www.jusletter.ch

Pascal Zysset

Aktienrechtliche Aspekte von Bonuszahlungen an Verwaltungsräte

An hitzigen Diskussionen zu Revisionsvorhaben im Bereich von Vergütungen fehlt es zurzeit nicht. In diesem Zusammenhang stellen sich anhand der geltenden Ordnung verschiedene aktienrechtliche Probleme. Vorliegend wird zum einen auf die Kompetenz und das Verfahren zur Festsetzung von Bonuszahlungen eingegangen, zum anderen wird aber auch dargestellt, welche Mittel zur Begrenzung dieser zur Verfügung stehen. Bei einem Thema solcher Aktualität dürfen dabei Erläuterungen zu laufenden Bestrebungen seitens der FINMA und seitens der Gesetzgebung nicht fehlen.

Rechtsgebiet(e): Gesellschaftsrecht

Zitiervorschlag: Pascal Zysset, Aktienrechtliche Aspekte von Bonuszahlungen an Verwaltungsräte, in: Jusletter 19. April 2010

ISSN 1424-7410, www.jusletter.ch, Weblaw AG, info@weblaw.ch, T +41 31 380 57 77

www.weblaw.ch editions

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Bonuszahlung als Entschädigung des Verwaltungsrats
1. Bonusbegriff
2. Entschädigung des Verwaltungsrats
a) Grundlagen
b) Tantieme
c) Verwaltungsratshonorar
III. Festsetzung der Entschädigung
1. Tantieme
a) Zuständigkeit
b) Verfahren
c) Bestehende Möglichkeiten zur Begrenzung
aa) Tantiemenvorschriften
bb) Transparenzpflichten
cc) Meldepflichten
dd) Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance
ee) Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance
d) Mindeststandards der FINMA für Finanzinstitute
e) Zwischenfazit
2. Verwaltungsratshonorar
a) Zuständigkeit
aa) Ohne statutarische Regelung
bb) Mit statutarischer Regelung
cc) Compensation Committee
dd) Bei Mitarbeiteraktien und -optionen
b) Verfahren
aa) Ohne statutarische Regelung
bb) Mit statutarischer Regelung
cc) Compensation Committee
dd) Bei Mitarbeiteraktien und -optionen
c) Bestehende Möglichkeiten zur Begrenzung
aa) Qualifikation als verschleierte Tantieme
bb) Transparenzpflichten
cc) Meldepflichten
dd) Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance
ee) Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance
d) Weitere Instrumente zur Begrenzung
e) Mindeststandards der FINMA für Finanzinstitute
f) Zwischenfazit
IV. Klagen gegen überhöhte Bonuszahlungen
1. Überhöhte Bonuszahlungen im Allgemeinen
a) Unangemessene Tantiemen
b) Unangemessene Verwaltungsratshonorare
c) Kombination
2. Rückerstattungsklage im Besonderen
a) Ungerechtfertigte Gewinnentnahme
aa) Legitimation
bb) Rückerstattungsobjekt
cc) Voraussetzungen
dd) Folgen
b) Verdeckte Gewinnausschüttung
aa) Legitimation
bb) Rückerstattungsobjekt
cc) Voraussetzungen
dd) Folgen
V. Aktienrechtsrevision
1. Revisionsvorhaben im Überblick
a) Grosse Aktienrechtsrevision
b) «Abzocker-Initiative»
c) Indirekter Gegenvorschlag
d) Direkter Gegenvorschlag
2. Weiteres Vorgehen
3. Zwischenfazit
VI. Fazit
Literaturverzeichnis
Materialien

I. Einleitung

[Rz 1] Kaum ein Tag vergeht, an dem nichts über das Thema «Bonuszahlungen» an Manager oder Verwaltungsräte zu hören ist.[1] Dabei macht die Aktualität dieser Bonuszahlungen nicht an der Schweizer Landesgrenze Halt.[2] Gerade auch in anderen wirtschaftsstärkeren Staaten, wie Deutschland[3] und den USA,[4] werden heftige Debatten darüber geführt.

[Rz 2] Die umstrittene Erscheinung der häufig übermässigen[5] Bonuszahlungen wurde durch das Hereinbrechen der Wirtschaftskrise noch verstärkt, da vielerorts trotz schlechtem Geschäftsgang hohe Löhne mit Boni ausbezahlt wurden.[6] V.a. staatlich unterstützte Unternehmen wie die UBS[7] oder die AIG[8] – um aktuelle Beispiele aus den oben erwähnten Ländern zu bringen – entfachten durch die Auszahlung von Boni den Unmut Vieler.[9] Bei all diesen Berichten ist auffallend, dass jeweils nur knapp über den rechtlichen Hintergrund dieser Vergütungen gesprochen wird.[10]

[Rz 3] Im vorliegenden Beitrag wird nur die juristische Betrachtungsweise erörtert. Es soll weder aufgezeigt werden, ob die Verwaltungsräte diese Beträge im moralischen Sinne

---

1 Vgl. auch Müller/Lipp/Plüss, VR, 104, die von beinahe täglichen Medienberichten über Exzesse von VR-Honoraren berichten; ebenso Aepli, Entschädigung (2009), 3.

2 Vgl. Amstutz, Macht, 188; Bahar, Compensation, 86.

3 Vgl. dazu z.B. Bloomberg vom 12. Februar 2009: Commerzbank CEO Blessing Raises Doubts Over Bonus Payments.

4 Vgl. dazu z.B. Bloomberg vom 14. März 2009: Treasury Demands Changes in AIG Bonus Payment Plan (Update1); NZZ Online vom 11. Juni 2009: US-Regierung verzichtet auf Obergrenzen für Spitzenlöhne.

5 Selbstverständlich sind nicht alle Bonuszahlungen von dieser Übermässigkeit betroffen, wohl aber jene, welche «in den Fokus der Kritik von Öffentlichkeit, Politik und Wissenschaft» (Leu, Vergütungen, 1) geraten sind. Von denjenigen ist in diesem Satz die Rede.

6 Vgl. dazu z.B. NZZ Online vom 17. März 2009: Wachsende Empörung über Bonuszahlungen in den USA; Spiegel Wissen vom 29. April 2009: Trotz Milliardenhilfe vom Staat. Citigroup will Sonderboni auszahlen.

7 UBS AG, Basel/Zürich; die Pflichtwandelanleihen dieser Bank wurden aber mittlerweile im Markt platziert, vgl. Metzler Marco, Bund verkauft UBS-Paket für 16.50 Franken pro Aktie, in: NZZ Online vom 20. August 2009. Was übrig bleibt sind die übernommenen «Ramschpapiere» durch die Nationalbank, vgl. NZZ Online vom 5. März 2010: Die SNB trägt weiter ein Risiko von 24 Milliarden Dollar.

8 American International Group Inc., New York City.

9 Vgl. etwa NZZ Online vom 13. Dezember 2009: Goldene Käfige bei UBS; NZZ Online vom 28. März 2009: AIG-Manager wegen Boni unter Dauerbeschuss; NZZ Online vom 18. Oktober 2008: Riesenärger über Boni-Politik der UBS.

10 Vgl. Ruedin, Rémunération, 314. Anders nur etwa NZZ Online vom 31. Januar 2009: Warum die UBS nicht auf die Boni verzichten kann.

auch wirklich verdienen,[11] noch in irgendeiner Weise Stellung dazu genommen werden. Die Wirtschaftskrise hinterlässt auch beim Verwaltungsrat (VR) seine Spuren und zwar nicht nur betreffend seine eigenen Handlungen,[12] sondern auch bezüglich seiner Entschädigung. Es soll deshalb ein spezielles Augenmerk auf die damit verbundenen Komplikationen gerichtet werden. Hier stellt sich v.a. die Frage, welche Möglichkeiten es gibt gegen übersetzte Bonuszahlungen vorzugehen.

[Rz 4] Zur Förderung der Lesbarkeit wird konsekutiv nur die grammatikalisch männliche Form verwendet, obwohl natürlich immer Personen beider Geschlechter einbezogen werden.

II. Bonuszahlung als Entschädigung des Verwaltungsrats

1. Bonusbegriff

[Rz 5] In diesem Kapitel soll die Frage beantwortet werden, was denn überhaupt unter einem «Bonus» zu verstehen ist. Während dieser Begriff für die in der Einleitung[13] genannten Medien, sowie die Öffentlichkeit allgegenwärtig ist, ohne dass diese ihn aber näher definieren würden, «lassen Rechtsprechung und Lehre die Begriffschimäre ‹Bonus› kaum in ihre Welt eindringen».[14]

[Rz 6] Nach einer *Legaldefinition* im OR wird vergebens gesucht.[15] Im *allgemeinen Sprachgebrauch* werden all jene Komponenten der Vergütung, die nicht Fixlohn darstellen, als Bonus aufgefasst.[16] Die *Rechtsprechung* ihrerseits versucht den Begriff des Bonus möglichst zu vermeiden und wendet ihn – falls dieses Modewort trotzdem ausgesprochen wird – uneinheitlich z.T. als Gratifikation i.S.v. Art. 322d OR[17] oder als Erfolgsvergütung[18] an. Überdies hält das BGer in einigen Fällen fest, dass aus dem Bonusbegriff noch keine Derivation möglich, sondern immer im Einzelfall zu entscheiden ist.[19] Häufig ist der Begriff auch unkommentiert den Erwägungen des BGer zu entnehmen.[20]

[Rz 7] Auch in der *Lehre* ist der Bonusbegriff umstritten. Fraglich ist, ob der Bonus der Gratifikation nach Art. 322d OR gleichgesetzt werden kann. Nach der wohl h.L. ist dies zu verneinen, da es sich je nach vertraglicher Ausgestaltung beim Bonus auch um einen Anteil am Geschäftsergebnis nach Art. 322a OR, der umsatz- oder gewinnabhängig ist, handeln kann, «oder um einen Bestandteil des Grundlohnes oder um eine Mischform von verschiedenen Lohnarten».[21] Einig ist man sich in der Literatur nur, dass eine Bonusbezeichnung der Parteien aus einer Leistung noch keinen solchen begründet. Vielmehr ist auf die Ausgestaltung des Einzelfalls zu achten.[22] Deshalb wird eine genaue Vertragsausgestaltung mit einer Umschreibung, was per definitionem Bonus darstellen soll, mit der Regelung des Ermessensbereichs des festsetzungskompetenten Organs zu dieser Vergütungsart, empfohlen:[23] Absoluta sententia expositore non indiget. Weil der Bonus arbeitsrechtlich also verschiedene Formen der Vergütung darstellen kann, drängt sich ein praxisbezogener Bonusbegriff auf:

> «Der Bonus [ist] eine zu einem festen Lohn hinzukommende Vergütung der Arbeitgeberin an den Arbeitnehmer [...], deren Ausrichtung oder Höhe nach der Parteivereinbarung im freien oder eingeschränkten Ermessen der Arbeitgeberin stehen oder aber beim Eintritt vereinbarter Bedingungen ohne weiteres geschuldet sein soll [...].»[24]

[Rz 8] Da die vorliegende Arbeit sich der Problematik von Bonuszahlungen aus aktienrechtlicher Sicht widmet, soll nicht

---

[11] Vgl. dazu nur zum Nachdenken das französische Sprichwort: «Les chevaux courent les bénéfices et les ânes les attrapent» (s. ed.).

[12] Dazu Brechbühl Beat/Christen Bernhard, Verwaltungsrat in Krisenlagen, in: Kellerhals Anwälte (Hrsg.), Kurz & Bündig 1/2009, www.kellerhals.ch/de/newsletter/kb_01_09.pdf.

[13] Vgl. Kapitel I.

[14] Cramer, Bonus, N 1.

[15] Abegg, Neues und Bewährtes, 2; Cramer, Bonus, N 48; NZZ Online vom 31. Januar 2009: Warum die UBS nicht auf die Boni verzichten kann.

[16] Cramer, Bonus, N 10.

[17] BGer 4C.237/2004 vom 1. Oktober 2004, E. 2.

[18] BGer 4C.41/2007 vom 28. März 2007, E. 5 («resultatorientierter Gehaltsanteil»); 4C.325/2002 vom 23. Januar 2003, E. 3.2 («rémunération variable»).

[19] BGer 4A_28/2009 vom 26. März 2009, E. 2; 4A_506/2008 vom 11. Februar 2009, E. 4; 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007, E. 4.3.2; 4C.395/2005 vom 1. März 2006, E. 5.3; 4C.426/2005 vom 28. Februar 2006, E. 5.1; 4C.467/2004 vom 1. April 2005, E. 2 (in Billigung der Vorinstanz); vgl. zum Ganzen Abegg, Neues und Bewährtes, 3 f.; Cramer, Bonus, N 49.

[20] BGE 134 III 337 E. 2.2.2 S. 341; BGer 4A_498/2007 vom 3. Juli 2008; 4C.112/2006 vom 4. August 2006; 4C.97/2006 vom 6. Juni 2006; 4C.364/2004 vom 1. Juli 2005, E. 2.1 f.; 4C.475/2004 vom 30. Mai 2005, E. 1.2.

[21] Staehelin, ZK, N 6 zu Art. 322d OR; gl. M. Portmann, BSK, N 2 zu Art. 322d OR, der davon ausgeht, dass oft, aber eben nicht immer, eine Gratifikation vorliegt; Portmann, Mitarbeiterbeteiligung, N 39; Streiff/von Kaenel, Praxiskommentar, N 2 zu Art. 322d OR; a.M. Leu, Vergütungen, 84; Nobel, Compensation, 91; Watter/Maizar, Structure, 54; Wyler Rémy, Droit du travail, 2e éd., Berne 2008, 164 ff. Sie gehen alle von einer Gleichsetzung des Bonus mit der Gratifikation aus. Staehelin, ZK, N 6 zu Art. 322d weist darauf hin, dass der Bonus v.a. in der Romandie als Synonym der Gratifikation verwendet wird. Im deutschsprachigen Raum kann m.E. e contrario die anderslautende Lehrmeinung als die herrschende – so wie im Text benannt – bezeichnet werden.

[22] Dazu etwa Cramer, Bonus, N 53; Gächter, Managementvergütungen, 26; Nobel, Compensation, 91; Portmann, BSK, N 2 zu Art. 322d OR; Portmann, Mitarbeiterbeteiligung, N 39; Staehelin, ZK, N 6 zu Art. 322d OR; Streiff/von Kaenel, Praxiskommentar, N 2 zu Art. 322d OR; Watter/Maizar, Structure, 51 Fn 128. Zu beachten ist auch Art. 18 Abs. 1 OR: Falsa demonstratio non nocet.

[23] Vgl. dazu auch Watter/Maizar, Structure, 50, 52 und 56.

[24] Nach Cramer, Bonus, N 55; ähnlich FINMA-RS 10/1, N 12.

weiter auf arbeitsrechtliche Probleme zum Bonus eingegangen werden.

2. Entschädigung des Verwaltungsrats

[Rz 9] Terminologisch wird hier unter Entschädigungen des VR jeglicher Typus von Vergütung – sei er in Form der Tantieme oder von Honorar – gewissermassen als Oberbegriff verstanden.[25]

a) Grundlagen

[Rz 10] Aufgrund seiner Organstellung tritt der VR in ein eigenständiges, organschaftliches Grundverhältnis zur AG.[26] Dabei können «weitere eigenständige Rechtsverhältnisse wie Auftrag oder Arbeitsvertrag hinzukommen».[27]

[Rz 11] Als Grundlage für einen Entschädigungsanspruch des VR kommen grundsätzlich vier Varianten in Frage:[28] Ein Rechtsverhältnis ex lege, ex contractu, aus den Statuten oder aber aus Übung.

b) Tantieme

[Rz 12] Es gibt zwei verschiedene Formen zur Entschädigung des VR: zum einen die Entrichtung von Tantiemen und zum anderen die Bezahlung eines VR-Honorars.[29] Die Tantieme – eine Gewinnbeteiligung des VR – ist die einzige aktienrechtlich geregelte Form der Entschädigung (Art. 677 OR).[30] Sie ist nur bei einer statutarischen Grundlage geschuldet (Art. 627 Ziff. 2 OR). Insofern besteht kein direkter gesetzlicher Anspruch.[31] Tantiemen dürfen nur an Verwaltungsräte bezüglich ihres VR-Mandates und nicht etwa auch an Mitglieder der Geschäftsleitung ausgeschüttet werden.[32] Sobald ein Bilanzgewinn erzielt wird[33] und statutarisch die Ausrichtung einer Tantieme vorgeschrieben ist, besteht ein Rechtsanspruch auf diese.[34]

[Rz 13] In der Praxis werden Tantiemen aus steuerlichen Gründen kaum angewendet, «da sie aus versteuertem Gewinn ausgeschüttet werden müssen und bei der AG nicht als Aufwand vom Bruttoertrag abgezogen werden können».[35] In wirtschaftlich schlechten Zeiten ist zudem zu beachten, dass Tantiemen kaum ausbezahlt werden können (aufgrund fehlenden Gewinnes) und dies, «obwohl die Verwaltungsräte unter Umständen gerade dann erheblich mehr Zeit und Energie für ihr Mandat aufwenden müssen».[36] Basierend auf dem eben Gesagten wird deshalb im Normalfall die zweite, ex lege nicht genannte Entschädigungsform des VR-Honorars gewählt.[37]

[Rz 14] Fraglich ist aber, ob Bonus in der Form der Tantieme ausgeschüttet werden kann. Leu stellt fest, dass «das Abstellen des Gesetzes auf den Bilanzgewinn sowie auf die Ausrichtung einer Mindestdividende» darauf hindeutet, dass eine Anreizfunktion, wie bei Boni üblich, keine Hauptbedeutung erlangen kann.[38] Im Vordergrund steht bei den Tantiemen demgegenüber «die Regelung der Distribution von Unternehmensgewinnen sowie die Betonung der Schicksalsgemeinschaft von Verwaltungsräten und Aktionären»,[39] zwei Ziele, die immer auch im Lichte des Aktionärsschutzes zu betrachten sind.[40] Dadurch, dass Tantiemen an den Gewinn

---

25 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 28 N 122 (implizit); Giger, Corporate Governance, 389 Fn 1923 (explizit); a.M. Dürr, Rückerstattungsklage, § 1 N 19, der die Entschädigungen begrifflich von der Tantieme abgrenzt.

26 Müller, Arbeitnehmer, 80; Müller/Lipp/Plüss, VR, 31; Plüss, Rechtsstellung, 123; vgl. auch Wernli Martin, Art. 707-715a, 762-763, 894-896 und 926 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II. Art. 530-1186 OR, 3. Aufl., Basel 2008, N 9 zu Art. 710 OR.

27 Müller, Arbeitnehmer, 80; vgl. auch Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 28 N 13; Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 16 N 459; Müller/Lipp/ Plüss, VR, 31.

28 Zum Ganzen Aepli, Entschädigung (2002), 270 m.w.H.

29 Aepli, NZZ Online, Abschnitt 4; Bauen/Bernet, AG, N 484; Böckli, Aktienrecht, § 13 N 237; von Büren, Aktienrecht, N 594; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 28 N 121; Krneta, Praxiskommentar, N 1772; Ruedin, Rémunération, 321.

30 Aepli, Entschädigung (2002), 272; Bauen/Bernet, AG, N 485; Chenaux, CR, N 2 zu Art. 677 OR; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 28 N 122; Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 16 N 474.

31 Vgl. Aepli, Entschädigung (2002), 270 f. Eine vertragliche Grundlage reicht in keinem Fall: BGE 91 II 298 E. 10 S. 310 ff.; 84 II 550 S. 552 ff.; Homburger, ZK, N 940 zu Art. 717 OR; a.M. Bürgi, ZK Bd. V/5b/1, N 21 zu Art. 677 OR; zum Ganzen Kurer, BSK, N 6 zu Art. 677 OR.

32 Chenaux, CR, N 7 zu Art. 677 OR; Kurer, BSK, N 11 zu Art. 677 OR; Watter/Maizar, Structure, 65 Fn 218; vgl. auch Bürgi, Zuständigkeit, 166.

33 Dazu nähere Ausführungen in Kapitel III 1b.

34 Kurer, BSK, N 12 zu Art. 677 OR.

35 Von Büren, Aktienrecht, N 595; vgl. ebenso Aepli, Entschädigung (2002), 271; Bauen/Bernet, AG, N 485; Böckli, Aktienrecht, § 12 N 543; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 28 N 126; Kolb, Stellung, 66 f.; Krneta, Praxiskommentar, N 1773; Müller/Lipp/Plüss, VR, 111; Watter/Maizar, Structure, 65. Anders offenbar noch zu Beginn des 20. Jahrhunderts, vgl. Hartmann, Tantieme, 48. Eine Trendwende ist aber bereits in der Zwischenkriegszeit bei Kolb, Stellung, 66 f. ersichtlich; vgl. dazu auch Böckli/Huguenin/Dessemontet, Expertenbericht, 100 f. Nobel, Notwendigkeit, 450 stellt in diesem Zusammenhang die Frage an den (Steuer-)Gesetzgeber, ob sich hier nicht eine Revision anbieten würde.

36 Leu, Vergütungen, 110; vgl. auch Bauen/Venturi, VR, N 130; Böckli, Aktienrecht, § 13 N 238; Hartmann, Tantieme, 40; Hungerbühler, VR-Präsident, 176; Krneta, Praxiskommentar, N 1775; Ruedin, Rémunération, 322; Watter/Maizar, Structure, 65 Fn 223; ähnlich Aepli, Entschädigung (2002), 272.

37 Aepli, Entschädigung (2002), 271; Bauen/Bernet, AG, N 485; Bauen/Venturi, VR, N 131; Chenaux, CR, N 21 zu Art. 677 OR; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 28 N 127.

38 Leu, Vergütungen, 108; ähnlich Giger, Corporate Governance, 401; Watter/Maizar, Structure, 65 Fn 222. Gächter, Managementvergütungen, 23 ff. grenzt denn auch den Bonus begrifflich von der Tantieme ab.

39 Leu, Vergütungen, 108.

40 Vgl. zum Aktionärsschutz als Ziel der Tantiemen Hartmann, Tantieme, 131. Zur Bedrohung der (Minderheits-)Aktionäre durch den VR Kunz, Minderheitenschutz, § 1 N 41 ff. und § 6 N 93.

der AG gekoppelt sind, ist trotzdem von erfolgsabhängigen Entschädigungen auszugehen.[41] Im Übrigen soll an dieser Stelle nur die Möglichkeit, nicht die Qualität einer Ausrichtungsform zur Leistung eines Bonus untersucht werden. Ergo sind Bonuszahlungen – ungeachtet dessen, dass sie nicht den Hauptzweck darstellen – im statutarisch und gesetzlich beschränkten Rahmen von Tantiemen möglich.

c) Verwaltungsratshonorar

[Rz 15] Da das OR für diesen Bereich keine Vorschriften kennt, geniessen die Aktiengesellschaften grossen Freiraum hinsichtlich «der Festlegung der Entschädigungsform».[42] Oft erhalten die Verwaltungsräte deshalb eine steuerlich attraktive[43] feste Vergütung (VR-Honorar).[44] «‹Fest› wird sie genannt, weil sie unabhängig vom Bilanzgewinn geschuldet ist, also dieses aleatorische Element nicht enthält (hingegen muss sie nicht fest im Sinne einer zum Voraus festgelegten Summe sein [...]).»[45]

[Rz 16] Geht die aktienrechtliche Freiheit bei der Entschädigung des VR aber so weit, dass über VR-Honorar Bonus ausgeschüttet werden kann? Die Doktrin bejaht dies und verneint gleichzeitig eine analoge Anwendung der Bestimmungen über Tantiemen auf das VR-Honorar «auch dann, wenn die Entschädigung (teilweise) erfolgsabhängig erfolgt».[46] Bonuszahlungen sind also grundsätzlich auch über VR-Honorare ausrichtbar.

[Rz 17] Im Unterschied zur Tantieme «handelt es sich von Anfang an um ein unentziehbares Gläubigerrecht».[47] Formell reicht bei festen Vergütungen eine vertragliche Grundlage, auch wenn eine statutarische nicht ausgeschlossen ist.[48]

[Rz 18] Das Honorar als Aufwand der Erfolgsrechnung zu belasten ist sowohl handelsrechts-, als auch steuerrechtskonform.[49] Steuertechnisch gilt das VR-Honorar für die Gesellschaft als attraktiv, da durch die Verbuchung als Aufwand der für die Gewinnsteuer massgebende Betrag reduziert werden kann. Steuerlich keinen Unterschied, ob Tantiemen oder VR-Honorar ausbezahlt werden, macht es hingegen auf Stufe des VR als Empfänger, da in beiden Fällen der Fiskus mit der Behandlung als Einkommen eingreift (Art. 17 Abs. 1 DBG).[50]

III. Festsetzung der Entschädigung

1. Tantieme

a) Zuständigkeit

[Rz 19] Die Festsetzung der Tantieme gehört nach Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR zu den unübertragbaren Befugnissen der Generalversammlung (GV). Hinsichtlich der Höhe von Tantiemen gilt es zwei verschiedene Möglichkeiten der Ausgestaltung von statutarischen Grundlagen zu unterscheiden: Es kann ein fester Anspruch auf Tantiemen durch eine sich aus den Statuten ergebenden prozentmässigen Umschreibung entstehen, oder aber die Höhe selber kann (durch eine sog. *Kann-Vorschrift* in den Statuten)[51] in das Ermessen der GV gestellt werden.[52] Ersteres ist unter dem Gesichtspunkt von Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR (unübertragbare GV-Befugnis) deshalb unproblematisch, weil nach Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR die Festsetzung und Änderung der Statuten ebenfalls zu diesen GV-Kompetenzen gehören und insofern in beiden Fällen die Ermächtigung zur Tantiemenauszahlung dem Willen dieses Organs bedarf. Im einen zeigt sich dies generell durch einen Ausdruck mit Gültigkeit auf längere Zeit und im anderen Fall durch alljährliche Wollenskundgabe.[53] Beim direkten (festen) Anspruch aus den Statuten besteht, nach Erfüllung der Zuweisungen des Gewinns an die allgemeine gesetzliche Reserve und die Aktionäre, der Anspruch des VR auch ohne Tantiemenbeschluss der GV.[54] Ein allfälliger GV-Beschluss hat in diesem Falle lediglich deklaratorische Wirkung, was einen ermessensunabhängigen, variablen Lohnbestandteil für den VR fungiert.[55]

[Rz 20] Bezüglich der Tantiemenfraktionierung unter den

---

41 Leu, Vergütungen, 108; Nobel, Notwendigkeit, 450.

42 Leu, Vergütungen, 111; kritisch Ruedin, Rémunération, 327.

43 Sie stellen für die ausrichtende Gesellschaft steuerlich abzugsfähigen Aufwand dar, vgl. nur Böckli, Aktienrecht, § 12 N 543; von Büren, Aktienrecht, N 596.

44 Vgl. Aepli, Entschädigung (2002), 271; von Greyerz, SPR, 252.

45 Aepli, Entschädigung (2002), 271.

46 Leu, Vergütungen, 110; ähnlich Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 28 N 132. Die mögliche Erfolgsabhängigkeit bejahen auch von Büren, Aktienrecht, N 596; Chenaux, CR, N 23 zu Art. 677 OR; Dürr, Rückerstattungsklage, § 1 N 15; Hungerbühler, VR-Präsident, 175 und Walti, Mitarbeiterbeteiligung, 179. Böckli, Aktienrecht, § 13 N 243 und Müller, Arbeitnehmer, 275 erachten es sogar als wirtschaftlich sinnvoll dem VR-Honorar eine Erfolgskomponente beizufügen. A.M. Plüss, Rechtsstellung, 72.

47 Kurer, BSK, N 20 zu Art. 677 OR; ebenso Bürgi, ZK Bd. V/5b/1, N 35 zu Art. 677 OR.

48 Kurer, BSK, N 21 zu Art. 677 OR; vgl. auch Böckli, Aktienrecht, § 13 N 239; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 28 N 127; ähnlich von Büren, Aktienrecht, N 596.

49 Bürgi, ZK Bd. V/5b/1, N 32 und N 40 ff. zu Art. 677 OR; Kurer, BSK, N 24 zu Art. 677 OR vgl. auch Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 28 N 127.

50 Vgl. Kurer, BSK, N 26 zu Art. 677 OR.

51 Böckli, Aktienrecht, § 13 N 238b.

52 Bürgi, ZK Bd. V/5b/1, N 20 zu Art. 677 OR; Bürgi, Zuständigkeit, 166; Chenaux, CR, N 6 zu Art. 677 OR; Kurer, BSK, N 8 zu Art. 677 OR; Siegwart, ZK, N 5 zu Art. 627 OR; Watter/Maizar, Structure, 65; ähnlich Plüss, Rechtsstellung, 72; vgl. auch Böckli, Aktienrecht, § 13 N 238a f.

53 Ähnlich BGer 4C.386/2002 vom 12. Oktober 2004, E. 3.2.

54 BGer 4C.386/2002 vom 12. Oktober 2004, E. 3.4.2; dazu Nussbaumer/von der Crone, Ausschüttung, 94; vgl. Böckli, Aktienrecht, § 13 N238a; Nobel, Compensation, 88 Fn 162.

55 Nussbaumer/von der Crone, Ausschüttung, 94; ähnlich Siegwart, ZK, N 5 zu Art. 627 OR, der von einer «formellen Genehmigung dessen, was durch die Statuten schon eindeutig vorgezeichnet ist», spricht.

einzelnen VR-Mitgliedern ist in erster Linie wiederum die GV zuständig.[56] Macht diese aber von dieser Kompetenz keinen Gebrauch, ist der VR, resp. ein von ihm festgelegter Ausschuss kompetent (Art. 716 Abs. 1 OR), wobei auch Kontrakte oder Reglemente diesbezüglich erstellt werden können.[57] In der Form von fakultativen Statutenbestimmungen kann zudem alles, was bereits ex lege Gültigkeit erlangt hat, wiederholt oder in Bestimmungen aufgenommen werden, «die auch ausserhalb der Statuten aufgestellt werden könnten».[58] Da somit auch individualrechtliche Regelungen integriert werden können,[59] ist denkbar, dass sich die Aufteilung der Tantieme unter den Mitgliedern direkt nach den Statuten richtet.[60] Auch diese Aufteilungsregelungen sollten vor Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR Stand halten, da die GV erstens am längeren Hebel sitzt und dies selber regeln kann und zweitens auch, weil es sich bei diesem Akt nur noch um eine Ausführungshandlung zum von der GV ex ante gefassten Beschluss handelt. Dieser kann im Übrigen auch keine Mehrbelastung für die AG darstellen, da der Gesamtbetrag der Gewinnausschüttung ohnehin bereits feststeht.

[Rz 21] Die Kompetenzverteilung ist – summa summarum – bei der Tantieme nicht prekär, da Beschlussfassender (GV) und zu Begünstigender (VR) auseinanderfallen[61] und so eine Interessenkollision verhindert wird.

b) Verfahren

[Rz 22] Damit Tantiemen ausgeschüttet werden können, muss eine Bestimmung in den Statuten prästituiert werden (Art. 627 Ziff. 2 OR). Dies setzt eine Festsetzung, resp. Mutation dieser durch die GV voraus (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Auf der anderen Seite kommt die materielle Restriktion von Art. 677 OR zum Tragen, die besagt, dass Tantiemen einzig dem Bilanzgewinn entnommen werden dürfen und dies erst nach Zuteilung an die gesetzliche Reserve[62] und nach Entrichtung einer Sockeldividende von 5% an die Aktionäre.[63]

[Rz 23] Je nach Ausgestaltung folgt der Anspruch auf die Tantieme nach Ausüben des Ermessens der GV oder aber direkt aus den Statuten.[64] Wurde die Tantieme statutenkonform ausbezahlt, muss im Falle eines Konkurses der tantiemenleistenden AG dieses Entgelt der drei vorangegangenen Jahre zurückerstattet werden (Art. 679 OR). Eine Ausnahme hierzu wird nur gemacht, wenn der VR den Nachweis erbringt, dass die Voraussetzungen zur Ausrichtung von Tantiemen nach Gesetz und Statuten erfüllt waren (Art. 679 Abs. 1 OR). Es findet also eine Beweislastumkehr statt.[65]

c) Bestehende Möglichkeiten zur Begrenzung

aa) Tantiemenvorschriften

[Rz 24] Die im Vergleich zum VR-Honorar strengen materiellen Vorschriften über die Tantiemen bedeuten bereits eine erhebliche Eingrenzung des möglichen Betrags ex lege. Auf formellem Weg wird hier zudem sichergestellt, dass die GV die Zügel in der Hand hält. Entweder wird das Ermessen der GV direkt, oder aber über den Umweg der Statuten ausgeübt. Demzufolge können die Tantiemenvorschriften als effizient i.S.d. Begrenzung der Gewinnausschüttung bezeichnet werden.

bb) Transparenzpflichten

[Rz 25] Aufgrund dessen, dass die GV über den Umfang der Tantiemen beschliesst und dieser in der Folge im Protokoll als Beschluss und Wahlergebnis (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 2 OR) von allen Aktionären (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 OR) und Partizipanten (Art. 656a Abs. 2 OR i.V.m. Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 OR)[66] einsehbar ist, wird der Transparenz Rechnung getragen.[67] Zusätzlich gilt für börsenkotierte Gesellschaften Art. 663b^{bis} OR, wobei unter Vergütungen hier auch Tantiemen zu verstehen sind (Art. 663b^{bis} Abs. 2 Ziff. 2 OR).[68]

cc) Meldepflichten

[Rz 26] Damit Meldepflichten bei Tantiemen vorkommen können, müsste es zulässig sein, diese Gewinnanteile in der Form von Aktien auszuschütten. Ruedin stellt mit einem Verweis auf Böckli[69] fest, Tantiemen könnten in Geld oder aber in natura (Aktien oder Optionen) entrichtet werden.[70] Böckli seinerseits lässt diese Aussage am angegebenen Ort nicht explizit zur Sprache kommen. Im Gegenteil: Systematisch gesehen grenzt er sogar Tantiemen von der (festen) Vergütung ab,[71] was bedeutet, dass an der zitierten Stelle, wo auch von

---

56 Vgl. Kurer, BSK, N 14 zu Art. 677 OR.

57 Chenaux, CR, N 11 zu Art. 677 OR; Kurer, BSK, N 14 zu Art. 677 OR.

58 Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 16 N 608; vgl. auch Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 8 N 89; von Greyerz, SPR, 104.

59 Von Greyerz, SPR, 104.

60 Ebenso Chenaux, CR, N 11 zu Art. 677 OR.

61 Anders nur etwa bei der Einmann-AG, wo der Aktionär gleichzeitig VR ist. Hier stellt sich aber das Problem des Minderheitenschutzes nicht, Kunz, Minderheitenschutz, § 2 N 4 und N 25 f.

62 Gemeint sind die allgemeinen gesetzlichen Reserven nach Art. 671 OR, Kurer, BSK, N 10 zu Art. 677 OR. Eine erste Zuweisung erfolgt dabei nach Art. 671 Abs. 1 OR vor Ausrichtung der Tantieme, eine zweite gemäss Art. 671 Abs. 2 Ziff. 3 OR bei Zahlung der Tantieme, Kurer, BSK, N 10 zu Art. 677 OR.

63 Vgl. Bauen/Venturi, VR, N 130; Böckli, Aktienrecht, § 12 N 542 und § 13 N 238; Homburger, ZK, N 939 zu Art. 717 OR; Hungerbühler, VR-Präsident, 175; Kurer, BSK, N 10 zu Art. 677 OR.

64 Vgl. auch Kapitel III 1a.

65 Aepli, Entschädigung (2002), 271; vgl. auch Kunz, Minderheitenschutz, § 11 N 264; Spörri, Rückerstattungspflicht, § 22 N 31 ff.

66 Vgl. Dubs/Truffer, BSK, N 29 zu Art. 702 OR.

67 Böckli, Aktienrecht, § 13 N 260; Ruedin, Rémunération, 324; vgl. auch Aepli, Entschädigung (2002), 271.

68 Zu Art. 663b^{bis} OR, vgl. Kapitel III 2c bb.

69 Böckli, Aktienrecht, § 13 N 244 ff., allerdings mit der Vorauflage, was in casu aber inhaltlich keinen Unterschied ergibt.

70 Ruedin, Rémunération, 321.

71 Böckli, Aktienrecht, § 13 N 238 ff.

«Vergütung» die Rede ist, nur das VR-Honorar gemeint ist. Insofern handelt es sich um ein inkorrektes Zitat. Zu prüfen sind aber die weiteren Ansichten in der Lehre hinsichtlich der Auszahlungsform von Tantiemen. So erwähnt Walti ebenfalls die Ausschüttung von Tantiemen in natura.[72]

[Rz 27] Die hier vertretene Meinung schliesst sich dem oben Genannten an. Mit Blick auf die Bilanz spielt es keine Rolle, in welcher Form der auf der Passivseite erzielte Saldo ausgeschüttet wird. Verglichen werden kann diese Situation mit der Auszahlung von Sachdividenden,[73] die – allerdings unter zusätzlichen Voraussetzungen – erlaubt sein sollen.[74] Unter analoger Anwendung dieser Hürden, der Gleichbehandlung aller Aktionäre bei bargeldnahen Sachwerten (wie gerade Aktien und Optionen) mit sachlichem Grund dazu, oder aber bei qualifiziertem Mehr an der GV,[75] dürften dann Tantiemen in Form von Aktien oder Optionen ausgeschüttet werden. Die Veräusserung eigener Aktien zu Drittbedingungen[76] dürfte m.E. vor dem Gleichbehandlungsgebot standhalten, jedenfalls wenn es um kleinere Aktienpakete geht.[77] Bei der Veräusserung durch zuvor zu erfolgende Kapitalerhöhung ist in den Fällen der genehmigten und bedingten ohnehin das Erfordernis des qualifizierten Mehrheitsbeschlusses erfüllt (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Im Ergebnis sind Tantiemen in der Form von Aktien oder Optionen bei einem solchen Sachverhalt möglich.

[Rz 28] Erfolgt eine solche Auszahlung, so bestehen für Tantiemen Offenlegungspflichten nach BEHG. Es ist dabei auf die Ausführungen beim VR-Honorar (per analogiam) zu verweisen.[78]

dd) Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance (RLGG)

[Rz 29] Es ist nicht ersichtlich, dass Ziff. 5 des Anhangs zur RLCG sich auf VR-Honorare beschränkt. Unter «Entschädigungen» sind deshalb auch Tantiemen eingeschlossen.[79] Insofern ist auf die Ausführungen über die RLCG bei den VR-Honoraren zu verweisen.[80]

ee) Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (SCBP)

[Rz 30] Die Tantiemen werden von der GV festgesetzt und somit vom SCBP bei der Bildung vom Compensation Committee nicht primär angesprochen. Beachtenswert ist der SCBP höchstens dann, wenn der VR nach Einhalten der gesetzlichen Tantiemenvorschriften statutarisch ermächtigt ist, die genaue Aufteilung selber festzulegen und in der Folge einen Entschädigungsausschuss bildet. Dasselbe gilt dann, wenn die Aufteilung der GV obliegt, sie von dieser Zuständigkeit aber keinen Gebrauch macht.[81]

d) Mindeststandards der FINMA für Finanzinstitute

[Rz 31] Gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. b FINMAG ist die FINMA ermächtigt, durch Rundschreiben die Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung zu regulieren. Als Ergänzung zu den Bestimmungen zum OR und den börsenrechtlichen Offenlegungsvorschriften wurden am 21. Oktober 2009 Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten[82] festgesetzt. Dieses Rundschreiben ist am 1. Januar 2010 in Kraft getreten,[83] allerdings mit einer Übergangsfrist bis Anfang 2011.[84]

[Rz 32] Fraglich ist hierbei, wie der positive Regelungskonflikt des OR und des FINMA-RS im Bereich von Tantiemen zu lösen ist.[85] Das Rundschreiben selber versteht seine Regelung als Ergänzung und nicht als einen Ersatz der aktienrechtlichen Regeln.[86] In casu ist aber eine Integration der FINMA-Bestimmungen in das OR ausgeschlossen.[87] I.S.d. lex specialis-Grundsatzes[88] und der Regel, wonach eine neuere Bestimmung der älteren vorgehen soll,[89] wäre die Lösung darin zu finden, dass Finanzinstitute in Zukunft keine Tantiemen mehr ausschütten dürfen. Nun muss aber beachtet werden, dass nach allgemeiner Auffassung den Rundschreiben keine Rechtsnormqualität zukommt.[90] Sie stellen vielmehr Verwaltungsverordnungen[91] dar, mit dem Ziel, die

---

72 Walti, Mitarbeiterbeteiligung, 193 f.

73 Dazu Forstmoser, Sachausschüttungen, 702 ff.

74 Böckli, Aktienrecht, § 12 N 536; Forstmoser, Sachausschüttungen, 705 f.

75 Böckli, Aktienrecht, § 12 N 536.

76 Vgl. Böckli, Aktienrecht, § 4 N 309.

77 Vgl. Böckli, Aktienrecht, § 4 N 300.

78 Vgl. Kapitel III 2c cc.

79 Vgl. auch die hier vertretene Begriffsverwendung, vgl. Kapitel II 2.

80 Vgl. Kapitel III 2c dd.

81 Vgl. zu den Grundlagen dazu Kapitel III 1a.

82 Darunter fallen in casu Banken, Effektenhändler, Finanzgruppen und Finanzkonglomerate, Versicherungsunternehmen, Versicherungsgruppen und Versicherungskonglomerate sowie kollektive Kapitalanlagen, die der Bewilligungspflicht nach Art. 13 Abs. 2 und 4 KAG unterstehen, FINMA-RS 10/1, N 4. Da diese Regulierung unabhängig der Rechtsform Anwendung findet, sind auch die hier interessierenden Finanzinstituts-Aktiengesellschaften mit umfasst.

83 FINMA-RS 10/1, Deckblatt des Rundschreibens.

84 FINMA-RS 10/1, N 81.

85 Gemäss Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR ist für deren Festsetzung zwingend die GV zuständig, während nach FINMA-RS 10/1, N 16 (Grundsatz 1) der VR «verantwortlich» für die Ausgestaltung der Vergütungspolitik sein soll. Der Begriff der Verantwortlichkeit kann hierbei nur im Sinne einer Kompetenzzuweisung verstanden werden.

86 FINMA-RS 10/1, N 3.

87 Zur Auslegung von Grundsatz 1, vgl. Kapitel III 2e. Anders als dort kollidieren hier aber zwei Bestimmungen, wobei es nicht darum geht welche Freiheiten (z.B. Erlass von Statutenbestimmungen) weiter bei der AG verbleiben.

88 Dazu eingehend Kramer, Methodenlehre, 107 ff.

89 Vgl. wiederum Kramer, Methodenlehre, 112 ff.

90 BGE 128 I 167 E. 4.3 S. 171; 121 II 473 E. 2b S. 478; Botschaft FINMAG, 2861; Nobel, Finanzmarktrecht, § 7 N 102; Zobl/Kramer, Kapitalmarktrecht, N 137; Zulauf, Gläubigerschutz, 404.

91 Vgl. zum Begriff der Verwaltungsverordnung Häfelin Ulrich/Müller Georg/

Verwaltungspraxis zu vereinheitlichen.[92] Eine dem Gesetz widersprechende Verfügung kann beim Bundesverwaltungsgericht (Art. 54 Abs. 1 FINMAG i.V.m. Art. 33 lit. e VGG) angefochten werden.[93] Allerdings wäre zu überlegen, ob dieser Grundsatz nicht dahingehend relativiert werden könnte, dass der VR nur – aber immerhin – eine beratende Funktion wahr nimmt, ähnlich jener des Vergütungsausschusses.[94] Die FINMA könnte mit dieser Interpretation von Verfügungen gegen solche Praktiken absehen. Die Festsetzung von Tantiemen verbleibt im Ergebnis in beiden Fällen in der Hand der GV.

e) Zwischenfazit

[Rz 33] Insgesamt bleibt zu sagen, dass die Schranken im Zusammenhang mit einer Gewinnausrichtung an VR-Mitglieder sehr hoch angesetzt sind. Sie werden nämlich an letzter Stelle befriedigt. Ausserdem kann die Entschädigung u.U. nicht einmal als sicher gelten (vgl. im Konkursfall innert dreier Jahre nach Erhalt).[95] Die zur Ausrichtung kompetente GV ihrerseits kann das Geschehen kontrollieren.

[Rz 34] Das Problem des Interessenkonflikts stellt sich hier nicht, da die Shareholder die Ausrichtung bestimmen. Auch hinsichtlich der Höhe der Entschädigung sind in casu bereits von Gesetzes wegen enge Schranken gesetzt. Allerdings eignen sich Tantiemen nur bedingt für Bonuszahlungen: Zum einen können in konjunkturell schlechten Zeiten – mit hoher Leistung der Verwaltungsräte – z.T. gar keine Gewinnbeteiligungen ausgeschüttet werden und zum anderen besteht nicht zwingend ein Konnex zwischen der Leistung des VR und der Höhe der Tantieme.[96]

2. Verwaltungsratshonorar

a) Zuständigkeit

[Rz 35] Anders als bei der Tantieme schweigt das Gesetz bezüglich der Kompetenz zur Festsetzung von festen Vergütungen an den VR.[97] Es gilt grundsätzlich vier Situationen zu unterscheiden:

aa) Ohne statutarische Regelung

[Rz 36] Falls die GV in den Statuten keine besondere Bestimmung betreffend die Festlegung von VR-Honoraren vorgenommen hat, kann sich der VR sein Honorar nach h.L. selbst zuweisen (Art. 716 OR i.V.m. Art. 698 Abs. 2 OR).[98] Die GV hat in casu weder über die Höhe, noch über die Form der Entschädigung zu befinden.[99] Durch dieses Selbstkontrahieren – dem Abschluss eines Rechtsgeschäfts in eigener Person mit sich selber, vertretend die Gesellschaft – resultiert beim VR nun aber ein Interessenkonflikt:[100] Die Aspiration der Gesellschaft, zu deren Wahrung der VR nach Art. 717 OR verpflichtet ist, steht der persönlichen Absicht, eine möglichst hohe Entschädigung abzubekommen, entgegen.[101] Abzugrenzen ist dieser (Spezial-)Interessenkonflikt vom (Grund-) Interessenkonflikt, bei welchem durch Bonussysteme Anreize geschafft werden sollen, die es für beide Seiten – AG und VR – interessant machen, qualitativ und quantitativ gute Leistungen zu erbringen.[102]

[Rz 37] Die Vertretungsbefugnis[103] zum Abschluss eines solchen Rechtsgeschäfts besteht in materieller Hinsicht

---

Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/St. Gallen 2006, N 123 ff.; Tschannen Pierre/Zimmerli Ulrich/Müller Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 14 N 10 f. und § 41 N 11 ff.

92 Vgl. BGE 128 I 167 E. 4.3 S. 171; 121 II 473 E. 2b S. 478; 117 Ib 225 E. 4b S. 231; Zulauf, Gläubigerschutz, 404.

93 Botschaft FINMAG, 2861 und 2892 f.; vgl. auch Nobel, Finanzmarktrecht, § 7 N 102.

94 Vgl. Kapitel III 2b cc.

95 Aepli, Entschädigung (2002), 271.

96 Vgl. Gächter, Managementvergütungen, 25. So ist der Gewinn, den Roche (F. Hoffmann-La Roche AG, Basel) mit Tamiflu-Grippemedikamenten macht (dazu NZZ Online vom 15. Oktober 2009: Roche mit mehr Gewinn im dritten Quartal) v.a. auf äussere Umstände, nämlich auf den Ausbruch der sog. Schweinegrippe (H1N1) zurückzuführen und nicht auf die ausserordentliche Qualität und Quantität der Leistung der Roche-Verwaltungsräte.

97 Aepli, Entschädigung (2002), 273; Daeniker, Vergütung, 384; Leu, Vergütungen, 113; Werlen/Schnydrig, Festlegung, 107.

98 Botschaft Transparenz, 4476; Bahar, Compensation, 91; Biedermann/Daeniker, Pro & Contra, 143; Bürgi, Zuständigkeit, 170 f.; Bürgi, ZK Bd. V/5b/1, N 34 zu Art. 677 OR; von der Crone/Carbonara/Martínez, Corporate Governance, 409 f. implizit; Daeniker, Vergütung, 384; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 28 N 129; Gächter, Managementvergütungen, 110; Germanier, Stellung, 85 f.; Hofstetter, Fünf Jahre, 15 und 19; Homburger, ZK, N 947 zu Art. 717 OR; Hungerbühler, VR-Präsident, 177; Krneta, Praxiskommentar, N 1776; Kurer, BSK, N 22 zu Art. 677 OR; Leu, Vergütungen, 114; Maizar/Watter, Transparenz, 351; Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 16 N 475; Müller/Lipp/Plüss, VR, 114; Nobel, Compensation, 49; Walti, Mitarbeiterbeteiligung, 180; Watter/Maizar, BSK, N 5 zu Art. 663b^{bis} OR; Watter/Maizar, Structure, 66; Werlen/Schnydrig, Festlegung, 107.

99 Leu, Vergütungen, 114.

100 Botschaft Transparenz, 4475; Böckli, Hammer und Amboss, 28; Jutzi, VR-Ausschüsse, 99. Böckli, Aktienrecht, § 13 N 239a weist darauf hin, dass diese Problematik anfänglich nur Wenigen aufgefallen ist. Vgl. aber bereits Germanier, Stellung, 86 f., der die Problematik erkennt, Selbstkontrahieren in casu aber ausschliesst.

101 Daeniker, Vergütung, 385; Leu, Vergütungen, 115; vgl. Böckli, Aktienrecht, § 13 N 239a; Böckli/Huguenin/Dessemontet, Expertenbericht, 101 f. (mit der treffenden Metapher: «Sie stehen aber gleichzeitig auf der anderen Seite des Rechtsgeschäfts [...].»); Dürr, Rückerstattungsklage, § 3 N 10; Hungerbühler, VR-Präsident, 177; Stutz/von der Crone, Kontrolle, 103; Watter/Maizar, Structure, 39 und 42 f.

102 Giger, Corporate Governance, 390. Im Übrigen ist zweifelhaft, ob durch Boni überhaupt der Grundinteressenkonflikt gelöst werden kann, Giger, Corporate Governance, 397 m.w.H. Keinen Einfluss haben sie jedenfalls in Bezug auf die Lösung des Spezialinteressenkonflikts.

103 Betroffen ist bei einem solchen Geschäft zwischen Organ und AG das Innenverhältnis, Stutz/von der Crone, Kontrolle, 105; vgl. auch Dürr, Rückerstattungsklage, § 3 N 13.

nur ausnahmsweise[104] aufgrund der besonderen Natur der Transaktion, wenn dadurch das Risiko des Vertretenen ausgeschlossen ist, oder aber bei vorgängiger Ermächtigung resp. nachträglicher Genehmigung in formeller Hinsicht.[105] Ansonsten ist das Verpflichtungsgeschäft ex tunc nicht zustandegekommen.[106]

[Rz 38] Bei Entschädigungsfragen ist eine Benachteiligung der vertretenen AG naturgemäss nur ausgeschlossen, falls das Honorar zu marktüblichen Konditionen resp. zum blossen Vorteil dieser abgeschlossen wurde,[107] oder aber einer verlässlichen externen Bewertung (sog. «Fairness Opinion)» mit besonderer Rücksicht auf die Interessen der Gesellschaft unterzogen wird.[108] In diesem Zusammenhang kann die Beweislastverteilung von entscheidender Bedeutung sein: Wer ist beweispflichtig dafür, dass ein Kontrakt im Falle einer Interessenkollision zum Marktwert abgeschlossen wurde? Nach Art. 8 ZGB hat derjenige ein Faktum zu beweisen, der aus ihm Rechte ableitet. Das BGer[109] stellt nun aber die natürliche Vermutung[110] auf, das Selbstkontrahieren werde durch die Vertretungsmacht der Organe nicht abgedeckt.[111] Diese führt zwar nicht zu einer Umkehr der Beweislast, «wirkt sich aber im Rahmen der Beweiswürdigung aus», was bedeutet, dass sie durch einen Gegenbeweis (nicht aber des Beweises des Gegenteils) umgestossen werden kann.[112] Namentlich bei einem allfälligen Gegenbeweisversuch der Vergütung zum Marktwert könnte die Beweishürde für den VR hoch angesetzt sein.

[Rz 39] Ansonsten – bei nicht marktüblichen Vergütungen[113] – muss sich der VR für dieses Geschäft eine Ermächtigung der GV holen[114] resp. es von einem neben- oder übergeordneten Organ genehmigen lassen.[115] Allgemein anerkannt ist nur, dass der die Entschädigung betreffende VR bei der Behandlung seiner eigenen Vergütung aufgrund seiner Treuepflicht aus Art. 717 OR oder analog dem Vereinsrecht (Art. 68 ZGB) in den Ausstand treten muss.[116] Fraglich ist, wie die Genehmigung eines nebengeordneten Organs zu erfolgen hat. Die Übernahmekommission (UEK) verfolgt diesbezüglich den Ansatz, die Zustimmung von mindestens zwei weiteren, die konkrete Entschädigung nicht betreffenden Verwaltungsräten, einzuholen.[117] Das BGer demgegenüber bestätigt den Standpunkt von Zobl.[118] Dieser geht davon aus, dass – vorausgesetzt es sind noch andere VR-Mitglieder vorhanden – diese die Festsetzung des Rechtsgeschäfts als nebengeordnetes Organ genehmigen können.[119] In dieser bundesgerichtlichen Entscheidung wird weiter ausgeführt, es sei jedes Mitglied der Verwaltung als nebengeordnetes Organ genehmigungskompetent.[120] Begründet wird diese Praxis damit, dass nach Art. 718 OR die Vertretung der AG jedem einzelnen VR zusteht, was im Kontrast zu Art. 717 Abs. 3 aOR steht.[121] Folglich muss der Einpersonen-VR die Genehmigung der GV einholen.[122]

[Rz 40] Unter vertretungsrechtlichen Gesichtspunkten ist der

---

[104] Kritisch zur grundsätzlichen Unzulässigkeit Huguenin, Insichgeschäfte, 526.

[105] BGE 131 III 636, nicht publizierte E. 1.1 in BGer 4C.25/2005 vom 15. August 2005; 127 III 332 E. 2a S. 333; BGer 4C.35/2005 vom 11. August 2005, E. 3.2, ständige Rechtsprechung; vgl. Böckli, Aktienrecht, § 13 N 602; Böckli/Huguenin/Dessemontet, Expertenbericht, 102; Daeniker, Zwei Hüte, 124; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 30 N 122; Koller, OR AT, § 21 N 30; Kut/Schnyder, CHK, N 27 zu Art. 33 OR; Watter/Schneller, BSK, N 19 zu Art. 33 OR.

[106] Vgl. Dürr, Rückerstattungsklage, § 3 N 17 m.w.H.

[107] Aepli, NZZ Online, 6. Abschnitt; vgl. BGE 119 II 344 E. 2b S. 345 f.; Koller, OR AT, § 21 N 30; Kut/Schnyder, CHK, N 27 zu Art. 33 OR; Watter/Schneller, BSK, N 19 zu Art. 33 OR. Ausführlich Schott, Insichgeschäft, 123 ff.

[108] Böckli, Aktienrecht, § 13 N 605 m.w.H.; Lazopoulos, Massnahmen, 140 f. Die Zusammenstellung einer verlässlichen Beurteilung der VR-Vergütung durch den externen Gutachter ist für diesen aber wohl nicht ohne praktische Schwierigkeiten durchführbar.

[109] BGE 127 III 332 E. 2a S. 333 f.; 126 III 361 E. 3 S. 363 f.

[110] Dazu allgemein Berger/Güngerich, Zivilprozessrecht, § 14 N 759.

[111] Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, 639; von der Crone, Interessenkonflikte, 5 ff.; vgl. Böckli, Aktienrecht, § 13 N 603; Giger, Corporate Governance, 356.

[112] Berger/Güngerich, Zivilprozessrecht, § 14 N 760.

[113] Aepli, Entschädigung (2002), 273 dazu: «Von einem solchen Marktpreis dürfte im Rahmen der Festsetzung der Entschädigung des Verwaltungsrates in manchen Fällen kaum die Rede sein». Ruedin, Rémunération, 329 geht sogar davon aus, dass es bei Verwaltungsräten keinen Marktpreis gebe; ähnlich von der Crone Hans Caspar, Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft, ZSR NF 119/2000, 2. Halbband, 235-275, 254; a.M. Böckli, Aktienrecht, § 13 N 239b.

[114] So ausdrücklich Bürgi, Zuständigkeit, 171 und Bürgi, ZK Bd. V/5b/1, N 34 zu Art. 677 OR. Roth Pellanda, Organisation, 179 erachtet diese Lösung aus zeitlichen Gründen nur sporadisch als praktikabel.

[115] BGE 127 III 332 E. 2b S. 334 f.; 126 III 361 E. 3a S. 363; Schott, Insichgeschäft, 197 ff.; vgl. Daeniker, Vergütung, 385.

[116] Bahar, Compensation, 94; Böckli, Aktienrecht, § 13 N 643; Daeniker, Vergütung, 385; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 13 N 32 ff.; Kunz, Minderheitenschutz, § 8 N 26 und § 12 N 123; Krneta, Praxiskommentar, N 1896 ff.; Watter/Maizar, Structure, 68 f., m.w.H.; ähnlich von Büren, Aktienrecht, N 678, der eine gesetzliche Ausstandspflicht verneint, gestützt auf Art. 717 OR aber eine Stimmenthaltung postuliert. Nach Roth Pellanda, Organisation, 175 ist der Ausstand in diesem Fall aber nicht immer eine geeignete Massnahme. Ablehnend zu einer allgemeinen Ausstandspflicht des VR von der Crone, Interessenkonflikte, 5; Lazopoulos, Massnahmen, 144; vgl. auch Giger, Corporate Governance, 359 f.

[117] Entscheid der UEK 0200/01 – Empfehlung Scintilla AG vom 30. Juni 2004, E. 6.2.2.3.

[118] BGE 127 III 332 E. 2b S. 334 f.

[119] Zobl, Probleme, 309 f.; ebenso Böckli, Aktienrecht, § 13 N 647; Daeniker, Zwei Hüte, 124. Aus Zobls Erwägungen ist leider nicht ersichtlich, ob der VR als Gremium oder jedes andere VR-Mitglied für sich dazu befugt ist.

[120] Vgl. Daeniker, Vergütung, 385; Daeniker, Zwei Hüte, 124; Giger, Corporate Governance, 356; Lazopoulos, Massnahmen, 142; Plüss/Kunz/Künzli, CHK, N 7 zu Art. 718b OR; ebenso Homburger, ZK, N 911 zu Art. 717 OR.

[121] BGE 127 III 332 E. 2b aa S. 334 f.; vgl. Aepli, Entschädigung (2002), 274; Daeniker, Zwei Hüte, 125.

[122] BGE 127 III 332 E. 2b aa S. 335; vgl. Aepli, Entschädigung (2002), 274; Schott, Insichgeschäft, 206 f.; ablehnend Peter/Cavadini-Birchler, CR, N 10 zu Art. 718b OR.

Bundesgerichtsentscheid in der Lehre umstritten. Laut diesem muss nämlich die über- oder nebengeordnete Organperson nicht geschäftsführungsbefugt sein, da in dieser Genehmigung des Insichgeschäfts «ein Akt der Vertretung und nicht eine Geschäftsführungshandlung» gesehen wird.[123] Es kommt aber auf das Innenverhältnis an, da nach Art. 718a Abs. 2 OR der Dritte – falls bei einem VR-Kollegen überhaupt eine solche Bezeichnung möglich ist – niemals gutgläubig sein kann, da dieser als VR-Mitglied die AG-internen Gegebenheiten kennt oder zumindest kennen müsste.[124] Nach dieser Meinung «ist aufgrund der internen Kompetenzordnung [Organisationsreglement] zu entscheiden, ob dem einzelnen Verwaltungsratsmitglied die Kompetenz zum Genehmigungsentscheid zukommt».[125]

[Rz 41] M.E. mehr als fraglich ist, ob der «sich gleichsam gegenseitig übers Kreuz»[126] Entschädigungen zusprechende VR dem Interessenkonflikt auch entrinnen kann.[127] Es ist zu bedenken, dass die eigene Entscheidung über das Honorar des Anderen gewissermassen als Bumerang wieder zurückschlagen kann, nämlich dadurch, dass sie diejenige des Anderen bezüglich der Festsetzung des eigenen Honorars entscheidend beeinflusst.[128] Ob somit ein unbefangenes Votum möglich ist, scheint als unwahrscheinlich.[129] Da die Ermächtigung resp. die Genehmigung aber nur eine formelle Heilung betrifft, also der Umstand, dass materiell die Interessenkollision immer noch präsent ist keine Rolle spielt,[130] können mit dieser Entgegnung wohl keine allzu grossen Stricke zerrissen werden. Zu überlegen wäre aber, ob in casu die Schranken für eine formelle Heilung nicht zu tief angesetzt wurden, resp. ob nicht auch hier materielle Gesichtspunkte mit einbezogen werden sollten.[131]

[Rz 42] Nur auf den ersten Blick weniger problematisch erscheint die zweite Lösung, das Geschäft von der GV absegnen zu lassen. Laut BGer ist diese als übergeordnetes Organ zur Genehmigung zuständig.[132] Nach der h.L.,[133] die die Paritätstheorie anwendet, ist trotz der Bezeichnung des Gesetzes als «oberstes Organ» (Art. 698 Abs. 1 OR) die GV dem VR funktionell gleichgeordnet.[134] Begrifflich kann also lediglich von einem gleichgeordneten Organ gesprochen werden. Hier stellen sich aber Probleme im Hinblick auf das Paritätsprinzip. Dieses fordert, «dass jedes Organ in seinem Aufgabenbereich grundsätzlich allein zuständig ist».[135] Daraus ergibt sich, dass die GV nicht in Kernkompetenzen des VR, wie gerade der Zustimmung zur Festsetzung der Entschädigung, eingreifen darf.[136] Allerdings wird davon eine Ausnahme gemacht, wenn nur vorübergehend in die VR-Aufgaben eingegriffen wird und ansonsten die klare Aufgabenteilung erhalten bleibt.[137] Da diese Voraussetzungen bei der Genehmigung bei Nichtvorliegen anderer zustimmungsberechtigter VR-Mitglieder erfüllt sind, erhält die GV eine subsidiäre Zustimmungskompetenz.[138]

[Rz 43] In diesem Fall ist zu unterscheiden: Wird der Entscheid über die Art und/oder die Höhe der Vergütung als Geschäft unter Art. 716a OR qualifiziert,[139] kann lediglich mittels Konsultativabstimmung entschieden werden.[140] Der Interessenkonflikt wird dabei nur überwunden, wenn das Genehmigungsorgan über denselben Wissensstand wie das Vertretungsorgan verfügt.[141] In der Folge dieses Beschlusses verlieren die Gesellschaft sowie die zustimmenden Aktionäre das Prozessführungsrecht in dieser Angelegenheit.[142]

---

[123] BGE 127 III 332 E. 2b bb S. 335. Der zu genehmigende Entscheid selber stellt aber, in Anwendung der Kompetenzvermutung von Art. 716 Abs. 1 OR, eine Geschäftsführungshandlung dar.

[124] Dürr, Rückerstattungsklage, § 3 N 13; Schott, Insichgeschäft, 199 f.; Stutz/von der Crone, Kontrolle, 107.

[125] Stutz/von der Crone, Kontrolle, 107; ebenso Lazopoulos, Massnahmen, 142 f.; Schott, Insichgeschäft, 200; a.M. Daeniker, Zwei Hüte, 124.

[126] Dazu Aepli, Entschädigung (2002), 274.

[127] Ähnlich Aepli, Entschädigung (2002), 274; Bahar, Compensation, 94; generell zu Insichgeschäften auch Huguenin, Insichgeschäfte, 526; vgl. auch Homburger, ZK, N 911 zu Art. 717 OR, der auf eine mögliche Gefahr einer Gefälligkeitshandlung hinweist.

[128] Ähnlich Ruedin, Rémunération, 329. Das vielerorts erwähnte Prinzip der Kreuzverflechtung (vgl. nur Bühler, Regulierung, N 1300) bei VR-Mitgliedern, die gleichzeitig eine solche Tätigkeit in einer anderen Gesellschaft ausüben, kann bereits in einer isoliert betrachteten AG selbst stattfinden, vgl. Handschin Lukas, Treuepflicht des Verwaltungsrates bei der gesellschaftsinternen Entscheidfindung, in: von der Crone Hans Caspar et al. (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht. Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2003, 169-182, 181.

[129] Würde hier mit Daeniker, Zwei Hüte, 125, der die Genehmigung durch ein nebengeordnetes Organ stets dann als zulässig erachtet, «wenn mindestens ein Mitglied des Verwaltungsrats nicht in einem Interessenkonflikt steht», argumentiert, so wäre die Genehmigung durch ein VR-Mitglied wohl ausgeschlossen, da der Interessenkonflikt aus den genannten Gründen permanent bei allen VR-Mitgliedern vorhanden ist.

[130] Dazu Daeniker, Zwei Hüte, 124.

[131] Ebenso Huguenin, Insichgeschäfte, 526.

[132] BGE 127 III 332 E. 2b aa S. 335.

[133] Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 20 N 12; Homburger, ZK, N 513 f. zu Art. 716a OR; Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 16 N 352 f.; kritisch zum Begriff der Paritätstheorie Böckli, Aktienrecht, § 12 N 3.

[134] Zobl, Probleme, 310; vgl. Bühler, Regulierung, N 611; Schott, Insichgeschäft, 206.

[135] Schott, Insichgeschäft, 206.

[136] Daeniker, Zwei Hüte, 126; Schott, Insichgeschäft, 206.

[137] Bürgi, ZK Bd. V/5b/2, N 44 zu Vor Art. 698-738 OR m.w.H.; Schott, Insichgeschäft, 206 f.

[138] Roth Pellanda, Organisation, 178 f.; Schott, Insichgeschäft, 207.

[139] Die hier vertretene Meinung geht nicht von einer unübertragbaren Aufgabe aus, vgl. Kapitel III 2a bb und cc.

[140] Bahar, Compensation, 127 f. und 130; Bertschinger, Fragen, 905; von Büren, Aktienrecht, N 483; Dubs/Truffer, BSK, N 31 zu Art. 698 OR; vgl. auch Böckli, Aktienrecht, § 12 N 42; Watter/Maizar, Structure, 80; kritisch dazu Biedermann/Daeniker, Pro & Contra, 151.

[141] Roth Pellanda, Organisation, 178 f.; vgl. auch Böckli, Aktienrecht, § 13 N 648; Daeniker, Zwei Hüte, 126; Sibbern, Einfluss, 253; Stutz/von der Crone, Kontrolle, 110.

[142] Sibbern, Einfluss, 253. Allgemein zum Konsultativbeschluss etwa von Büren, Aktienrecht, N 482 f.; Horber, Konsultativabstimmung, 101 ff.; Sibbern,

Nur durch dieses Verfahren kann die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts erreicht werden.[143] Wird hingegen kein Geschäft i.S.v. Art. 716a OR angenommen, so kann die Zustimmung als «gewöhnlicher» Beschluss (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6 OR) mit Bindungswirkung erfolgen,[144] wobei die (wohl mehr theoretische) Möglichkeit einer Konsultativabstimmung auch hier erhalten bleibt.[145]

[Rz 44] Das BGer ist in Bezug auf die Genehmigung durch die GV weniger streng und hält diese mit Berufung auf den Minderheitenschutz für das geeignete Genehmigungsorgan.[146]

[Rz 45] Nach h.L. können auch die Statuten selber Insichgeschäfte genehmigen oder aber festlegen, wer ein solches genehmigen kann.[147] Nicht möglich ist demgegenüber eine Heilung des Vertretungsmangels mittels Genehmigung durch das Organisationsreglement, da dem VR selber die Kompetenz zum Erlass eines solchen zusteht.[148] Es wäre daher Nonsens, auf der einen Seite eine Genehmigung durch den VR zu untersagen, während über den Umweg eines von ihm erlassenen Reglements dies durchführbar wäre.

bb) Mit statutarischer Regelung

[Rz 46] Eine statutarische Kompetenzzuweisung der Honorarfestsetzung an die GV ist nur möglich, wenn es sich «um *keine* einem Gesellschaftsorgan *unübertragbar* zugewiesene Kompetenz handelt».[149] Dabei ist nach der Paritätstheorie zu prüfen, ob nicht eine unentziehbare Zuständigkeit des VR (Art. 716a Abs. 1 OR) betroffen ist.[150] Die Entscheidung über die Vergütung ist in Art. 716a Abs. 1 OR nicht explizit normiert.[151] Gächter seinerseits beruft sich auf das BGer,[152] das implizit bereits unter altem Aktienrecht in der genannten Materie keine ausschliessliche Kompetenz sah.[153] Aufgrund vergleichbarer Rechtslage ist dieser Entscheid auf das neue Aktienrecht übertragbar.[154] Ergo ist eine statutarische Zuweisung an die GV möglich.[155]

[Rz 47] Einen anderen Blickwinkel betrifft die Frage, ob es denn auch sinnvoll wäre, diese Regelung vorzunehmen.[156] Böckli erachtet diese Delegation, v.a. gerade in Publikumsgesellschaften hinsichtlich des Verfahrens, als impraktikabel.[157] Beachtenswert ist auch sein zweites Argument, wonach die GV «zu einem konkreten *Sachentscheid im Bereich der Geschäftsführung* [...] eigentlich gar nicht befähigt» sei.[158] Als problematisch könnte sich erweisen, dass sich die Aktionäre in concreto häufiger von moralischen Aspekten leiten lassen würden als von wirtschaftlich sinnvollen Überlegungen. Aber auch der Vorzug dieser Lösung ist erwähnenswert, wird doch damit das Problem des Interessenkonflikts eliminiert.[159] Die Überlegungen in diesem Absatz lassen sich im Übrigen auch auf die Ermächtigung resp. Genehmigung durch die GV übertragen.[160]

cc) Compensation Committee

[Rz 48] Äusserst umstritten präsentiert sich die Situation beim Compensation Committee:[161] Nach Böckli[162] soll die Wahl ob und wie ein Bonussystem angewendet wird von derartiger Bedeutung sein, dass sie unter die unübertragbare Oberleitung i.S.v. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR fällt.[163] Kaum überseh-

Einfluss, 240 ff.

143 Dubs/Truffer, BSK, N 31 zu Art. 698 OR mit Verweis auf N 8d zu Art. 698 OR.

144 Vgl. von Büren, Aktienrecht, N 483 e contrario.

145 Horber, Konsultativabstimmung, 102.

146 BGE 126 III 361 E. 5a S. 365 ff.; ebenso Daeniker, Zwei Hüte, 126. Im Ergebnis auch Ruedin, Rémunération, 330.

147 Lemp Paul, Vertragsabschluss durch Organe in Doppelstellung, in: Jäggi Peter/Deschenaux Henri/Schnyder Bernhard (Hrsg.), Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Freiburg i. Ue. 1968, 309-328, 323; Schott, Insichgeschäft, 212 f.; Zobl, Probleme, 303; vgl. auch Hofstetter, Fünf Jahre, 20.

148 Vgl. Schott, Insichgeschäft, 213.

149 Gächter, Managementvergütungen, 105; vgl. auch Leu, Vergütungen, 113.

150 Gächter, Managementvergütungen, 105.

151 Vgl. auch Watter/Maizar, Structure, 66.

152 BGE 86 II 159; 84 II 550; 82 II 148.

153 Gächter, Managementvergütungen, 105 f. eingehend.

154 Gächter, Managementvergütungen, 106.

155 Gächter, Managementvergütungen, 106; gl. M. Böckli, Aktienrecht, § 13 N 239b (mit einer anderen, gesetzessystematischen Begründung) und N 426; Watter/Maizar, Structure, 67 mit dem Hinweis darauf, dass eine solch essentielle Frage in Art. 716a Abs. 1 OR vom Gesetzgeber hätte aufgelistet werden müssen; ebenso, aber ohne Begründung Bertschinger, Zuständigkeit, 324; Bürgi, ZK Bd. V/5b/1, N 34 zu Art. 677 OR; Bürgi, Zuständigkeit, 170; von der Crone/Carbonara/Martínez, Corporate Governance, 409; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 28 N 128; Germanier, Stellung, 85; Homburger, ZK, N 947 zu Art. 717 OR; Jutzi, VR-Ausschüsse, 99; Krneta, Praxiskommentar, N 1771; Kunz, Status Quo, 156; Kurer, BSK, N 22 zu Art. 677 OR implizit; Leu, Vergütungen, 113; Schott, Insichgeschäft, 213; Werlen/Schnydrig, Festlegung, 107; a.M. Spörri, Rückerstattungspflicht, § 7 N 200 (Qualifikation unter Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR); wohl auch a.M. Hofstetter, Fünf Jahre, 15; vgl. auch Blanc/Zihler, Vergütungsregeln, 75.

156 Ebenso Bertschinger, Zuständigkeit, 324.

157 Böckli, Aktienrecht, § 13 N 647a; ebenso Biedermann/Daeniker, Pro & Contra, 149; Bühler, Regulierung, N 672; Homburger, ZK, N 902 zu Art. 717 OR; Jutzi, VR-Ausschüsse, 99; Kunz, Status Quo, 157 (mit dem Hinweis auf drohende Anfechtungsklagen); Krneta, Praxiskommentar, N 1771 und N 1899; Müller/Lipp/Plüss, VR, 114; ähnlich Watter/Maizar, Structure, 79; vgl. auch Nobel, Compensation, 117.

158 Böckli, Aktienrecht, § 13 N 648; ebenso Barthold/Widmer, Regulierung, 1395; Biedermann/Daeniker, Pro & Contra, 149; Bühler, Regulierung, N 672; Daeniker, Vergütung, 386; Jutzi, VR-Ausschüsse, 99; Krneta, Praxiskommentar, N 1771 und N 1899; Müller/Lipp/Plüss, VR, 114; Roth Pellanda, Organisation, 297; Watter/Maizar, Structure, 79 m.w.H.; vgl. auch Bahar, Compensation, 93; Bürgi, ZK Bd. V/5b/2, N 49 zu Vor Art. 698-731 OR; Leu, Vergütungen, 135; Nobel, Compensation, 118; Nobel, Notwendigkeit, 459. Allgemein zur Problematik der Delegation von Geschäftsführungsaufgaben an die Aktionäre Vogt/Schiwow/Wiedmer, Aktienrechtsrevision, 1385 f.

159 Vgl. Watter/Maizar, Structure, 79.

160 Vgl. dazu etwa Daeniker, Vergütung, 386.

161 Auch genannt Remuneration Committee oder zu Deutsch Vergütungs- oder Entschädigungsausschuss, dazu Jutzi, VR-Ausschüsse, 90 ff.

162 Böckli, Aktienrecht, § 13 N 426a.

163 Gl. M. von der Crone Hans Caspar, Arbeitsteilung im Verwaltungsrat, in: Bär

bar ist dabei aber der Widerspruch, den der genannte Autor durchblicken lässt, indem er in anderem Zusammenhang[164] eine statutarische Zuweisung an die GV als möglich erachtet und dabei systemimmanent implizit eine unübertragbare Kompetenz ausschliesst. Es kann allenfalls noch geprüft werden, ob Böcklis Regel, beim Compensation Committee gewissermassen als formula specialis die Kompetenz über das Vergütungssystem zwingend beim VR zu belassen, während der Entscheid über die konkrete Höhe der Entschädigung der GV zugeordnet wird, gefolgt werden kann. Dies ist m.E. zu verneinen. Zum einen wäre dies nur schwerlich vereinbar mit dem System des Aktienrechts, wonach die GV via die Statuten die Rahmenpunkte festlegt und der VR über das konkrete Geschäft befinden soll (Art. 716 Abs. 2 OR). Andererseits blieben praktische Schwierigkeiten bestehen, da der VR wohl nach dem Entscheid der GV über die Höhe das Bonussystem laufend anpassen müsste, damit im Ergebnis die bestimmte Höhe erreicht werden kann.[165] Somit macht es auch bezüglich des Verfahrens Sinn, gerade umgekehrt zu Böcklis Grundsatz, die GV das mehr oder weniger konkrete System festlegen zu lassen,[166] während der VR die Ausgestaltung im Detail und die konkrete Durchführung übernehmen soll.[167]

[Rz 49] Jutzi will bei der Delegierbarkeit an das Compensation Committee unterscheiden, ob generell «eine Entschädigungsfrage in den Bereich der unübertragbaren Aufgaben fällt, ob sie eine Geschäftsführungsaufgabe betrifft oder ob sie dem VR aufgrund der Kompetenzvermutung gemäss Art. 716 Abs. 1 OR zusteht».[168] Die hier vertretene Meinung folgt der Qualifikation als Auffangkompetenz.[169] Es sind deshalb diese Kriterien bei der Entschädigungsfrage heranzuziehen. Demnach kann der VR – sofern keine Kompetenzattraktion der GV vorliegt – ohne Weiteres einen Ausschuss als kompetent für die Festsetzung der VR-Honorare ernennen.[170] Personell dürfen neben VR-Mitgliedern auch Dritte dem Committee angehören.[171] Dies erfolgt aus Art. 716b Abs. 1 OR, da in casu wie angetönt Art. 716a OR nicht zum Zuge kommt. A maiore ad minus kann diese Aussage auch auf keiner Entscheidung kompetenter Ausschüsse angewendet werden.[172]

[Rz 50] Fraglich ist aber, ob durch dieses Ausschusssystem der Interessenkonflikt behoben werden kann. Dabei gilt: je unabhängiger das Festsetzungskomitee, umso geringer der Interessenkonflikt.[173] Wird das Compensation Committee also ausnahmslos mit unabhängigen Mitgliedern besetzt, wird der Konflikt zwar auf ein Minimum beschränkt, jedoch auch hier nicht ganz aus der Welt geschafft. Es darf nicht vergessen werden, dass dessen Mitwirkende ebenfalls Zugehörigkeit zum (nicht exekutiven) VR aufweisen.[174] M.a.W. findet möglicherweise wieder das hier beschriebene «Bumerang-Prinzip»[175] Anwendung. Dies hat zur Folge, dass der Entscheid des Entschädigungsausschusses wiederum von einem neben- oder übergeordneten Organ genehmigt werden muss.[176] Diese Problematik stellt sich sachgemäss nur, wenn dem Committee Entscheidbefugnis zusteht, nicht aber wenn eine rein beratende Funktion wahrgenommen wird.[177]

dd) Bei Mitarbeiteraktien und -optionen

[Rz 51] In Bezug auf Bonuszahlungen ist im Besonderen auf die Zuständigkeitsordnung bei Mitarbeiteraktien und -optionen hinzuweisen.[178] Eine Gesellschaft, die Aktien oder Op-

---

Charlotte M. (Hrsg.), Verwaltungsrat und Geschäftsleitung. Ihre Tätigkeit und ihr Verhältnis zueinander, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 76, Bern 2006, 79-99, 83 Fn 17; Krneta, Praxiskommentar, N 1662; Spörri, Rückerstattungspflicht, § 7 N 200; Watter/Roth Pellanda, BSK, N 47 zu Art. 716a OR; a.M. Biedermann/Daeniker, Pro & Contra, 143; von der Crone/Carbonara/Martínez, Corporate Governance, 409; Watter Rolf, Verwaltungsratsausschüsse und Delegierbarkeit von Aufgaben, in: von der Crone Hans Caspar et al. (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht. Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2003, 183-198, 196; Watter/Maizar, Structure, 81.

164 Böckli, Aktienrecht, § 13 N 239b.

165 Interessant hierzu der Ansatz von Leu, Vergütungen, 134, wonach Aktionäre «dann nicht über die Höhe der effektiv realisierbaren Entschädigungen, sondern über den abstrakten (Options-)Wert der Entschädigungsvereinbarung zu Beginn der Beurteilungsperiode» beschliessen sollen.

166 Die GV kann sich dabei auch darauf beschränken, einige Grundsätze zum System zu nennen.

167 Vgl. auch Watter/Maizar, Structure, 81.

168 Jutzi, VR-Ausschüsse, 92.

169 Vgl. Kapitel III 2a aa und bb.

170 Jutzi, VR-Ausschüsse, 94; vgl. ebenso Leu, Vergütungen, 130. Nach Amstutz, Macht, 214 und Roth Pellanda, Organisation, 294 muss die Entscheidkompetenz beim Gesamt-VR bleiben.

171 A.M. Böckli, Aktienrecht, § 13 N 408a, der wie gezeigt aber bereits von einem anderen Ansatz ausgeht.

172 Hier im Ergebnis ebenso Böckli, Aktienrecht, § 13 N 408a.

173 Vgl. Jutzi, VR-Ausschüsse, 103.

174 Erläuterungen zum Anhang 1 des SCBP, Ziff. 1; Jutzi, VR-Ausschüsse, 103; ähnlich Aepli, Entschädigung (2002), 274; kritisch Roth Pellanda, Organisation, 299; vgl. auch Biedermann/Daeniker, Pro & Contra, 143; Gächter, Managementvergütungen, 130; Watter/Maizar, Structure, 70 f. Grundsätzlich kritisch hierzu von Büren, SPR, 347.

175 Vgl. Kapitel III 2a aa.

176 In diesem Sinne auch Ziff. 25 SCBP. Nach diesem besteht die Kompetenz des Committees im Übrigen nur für die Grundsätze der Entschädigung, wozu aber z.B. eine Bonusregelung gehören könnte. Gemäss den Erläuterungen zum Anhang 1 Ziff. 1 SCBP kann der VR im Organisationsreglement bestimmen, ob der Ausschuss endgültig entscheidet, – hier stellt sich aber m.E. das Problem des Interessenkonflikts, welcher in jedem Fall zur zweiten Möglichkeit verweist – ein Genehmigungsvorbehalt getroffen wurde oder aber der Ausschuss nur einen Vorschlag zum Entscheid des Gesamtgremiums ausarbeitet; ähnlich Giger, Corporate Governance, 321 f., der zwischen Ausschüssen mit und ohne Entschädigungskompetenz unterscheidet.

177 Dieselbe Frage stellt sich im zweiten Fall einfach später, nämlich beim Entscheid des Gesamt-VR darüber.

178 Helbling, Mitarbeiteraktien, 290; Hofstetter, Fünf Jahre, 28 und Nobel, Compensation, 126 grenzen diese begrifflich von den Boni ab. Nach dem hier vertretenen Bonusbegriff können diese aber mit umfasst werden. Ebenso BGE 130 III 495 E. 4.2.2 S. 501; Dürr, Rückerstattungsklage, § 13 N 17.

tionen als Bonus an ihre Verwaltungsräte auszahlen will, muss diese zuerst bereit stellen.[179] Ihr stehen dabei diverse Möglichkeiten zur Verfügung,[180] wobei deren Zuständigkeiten jeweils individuell geprüft werden müssen.

[Rz 52] Einerseits ist eine Mitarbeiterbeteiligung durch bedingte Kapitalerhöhung denkbar.[181] Hier muss eine Statutenänderung gemäss Art. 653b OR erfolgen.[182] Dabei handelt es sich gemäss Art. 704 OR um eine GV-Kompetenz, wobei diese mit dem qualifizierten Mehr beschlossen werden muss.[183] Die VR-Kompetenz beschränkt sich dabei auf das Stellen des Antrags zur bedingten Kapitalerhöhung.[184] Die Verwaltungsräte schliesslich entscheiden, ob sie überhaupt und wenn ja, in welchem Umfang, das Kapital erhöhen wollen.[185] Dies hat jedoch nichts mit ihrer Kompetenz als Vertreter der Gesellschaft zu tun, sondern allein mit ihrer Stellung als bezugsberechtigte Gläubiger.[186] Somit wird bei dieser Erhöhung nicht nur der Interessenkonflikt des VR gelöst, sondern werden durch das Erfordernis des qualifizierten Mehrs auch noch die Minderheitsaktionäre geschützt.[187]

[Rz 53] Insbesondere dann, wenn nur wenige Mitarbeiter beteiligt werden sollen, drängt sich eine ordentliche (Art. 650 OR) oder eine genehmigte Kapitalerhöhung (Art. 651 OR) auf.[188] In beiden Fällen beschliesst auch hier die GV über das «Ob» (Art. 650 Abs. 1 OR und Art. 651 Abs. 1 OR) der Erhöhung. Bei der genehmigten Kapitalerhöhung geniesst der VR allerdings gewisse Freiheiten. Er kann über den genauen Zeitpunkt innerhalb der Periode von zwei Jahren (Art. 651 Abs. 1 OR) und das Ausmass, welches aber im Bereich des von der GV in die Statuten aufgenommenen Höchstmasses liegen muss, selbstständig beschliessen.[189]Als weitere Möglichkeit kann die Gesellschaft selber am Markt (Börse) oder von verkaufswilligen Aktionären eigene Aktien erwerben.[190] Für solche Geschäfte ist – soweit das Organisationsreglement nichts anderes vorsieht – der VR zuständig (Art. 716 Abs. 2 OR).[191] Beschränkt wird seine Kompetenz allerdings durch die Schranke von zehn Prozent beim Erwerb eigener Aktien (Art. 659 Abs. 1 OR).

[Rz 54] Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass bei allen Arten der Kapitalerhöhung die GV mindestens zum Grundlagenbeschluss[192] kompetent ist, während beim Erwerb eigener Aktien der VR agieren kann.[193]

b) Verfahren

aa) Ohne statutarische Regelung

[Rz 55] Durch die Wahlannahme des VR-Mitglieds kommt konkludent ein Kontrakt zustande.[194] Bonuszahlungen werden i.d.R.[195] wohl aber nicht bereits aus Übung geschuldet sein. Dies bedeutet, dass diese in einem schriftlichen Vertrag, vorzugsweise möglichst genau,[196] d.h. beinhaltend die Bemessungsparameter sowie das Ermessen bei der Festsetzung, abgeschlossen werden. Seit dem Inkrafttreten des Art. 718b OR müssen zudem als zwingendes Formerfordernis[197] Insichgeschäfte schriftlich ausgefertigt werden, sofern sie CHF 1000 übersteigen.[198] Dies wird bei VR-Honoraren mit Bonusregelung in der Praxis wohl nahezu immer erfüllt sein.[199] Die vorliegende Annahme wird dadurch unterstützt, dass innerlich zusammenhängende Verträge, z.B. wiederkehrende Vergütungen, zusammenzurechnen sind.[200] Das Erfordernis fällt nur weg, wenn eine rechtsgenügliche Genehmigung erfolgt,[201] wobei auch hier «eine Protokollierung des (ermächtigenden oder genehmigenden) Beschlusses des zuständigen Organs bezüglich eines spezifischen Vertrages» unter Aufführung der essentialia negotii als Minimum erfüllt sein muss.[202] Der Hintergrund dieser Regelung besteht v.a. in der Sicherheit des Rechtsverkehrs.[203] Den Aktionären

[179] Helbling, Mitarbeiteraktien, 75.

[180] Helbling, Mitarbeiteraktien, 75; Nobel, Compensation, 93.

[181] Helbling, Mitarbeiteraktien, 75. Für die Ausgabe von Mitarbeiterbeteiligungen erweist sich die bedingte aufgrund der Starrheit der anderen als die geeignetste Kapitalerhöhung, Nobel, Compensation, 94 f.

[182] Vgl. Helbling, Mitarbeiteraktien, 93 ff.

[183] Vgl. Helbling, Mitarbeiteraktien, 94; Leu, Vergütung, 114; Werlen/Schnydrig, Festlegung, 108 f.

[184] Vgl. Helbling, Mitarbeiteraktien, 93.

[185] Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 16 N 645.

[186] Vgl. auch Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 16 N 645.

[187] Vgl. Dubs/Truffer, BSK, N 15 zu Art. 704 OR; Kunz, Minderheitenschutz, § 1 N 87 ff.

[188] Helbling, Mitarbeiteraktien, 106; vgl. auch Kapitel III 2b dd.

[189] Isler/Zindel, BSK, N 2 zu Art. 651 OR.

[190] Helbling, Mitarbeiteraktien, 130; Weibel, Verkauf, 354.

[191] Böckli, Aktienrecht, § 4 N 225 und N 235; Turin, L'acquisition, 482 f.; Weibel, Verkauf, 357.

[192] Zu diesem Begriff Wenger, Kapital, 185; vgl. auch Böckli, Aktienrecht, § 13 N 232 der von einem «Durchführungsbeschluss» ausgeht.

[193] Vgl. auch Werlen/Schnydrig, Festlegung, 109.

[194] Aepli, Entschädigung (2002), 270; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 27 N 23; Plüss, Rechtsstellung, 29 m.w.H.; vgl. auch Bürgi, ZK Bd. V/5b/2, N 5 zu Art. 705 OR.

[195] Rein theoretisch und branchenspezifisch wäre aber denkbar, dass Bonuszahlungen allgemein üblich sind. Es ist nicht ersichtlich, warum die Üblichkeit auf das «Ob» einer Entschädigung beschränkt und nicht auch auf das «Wie» einer solchen angewendet werden sollte.

[196] Vgl. Watter/Maizar, Structure, 50, 52 und 56.

[197] Die Vorschrift ersetzt nicht die übrigen Schranken betreffend Insichgeschäfte, Böckli, Aktienrecht, § 13 N 605e; Glanzmann Lukas, Die kleine Revision des Aktienrechts – Abschaffung der Pflichtaktien für Verwaltungsräte, in: NZZ Online vom 24. Februar 2006; Watter/Roth Pellanda, BSK, N 9 zu Art. 718b OR.

[198] Vgl. Botschaft GmbH-Recht, 3230; Böckli, Aktienrecht, § 19 N 605a f. ; Watter/Roth Pellanda, BSK, N 2 ff. zu Art. 718b OR m.w.H.

[199] So wohl auch Müller/Lipp/Plüss, VR, 114.

[200] Botschaft GmbH-Recht, 3230; vgl. auch Böckli, Aktienrecht, § 13 N605c Fn 1551; Plüss/Kunz/Künzli, CHK, N 6 zu Art. 718b OR.

[201] Böckli, Aktienrecht, § 13 N 605c.

[202] Watter/Roth Pellanda, BSK, N 4 zu Art. 718b OR.

[203] Vgl. Peter/Cavadini-Birchler, CR, N 5 zu Art. 718b OR. Zur Sicherheit des

und Gläubigern als potenzielle Kläger wird der Beweis eines allfällig übersetzten Honorars erleichtert. Die Rechtsfolge bei Nichtbeachten des Art. 718b OR ist allerdings strittig.[204] Nach der einen Meinung ist Art. 718b OR ein Gültigkeitserfordernis i.S.d. Art. 13 OR[205] und nach einer entgegengesetzten Ansicht erscheint diese Bestimmung «eher als Verhaltenspflicht für die handelnde Organperson».[206] Zur Begründung seiner Position führt Böckli u.a. aus:

> «Gegen Nichtigkeit allein wegen Formmangels spricht auch, dass diese Rechtsfolge dem ‹Alleinaktionär-Einzelverwaltungsrat› (auf den die Bestimmung ja in erster Linie abzielt) die Möglichkeit verschaffen würde, ihm günstige Geschäfte still durchzuführen und stehen zu lassen, bei für ihm *ungünstig* ausgehenden Geschäften aber sich nachträglich auf die *Nichtigkeit* zu berufen.»[207]

[Rz 56] Diese Argumentation überzeugt nicht, wird hier doch ausser Acht gelassen, dass das BGer einen solchen Fall als rechtsmissbräuchlich nach Art. 2 Abs. 2 ZGB (venire contra factum proprium) qualifizieren würde.[208] Ebenfalls nicht ersichtlich ist, warum die Formulierung von Art. 718b OR lediglich auf eine Verhaltenspflicht hindeuten soll. Es ist demzufolge bei der Verletzung von Art. 718b OR Nichtigkeit anzunehmen.

bb) Mit statutarischer Regelung

[Rz 57] Mit einfachem Mehr kann von der GV eine andere Verteilung der Kompetenzordnung im Bereich des Erlassens von VR-Vergütungen beschlossen werden (Art. 703 OR). Dieser Beschluss ist öffentlich zu beurkunden und ins Handelsregister einzutragen (Art. 647 OR), damit er Gültigkeit erlangt.[209] In der Praxis wird der wohl meist vom VR gestellte Antrag zur Vergütung die Gesamtsumme der Honorare beinhalten. Dieses Vorgehen birgt ein Risiko: Falls die Aktionäre nur mit einem Honorar nicht zufrieden sind, wird möglicherweise die gesamte Vorlage abgelehnt. Dem VR bliebe in diesem Falle wohl nichts anderes übrig, als eine erneute (ausserordentliche) GV einzuberufen (Art. 699 OR), mit dem Versuch, die vorzugsweise überarbeitete Vergütungsregelung durchzubringen. Insgesamt ist bei Publikumsgesellschaften von einem wenig praktikablen System auszugehen, wenn über die konkreten Entschädigungen befunden werden muss.[210] Bei KMU kann ein solches Verfahren aber durchaus praktisch durchsetzbar sein.

cc) Compensation Committee

[Rz 58] An erster Stelle wird angenommen, der Ausschuss besitze Entscheidbefugnis im Bereich der Festsetzung von VR-Salären. Art. 716b Abs. 1 OR stellt folgende formelle Anforderungen an die Delegation an ein Compensation Committee: Erstens braucht es eine statutarische Grundlage mit der Ermächtigung der Delegation (vgl. auch Art. 627 Ziff. 12 OR) und zweitens ein vom VR beschlossenes Organisationsreglement, welches die Einzelheiten über die Zusammensetzung regelt.[211]

[Rz 59] Besteht keine Entscheidbefugnis des Committees, so können diese Aufgaben ohne formelle Schranken übertragen werden.[212]

dd) Bei Mitarbeiteraktien und -optionen

[Rz 60] Wiederum sind die einzelnen Fazilitäten der Mitarbeiterbeteiligung gesondert zu untersuchen. Beginnend bei der bedingten Kapitalerhöhung ist festzustellen, dass der VR den Antrag mitsamt dem Wortlaut der vorgeschlagenen Statutenbestimmung der GV präsentieren muss.[213] Nach dem GV-Entscheid über die statutarische Grundlage – der einer öffentlichen Beurkundung sowie einem Eintrag ins Handelsregister bedarf (Art. 647 OR und Art. 653h OR)[214] – können die Verwaltungsräte in Vertretung der Gesellschaft mit sich selber in der Funktion als Mitarbeiter[215] einen Optionsvertrag abschliessen.[216] Des Weiteren muss eine allfällige Ausübung des Optionsrechts, worauf eine Liberierung erfolgt (Art. 653e Abs. 2 OR), schriftlich erklärt werden.[217]

[Rz 61] Der öffentlich beurkundete GV-Beschluss bildet auch bei der ordentlichen Kapitalerhöhung die Basis für die da-

---

Rechtsverkehrs als Zweck gesetzlicher Formvorschriften: Schwenzer Ingeborg, Art. 11-17 und 23-31 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I. Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007, N 2 zu Art. 11 OR m.w.H.

[204] Böckli, Aktienrecht, § 13 N 605d Fn 1552.

[205] Peter/Cavadini-Birchler, CR, N 7 zu Art. 718b OR ; Watter/Roth Pellanda, BSK, N 10 ff. zu Art. 718b OR.

[206] Böckli, Aktienrecht, § 13 N 605d; vgl. auch Huguenin, Insichgeschäfte, 532 f.

[207] Böckli, Aktienrecht, § 13 N 605d.

[208] Dazu Honsell, BSK, N 45 f. zu Art. 2 ZGB.

[209] Böckli, Aktienrecht, § 1 N 601.

[210] Böckli, Aktienrecht, § 13 N 647a.

[211] Gächter, Managementvergütungen, 131 f.; Leu, Vergütungen, 130 Fn 649; vgl. Böckli, Aktienrecht, § 13 N 521 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 29 N 35; Peter/Cavadini-Birchler, CR, N 3 zu Art. 716b OR.

[212] Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 29 N 32; Gächter, Managementvergütungen, 134; Peter/Cavadini-Birchler, CR, N 55 zu Art. 716a OR; vgl. auch Bertschinger, Arbeitsteilung, 121. Diese zu Art. 716a Abs. 2 OR gemachte Doktrin kann nach dem a maiore ad minus-Prinzip ebenfalls auf Aufgaben ausserhalb der unübertragbaren Kompetenzen angewendet werden.

[213] Helbling, Mitarbeiteraktien, 93; Isler/Zindel, BSK, N 1 zu Art. 653b OR; Wenger, Kapital, 185 Fn 1 m.w.H.

[214] Vgl. Helbling, Mitarbeiteraktien, 94 und 96; Isler/Zindel, BSK, N 4 f. zu Art. 653b OR m.w.H.; Walti, Mitarbeiterbeteiligung, 243; Wenger, Kapital, 185 f.

[215] Für die Mitarbeiterbeteiligung spielt es keine Rolle, ob der VR in einem eigentlichen Arbeitsverhältnis mit der Gesellschaft steht, Isler/Zindel, BSK, N 16a zu Art. 653 OR; a.M. Wenger, Kapital, 61.

[216] Vgl. Helbling, Mitarbeiteraktien, 97.

[217] Vgl. Helbling, Mitarbeiteraktien, 97 ff.; Wenger, Kapital, 184.

rauffolgende Durchführung durch den VR, die innert dreier Monate zu erfolgen hat (Art. 650 Abs. 1 OR).[218] Nach Abänderung der Statuten mit Aufführung des neuen Aktienkapitals[219] kommt es zum Eintragungsverfahren beim Handelsregisteramt (Art. 652h OR).[220] Verfahrensmässig weist die genehmigte Kapitalerhöhung die zwei Unterschiede gegenüber der ordentlichen auf, dass die Statuten von der Nennung einiger Angaben entbehrt werden (Art. 651 Abs. 3 OR) und die Frist von drei Monaten (Art. 650 Abs. 1 OR) auf zwei Jahre verlängert wird (Art. 651 Abs. 1 OR). Beide Modelle weisen die Eigenheit auf, dass im Falle der Mitarbeiterbeteiligung die Aktien häufig zu einem Vorzugspreis, teilweise sogar unentgeltlich abgegeben werden.[221]

[Rz 62] Soll eine Kapitalerhöhung – in welcher Form auch immer – zu Gunsten der Entschädigung des VR durchgeführt werden, ist ein Bezugsrechtsausschluss der übrigen Aktionäre festzusetzen (Art. 652b OR; bei bedingter Kapitalerhöhung Art. 653c OR).[222] Ohne diesen Vorgang hätte jeder Aktionär Anspruch auf einen Teil der neu ausgegebenen Aktien (Art. 652b Abs. 1 OR). Das VR-Mitglied würde u.U., nämlich dann, wenn es sich bisher nicht Aktionär nennen durfte und alle bisherigen zeichnen, ganz leer ausgehen oder aber hätte in jedem Fall das Nachsehen, da die bisherige Aktionärsstellung zwar einen Bezug erlaubt, der Umfang dieser aber durch das Mitmachen der übrigen Aktionäre nur gering ist. Nach den Umständen des Einzelfalls muss ein wichtiger Grund zum Ausschluss berechtigen (Art. 652b Abs. 2 Satz 1 OR) und niemand darf in unsachlicher Weise begünstigt oder benachteiligt werden (Art. 652b Abs. 2 Satz 3 OR; bei bedingter Kapitalerhöhung Art. 653c Abs. 3 OR).[223]

[Rz 63] Fraglich ist, ob es nach erfolgter Kapitalerhöhung zusätzlich noch einer Genehmigung der Auszahlung von Aktien oder Optionen bedarf. Dieses Problem stellt sich nur, wenn ein Selbstkontrahieren des VR vorliegt.[224] Bei der bedingten Kapitalerhöhung erlässt die GV direkt eine statutarische Grundlage mit den Wandel- und Optionsberechtigten (Art. 653 Abs. 1 OR), die gemäss Art. 653b Abs. 1 Ziff. 3 OR sogar explizit genannt werden müssen. Der VR demgegenüber erlässt selber das Reglement für die Mitarbeiterbeteiligung, welches die bezugsberechtigten Verwaltungsräte inklusive der Höhe der einzelnen Wandel- und Optionsrechte nennt.[225] Folglich befindet er sich in einem Interessenkonflikt.[226] Offensichtlicher ist das Selbstkontrahieren des VR bei der ordentlichen und genehmigten Kapitalerhöhung, welche dieser ex lege ausführt[227] und so notwendigerweise in Vertretung der Gesellschaft die Verträge über die Mitarbeiteraktien mit seiner persönlichen Stellung als VR-Mitglied abschliesst.[228] Möglicherweise liegt durch den GV-Beschluss zur jeweiligen Kapitalerhöhung aber eine implizite Ermächtigung zum Selbstkontrahieren in diesem Bereich vor. Dazu müsste bereits beim Beschluss genügende Transparenz vorgelegen haben.[229] Bei der bedingten Kapitalerhöhung muss nach Art. 653b Abs. 1 Ziff. 1 OR der Maximalbetrag, um welchen das Aktienkapital erhöht werden kann,[230] nach dessen Ziff. 3 der Kreis der Wandel- oder der Optionsberechtigen, zudem nach Art. 653b Abs. 2 Ziff. 2 OR der minimale Ausgabebetrag für die neu zu schaffenden Aktien genannt werden.[231] Nach Art. 650 Abs. 2 Ziff. 3 OR muss bei der ordentlichen Kapitalerhöhung auch der Ausgabebetrag genannt werden. Unter Art. 650 Abs. 2 Ziff. 8 OR wird zusätzlich gefordert, dass die Zuweisung der entzogenen Bezugsrechte, mitsamt der Nennung der wichtigen Gründe,[232] in den Statuten bezeichnet wird. Die genehmigte Kapitalerhöhung ihrerseits verlangt mit Ausnahme der Angaben über den Ausgabebetrag dieselben hier relevanten Voraussetzungen für den Statuteninhalt (Art. 651 OR). Summa summarum kann festgehalten werden, dass die beschliessenden Aktionäre bei Stimmabgabe zum Traktandum der Kapitalerhöhung zumindest bei der ordentlichen und der bedingten Kapitalerhöhung umfassend über den Empfängerkreis des VR sowie über die Gesamthöhe, resp. die Maximalhöhe der VR-Beteiligung informiert sind. Da die Aufteilung des Mitarbeiterprogramms untereinander von untergeordneter Bedeutung ist,[233] kann m.E. im GV-Beschluss eine Ermächtigung zum anschliessenden Selbstkontrahieren gesehen werden.

[Rz 64] Anders präsentiert sich das Bild beim Erwerb eigener Aktien, da aufgrund der dort geltenden Kompetenzordnung[234] die GV keinen konkreten Einfluss nehmen kann.[235] Eine eo-ipso-Ermächtigung ist deshalb ausgeschlossen. Ebenso muss bei dieser Variante das Bezugsrecht nicht ausgeschlossen werden, da «das Gesetz […] den Verkauf eigener Aktien nicht als bezugsrechtsauslösenden Sachver-

[218] Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 16 N 637.

[219] Zu diesem rein formalen Akt ist der VR zuständig, Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 16 N 637.

[220] Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 16 N 637.

[221] Helbling, Mitarbeiteraktien, 205 ff.; Walti, Mitarbeiterbeteiligung, 137 m.w.H.

[222] Dazu eingehend Walti, Mitarbeiterbeteiligung, 219 ff.

[223] Vgl. Walti, Mitarbeiterbeteiligung, 221 ff.

[224] Vgl. auch Kapitel III 2a aa.

[225] Isler/Zindel, BSK, N 16a zu Art. 653 OR und N 12 zu Art. 653b OR.

[226] Vgl. Helbling, Mitarbeiteraktien, 303.

[227] Vgl. Kapitel III 2a dd.

[228] Vgl. Helbling, Mitarbeiteraktien, 303.

[229] Ähnlich Isler/Zindel, BSK, N 16 zu Art. 653 OR.

[230] Dazu Isler/Zindel, BSK, N 7 zu Art. 653b OR.

[231] Isler/Zindel, BSK, N 22 zu Art. 653b OR; ebenso Wenger, Kapital, 192.

[232] Isler/Zindel, BSK, N 28 zu Art. 650 OR.

[233] Im Interesse der Aktionäre, d.h. für den Gewinn massgebend, ist allein der Gesamtbetrag.

[234] Vgl. Kapitel III 2a dd.

[235] Möglich wäre aber eine generelle statutarische Verschärfung der Vorschriften über den Erwerb eigener Aktien.

halt» einstuft.[236] Von der Beachtung des allgemeingültigen Prinzips der Gleichbehandlung der Aktionäre (Art. 717 Abs. 2 OR) wird der VR aber auch hier nicht dispensiert.[237]

c) Bestehende Möglichkeiten zur Begrenzung

aa) Qualifikation als verschleierte Tantieme

[Rz 65] Vorsicht geboten ist bei Vergütungsmodellen, die nur mit dem Bilanzgewinn korrelieren und proportional zu diesem bemessen werden. Das BGer[238] unterwirft solche sog. verschleierten Tantiemen auf Grundlage von Art. 2 Abs. 2 ZGB den Bestimmungen über die Tantiemen.[239] Da diese verschleierten Tantiemen in aller Regel die Voraussetzungen der Bestimmung über die Tantiemen nicht erfüllen, sind sie unzulässig.[240]

[Rz 66] Des Weiteren kann nicht nur die Zusammensetzung des VR-Honorars an sich, sondern auch dessen Höhe zur Qualifikation als verschleierte Tantieme führen, sofern sich die von der GV festgelegten Saläre nicht mehr wirtschaftlich in Bezug auf die VR-Tätigkeit rechtfertigen lassen, oder aber der finanziellen Situation der AG einer Anpassung entbehrlich sind.[241] Auf die Rückerstattungsmöglichkeiten solcher verdeckten Gewinnausschüttungen wird an anderer Stelle näher eingegangen.[242]

bb) Transparenzpflichten

[Rz 67] Jeder Aktionär ist berechtigt, unter dem Titel von Art. 697 Abs. 1 OR Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft, wozu unweigerlich auch die Entschädigungspolitik gehört, zu erhalten.[243] Nach Art. 697 Abs. 2 OR wird dieses Recht durch die Voraussetzungen der Erforderlichkeit und des Nichttangierens von Geschäftsgeheimnissen oder anderen schutzwürdigen Interessen der AG eingeschränkt. So steht dem VR z.B. die Behauptung offen,[244] für die Ausübung der Aktionärsrechte reiche eine Darlegung der Gesamtbezüge des VR aus, wobei eine detaillierte Auflistung der einzelnen Mitgliedervergütungen wegfalle. In der Literatur ist umstritten, wie weit die Transparenz bezüglich der Vergütungen aus Art. 697 OR reichen soll.[245]

[Rz 68] Um dem bei der Festsetzung von festen Vergütungen auftretenden Interessenkonflikt durch Kontrolle seitens der Aktionäre entgegenzuwirken,[246] erliess das Parlament die Art. 663b^{bis} OR und 663c Abs. 3 OR, die am 1. Januar 2007 in Kraft getreten sind.[247] Nach Art. 663b^{bis} OR müssen börsenkotierte Gesellschaften alle Vergütungen, seien sie direkt oder indirekt an frühere oder gegenwärtige VR-Mitglieder ausgerichtet worden, im Anhang zur Bilanz veröffentlichen. Dabei müssen die Angaben inhaltlich den Gesamtbetrag aller VR-Vergütungen aufweisen, wie auch jeden einzelnen Betrag unter Nennung des Namens (Art. 663b^{bis} Abs. 4 OR). Die Offenlegung ist dabei in die separaten Bestandteile, z.B. nach dem Schema in Art. 663b^{bis} Abs. 2 OR, zu gliedern.[248] Somit ist auch der Betrag der ausbezahlten Boni ersichtlich.[249] Nicht ersichtlich aus den Materialien ist aber, ob diese Unterteilung pro einzelne VR-Auszahlung oder lediglich bezüglich der Globalentschädigung an den VR zu erfolgen hat.[250] Die genannte Problematik ist nicht zu verwechseln mit der oben erwähnten zu Art. 697 OR.[251] Der springende Punkt

---

236 Weibel, Verkauf, 358 f. mit eingehender Begründung; ebenso Turin, L'acquisition, 481; a.M. (analoge Anwendung der Bezugsrechtsregel von Art. 652b OR): Huguenin Jacobs Claire, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zürich 1994, 286 f.; Nobel Peter, Vom Umgang mit eigenen Aktien, in: Druey Jean Nicolas/Forstmoser Peter (Hrsg.), Schriften zum neuen Aktienrecht, Bd. 6, Zürich 1994, 36 (Anwendung auf bisherige Aktionäre beschränkt). Differenzierend auf Basis des quantitativen Stimmenwerts Lenz /von Planta, BSK, N 9a zu Art. 659 OR.

237 BGer 4C.242/2003 vom 5. März 2003, E. 5.4; Lenz/von Planta, BSK, N 9a zu Art. 659 OR; Weibel, Verkauf, 359 ff., m.w.H.

238 BGE 84 II 550 E. 2 S. 554 («tantièmes déguisés»).

239 Blanc/Zihler, Vergütungsregeln, 73; Chenaux, CR, N 25 zu Art. 677 OR; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 28 N 132; Gächter, Managementvergütungen, 25; Kurer, BSK, N 7 zu Art. 677 OR; vgl. Giger, Corporate Governance, 402; Hungerbühler, VR-Präsident, 176.

240 Ähnlich Giger, Corporate Governance, 402.

241 BGE 84 II 550 E. 2 S. 555; 82 II 148 S. 150 f.; Chenaux, CR, N 25 zu Art. 677 OR; Gächter, Managementvergütungen, 25 f.; von Greyerz, SPR, 253; Kurer, N 7 und N 25 zu Art. 677 OR; Spörri, Rückerstattungspflicht, § 7 N 203. Zu den Kriterien: Kapitel IV 1b.

242 Vgl. Kapitel IV 2.

243 Bahar, Compensation, 104; Kunz, Informationsrecht, 889 f.; Watter/Maizar, Structure, 72.

244 Diese Behauptung muss aber immerhin konkrete Vorbringen beinhalten und die Geltendmachung des Gesellschaftsinteresses muss wahrscheinlich sein, BGE 109 II 47 E. 3a S. 50; 82 II 216 E. 2 S. 222; BGer 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003, E. 4.3.1 mit einer Konkretisierung der Rechtsprechung, wonach eine Glaubhaftmachung der Gefährdung der Interessen im Streitfall nicht ausreichen soll. E contrario wird aber aussergerichtlich eine oben beschriebene Behauptung genügen.

245 Nur Gesamtbetrag: Forstmoser Peter, Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs, in: Druey Jean Nicolas/Forstmoser Peter (Hrsg.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich 1997, 85-129, 105; Homburger, ZK, N 957 zu Art. 717 OR; Krneta, Praxiskommentar, N 789. Transparenz jeder einzelnen VR-Entschädigung: Giger, Corporate Governance, 400 f.; Kunz, Informationsrecht, 889 f.; Ruedin, Rémunération, 333; Watter/Maizar, Structure, 72. Vgl. zum Ganzen Bahar, Compensation, 104. Subsidiär zum Auskunftsrecht steht zudem jedem Aktionär der Antrag zur Einsetzung einer Sonderprüfung zu (Art. 697a OR). Zu den Schwierigkeiten in diesem Zusammenhang Vogt/Schiwow/Wiedmer, Aktienrechtsrevision, 1383.

246 Das Insichgeschäft wird dadurch aber keineswegs wirksam, Aepli, Entschädigung (2009), 6.

247 Maizar/Watter, Transparenz, 350 f.; Torrione, CR, N 3 zu Art. 663b^{bis} OR; Watter/Maizar, BSK, N 4 zu Art. 663b^{bis} OR; vgl. auch Aepli, Entschädigung (2009), 4; Bahar, Compensation, 107; Böckli, Aktienrecht, § 8 N 483.

248 Botschaft Transparenz, 4491; Bühler, Regulierung, N 657.

249 Vgl. auch Bühler, Regulierung, N 657.

250 Die Botschaft erwähnt lediglich, die GV habe «ein legitimes Interesse daran zu erfahren, wer welchen Betrag bezogen hat», Botschaft Transparenz, 4483.

251 Eine Wechselwirkung dieser Normen ist aber – v.a. aus der Perspektive einer Einheit des Aktienrechts – gegeben. Da durch die Einführung von Art. 663b^{bis} OR nun auch der Gesetzgeber der Transparenz *bei*

ist auf verschiedenen Ebenen zu suchen: Während oben zu klären war, ob überhaupt die einzelne VR-Vergütung offen gelegt werden soll, interessiert hier vielmehr wie detailliert diese Transparenz ausgestaltet ist. In der Literatur wird diese Frage fast ausschliesslich entsprechend den Grundsätzen der Botschaft und ohne weitergehende Ausführungen beantwortet.[252] Bühler spricht sich in seiner kürzlich erschienenen Habilitation auf den ersten Blick für eine totale Aufschlüsselung aus:

> «Was den Detaillierungsgrad der offen zu legenden Vergütungen angeht, so sind diese pro Mitglied nach den einzelnen Vergütungselementen aufzuschlüsseln.»[253]

[Rz 69] Kontradiktorisch wird aber an anderer Stelle erwähnt, «dem Gesetz [sei] jedoch keine Vorgabe hinsichtlich der Offenlegung der einzelnen Vergütungs*elemente* und deren Einzelbeträge zu entnehmen».[254] Aufgrund der Verschwiegenheit von Lehre und Materialien in diesem Punkt ist deshalb davon auszugehen, dass sich die Unterteilung von fixem und variablem Entschädigungspart nur auf die Gesamtentschädigung bezieht.

[Rz 70] Art. 663c Abs. 3 OR schliesslich verlangt, dass Beteiligungen an der AG (worunter Aktien, Partizipations- und Genussscheine fallen),[255] sowie Wandel- und Optionsrechte unter Nennung des einzelnen Mitglieds offengelegt werden.

[Rz 71] Durch diese verstärkte Kontrolle über die Entschädigung der VR-Mitglieder wird einerseits erreicht, dass übertriebene Boni ex post geahndet werden, indem beispielsweise die Beteiligung verkauft, eine Wiederwahl an der nächsten GV versagt, oder die Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 ff. OR angestrebt wird.[256] Andererseits kann auch eine Disziplinierung der festlegenden Verwaltungsräte ex ante ins Auge gefasst werden:[257] Für Investoren, die ihre Sache ernst nehmen, wird es sich ohnehin als unausweichlich erweisen, die offen gelegten VR-Saläre der letzten Jahre im Anhang zur Jahresrechnung im Geschäftsbericht zu konsultieren. Abschreckende Beträge werden sich in der Folge denn auch wertvermindernd auswirken, da für die kommenden Geschäftsjahre wohl ein ähnliches Bild erwartet werden darf.[258] Diese Wertverminderung ihrerseits kann eine Entlassung der VR-Mitglieder bewirken. Insofern wurde auf dem Weg der Offenlegungspflichten die Handlungsfreiheit der Verwaltungsräte in diesem konkreten Bereich eingeschränkt.

[Rz 72] Im Hinblick auf die Genehmigung durch die GV bedeutsam ist, dass die Aktionäre dank der Transparenz über die Vorlage informiert sind. Umgekehrt kann bei einer vorbehaltlosen Genehmigung der Jahresrechnung, unter vorgängiger Offenlegung nach den hier genannten Bestimmungen, von einer faktischen Genehmigung des Selbstkontrahierens durch die GV ausgegangen werden.[259]

cc) Meldepflichten

[Rz 73] Da Boni häufig via Aktien- oder Optionspläne ausgeschüttet werden, ist zu prüfen, in welchem Ausmass Meldepflichten diese begrenzen können. Börsenkotierte Gesellschaften haben eine aktienrechtliche Pflicht zur Offenlegung bedeutender Aktionäre, sofern sie ihnen bekannt sind oder bekannt sein müssten (Art. 663c Abs. 1 OR). Die Meldepflichten funktionieren nicht bei Inhaber- und Dispoaktien:[260] Bei ersteren ist aufgrund der börsenrechtlichen Meldepflicht der Aktionär zu diesem konkreten Zeitpunkt bekannt, jedoch ist dieser Wissensstand womöglich bereits im Augenblick des Eintreffens der Meldung wieder veraltet.[261] In der zweiten Variante versagt diese Transparenznorm sogar gänzlich, da die Inhaber von Dispoaktien ihrem Wesen nach unbekannt sind.

[Rz 74] Generell griffiger sind deshalb die Meldepflichten aus Art. 20 BEHG, da diese den Aktionär selber treffen.[262] Eine Nichtbeachtung kann denn auch einschneidende Folgen nach sich ziehen (vgl. Art. 20 Abs. 4bis BEHG und Art. 41 BEHG).

[Rz 75] Diese Meldepflichten aus OR und BEHG bestehen unabhängig davon, ob ein Aktionär Organqualität aufweist. Ebenfalls ist bei VR-Honoraren zu bemängeln, dass – gerade bei Publikumsgesellschaften mit grossem Aktienkapital – wohl nur selten die Schwellenwerte von 5% (Art. 663c Abs. 2 OR), resp. 3% (Art. 20 Abs. 1 BEHG) überschritten werden.[263] Für eine Kontrolle der Aktionäre über die Boni in Form von Aktien oder Optionen der Verwaltungsräte erscheinen deshalb die Meldepflichten als ungeeignet.[264]

---

börsenkotierten Gesellschaften eine grundlegende Bedeutung (v.a. im Bereich von Insichgeschäften, vgl. Botschaft Transparenz, 4483) beimisst, sollte m.E. Art. 697 Abs. 2 OR äusserst restriktiv interpretiert werden. Ebenfalls in diese Richtung Giger, Corporate Governance, 250; Kunz, Minderheitenschutz, § 12 N 20; Weber Rolf H., Kapitel 2, 5, 7, in: von Büren Roland/Stoffel Walter A./Weber Rolf H. (Hrsg.), Grundriss des Aktienrechts, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, N 935. Dieselbe Stossrichtung hat m.E. *für nicht börsenkotierte Aktiengesellschaften* zu gelten, da dies die einzige Möglichkeit ihrer Aktionäre ist, an die gewünschten Informationen zu kommen.

[252] Vgl. nur Nobel, Notwendigkeit, 451; Watter/Maizar, BSK, N 63 ff. und N 70 ff. zu Art. 663b^{bis} OR.

[253] Bühler, Regulierung, N 657.

[254] Bühler, Regulierung, N 1112.

[255] Watter/Maizar, BSK, N 40 zu Art. 663c OR.

[256] Watter/Maizar, BSK, N 7 zu Art. 663b^{bis} OR; vgl. auch Botschaft Transparenz, 4474; Böckli, Aktienrecht, § 8 N 485; Maizar/Watter, Transparenz, 352 und 359.

[257] Maizar/Watter, Transparenz, 352; Watter/Maizar, BSK, N 7 zu Art. 663b^{bis} OR; vgl. auch Böckli, Aktienrecht, § 8 N 485.

[258] Ähnlich Maizar/Watter, Transparenz, 352 Fn 23; Watter/Maizar, BSK, N 7 zu Art. 663b^{bis} OR; vgl. auch Botschaft Transparenz, 4492.

[259] Nobel, Compensation, 89 und 91; a.M. Aepli, Entschädigung (2009), 6.

[260] Von Büren/Bähler, Eingriffe, 395.

[261] Vgl. Böckli, Aktienrecht, § 8 N 668; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 39 N 9 m.w.H.; Torrione, CR, N 6 zu Art. 663c OR.

[262] Von Büren, SPR, 103, 105 und 124; von Büren/Bähler, Eingriffe, 396.

[263] Vgl. dazu Maizar/Watter, Transparenz, 351.

[264] Maizar/Watter, Transparenz, 351 f.

dd) Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance

[Rz 76] Limitierende Auswirkungen auf Entschädigungen für Unternehmen, die an der SIX kotiert sind, könnte die RLCG in Ziff. 5 des Anhangs entfalten:

- Ziff. 5.1: Einerseits sind die Grundlagen und Elemente der Vergütung, andererseits aber auch deren Festsetzungskompetenzen und Verfahren im Geschäftsbericht zu nennen. Die Offenlegung der Boni ist dabei eine umfassende.[265] Die Zuständigkeit zur Festsetzung sowie deren Verfahren gehören ebenfalls in den Anhang der Bilanz (Art. 4 RLCG).[266]
- Ziff. 5.2: Für ausländische Emittenten mit einer SIX-Kotierung, die aber nicht in ihrem Heimatstaat kotiert sind, ist Art. 663b^{bis} OR analog anzuwenden.

[Rz 77] Seit dem 1. Januar 2007 gilt das «comply or explain»-Prinzip auch für Kapitel 5 der RLCG (Art. 7 RLCG).[267]

[Rz 78] Wie beim SCBP[268] stellt sich auch hier die Frage der Verbindlichkeit dieser Regeln. Durch den «obrigkeitlichen Genehmigungsakt im Rahmen von Art. 4 Abs. 2 bzw. Art. 8 Abs. 3 BEHG – eine entsprechende Genehmigung fehlt gänzlich beim SCBP» – erhält die RLCG zumindest eine mittelbare demokratische Legitimation.[269] Diese Überlegungen können aufgrund dessen, dass die SIX gestützt auf die oben genannten BEHG-Normen das KR erlassen hat, angestrebt werden.[270] Die RLCG wiederum stützt sich auf Art. 49 Abs. 2 KR. Dabei ist aber in der Lehre umstritten, ob diese «private Rechtsnorm» Rechtsnormqualität besitzt[271] und deshalb staatliche Sanktionen, sowie eine zivilrechtliche Haftung nach sich ziehen kann.[272]

ee) Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance

[Rz 79] Das Potential zur Begrenzung von VR-Honoraren kommt im SCBP vielerorts zum Vorschein:

- Ziff. 25 SCBP: Empfehlung zur Bildung eines Compensation Committees, welches sich mehrheitlich aus nicht exekutiven und (nach Ziff. 2 des Anhang 1 ausschliesslich) unabhängigen VR-Mitgliedern zusammensetzt und die Grundsätze der Entschädigung festlegen soll.
- Ziff. 26 SCBP: Hier geht es v.a. um die Ausgestaltung der Entschädigung. Die Rede ist von Markt- und Leistungsgerechtigkeit, Nachvollziehbarkeit, Abhängigkeit vom nachhaltigen Erfolg des Unternehmens und vom persönlichen Beitrag sowie von der Vermeidung eines Verwässerungseffekts bei Aktienoptionsplänen.[273]
- Anhang 1 zum SCBP: Ziff. 25 und Ziff. 26 werden verdeutlicht und ergänzt. Beachtlich ist hier insbesondere, dass der offenzulegende Entschädigungsbericht (Ziff. 8 und Ziff. 10 Anhang 1) Angaben zur Berechnung des Bonus, sowie die wertmässigen Auswirkungen dieses Systems auf die einzelnen VR-Mitglieder enthalten muss.

[Rz 80] Wie bereits angetönt, handelt es sich beim SCBP (nur) um Empfehlungen, nicht um verbindliche Rechtsnormen.[274] Es kann lediglich von einer faktischen Verbindlichkeit gesprochen werden.[275] Diese zeigt sich dadurch, dass ein Nichtanwenden des SCBP einen Wettbewerbsnachteil zur Folge haben kann, da ein solches Unternehmen bei zukünftigen Investoren möglicherweise als nicht vorbildlich gilt.[276] Auch kann dieser Kodex richterlichen Behörden als Auslegungshilfe dienen.[277] Gerade bezüglich der Feststellung, ob ein Interessenkonflikt vorliegt, könnten vor Gerichten Auswirkungen feststellbar sein. Eine Genehmigung durch ein nebengeordnetes VR-Mitglied wird vom Code denn als nicht genügend qualifiziert. Dies hat bei Publikumsgesellschaften mit breit gestreutem Aktienbesitz zur Folge, dass ein pflichtwidriges Verhalten (Art. 717 Abs. 1 OR) vermutet wird.[278] Da hier der Beweis des Gegenteils zulässig sein soll,[279] ist von einer gesetzlichen Vermutung mit Beweislastumkehr auszugehen.[280] Insofern wäre der SCBP auch prozessrechtlich strenger.[281] Abzuwarten bleibt, ob die Gerichte in casu zu-

---

[265] Vgl. Kommentar RLCG, 22 f. Die RLCG geht deshalb über die Transparenzvorschriften von Art. 663b^{bis} OR hinaus, vgl. Bühler, Regulierung, N 1112 und Kapitel III 2c bb.

[266] Vgl. auch Kommentar RLCG, 24.

[267] Nobel, Compensation, 48 f. und 64 Fn 101.

[268] Vgl. Kapitel III 2c ee.

[269] Kunz, Tendenz, 485.

[270] Vgl. dazu etwa Roberto, SWX-Sanktionen, 594.

[271] Bejahend etwa: Böckli, Aktienrecht, § 7 N 15 f.; Bühler, Regulierung, N 1049; Roberto, SWX-Sanktionen, 606. Verneinend etwa: Daeniker/Waller, BSK, N 13 zu Art. 4 BEHG; Giger, Corporate Governance, 59; Kunz, Minderheitenschutz, § 10 N 274; Kunz, Tendenz, 486.

[272] Vgl. Daeniker/Waller, BSK, N 10 zu Art. 4 BEHG; Kunz, Tendenz, 487, v.a. Fn 133.

[273] Kritisch zu diesen «Gummibegriffen» von Büren, SPR, 352.

[274] Bahar, Compensation, 98 und 121; Bühler, Regulierung, N 1260; von Büren, Aktienrecht, N 815; von der Crone/Carbonara/Martínez, Corporate Governance, 407; Gächter, Managementvergütungen, 130; Giger, Corporate Governance, 71; Kunz, Aktienrechtsrevision, 9; Kunz, Tendenz, 485 f.

[275] Bühler, Regulierung, N 122 und N 134; Giger, Corporate Governance, 71; vgl. Bahar, Compensation, 122 m.w.H.; Nobel, Compensation, 44 m.w.H.

[276] Ackermann Josef, Corporate Governance – nun sind Taten gefragt. Wiederherstellung der unternehmerischen Integrität, in: NZZ Online vom 18. Januar 2003, 3. Abschnitt; Bahar, Compensation, 103; Gächter, Managementvergütungen, 131; Giger, Corporate Governance, 69.

[277] Bühler, Regulierung, N 1261; Giger, Corporate Governance, 57; Kunz, Tendenz, 487 f., der allerdings diese Aussage auf Publikumsgesellschaften beschränkt.

[278] Schott, Insichgeschäft, 216.

[279] So Schott, Insichgeschäft, 216.

[280] Vgl. Berger/Güngerich, Zivilprozessrecht, § 14 N 753.

[281] Vgl. demgegenüber Kapitel III 2a aa.

künftig diesen Kodex als Auslegungshilfe zur Hand nehmen werden.

d) Weitere Instrumente zur Begrenzung

[Rz 81] Es gibt zu Handen der GV noch weitere Mittel zur Begrenzung der VR-Honorare:

- Nichtgenehmigung der Jahresrechnung: In der Folge kann keine Gewinnverwendung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR) beschlossen werden und der VR hat eine überarbeitete Form an einer erneuten (ausserordentlichen) GV zu präsentieren.[282]
- Verweigerung der Déchargeerteilung: Somit wird den Aktionären die Möglichkeit einer allfälligen Rückerstattungsklage nach Art. 678 OR oder einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Verwaltungsräte nach Art. 754 OR offen gelassen.[283]
- Nicht-Wiederwahl des VR: Die GV kann als radikale Massnahme nach Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR die bisherigen Verwaltungsräte nicht wiederwählen und an deren Stelle neue vorschlagen und einsetzen.[284]
- Abberufung des VR: Nach Art. 705 OR kann die GV den VR jederzeit und mit sofortiger Wirkung abberufen.[285] In der Praxis wird sie davon bei überhöhten Boni wohl nur als ultima ratio Gebrauch machen.[286]

[Rz 82] Diese Möglichkeiten basieren allesamt auf einer vorgängigen Offenlegung der Honorare.[287]

[Rz 83] Ohne vorgängige Information durch Transparenz und mithin auch präventiv möglich kann[288] zum einen auf Antrag eines Aktionärs eine Konsultativabstimmung durchgeführt werden.[289] Resultieren können aus einer solchen Abstimmung zwar keine juristischen, wohl aber faktische Wirkungen.[290] Zum anderen ist auch der Erlass von Statutenbestimmungen, die die Kompetenz zur Festsetzung selber, wie auch zur Genehmigung divergent ordnen können, eine Variante.[291] Dies kann noch weiter reichen, indem sogar die Grundsätze der Vergütungsausrichtung festgelegt werden.[292] Denkbar ist ferner, die Grundsätze des Bonussystems aufzuführen. Noch weitergehende Lösungen, wie z.B. die konkrete Vergütungsfestlegung oder auch eine Obergrenze («Cap») für Boni, sind ebenfalls möglich, wenn auch dafür keine Empfehlung ausgesprochen wird,[293] da so der VR und somit letztlich auch die AG in ihrer Geschäftsführung merklich gehemmt würden.

e) Mindeststandards der FINMA für Finanzinstitute

[Rz 84] Der erste Grundsatz des Rundschreibens, wonach der Verwaltungsrat für die Ausgestaltung und Umsetzung der Vergütungspolitik verantwortlich ist und ein Vergütungsreglement zu erlassen hat,[294] wirft bereits die erste Frage auf: Ist eine statutarische Kompetenzzuweisung[295] in Entschädigungsfragen an die GV noch möglich?[296] Aufgrund der noch geltenden Übergangsregelung wird vergebens nach Rechtsprechung dazu gesucht. Auch der Erläuterungsbericht[297] bringt wenig Klärung. So geht derselbe ausdrücklich auf die Aktienrechtsrevisionsvorschläge ein,[298] ohne jedoch einen Einbezug dieser Tendenzen zu thematisieren. An anderer Stelle wird schliesslich ausdrücklich erwähnt, die FINMA sehe davon ab, «Vorschriften einzuführen, die vorab auf eine Verstärkung der Eigentümerrechte zielen».[299] Nicht erkennbar ist dabei, ob gar an eine Schwächung derselben gedacht wurde. Die Antwort zu dieser Frage ist mittels Auslegung zu ermitteln.[300] Der Wortlaut von Grundsatz 1 spricht explizit vom VR, der zuständig sein soll für die Ausgestaltung der Vergütungspolitik und die Errichtung eines Vergütungsreglements.[301] In systematischer Hinsicht könnte man sich fragen, ob die Bezeichnung als Ergänzung[302] zum OR nicht doch darauf schliessen lässt, dass den Aktionären die statutarische Kompetenzzuweisung weiterhin zugestanden werden soll. Dabei muss aber beachtet werden, dass der Begriff der Ergänzung eine gewisse Einschränkung nicht ausschliesst. Da

---

282 Nobel, Compensation, 91; vgl. auch Nobel, Notwendigkeit, 449.

283 Nobel, Compensation, 90 f.; vgl. auch Watter/Maizar, Structure, 71 f. Kritisch Bahar, Compensation, 100: «The discharge has mainly a symbolic effect.»

284 Watter/Maizar, Structure, 80.

285 Vgl. Bahar, Compensation, 100; Watter/Maizar, Structure, 72 und 80.

286 Gächter, Managementvergütungen, 57.

287 Vgl. Bahar, Compensation, 123 und 125; Watter/Maizar, Structure, 72.

288 Es ist umstritten, ob die Aktionäre im Bereich der VR-Kompetenz auch einen durchsetzbaren Anspruch auf Durchführung einer Konsultativabstimmung haben. Dafür Bertschinger, Fragen, 905; dagegen Horber, Konsultativabstimmung, 106; vgl. auch Bertschinger, Arbeitsteilung, 132.

289 Bertschinger, Fragen, 905; Horber, Konsultativabstimmung, 103; kritisch Kunz, Aktienrechtsrevision, 19.

290 Bahar, Compensation, 127 und 130; Bertschinger, Arbeitsteilung, 132 m.w.H.; Horber, Konsultativabstimmung, 101 Fn 5; vgl. auch Nobel, Compensation, 115 f.

291 Vgl. dazu Kapitel III 2a aa und bb.

292 Watter/Maizar, Structure, 81.

293 Watter/Maizar, Structure, 81; ausführlich dazu Leu, Vergütungen, 292 f.

294 FINMA-RS 10/1, N 16.

295 Vgl. dazu Kapitel III 2a bb.

296 Ähnliche Fragestellung bei Wähling Thomas/Hoffmann Olaf, Fragen zur Umsetzung der Finma-Vergütungsgrundsätze, in: NZZ Online vom 5. Juni 2009, Abschnitt 9. Ohne Relevanz ist in diesem Punkt, dass der genannte Artikel noch auf dem Entwurf des Rundschreibens basiert.

297 Erläuterungsbericht FINMA-RS Vergütungssysteme.

298 Erläuterungsbericht FINMA-RS Vergütungssysteme, 23 ff.

299 Erläuterungsbericht FINMA-RS Vergütungssysteme, 26.

300 Das BGer verfolgt dabei einen pragmatischen Methodenpluralismus: BGE 135 V 153 E. 4.1 S. 158; 135 V 50 E. 5.1 S. 53; 135 III 112 E. 3.3.2; S. 116; 135 II 416 E. 2.2 S. 418, ständige Rechtsprechung.

301 Dass das Rundschreiben den VR auch für die Umsetzung der Vergütungspolitik als kompetent erachten will, ist überflüssig. Diese Pflicht ergibt sich bereits qua seiner Stellung als Exekutivorgan (vgl. Art. 716 Abs. 2 OR).

302 FINMA-RS 10/1, N 3.

diese Interpretation letztlich ohnehin nur stichhaltig ist, wenn sie teleologisch unterlegt wird,[303] ist dort weiter zu prüfen. Im Finanzmarktrecht gibt es grundsätzlich zwei (Grund-)Ziele zu unterscheiden: Zum einen kann der Individual- oder Anlegerschutz im Vordergrund stehen und zum anderen der Funktionsschutz des Kapitalmarktes.[304] In casu war im Entwurf zum FINMA-RS 10/1 noch davon die Rede, das Rundschreiben auf alle von der FINMA überwachten Institute anzuwenden.[305] Als Ziel wurde dabei insbesondere die Festigung der Stabilität der Finanzinstitute definiert.[306] Die Endfassung des Rundschreibens verpflichtet aber grundsätzlich[307] nur noch die sieben grössten Banken und die fünf grössten Versicherungen der Schweiz.[308] Diese Einschränkung lässt auf einen vorwiegenden Schutz des Finanzsystems schliessen, da eben nur den «Grossen»[309] strengere Vorschriften auferlegt werden.[310] Dabei wird zwar (indirekt) auch ein Anlegerschutz betrieben, dieser ist letztlich aber von untergeordneter Bedeutung. Um über diesen Umweg trotzdem eine statutarische GV-Kompetenz als möglich zu erachten, müsste diese aber in einen Zusammenhang mit dem zu erreichenden Ziel gesetzt werden können. Gerade beim Ziel des Funktionsschutzes kann aber mit guten Gründen bezweifelt werden, dass durch eine Festsetzung der Vergütung durch die Aktionäre ein ganzes Finanzsystem stabilisiert werden kann.[311] Auch bei einer teleologischen Betrachtungsweise ist deshalb in diesem Bereich neu von einer VR-Kompetenz auszugehen. An dieser Stelle sei aber noch ein Blick über die Landesgrenzen hinaus gewagt. Beim Redigieren des FINMA-RS 10/1 wurden die FSB[312]-Prinzipien berücksichtigt.[313] Auch dort wird von einem Vergütungsausschuss bestehend aus VR-Mitgliedern ausgegangen.[314] Es ist also ein Trend Richtung VR-Kompetenz und weg von derjenigen der GV zu erblicken. Auch hier ist aber die Vereinbarkeit mit dem OR zu überprüfen.[315] Anders als bei den Tantiemen ist dabei keine gesetzliche Festsetzungskompetenz gegeben. Grundlage hierbei kann nur eine Statutenbestimmung sein. Nun gibt es zwei Möglichkeiten, wie das Rundschreiben das OR auslegen kann: Zum einen ist denkbar, dass bereits auf gesetzlicher Ebene selber die Festsetzungskompetenz für VR-Honorar als unentziehbare Aufgabe von Art. 716a OR angesehen wird. Es wäre aber auch vorstellbar, dass eine statutarische GV-Kompetenz weiterhin möglich bleiben soll und dem VR wiederum[316] nur eine rein beratende Funktion zukommt, indem er ein Vergütungsreglement ausarbeitet und der GV zur Genehmigung vorlegt.[317] Die zukünftige Praxis wird zeigen ob ein solches Vorgehen FINMA-RS 10/1-konform ist. Falls nicht, wird im Ergebnis die Möglichkeit der statutarischen Einräumung einer Entschädigungsfestsetzungsbefugnis an die Aktionäre für Finanzinstitute spätestens ab dem 1. Januar 2011 ausgeschlossen sein.[318]

[Rz 85] Gemäss Grundsatz 2 soll das Vergütungssystem einfach, transparent und umsetzbar ausgestaltet und langfristig ausgerichtet sein.[319] Inwieweit ein Bonussystem dem Erfordernis der Einfachheit genügen kann, bleibt abzuwarten. Jedenfalls geht das Rundschreiben nicht so weit, dass Boni an sich aufgrund der häufig vorkommenden Komplexität verschwinden werden.[320] Einen interessanten Aspekt bietet auch die erwähnte Transparenz, da sie sich nämlich nicht – wie auf den ersten Blick zu erwarten wäre – im Zusammenhang mit der Stärkung der Aktionärsstellung stellt. Vielmehr will das Rundschreiben erreichen, dass «die Elemente eines Vergütungssystems […] gegenüber den betroffenen Personen klar kommuniziert» werden.[321] Unter «betroffene Personen» können in diesem Zusammenhang wohl nur die zu Begünstigenden subsumiert werden. Jedenfalls wäre eine sehr extensive Auslegung erforderlich, um auch Aktionäre unter diesen

[303] Kramer, Methodenlehre, 80 Fn 156; zustimmend Honsell, BSK, N 9 zu Art. 1 ZGB.

[304] Vgl. nur Nobel Peter, Schweizerisches Finanzmarktrecht. Einführung und Überblick, 2. Aufl., Bern 2004, § 1 N 37 f.; Zobl/Kramer, Kapitalmarktrecht, N 25 ff.

[305] Kernpunkte FINMA-RS Vergütungssysteme, 2. Befreit waren lediglich De-Minimis-Institute, Entwurf FINMA-RS Vergütungssysteme, N 8 ff.

[306] Vgl. Kernpunkte FINMA-RS Vergütungssysteme, 2.

[307] Ausnahmen in den unter FINMA-RS 10/1, N 9 genannten Fällen.

[308] Medienmitteilung FINMA zum RS Vergütungssysteme. Diese Zahlen beschreiben den Ist-Zustand im November 2009.

[309] Definitionsgemäss als «gross» gelten Institute, die Eigenmittel von mindestens 2 Milliarden Franken halten müssen, FINMA-RS 10/1, N 6 f.

[310] Barthold/Widmer, Regulierung, 1392 kommen bereits unter der Fassung des Entwurfs zu diesem Schluss.

[311] Vgl. zu den Gründen nur schon auf Stufe Gesellschaft Kapitel III 2a bb. In die entgegengesetzte Richtung gehen aber die Revisionsvorhaben, die de lege lata-VR-Kompetenzen zukünftig der GV übertragen wollen. Bei diesen steht aber – im Gegensatz zum FINMA-RS 10/1 – der Schutz der Aktionäre im Vordergrund, vgl. dazu nur Zusatzbotschaft Aktienrecht, 301: «Der Entwurf des Bundesrates vom 21. Dezember 2007 (Entwurf 1) enthält Neuerungen, die [...] die Sicherung der Stellung der Aktionärinnen und Aktionäre als Eigentümerinnen und Eigentümer des Unternehmens bezwecken.»

[312] Financial Stability Board (ehemals: Financial Stability Forum, FSF).

[313] Medienmitteilung FINMA zum RS Vergütungssysteme; vgl. auch von der Crone/Bächler, Stellungnahme, 1; Nobel, Notwendigkeit, 455.

[314] «Significant financial institutions should have a board remuneration committee as an integral part of their governance structure and organisation to oversee the compensation system's design and operation on behalf of the board of directors», FSB Principles, 2. Nicht genannt wird allerdings, ob dieser Ausschuss Entscheidbefugnis besitzt.

[315] Vgl. zur Rechtsnatur der Rundschreiben Kapitel III 1d.

[316] Vgl. zu den weiteren Fällen Kapitel III 1 d und III 2b cc.

[317] Diese Interpretation berücksichtigt die aktuellen Revisionsbestrebungen.

[318] Zwar ist das BGer nicht an das Rundschreiben gebunden, es wird sie aber bei der Auslegung berücksichtigen, Zulauf, Gläubigerschutz, 404 m.w.H.

[319] FINMA-RS 10/1, N 23.

[320] Vgl. dazu nur die Grundsätze 5 und 6, die ausdrücklich von variablen Vergütungen sprechen, vgl. FINMA-RS 10/1, N 41 und 44. Allerdings behält sich die FINMA vor, «die Ausrichtung von variablen Vergütungen zu begrenzen, wenn diese die Einhaltung der angeordneten oder erwarteten Kapitalziele klar gefährden würde», FINMA-RS 10/1, N 79.

[321] FINMA-RS 10/1, N 24. Im Entwurf FINMA-RS Vergütungssysteme, N 26 ist sogar von «betroffenen Mitarbeitern» die Rede.

Wortlaut einzuordnen. Via den neu zu erstellenden Vergütungsbericht, der die Gesamtlöhne aller Mitarbeiter mitsamt dem darin enthaltenen Bonusanteil enthalten muss,[322] wird aber tatsächlich die Transparenz für die Aktionäre verbessert.[323] Hinsichtlich der hier zu behandelnden VR-Honorare ist aber im Vergleich mit Art. 663b[bis] OR keine Verbesserung der Transparenz erreicht worden.

[Rz 86] Bezüglich Bonuszahlungen von Bedeutung ist schliesslich Grundsatz 5, der besagt, dass variable Vergütungen langfristig vom wirtschaftlichen Erfolg des Finanzinstituts gedeckt sein müssen.[324] Eine Koppelung an den ökonomischen Gewinn im Positiven wie im Negativen wird also unerlässlich sein.[325] Hier ist aber Vorsicht geboten: Bemisst sich der Bonus nämlich ausschliesslich nach dem Gewinn, so könnten die Gerichte diesen Sachverhalt als verschleierte Tantieme qualifizieren.[326] Die steuerlichen, wie auch die aktienrechtlichen Folgen davon wären einschneidend. Aufgrund der Kompetenzregelung könnte zudem eine gewisse Disharmonie mit dem Grundsatz 1 des FINMA-RS 10/1 entstehen.[327]

[Rz 87] Die Kriterien aus Grundsatz 5 können als zusätzliche bei der Prüfung der Angemessenheit von VR-Honorar – was u.a. im Zusammenhang mit der Rückerstattungsklage nach Art. 678 OR geprüft werden muss[328] – herangezogen werden.[329] Interessant ist weiter das Verhältnis zu Art. 717 Abs. 1 OR. Bereits heute muss der VR durch seine Treuepflicht den Unternehmenswert nachhaltig steigern und somit die wirtschaftliche Lage bei der Vergütungsfestsetzung berücksichtigen.[330] Es handelt sich aber insoweit um eine Konkretisierung, als dass nun der *langfristig* wirtschaftliche Erfolg massgebend sein soll. Aufgrund des hier im Vordergrund stehenden Systemschutzes werden aber die Gerichte möglicherweise dieses Rundschreiben gar nicht zur Präzisierung der Widerrechtlichkeit aus Art. 717 Abs. 1 OR heranziehen.[331]

[Rz 88] Nach Grundsatz 8 dürfen die Vergütungen der Kontrollfunktionen keine Interessenkonflikte begründen.[332] Hiernach ist zuerst zu prüfen, wer überhaupt unter den Begriff der Kontrollfunktionen fällt. Das Rundschreiben hierzu:

> «Als Kontrollfunktionen im Sinne dieses Grundsatzes gelten namentlich alle Personen, welche für quantitatives und qualitatives Risikomanagement und Risikokontrolle, Recht, Compliance, Aktuariat, interne Revision oder interne Kontrollsysteme verantwortlich sind.»[333]

[Rz 89] Wird dabei der Katalog aus Art. 716a OR zur Hand genommen, so ist erkennbar, dass die Aufgaben des VR problemlos unter die oben beschriebenen Kontrollfunktionen eingeordnet werden können. Es kann also festgehalten werden, dass die VR-Vergütungen nach Grundsatz 8 keine Interessenkonflikte begründen dürfen. Hier ist m.E. ein Richtungswechsel feststellbar, wonach eine rein formelle Heilung des Selbstkontrahierens – zumindest bei der gegenseitigen Zusprechung von VR-Honoraren unter Mitgliedern selbst – nicht mehr möglich ist.[334] Es bleibt abzuwarten, ob die Rechtsprechung auch in diese Richtung einschwenken wird.

[Rz 90] Insgesamt entdeckt man in dieser Verordnung viele «schwammige»[335] Begriffe. Was ist etwa unter langfristiger Ausrichtung,[336] unter langfristig wirtschaftlichem Erfolg[337] oder unter nachhaltigen Kriterien[338] zu verstehen? Diese Begriffe werden durch die Praxis der FINMA und der Gerichte konkretisiert werden müssen.[339]

[Rz 91] Durch diese Regulierung im Bereich von grossen Finanzinstituten erlangt das Rundschreiben in vertikaler Hinsicht eine nicht zu vernachlässigende Relevanz. In horizontaler Ebene sind allerdings nur Institute betroffen, die Eigenmittelanforderungen von mindestens zwei Milliarden Franken aufweisen.[340] Die Anzahl der mit der zwingenden Ausführung Betroffenen stellt demzufolge eine variable Grösse dar. Jedenfalls werden tatsächlich nur Wenige diese

---

322 FINMA-RS 10/1, N 63 ff.

323 Erläuterungsbericht FINMA-RS Vergütungssysteme, 8; Medienmitteilung FINMA zum RS Vergütungssysteme. Diese Regelung positiv wertend Kunz, Gefahr, 9.

324 FINMA-RS 10/1, N 39. Im selben Zusammenhang ist Grundsatz 6 (vgl. FINMA-RS 10/1, N 44) zu behandeln.

325 Vgl. FINMA RS-10/1, N 42; Barthold/Widmer, Regulierung, 1392.

326 Vgl. dazu Kapitel III 2c aa.

327 Dazu eingehend Kapitel III 1d.

328 Dazu Kapitel IV 1b und IV 2b bb.

329 Dieser Grundsatz betrifft lediglich die Auslegung resp. Konkretisierung der Normen des OR, ohne aber mit ihnen zu kollidieren.

330 Homburger, ZK, N 781 zu Art. 717 OR; Watter/Roth Pellanda, BSK, N 16 und N 37 zu Art. 717 OR; vgl. auch Krneta, Praxiskommentar, N 1084.

331 Die sog. Schutznormtheorie besagt, dass eine Norm nur dann zur Pflichtverletzung herangezogen werden kann, wenn sie auch den Schutz vor derartigen Schäden (hier der Aktionäre) bezweckt, vgl. nur BGE 125 III 89 E. 3b S. 89.

332 FINMA-RS 10/1, N 57.

333 FINMA-RS 10/1, N 58.

334 Vgl. zur allgemeinen Praxis des BGer bezüglich Selbstkontrahieren Kapitel III 2a aa. Das Rundschreiben verkeilt sich hier womöglich also mit der Rechtsprechung des BGer. Da aber keine privatrechtlichen Normen dieser Auslegung entgegen stehen, kann diese Regelung in der Praxis der FINMA angewendet werden.

335 Ausdruck des Fragenstellers Jann Lienhart im Interview von Kunz, Gefahr, 9.

336 FINMA-RS 10/1, N 23.

337 FINMA-RS 10/1, N 39.

338 FINMA-RS 10/1, N 44.

339 Ähnlich Kunz, Gefahr, 9.

340 FINMA-RS 10/1, N 6 f. Kritisch zur Rückbuchstabierung der FINMA im Vergleich zum Entwurf von der Crone/Bächler, Stellungnahme, 5 f. (mit Berufung auf die faktische Staatsgarantie, von der auch die kleineren Institute profitieren würden, sowie auf die Gefahr einer Marktverzerrung im Arbeitsmarkt). Je nach Handhabung ihrer Möglichkeit, weitere Finanzinstitute zu verpflichten (vgl. FINMA-RS 10/1, N 9), kann die FINMA diese Kritik selbst relativieren.

Schwellenwerte überschreiten.[341] Allerdings behält sich die FINMA eine gewisse Flexibilität vor, indem sie auch weiteren Finanzinstituten in begründeten Fällen eine Verpflichtung zur Umsetzung des Rundschreibens auferlegen kann.[342] Für die ganze Breite des Sektors haben diese Grundsätze wohl aber Bedeutung als klassische und rechtlich unverbindliche Corporate Governance-Grundsätze, vergleichbar mit dem SCBP, die durch ihre faktische Verbindlichkeit nicht zu unterschätzen sind.[343] Ebenfalls erwähnenswert ist, dass mit dem FINMA-RS kein Aktionärsschutz bei der Festsetzung von VR-Honoraren betrieben wird. Dies wird zum einen durch die zwingende Zuständigkeit des VR in Entschädigungsfragen und zum anderen in der Transparenz ohne Wirkungen zugunsten des Aktionärs ersichtlich.

[Rz 92] Im Bereich von Entschädigungsfragen ist in letzter Zeit nicht eine Dreiteilung des Aktienrechts in börsenkotierte Aktiengesellschaften (Publikumsgesellschaften), KMU und Übrige festzustellen,[344] sondern vielmehr eine solche in Finanzgesellschaften (vgl. FINMA-RS 10/1), börsenkotierte Gesellschaften (vgl. Art. 663b^{bis} OR, RLCG) und restliche. Dabei ist eine Überlappung – gerade bei börsenkotierten Finanzinstituten – unvermeidlich. Bei Diskussionen über die Vergütungsproblematik des VR sollte diese Kategorienunterteilung berücksichtigt werden.[345]

f) Zwischenfazit

[Rz 93] Nach der bundesgerichtlichen Lösung, wonach bei Nichtvorliegen einer anderslautenden statutarischen Bestimmung der VR sich die festen Vergütungen von einem weiteren Mitglied genehmigen lassen kann, ist der Interessenkonflikt allgegenwärtig. Gegenpole dazu sind deshalb essentiell für die Aktionäre und die Gläubiger der Gesellschaft. Einerseits schiebt sich das BGer selbst einen Riegel, indem gewisse Vergütungen als verschleierte Tantiemen qualifiziert werden, andererseits besteht der SCBP, der sich v.a. durch faktische Verbindlichkeit auszeichnet. Eine Entschärfung der Problematik selber könnte zukünftig vom FINMA-RS 10/1 ausgehen.

[Rz 94] Die neu eingeführte Transparenzpflicht für börsenkotierte Gesellschaften ist nicht zuletzt deshalb von Bedeutung, weil in der Folge der GV etliche weitere Riegel zur Verfügung gestellt werden. Trotzdem ist Art. 663b^{bis} OR nicht zu überschätzen, da er nur für die (anzahlmässig wenigen)[346] börsenkotierten Gesellschaften gilt[347] und es fraglich ist, ob mit der Offenlegung der VR-Entschädigung allein ein Funktionsschutz des Kapitalmarkts garantiert wird.[348] Schade ist auch, dass der Bonusanteil des einzelnen VR-Mitglieds nicht offengelegt werden muss.[349] Gegensteuer schaffen hier der SCBP und die RLCG.[350]

IV. Klagen gegen überhöhte Bonuszahlungen

1. Überhöhte Bonuszahlungen im Allgemeinen

a) Unangemessene Tantiemen

[Rz 95] Bezüglich der Höhe von Tantiemen geniesst die GV weites Ermessen.[351] Dies gilt allerdings nur, soweit nicht die Statuten Angaben betreffend die Höhe aufweisen und so die Freiheit des VR einschränken.[352] Es gilt aber zu beachten, «dass die Tantiemen [in jedem Fall] nicht völlig unangemessen hoch»[353] festgesetzt werden, da sonst wegen verringerter Dividenden der Minderheitsaktionär geschädigt werden kann.[354] Vielmehr muss die Gewinnausschüttung durch opportune wirtschaftliche Überlegungen gerechtfertigt sein.[355]

---

341 In der Medienmitteilung FINMA zum RS Vergütungssysteme war noch die Rede von zwölf Instituten.

342 FINMA-RS 10/1, N 9.

343 Vgl. FINMA-RS 10/1, N 8, wo von einer Empfehlung ausgegangen wird.

344 Generell dazu Kunz Peter V., Aufbruchstimmung im Schweizer Wirtschaftsrecht. Die Rechtssetzung als zentrale Herausforderung für die Rechtsanwendung, Jusletter vom 18. Februar 2008, N 20 Fn 51; vgl. auch Kunz, Status Quo, 154.

345 Soweit jedenfalls, als diese Dreiteilung auch beibehalten werden will.

346 244 Schweizer Aktiengesellschaften sind an der SIX (vgl. www.six-swiss-exchange.com/shares/explorer_de.html#srtBy=ShortName&savedHash=true) und 40 an der BX (vgl. www.berne-x.com/de/index/BIRW) kotiert. Insgesamt sind 186'980 Aktiengesellschaften im Handelsregister eingetragen (Stand am 31. Dezember 2009), vgl. dazu Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Handelsregister-Statistik 2009. Eingetragene Gesellschaften pro Rechtsform und Kanton, 1, Bern 2010, abrufbar unter http://zefix.admin.ch/statistic2009%20-%20Anzahl%20eingetrag.%20Gesellschaften%20pro%20Rechtsform%20und%20Kanton.pdf.

347 Kritisch zu dieser Lösung auch Aepli, Entschädigung (2009), 9; Böckli/Huguenin/ Dessemontet, Expertenbericht, 107 f.; Gächter, Managementvergütungen, 208; Vogt/ Schiwow/Wiedmer, Aktienrechtsrevision, 1387.

348 Böckli, Aktienrecht, § 8 N 487; ähnlich Bahar, Compensation, 111, v.a. Fn 168; a.M. aber Botschaft Transparenz, 4481 und 4492; Maizar/Watter, Transparenz, 352; Watter/Maizar, BSK, N 7 zu Art. 663b^{bis} OR. Ausserhalb von VR-Vergütungen wird aber mit dem FINMA-RS 10/1 (Grundsatz 9) erneut eine Verschärfung der Transparenzpflicht mit dem Ziel des Funktionsschutzes eingeführt.

349 Vgl. ebenso Böckli, Aktienrecht, § 13 N 486.

350 Vgl. auch Böckli, Aktienrecht, § 8 N 486.

351 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 28 N 125 m.w.H.; Homburger, ZK, N 942 zu Art. 677 OR; Krneta, Praxiskommentar, N 1773; Spörri, Rückerstattungspflicht, § 7 N 196.

352 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 28 N 125.

353 Kurer, BSK, N 8 zu Art. 677 OR.

354 BGE 105 II 114 E. 4b S. 121 ff. (zur Auflösungsklage); 82 II 148 S. 150 f. (zur Anfechtungsklage); vgl. auch Bürgi, ZK Bd. V/5b/1, N 21 zu Art. 677 OR; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 28 N 125 Fn 69.

355 Von Greyerz, SPR, 252; Spörri, Rückerstattungspflicht, § 7 N 197.

b) Unangemessene Verwaltungsratshonorare

[Rz 96] Die Höhe des VR-Honorars soll angemessen sein.[356] Ob ein Honorar angemessen ist, kann nicht allgemein, sondern nur unter Würdigung aller Umstände im Einzelfall beurteilt werden.[357] Die wirtschaftliche Entwicklung einer AG,[358] sowie die Leistung des VR-Mitglieds[359] spielen dabei eine zentrale Rolle. Als Kriterien zur Bemessung werden dabei in der Literatur hauptsächlich die folgenden aufgeführt:[360]

- Zeitaufwand resp. Beanspruchung des VR-Mitglieds
- Bedeutung und finanzielle Situation der Gesellschaft
- Verantwortung des VR-Mitglieds

[Rz 97] Es werden verschiedentlich auch noch weitere Faktoren genannt:

- Opportunitätskosten[361]
- Stellung innerhalb des VR,[362] was m.E. aber im Zusammenhang mit der Verantwortung zu betrachten ist
- Laufbahnrisiko[363]
- Marktwert des VR-Mitglieds[364]
- Vorhalte-Kosten[365]

[Rz 98] In Bezug auf die Möglichkeit zur Ausgestaltung von Bonuszahlungen ist das Kriterium des *Erfolgs der Geschäftsführung* von grosser Bedeutung.[366] Als Charakteristika zur Beurteilung von Erfolg sind dabei «der Umsatz, der ausgewiesene oder der nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen errechnete Reingewinn, der Cash-Flow, der Aktienkurs oder die ausgeschüttete Dividende» denkbar.[367] Zunehmend in Gebrauch kommen auch Berechnungssysteme wie z.B. EVA.[368] Hungerbühler erwähnt die Gefahr der nachträglichen Anpassung des Entschädigungsmodells, falls ein rein nach dem Erfolg ausgerichtetes Honorar infolge Misserfolges ganz ausbleibt.[369] Eine solche Modifikation ist meist mit einem Vertrauensverlust verbunden.[370] Aus diesem Grund wird empfohlen, nur einen Teil der Entschädigung erfolgsabhängig auszugestalten.[371]

c) Kombination

[Rz 99] Die Abgrenzung des Bonus in Gestalt der Tantieme von derjenigen der festen Vergütung kann sich im Einzelnen als heikel herausstellen. Dies deshalb, weil diese zwei Formen auch gleichzeitig nebeneinander bestehen können, wobei dann die Leistungen zur Beurteilung der Angemessenheit zusammenzuzählen sind.[372] So ist im Einzelnen denkbar, dass die Tantieme resp. das Honorar für sich betrachtet als angemessen beurteilt werden kann, obschon, bei einer globaleren Betrachtungsweise, die Verknüpfung der beiden Formen ein gegenteiliges Ergebnis reflektieren lässt. Diesfalls bleibt es dem Kläger überlassen, gegen welche Form der Vergütung er vorgehen will, wobei auch ein Eventualbegehren[373] prozessrechtlich als möglich erscheint.

2. Rückerstattungsklage im Besonderen

[Rz 100] Vorliegend wird nur die in der Praxis bei überhöhten Boni wichtigste Klage aus Art. 678 OR behandelt. Dies soll aber keineswegs bedeuten, andere Klagen hätten zu dieser Thematik keine Relevanz.

[Rz 101] Die ungerechtfertigte Gewinnentnahme betrifft Tantiemen und die verdeckte Gewinnausschüttung betrifft das Honorar, das unter «andere Leistungen» (Art. 678 Abs. 2 OR) zu subsumieren ist.[374]

a) Ungerechtfertigte Gewinnentnahme

aa) Legitimation

[Rz 102] Aktivlegitimiert zur Klage (Art. 678 Abs. 3 OR) ist

---

356 BGE 86 II 159 E. 1 S. 162 f.; Bürgi, ZK Bd. V/5b/1, N 33 zu Art. 677 OR; Forstmoser/ Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 28 N 128; Homburger, ZK, N 950 zu Art. 717 OR; vgl. auch Hungerbühler, VR-Präsident, 177.

357 Bürgi, ZK Bd. V/5b/1, N 33 zu Art. 677 OR; Homburger, ZK, N 950 zu Art. 717 OR.

358 Homburger, ZK, N 950 zu Art. 717 OR mit Verweis auf BGE 86 II 159; Spörri, Rückerstattungspflicht, § 7 N 220.

359 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 28 N 134.

360 Chenaux, CR, N26 zu Art. 677 OR; Dürr, Rückerstattungsklage, § 13 N 3; Homburger, ZK, N 948 zu Art. 717 OR; Hungerbühler, VR-Präsident, 179 f.; Nobel, Compensation, 117 f.; Müller/Lipp/Plüss, VR, 114; Watter/Maizar, Structure, 45. Böckli, Aktienrecht, § 13 N 240 nennt u.a. Punkt eins und drei.

361 Böckli, Aktienrecht, § 13 N 240 f., m.w.H.; Dürr, Rückerstattungsklage, § 13 N 3; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 28 N 130; Watter/Maizar, Structure, 45; differenzierend Homburger, ZK, N 949 zu Art. 717 OR; ablehnend mit eingehender Begründung Waldburger, Gleichbehandlung, 280.

362 Böckli, Aktienrecht, § 13 N 240; Dürr, Rückerstattungsklage, § 13 N 3; Waldburger, Gleichbehandlung, 278.

363 Hungerbühler, VR-Präsident, 181 f., m.w.H.

364 Hungerbühler, VR-Präsident, 182 m.w.H.

365 Hungerbühler, VR-Präsident, 182 f., m.w.H.

366 Kriterium von Hungerbühler, VR-Präsident, 181.

367 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 28 N 132; Hungerbühler, VR-Präsident, 181.

368 Economic Value Added, registered trademark of Stern Stewart & Co., New York. Dazu Watter/Maizar, Structure, 38 m.w.H. und 47; vgl. Leu, Vergütungen, 26 und 194 f.

369 Hungerbühler, VR-Präsident, 181.

370 Krneta, Praxiskommentar, N 1782.

371 Hungerbühler, VR-Präsident, 181.

372 Aepli, Entschädigung (2002), 272; Spörri, Rückerstattungspflicht, § 7 N 221; vgl. Chenaux, CR, N 2 zu Art. 677 OR; Ruedin, Rémunération, 331.

373 Vgl. dazu Berger/Güngerich, Zivilprozessrecht, § 14 N 686; Walder-Richli Hans Ulrich/Grob-Andermacher Béatrice, Zivilprozessrecht. Nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 11 N 1.

374 Gächter, Managementvergütungen, 62 m.w.H. Diese Einteilung ist allerdings z.T. umstritten, vgl. Aepli, Entschädigung (2002), 277 m.w.H.

zum einen die Gesellschaft selber, vertreten durch den VR.[375] In der Praxis wird es jedoch kaum vorkommen, dass dieses Organ die Rückerstattung der ihr selbst zugesprochenen Entschädigung fordert.[376] Insoweit wichtiger ist die Aktivlegitimation des Aktionärs (Art. 678 Abs. 3 OR). In den Fällen des Untätigbleibens des VR ist allerdings zu beachten, dass ein Teil der Lehre der GV die Möglichkeit einräumen will, einen Bevollmächtigten zur Erhebung der Klage zu bestellen.[377]

[Rz 103] Passivlegitimiert ist in casu u.a. der VR oder diesem nahe stehende (natürliche oder juristische) Personen, die die Entschädigung entgegen genommen haben (Art. 678 Abs. 1 OR).[378]

bb) Rückerstattungsobjekt

[Rz 104] Fraglich ist, in welchem Umfang Tantiemen rückerstattet werden müssen. Dabei ist m.E. zu unterscheiden: Verstösst die Ausrichtung gegen eine Tantiemenvorschrift, so ist sie erschöpfend zurückzuerstatten.[379] Schwieriger ist der Fall gelagert, wenn gegen eine Angemessenheitsvorschrift in den Statuten verstossen wird. Insoweit ist die Angelegenheit vergleichbar mit Art. 678 Abs. 2 OR, wobei aber zu beachten ist, dass an jener Stelle[380] von «soweit» die Rede ist, während dieser Begriff bei Art. 678 Abs. 1 OR fehlt. Trotzdem drängt sich hier eine Rückerstattung nur im Umfang der Übermässigkeit auf. Es ist nicht ersichtlich, warum bei diesen eng verknüpften Absätzen und bei praktisch sehr ähnlichen Fällen eine Unterscheidung gemacht werden sollte.

cc) Voraussetzungen

[Rz 105] Von Art. 678 Abs. 1 OR werden nur ungerechtfertigte Gewinnausschüttungen erfasst. Ungerechtfertigt sind Tantiemen, wenn sie gegen gesetzliche oder statutarische Vorschriften verstossen.[381] Da ex lege keine Bestimmung betreffend die Angemessenheit von Tantiemen zu erkennen ist, kommt in diesem Bereich eine Rückerstattung nur bei einer dementsprechenden Regelung in den Statuten in Betracht. Ohne eine solche besteht, sofern keine Tantiemenvorschriften verletzt werden – und so indirekt die unangemessene Höhe der Tantieme sanktioniert werden kann – keine Möglichkeit zum Rückgriff gegen überhöhte Boni in Form von Tantiemen. Insbesondere sind hier die ungerechtfertigten Gewinnentnahmen von den «nur» unangemessenen[382] abzugrenzen.

[Rz 106] Im Übrigen ist als weitere Hürde Bösgläubigkeit des Empfängers erforderlich (Art. 678 Abs. 1 OR).

dd) Folgen

[Rz 107] Die ungerechtfertigt bezogene Tantieme muss, unabhängig vom Kläger (vgl. Art. 678 Abs. 3 OR), an die AG rückgeleistet werden.

b) Verdeckte Gewinnausschüttung

aa) Legitimation

[Rz 108] Bezüglich der Aktivlegitimation kann aufgrund der systematischen Stellung von Art. 678 Abs. 3 OR auf die Ausführungen zur Tantieme verwiesen werden.[383] Dasselbe gilt für die Passivlegitimation, da Art. 678 Abs. 2 OR durch den Wortlaut «sie» einen Verweis auf denselben Kreis der Beklagten, wie ihn Art. 678 Abs. 1 OR vorsieht, initiiert.

bb) Rückerstattungsobjekt

[Rz 109] Für die Rückerstattung gemäss Art. 678 Abs. 2 OR ist die verdeckte Gewinnausschüttung durch unangemessene VR-Honorare massgebend.[384] Die Rückerstattungspflicht umfasst allerdings nur den Betrag in der Höhe der offensichtlichen Wertdisparität.[385]

cc) Voraussetzungen

[Rz 110] Um eine Rückerstattungspflicht entstehen zu lassen, müssen die Boni in Form des VR-Honorars laut Gesetz (Art. 678 Abs. 2 OR) in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Leistung des VR und zur wirtschaftlichen Lage der AG stehen. Dieser zweite Punkt der ökonomischen Situation wird von der h.L. verworfen.[386] Insgesamt ist aber festzuhalten, dass nicht jedes unangemessene VR-Honorar, sondern nur das *offensichtlich* unangemessene zurückgefordert werden kann.[387] Es ist umstritten, ob zusätzlich zu den genannten Voraussetzungen Bösgläubigkeit des Empfängers vorliegen muss.[388]

dd) Folgen

[Rz 111] Bei Erfüllen der Tatbestandsmerkmale erfolgt auch hier die Rückleistung an die AG.

---

375 Kunz, Klagen, 55; Kurer, BSK, N 29 zu Art. 678 OR.

376 Vgl. auch Spörri, Rückerstattungspflicht, § 5 N 7.

377 Kunz, Klagen, 55 f.; Spörri, Rückerstattungspflicht, § 5 N 7.

378 Vgl. Kunz, Klagen, 71; Kurer, BSK, N 30 zu Art. 678 OR.

379 Wohl auch Kurer, BSK, N 17 zu Art. 677 OR und bereits Hartmann, Tantieme, 89.

380 Vgl. dazu Kapitel IV 2b bb.

381 Kurer, BSK, N 20 zu Art. 678 OR.

382 Dazu Kapitel IV 1a.

383 Vgl. Kapitel IV 2a aa.

384 Vgl. auch Kapitel IV 1b.

385 Böckli, Aktienrecht, § 12 N 553; Dürr, Rückerstattungsklage, § 6 N 17. M.a.W. ist der angemessene Teil des Honorars nicht Objekt der Klage.

386 Böckli, Aktienrecht, § 12 N 556; von Büren, SPR, 162; Dürr, Rückerstattungsklage, § 6 N 12; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 50 N 121; Kurer, BSK, N 16 zu Art. 678 OR; Spörri, Rückerstattungspflicht, § 12 N 17.

387 Dürr, Rückerstattungsklage, § 14 N 7.

388 Dafür Gächter, Managementvergütungen, 62; Kurer, BSK, N 18 zu Art. 678 OR; dagegen Dürr, Rückerstattungsklage, § 7 N 9 ff.

V. Aktienrechtsrevision

[Rz 112] «Es ist nicht einfach, den Überblick zu wahren.»[389] Mit diesen Worten beschreibt Nobel zutreffend die gegenwärtige Situation, bei dem durch die vielen «Reformbäume» der Wald als eigentliches Ziel kaum mehr ungetrübt ersichtlich ist.

1. Revisionsvorhaben im Überblick

a) Grosse Aktienrechtsrevision

[Rz 113] Ende 2007 veröffentlichte der Bundesrat einen Entwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts.[390] Als Ziele wurden dabei die Verbesserung der Corporate Governance, die flexiblere Ausgestaltung der Regelung der Kapitalstrukturen, die Aktualisierung der Ordnung der GV und die umfassende Revision des sachlich veralteten Rechnungslegungsrechts definiert.[391]

[Rz 114] In dieser Fassung der Aktienrechtsrevision sind nur wenige die Vergütung des VR betreffende Bestimmungen zu finden.[392] So wurden etwa die Transparenzpflichten neu resp. an anderer Stelle geregelt (Art. 697^{quater}-Art. 697^{sexies} eOR). Eine bemerkenswerte Änderung bringt der Art. 697^{quinquies} eOR.[393] Nach diesem soll bei nicht kotierten Gesellschaften jedem Aktionär jederzeit ein Auskunftsrecht über Vergütungen i.S.v. Art. 697^{quater} eOR zustehen.[394] Ebenfalls gesetzlich geregelt werden (Art. 716b eOR) soll das Konstrukt eines Genehmigungsvorbehalts unübertragbarer VR-Aufgaben[395] aus Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und 2 OR.[396] Der Entscheid zu dessen Einführung bedarf der qualifizierten Mehrheit (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 9 eOR).[397] Gemäss der hier vertretenen Ansicht, wonach die Festsetzung der VR-Vergütung nicht in den Bereich der unübertragbaren Aufgaben von Art. 716a OR fällt,[398] ist aber eine differenzierte Ansicht angebracht. Die neue Vorschrift beschlägt das Gebilde der VR-Auffangkompetenzen (Art. 716 Abs. 1 OR) gerade nicht. Insofern kann die Aufnahme eines statutarischen Genehmigungsvorbehalts weiterhin mit einfachem Mehr (Art. 703 OR) beschlossen werden.[399]

In Art. 717b Abs. 1 eOR wird neu die gegenseitige Einflussnahme betreffend die Festsetzung der Entschädigung bei börsenkotierten Gesellschaften verboten. Leider wird diese Regelung nicht so weit ausgedehnt, dass eine rein formelle Heilung des Selbstkontrahierens durch den VR – der auch innerhalb ein und derselben Gesellschaft Einfluss nimmt – versagt wird. M.E. könnte dieser Art. 717 Abs. 1 eOR im eben genannten Bereich trotzdem nicht ohne Relevanz sein, nämlich dann, wenn das BGer für die gesamte Problematik der Interessenkonflikte die gesetzgeberische Entwicklung bei seiner Auslegung berücksichtigt.

b) «Abzocker-Initiative»

[Rz 115] Am 2. April 2008 wurden durch das Einreichen der «Abzocker-Initiative»[400] die Diskussionen um das Vergütungssystem des OR lanciert. Zwischenzeitlich stand zur Debatte, Initiant Thomas Minder würde die Initiative bei einer entsprechenden Überarbeitung des Entwurfs zur Aktienrechtsrevision zurückziehen.[401] Der entsprechende Antrag scheiterte aber im Nationalrat in der Frühlingssession 2010.[402] Noch unbekannten Datums wird nun das Schweizervolk über die Initiative abstimmen.

[Rz 116] Nach Art. 95 Abs. 3 Einleitungssatz eBV[403] sollen die von der Initiative vorgeschlagenen Änderungen nur kotierte Aktiengesellschaften beschlagen. Bei einer Annahme müsste also in erster Linie dieser Bereich in der grossen Aktienrechtsrevision neu gestaltet werden. Art. 95 Abs. 3 lit. a eBV würde neu verlangen, dass die GV zwingend über den Gesamtbetrag der VR-Vergütungen zu befinden hat. Durch diese Regelung würden die auszahlbaren Boni von diesem Organ betragsmässig nach oben hin beschränkt. E contario sind aber die auf die einzelnen Mitglieder fallenden Werte weiterhin durch den VR festsetzbar. Die Initiative sieht weiter vor, dass der GV die Kompetenz zur Wahl des Vergütungsausschusses zusteht (Art. 95 Abs. 3 lit. a 2. Satz eBV). Letzterer hat entsprechend Satz 1 dieser litera keine Entscheidbefugnis.

[Rz 117] Nach Art. 95 Abs. 3 lit. b eBV ist, neben der genannten Neuregelung der Kompetenzen, zusätzlich im Bereich von Firmenkäufen und -verkäufen die Ausrichtung von Bonuszahlungen gänzlich verboten. Diese Formulierung wirft einige Fragen auf: Nach juristisch korrekter Terminologie stellt die Firma nämlich den «Namen der Aktiengesellschaft» dar.[404] So verstanden würde aber diese Bestimmung wenig Sinn machen, da nach h.L. und Rechtsprechung die Firma grund-

[389] Nobel, Notwendigkeit, 453.

[390] Entwurf Aktienrecht.

[391] Botschaft Aktienrecht, 1591 f.

[392] Die Normen über die Tantiemen bleiben inhaltlich sogar gänzlich unverändert.

[393] Maizar, Offenlegung, 105.

[394] Vgl. Maizar, Offenlegung, 107.

[395] Kritisch zu diesem Gebilde mit eingehender Begründung Böckli, Hammer und Amboss, 30.

[396] Art. 716a OR wird in der deutschen Fassung unverändert in den Entwurf aufgenommen, vgl. Entwurf Aktienrecht, 1783.

[397] Botschaft Aktienrecht, 1684 und 1686.

[398] Vgl. Kapitel III 2a cc.

[399] Eine strengere Statutenvorschrift wäre aber einführbar, vgl. Art. 704 Abs. 2 OR.

[400] Vgl. Bekanntmachung Volksinitiative «gegen die Abzockerei», 2577.

[401] Dazu NZZ Online vom 10. Februar 2010: Minder spannt mit der SVP zusammen. Rigide Aktienrechtsreform als Bedingung für den Rückzug der «Abzocker»-Initiative.

[402] AmtlBull 2010 NR vom 11. März 2010, Ordnungsantrag.

[403] Vgl. zum Initiativtext Zusatzbotschaft Aktienrecht, 304 f.

[404] Hilti, SIWR, 3; Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 7 N 9 ff.

sätzlich unübertragbar ist.[405] Möglicherweise – und praktisch wohl eher der Zielsetzung der Initiative entsprechend – ist die Bedeutung dieses Begriffs aber in einem umgangssprachlichen Sinne zu verstehen, was die Akquisition oder Dequisition einer Gesellschaft bedeuten würde.[406] Auch hier müsste wieder juristisch präzis formuliert werden, ob der direkte Kauf/Verkauf durch Übernahme von Aktiven und Passiven der zu übernehmenden Gesellschaft (sog. «Asset Deal»), der indirekte über den Erwerb oder die Veräusserung von Aktien (sog. «Share Deal»),[407] oder gar beide Tatbestände erfasst werden sollen. Unklar bleibt ebenfalls, ob die wirtschaftlich gesehen ähnlichen Fälle der Fusion und Spaltung auch von diesem Verbot einer Zusatzentschädigung erfasst werden sollen. Es bleibt also zu hoffen, dass bei einer allfälligen Annahme der Initiative der auszuarbeitende Gesetzeswortlaut juristisch korrekter und präziser formuliert wird. Trotzdem bleibt dem Stimmvolk eine gewisse Unklarheit. Dieses sollte sich deshalb Gedanken darüber machen, ob es gewissermassen die Katze im Sack kaufen will.

[Rz 118] Nach Art. 95 Abs. 3 lit. b eBV bedarf der Statuteninhalt der Ausweisung von Erfolgs- und Beteiligungsplänen. Nicht ersichtlich ist, wie detailliert solche Pläne auszufallen sind und wie sich das Verhältnis mit den Transparenzbestimmungen gemäss Art. 663b^{bis} OR[408] gestaltet. Jede Statutenänderung müsste dann nach Art. 647 OR[409] öffentlich beurkundet und ins Handelsregister eingetragen werden. Letztlich will durch diese Bestimmung wohl verdeutlicht werden, dass die GV als statutengebendes Organ (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR)[410] die Zügel auch hinsichtlich der Wahl des Bonussystems in der Hand hält. Insofern ist die oben gemachte Ausführung, wonach der VR weiterhin zur Festsetzung der einzelnen Beträge innerhalb des vorgegebenen Rahmens der Gesamtvergütung zuständig sein soll, zu relativieren. Sein Ermessen wird, je nach Deutlichkeit der statutarischen Bestimmung, nicht mehr ausgeprägt sein.

[Rz 119] Die unter Art. 95 Abs. 3 lit. a-c genannten Vorschriften sollen schliesslich gemäss lit. d unter Strafandrohung gestellt werden.

[Rz 120] Die Annahme der «Abzocker-Initiative» hätte im Ergebnis strengere Vorschriften für die Gesellschaft und im Vergütungsbereich eine Kompetenzverschiebung zugunsten der GV zum Gegenstand. Dies kann eine Schwächung[411] der kotierten Aktiengesellschaften zur Folge haben. In deren Fortgang könnte die Entwicklung zu einer vermehrten ausserbörslichen Tätigkeit (sog. «Over the Counter»)[412] für grosse Gesellschaften führen.

c) Indirekter Gegenvorschlag

[Rz 121] Als Reaktion auf die nach Auffassung des Bundesrats zu einschneidende «Abzocker-Initiative» hat dieser am 5. Dezember 2008 einen indirekten Gegenvorschlag dazu präsentiert.[413] Diese Vorlage wurde vom Ständerat in der Sommersession 2009 behandelt.[414] Dabei gab es einige Abschwächungen der Gegengewichte zur «Abzocker-Initiative» zu verzeichnen.[415] An der vergangenen Session ist der Bundesrat als eigentlicher Urheber des indirekten Gegenvorschlags umgeschwenkt auf einen neuen Vorschlag auf Stufe Verfassung.[416] Dieser direkte Gegenvorschlag soll der grossen Kammer des Schweizer Parlaments entsprechend den indirekten ablösen.[417] Der indirekte Gegenvorschlag ist damit aber – zumindest theoretisch – bis zur Behandlung durch die kleine Kammer noch nicht ganz vom Tisch.[418] Aufgrund der momentanen Unklarheiten bezüglich des Ob sowie auch des Wie dieser Vorlage, wird hier auf Ausführungen zu einzelnen Bestimmungen verzichtet.

d) Direkter Gegenvorschlag

[Rz 122] Wie die «Abzocker-Initiative» will auch der direkte Gegenvorschlag – der mit Namen im Übrigen auf «Stopp der Abzockerei und für mehr Transparenz» lautet[419] – nur eine Regelung für kotierte Aktiengesellschaften (Art. 122 Abs. 1bis Ingress eBV). In gleicher Weise wie die von Thomas Minder eingereichte Initiative soll zudem die GV zwingend über den Gesamtbetrag von VR-Vergütungen entscheiden (Art. 122 Abs. 1bis lit. a eBV). Nach lit. b muss der VR der GV ein die Grundlagen und Elemente von Entschädigungen enthaltendes Vergütungsreglement zur Genehmigung vorlegen. Im Vergleich zur Initiative wurde hier eine flexiblere Lösung erarbeitet. Der VR kann demnach laufend ein neues Reglement zur Genehmigung vorlegen, ohne dass es dabei einer Statutenänderung bedürfte. Ebenso wie in der «Abzocker-Initiative» ist auch hier das Verbot von Bonuszahlungen aufgrund von Firmenkäufen und -verkäufen zu finden.[420] Wiederum

[405] Hilti, SIWR, 50 m.w.H.

[406] Ebenso Zusatzbotschaft Aktienrecht, 310.

[407] Vgl. dazu statt aller Tschäni Rudolf, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich/Basel/Genf 2003, 45.

[408] De lege ferenda in Art. 697^{quater} OR, Botschaft Aktienrecht, 1773.

[409] Unveränderte Übernahme im eOR.

[410] Ziff. gleichbleibend nach zukünftiger Regelung.

[411] Zu den Gründen vgl. etwa Kapitel III 2a bb.

[412] Vgl. dazu Zobl/Kramer, Kapitalmarktrecht, N 581 m.w.H.

[413] Vgl. Zusatzbotschaft Aktienrecht, 301.

[414] AmtlBull 2009 SR vom 11. Juni 2009, 699 ff.; AmtlBull 2009 SR vom 10. Juni 2009, 643 ff.

[415] Bundesrätin Eveline Widmer-Schlumpf dazu (AmtlBull 2009 SR vom 11. Juni 2009): «Ich sage Ihnen völlig emotionslos, dass Sie dem indirekten Gegenvorschlag einige Zähne gezogen haben.»

[416] AmtlBull 2010 NR vom 17. März 2010.

[417] AmtlBull 2010 NR vom 17. März 2010.

[418] Dazu auch NZZ Online vom 12. März 2010: Die nächsten Schritte in der «Abzocker»-Debatte. Fortsetzung der Beratungen im Nationalrat am Mittwoch – indirekter Gegenvorschlag bleibt theoretisch möglich. Vgl. zum aktuellen Zeitplan Kapitel V 1b.

[419] Ratsunterlagen Abzockerei, 3.

[420] Es kann auf die in Kapitel V 1b gemachten Ausführungen verwiesen

kommt durch die Einführung des Begriffes «grundsätzlich» eine erhöhte Flexibilität zum Ausdruck. Der Schlusssatz von lit. b bestimmt schliesslich, dass Boni mit der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens in Übereinstimmung stehen müssen und deren Auszahlung nur erfolgen kann, wenn feststeht, dass die Gegenleistung zum langfristigen Gedeihen des Unternehmens beigetragen hat. Dies stellt eine Konkretisierung der Kriterien aus Art. 717 Abs. 1 OR dar.[421] Dabei ist m.E. allerdings fraglich, ob mit dieser Bestimmung tatsächlich eine Änderung bewirkt wird oder ob es sich nur eine Normierung der gefestigten Praxis zum geltenden Art. 717 Abs. 1 OR für einen Spezialfall handelt.[422] Für den VR wird in Art. 122 Abs. 1bis lit. c eBV neu die Aufgabe zur Erstellung eines Vergütungsberichts vorgeschrieben. Dieser muss den auf jedes VR-Mitglied entfallenden Betrag – entsprechend der Transparenzpflicht aus Art. 663bbis OR[423] – offenlegen. Gemäss Art. 122 Abs. 1bis lit. d soll bei der Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR das Kriterium des «offensichtlichen Missverhältnisses zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft» fallen gelassen werden.[424] Ebenfalls soll neu auch die Gesellschaft selber zur Klage legitimiert sein.[425]

2. Weiteres Vorgehen

[Rz 123] Die direkte Revision des OR in Vergütungsfragen und Aspekten der Corporate Governance wurde zwar formell noch nicht suspendiert, ruht aber bis auf Weiteres.[426] Das Rechnungslegungsrecht, bei welchem bis anhin nur eine Gesetzesrevision in Frage stand, wird den anderen Themen zeitlich vorgezogen. Es wird dabei abgewartet, wie der Ständerat zum direkten Gegenvorschlag des Nationalrats reagiert. Diese Verfassungsvorlage ist momentan in der vorberatenden Kommission des Ständerats und soll von Letzterem in der Sommersession behandelt werden.[427] Nach dem Entscheid des Volkes über die «Abzocker-Initiative»[428] und eventualiter über den direkten Gegenvorschlag, würde die grosse Aktienrechtsrevision in Vergütungsfragen, je nach Abstimmungsergebnis, nochmals überarbeitet. Es ist denn nach Auskunft des BJ momentan nicht möglich, einen Zeitpunkt für das Inkrafttreten eines revidierten OR auszumachen.

3. Zwischenfazit

[Rz 124] Der direkte Gegenvorschlag orientiert sich stark am indirekten.[429] Man ist versucht, diesen als Überarbeitung des Letzteren zu bezeichnen. In einem für das vorliegende Thema relevanten Punkt ist trotzdem ein beträchtlicher Unterschied festzustellen: Bei der Kompetenz zum Erlass von VR-Honorar übernimmt der direkte Gegenvorschlag das Gedankengut der Volksinitiative.

[Rz 125] Die Frage, warum der «Abzocker-Initiative» ein Gegenvorschlag auf Verfassungsebene präsentiert werden soll, drängt sich aber wohl jedem kritisch denkenden Juristen auf.[430] Ein Blick in die aktuelle Bestimmung von Art. 122 BV akzentuiert diese Skepsis. In den allfälligen neuen «Nachbarbestimmungen» von Art. 122 Abs. 1bis eBV geht es um die Gesetzgebungskompetenz im Zivil- und Zivilprozessrecht (Abs. 1) und um die Organisation der Gerichte, sowie der Zuständigkeit zur Rechtsprechung in Zivilsachen (Abs. 2). Dass dabei eine ins Detail gehende Regelung von Vergütungsfragen für börsenkotierte Aktiengesellschaften nicht wirklich in das Konzept dieses Verfassungsartikels passt, bedarf keiner Betonung. Die Gründe, warum einer solchen Systematik der Vorzug gegeben wird, können wohl nur auf politischer Ebene gefunden werden.

VI. Fazit

[Rz 126] Im geltenden Recht sollte die GV vermehrt von ihrer Stellung als primus inter pares – aufgrund ihrer Befugnis die Statuten zu erlassen – in der AG, die trotz Paritätsprinzip besteht, profitieren.[431] M.E. ist es wichtig, die GV nach wie vor selbst entscheiden zu lassen, wie weit sie in die Vergütungsproblematik eingreifen will. Traut sie sich zu, die meist komplexen Bonusregelungen festzusetzen, soll sie dies tun. Gleichzeitig muss sie aber auch die Konsequenzen tra-

werden.

421 Zusatzbotschaft Aktienrecht, 318 (mit der gleichlautenden Bestimmung des dortigen indirekten Gegenentwurfs).

422 Bereits heute muss der VR durch seine Treuepflicht den Unternehmenswert nachhaltig steigern und somit die wirtschaftliche Lage bei der Vergütungsfestsetzung berücksichtigen, Homburger, ZK, N 781 zu Art. 717 OR; Watter/Roth Pellanda, BSK, N 16 und N 37 zu Art. 717 OR; vgl. auch Krneta, Praxiskommentar, N 1084.

423 Art. 663bbis Abs. 4 Ziff. 1 OR fordert zusätzlich noch die Auflistung des Gesamtbetrags der VR-Vergütungen. Trotz «iudex non calculat» sollte aber diese Abweichung in der Praxis keine Nachteile mit sich ziehen.

424 Dies ist ein Einlenken gegenüber der h.L., die dieses Kriterium als sinnwidrig erachtete, vgl. Dürr, Rückerstattungsklage, § 6 N 12 und Kapitel IV 2b cc.

425 Hintergrund dieser Regelung ist eine vollständige Überbindung der Prozesskosten an die Gesellschaft, Zusatzbotschaft Aktienrecht, 315. Diese Möglichkeit wird von einem Teil der Lehre bereits de lege lata vorgesehen, vgl. dazu Kapitel IV 2a aa.

426 Das Geschäft liegt dabei bei Rechtskommission des Nationalrats.

427 Dabei ist ein gewisser Zeitdruck spürbar, vgl. dabei Zusatzbotschaft Aktienrecht, 305 (1.3 Behandlungsfristen).

428 Zurzeit ist noch nicht klar, wie das Parlament seine Wahlempfehlung abgeben wird. Der Ständerat als Erstrat hat sich für eine Ablehnung ausgesprochen (AmtlBull 2009 SR vom 11. Juni 2009), währenddessen der Nationalrat für ein Ja plädiert (AmtlBull NR vom 17. März 2010).

429 Als indirekter Gegenvorschlag gilt in diesem Abschnitt jene Fassung des Bundesrats, vgl. Zusatzbotschaft Aktienrecht.

430 Vgl. Bundesrätin Eveline Widmer-Schlumpf: «Vor allem hat dieser indirekte Gegenvorschlag einen Vorteil: Wir machen eine Regelung auf Gesetzesstufe und nicht auf Verfassungsstufe.», AmtlBull 2009 SR vom 9. Juni 2009, 616.

431 Ähnlich Nobel, Compensation, 130 f.; Nobel, Notwendigkeit, 461.

gen, die sich am Ende der Kausalkette womöglich in einer zukünftig verminderten Dividende,[432] sowie auch in verfahrensmässigen Schwierigkeiten ergeben können. Die Wahl eines Mittelwegs, beispielsweise durch die statutarische Umschreibung von Grundsätzen zur Bonusvergütung, stellt eine nicht zu vernachlässigende Option dar. Ebenfalls in diesem Zusammenhang zu erwähnen ist die Möglichkeit, einem durch die GV gewählten Entschädigungsausschuss aus den Reihen des VR Kompetenz zuzuweisen.[433] Schliesslich kann auch mit dem Umweg über Art. 678 OR aktiv gegen Bonusexzesse vorgegangen werden. Zu bemängeln an der geltenden gesetzlichen Lösung ist aber die Nichttransparenz des Bonussystems.[434] Somit ist vielmehr von einem Vorgehen gegen Entschädigungsexzesse, denn gegen übermässige Boni an sich auszugehen. Unbefriedigend sind auch die Offenlegungspflichten für nichtkotierte Gesellschaften. Abhilfe hierbei sieht die bevorstehende Revision vor (Art. 697^{quinquies} OR i.V.m. Art. 697^{quater} OR).

Literaturverzeichnis

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 5. April 2010.

Abegg Andreas, Neues und Bewährtes vom Bundesgericht zur Abgrenzung von Lohn und Gratifikation und dem entsprechenden Anspruch pro rata temporis, Jusletter 12. Oktober 2009.

Aepli Viktor, Die Entschädigung des Verwaltungsrates, ZSR 128/2009, 1. Halbband, Heft 1, 3-13.

Ders., Verwaltungsratshonorare und das Recht. Das heisse Eisen der «Selbstbemessung», in: NZZ Online vom 24. April 2004.

Ders., Zur Entschädigung des Verwaltungsrates, SZW 2002, 269-278.

Amstutz Max D., Macht und Ohnmacht des Aktionärs. Möglichkeiten und Grenzen der Corporate Governance bei der Wahrung der Aktionärsinteressen, Zürich 2007.

Bahar Rashid, Executive Compensation: Is Disclosure Enough?, in: Thévenoz Luc/Bahar Rashid (Hrsg.), Conflicts of Interest. Corporate Governance and Financial Markets, Geneva/Zurich/Basel 2007, 85-136.

Barthold Beat M./Widmer Marc, Regulierung der variablen Vergütung? Eine Bewertung der schweizerischen Regulierungsbestrebungen im Vergütungsbereich, AJP 2009, 1389-1397.

Bauen Marc/Bernet Robert, Schweizer Aktiengesellschaft. Aktienrecht, Fusionsrecht, Börsenrecht, Steuerrecht, Zürich/Basel/Genf 2007.

Bauen Marc/Venturi Silvio, Der Verwaltungsrat. Organisation, Kompetenzen, Verantwortlichkeit, Corporate Governance, Zürich/Basel/Genf 2007.

Berger Bernhard/Güngerich Andreas, Zivilprozessrecht. Unter Berücksichtigung des Entwurfs für eine schweizerische Zivilprozessordnung, der bernischen Zivilprozessordnung und des Bundesgerichtsgesetzes (in Weiterführung des von Franz Kellerhals begründeten Werkes), Bern 2008.

Bertschinger Urs, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999.

Ders., Ausgewählte Fragen zur Einberufung, Traktandierung und Zuständigkeit der Generalversammlung, AJP 2001, 901-907.

Ders., Zuständigkeit der Generalversammlung der Aktiengesellschaft – ein unterschätzter Aspekt der Corporate Governance, in: Schweizer Rainer J./Burkert Herbert/Gasser Urs (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2002, 309-329.

Biedermann Dominique/Daeniker Daniel, Pro & Contra: Soll die Generalversammlung Managersaläre genehmigen?, GesKR 2008, 142-152.

Blanc Oliver/Zihler Florian, Die neuen aktienrechtlichen Vergütungsregeln gemäss dem Entwurf vom 5. Dezember 2008. Die grosse Aktienrechtsrevision als indirekter Gegenvorschlag zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei», GesKR 2009, 66-86.

Böckli Peter, Die Schweizer Verwaltungsräte zwischen Hammer und Amboss, SJZ 106 (2010), 1-10 und 25-31.

Ders., Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009.

Böckli Peter/Huguenin Claire/Dessemontet François, Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts. Mit einem ausgearbeiteten Gesetzesentwurf für eine Revision des 26. Titels des Obligationenrechtes «Die Aktiengesellschaft» und Erläuterungen, in: Druey Jean Nicolas/Forstmoser Peter (Hrsg.), Schriften zum Aktienrecht, Bd. 21, Zürich/Basel/ Genf 2004.

Bühler Christoph B., Regulierung im Bereich der Corporate Governance, Zürich/St. Gallen 2009.

von Büren Roland, 4. und 9.-11. Kapitel, in: von Büren Roland/Stoffel Walter A./Weber Rolf H. (Hrsg.), Grundriss des Aktienrechts, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007.

Ders., Der Konzern, in: von Büren Roland et al. (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Handelsrecht, Bd. VIII/6, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2005.

[432] Ein nicht ausgeklügeltes Bonussystem kann falsche Anreize schaffen, vgl. nur Leu, Vergütungen, 285 ff.; Watter/Maizar, Structure, 58.

[433] Für eine zwingende Umsetzung dieser Variante de lege ferenda von der Crone/ Steininger, Corporate Governance – Zusammenspiel der Gesellschaftsorgane. Aktionärsrechte und Stimmrechtsvertretung, ST 2010, 87.

[434] Ebenso Nobel, Compensation, 126.

von Büren Roland/Bähler Thomas, Eingriffe des neuen Börsengesetzes ins Aktienrecht. Ein weiteres Kapitel in der Diskussion um die Einheit des Aktienrechts, AJP 1996, 391-402.

Bürgi F. Wolfhart, Art. 660-697 OR, in: Beck E. et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bd. V/5b/1, Die Aktiengesellschaft, Zürich 1957.

Ders., Art. 698-738 OR, in: Bürgi F. Wolfhart et al.(Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bd. V/5b/2, Zürich 1969.

Ders., Zur Frage der Zuständigkeit bei der Festsetzung von Tantièmen und festen Gehältern für die Verwaltung, SAG 1948/49, 165-171.

Chenaux Jean-Luc, Art. 660-661 und 675-682 OR, in: Tercier Pierre/Amstutz Marc (Hrsg.), Commentaire Romand sur le Code des obligations II. Code des obligations art. 530-1186, Loi sur les bourses art. 22-33, Avec une introduction à la Loi sur la fusion, Bâle 2008.

Cramer Conradin, Der Bonus im Arbeitsvertrag (Diss. Basel = SSA, Heft 66), Bern 2007.

von der Crone Hans Caspar, Interessenkonflikte im Aktienrecht, SZW 1994, 1-11.

von der Crone Hans Caspar/Bächler Franziska, Stellungnahme zum Rundschreiben 10/1 Vergütungssysteme, Mindeststandards bei Finanzinstituten vom 13. November 2009, abrufbar unter.

von der Crone Hans Caspar/Carbonara Antonio/Martínez Larissa Marolda, Corporate Governance und Führungsorganisation in der Aktiengesellschaft, SJZ 100 (2004) , 405-412.

Daeniker Daniel, Die zwei Hüte des Verwaltungsrates: Handhabung von Interessenkonflikten bei M & A-Transaktionen, in: Tschäni Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VII, Zürich/Basel/Genf 2005, 113-132.

Ders., Vergütung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung schweizerischer Publikumsgesellschaften. Eine Bestandesaufnahme aus rechtsvergleichender Sicht, SJZ 101 (2005), 381-389.

Daeniker Daniel/Waller Stefan, Art. 2 lit. a-c, 3, 4, 49 BEHG, in: Watter Rolf/Vogt Nedim Peter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Börsengesetz. Art. 161, 161bis, 305bis und 305ter Strafgesetzbuch, Basel 2007.

Dubs Dieter/Truffer Roland, Art. 698-706b, 804-808c und 816 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II. Art. 530-1186 OR, 3. Aufl., Basel 2008.

Dürr Roger, Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerungen. Unter besonderer Berücksichtigung übermässiger Entschädigungen an Mitglieder des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung (Diss. Zürich = SSHW, Bd. 245), Zürich/Basel/Genf 2005.

Forstmoser Peter, Sachausschüttungen im Gesellschaftsrecht, in: Forstmoser Peter et al. (Hrsg.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, 701-714.

Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Gächter Guy M., Managementvergütungen: Grundlagen, Kompetenzen und Verfahren (Diss. St. Gallen), Zürich 2008.

Germanier Marc, Die vermögensrechtliche Stellung der Verwaltungsratsmitglieder und Direktoren in den schweizerischen Aktiengesellschaften (Diss. St. Gallen), Uzwil 1954.

Giger Gion, Corporate Governance als neues Element im schweizerischen Aktienrecht. Grundlagen sowie Anpassungsbedarf in den Bereichen Aktionärsrechte und Unternehmensleitung bei Publikumsgesellschaften (Diss. Zürich = SSHW, Bd. 224), Zürich/Basel/Genf 2003.

von Greyerz Christoph, Die Aktiengesellschaft, in: von Steiger Werner (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/2, Basel 1982.

Hartmann Wilhelm, Die Tantieme bei der Aktiengesellschaft. Nach schweizerischem und deutschem Recht (Diss. Zürich), Zürich 1919.

Helbling Christof, Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen in der Schweiz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003.

Hilti Christian, 1. Teil: Firmenrecht und 2. Teil: Schutz nicht registrierter Kennzeichen, in: von Büren Roland/David Lucas (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Dritter Band: Kennzeichenrecht, Zweiter Teilband: Firmenrecht. Schutz nicht registrierter Kennzeichen. Herkunftsangaben und andere geographische Bezeichnungen. Domain-Namen, 2. Aufl., Basel 2005.

Hofstetter Karl, Fünf Jahre Swiss Code of Best Practice. Sonderbericht zur Frage der Entschädigung von Verwaltungsrat und Management in Publikumsgesellschaften, Bern 2007.

Homburger Eric, Der Verwaltungsrat. Art. 707-726 OR, in: Gauch Peter/Schmid Jörg (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bd. V/5b, Die Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Zürich 1997.

Honsell Heinrich, Art. 1-4 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), BSK zum Zivilgesetzbuch I. Art. 1-456 ZGB, 3. Aufl., Basel 2006.

Horber Felix, Die Konsultativabstimmung in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, SJZ 101 (2005), 101-109.

Huguenin Claire, Insichgeschäfte im Aktienrecht, in: Kramer Ernst A./Nobel Peter/Waldburger Robert (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich 2006, 521-533.

Hungerbühler Ivo W., Der Verwaltungsratspräsident (Diss. Zürich = SSHW, Bd. 219), Zürich/Basel/Genf 2003.

Isler Peter R./Zindel Gaudenz G., Art. 650-653 und 781 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II. Art. 530-1186 OR, 3. Aufl., Basel 2008.

Jutzi Thomas, Verwaltungsratsausschüsse im schweizerischen Aktienrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse in den USA, Deutschland und England (Diss. Bern = ASR, Heft 755), Bern 2008.

Kolb Alfred, Die rechtliche Stellung der Mitglieder der Verwaltung nach schweizerischem Aktienrecht (Diss. Zürich), Andelfingen 1935.

Koller Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil (OR AT). Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 3. Aufl., Bern 2009.

Kramer Ernst A., Juristische Methodenlehre, 3. Aufl., Bern 2010.

Krneta Georg, Praxiskommentar Verwaltungsrat. Art. 707-726, 754 OR und Spezialgesetze, 2. Aufl., Bern 2005.

Kunz Peter V., Aktienrechtsrevision 20xx, Jusletter vom 2. Februar 2009.

Ders., Corporate Governance – Tendenz von der Selbstregulierung zur Regulierung, in: Kramer Ernst A./Nobel Peter/Waldburger Robert (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich 2006, 471-496.

Ders., Das Informationsrecht des Aktionärs in der Generalversammlung, AJP 2001, 883-900.

[Rz 65] Ders., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht. Eine gesellschaftsrechtliche Studie zum aktuellen Rechtszustand verbunden mit Rückblick und mit Vorausschau sowie mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Bern 2001.

Ders., Die Gefahr besteht, dass es ein Papiertiger bleibt, Interview in: Der Landbote vom 4. Juni 2009, 9.

Ders., Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, in: Druey Jean Nicolas/Forstmoser Peter (Hrsg.), Schriften zum neuen Aktienrecht, Bd. 12, Zürich 1997.

Ders., Status Quo der «grossen Aktienrechtsrevision». Ein legislatives Mammutprojekt für das 21. Jahrhundert, in: Kunz Peter V./Jörg Florian S./Arter Oliver (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III, Bern 2008, 125-167.

Kurer Peter, Art. 675-682, 800 und 904 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II. Art. 530-1186 OR, 3. Aufl., Basel 2008.

Kut Ahmed/Schnyder Anton K., Art. 1-40g OR, in: Amstutz Marc et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007.

Lazopoulos Michael, Massnahmen zur Bewältigung von Interessenkonflikten im Verwaltungsrat, AJP 2006, 139-147.

Lenz Christian/von Planta Andreas, Art. 659-659b, 783 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II. Art. 530-1186 OR, 3. Aufl., Basel 2008

Leu Daniel, Variable Vergütungen für Manager und Verwaltungsräte (Diss. Zürich = SSHW, Bd. 243), Zürich/Basel/Genf 2005.

Maizar Karim, Offenlegung von Vergütungen bei börsenkotierten und nicht börsenkotierten Aktiengesellschaften. Gedanken zu den Art. 697quater-697sexies gemäss dem Entwurf des Bundesrates vom 21. Dezember 2007, GesKR Sondernummer 2008, 104-112.

Maizar Karim/Watter Rolf, Transparenz der Vergütungen und Beteiligungen von Mitgliedern des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung (Art. 663bbis und 663c Abs. 3 OR). Entstehungsgeschichte, Normzweck sowie erste praktische Anwendungsfragen, GesKR 2006, 349-359.

Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007.

Müller Roland, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zürich/Basel/Genf 2005.

Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat. Ein Handbuch für die Praxis, 3. Aufl., 2007.

Nobel Peter, Board und Management Compensation. Ein Inventar rechtlicher Art, in: Druey Jean Nicolas/Forstmoser Peter (Hrsg.), Schriften zum Aktienrecht, Zürich/Basel/Genf 2007.

Ders., Notwendigkeit einer Bonusregelung?, SZW 2009, 448-462.

Nussbaumer Annemarie/von der Crone Hans Caspar, Ausschüttung von Tantiemen, SZW 2005, 92-99.

Peter Henry/Cavadini-Birchler Francesca, Art. 698-725 und 726-731b OR, in: Tercier Pierre/Amstutz Marc (Hrsg.), Commentaire Romand sur le Code des obligations II. Code des obligations art. 530-1186, Loi sur les bourses art. 22-33, Avec une introduction à la Loi sur la fusion, Bâle 2008.

Plüss Adrian, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes (Diss. Zürich = SSHW, Bd. 130), Zürich 1990.

Plüss Adrian/Kunz Dominique/Künzli Astrid, Art. 707-726 OR, in: Amstutz Marc et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007.

Portmann Dominique, Mitarbeiterbeteiligung. Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen im schweizerischen Arbeitsrecht (Diss. St. Gallen = SSA, Heft 62), Bern 2005.

Portmann Wolfgang, Art. 319-362 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kom-

mentar zum Obligationenrecht I. Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007.

Roberto Vito, SWX-Sanktionen und die Folgen für Unternehmer und Manager, in: Waldburger Robert et al. (Hrsg.), Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, 593-612.

Roth Pellanda Katja, Organisation des Verwaltungsrates: Zusammensetzung, Arbeitsteilung, Information und Verantwortlichkeit (Diss. Zürich = SSHW, Bd. 268), Zürich 2007.

Ruedin Roland, Rémunération de l'administrateur de société anonyme, in: Waldburger Robert et al. (Hrsg.), Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, 313-335.

Schott Ansgar, Insichgeschäft und Interessenkonflikt (Diss. Zürich = ZStP, Bd. 178), Zürich/Basel/Genf 2002.

Sibbern Eric, Einfluss der Generalversammlung auf die Geschäftsführung. Delegation vs. Konsultation, in: Dédeyan Daniel et al. (Hrsg.), Vertrauen – Vertrag – Verantwortung, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2007, 229-253.

Siegwart Alfred, Art. 620-659 OR, in: Egger A. et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/5a, Zürich 1945.

Spörri Beat, Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht. Zivilrechtliche und steuerrechtliche Aspekte (Diss. Zürich = SSHW, Bd. 171), Zürich 1996.

Staehelin Adrian, Der Arbeitsvertrag. Art. 319-330a OR, in: Gauch Peter/Schmid Jörg (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Bd. V/2c, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006.

Streiff Ulin/ von Kaenel Adrian, Arbeitsvertrag. Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006.

Stutz Bettina/von der Crone Hans Caspar, Kontrolle von Interessenkonflikten im Aktienrecht, SZW 2003, 102-110.

Torrione Henri, Art. 662-674 und 957-963 OR, in: Tercier Pierre/Amstutz Marc (Hrsg.), Commentaire Romand sur le Code des obligations II. Code des obligations art. 530-1186, Loi sur les bourses art. 22-33, Avec une introduction à la Loi sur la fusion, Bâle 2008.

Turin Nicholas, L'acquisition de ses propres actions par la société anonyme, in: ST 1997, 479-484.

Vogt Hans-Ueli/Schiwow Emanuel/Wiedmer Karin, Die Aktienrechtsrevision unter Corporate-Governance-Aspekten. Bestandesaufnahme, einige Auslegungsversuche und ein paar wichtige Anliegen vor der Erstberatung im Nationalrat, AJP 2009, 1359-1388.

Waldburger Martin, Die Gleichbehandlung von Mitgliedern des Verwaltungsrates (Diss. St. Gallen = St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 66), Bamberg 2002.

Walti Beat, Mitarbeiterbeteiligung. Aktien- und Optionspläne (Diss. Zürich = ZStP, Bd. 139), Zürich 1997.

Watter Rolf/Maizar Karim, Art. 663b^{bis}-c, 727-727c, 728c, 729c, 818 und 906-907 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II. Art. 530-1186 OR, 3. Aufl., Basel 2008.

Dies., Structure of Executive Compensation and Conflicts of Interests – Legal Constraints and Practical Recommendations under Swiss Law, in: Thévenoz Luc/Bahar Rashid (Hrsg.), Conflicts of Interest. Corporate Governance and Financial Markets, Geneva/Zurich/Basel 2007, 31-84.

Watter Rolf/Roth Pellanda Katja, Art. 716-717, 718b, 809-813 und 897 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II. Art. 530-1186 OR, 3. Aufl., Basel 2008.

Watter Rolf/Schneller Yves, Art. 32-40 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I. Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007.

Weibel Stephan, Verkauf eigener Aktien an ausgewählte Aktionäre, SZW 2009, 353-365.

Wenger Christian C., Das bedingte Kapital im schweizerischen Aktienrecht (Diss. Zürich = SSHW, Bd. 165), Zürich 1996.

Werlen Thomas/Schnydrig Andrin, Festlegung von Entschädigungen der Verwaltungsrats und Geschäftsleitungsmitglieder durch die Generalversammlung – eine Verbesserung der Corporate Governance?, SZW 2007, 101-112.

Zobl Dieter, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, ZBJV 125 (1989), 289-315.

Zobl Dieter/Kramer Stefan, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich/Basel/Genf 2004.

Zulauf Urs, Gläubigerschutz und Vertrauensschutz – zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz, ZSR NF 113/1994, 2. Halbband, 359-535.

Materialien

Amtliches Bulletin des Nationalrats, Frühjahrssession 2010, Geschäft 08.080: Gegen die Abzockerei. Volksinitiative. OR. Änderung, 11. und 17. März 2010 (provisorischer Text).

Amtliches Bulletin des Ständerats, Sommersession 2009, Geschäft 08.011: OR. Aktien- und Rechnungslegungsrecht, 9., 10. und 11. Juni 2009, 601-616, 643-664, 699-719.

Amtliches Bulletin des Ständerats, Sommersession 2009, Geschäft 08.080: Gegen die Abzockerei. Volksinitiative. OR. Änderung, 11. Juni 2009.

Bekanntmachung der Departemente und Ämter zum Zustandekommens der eidgenössischen Volksinitiative «gegen die Abzockerei» vom 2. April 2008, BBl 2008 Nr. 15, 2577-2578.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG) vom 1. Februar 2006, BBl 2006 Nr. 11, 2829-2916.

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, BBl 2008 Nr. 11, 1589-1750.

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung) vom 23. Juni 2004; BBl 2004 Nr. 30, 4471-4494.

Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001; BBl 2002 Nr. 16, 3148-3264.

Botschaft zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und [Zusatzbotschaft] zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 5. Dezember 2008, BBl 2009 Nr. 2, 299-340.

Entwurf zum FINMA-Rundschreiben 2009/... Vergütungssysteme. Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten vom Juni 2009, abrufbar unter www.finma.ch/d/regulierung/anhoerungen/Documents/rs-verguetungssysteme-20090524-d.pdf.

Entwurf 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, BBl 2008, 1751-1818.

Erläuterungsbericht zum Entwurf des FINMA-Rundschreibens Vergütungssysteme vom Juni 2009, abrufbar unter www.finma.ch/d/regulierung/anhoerungen/Documents/bericht-verguetungssysteme20090602-d.pdf.

FINMA-Rundschreiben 2010/1 Vergütungssysteme. Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten vom 21. Oktober 2009, abrufbar unter www.finma.ch/d/regulierung/Documents/finma-rs-2010-01-d.pdf.

FSB Principles for Sound Compensation Practices. Implementation Standards vom 25 September 2009, abrufbar unter www.financialstabilityboard.org/publications/r_090925c.pdf.

Kernpunkte zum Entwurf des FINMA-Rundschreibens Vergütungssysteme vom 3. Juni 2009, abrufbar unter www.finma.ch/d/regulierung/anhoerungen/Documents/kernpunkte-verguetungssysteme-20090603-d.pdf.

Kommentar der SIX [damalige SWX] zur Corporate Governance-Richtlinie vom 20. September 2007, abrufbar unter www.six-exchange-regulation.com/download/admission/regulation/guidelines/swx_guideline_20070820-1_comm_de.pdf.

Medienmitteilung der FINMA vom 11. November 2009: FINMA veröffentlicht Rundschreiben zu Vergütungssystemen, abrufbar unter www.finma.ch/d/aktuell/Seiten/mm-rs-verguetungssysteme-20091111.aspx.

Ratsunterlagen, Gegen die Abzockerei. Volksinitiative. OR. Änderung, Fahne Frühjahrssession 2010 Beschluss Nationalrat, abrufbar unter www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgeseite/2008/20080080/N11%20D.pdf.

Der Autor ist als Hilfsassistent am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern angestellt und absolviert dabei seinen Masterabschluss mit dem Schwerpunktzertifikat Wirtschaftsrecht.

Besonderer Dank gebührt Herrn Prof. Dr. Peter V. Kunz, LL.M., Rechtsanwalt, Frau Marlene Kobierski, MLaw, Herrn Pascal Rüedi, MLaw, Rechtsanwalt und Frau Eva Velina Spicher Laederach, MLaw, Rechtsanwältin. Sie haben mich in massgebender Weise bei meiner Publikation, die ursprünglich als Masterarbeit eingereicht wurde, unterstützt.

---

* * *