung übermässiger Entschädigungen an Mitglieder des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung, Diss. (= SSW 245), 151 f. (Personen mit Verwaltungsmacht). Kommt Art. 678 Abs. 2 OR nicht zur Anwendung, wäre hinsichtlich etwaiger Rückforderungsansprüchen gegenüber Geschäftsleitungsmitgliedern allenfalls eine Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäss Art. 62 ff. OR zu prüfen.

⁶⁴ Vgl. zu den Kriterien der Ermessensausübung im Zeitpunkt der Zusprechung des Bonus, bei welchem schlechte Leistungen naturgemäss einfließen, CRAMER (FN 58), 135 ff.

⁶⁵ Allfällige nachträgliche Vertragsanpassungen zu Lasten des Arbeitnehmers sind nur unter gewissen restriktiven Voraussetzungen in Bezug auf zukünftige Lohnbezüge möglich (*clausula rebus sic stantibus*, vgl. dazu LEU (FN 37), 302; daneben besteht immer auch die Möglichkeit einer Änderungskündigung).

⁶⁶ Siehe dazu hinten III.4.

⁶⁷ Schadenersatzforderungen für absichtlich zugefügten Schaden dürfen unbeschränkt verrechnet werden (Art. 323b Abs. 2 OR).

⁶⁸ Dieser Fall ist insbesondere dann relevant, wenn der Arbeitnehmer sich in gutem Glauben auf die Vertretungsbefugnis verlassen hat, die Höhe der Vergütung jedoch nicht im Gesellschaftsinteresse liegt (siehe dazu vorne III.2.1).

dung»⁷¹ für das Geschäft fehlen. Die wirtschaftliche Lage des Unternehmens spielt nach dem Buchstaben des Gesetzes und einigen Kommentatoren insofern eine Rolle, als eine Rückerstattungsklage nur dann gegeben sein soll, wenn die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft beeinträchtigt, das heisst, ihr Gewinn spürbar gemindert oder ihr Eigenkapital geschmälert oder gefährdet wird.⁷² Der überwiegende Teil der Lehre lehnt dieses zusätzliche, ausdrücklich im Gesetz genannte Kriterien aber als sinnwidrig ab.⁷³ Nach herrschender Lehre ist sodann Ungerechtfertigkeit der Leistung⁷⁴ und Bösgläubigkeit des Empfängers hinsichtlich der Unrechtmässigkeit der empfangenen Leistung gefordert.⁷⁵

Klagen auf Rückerstattung erhaltener Vergütungen gestützt auf Art. 678 Abs. 2 OR sind daher theoretisch zwar möglich.⁷⁶ Praktisch dürfte es aber sehr schwierig sein, mit einer solchen Klage auf Rückerstattung von Entschädigungszahlungen gegenüber Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitgliedern durchzudringen. Unter geltendem Recht scheidet die Klage bereits daran, dass die Geschäftsleitungsmitglieder (die nicht gleichzeitig Mitglieder des Verwaltungsrats oder diesen nahestehende Personen sind) nicht passivlegitimiert sind. Der Nachweis eines *offensichtlichen Missverhältnisses* zwischen der empfangenen Entschädigung und der erbrachten Gegenleistung bzw. zwischen der Leistung und der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft ist kaum zu erbringen, weil wie erwähnt⁷⁷ die Bemessung der Leistung des Entschädigungsempfängers äusserst schwierig ist bzw. – sofern die Gesellschaft Entschädigungen im Sinne der Turnier Theorie festlegt – die Leistung sich gar nicht nach absoluten Kriterien richtet.⁷⁸

Nach herrschender Lehre kann zwar die Zustimmung aller Beteiligten die Ungerechtfertigkeit einer verdeckten Gewinnausschüttung nicht heilen, die (nachträgliche) Zustimmung durch die Generalversammlung allerdings schon, sofern die materiellen Ausschüttungsvorschriften nicht verletzt wurden⁷⁹, d.h. genügend frei verfügbare Mittel vorhanden waren. Bei Publikumsge-

sellschaften wird aufgrund der bestehenden Offenlegungsvorschriften in der Genehmigung der Jahresrechnung und der Décharge-Erteilung durch die ordentliche Generalversammlung u.U. auch die Genehmigung von Management-Entschädigungen (insbesondere derjenigen des CEO) enthalten sein.

Der Bundesrat schlägt in seiner Botschaft zum Aktienrecht⁸⁰ vor, die Klage auf Rückerstattung verdeckter Gewinnausschüttungen gemäss Art. 678 Abs. 2 OR in einigen Punkten zu modifizieren. Neu sollen auch Geschäftsleitungsmitglieder passivlegitimiert sein. Überdies soll das Kriterium der Bösgläubigkeit entfallen. Und schliesslich soll ein offensichtliches Missverhältnis zwischen der Leistung und der *Ertragslage* – im Gegensatz zur wirtschaftlichen Lage – der Gesellschaft vorliegen müssen. Gestützt auf die bisherigen Vorschläge des Bundesrats wird sich an der Rechtslage mit Bezug auf die Salär- und Bonusdiskussion von Führungskräften bis auf die Regelung der Passivlegitimation, welche neu auch Geschäftsleitungsmitglieder umfassen soll, daher nichts Wesentliches ändern.⁸¹

Allerdings wurde angekündigt, dass der Bundesrat mit Blick auf die Diskussion um die exzessiven Managementlöhne im Rahmen der grossen Aktienrechtsrevision eine weitere Änderung von Art. 678 OR vorschlagen wird, um die Rückforderung solcher Entschädigungen zu erleichtern⁸². Hier ist vor der Illusion zu warnen, dass mit einer Verankerung des *pay for performance*-Prinzips im Gesetz auf einfache Weise allgemeingültige Lösungen zu erreichen sind.⁸³ Ein Ausweiten der Rückerstattungsklagen für Management-Entschädigungen wird überdies kaum zur Förderung der Rechtssicherheit beitragen und birgt nicht zuletzt die Gefahr in sich, dass die Gehälter noch weiter steigen, da das Risiko einer etwaigen Rückerstattung bei der Lohnfestlegung im Sinne einer zusätzlichen Risikoprämie einzukalkulieren wäre.

4. Rückerstattung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit

Die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage dient der Gesellschaft, den Aktionären und im Konkurs den Gläubigern dazu, von den verantwortlichen Organen den Ersatz eines Schadens einzufordern, welchen diese durch ein zu diesem Schaden adäquat kausales pflichtwidriges und verschuldetes Verhalten verursacht haben.⁸⁴

⁷¹ BSK OR II-KURER, Art. 678 N 17.

⁷² BSK OR II-KURER, Art. 678 N 16.

⁷³ Vgl. DÜRR (FM 70), 92 f. und 102, m.w.H.

⁷⁴ BSK OR II-KURER, Art. 678 N 19 ff.

⁷⁵ BEAT SPÖRRI, Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht. Zivilrechtliche und steuerrechtliche Aspekte, Diss. (= SSHW 171), Zürich 1996, § 10 N 5, § 14 N 17 ff.

⁷⁶ Vgl. BÖCKLI (FN 30), § 13 N 242; DÜRR (FN 70), 157; LEU (FN 37), 144, 141 ff.

⁷⁷ Siehe vorne, III.1.

⁷⁸ Ferner ist auch der Nachweis des bösen Glaubens (als innerer Vorgang seitens der Empfänger) mit Bezug auf die Unrechtmässigkeit der Entschädigung eines Verwaltungsratsmitglieds oder eines Geschäftsleitungsmitglieds schwierig zu erbringen, wenn die Entschädigung auf einem Verwaltungsratsbeschluss beruht, der nicht offensichtlich ausserhalb des Gesellschaftszwecks lag oder missbräuchlich war. Denn dann hat der Betroffene in vielen Fällen keinen Anlass, davon auszugehen, dass die Entschädigung ungerechtfertigt war.

⁷⁹ BSK OR II-KURER, Art. 678 N 26.

⁸⁰ Botschaft Aktienrecht (FN 2), 1751 ff.

⁸¹ Vgl. auch ANDREAS BINDER, Die aktienrechtliche Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen, GesKR Sondernummer zur grossen Aktienrechtsrevision, Zürich 2008, 69.

⁸² Hierzu erscheint im Dezember 2008 eine Zusatzbotschaft (siehe dazu bereits FN 22).

⁸³ Siehe hierzu bereits III.1.

⁸⁴ Vgl. zu den Voraussetzungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit statt aller HARALD BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001 (= SSHW 210), 93 ff., m.w.H.

Nachfolgend soll analysiert werden, inwiefern die Verantwortlichkeitsklage i.S.v. Art. 754 OR bei der Rückforderung von als zu hoch betrachteten Vergütungen herangezogen werden kann.

Gemäss Art. 754 Abs. 1 OR sind die **Mitglieder des Verwaltungsrats** und alle mit der Geschäftsführung befassten Personen für den von ihnen verursachten Schaden verantwortlich. Sämtliche Geschäftsleitungsmitglieder sowie weitere Personen, welche Geschäftsführungsfunktionen innehaben, können unter dem Titel der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit daher ersatzpflichtig werden.⁸⁵

Ausserhalb des Konkurses einer Gesellschaft sind gemäss Art. 756 Abs. 1 die **Gesellschaft und die Aktionäre**⁸⁶ aktivlegitimiert, von den Verantwortlichen Ersatz des entstandenen Schadens einzufordern. Im Konkurs sind auch die Gesellschaftsgläubiger berechtigt, den Schadenersatz geltend zu machen (Art. 757 Abs. 1 OR).⁸⁷

Die Voraussetzungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit sind Schaden, Pflichtverletzung, Kausalzusammenhang sowie Verschulden. Der Nachweis des Vorliegens eines Schadens⁸⁸, des Kausalzusammenhangs⁸⁹ sowie Verschuldens⁹⁰ dürfte bei einer zu hohen Vergütung i.d.R. keine Schwierigkeiten bereiten.⁹¹

Anders liegt der Fall bei der Voraussetzung der Pflichtverletzung. Eine Pflichtverletzung i.S.v. Art. 754 OR liegt vor, wenn der Verantwortliche eine durch Gesetz

oder Statuten auferlegte Pflicht missachtet.⁹² Vorab gilt es festzuhalten, dass ein Manager, welcher neu zu einer Gesellschaft stösst und sich im Rahmen der Vertragsverhandlungen ein zu hohes Salär aushandelt, sich zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht in einer Organstellung befindet; entsprechende Rechte und Pflichten gelten für ihn (noch) nicht. Eine Pflichtverletzung durch den betreffenden Manager kommt daher u.E. nicht in Frage. Eine Verantwortlichkeitsklage müsste sich deshalb gegen diejenigen Organpersonen richten, welche der zu hohen Vergütung seitens der Gesellschaft zugestimmt haben. Eine Rückerstattung einer zu hohen Manager-Vergütung wäre also nur *indirekt* über eine Verantwortlichkeitsklage gegen die dafür Verantwortlichen zu erreichen. Fraglich ist, was zu gelten hat, wenn der Manager seinen Vertrag verlängert oder neu verhandelt.⁹³ Die Tatsache, dass er bereits bestens über Internas informiert ist, kann ihm zwar unter gewissen Umständen die Möglichkeit verschliessen, sich bei Abschluss eines Arbeitsvertrags, welcher nicht im Interesse der Gesellschaft ist, auf Gutgläubigkeit berufen zu können.⁹⁴ Kommt der Vertrag aber gültig zustande, liegt i.d.R. keine Pflichtverletzung vor und es kann im Nachhinein von ihm grundsätzlich keine Rückerstattung der Vergütung verlangt werden, weil er für unternehmerischen Misserfolg mitverantwortlich ist (es sei denn, der Verwaltungsrat habe sich geradezu in einem Grundlagenirrtum befunden). *Pacta sunt servanda*, eine gegenteilige Annahme würde u.E. auch gegen den Grundsatz *volenti non fit iniuria* verstossen.⁹⁵

Das Vereinbaren einer zu hohen Entschädigung stellt eine Pflichtverletzung dar (insb. eine Verletzung der Treuepflicht gemäss Art. 717 OR).⁹⁶ Die zentrale Frage ist, *wann* eine Entschädigung zu hoch ausfällt. In der Lehre wird dazu etwa ausgeführt, die Unangemessenheit der Vergütung müsse deutlich zu Tage treten.⁹⁷ Wie bereits an anderer Stelle in diesem Beitrag ausgeführt, muss dem Verwaltungsrat bei der Festlegung der Vergütung ein weiter Ermessenspielraum zukommen. Die Gründe für die Notwendigkeit eines weiten Ermessenspielraums liegen u.a. im Umstand, dass die korrekte Festsetzung der Management-Vergütung äusserst kon-

⁸⁵ Vgl. zum Kreis der Verantwortlichen und insb. zum Organbegriff BÄRTSCHI (FN 84), 94 ff., m.w.H.

⁸⁶ Ebenfalls berechtigt sind somit Partizipanten (vgl. Art. 656a Abs. 2 sowie e contrario Art. 656c Abs. 1 und 2 OR).

⁸⁷ Vgl. für Fragen zur Aktionärs- und Gläubigereigenschaft statt aller BÄRTSCHI (FN 84), 131, m.w.H. Auf die Möglichkeit, dass gemäss Art. 757 Abs. 2 OR Verantwortlichkeitsansprüche auch im Rahmen einer Prozessstandschaft an Dritte «abgetreten» werden können, wird vorliegend nicht eingegangen (vgl. auch Art. 260 SchKG).

⁸⁸ Der Schaden ist die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens des Geschädigten und dem Stand, den sein Vermögen ohne die den Schaden verursachende pflichtwidrige Handlung oder Unterlassung hätte und somit in vorliegendem Kontext die Differenz zwischen der zu hohen Vergütung und einer angemessenen Vergütung (vgl. dazu BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 13; BÖCKLI (FN 30), § 18 N 360; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 46), § 36 N 58; BÄRTSCHI (FN 84), 206).

⁸⁹ Die Pflichtverletzung muss zumindest als massgebende Teilsache *conditio sine qua non* für den Schadenseintritt darstellen, zudem hat sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Erfahrung des Lebens geeignet zu sein, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, so dass der Eintritt dieses Erfolgs durch jenes Ereignis allgemein als begünstigt erscheint (vgl. dazu BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 42; BÖCKLI (FN 30), § 18 N 416; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 46), § 36 N 92; dazu BÄRTSCHI (FN 84), 231, m.w.H. BGE 123 III 112).

⁹⁰ Da der Verschuldensmassstab ein objektiver ist, spielt die Voraussetzung des Verschuldens eine lediglich untergeordnete Rolle. Sind Pflichten verletzt worden, liegt regelmässig auch Verschulden vor (vgl. dazu BÄRTSCHI (FN 84), 239 ff.; 302 f., m.w.H.).

⁹¹ Vgl. dazu auch LEU (FN 76), 144.

⁹² BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 23 ff.; BÖCKLI (FN 30), § 18 N 377; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 46), § 36 N 70; Vgl. dazu BÄRTSCHI (FN 84), 239 ff.

⁹³ Bei der Vertragsverhandlung, wo es um die Verlängerung seines Vertrags geht, steht die Weitergeltung der organschaftlichen Pflichtenordnung für ihn zur Diskussion. Grundsätzlich kann der Arbeitnehmer wohl davon ausgehen, dass die Gesellschaft bzw. die in Vertretung der Gesellschaft agierenden Personen für die Wahrung der Gesellschaftsinteressen besorgt sind und er auch seine eigenen Interessen einbringen kann.

⁹⁴ Siehe dazu bereits III.2.1.

⁹⁵ Vgl. PETER KUNZ, Rechtsnatur und Einreedeordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Bern 1993, 146; PETER KUNZ, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Zürich 1997, 81.

⁹⁶ Vgl. dazu LEU (FN 37), 144.

⁹⁷ Vgl. dazu LEU (FN 37), 144 f.

trovers diskutiert wird und es *keine* richtige oder falsche Methode zur Festlegung zu geben scheint.⁹⁸

Die Frage des Ermessensspielraums und dessen richterliche Überprüfung wird gemeinhin mit Hinweis auf die *business judgment rule* diskutiert. Nach der *business judgment rule* beschränkt sich die richterliche Nachkontrolle eines unternehmerischen Entscheids auf das Einhalten prozeduraler Regeln. Ein inhaltliche Überprüfung soll grundsätzlich nicht oder nur in sehr eingeschränktem Rahmen stattfinden können.⁹⁹ Soweit unternehmerische Entscheide wohl informiert, überlegt und im Rahmen eines geordneten Verfahrens vorgenommen werden und die Entscheidsträger *ex ante* zum Schluss kommen, dass der Abschluss eines Geschäfts im Interesse der Gesellschaft ist, soll der Richter, nur weil sich der Entscheid aus einer *ex post*-Betrachtung als falsch erwiesen hat, daraus nicht eine Pflichtverletzung konstruieren können.¹⁰⁰

In Bezug auf die Festlegung der Vergütung eines Managers kann somit Folgendes festgehalten werden: Falls bei der Festlegung der Höhe der Vergütung aus prozeduraler Sicht korrekt vorgegangen wurde¹⁰¹ und die Entscheidsträger im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses basierend auf den notwendigen Informationen davon ausgehen konnten, dass der Entscheid im Interesse der Gesellschaft liegt, darf u.E. nachträglich nicht von einer Pflichtverletzung ausgegangen werden, weil bspw. der Manager für einen unternehmerischen Misserfolg (mit-)verantwortlich ist. Zudem steht es dem Verwaltungsrat u.E. frei, auf welches Entschädigungskonzept er seine Entscheidung stützt. Vertritt der Verwaltungsrat die Auffassung, es sei das Konzept *pay for performance* umzusetzen, kann er dies tun, auch wenn dies in seiner Realisierung vor dem Hintergrund der aufgezeigten Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Messbarkeit von Leistung und der Allokation von Erfolg und Misserfolg zu unexakten Resultaten führen muss. Genauso steht es einem Verwaltungsrat offen, etwa die Schlussfolgerungen der Turnier-

Theorie in das Entschädigungskonzept einfließen zu lassen.¹⁰²

Der Vollständigkeit halber sei angefügt, dass der Entscheid bzw. die Entscheide, welche allenfalls zum unternehmerischen Misserfolg geführt haben, ihrerseits wieder im Rahmen der *business judgment rule* zu überprüfen sind. Sollte sich diesbezüglich eine Pflichtverletzung herauskristallisieren, würde dies zu einem Schadenersatz führen, der allerdings nichts mit der *ex post* betrachtet zu hohen Vergütung zu tun hat.¹⁰³ In dieser Konstellation wäre auch der betreffende Manager selber passivlegitimiert.

Einschränkend gilt es schliesslich auf Einredemöglichkeiten des jeweiligen Beklagten hinzuweisen. Es sind folgende Szenarien zu unterscheiden:

- *Gesellschaft hat der Vergütung zugestimmt*: Wenn der Verwaltungsrat einer Vergütung zugestimmt hat, die *ex post* als zu hoch erscheint, stellt sich zuerst die Frage, ob der Verwaltungsrat die Gesellschaft überhaupt verpflichtet hat. Falls er dies getan hat, ist die Gesellschaft u.E. von einer Klagemöglichkeit aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gegen denjenigen, welcher die zu hohe Vergütung erhalten hat, ausgeschlossen; *pacta sunt servanda* und der Beklagte kann zudem die Einrede *volenti non fit iniuria* vorbringen.¹⁰⁴ Gegenüber der Gesellschaft werden aber u.U. diejenigen Mitglieder des Verwaltungsrats, welche der zu hohen Vergütung des betreffenden Managers zugestimmt haben, gegenüber der Gesellschaft ersatzpflichtig.¹⁰⁵

Die Gesellschaft hat auch dann keinen Anspruch, wenn dem betreffenden Mitglied des Verwaltungsrats Décharge erteilt wurde, weil sie die Vergütung dann zumindest *ex post* genehmigt hat. Der Entlassungsbeschluss gemäss Art. 758 Abs. 1 OR stellt einen Verzicht der Gesellschaft auf Schadenersatzansprüche gegen die verantwortlichen Organe dar, sofern der Beschluss der Aktionäre auf einer informierten Basis getroffen wurde.¹⁰⁶ Mit der Abnahme des Jahresberichts von Publikumsgesellschaften

⁹⁸ Siehe dazu bereits III.2.1.

⁹⁹ Vgl. dazu etwa ANDREA GRASS, Business Judgment Rule. Schranken der richterlichen Überprüfung von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, Diss. Zürich 1998 (= SSHW 186); BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 31a, m.w.H.; für eine Übersicht des Meinungsstands der Schweizer Lehre zur Business Judgment Rule ALEXANDER NIKTINE, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Diss. (= SSHW 266), Zürich 2007, 133 ff.

¹⁰⁰ BÖCKLI ist indessen zuzustimmen, dass die Business Judgment Rule nicht ohne weiteres ins Schweizer Recht übertragen werden kann, da ein Richter einen Entscheid minimal auch sachlich zu überprüfen hat (vgl. zum Ganzen BÖCKLI (FN 30), § 13 N 582 ff.).

¹⁰¹ Dazu gehört insbesondere, dass ein ordnungsgemässes Verfahren zur Festlegung der Vergütung besteht und keine Interessenkonflikte vorliegen. Im Fall des Delegierten der Geschäftsleitung sind insbesondere die für die Fälle des Selbstkontrahierens entwickelten Verfahren einzuhalten.

¹⁰² Siehe zum Ganzen bereits III.1.

¹⁰³ Noch nicht ausbezahlte Vergütungen könnten aber allenfalls mit einer Schadenersatzforderung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit verrechnet werden.

¹⁰⁴ GLM. wohl KUNZ (FN 95), 146; vgl. in Bezug auf Genehmigung und Anfechtung von Geschäften mit Interessenkonflikten durch den Verwaltungsrat ARNOLD F. RUSCH, Interzession im Interesse des Aktionärs, Diss., Zürich 2004, 68; a.M. wohl BÄRTSCH (FN 84), 325; ALFRED KOLLER/ANTON K. SCHNYDER/JEAN NICOLAS DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000, § 72 N 53.

¹⁰⁵ KUNZ (FN 104), 146 FN 12; KURT SIEGER, Das rechtlich relevante Wissen der juristischen Person des Privatrechts, Diss. Zürich 1979, 138 f.

¹⁰⁶ BSK OR II-WIDMER/BANZ, Art. 758, N 2; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 46), § 36 N 128 ff.; BÖCKLI (FN 30), § 18 N 451 ff.

durch die Generalversammlung kann u.E. zudem argumentiert werden, die betreffende Vergütung sei von der Generalversammlung genehmigt worden, sofern die Vergütung in der Finanzberichterstattung genügend offengelegt wurde (das gilt wohl insbesondere für den CEO, da dieser regelmässig die höchste Vergütung erhält¹⁰⁷). Auch in diesem Fall hat die Gesellschaft auf Ansprüche gegen die betreffenden Verantwortlichen verzichtet.

- *Aktionär hat der Vergütung zugestimmt*: Hat ein Aktionär einer Vergütung eines Geschäftsleitungsmitglieds im Rahmen eines Generalversammlungsbeschlusses zugestimmt, ist dieser grundsätzlich nicht aktivlegitimiert.¹⁰⁸ Eine ähnliche Konstellation liegt vor, falls die Vergütung den Aktionären offengelegt wurde und die Aktionäre dem Verantwortlichen Décharge erteilt haben. Aktionäre, welche dem Décharge-Beschluss nicht zugestimmt haben, müssen innerhalb von sechs Monaten ab Beschluss eine Klage erheben.¹⁰⁹

5. Verhältnis der Ansprüche

Bestehen verschiedene der oben angesprochenen Ansprüche nebeneinander, stellt sich die Frage des Verhältnisses dieser Ansprüche untereinander. Ein Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit steht grundsätzlich in Anspruchskonkurrenz mit einem Anspruch aus Vertrag.¹¹⁰ Gleich verhält es sich wohl, obwohl diese Frage noch weitgehend ungeklärt ist, falls neben einem Verantwortlichkeitsanspruch auch ein Anspruch aus Art. 678 Abs. 2 OR gegeben ist.¹¹¹ Schliesslich besteht auch zwischen der aktienrechtlichen Rückerstattungspflicht gemäss Art. 678 OR und allfälligen vertraglichen Ansprüchen Anspruchskonkurrenz.¹¹²

Es besteht somit zwischen allen besprochenen Anspruchsgrundlagen Anspruchskonkurrenz.

IV. Schlussfolgerungen

Wie das Einleitungs zitat dieses Artikels zeigt, wird kaum ein anderes gesellschaftsrechtliches Thema in der Öffentlichkeit so emotional geführt wie jenes der Management-Vergütungen.

Hinsichtlich der Frage, ob Manager dazu angehalten werden können, ihre Entschädigungen zurückzuerstatten, lautet die Antwort, dass nach geltendem Recht eine vereinbarte Vergütung von einem Manager in der Regel nicht zurückgefordert werden kann. Immerhin dürfen noch nicht zugesprochene Boni, welche als echte Gratifikationen qualifizieren, grundsätzlich zurückbehalten werden. Hingegen können unter gewissen Umständen die Verwaltungsratsmitglieder ins Recht gefasst werden, wenn sie in Verletzung ihrer gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen eine zu hohe Entschädigung eines Managers beschlossen haben.

Ein Grund, weshalb die Lohnrückforderungs-Debatte – trotz relativ klarer Rechtslage – so emotional geführt wird, dürfte darin liegen, dass Topmanager weiterhin hohe Vergütungen kassieren, obschon die Unternehmensergebnisse teilweise schlecht ausfallen. Interessant ist, dass in dieser Situation nicht in erster Linie der Gesamtverwaltungsrat und seine Verantwortung für eine sinnvolle Ausgestaltung des Entschädigungsmodells ins Zentrum der Diskussion gerückt ist, sondern die Manager als Vergütungsempfänger. Darüber hinaus werden u.E. in der öffentlichen Diskussion zwei Fragestellungen miteinander vermischt, die zu trennen wären.

Die erste Frage lautet: Wie soll ein Manager einer Gesellschaft entschädigt werden, um sicherzustellen, dass der *shareholder value* in effizienter Weise gesteigert wird? In diesem Zusammenhang wird in der Literatur die Forderung nach *pay for performance* erhoben. Kern dieser Maxime ist, dass alleine die Leistung¹¹³ Massstab für die Höhe der Vergütung eines Managers sein soll. Die Problematik dieser Forderung liegt darin, dass nicht klar ist, wie die zu erbringende Leistung eines Managers definiert und gemessen werden soll. Dieses Problem wird auch durch eine Verlagerung der Entscheidungskompetenz vom Verwaltungsrat zu den Aktionären nicht gelöst – weder durch eine Kontrolle *ex ante* noch durch eine Kontrolle *ex post*.

Die zweite Frage lautet: Was ist im Sinne der Sozialverträglichkeit die richtige Entschädigung für einen Spitzenmanager? Im Rahmen dieser Fragestellung kann eine Vergütung selbst dann als zu hoch oder gar exzessiv erachtet werden, wenn sie unter dem Titel *pay for performance* angemessen erscheint. Die Gefahr der *pay without performance* mag dieses Problem zwar akzentuieren, hat damit aber direkt nichts zu tun.¹¹⁴

Pay for performance soll die Allokationseffizienz im Hinblick auf die Steigerung des *shareholder value* sicherstellen, während es bei der Frage nach der Sozialverträglichkeit um Verteilungsgerechtigkeit geht. Die

¹⁰⁷ Vgl. zur Offenlegungspflicht von Publikumsgesellschaften Art. 663b^{bis} OR.

¹⁰⁸ FORSTMOSE/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 46), § 36 N 157 ff.

¹⁰⁹ Art. 758 Abs. 2 OR.

¹¹⁰ Vgl. zum Ganzen BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER, Vor Art. 754 N 5, m.w.H.

¹¹¹ Vgl. zum Ganzen BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER, Vor Art. 754 N 6, m.w.H.; SPÖRRI (FN 75), 289; i.E. wohl ebenso BÖCKLI (FN 30), § 12 N 561.

¹¹² Vgl. SPÖRRI (FN 75), 287 f.

¹¹³ Wobei die Leistung u.E. auch im Sinne einer Signalwirkung verstanden werden kann (vgl. etwa zur Turnier-Theorie vorne III.1).

¹¹⁴ Vgl. dazu etwa auch GORDON (FN 4), 3.

Instrumente, um diese beiden in einem Spannungsverhältnis stehenden volkswirtschaftlichen Ziele¹¹⁵ ins Gleichgewicht zu bringen, finden sich für die Allokationseffizienz grundsätzlich im Privatrecht, während sie hinsichtlich der Verteilungsgerechtigkeit dem öffentlichen Recht, unter anderem dem Steuerrecht, zuzuordnen sind.

Es bleibt zu hoffen, dass im Rahmen der geplanten Änderungen¹¹⁶ des Entwurfs der grossen Aktienrechtsrevision der gesetzgeberische Schuster nicht alles über einen Leisten schlägt und den oben angesprochenen Fragestellungen, d.h. insbesondere auch der Funktion des Gesellschaftsrechts und der Verantwortung des Verwaltungsrats, Rechnung trägt. Auf die Frage, wie ein Manager richtig zu entschädigen ist und wie seine Leistung gemessen werden kann, gibt es keine einfachen und allgemeingültigen Antworten. Ausserdem darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass sich die Aktionäre rational apathisch verhalten.¹¹⁷ Die verbesserten Informationsrechte der Aktionäre in Bezug auf Vergütungen, aber auch eine etwaige Kompetenzverschiebung im Zusammenhang mit den Management-Vergütungen weg vom Verwaltungsrat hin zur Generalversammlung könnten das Problem noch akzentuieren, wenn die Aktionäre wegen Offenlegung der Tatsachen und grösserer Entscheidungskompetenzen als Folge ihres passiven Stimmverhaltens ansonsten bestehende Verantwortlichkeits- und andere Ansprüche gegenüber Organen des Unternehmens verirken. Die logische Folge davon wäre eine weitere Stärkung der Macht der Manager.

¹¹⁵ Der Grundsatz der Verteilungsgerechtigkeit steht mit dem Grundsatz einer effizienten Allokation der Ressourcen in einem Spannungsverhältnis. Verteilungsgerechtigkeit führt immer zu einer gewissen Ineffizienz, ist aber gesellschaftlich trotzdem wünschbar (vgl. dazu HANS CASPAR VON DER CRONE, Rahmenverträge, Habil., Zürich 1993, 17 N 43 und 79, m.w.H.).

¹¹⁶ Hierzu erscheint im Dezember 2008 eine Zusatzbotschaft (vgl. dazu bereits Fn 22).

¹¹⁷ Vgl. dazu eingehend SPILLMANN (FN 3), 169 ff., m.w.H.