

Thomas U. Reutter*

Die Vergütung im Voraus: in absurdo nihil obstat

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
- II. Entstehungsgeschichte
- III. Die Auffassungen in der Lehre
- IV. Würdigung
- V. Kasuistik
 1. Einleitung
 2. Vergütungen im Voraus im engeren Sinne (Vorauszahlung für künftige Arbeitsleistung)
 - 2.1 Allgemeines
 - 2.2 Vorauszahlungen unter Arbeitsverträgen mit dem Management
 - 2.3 Vorauszahlungen unter (Mandats-)Verträgen mit dem Verwaltungsrat
 3. Antrittsprämien mit Nachteilsausgleich
 4. Antrittsprämien ohne Nachteilsausgleich
- VI. Fazit

I. Ausgangslage

Art. 20 der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Gesellschaften (VegüV) führt die Formen der Vergütung an Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates auf,¹ die unzulässig sind. Hervorzuheben sind (i) Abgangsentschädigungen (Art. 20 Ziff. 1 VegüV), (ii) Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet wurden (Art. 20 Ziff. 2 VegüV) und (iii) Provisionen für gewisse Unternehmensübernahmen (Art. 20 Abs. 3 VegüV). Die Ausrichtung solcher Vergütungen wird von Art. 24 VegüV unter Strafe gestellt, sofern sie «wider besseres Wissen» erfolgt. Auch mehr als zwei Jahre nach Inkrafttreten der VegüV bleiben viele Fragen in Bezug auf diese unzulässigen Vergütungen ungeklärt. Entsprechend besteht in der Praxis eine grosse Unsicherheit bei der Ausgestaltung von Verträgen, insbesondere mit Geschäftsleitungsmitgliedern. Als mögli-

cher Stolperstein hat sich auch immer wieder das Verbot der «Vergütung im Voraus» erwiesen. Dieser Beitrag hat sich daher zum Ziel gesetzt, die Deutungsmöglichkeiten dieses Phänomens auszuloten und dessen Kontouren zu schärfen. Zu diesem Zweck gehe ich zunächst auf die Entstehungsgeschichte und anschliessend – in Ermangelung einschlägiger gerichtlicher Entscheide – auf den Meinungsstand in der Lehre ein.

II. Entstehungsgeschichte

Bereits der Initiativtext der eidgenössischen Volksinitiative «gegen die Abzockerei» sah vor, dass Organmitglieder «keine Vergütung im Voraus» erhalten sollten (Art. 95 Abs. 3 lit. b BV). In den Erläuterungen zum Initiativtext vom Januar 2010 wurde unter Ziff. 5 gefordert, dass folgende Verbote zu erlassen seien: «**Keine Vorauszahlungen** an VR- und GL-Mitglieder, bevor sie ihre Stelle überhaupt angetreten haben (Fall «Corti», Swissair)[Hervorhebung im Originaltext]». Dieser Passus aus der Feder des Initiativkomitees legt nahe, dass es um den Zeitpunkt der Auszahlung geht: *Vor Stellenantritt* ist die Zahlung einer Vergütung unzulässig. Der Wortlaut dieser Erläuterungen legt nahe, dass die Initianten in einer Vergütung nach Stellenantritt «keine Zahlung im Voraus» mehr sahen. Allerdings darf der wenig präzisierte Passus wohl auch nicht überbewertet werden.

Mario Corti war im Jahr 2001 zum Verwaltungsratspräsidenten und Vorsitzenden der Geschäftsleitung *ad interim* der angeschlagenen SAirGroup gewählt worden. Mutmasslich als Absicherung aufgrund der Schiefelage der SAirGroup, bezog Corti für seine Tätigkeit eine Zahlung im Voraus von 5 Jahreslöhnen, d.h. einen Betrag von ca. CHF 12.5 Millionen. Dieser Umstand wurde in der Öffentlichkeit im Rahmen der 2002 eingeleiteten Abwicklung der SAirGroup thematisiert und sorgte verschiedentlich – unter anderem wohl auch bei Thomas Minder – für Unmut.² Diese Vorauszahlung an Mario

* Thomas U. Reutter, Rechtsanwalt, Bär & Karrer AG. Der Autor dankt Frédéric Mancosu herzlich für seine Unterstützung bei diesem Beitrag.

¹ Nachfolgend wird vorwiegend vom praktisch relevanten Fall der Vergütung an ein Mitglied der Geschäftsleitung gesprochen. Die Ausführungen gelten aber analog auch für Mitglieder des Verwaltungsrates oder eines allfälligen Beirates. Für den Begriff «Geschäftsleitung» werden alternativ auch die Ausdrücke «Management» oder «Konzernleitung» verwendet.

² Vgl. z.B. die Interpellation der Nationalräte Ruedi Lustenberger, Heinrich Estermann, Josef Leu und Felix Walker vom 5. März 2002, Geschäftsnr. 02.3023.

Corti stellt, wie oben dargetan, die erklärte Grundlage für die Aufnahme des Verbots von Vergütungen im Voraus in den Initiativtext dar.³

Auf dieser Linie bleibt auch der Vorentwurf der «Verordnung gegen die Abzockerei» vom 14. Juni 2013 (VgdA). In Art. 20 Ziff. 2 werden «Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden» als unzulässig erklärt. Im Erläuternden Bericht zum Vorentwurf der «Verordnung gegen die Abzockerei» (nachfolgend «Erläuternder Bericht») wird dargetan, dass mit dem Verbot vermieden werden soll, «dass Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirats (hohe) finanzielle oder Naturalleistungen erhalten, bevor sie für die Gesellschaft überhaupt aktiv geworden sind, Verantwortung übernommen und einen Mehrwert geschaffen haben».⁴ Während die Entfaltung einer Aktivität und die Übernahme von Verantwortung wohl mit dem Stellenantritt zusammen fällt, deutet das Kriterium der Schaffung von Mehrwert auf einen späteren Zeitpunkt hin.⁵ Präzisiert wird weiter im Erläuternden Bericht: «Das Verbot der Vergütungen im Voraus führt dazu, dass die Gesellschaft die Vergütungen erst *nach erbrachter Leistung* der Vergütungsempfänger ausrichten darf».⁶ Es komme damit auf den *Zeitpunkt* der Ausrichtung und nicht auf die *Art* der Vergütung an.⁷ Der Bericht verweist auch unter Hinweis auf Art. 323 Abs. 1 OR auf die Praxis der Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers im Arbeitsrecht.

Aufschlussreich sind auch die Ausführungen zur Abgrenzung einer «Vergütung im Voraus» zu einer Antrittsprämie im Erläuternden Bericht. Mit Letzterer soll ein Organmitglied zum «Stellenantritt bewegt werden».⁸ Obwohl nicht ausdrücklich erwähnt, scheint der Erläuternde Bericht davon auszugehen, dass das Verbot der Zahlung im Voraus nicht auf Antrittsprämien anwendbar ist, da es sich dabei nicht um ein Entgelt für periodische Arbeitsleistung handelt; nur bei Letzteren könnte der Zeitpunkt der Ausrichtung und damit das Verbot der Ausrichtung im Voraus überhaupt relevant sein.

Der vom Bundesrat verabschiedete Entwurf der nun umbenannten Verordnung gegen übermässige Vergütungen

bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) vom 8. Oktober 2013 wies betreffend «Vergütungen im Voraus» keine Änderungen auf. Im Zusatzbericht vom 8. Oktober 2013 betreffend den Entwurf der VegüV (nachfolgend «Zusatzbericht») wurde noch einmal auf Antrittsprämien Bezug genommen. Es wurde klargestellt, dass Antrittsprämien keine unzulässigen Vergütungen seien, die im Voraus ausgerichtet würden.⁹ Begründet wurde dies damit, dass Antrittsprämien eine Entschädigung bei Stellenantritt für werthaltige Ansprüche gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber seien wie z.B. Teilnahme an Optionsplänen.¹⁰ Freilich wird dabei übersehen, dass Antrittsprämien auch bezahlt werden können, ohne dass damit ein Ausgleich erlittener Nachteile verbunden ist. Nach der Auffassung der Verfasser des Zusatzberichts soll es sich dabei offenbar gar nicht um «Antrittsprämien» handeln. Deren Zulässigkeit bleibt damit im Zusatzbericht unklar.

III. Die Auffassungen in der Lehre

INES PÖSCHEL versteht als Vergütung im Voraus eine Vorauszahlung für noch nicht erbrachte Arbeitsleistung, ungeachtet dessen ob diese Zahlung vor oder nach Stellenantritt erfolgt.¹¹ Nicht als Vergütung im Voraus und somit als zulässig erachtet sie Antrittsprämien, sei es (i) als Entschädigung für aufgrund eines Stellenwechsels erlittene Nachteile oder (ii) als eigentliche Antritts-Boni.¹² PÖSCHEL definiert Antritts-Boni als Leistungen, die keine erlittenen Nachteile ausgleichen, sondern dabei helfen sollen, einen Kandidaten zum Abschluss eines Vertrags zu bewegen. Gemäss PÖSCHEL fallen insbesondere Antritts-Boni nicht unter den Verbotsumfang der Verfassungsgrundlage.¹³

Gemäss ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLF sind mit Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden, Zahlungen angesprochen, die erst in der Zukunft zu erbringende Arbeitsleistungen abgelten. Antrittsprämien fallen nach Auffassung von VON KAENEL/RUDOLF nicht unter diesen Begriff. Leistungen, die nicht die zukünftige Vertragserfüllung, sondern lediglich den Vertragsabschluss honorieren, sollen demnach nicht vom Verbot erfasst sein. Als verboten erachten VON KAENEL/ RUDOLF nur solche Leistungen, die im Austausch für eine Arbeitsleistung erbracht werden.¹⁴

³ Vgl. Argumentarien Pro der Initianten zur Volksinitiative gegen die Abzockerei, einsehbar unter: <<http://www.parlament.ch/d/dokumentation/dossiers/abzockerei/Seiten/abzockerei-initiative.aspx>> (zuletzt besucht am 10. Februar 2016).

⁴ Erläuternder Bericht zur Verordnung gegen Abzockerei vom 14. Juni 2013, 25.

⁵ Freilich darf man dieses Kriterium wohl kaum allzu wörtlich als Voraussetzung für die Ausrichtung einer Vergütung nehmen, sonst würden zahlreiche Organmitglieder gar nicht mehr entschädigt.

⁶ Erläuternder Bericht zur Verordnung gegen die Abzockerei vom 14. Juni 2013, 25 f. (Hervorhebung hinzugefügt).

⁷ *Ibidem* (Hervorhebung hinzugefügt), wo «Vergütungen im Voraus» von Antrittsprämien abgegrenzt werden (vgl. dazu unten).

⁸ *Ibidem*. Der Erläuternde Bericht weist auch darauf hin, dass für ein Verbot von Antrittsprämien die verfassungsmässige Grundlage fehle.

⁹ Zusatzbericht zum Entwurf der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften vom 8. Oktober 2013, 12.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ BSK VegüV-PÖSCHEL, Art. 20 N 97, vgl. auch N 96: «Verboten ist [...] die Vorauszahlung von Lohn oder Honorar [...]».

¹² BSK VegüV-PÖSCHEL, Art. 20 N 99 und N 100.

¹³ BSK VegüV-PÖSCHEL, Art. 20 N 100.

¹⁴ ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR (Update), Art. 322 N 25.

Für DAVID OSER/ANDREAS MÜLLER ist die Vorauszahlung von Lohn (bzw. nicht geschuldeten Vergütungsbestandteilen, wie einer Gratifikation) und Honorar vor Stellen- oder Amtsantritt im Grundsatz unzulässig.¹⁵ Sie stützen sich dabei auf den Erläuternden Bericht und gehen aufgrund des Bezugs zum Stellen- oder Amtsantritt weniger weit als andere Autoren, die jede Auszahlung vor der Arbeitsleistung, ob vor oder nach Stellen- oder Amtsantritt, als verboten ansehen. Bezüglich Antrittsprämie nehmen OSER/MÜLLER ebenfalls eine historische Auslegung vor und stellen darauf ab, dass der Erläuternde Bericht ein weites Verständnis der zulässigen «Antrittsprämie» enthält. Der Zusatzbericht geht demgegenüber zwar lediglich noch auf die Antrittsprämie im Sinn einer Entschädigung für bei Stellenantritt eingegangene Nachteile ein, OSER/MÜLLER heben aber hervor, dass es sich dabei nicht um ein abschliessendes Verständnis der Antrittsprämie handelt.¹⁶ Gestützt darauf sehen sie einen Antritts-Bonus (auch ohne Nachteilsausgleich) als zulässig an.

RUDOLF TSCHÄNI definiert die zum Voraus geleistete Vergütung wie PÖSCHEL grundsätzlich über den Zeitpunkt der Leistung. Wird die Vergütung vor der Gegenleistung erbracht, ist sein Begriff der Vergütung im Voraus erfüllt. Er vertritt dabei einen weiten Vergütungsbegriff.¹⁷ Betreffend die Frage nach der Zulässigkeit von Antrittsprämien erachtet TSCHÄNI anders als die vorangeführten Autoren nur solche Antrittsprämien, die beim Stellenwechsel erlittene Nachteile entschädigen, als zulässig. Ein «golden Hello», i.e. eine Leistung die, ohne dass Nachteile aus dem Stellenantritt ausgeglichen werden und ohne Gegenleistung ausgerichtet wird, sieht TSCHÄNI als unzulässig an.¹⁸

EDGAR PHILIPPIN hebt hervor, dass der Begriff der Vergütung im Voraus sich gemäss Materialien lediglich nach dem Zeitpunkt des Stellenantritts richtet. Er kritisiert dies und vertritt dabei wie andere Teile der Lehre eine materielle Betrachtungsweise, nach welcher die Leistung einer Vergütung vor Erbringung der Gegenleistung, gleich ob vor oder nach Stellenantritt, untersagt sein sollte. Mit Blick auf die Frage der Antrittsprämie vertritt PHILIPPIN ähnlich wie TSCHÄNI ein restriktives Verständnis, wonach nur solche Prämien zulässig sind, die Nachteile aufgrund des Stellenwechsels ausgleichen.¹⁹

MARTIN MÜLLER äussert sich zur Zulässigkeit von Antrittsprämien ähnlich wie TSCHÄNI indem er Leistungen, die den antretenden Arbeitnehmer für beim Stellenwechsel eingegangene Nachteile entschädigen, als zulässig an-

sieht.²⁰ Mit Bezug auf Leistungen ohne wirtschaftliche Berechtigung, i.e. wenn keine Nachteile ausgeglichen werden, lässt er die Frage offen.²¹

Die Lehre ist sich somit einig, dass eine Vergütung im Voraus primär in der Entrichtung einer Vergütung vor Erbringung der entsprechenden Gegenleistung des Managers bzw. Verwaltungsrates besteht. Die Mehrheit der Lehre will dieses Verbot der Vorleistung der Gesellschaft bzw. Arbeitgeberin auf die gesamte Vertragsdauer angewendet wissen; eine Minderheit vertritt demgegenüber die Auffassung, nur Vergütungen vor dem Stellenantritt seien vom Verbot erfasst. Einig ist sich die Lehre wiederum darin, dass Antrittsprämien, die einen Nachteilsausgleich entschädigen, zulässig und somit keine Vergütungen im Voraus seien. Eine (leichte) Mehrheit der Lehre ist auch der Auffassung, dass Antrittsprämien generell nicht untersagt seien, selbst wenn sie keine Nachteile ausgleichen.

IV. Würdigung

Etwas dürftig bleibt sowohl in den Materialien als auch in der Lehre die Auseinandersetzung mit der Ratio Legis des Verbots der Vergütung im Voraus. Es wird in der Regel bloss darauf verwiesen, dass Zahlungen vor Stellenantritt bzw. vor erhaltener Arbeitsleistung vermieden werden sollen. Es wird dabei in der Regel mit der Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers argumentiert. Diese Vorleistungspflicht soll daher im Folgenden näher untersucht werden.

Nach Art. 323 Abs. 1 OR ist dem Arbeitnehmer der Lohn zum Ende jedes Monats auszurichten sofern nicht kürzere Fristen oder andere Termine verabredet oder üblich sind oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag nichts anderes bestimmt ist. Nach dispositiver gesetzlicher Regelung ist der Arbeitnehmer somit vorleistungspflichtig, wobei als Bemessungsperiode ein Kalendermonat gilt.²² Das Gesetz sieht anderslautende Abreden jedoch ausdrücklich vor und steht somit auch einer Vorleistungspflicht des Arbeitgebers nicht im Wege.

Nach Art. 323 Abs. 4 OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nach Massgabe der geleisteten Arbeit denjenigen Vorschuss zu gewähren, den der Arbeitnehmer infolge einer Notlage bedarf und den der Arbeitgeber billigerweise zu gewähren vermag. Diese Bestimmung sta-

¹⁵ Praxiskommentar VegüV-OSER/MÜLLER, Art. 20 N 111 ff.

¹⁶ Praxiskommentar VegüV-OSER/MÜLLER, Art. 20 N 120.

¹⁷ GesKR Kommentar VegüV-TSCHÄNI, Art. 20 N 13 f.

¹⁸ GesKR Kommentar VegüV-TSCHÄNI, Art. 20 N 14.

¹⁹ EDGAR PHILIPPIN, La mise en œuvre de l'initiative «contre les rémunérations abusives», SJ 2014 II 261 ff., 294.

²⁰ MARTIN MÜLLER, Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV): Lösungsansätze für die arbeitsrechtliche Umsetzung, AJP 2014, 477–490, 481.

²¹ *Ibidem*.

²² Bei Dauerschuldverhältnissen muss sich die Vorleistungspflicht aus praktischen Gründen immer auf einen bestimmten Zeitraum innerhalb der vertraglichen Geltungsdauer beziehen.

tuiert eine Pflicht des Arbeitgebers, bei Vorliegen einer Notlage einen «Vorschuss» zu gewähren. Dieser «Vorschuss» ist jedoch vom Arbeitgeber nur nach «Massgabe der geleisteten Arbeit» zu entrichten, stellt also nur dann überhaupt einen Vorschuss dar, wenn man von der dispositiven Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers per Ende Monat ausgeht. Aber wenn man «Vorschuss» als die (Geld-)Leistung einer Partei vor Erhalt der Gegenleistung der anderen Partei definiert, handelt es sich dabei gar nicht um einen Vorschuss bzw. eine Vorauszahlung. Der Arbeitnehmer hat die von ihm geschuldete Leistung bereits erfüllt, wenn der «Vorschuss» «nach Massgabe der geleisteten Arbeit» bezahlt wird. Insofern handelt es sich bei der gesetzlich statuierten Pflicht des Arbeitgebers in Art. 323 Abs. 4 OR nicht um eine Pflicht zur Vorleistung bzw. Vorauszahlung des Arbeitgebers.²³

Art. 323 OR schliesst jedoch nicht aus, dass der Arbeitgeber freiwillig einen Vorschuss bzw. eine Vorauszahlung über die «geleistete Arbeit» hinaus gewährt. Solche Leistungen stellen Darlehen dar.²⁴ Freilich wird es sich dabei nicht um ein Darlehen im traditionellen Sinne handeln, wonach die geleistete Summe Geld oder vertretbarer Sachen in derselben Form zurückzuerstatten ist. Vielmehr wird eine besondere Abrede darin bestehen, dass der Anspruch auf Lohn des Arbeitnehmers mit dem Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens des Arbeitgebers verrechnet wird.²⁵

In der Lehre wird relativ einheitlich die Auffassung vertreten, dass «Vergütungen im Voraus» Zahlungen für noch nicht erbrachte Arbeitsleistungen seien.²⁶ Es handelt sich damit um einen Vorschuss des (künftigen) Lohnes, der über die «geleistete Arbeit» im Sinne von Art. 323 Abs. 4 OR hinausgeht. Wie bereits dargelegt, stellen solche Vorschüsse Darlehen dar. Dies bedeutet auch, dass solche Zahlungen bei Nichterbringen der

künftigen Arbeitsleistung vom Arbeitgeber rückforderbar sind.²⁷ Darlehen an Mitglieder des Managements oder des Verwaltungsrates sind bei entsprechender statutarischer Grundlage auch unter der VegüV weiterhin erlaubt.²⁸ Als «Vergütung im Voraus» nicht erlaubt soll aber offenbar die Verrechnung mit Anspruch auf Lohn sein. Dies führt zum absurden Ergebnis, dass (offenbar) keine Vergütung im Voraus vorliegt, wenn effektiv Geld fliesst, d.h. der Arbeitnehmer das Darlehen mit erhaltenen Lohnzahlungen zurückzahlt, eine Zahlung im Voraus aber vorliegt, wenn die beiden Ansprüche miteinander verrechnet werden.

Eine «Vergütung im Voraus» soll nach Erläuterungsbericht und herrschender Lehre vorliegen, wenn eine Vergütung im Austausch mit einer noch nicht erbrachten Arbeitsleistung ausgerichtet wird.²⁹ Folglich wird eine «Vergütung im Voraus» nicht vorliegen, wenn die Vergütung nicht für künftige Arbeitsleistung ausgerichtet wird. Dies ist zum Beispiel bei einer Antrittsprämie der Fall, wo die Gegenleistung nicht in künftiger Arbeit besteht, sondern in der Tatsache des Entscheides des Managers für den neuen Arbeitgeber. Mit anderen Worten soll die von der Gesellschaft nach Stellenantritt nicht mehr rückforderbare Zahlung (Antrittsprämie) straffrei sein, während die rückforderbare Zahlung in Form eines mit künftiger Arbeitsleistung zu verrechnenden Darlehens (Zahlung im Voraus im engeren Sinne) strafbar sein soll. Welche Form der Vergütung ist für die Gesellschaft und ihre Aktionäre schädlicher? Man darf wohl davon ausgehen, dass dies in aller Regel die irreversible Zahlung einer Antrittsprämie (ohne Nachteilsausgleich) ist. Deren Zahlung bleibt nach Meinung der herrschenden Lehre straffrei, die weniger invasive des Darlehens mittels Vorschusses soll aber strafbar sein. Man darf in diesem Umstand wohl durchaus eine gewisse Absurdität erblicken.

Diese Absurdität wird noch weiter gesteigert, wenn man feststellt, dass «Zahlungen im Voraus» letztlich Darlehen für künftig zu erbringende Arbeitsleistungen sind.³⁰ Darlehen an Mitglieder der Konzernleitung oder des Verwaltungsrates sind bei entsprechender statutarischer Grundlage zulässig. Unzulässig soll gemäss Art. 20 Ziff. 2 VegüV jedoch die Verrechnung mit dem Anspruch auf Lohn sein, welcher bei künftiger Arbeitsleistung entstände. Dies würde das Darlehen zu einer «Vergütung im Voraus» machen. Geht man davon aus, dass ein Darlehen an ein Mitglied der Geschäftsleitung bei entsprechender statutarischer Grundlage zulässig ist und auch die Lohnforderung dieses Mitglieds bei entsprechender Genehmigung durch die Generalversammlung gültig ist, so stünden sich zwei rechtsgültige Forderungen gegenüber.

²³ In Höhe der bereits geleisteten Arbeit tilgt der Arbeitgeber mit dem Vorschuss vorzeitig eine bereits bestehende Schuld im Sinn von Art. 81 OR. Art. 323 Abs. 4 OR bewirkt keinen Anspruch auf Kredit, sondern eine Verschiebung der Fälligkeit.

²⁴ Lehre und Rechtsprechung vertreten einhellig die Ansicht, dass vorzeitige Zahlungen an den Arbeitnehmer, die den Lohn für die bei Vorschussgewährung bereits geleistete Arbeit wesentlich überschreiten, als Darlehen zu qualifizieren sind. Vgl. Arbeitsgericht Zürich, Entscheid vom 21. August 1981, JAR 1983, 124–127, 126; ebenfalls Kantonsgericht Fribourg, Entscheid vom 5. Juni 2008 (102 2007–133), FZR 2008, 189–192, 191; BK-REHBINDER/STÖCKLI, OR, Art. 323 N 30; BSK-PORTMANN/RUDOLPH, OR, Art. 323 N 2; FRANK VISCHER/ROLAND M. MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Basel 2014, 115; JÜRIG BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 323 N 8; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 323 N 7; RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, Droit du travail, 3. Aufl., Bern 2014, 193; ZK-STAEHELIN, OR, Art. 323 N 20.

²⁵ Idealerweise im gesetzlichen zulässigen Rahmen nach Art. 323b Abs. 2 OR (d.h. Verrechenbarkeit auf den pfändbaren Betrag des Lohnes beschränkt), was bei Mitgliedern der Konzernleitung kaum eine wesentliche Einschränkung darstellen wird.

²⁶ Vgl. Ziffer III oben. Der Zeitpunkt der Ausrichtung sei dabei relevant.

²⁷ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 24), Art. 323 N 7; BK-REHBINDER/STÖCKLI, OR, Art. 323 N 28, m.w.H.

²⁸ Art. 12 Abs. 2 Ziff. 1 VegüV.

²⁹ Vgl. oben Ziffer II und Ziffer III.

³⁰ Vgl. oben.

Diese dürften jedoch nicht miteinander verrechnet werden. Art. 20 Ziff. 2 VegüV statuiert damit ein mit maximal drei Jahren Gefängnis bewehrtes *Verrechnungsverbot* für zwei an sich rechtsgültige Forderungen.

Dass damit auch das arbeitsvertragliche Verrechnungsverbot *ad absurdum* geführt wird, nimmt man als Randnotiz auch noch zur Kenntnis. Art. 323b Abs. 2 OR will den *Arbeitnehmer* schützen und beschränkt die Verrechenbarkeit auf den pfändbaren Betrag des Lohnes. Art. 20 Ziff. 2 VegüV dehnt das Verrechnungsverbot auf die gesamten periodischen Lohnzahlungen des Managers aus mit dem Zweck, den *Arbeitgeber* bzw. die Gesellschaft zu schützen.

Angesichts dieser Unzulänglichkeiten und Normwidersprüche scheint es mir rechtsstaatlich kaum vertretbar, Art. 20 Ziff. 2 VegüV anzuwenden.

V. Kasuistik

1. Einleitung

Nachdem im vorgehenden Abschnitt die Grundlagen der Auslegung einer «Vergütung im Voraus» gelegt wurden, sollen nun die praxisrelevanten Auswirkungen aufgezeigt werden. Dazu eignet sich eine Kasuistik aufbauend auf den aus in der Praxis wohl relevantesten Fragestellungen am besten.

2. Vergütungen im Voraus im engeren Sinne (Vorauszahlung für künftige Arbeitsleistung)

2.1 Allgemeines

Wie oben dargestellt ist fragwürdig, ob das Verbot der Vergütung im Voraus aufgrund des offensichtlichen Normwiderspruchs überhaupt Anwendung finden kann. Jedenfalls sollte es nach der hier vertretenen Auffassung zulässig sein, bei entsprechender statutarischer Grundlage Darlehen an Mitglieder der Konzernleitung zu gewähren und diese mit dem Anspruch auf Lohnzahlungen zu verrechnen. Denn bei einer «Vergütung im Voraus» handelt es sich dogmatisch um ein Darlehen.³¹

Folgt man dieser Auffassung nicht, dann muss man sich mit der Vorleistungsthese der herrschenden Lehre auseinandersetzen, wonach das Ausrichten einer Vergütung vor Erbringen der Gegenleistung bzw. Arbeitsleistung eine unzulässige Vergütung im Voraus darstellt. Da die Vorleistungspflicht gemäss Art. 323 OR nur für Arbeitsverträge gilt, werden nachfolgend die Mitglieder des Ver-

waltungsrates, die üblicherweise keine Arbeitsverträge mit der Gesellschaft haben, separat behandelt.

2.2 Vorauszahlungen unter Arbeitsverträgen mit dem Management

Nach herrschender Lehre sollen Vergütungen immer erst nach erbrachter Leistung entrichtet werden; der Arbeitnehmer sei vorleistungspflichtig.³² Über den Zeitraum dieser Vorleistungspflicht wird allerdings meist nichts ausgesagt. Stillschweigend wird offenbar davon ausgegangen, dass dieser Zeitraum rund einen Monat beträgt. Der Grund wird darin liegen, dass niemand von einem Arbeitnehmer erwarten kann, dass er freiwillig länger als in der dispositiven gesetzlichen Regelung von Art. 323 OR vorgesehen, seinen Anspruch auf Vergütung aufschiebt und ohne Entschädigung arbeitet. Eine längere Vorleistungspflicht eines Mitglieds der Konzernleitung wäre freilich aus Sicht der VegüV kein Problem.

Die herrschende Lehre geht offenbar davon aus, dass der «Monatstopf» erst mit Arbeit gefüllt werden muss, bevor gezahlt werden kann. Immerhin sollen «usanzgemässe» Lohnzahlungstermine ab dem 20. eines jeden Monats nicht unter das Verbot fallen.³³ Eine Ausnahme soll dabei auch für die gesetzliche Verpflichtung zur Leistung von Lohnvorschüssen in Notlagen gelten.³⁴ Da diese Pflicht gemäss Art. 323 Abs. 4 OR immer nur «nach Massgabe der geleisteten Arbeit» zu erfüllen ist, erbringt der Arbeitgeber bei strikter Einhaltung der gesetzlichen Pflicht – im Gegensatz zur Zahlung des Lohnes am 20. des Monats – keine Vorleistung.

Wenn aber eine Zahlung am 20. eines Monats keine Vergütung im Voraus ist, dann müsste auch eine Zahlung am Ende des zweiten Monats für die Arbeitsleistung von einem Quartal kein Problem darstellen. Generell kann man sich fragen, warum offenbar erst ab zwei Dritteln der Arbeitsperiode keine Vergütung im Voraus mehr vorliegen soll und nicht schon dann, wenn der Arbeitnehmer die Hälfte der Arbeitsleistung für die Zeitperiode bereits erbracht hat, also immer dann, wenn sich die Vorleistung des Arbeitnehmers und diejenige des Arbeitgebers sich die Waage halten. Es muss also mit anderen Worten auch unter der Ansicht der herrschenden Lehre eine Monats-Lohnzahlung ab dem 15. des Monats oder eine Zahlung für einen längeren Zeitraum ab der Mitte dieses Zeitraums möglich sein, weil dann die Vorleistung des Arbeitgebers nie grösser ist bzw. über einen längeren Zeitraum erfolgt als die Vorleistung des Arbeitnehmers. Auch eine statutarische Grundlage für Darlehen bzw. als Darlehen qualifizierende Vorschüsse braucht es m.E. in diesem Fall nicht.

³² Vgl. BSK VegüV-PÖSCHEL, Art. 20 N 95 m.w.H.

³³ BSK VegüV-PÖSCHEL, Art. 20 N 102.

³⁴ BSK VegüV-PÖSCHEL, Art. 20 N 97.

³¹ Vgl. oben Ziffer IV.

Gerade bei Lohnbestandteilen in Sachleistungen (z.B. Aktien) kann es aus administrativen und Kostengründen angezeigt sein, nicht jeden Monat eine Überweisung zu tätigen, sondern beispielsweise nur zwei Mal jährlich. Es kann m.E. nicht angehen, dass eine Überweisung bzw. Lieferung in der Mitte der Leistungsperiode – bis zu diesem Punkt hat der Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch gestundet – für die gesamte Leistungsperiode eine Vergütung im Voraus darstellt. Soweit ersichtlich war das auch nie die Absicht des Verfassungsgebers. Der Arbeitstopf von einem Monat oder einem längeren Zeitraum muss also in jedem Fall nicht voll, sondern nur zur Hälfte gefüllt sein, damit keine Vergütung im Voraus vorliegt.

Bei einem Fixlohn lässt sich die Vergütung relativ leicht in Relation zur Grösse «Zeit» setzen. Damit ist auch die Bestimmung, ob eine Vergütung im Voraus vorliegt, einfacher vorzunehmen. Bei einer variablen Vergütung kann dies schwieriger sein. Bei einem traditionellen Bonus für die Performance im abgelaufenen Jahr stellt sich naturgemäss kein Problem der Vergütung im Voraus. Tendenziell schwieriger ist die Frage – zumindest wenn man der Auffassung der Mehrheit der Lehre ist – bei einem langfristigen Management Plan. Nach dieser Auffassung könnte beispielsweise die Zuteilung von Restricted Stock Units, welche über drei Jahre «vesten», ein Problem sein. Dies zumindest dann, wenn das Vesting durch Zeitablauf (oder bei vorzeitiger Beendigung) eintritt und kein Verfall bei Kündigung durch den Arbeitnehmer vorgesehen ist. Falls jedoch ein solcher Verfall vorgesehen ist, kann m.E. auch bei traditioneller Auffassung keine Vergütung im Voraus vorliegen.

2.3 Vorauszahlungen unter (Mandats-)Verträgen mit dem Verwaltungsrat

Für die Verträge der nicht exekutiven Mitglieder des Verwaltungsrates gilt die Vorleistungspflicht von Art. 323 Abs. 1 OR nicht. Die – ohnehin nachgeschoben erscheinende – Begründung im Zusatzbericht für das Verbot einer Vergütung im Voraus aufgrund dieser dispositiven gesetzlichen Regel greift daher beim Verwaltungsrat ins Leere. Die übrigen Materialien verweisen auf die Relevanz des Stellenantritts als zeitlich relevantes Kriterium.³⁵ Die Strafbarkeit einer nach Amtsantritt gemachten Vorauszahlung für die gesamte Amtsperiode von einem Jahr (oder auch kürzerer Perioden) findet somit in den Materialien keine Stütze. Warum – so fragt man sich – will die herrschende Lehre denn hier strenger sein?

Bei Mitgliedern des Verwaltungsrates besteht eine zwingende Amtsperiode von *grosso modo* einem Jahr bzw. eine jährliche Pflicht, sich einer Wiederwahl zu stellen. Es ist schleierhaft, weshalb Mitglieder unter diesem Regime Vergütungen für Perioden von mehr als einem

Jahr erhalten sollten und könnten. Variable Vergütungen kommen bei Verwaltungsräten ohnehin kaum vor; dies gilt insbesondere für die Form von Long Term Incentive Plänen. Das Missbrauchspotential, das die Strafbarkeit einer Zahlung im Voraus rechtfertigen könnte, ist schwierig zu erkennen. Entsprechend muss meines Erachtens eine Vergütung nach Amtsantritt aber «im Voraus» für die gesamte Amtsperiode oder kürzere Zeiträume zulässig sein. Eine Vergütung über die Amtsperiode hinaus wäre fragwürdig, wäre aber nach den Bestimmungen über die Darlehen an Mitglieder des Verwaltungsrates zu behandeln.

3. Antrittsprämien mit Nachteilsausgleich

Bei Antrittsprämien, die einen Nachteil aufgrund des Stellenwechsels ausgleichen sollen, besteht im Grundsatz Einigkeit, dass keine «Vergütung im Voraus» vorliegt. Es stellt sich jedoch die Frage, was unter einem «Nachteil» zu verstehen ist. Freilich ist diese Frage nur dann von rechtlicher Relevanz, wenn man der Meinung ist, eine Antrittsprämie ohne Nachteilsausgleich sei unzulässig (vgl. die nachfolgende Ziffer).

Bei der Ermittlung des für den Ausgleich relevanten «Nachteils» geht es darum, eine künftige hypothetische Vermögensposition bei fortdauernder Anstellung mit der Situation des Wegfalls der Anstellung aufgrund der Kündigung zu vergleichen. Es geht hingegen nicht darum, einen Vergleich mit der Vermögenssituation unter der neuen Anstellung vorzunehmen. Mit anderen Worten «frist» eine Steigerung der Vergütung an der neuen Stelle den Nachteil nicht *per se* auf und ein Ausgleich bei Stellenantritt kann auch bei hoher Steigerung der Vergütung grundsätzlich weiterhin gezahlt werden.

Den Begriff des «Schadens» sollte man vorliegend wohl schon deshalb vermeiden, weil der geschädigte Arbeitnehmer selbst die Schlechterstellung seiner Vermögensposition willentlich bewirkt. Es geht aber – ähnlich wie bei einem Schaden im Rechtsinne – um die Ermittlung eines mutmasslichen entgangenen Gewinns aufgrund einer hypothetischen Vermögenssituation. Man wird daher um Annahmen nicht herumkommen. Dabei geht es nicht nur um die Annahme der fortdauernden Anstellung beim ehemaligen Arbeitgeber, sondern um den Eintritt oder Nichteintritt von Voraussetzungen für die Ausrichtung von Vergütungen und deren Höhe. Diese Annahmen sollten selbstredend nachvollziehbar und nicht unrealistisch sein. Natürlich kann es nicht angehen, die gesamte mutmassliche Vergütung bis zur Pensionierung abzudiskontieren und als Nachteil auszugleichen. Als ausgleichende Nachteile können wohl nur Vergütungsbestandteile gelten, die zum monatlich zahlbaren Fixlohn für die erbrachte Leistung bei Eintritt gewisser Bedingungen (sei es auch nur Zeitablauf) hinzugetreten wären und bei Kündigung wegfallen. Dabei wird

³⁵ Vgl. Ziffer II.

wiederum darauf abzustellen sein, ob der als Nachteil auszugleichende Vergütungsbestandteil bereits bedingt oder unbedingt zugeteilt wurde («Grant»; z.B. bei einem Long Term Incentive Plan). Noch nicht zugeteilte Vergütungsbestandteile können wohl nicht unter dem Titel «Nachteilsausgleich» im Rahmen des Stellenantritts vergütet werden.³⁶ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz muss meines Erachtens für Boni gelten, die für das Geschäftsjahr, in dem die alte Arbeitsbeziehung (nun) endet, voraussichtlich im Folgejahr retrospektiv ausgerichtet worden wären. Der durch die Kündigung wegfallende monatlich zahlbare Fixlohn kann demgegenüber kein ausgleichender Nachteil sein.

Als ausgleichende Nachteile können somit in Betracht kommen: (1) noch nicht ins Eigentum übergegangene Aktien (nicht «gevestete» Anwartschaften auf Aktien), die bei Kündigung verfallen, (2) gesperrte Aktien oder noch nicht frei verfügbare Optionen, die bei Kündigung verfallen oder zurückzuerstatten sind, (3) Retention Boni, die vertraglich bei Fortdauer der Arbeitstätigkeit geschuldet gewesen wären oder (4) klassisch variable Vergütungen, die für ein Geschäftsjahr in dessen Folgejahr ausbezahlt worden wären. Freilich ist diese Aufzählung nicht abschliessend und es wird noch andere Vergütungsbestandteile geben, die die weiter oben genannten Kriterien erfüllen.

4. Antrittsprämien ohne Nachteilsausgleich

Bei Antrittsprämien ohne Nachteilsausgleich wird der Umstand vergütet, dass eine Person sich entscheidet, eine Stelle bei einem Arbeitnehmer überhaupt erst anzutreten.³⁷ Die Vergütung erfolgt nicht ohne Gegenleistung; die Gegenleistung besteht im – aus Sicht des neuen Arbeitgebers – positiven Willensentscheid des neuen Arbeitnehmers. Die Lehre ist sich uneins bezüglich der Zulässigkeit solcher Vergütungen. Eine Mehrheitsmeinung plädiert mangels verfassungsrechtlicher Grundlage für die Zulässigkeit solcher Vergütungen, während eine Mindermeinung unter Hinweis auf die Analogie zu den unzulässigen Abgangsentschädigungen für ein Verbot plädiert.³⁸ Die Meinung der Minderheit bringt mit der Analogie zur Abgangsentschädigung ein valides Argument. Dennoch muss man sich fragen, ob es Sinn macht, im gesetzgeberischen Unsinn einen Sinn zu suchen. Auf diese rechtsphilosophische Frage kann es meines Erachtens im Bereich des Strafrechts nur *eine* Antwort geben: Nein.

Die Mehrheitsmeinung weist m.E. zu Recht darauf hin, dass die verfassungsrechtliche Grundlage eines Verbots

von Antrittsprämien fehlt. Führt man sich zudem die Normwidersprüche vor Augen, die bei einer rechtsdogmatischen Sezierung des mit drei Jahren Gefängnis bedrohten Instituts «Vergütung im Voraus» zu Tage treten, scheint mir eine derartige teleologische Ausweitung des Tatbestandes angesichts des Legalitätsprinzips und des damit verbundenen Analogieverbotes rechtsstaatlich mehr als fragwürdig.³⁹ Antrittsprämien ohne Nachteilsausgleich sind daher m.E. auch unter der VegüV weiterhin erlaubt.⁴⁰

VI. Fazit

Wie mehrfach erwähnt, steht das Verbot der Vergütung im Voraus auf tönernen Füßen. Eine Vergütung im Voraus stellt im «überschiessenden Umfang» ein Darlehen dar. Solche Darlehen sind bei statutarischer Grundlage gemäss VegüV zulässig und wären bei Wegfall des Arbeitsverhältnisses nach richtiger Auffassung auch rückforderbar. Es darf daher die Frage gestellt werden, worin das Schädigungspotential für die Gesellschaft und ihre Aktionäre besteht, das eine Bestrafung von bis zu drei Jahren Gefängnis rechtfertigt. Es besteht auch ein Normwiderspruch in der VegüV zwischen der Zulässigkeit von Darlehen einerseits und dem Verbot der Vergütung im Voraus andererseits. Diese und die oben ausführlicher dargelegten Gründe führen mich zum Fazit, dass das Verbot der Vergütung im Voraus rechtsstaatlich fragwürdig ist und von den Gerichten nicht angewendet werden sollte.

Teilt man diese Auffassung nicht, so sollte man dennoch die Strafnorm restriktiv auslegen. Es kann nicht angehen, dass völlig legitime Zahlungen, bloss weil sie eine kurze Zeit zu früh erfolgen, strafrechtlich sanktioniert werden. Wenig hilfreich ist auch die zum heutigen Zeitpunkt bestehende Rechtsunsicherheit über die Tragweite der Norm; auch Vergütungen ohne jegliches Schädigungspotential und ohne jede Schädigungsabsicht können von der Norm erfasst werden. Entsprechend müssen in der Praxis oft Rechtsgutachten eingeholt werden, bevor eine Vergütung vorgenommen wird.

³⁶ Womit noch nichts über die Zulässigkeit solcher Zahlungen ausgesagt ist (vgl. Ziffer V 4).

³⁷ Auch als «Handgeld» oder «Sign-on Bonus» bezeichnet.

³⁸ Vgl. dazu Ziffer III oben.

³⁹ Vgl. dazu Ziffer IV oben. Mit überzeugenden Argumenten kommt eine jüngere Dissertation zum Schluss, dass die Grenze des Wortlautes im Strafrecht bis auf Fälle, in welchen offenkundig redaktionelle Versehen des Gesetzgebers vorliegen, als absolute Grenze der Auslegung dienen muss, was die analoge Ausweitung strafrechtlicher Verbotsnormen grundsätzlich ausschliesst, vgl. EMANUEL COHEN, Im Zweifel für die Strafe?, Diss. Zürich 2015, 172 ff.; 203 (= Zürcher Studien zum Strafrecht 84). Aufgrund der Kopplung an den Straftatbestand von Art. 24 VegüV sind diese Überlegungen auch auf die Frage nach dem Verbot von Antrittsentschädigungen in Analogie zur verbotenen Abgangsentschädigung zu übertragen.

⁴⁰ Ob es opportun ist, solche Prämien im konkreten Fall zu zahlen, steht freilich auf einem anderen Stern. Sicherlich dürfte eine solche Zahlung auch kaum je «best practice» Standards entsprechen.

Es geht mir mit diesen Worten nicht darum, Managern einen Freipass für Entschädigungen zu geben. Entschädigungen sind ja auch unter der VegüV nicht gedeckelt; sie können in beliebiger Höhe mit Zustimmung der Generalversammlung weiterhin gezahlt werden. Es geht darum, eine Bestimmung, die ohne ersichtlichen Unrechtsgehalt drakonische Strafen nach sich zieht, so auszulegen, dass rechtsstaatliche Bedenken und die teure Rechtsunsicherheit für kotierte Gesellschaften entfallen.
