

Honorierung von Verwaltungsräten aus rechtlicher Sicht

Von Prof. Dr. iur. ROLAND MÜLLER, Rechtsanwalt, Staad/SG

I. Einleitung

1. Legalität und Legitimität

Bei der Festsetzung von VR-Honoraren werden die für Aktionäre und Dritte noch akzeptablen Grenzen leider immer wieder durchbrochen.¹ Die Medien berichten beinahe täglich über entsprechende Exzesse. Legale Honorare müssen im Hinblick auf das Unternehmen und die Anspruchsgruppen nicht gleichzeitig legitim sein. Gefragt sind deshalb Empfehlungen zur Ermittlung einer angemessenen VR-Entschädigung.²

Es ist eine Tatsache, dass Entschädigungen von Topmanagern in den letzten Jahren teilweise übermässig angestiegen sind und wohl noch weiter ansteigen werden.³ Damit stellt sich die Frage nach der

1 HILB MARTIN, Neues integriertes Konzept der VR-, GL- und Personal-Honorierung, Bern 2007 (zit. HILB, VR-Honorierung), 9, sieht dafür vor allem zwei Gründe: Globalisierung der Wirtschaft und neue Informations- bzw. Kommunikationstechnologien.

2 Im letzten Teil dieser Abhandlung werden konkrete Empfehlungen zur Ermittlung einer gerechten VR-Honorierung aufgestellt.

3 HILB MARTIN, Einwände gegen die Amerikanisierung der Gehälter, in: Personalwirtschaft, Sonderheft 2000 (zit. HILB, Amerikanisierung der Gehälter), 24, mit Bezug auf transatlantische Grossfusionen: «Da die honorierungsmässig problemloseste Variante, alle (auch die europäischen) Vorstände steuer- und wohnsitzmässig in der USA anzusiedeln, selten gewählt wird, und die Variante, Konzern-Vorstände nach amerikanischen Massstäben zu honorieren, bevorzugt wird, ergibt sich die Gefahr, dass die Gesamthonorierungspakete der CEO in vielen internationalen Unternehmen in Europa (durch die Executive Search Consultants gefördert) in den nächsten Jahren überdurchschnittlich steigen werden.» Gleichzeitig verweist HILB darauf, dass bereits 1998 Charles B. Wong von Computer Associates ein Jahreseinkommen von USD 670 Mio. bezog und Walt Disney ein solches von USD 575 Mio.

Gerechtigkeit der Vergütung⁴ und der ethischen Verantwortung derjenigen, welche diese festlegen. Soll der Verwaltungsrat nicht in eigener Kompetenz über die Höhe seiner Honorare entscheiden können, so sind entsprechende statutarische Schranken zu errichten. Die wesentlichen Faktoren zur Festlegung des VR-Honorars sind heute klar definiert;⁵ auch die administrativen Hilfsmittel zur Bestimmung einer angemessenen Entlohnung für die leitenden Arbeitnehmer sind ausführlich publiziert.⁶ In der Praxis ist aber dennoch festzustellen, dass viele Verwaltungsratsgremien überfordert sind, wenn es um die Honorierung eines Delegierten oder CEO aus dem eigenen Kreis geht.⁷

4 WUNDERER ROLF, Führung und Zusammenarbeit, 7. Aufl., München 2007, 411, definiert sieben Gerechtigkeitsdimensionen der Vergütung:

1. Anforderungs-/Qualifikationsgerechtigkeit
2. Verhaltens-/Motivationsgerechtigkeit
3. Leistungs-/Ergebnisgerechtigkeit
4. Erfolgsgerechtigkeit der Unternehmung
5. Marktgerechtigkeit
6. Sozialgerechtigkeit
7. Demografische/kulturelle Gerechtigkeit.

HILB MARTIN, Integriertes Management des Verwaltungsrats, in: Jean-Paul Thommen (Hrsg.), Management-Kompetenz, Zürich 1995 (zit. HILB, Integriertes Management), 250 f., entwickelt ein «Magisches Dreieck der Honorargerechtigkeit für Verwaltungsräte» bestehend aus VR-interner Honorargerechtigkeit, VR-externer Honorargerechtigkeit und Unternehmenserfolgsgerechtigkeit des VR-Honorars.

5 Vgl. die Zusammenfassung bei HILB, Integriertes Management, 250 ff., und BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009 (zit. BÖCKLI, Aktienrecht), § 13 Rz. 240, welcher gestützt auf den Greenbury Report (Directors' Remuneration, London 1995, 13 ff.) folgende vier Elemente als bestimmend vorgibt:

1. die persönliche Leistung wie Zeitaufwand und geistiger Input
2. die Stellung innerhalb des Verwaltungsrates in Form von Zusatzfunktionen oder Sonderaufgaben
3. die Tragung einer summenmässig unbeschränkten persönlichen und solidarischen Haftung sowie die Verknüpfung des eigenen Rufs mit dem der Gesellschaft
4. die Opportunitätskosten wie Erfüllung der Treuepflicht und Verzicht auf konkurrenzierende Tätigkeit.

6 Besonders hilfreich und verständlich HILB, VR-Honorierung, 15 ff., und *ders.*, Transnationales Management, 225 ff.

7 Ein bekanntes Beispiel dafür ist der 5-Jahres-Vertrag von Mario Corti als VR-Präsident und CEO der SAir Group: Noch vor seinem Amtsantritt im März 2001 liess er sich fünf Jahresgehälter in Höhe von brutto CHF 13,2 Mio. auszahlen (Präzisierung in der Finanz und Wirtschaft vom 16.2.2002, Nr. 13, S. 31). Mario Corti habe die Bedingungen seiner Anstellung offenbar gleich selbst diktiert; selbst den damaligen

2. Aktienrechtlicher Minderheitenschutz

Gemäss Art. 678 OR müssen Verwaltungsräte ungerechtfertigt und in bösem Glauben bezogene Tantiemen an die Gesellschaft zurückzahlen. VR-Mitglieder sind auch zur Rückerstattung anderer Leistungen der Gesellschaft verpflichtet, soweit diese in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen. Damit sollte auf den ersten Blick eigentlich sichergestellt sein, dass die Aktionäre gegen übermässige Honorare und Entschädigungen vorgehen können. Doch eine Analyse der Rechtsprechung zeigt, dass dieser Artikel nur in den seltensten Fällen zur Anwendung gelangt. Minderheitsaktionäre haben es schwer, sich gegen Mehrheiten durchzusetzen, wenn Letztere die Honorar- und Entschädigungspolitik des Verwaltungsrates guthessen.

Ein bemerkenswertes Urteil im Zusammenhang mit der ungerechtfertigten Entschädigung eines Verwaltungsrates fällt die I. Zivilabteilung des Bundesgerichts am 22. Mai 1979 i.S. Tocal AG gegen Schmidt, veröffentlicht in der amtlichen Sammlung unter BGE 105 II 114 ff. Konkret ging es um Gerhard Schmidt, der sowohl Verwaltungsrat als auch Geschäftsführer des Tocal-Konzerns war und für diese Funktionen in den Jahren 1970 bis 1973 über eine Million Franken Entschädigung bezog. Dividenden wurden während dieser Zeit in erheblich geringerem Masse ausgeschüttet, was seinen Bruder und Minderheitsaktionär Günther Schmidt erzürnte. Vorerst musste sich Letzterer in mühsamen Gerichtsverfahren Einladungen und Zutritt zu den Generalversammlungen verschaffen. Sodann erkämpfte er sich wiederum gerichtlich Auskunft über die Bezüge seines Bruders. Allein in den Jahren 1965 bis 1973 kam es so zu insgesamt 21 gerichtlichen Verfahren, die alle zugunsten des Minderheitsaktionärs ausfielen. Schliesslich klagte er gegen seinen Bruder auf Auflösung der Gesellschaft. Die Klage wurde vom Handelsgericht geschützt und das Urteil vom Bundesgericht bestätigt.

Ein zweites wichtiges Urteil zur Entschädigung von Verwaltungsräten fällt das Kantonsgericht Graubünden am 10. Juni 2008.⁸

VR-Mitgliedern bleibe nach eigenen Angaben schleierhaft, wie und worüber genau verhandelt wurde. Die Salärsumme bezeichnet Headhunter Sandro Gianella als «marktüblich», die Vorauszahlung als nicht «normal», aber für ein «Himmelfahrtskommando» als verständlich (Tages-Anzeiger vom 29.1.2002, 27).

8 KGer. GR ZF 08 19/20 vom 10. Juni 2008; vgl. ius.focus 3/2009 14.

Der VR der Confiserie X AG beschloss am 23. Mai 2002 die Reduktion der VR-Honorare, nachdem seit dem Geschäftsjahr 1998/99 die Geschäftsergebnisse stets negativ gewesen waren. Dieser Beschluss wurde jedoch nie umgesetzt, und die VR-Mitglieder bezogen ihre Honorare in gleicher Höhe weiter. Schliesslich erhob eine Minderheitsgruppe der Aktionäre Klage gegen die VR-Mitglieder über CHF 200 000.– mit solidarischer Haftung wegen pflichtwidriger Vermietung der Geschäftsräumlichkeiten und zu hoher VR-Entschädigung. Das Kantonsgericht schützte die Klage teilweise mit CHF 22 500.– wegen pflichtwidriger Vermietung und CHF 13 800.– wegen zu hoher Entschädigung der VR-Präsidentin. In seiner Begründung hielt das Kantonsgericht fest, ein VR verletze seine Pflichten und hafte folglich, wenn er der AG gehörende Wohnungen pflichtwidrig leer stehen lasse bzw. unter Marktwert vermiete und wenn er unangemessen hohe Bezüge der VR-Präsidentin dulde. Der VR habe bei der Festlegung der VR-Entschädigung zwar einen relativ weiten Ermessensspielraum, doch gehe es nicht an, dass die VR-Präsidentin mit CHF 2000.– pro Monat ein Honorar beziehe, das rund dreimal so hoch sei wie das der übrigen VR-Mitglieder. Das Kantonsgericht reduzierte die Präsidialentschädigung auf das Anderthalbfache und die Spesen um die Hälfte.

3. Empfehlungen des Swiss Code of Best Practice

Um die Entschädigungen an VR- und GL-Mitglieder in angemessenen und marktkonformen Höhen zu halten, wird in Ziff. 25 des Swiss Code for Best Practice for Corporate Governance ein spezieller *Entschädigungsausschuss* (Compensation Committee) empfohlen, der mehrheitlich aus nicht exekutiven und unabhängigen Mitgliedern des Verwaltungsrats zusammengesetzt sein soll. Ziff. 26 regelt die Aufgaben dieses Ausschusses wie folgt:

- Der Entschädigungsausschuss achtet darauf, dass die Gesellschaft markt- und leistungsgerechte Gesamtentschädigungen anbietet, um Personen mit den nötigen Fähigkeiten und Charaktereigenschaften zu gewinnen und zu behalten.
- Die Entschädigung soll nachvollziehbar vom nachhaltigen Erfolg des Unternehmens und vom persönlichen Beitrag abhängig gemacht werden; falsche Anreize sind zu vermeiden.

- Aktienoptionspläne für das höhere Kader sollen möglichst geringen Verwässerungseffekt haben, und Ausübungsbedingungen sollen nicht nachträglich zugunsten der Inhaber der Optionsrechte abgeändert werden.
- Die Arbeitsverträge mit Spitzenkadern sollen jene Kündigungsregelungen enthalten, die dem Markt angemessen sind und die Interessen der Gesellschaft schützen. Beim vorzeitigen Ausscheiden von Spitzenkadern sind nur solche Abgangsleistungen zu erbringen, welche entweder vertraglich geschuldet sind oder in Übereinstimmung mit dem Gesellschaftsinteresse ausgehandelt werden.

Die Höhe der Entschädigung sollte sich aus einer nachvollziehbaren «Honorargerechtigkeit»⁹ ergeben, die sowohl dem Unternehmenserfolg als auch der board-internen Funktion und dem Beitrag des einzelnen Mitglieds sowie dem «Marktpreis» der Tätigkeit¹⁰ Rechnung trägt.¹¹ Der Unternehmenserfolg sollte dabei langfristig – und nicht gestützt auf eine kurze Bemessungsperiode – ermittelt werden.

Bei vielen bedeutenden Gesellschaften wurde deshalb schon vor einiger Zeit ein spezielles «Remuneration Committee» oder «Compensation Committee» gebildet, um die heikle Aufgabe der Entschädigungsfestsetzung zu übernehmen. Damit ist wohl sichergestellt, dass die VR-Bezüge legal sind, doch heisst dies noch immer nicht, dass sie aus ethischer Sicht auch legitim sind.

Der Swiss Code of Best Practice ist im Herbst 2007 modifiziert worden. Kernpunkte der neuen Regelungen sind:

- Der Entschädigungsausschuss setzt sich aus unabhängigen Mitgliedern zusammen;
- das Entschädigungssystem wird leistungsgerecht und ohne falsche Anreize ausgestaltet;
- auf Abgangsentschädigungen und goldene Fallschirme wird verzichtet;
- jährlich wird den Aktionären ein Entschädigungsbericht vorgelegt, mit einer Darlegung der Entschädigungspolitik;

9 Vgl. HILB MARTIN, Integrierte Corporate Governance, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg (zit. HILB, Integrierte Corporate Governance), 128 f.

10 Diese Aussage ist allerdings sogleich zu relativieren, da mit guten Gründen bezweifelt werden kann, ob Verwaltungsratsentschädigungen «Marktpreise» darstellen, die sich nach Marktprinzipien bilden.

11 Vgl. dazu die ausführliche Herleitung von Honorierungsmodellen bei HILB, Integrierte Corporate Governance, 130 ff.

- die Generalversammlung soll sich entweder im Rahmen der Jahresrechnung oder in einer Konsultativabstimmung ausdrücklich zum Entschädigungsbericht äussern können.

II. Empirische Angaben zur Entschädigung der VR-Mitglieder

1. Schwierigkeiten bei der Untersuchung

Während die Entlöhnung von Arbeitnehmern einer unteren Stufe meistens in Form von Monatslöhnen angegeben wird, rechnet man bei leitenden Arbeitnehmern praktisch nur noch mit Jahressalären. Für die Entschädigung von Verwaltungsräten hat sich keine einheitliche Angabe durchgesetzt, zumal auch die Form der Entschädigung sehr verschieden sein kann.¹² In der Presse werden deshalb bei Verwaltungsräten mit einer Doppelstellung als VR- und GL-Mitglied teilweise sogar differenzierte Angaben gemacht. Ein typisches Beispiel dafür ist der VR-Präsident der SBB, welcher 1999 in einem Interview¹³ sein zeitliches Engagement für die Gesellschaft mit 50% angab bei einer Entschädigung von CHF 2500.– pro Arbeitstag. Umgerechnet auf eine Vollzeitstelle würde dies einem Jahressalär von CHF 1,1 Mio. entsprechen.¹⁴ Rund zwei Jahre später wurde der Lohn des VR-Präsidenten SBB vom Bundesrat mit CHF 250 000.– angegeben.¹⁵

12 Feste Pauschalentschädigung, Sitzungsgeld, Honorierung nach Aufwand, Tantiemen, Abgeltung durch Beteiligung etc. Allenfalls sind auch die Pensionskasseneinlagen durch den Arbeitgeber bei der Entschädigungsberechnung zu berücksichtigen, so z.B. im Falle von Percy Barnevik, VR-Präsident und CEO der ABB Ltd., bei dem das Pensionskassen-Guthaben auf CHF 148 Mio. anstieg und ihm nach Veröffentlichung den VR-Vorsitz bei der Wallenberg-Beteiligungsgesellschaft Investor kostete (NZZ vom 14.2.2002, Nr. 37, S. 19; Finanz und Wirtschaft vom 16.2.2002, 13).

13 Interview mit Thierry Lalive d'Epinay in der NZZ vom 20.4.1999, Nr. 90, S. 17, unter dem Titel: «Wettbewerb in komplexen Systemen – die SBB in der Fitnesskur».

14 Ausgehend von 220 Arbeitstagen à CHF 5000.– bei einer Vollzeitbeschäftigung; dabei ist unklar, ob es sich um den Netto- oder Bruttoverdienst handelt.

15 Dazu kommentierte der Tages-Anzeiger vom 6.6.2001, 9: «Der Bericht war nötig geworden, weil im Frühjahr die Spitzengehälter der Chefs der SBB bekannt geworden waren – was zu einem grossen Aufruhr in der Öffentlichkeit geführt hatte. Das führte so weit, dass Benedikt Weibel, CEO der SBB, sogar auf einen Teil seines Lohnes verzichtete (auf 120 000 Franken).»

Die Entschädigung der Verwaltungsräte wird heute noch von vielen Gesellschaften streng vertraulich behandelt¹⁶. Die Honorare der Verwaltungsräte und die Saläre der Direktoren sind jedoch zweifellos Aufwandpositionen der Gesellschaft, welche Auswirkungen auf deren Finanzsituation haben. Demnach handelt es sich um «Angelegenheiten der Gesellschaft» im Sinne von Art. 697 Abs. 1 OR, deren Kenntnis für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und demnach auf Anfrage eines Aktionärs bekannt gegeben werden müssen.¹⁷ Allerdings genügt bei nicht börsenkotierten Gesellschaften die Angabe der Gesamtzahl ohne individuelle Aufschlüsselung auf die einzelnen Mitglieder.¹⁸

Im Hinblick auf die grossen Unterschiede zwischen den Aktiengesellschaften in der Schweiz ist es zweifellos richtig, dass im Swiss Code of Best Practice keine konkreten Vorgaben zur Höhe der Verwaltungsratsentschädigung abgegeben werden.¹⁹ Für Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, müssen im Anhang zur Bilanz gemäss Vorgabe von Art. 663b^{bis} OR zusätzliche Angaben zu den Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats gemacht werden. Dabei sind die Vergütungen nicht nur gesamthaft, sondern individuell für jedes Mitglied auszuweisen.

Der Einwand, bei einer solchen Entschädigungstransparenz würden sich bestimmte Kaderleute nicht mehr zur Verfügung stellen, ist spätestens dann nicht mehr stichhaltig, wenn alle in Frage kommenden Gesellschaften gleichermassen transparent sind. Fraglich ist allerdings, ob durch die Entschädigungstransparenz nicht gerade das Gegenteil bewirkt wird und die Durchschnittsgehälter der Topmana-

16 Vgl. die Interviews der HandelsZeitung vom 13.3.2002, Nr. 11/02, S. 10 f.

17 Ebenso KUNZ PETER V., Auskunfts- und Einsichtsrechte, in: AJP 8/01 (2001), 890; HOMBURGER, Zürcher Kommentar, N 955 zu Art. 717 OR, befürwortet die Auskunftspflicht mit Hinweis auf die Botschaft zum Aktienrecht, 163 (907); AEPLI, in: SZW 5 (2002) 275.

18 In diesem Sinne FORSTMOSER PETER, Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs, in: Druey Jean Nicolas/Forstmoser Peter (Hrsg.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, SZA 11, Zürich 1997, 105.

19 FELDER SILVAN, Verwaltungsrat und Corporate Governance, in: ST 76 (2002), 1010, stellt fest, dass es bei KMU eher zu moderaten monetären Auszahlungen kommt im Gegensatz zu den exorbitant hohen VR-Honoraren in börsenkotierten Unternehmen.

ger sogar noch ansteigen; eine zunehmende Offenheit könnte nämlich zu wachsender gesellschaftlicher Akzeptanz führen.²⁰

2. Ergebnisse der Studie durch die BDO Visura

Die BDO Visura führt regelmässig Untersuchungen zur durchschnittlichen Entschädigung der VR-Mitglieder in KMU durch. Die letzte Studie stammt aus dem Jahre 2008²¹ und ergab einen Durchschnittswert von CHF 25 758.– pro Jahr über alle Funktionen. Je nach Funktion schwankte die Entschädigung dabei geringfügig.

VR-Honorare bei KMU

Funktion	Honorar 1999	Honorar 2002	Honorar 2005	Honorar 2008
VR-Präsident	CHF 17 959.–	CHF 20 676.–	CHF 25 555.–	CHF 32 698.–
Vize-Präsident	CHF 12 724.–	CHF 16 094.–	CHF 19 278.–	CHF 24 379.–
VR-Delegierter	CHF 13 149.–	CHF 15 543.–	CHF 23 284.–	CHF 32 754.–
VR-Ausschuss	CHF 10 171.–	CHF 12 878.–	CHF 18 565.–	CHF 23 317.–
VR-Mitglied	CHF 10 405.–	CHF 11 244.–	CHF 13 605.–	CHF 16 172.–

Bei diesen Zahlen erstaunt der Unterschied in der Honorierung des VR-Präsidenten zum VR-Delegierten. Würde man davon ausgehen, dass der VR-Delegierte seine Funktion mehrheitlich im Vollamt ausübt, so müsste seine Entschädigung im Durchschnitt wesentlich höher sein als diejenige des VR-Präsidenten. Da dies gemäss Studie der BDO Visura nicht der Fall ist, können nur zwei Möglichkeiten in Betracht gezogen werden:

- Der VR-Präsident hat eine grössere Verantwortung und/oder mehr Arbeit als der VR-Delegierte.
- Der VR-Delegierte steht in der Regel in einem zusätzlichen Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft und erhält deshalb im Gegensatz zum VR-Präsidenten noch zusätzlich einen Lohn als Arbeitnehmer.

²⁰ Auf diese Gefahr wird in der HandelsZeitung vom 13.3.2002, Nr. 11/02, S. 11 aufmerksam gemacht.

²¹ BDO Visura, Wie viel verdienen Verwaltungsräte?, Zürich 2008.

Gestützt auf die Ergebnisse einer eigenen Umfrage bei den VR-Delegierten im Jahre 2000 kann festgestellt werden, dass die zweite Aussage zutreffend ist.²²

Aus der Studie ergibt sich, dass Vize-Präsidenten grundsätzlich besser entschädigt werden als einfache VR-Mitglieder. Das Honorar liegt dabei durchschnittlich in der Mitte zwischen VR-Präsident und VR-Mitglied. Hier stellt sich die Frage, ob eine derartige Besserstellung tatsächlich gerechtfertigt ist, zumal ein Vize-Präsident i.d.R. nur dann zum Einsatz gelangt, wenn der VR-Präsident handlungsunfähig ist oder wegen Interessenkonflikt in den Ausstand treten muss. Folgende Argumente können für die höhere Honorierung vorgebracht werden:

- Entschädigung für die Pikett-Stellung
- Entschädigung für einen allfälligen Mehraufwand aufgrund zugewiesener Sonderaufgaben, z.B. Studium der GL-Protokolle
- Entschädigung für die verschärfte Verantwortlichkeit im Rahmen der differenzierten Solidarität
- Entschädigung für die höhere Exposition betr. Reputation aufgrund des HR-Eintrages

Selbstverständlich ist die Entschädigung des Vize-Präsidenten individuell zu beurteilen. Wird der Betroffene nicht ausdrücklich mit der Zusatzfunktion im Handelsregister eingetragen und erhält er keine Zusatzaufgaben, ist eine höhere Honorierung nicht gerechtfertigt. In den übrigen Fällen dürfte ohne klare Sonderaufgaben eine Entschädigung von 20% gegenüber der üblichen Honorierung eines VR-Mitglieds angemessen sein.

3. Angaben in der HandelsZeitung

Die HandelsZeitung führt jährlich Umfragen zur Entschädigung von Verwaltungsräten bei jenen Unternehmen durch, die an der Börse kotiert sind oder die in ihrer Branche zu den Grössten zählen.

²² Gemäss MÜLLER ROLAND, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zürich 2005 (zit. MÜLLER, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer), Tabelle 18 auf S. 127, stehen rund 73% aller VR-Delegierten in einem arbeitsvertraglichen Verhältnis zur Gesellschaft und beziehen einen diesbezüglichen Lohn, weshalb der Lohn als Arbeitnehmer die hauptsächliche Form der Entschädigung eines VR-Delegierten darstellt.

Die Unterschiede zu den vorstehenden erwähnten Umfrageergebnissen der BDO Visura sind deshalb gross, aber durchaus verständlich.

VR-Honorare bei Grossgesellschaften

Jahr	Durchschnittliches Honorar
2008	CHF 88 000.– p.a.
2007	CHF 99 000.– p.a.
2006	CHF 84 000.– p.a.
2005	CHF 73 000.– p.a.
2002	CHF 59 000.– p.a.
1999	CHF 55 000.– p.a.

Bei diesen Angaben ist zu berücksichtigen, dass es sich um Grundhonorare handelt. Ist ein Verwaltungsrats Mitglied in einem Ausschuss, erhält er noch eine zusätzliche Entschädigung von CHF 12 000.– bis 18 000.– pro Jahr. Präsiert ein Verwaltungsrats einen Ausschuss, so beträgt die zusätzliche Entschädigung CHF 24 000.– bis 48 000.– pro Jahr.

III. Festlegung der Entschädigung

1. Festlegung der Art der Entschädigung

Gesetzlich ist das Recht auf Entschädigung eines Verwaltungsratsmitgliedes nicht ausdrücklich vorgesehen. Lehre und Rechtsprechung nehmen jedoch durchwegs an, dass die Gesellschaft zur Leistung einer angemessenen Vergütung verpflichtet sei.²³ Aus dem Gesetz lassen sich auch keine konkreten Hinweise über die Art der Entschädigung entnehmen. Festgelegt ist einzig die Form der Tantieme.

Nach Art. 677 OR handelt es sich bei der *Tantieme* um Gewinnanteile für die Mitglieder des Verwaltungsrates. Diese Gewinnanteile dürfen nur dem Bilanzgewinn entnommen werden und sind überdies erst zulässig, nachdem eine Zuweisung an die gesetzliche Reserve gemacht und eine Dividende von 5% oder von einem durch die Sta-

²³ Vgl. PLÜSS ADRIAN, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, SSHW Bd. 130, Zürich 1990 (zit. PLÜSS, Rechtsstellung), 46 f., und die dort zitierte Literatur.

tuten festgesetzten höheren Ansatz an die Aktionäre ausgerichtet worden ist. Besonders hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang Art. 627 Ziff. 2 OR, wonach Tantiemen nur ausgerichtet werden können, sofern sie statutarisch vorgesehen sind. Mit der Tantieme wird nur ein Teil der möglichen Auszahlungen an den Verwaltungsrat beschrieben. Aus steuertechnischen Gründen hat diese Form der Verwaltungsratsentschädigung in der Praxis nur eine geringe Bedeutung erlangt. Die Genehmigung der Tantiemen erfolgt in der Generalversammlung im Rahmen des Beschlusses über die Verwendung des Bilanzgewinnes. Da Zuwendungen aus dem Bilanzgewinn aber keinen steuerlich abziehbaren Aufwand für die Gesellschaft darstellen, was bei anderen Formen von Leistungsentschädigung durchwegs der Fall sein dürfte, ist die Verbreitung der Tantieme gering.

In der Praxis haben sich *andere Formen der Entschädigung* an den Verwaltungsrat durchgesetzt.²⁴ Ist der Verwaltungsrat im Teilamt beschäftigt, wird vielfach eine feste Pauschalentschädigung pro Monat oder pro Jahr vereinbart. Möglich ist aber auch eine Entschädigung nach effektiv geleisteter Arbeitszeit, wobei dann meistens eine Abrechnung nach Stunden erfolgt. Füllt das Verwaltungsratsmandat den Verwaltungsrat vollamtlich aus, so wird in der Regel eine Art der Entschädigung gewählt, welche der Lohnzahlung beim Arbeitsvertrag gleichkommt. Dazu gehört insbesondere auch die Aufteilung der Jahresentschädigung auf 13 Ratenzahlungen. Ist der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer tätig und bezieht er einen entsprechenden Lohn, so wird meistens auf ein zusätzliches Verwaltungsratshonorar verzichtet.

Die Entschädigung des Verwaltungsrates kann aus mehreren Komponenten bestehen, welche untereinander kombinierbar sind. Dazu gehören insbesondere:

- Grundhonorar bzw. Pauschalentschädigung
- Aufwandhonorar
- Erfolgshonorar
- Gewinnbeteiligung bzw. Tantieme
- Spesenersatz (pauschal oder detailliert)
- Aktien und Aktienoptionen
- Leistungen im Zusammenhang mit der beruflichen Vorsorge

²⁴ In jüngerer Zeit auch die Abgeltung durch Beteiligungspapiere an der Gesellschaft statt der Auszahlung in Geld. Zur Ausschüttung einer Tantieme vgl. Entscheid des Bundesgerichts 4C.386/2002 vom 12. Oktober 2004.

Nicht zur Entschädigung des Verwaltungsrates gehören Dividendenzahlungen. Dividenden erhalten alle Aktionäre gleichermaßen entsprechend ihrem eingesetzten Kapital und unabhängig davon, ob sie ein Verwaltungsratsmandat innehaben oder nicht. Ebenfalls nicht zur Verwaltungsratsentschädigung gehören Vergütungen für besondere Aufgaben, beispielsweise als Rechtsanwalt, Werbeberater, Architekt oder Versicherungsagent. In diesen Fällen wird grundsätzlich ein separates Vertragsverhältnis (Auftrag oder Werkvertrag) bestehen, das auch eine separate Abrechnung erfordert. Solche Verträge müssen gemäss Art. 718b OR schriftlich abgeschlossen werden, wenn die Verpflichtungen der Gesellschaft CHF 1000.– übersteigen.

Wie schon bei der Art kann auch bei der Zusammensetzung der Entschädigung keine generelle Angabe über die Vorteilhaftigkeit der einzelnen Komponenten gemacht werden. Es ist im Einzelfall zu entscheiden, welche Variante zur Anwendung gelangen soll. Dabei sind sowohl die Interessen der Gesellschaft bezüglich einfacher und klarer Handhabung als auch jene des Verwaltungsrates bezüglich Bedarf und Motivation zu berücksichtigen.

Der Verwaltungsrat bestimmt weitgehend die Entwicklung der Gesellschaft. Oftmals wird deshalb gewünscht, ihn am Erfolg oder Misserfolg der Gesellschaft teilhaben zu lassen. Die Ausrichtung eines Gewinnanteiles ist aber grundsätzlich an die Bestimmungen über die Tantieme gebunden, welche aus steuerlichen Gesichtspunkten für die Gesellschaft nicht interessant ist.²⁵ Bei der Festlegung der Entschädigung an die Verwaltungsratsmitglieder ist zu beachten, dass diese nicht den Charakter einer Gewinnausschüttung erhält. Eine solche Gefahr besteht dann, wenn sich die Höhe der Entschädigung klar nach dem erzielten Jahresergebnis richtet oder dem Verwaltungsrats-honorar keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht. Dazu gehören auch geldwerte Leistungen, welche die Gesellschaft unbeteiligten Dritten unter gleichen Umständen nicht gewähren würde.

Kritiker führen an, dass eine Gewinnbeteiligung die Verwaltungsräte zu spekulativer Geschäftsführung verleiten könnte. Diese Gefahr ist wohl eher als gering einzustufen, da die Verwaltungsräte

25 Allerdings kann der wirtschaftliche Erfolg der Gesellschaft durchaus in gewissem Mass berücksichtigt werden, ohne dass ein Honorar zur Tantieme wird: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 28 N 132; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 Rz. 243.

ein substanzielles Interesse an einer Weiterführung der Unternehmung haben und daher darauf bedacht sind, eine solche Weiterführung auch zu ermöglichen. Umgekehrt stellt sich bei einer rein pauschalen Entschädigung das Problem, dass die Bereitschaft zum Eingehen risikoreicherer Geschäfte erlahmt, was der Geschäftsentwicklung auch nicht förderlich sein dürfte. Der Verwaltungsrat sollte deshalb die Zusammensetzung der Entschädigung unter Berücksichtigung der unternehmerischen und der steuerlichen Aspekte selbst festsetzen können.

In aller Regel akzeptieren es die Steuerbehörden, wenn 10% des Verwaltungsratshonorars als Spesen vergütet werden. Insbesondere bei erheblichen Fahrwegen, zusätzlich notwendiger Infrastruktur und Ähnlichem rechtfertigt sich eine entsprechende Vergütung. Fallen für den Verwaltungsrat höhere persönliche Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Verwaltungsratsmandat an und können diese auch belegt werden, so sind selbstredend diese weiterzuverrechnen. Für den Verwaltungsrat von Vorteil ist diesbezüglich, dass die Spesenvergütung nicht der Einkommenssteuer- und auch nicht der Sozialabgabepflicht unterliegt.

2. Festlegung der Höhe der Entschädigung

Das Gesetz enthält keine Angaben darüber, wer das Verwaltungsratshonorar festzusetzen hat. In diesem Zusammenhang ist gesellschaftsinternen Regelungen ein breiter Spielraum gewährt. Seit ausserordentlich hohe Entschädigungen bei Publikumsgesellschaften bekannt geworden sind, wird die Frage diskutiert, ob dafür zwingend die Generalversammlung zuständig sein soll.²⁶ Es stellt sich also die Frage, ob die Generalversammlung oder der Verwaltungsrat die konkrete Höhe des Honorars festlegen soll. Insbesondere bei grossen Aktiengesellschaften und vor allem bei Publikumsaktiengesellschaften wird es kaum praktikabel sein, dass die Generalversammlung das Verwaltungsratshonorar festlegt. Im Sinne einer Beschränkung auf das We-

²⁶ AMSTUTZ MAX, Macht und Ohnmacht des Aktionärs: Möglichkeiten und Grenzen der Corporate Governance bei der Wahrung der Aktionärsinteressen, Zürich 2007, 233 ff. und 241, stellt institutionalisierte Kontrollmechanismen ausführlich dar. Er kommt zum Schluss, dass «eine wirksame Kontrolle der Entschädigungspraxis der grossen Publikumsgesellschaften in letzter Instanz nur durch die Generalversammlung ausgeübt werden kann».

sentliche scheint es auch bei kleineren Gesellschaften sinnvoller, das Organ der Generalversammlung nicht mit dieser Aufgabe zu belasten.

Nach geltendem Recht ist der Verwaltungsrat befugt, die Honorare seiner Mitglieder selbst zu bestimmen,²⁷ was eigentlich ein In-sich-Geschäft darstellt. Gemäss dem seit 1. Januar 2008 geltenden Art. 718b OR müssen alle In-sich-Geschäfte über CHF 1000.– schriftlich abgeschlossen werden. Folglich sollte auch die Entschädigung der VR-Mitglieder zu deren Gültigkeit schriftlich fixiert bzw. zumindest in einem VR-Protokoll festgehalten werden.

Bei der Festsetzung der Höhe des Verwaltungsratshonorars sind verschiedenste Faktoren wie etwa Grösse und Finanzkraft der Gesellschaft, Erfahrung und Fachwissen des Verwaltungsrats, seine Position innerhalb des Verwaltungsrats sowie das eingebrachte Beziehungsnetz zu berücksichtigen. Von entscheidender Bedeutung sind jedoch Arbeitsaufwand und Verantwortung. Daneben ist zu berücksichtigen, dass die Übernahme eines solchen Mandats Risiken (insbesondere auch Reputationsrisiken) mit sich bringt, die nur teilweise – und nur mit beträchtlichen Kosten – versichert werden können. Die in der Praxis bekannten Entschädigungsansätze für Verwaltungsräte weisen deshalb grosse Unterschiede auf. Wird von einem Verwaltungsrat erwartet, dass er seine Funktion dem Gesetz entsprechend ernst nimmt und die dazu erforderliche Zeit aufwendet, erscheinen allerdings Honorare von mehr als zehntausend Franken pro Jahr als angemessen.²⁸

Bei Publikumsgesellschaften werden seit einiger Zeit Entschädigungsmodelle angewendet, welche die Ausrichtung eines Teils der Entschädigung in Form von Aktien oder Optionen auf Aktien vorsehen. Solche Entschädigungsmodelle sind kritisch zu bewerten, da sie zu völlig unangemessen hohen Entschädigungen führen können, mit der Zeit eine Verwässerung der Beteiligungen der Aktionäre bewirken und etliche Missbrauchsmöglichkeiten bieten, die durch die Unübersichtlichkeit der Detailregelung begünstigt werden.

Ebenfalls kritisch zu würdigen sind Abgangsentschädigungen für Verwaltungsräte und Mitglieder der Geschäftsleitungen (sog. Gol-

27 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28 N 129.

28 In einer Studie von Heidrick & Struggels (publiziert in der NZZ vom 18. April 2007) wird als durchschnittliches Honorar EUR 140 000.– pro Jahr bzw. EUR 6381.– pro Sitzung genannt; diese Zahlen sind stark von Spitzenwerten in Grossunternehmen geprägt.

den Handshakes bzw. Golden Parachutes). Sie sind zu messen am Gesellschaftsinteresse, das kaum je darin liegen kann, im Fall der Abwahl eines Verwaltungsrats (oder Entlassung eines Geschäftsleitungsmitglieds) wegen Misserfolg noch finanzielle Leistungen an die betroffene Person zu erbringen.²⁹

Im Konzernverbund hat oftmals eine Person in mehreren Verwaltungsräten derselben Gruppe Einsitz. Die Entschädigung bemisst sich dann nach der Gesamtbelastung. Obwohl die Holdinggesellschaft hierarchisch zuoberst steht, fällt der Aufwand für den Verwaltungsrat in der Regel stärker bei den unteren, operativen Gesellschaften an. Dementsprechend sollte eine Verteilung des Aufwandes für den Verwaltungsrat der Holdinggesellschaft auf die operativen Gesellschaften erfolgen.³⁰

Die Gesellschaft hat bezüglich der Verwaltungsratsentschädigung grundsätzlich AHV- und ALV-Prämien abzurechnen. Die entsprechenden Beträge sind vor Ausrichtung von der Entschädigung abzuziehen und zusammen mit dem Arbeitgeberbeitrag an die AHV-Kasse auszurichten. Bei ausländischen Verwaltungsräten ist die Quellensteuer abzuziehen. Nur soweit ein Verwaltungsratsmitglied aufgrund eines separaten Vertragsverhältnisses tätig wird, beispielsweise als selbstständiger Rechtsanwalt, Architekt oder Werbeberater, brauchen keine derartigen Abzüge vorgenommen zu werden.

IV. Kumulation von Lohn- und Honoraranspruch

1. Grundsätzlicher Anspruch auf Lohn und Verwaltungsrats-honorar

Die Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung ist eine fundamentale gesetzliche Voraussetzung für den Bestand eines Arbeitsvertrages.³¹ Ist die Höhe des Arbeitslohnes nicht im Voraus konkret festgelegt

29 Vgl. auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 Rz. 246a ff.

30 Börsenkotierte Gesellschaften haben Vergütungen an VR-Mitglieder im Konzernverbund dergestalt im Anhang zur Jahresrechnung offenzulegen, dass auch Vergütungen bei Tochtergesellschaften ersichtlich sind.

31 Vgl. die Begriffsbestimmung in Art. 319 Abs. 1 OR. «Wer ohne Lohn zu arbeiten bereit ist, ist nicht Arbeitnehmer ...» (REHBINDER, Berner Kommentar, N 2 zu Art. 322 OR).

worden, so hat der Arbeitgeber nach Art. 322 Abs. 1 OR den Lohn zu entrichten, der üblich ist. Was üblich ist, muss anhand von Vergleichszahlen im gleichen Betrieb oder in der gleichen Branche vor Ort unter Berücksichtigung der Tätigkeit einerseits und der persönlichen Verhältnisse (Ausbildung, Erfahrung, Alter, Familienstand, Kinderzahl) andererseits ermittelt werden;³² hierzu besteht eine reiche Rechtsprechung.³³ Umgekehrt kann aus der Vereinbarung eines überdurchschnittlich hohen Lohnes nicht der Schluss gezogen werden, es liege kein Arbeitsvertrag vor, sondern ein Auftrag.³⁴ Zuständig für die Festlegung der Entlohnung ist grundsätzlich der Verwaltungsrat. Bezüglich der Geschäftsführung ist dies nach Art. 716a OR eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe. Bezüglich der übrigen Arbeitnehmer ist eine Delegation gestützt auf Art. 716b Abs. 1 OR bzw. eine entsprechende statutarische Ermächtigung über ein Organisationsreglement zulässig.

Wird die Entlohnung übermässig hoch angesetzt, so haben die Aktionäre kein direktes Anfechtungsrecht; es verbleibt ihnen lediglich der schwierige und langwierige Weg über eine Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR; daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass Aktionäre über den Weg der Sonderprüfung gemäss Art. 697a OR Informationen über die konkrete Höhe der Vergütungen erhalten. Wird der Verwaltungsrat ausgewechselt und möchte der neue Verwaltungsrat den bereits bestehenden Arbeitsvertrag wegen übermässiger Lohnfestsetzung gestützt auf Art. 24 OR bzw. ZGB 27 Abs. 2 ZGB für unverbindlich erklären, so werden sich in den meisten Fällen Beweisprobleme ergeben. Die Mitglieder des früheren Verwaltungsrates werden i.d.R. im Falle einer Zeugenbefragung für die Gültigkeit des Arbeitsvertrages einstehen. Um die Macht des Verwaltungsrates bezüglich der Lohnfestsetzung für die Geschäftsführung zu beschränken, können von der Generalversammlung entsprechende Statutenbestimmungen aufgestellt werden:

32 REHBINDER, Berner Kommentar, N 12 zu Art. 322 OR; nach STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 29 zu Art. 322 OR, kann auch der in einem nicht anwendbaren Gesamtarbeitsvertrag für solche Arbeit festgesetzte Durchschnittslohn als Ausdruck der Übung massgebend sein.

33 Dazu eingehend STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN, Arbeitsvertrag, 6. Auflage, Zürich 2006 N 7 und 10 zu Art. 322 OR.

34 Nicht publizierter Entscheid des Bundesgerichts 4C.460/1995 vom 24.2.1997, publiziert in der NZZ vom 21.5.1997, Nr. 114, S. 114, und bei FELBER SILVAN, 195f.

- Aktionärsausschuss zur Festlegung der Entschädigung
- Spezielle Zustimmung für Arbeitsverträge mit VR-Mitgliedern über drei Jahre

Bei der Tätigkeit als Verwaltungsrat ist ein Honoraranspruch zwar nicht explizit gesetzlich festgelegt, doch haben die Mitglieder eines Verwaltungsrats grundsätzlich Anspruch auf eine Entschädigung für ihre organschaftliche Tätigkeit. In der Praxis werden Verwaltungsräte entweder mit festen Pauschalen oder mit Honoraren nach Aufwand entschädigt³⁵; immer häufiger kommen aber auch flexible Vergütungsmodelle, insbesondere in Form von Erfolgsbeteiligungen und Aktien bzw. Aktienoptionen vor.³⁶ Es ist zulässig, den Entschädigungsanspruch in den Statuten zu verankern und gleichzeitig auch noch festzulegen, dass die Generalversammlung die Höhe der Entschädigung bestimmt.³⁷ In jedem Falle ist jedoch nach Ansicht des Bundesgerichtes bei der Entschädigungsfestlegung zu prüfen, ob der Betrag in einem angemessenen Verhältnis zur Arbeit des Verwaltungsrats, zu seinen Leistungen für die Gesellschaft und zur wirtschaftlichen Situation des Unternehmens steht.³⁸ Im Gegensatz zum Lohnanspruch aus Arbeitsvertrag besteht beim Honoraranspruch aus Mandatsvertrag

35 Nach den Umfrageergebnissen der BDO Visura, 15, wird die VR-Entschädigung bei 97% aller Familienunternehmen und bei 90% aller Nichtfamilienunternehmen in Form einer Jahrespauschale ausgerichtet.

36 Basierend auf einer Befragung von über 400 börsenkotierten Firmen meldete die HandelsZeitung vom 29.11.2000, Nr. 48, S. 4: «Der Trend weg von der reinen Barauszahlung hin zu Varianten mit Aktien und Aktienoptionen hat sich fortgesetzt. Jedes fünfte Unternehmen operiert mit erfolgsabhängigen Vergütungsmodellen.»

37 Vgl. BGE 84 II 550 ff.

38 BGE 86 II 159 Erw. 1. In der Honorarempfehlung der Treuhand-Kammer vom 23.6.1994 wurde das Mindesthonorar für Verwaltungsratsmandate noch mit CHF 2000.– pro Jahr zuzüglich Honorar nach Zeitaufwand angegeben, was als grobe Orientierungshilfe dienen kann; in der Honorarempfehlung der Treuhand-Kammer vom 10.6.1997 wird keine Empfehlung mehr für VR-Honorare abgegeben. Während vom Schweizerischen Gewerkschaftsbund vehement die Meinung vertreten wird, die Entschädigung von Topmanagern dürfe das Zehnfache des schweizerischen Median-Jahreslohnes von CHF 65 000.– nicht übersteigen (Aussage von Serge Gaillard, Sekretär des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes, im Cash vom 15.3.2002, Nr. 11, S. 8), ist Christoph Blocher der Ansicht, dass ein Verwaltungsrat auch weitaus mehr als CHF 1 Mio. pro Jahr verdienen dürfe, sofern er eine entsprechende Leistung bringe (Interview der HandelsZeitung vom 13.3.2002, Nr. 11, S. 7).

keine ergiebige Rechtsprechung.³⁹ Immerhin hat das Bundesgericht wiederholt festgestellt, dass Beschlüsse der Generalversammlung über Verwaltungsrats honorare von jedem Aktionär angefochten werden können.⁴⁰ Hat dagegen der Verwaltungsrat selbst die Honorarhöhe festgelegt, so besteht keine direkte Anfechtungsmöglichkeit;⁴¹ die Aktionäre können lediglich eine Verantwortlichkeitsklage einleiten und/oder versuchen, den Verwaltungsrat durch die Generalversammlung neu bestellen zu lassen. Allenfalls bleibt einem Minderheitsaktionär als letzter Ausweg noch die Auflösungsklage, falls der Verwaltungsrat seine Doppelstellung für übermässige Bezüge missbraucht.⁴²

Steht eine Person als Arbeitnehmer und Verwaltungsratsmitglied gleichzeitig in einem arbeitsrechtlichen und in einem organschaftlichen Verhältnis zur gleichen Gesellschaft, so hat diese Person aufgrund der obigen Ausführungen grundsätzlich Anspruch auf Lohn für die Arbeitstätigkeit und Anspruch auf Honorar für die Verwaltungsrats-tätigkeit. Umgekehrt müsste bei einem Wegfall der arbeitsrechtlichen oder gesellschaftsrechtlichen Anspruchsgrundlage durch Kündigung bzw. Abwahl oder Rücktritt auch der entsprechende Anspruch auf Lohn bzw. Honorar wegfallen. Tatsächlich können Fragen über die Entstehung bzw. den Wegfall eines solchen kumulativen Forderungsanspruches jedoch nicht allgemein beantwortet werden. Vielmehr ist zu unterscheiden, ob die arbeitsvertragliche Tätigkeit in einem direkten Zusammenhang mit der Funktion als Verwaltungsrat steht und welche Leistungen mit einer Entschädigung abgegolten werden.

39 In einem Streitfall müsste deshalb die Höhe des Honoraranspruches eines Verwaltungsrats aufgrund der individuellen Verhältnisse mühsam ermittelt werden. Zu berücksichtigen wären insbesondere die persönlichen Faktoren (Funktion, Ausbildung, Erfahrung, Beziehungsnetz etc.) und die betrieblichen Gegebenheiten (Branche, Personalbestand, Umsatz, Struktur etc.); andere Faktoren wie Alter, Zivilstand, Kinderzahl oder ähnliche Kriterien und insbesondere Lohnansprüche in dieser Branche bzw. Gesamtarbeitsverträge könnten dagegen vernachlässigt werden. Konkrete Anhaltspunkte für die Bestimmung solcher Honoraransprüche liefert jeweils die aktuellste Umfrage der BDO Visura; kaum massgebend dürften dagegen die von der HandelsZeitung ermittelten VR-Honorare bei börsenkotierten Firmen sein, die für das Jahr 2000 noch mit CHF 69 000.– angegeben wurden (HandelsZeitung vom 29.11.2000, Nr. 48, S. 4), aber nach dem Börseneinbruch per 2002 auf CHF 59 000.– sanken (HandelsZeitung vom 17.9.2003, Nr. 38, S. 1 und 12).

40 So gleich zweimal geschehen im Falle Brandt c. La Centrale S.A. (BGE 84 II 159 und BGE 86 II 159).

41 Vgl. WEISS, in: ASR Heft 385, 1968, Rz. 238 ff.

42 Vgl. BGE 105 II 114 ff.

2. Lohnanspruch bei organunabhängiger Tätigkeit

Übt ein Mitglied des Verwaltungsrats einer Gesellschaft bei dieser als Arbeitnehmer eine Tätigkeit aus, die völlig unabhängig von seiner organschaftlichen Funktion ist, so bestehen Lohnanspruch aus Arbeitsvertrag und Honoraranspruch aus Mandatsvertrag unabhängig voneinander. Ein solcher Fall ist beispielsweise gegeben, wenn ein Ingenieur aus der Forschungsabteilung ohne Änderung seines Arbeitsvertrages als Arbeitnehmer-Vertreter in den freiwillig paritätisch zusammengesetzten Verwaltungsrat gewählt wird. Die Aufgaben als Ingenieur hat der Arbeitnehmer weiterhin uneingeschränkt zu erfüllen, weshalb er diesbezüglich auch im gleichen Umfange zu entlohnen ist. Zusätzlich hat der Arbeitnehmer nun jedoch auch noch die Aufgaben als Verwaltungsrat wahrzunehmen. Für diese organschaftliche Leistung ist er zusätzlich zu entschädigen, sodass er konsequenterweise einen kumulativen Anspruch auf Lohn als Arbeitnehmer und auf Honorar als Verwaltungsrat hat.

In der Praxis wird vereinzelt die zusätzliche Verwaltungsratsfunktion bei der Gestaltung des Arbeitsvertrages mitberücksichtigt und deshalb ein separater Honoraranspruch ausgeschlossen. Konkret wird z.B. die Präsenzzeit bei den Verwaltungsratssitzungen als Arbeitszeit angerechnet und stipuliert, der Arbeitnehmer erbringe demnach keine Zusatzleistung. Diese Argumentation übersieht jedoch, dass zur pflichtgemässen Erfüllung der Verwaltungsratsfunktion nicht nur die Sitzungsteilnahme, sondern auch die Sitzungsvorbereitung gehört. Der tatsächliche Zeitaufwand für ein Verwaltungsratsmandat ist deshalb bei einer korrekten Funktionsausübung wesentlich höher als die reine Sitzungszeit. Zudem trägt der Arbeitnehmer durch seine Doppelstellung eine zusätzliche Verantwortung als Verwaltungsrat; das damit verbundene Risiko ist bei der Entschädigung ebenfalls zu berücksichtigen. Für den zusätzlichen Aufwand und die höhere Verantwortung besteht deshalb ein kumulativer Entschädigungsanspruch. Dies gilt auch im Falle eines Mandatsvertrages mit Enthafungsklausel, denn die mit einem Verantwortlichkeitsprozess verbundenen unangenehmen Nebeneffekte (Rufschädigung, Ärger, Zeitaufwand etc.) lassen sich nicht vertraglich wegbedingen. Ob unter diesen Aspekten der Anspruch auf ein Verwaltungsrats honorar überhaupt vollständig über Lohnzahlungen getilgt werden kann, wird weiter hinten eingehend erörtert.

3. Lohnanspruch bei organabhängiger Tätigkeit

Eine besondere Situation entsteht, wenn ein Verwaltungsrat im Zusammenhang mit seiner organschaftlichen Funktion zusätzliche Aufgaben übernimmt und bei deren Erfüllung die Weisungen des Gesamtverwaltungsrats oder des Präsidenten zu befolgen hat. Ein solcher Fall ist beispielsweise dann gegeben, wenn ein Verwaltungsratsmitglied die Funktion eines Delegierten übernimmt und der damit verbundene Aufwand schliesslich zu einer hauptamtlichen Tätigkeit führt. Dieser Delegierte hat unbestreitbar Anspruch auf eine angemessene Entschädigung für seine Tätigkeit. Unklar ist indessen, ob dieser Anspruch nur auf einem organschaftlichen oder auch auf einem arbeitsvertraglichen Verhältnis basiert.

Sind sämtliche Voraussetzungen für das Vorhandensein eines Arbeitsvertrages erfüllt, so ist der Entschädigungsanspruch für die arbeitsvertragliche Tätigkeit zwingend nach den arbeitsrechtlichen Kriterien zu leisten. Dies ergibt sich aus dem Verzichtsverbot von Art. 341 Abs. 1 OR. Allerdings dürfte die Entscheidung, was noch als organschaftliche Tätigkeit und was bereits als arbeitsvertragliche Tätigkeit zu qualifizieren ist, im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist die Subordination bzw. die damit verbundene Weisungsgebundenheit.⁴³

Es ist zulässig, dass ein Verwaltungsrat auf eine separate Entlohnung für seine zusätzliche organabhängige Tätigkeit verzichtet. Für solche Honoraransprüche besteht kein gesetzliches Verzichtverbot analog zur entsprechenden Bestimmung im Arbeitsrecht. Dieser Unterschied führt in der Praxis zu gerichtlichen Auseinandersetzungen, wie folgender Fall zeigt:⁴⁴

Die Gründer einer AG zur Produktion und Verwertung von Internetseiten liessen sich von Anfang an durch einen Finanzexperten einer grossen Treuhandgesellschaft beraten. Da der Zeitaufwand für die Beratung und die damit verbundenen Kosten immer höher wurden, offerierten die bisherigen Aktionäre dem Finanzexperten zwei

⁴³ Dies ergibt sich indirekt aus der Tatsache, dass die Unterordnung bzw. die Weisungsgebundenheit heute das massgebende Kriterium zur Unterscheidung des Arbeitsvertrages vom Auftrag darstellt.

⁴⁴ Da es sich um einen konkreten Streitfall handelt, der noch nicht gerichtlich entschieden ist, können keine genaueren Angaben gemacht werden.

Jahre nach der Gründung eine Minderheitsbeteiligung an der AG zum Nominalwert, verbunden mit einem Sitz im Verwaltungsrat und der Stellung als CFO. Der Finanzexperte konnte dem Angebot nicht widerstehen, kündigte seinen Arbeitsvertrag mit der Treuhandgesellschaft und beteiligte sich im Rahmen einer Kapitalerhöhung an der Internetgesellschaft. Leider versäumten es die Beteiligten, über das Rechtsverhältnis als CFO Abmachungen zu treffen. Anlässlich von Strategietagungen wurde dem CFO stets in Aussicht gestellt, er werde bei einem späteren Börsengang für seine Tätigkeit angemessen entschädigt. Nach zwei Jahren harter Arbeit zerschlugen sich jedoch die Hoffnungen auf einen Börsengang. Der Finanzexperte verlangte nun erstmals Lohn für seine Tätigkeit. Zur Begründung machte er geltend, er habe nie auf einen Lohn verzichtet und hätte dies wegen des Verzichtverbots im Arbeitsrecht auch nicht machen können; zudem sei die Lohnforderung nicht verjährt. Die übrigen Aktionäre, welche alle gleichzeitig Mitglieder des Verwaltungsrats waren, wiesen jedoch jegliche Lohnforderung mit dem Argument zurück, ein Arbeitsvertrag sei gar nie abgeschlossen worden, weshalb das Verzichtsverbot nicht zur Anwendung gelange, und im Übrigen hätte keiner der Verwaltungsräte je ein Honorar bezogen.

Der Fall ist noch nicht entschieden, weshalb an dieser Stelle noch keine abschliessende rechtliche Beurteilung der Situation möglich ist. Folgende Überlegungen sind jedoch unter Berücksichtigung der bisherigen Erkenntnisse über die Voraussetzungen und die Zulässigkeit einer Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer angebracht:

- Die Berufung des CFO auf das arbeitsrechtliche Verzichtsverbot nach Art. 341 Abs. 1 OR setzt einen Arbeitsvertrag voraus; kann der Nachweis eines Arbeitsvertrages erbracht werden, dann besteht eine Lohnforderung, die gemäss Art. 128 OR erst nach fünf Jahren verjährt.
- Wenn der CFO einen Arbeitsvertrag geltend machen will, dann hat er nach Art. 8 ZGB den Beweis dafür zu erbringen; gelingt ihm dies, so könnte die Gesellschaft als Arbeitgeberin versuchen, Rechtsmissbrauch gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB geltend zu machen. Der in Aussicht gestellte Börsengang lässt den Einwand des Rechtsmissbrauchs jedoch als wenig erfolgversprechend erscheinen.

- Wurde kein Lohn abgemacht, hat der Arbeitgeber gemäss Art. 322 Abs. 1 OR den üblichen Lohn zu entrichten; der CFO hat deshalb nur zu beweisen, dass eine Arbeit gegen Entgelt vereinbart wurde, ohne konkret die Höhe der abgemachten Entlohnung nachzuweisen.
- Aus der Tatsache, dass der CFO während zweier Jahre keinen Lohn geltend machte, kann nicht geschlossen werden, dass kein Arbeitsvertrag vorliege; es ist zulässig, Lohnforderung zu stunden.
- Der Verwaltungsrat kann gemäss Art. 716b Abs. 1 OR die finanzielle Geschäftsführung im Rahmen des gesetzlich Zulässigen einem VR-Mitglied übertragen; dies kann sowohl durch Präzisierung bzw. Ergänzung des organschaftlichen Verhältnisses als auch durch Abschluss eines zusätzlichen Arbeitsvertrages geschehen. Aus der Funktionsbezeichnung als CFO kann deshalb nicht zwingend auf einen Arbeitsvertrag geschlossen werden, doch entsteht eine entsprechende Vermutung.

Das Gericht wird diesen Fall aufgrund des noch gespeicherten elektronischen Briefverkehrs und der Aussagen von Zeugen entscheiden müssen. Allenfalls können die Ergebnisse der Umfrage bei den VR-Delegierten hilfreich sein: Rund 77% aller VR-Delegierten mit einer zusätzlichen Funktion als GL-Mitglied stehen in einem arbeitsvertraglichen Verhältnis zur Gesellschaft, für die sie tätig sind.⁴⁵ Damit besteht eine starke, jedoch widerlegbare Vermutung, dass der Finanzexperte im vorliegenden Fall seine Funktion als CFO nicht nur im Rahmen seiner VR-Tätigkeit, sondern als Arbeitnehmer ausüben wollte. Der Gesamtverwaltungsrat hatte zweifellos die Möglichkeit, dem CFO zur Ausübung seiner Tätigkeit Weisungen zu erteilen; demnach bestand ein Weisungsrecht, und zwar unabhängig davon, ob es auch konkret ausgeübt wurde. Es ist jedoch zusätzlich abzuklären, ob die Gesellschaft dem CFO die notwendige Infrastruktur zur Ausübung seiner Tätigkeit zur Verfügung stellte und eine Einordnung in die Arbeitsorganisation erfolgte, damit tatsächlich vom notwendigen Subordinationsverhältnis für ein Arbeitsverhältnis ausgegangen werden kann. Auch wenn dieser Fall noch nicht entschieden ist, so belegt er doch eindrucksvoll das Konfliktpotenzial einer Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer im Zusammenhang mit Lohnforderungen für organabhängige Tätigkeiten.

⁴⁵ Vgl. MÜLLER, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Tabelle 21 auf S. 132.

4. Selbstständige oder unselbstständige Tätigkeit

Art. 7 AHVV legt fest, welche Bestandteile zum massgebenden Lohn für die Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge gehören. Danach ist klar, dass die Lohnzahlungen für die organunabhängige und organabhängige Arbeitstätigkeit ebenso zu den anrechenbaren Lohnbestandteilen gehören wie Honorarzahungen für die Tätigkeit als Verwaltungsratsmitglied. Individuell zu beurteilen sind allfällige separate Entschädigungen für zusätzlich geleistete Aufträge. Handelt es sich beispielsweise um einen Rechtsanwalt mit eigener Kanzlei, welcher zu 40% als VR-Delegierter in einer Gesellschaft angestellt ist, so können durchaus neben den Lohnzahlungen für die Arbeitstätigkeit und den Honorarzahungen für die Funktionsausübung als Verwaltungsrat noch zusätzlich Zahlungen für die Leistungen als selbstständiger Rechtsanwalt erfolgen. Allerdings wird im Zweifel von den Ausgleichskassen eine unselbstständige Erwerbstätigkeit angenommen. Ein Beispiel dafür liefert der Entscheid des Eidg. Versicherungsgerichtes vom 3. August 2000⁴⁶. Der Geschäftsführer einer Immobiliengesellschaft war nicht nur Mitglied des Verwaltungsrats, sondern gleichzeitig selbstständiger Immobilientreuhänder. Als solcher vermittelte er der Gesellschaft zahlreiche Immobilien und erhielt dafür Provisionen von knapp einer Million Franken. Seitens der Gesellschaft wurden diese Zahlungen als selbstständiges Erwerbseinkommen aufgefasst. Die Ausgleichskasse des Kantons Zürich erachtete die Provisionen jedoch als Lohnbestandteil. Diese Ansicht wurde letztinstanzlich geschützt und damit auch die resultierende Beitragsnachforderung von rund CHF 187 000.–.

Zusammenfassend kann zu diesem Punkt festgestellt werden, dass nicht nur bei organabhängiger Tätigkeit, sondern auch bei organunabhängiger Tätigkeit ein kumulativer Anspruch des betroffenen Verwaltungsratsmitglieds auf Lohn als Arbeitnehmer und Honorar als Verwaltungsrat besteht. Bei einer organabhängigen Tätigkeit ist das Bestehen eines Arbeitsvertrages jedoch schwieriger nachzuweisen, weshalb in solchen Fällen eine klare Abmachung über die von der Gesellschaft zu leistenden Entschädigungen empfehlenswert ist, um Konflikten vorzubeugen. Schliesslich kann u.U. neben der Entschädigung für die Arbeitsleistung und die Verwaltungsratsfunktion noch

46 Unveröffentlichter Entscheid H 62/99 vom 3.8.2000.

ein Honorar für Dienstleistungen aus einem Auftragsverhältnis geschuldet sein; damit solche Zusatzentschädigungen als Einkommen eines Selbstständigerwerbenden von den Sozialversicherungsbehörden anerkannt werden, müssen die Abgrenzungskriterien im Sinne von Art. 9 Abs. 1 bzw. Art. 5 Abs. 2 AHVG gemäss der massgebenden Rechtsprechung erfüllt sein.⁴⁷

V. Begrenzung und Offenlegung der VR-Honorare

1. Klauseln in Statuten und Reglementen

Im Zusammenhang mit übermässigen Lohnbezügen von Verwaltungsräten bzw. leitenden Arbeitnehmern wird von verschiedenen Seiten gefordert, die massgebenden Gesetze so zu ändern bzw. zu ergänzen, dass die Aktionäre mehr Rechte erhalten, die Bezüge einzusehen und zu begrenzen. Konkret forderte die SVP-Fraktion mit einer parlamentarischen Initiative⁴⁸ die Ergänzung von Art. 8 BEHG dahingehend, «dass nur Effekten solcher Firmen an die Börse zugelassen werden, bei denen die Höhe, die Art und Weise sämtlicher konsolidierter Entschädigungen und Beteiligungen der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Beiräte und der Geschäftsleitung der letzten fünf Jahre jeweils einzeln offengelegt werden, sofern im durch die Bankenkommission zu genehmigenden Börsenkotierungsreglement die entsprechenden Änderungen nicht bis zum 31. Juli 2002 bereits eingeflossen sind».

Die Forderungen nach mehr Transparenz haben bei den börsenkotierten Gesellschaften Wirkung gezeigt. Durch das Bundesgesetz vom 7. Oktober 2005 (Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung) wurde mit Wirkung vom 1. Januar 2007 ein neuer Art. 663b^{bis} im Obligationenrecht eingefügt. Danach müssen börsenkotierte Gesellschaften folgende Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung oder des Beirats angeben: Honorare, Löhne, Bonifikationen, Gutschriften, Tantiemen, Beteiligungen, Sachleistungen, Optionen,

⁴⁷ Vgl. BGE 119 V 161 Erw. 3. b), 122 V 169 Erw. 3. a) und c) sowie BGE 123 V 161 Erw. 1.

⁴⁸ Parlamentarische Initiative 02.406 vom 6.3.2002.

Bürgschaften, Forderungsverzichte, Vorsorgeleistungen, Darlehen und Kredite.

Für nicht an der Börse kotierte Gesellschaften bestehen noch keine Vorschriften zur Offenlegung der VR-Vergütungen. Hier besteht die Möglichkeit einer statutarischen und reglementarischen Einschränkung, welche den individuellen Besonderheiten der jeweiligen Gesellschaft Rechnung tragen kann.⁴⁹

Die Erfahrung lehrt, dass Gesetze nur beschränkt geeignet sind, menschliches Verhalten zu steuern oder gar zu ändern. Bezogen auf die Aktiengesellschaft stellte Zimmermann⁵⁰ bereits 1946 fest, dass nicht Gesetz oder Statuten, sondern der Faktor Mensch entscheidend sei. «Deren Charakter- und Facheigenschaften drücken dem Unternehmen im Guten wie im Bösen den Stempel meistens mehr als alles andere auf. Selbst bedeutendste schweizerische Aktienunternehmen mit dank ihrer gesund-konservativen Leitung jahrelanger Blüte sind wiederholt in verhältnismässig kurzer Zeit, wenn nicht gleichsam über Nacht, unter dem Einfluss unsorgfältig oder gewissenlos arbeitender Persönlichkeiten ihrer Führung entweder in den Abgrund oder an dessen Rand geraten.»

Statt neue Gesetzesvorschriften zu fordern,⁵¹ sollten die bestehenden richtig angewendet und die Flexibilität im Schweizer Aktienrecht umfassend ausgenützt werden. Nachstehend werden deshalb Musterklauseln für Statuten und Organisationsreglement vorgestellt, mit denen die Problematik von übermässigen Honoraren und Entschädigungen an VR- bzw. GL-Mitglieder grundsätzlich lösbar wäre. Allerdings hat bei börsenkotierten Gesellschaften der einzelne Aktionär i.d.R. nur noch einen kleinen Einfluss. Er muss sich deshalb darauf verlassen können, dass die Gesellschaft durch einen personell von der Geschäftsführung getrennten Verwaltungsrat sorgfältig geführt und überwacht wird. Die heute bereits für Banken und Sparkassen geltende Vorschrift einer personellen Unabhängigkeit zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsführung erscheint auch für börsenko-

49 Die Forderung von RUFFNER MARKUS, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft, Zürich 2000, S. 159, nach einem flexiblen Aktienrecht, ist deshalb zu unterstützen.

50 ZIMMERMANN HARRY, Grundfragen der Stellung der Verwaltungsratsmitglieder, Direktoren und Prokuristen der AG, Zürich 1946, 35 f.

51 Wie z.B. NR Felix Walker in seiner Motion «Corporate Governance in der Aktiengesellschaft» vom 20.6.2001 (NR Nr. 01.3329).

tierte Gesellschaften als zweckmässig. Eine Ablehnung der Personalunion in der Führungsspitze bei solchen Gesellschaften ist jedoch nicht gleichzusetzen mit dem Verbot eines Arbeitsvertrages für VR-Mitglieder. Vielmehr ist bei Grossgesellschaften die hauptberufliche Ausübung beim VR-Präsidenten oder beim VR-Delegierten für die Aktionäre sogar von Vorteil.

Die SWX-Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance und der Swiss Code for Best Practice of Corporate Governance entsprechen durchaus dem heutigen internationalen Standard von Regelwerken zur Corporate Governance. Bei Gesellschaften, die nicht an der Börse kotiert sind, ist in den Statuten und im Organisationsreglement klarzustellen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen Verwaltungsräte in einem arbeitsrechtlichen Verhältnis zur Gesellschaft stehen dürfen. Wird eine derartige Doppelstellung zugelassen, so ist ein schriftlicher Arbeitsvertrag mit denjenigen Regelungen zu empfehlen, welche das Konfliktpotenzial für beide Parteien auf ein Minimum reduzieren.

Konkret können folgende Musterklauseln in diesem Zusammenhang vorgeschlagen werden:⁵²

Statutenklausel für die Begrenzung von VR-Bezügen durch die GV

Die Generalversammlung ist berechtigt, die maximale Höhe des individuellen VR-Honorars bzw. VR-Lohnes [*Variante: ... des Honorar- und Lohnanspruchs für den Gesamtverwaltungsrat*] festzulegen [*Variante: ... in Prozenten vom Bilanzgewinn im entsprechenden Geschäftsjahr festzulegen*]. Jedes Mitglied des Verwaltungsrats hat jedoch mindestens Anspruch auf eine Erstattung der im Zusammenhang mit seinem Mandat erforderlichen Spesen sowie eine angemessene Entschädigung für die von ihm erbrachten Leistungen in orts- und branchenüblicher Höhe [*Variante: ... in Höhe eines durchschnittlichen VR-Honorars entsprechend seiner Funktion gemäss jeweils letzter repräsentativer Umfrage in der Schweiz*]. Die Begrenzung der VR-Bezüge gilt jeweils nur für eine Amtsdauer [*Variante: ... gilt jeweils bis auf Widerruf*].

⁵² Aus MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Der Verwaltungsrat, 3. Aufl., Zürich 2007, 124 f.

Statutenklausel für einen Aktionärsausschuss zur Festlegung der Entschädigung

Die Generalversammlung kann einen Aktionärsausschuss bestehend aus drei bis fünf Aktionären zur Festlegung der VR-Entschädigung [*Variante:* ... zur Festlegung der Entschädigung von Verwaltungsrat und Geschäftsführung] für das nächste Geschäftsjahr wählen [*Variante:* ..., die zusammen nicht mehr als 50% der Aktienstimmen vereinen]. Dieser Aktionärsausschuss hat jeweils innerhalb von zwei Monaten nach der Generalversammlung die jeweilige Höhe des Honorar- bzw. Lohnanspruches der einzelnen VR-Mitglieder festzulegen [*Variante:* ... der gesamten Bruttoentschädigung inkl. beruflicher Vorsorge für den Verwaltungsrat und die Geschäftsführung zu fixieren]. Solange der Aktionärsausschuss die Entschädigungshöhe nicht festgelegt hat, gilt die Gesamthöhe aller Entschädigungen gemäss letzter genehmigter Jahresrechnung als Obergrenze für die zukünftigen Entschädigungen [*Variante:* Solange die Generalversammlung von ihrem Recht auf Wahl eines Aktionärsausschusses zur Festlegung der Entschädigung keinen Gebrauch gemacht und der Ausschuss noch keine Obergrenze fixiert hat, entscheidet der Verwaltungsrat in eigener Kompetenz über die Entschädigung].

Statutenklausel für Aktionärszustimmung zu Arbeitsverträgen über drei Jahren

Arbeitsverträge zwischen der Gesellschaft und den Mitgliedern des Verwaltungsrats [*Variante:* ... und dem VR-Präsidenten oder dem VR-Delegierten] bedürfen zu deren Gültigkeit der Zustimmung der Generalversammlung, sofern und soweit sie für eine feste Dauer von mehr als drei Jahren abgeschlossen werden.

Reglements-klausel für die Regelung von VR-Honorar und Lohn

Jedes Mitglied des Verwaltungsrats hat Anspruch auf eine angemessene Entschädigung für die von ihm erbrachten Leistungen in Form eines jährlichen Pauschalhonorars in Höhe von CHF 18 000.– [*Variante:* ... in Form eines Honorars in Höhe von CHF 250.– pro Stunde nach Aufwand]. Notwendige Spesen

im Zusammenhang mit dem Verwaltungsratsmandat werden separat entschädigt. Sofern und solange ein Verwaltungsrat zusätzlich in einem Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft steht, resultiert daraus unabhängig vom VR-Honorar ein Lohnanspruch [*Variante*: ..., besteht nur ein Lohnanspruch aus Arbeitsvertrag und kein zusätzlicher Anspruch auf VR-Honorar].

2. Offenlegung der Entschädigung

Auf den 1. Juli 2007 wurde im Aktienrecht eine neue Bestimmung aufgenommen, wonach börsenkotierte Gesellschaften die Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung weitgehend offenzulegen haben. Der entsprechende Artikel 663b^{bis} verlangt insbesondere die folgende Offenlegung:

1. alle Vergütungen, die die Gesellschaften direkt oder indirekt an gegenwärtige Mitglieder des Verwaltungsrates ausgerichtet haben;
2. alle Vergütungen, die die Gesellschaften direkt oder indirekt an Personen ausgerichtet haben, die vom Verwaltungsrat ganz oder zum Teil mit der Geschäftsführung betraut sind (Geschäftsleitung);
3. alle Vergütungen, die die Gesellschaften direkt oder indirekt an gegenwärtige Mitglieder des Beirates ausgerichtet haben;
4. Vergütungen, die die Gesellschaften direkt oder indirekt an frühere Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates ausgerichtet haben, sofern sie in einem Zusammenhang mit der früheren Tätigkeit als Organ der Gesellschaft stehen oder nicht marktüblich sind;
5. nicht marktübliche Vergütungen, die die Gesellschaften direkt oder indirekt an Personen ausgerichtet haben, die den in den Ziffern 1–4 genannten Personen nahestehen.

Als Vergütung gelten gemäss den neuen Vorschriften im Aktienrecht dabei namentlich:

1. Honorare, Löhne, Bonifikationen und Gutschriften;
2. Tantiemen, Beteiligungen am Umsatz und andere Beteiligungen am Geschäftsergebnis;
3. Sachleistungen;
4. die Zuteilung von Beteiligungen, Wandel- und Optionsrechten;
5. Abgangsentschädigungen;

6. Bürgschaften, Garantieverpflichtungen, Pfandbestellungen zugunsten Dritter und andere Sicherheiten;
7. der Verzicht auf Forderungen;
8. Aufwendungen, die Ansprüche auf Vorsorgeleistungen begründen oder erhöhen;
9. sämtliche Leistungen für zusätzliche Arbeiten.

Die Angaben zu diesen Vergütungen müssen umfassen:

1. den Gesamtbetrag für den Verwaltungsrat und den auf jedes Mitglied entfallenden Betrag unter Nennung des Namens und der Funktion des betreffenden Mitgliedes;
2. den Gesamtbetrag für die Geschäftsleitung und den höchsten auf ein Mitglied entfallenden Betrag unter Nennung des Namens und der Funktion des betreffenden Mitgliedes;
3. den Gesamtbetrag für den Beirat und den auf jedes Mitglied entfallenden Betrag unter Nennung des Namens und der Funktion des betreffenden Mitgliedes.

Zahlreiche Einzelfragen sind zu diesem neuen Art. 663b^{bis} OR noch offen.⁵³ Die Umsetzung dieser Bestimmungen gestaltet sich in der Praxis nicht ohne gewisse Abgrenzungsschwierigkeiten. In den Fachkreisen der Wirtschaftsprüfung sind folgende Grundsätze entwickelt worden:

- In Konzernverhältnissen sollen die Angaben gemäss Art. 663b^{bis} und 663c OR im Anhang zur Jahresrechnung der Holdinggesellschaft offengelegt werden. Alternativ wird im Anhang des Holding-Abschlusses ein Verweis auf die Offenlegung im Anhang des Konzernabschlusses angebracht. Es ist jedoch zwingend, dass die Offenlegungspflichten sowohl vom IFRS als auch OR eingehalten werden; diese Vorschriften weichen voneinander ab.⁵⁴

53 Vgl. dazu MAIZAR KARIM/WATTER ROLF, Transparenz der Vergütungen und Beteiligungen von Mitgliedern des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung (Art. 663b^{bis} und 663c Abs. 3 OR), in: GesKR 4/2006, 349 ff. und die entsprechende Kommentierung im Basler Kommentar zu Art. 663b^{bis} bzw. 663c OR.

54 Vgl. HALLAUER PHILIPP/WATTER ROLF, Das neue Transparenzgesetz – Fragen zur Umsetzung, in: ST 9/2007, 2 f.; siehe auch IMARK LUKAS/LIPP LORENZ, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, in: CHK, Art. 663b^{bis} OR.

- Eine Sonderprüfung zu den angegebenen Vergütungen kann erst dann verhängt werden, wenn bezüglich Unklarheiten an der Generalversammlung entsprechend Auskunft verlangt wurde.⁵⁵
- Die Prüfungspflicht der Revisionsstelle beschränkt sich darauf, ob die Vergütungen, Darlehen/Kredite und Beteiligungen vollständig und richtig offengelegt werden⁵⁶ (330c). Damit bezieht sich die Prüfung v.a. darauf, ob die offengelegten mit den tatsächlich gewährten Vergütungen usw. übereinstimmen, nicht aber auf die Gesetzmässigkeit (namentlich hinsichtlich der Höhe).

VI. Empfehlungen für die Praxis

1. **Ansatz eines Strategieberaters als Grundlage**

Um eine erste Grundlage zur angemessenen Honorierung von Verwaltungsräten zu erhalten, sollte von seiner eigentlichen Kernaufgabe ausgegangen werden: Oberleitung der Gesellschaft und damit insbesondere Festlegung der Unternehmensstrategie. Würde diese Aufgabe von einem externen Berater erledigt, müsste der Tagesansatz eines Strategieberaters bezahlt werden. Es kann deshalb zuerst ein Vergleich angestellt werden, wie viel ein externer Strategieberater für einen Betrieb in der jeweiligen Branche kosten würde. Dabei gibt es sicherlich wesentliche Unterschiede je nach Grösse und Komplexität des Unternehmens.

Ein entsprechender Tagessatz multipliziert mit der voraussichtlichen Anzahl Tage für die Auftragserledigung führt zu einer jährlichen Entschädigungssumme, welche noch um einen Verantwortungszuschlag erhöht werden muss. Denn ein externer Strategieberater haftet nicht gleichzeitig zivil- und strafrechtlich für seine Empfehlungen. Dabei kann allenfalls reduzierend berücksichtigt werden, dass eine Organhaftpflichtversicherung besteht.

⁵⁵ Vgl. ROTH PELLANDA KATJA, Q&A zur Klage auf Durchführung einer Sonderprüfung nach Art. 697a ff. OR, in: GesKR 3/2007, 299.

⁵⁶ Vgl. HALLAUER/WATTER, 6.

Beispiel:

- Ansatz eines Strategieberaters: CHF 2000.– pro Tag
- Voraussichtlicher Aufwand: 10 Tage pro Jahr
- Jahresentschädigung als Berater: CHF 20 000.– pro Jahr
- Verantwortungszuschlag 20%: CHF 4000.– pro Jahr
- Reduktion
Organhaftpflichtversicherung 10%: CHF 2000.– pro Jahr
- Grundhonorar als Verwaltungsrat: CHF 22 000.– pro Jahr

Wird dem VR-Mitglied eine Zusatzfunktion übertragen, ist ein entsprechender Zuschlag zu berechnen. So erhält ein VR-Präsident i.d.R. das Doppelte eines einfachen Mitglieds.

2. Benchmark als Korrekturrahmen

Das im ersten Schritt aufgrund der Kernaufgabe ermittelte Grundhonorar sollte nun in einem zweiten Schritt mit Unternehmen aus der gleichen Branche verglichen und allenfalls nach oben oder unten angepasst werden. Hilfreich ist dafür die bereits vorne unter Ziff. II.2 vorgestellte Studie der BDO Visura, welche auch nach Branchen unterteilt ist.

Durchschnittliche VR-Honorare nach Branche

Branche	Jahreshonorar
Gewerbe	CHF 11 267.–
Industrie	CHF 19 109.–
Handel	CHF 15 301.–
Banken	CHF 33 692.–
Übrige Dienstleistungen	CHF 15 793.–

Im oben angeführten Beispiel wurde ein Grundhonorar von CHF 22 000.– ermittelt. Ergibt sich aus dem Benchmark, dass in der Branche in Betrieben mit gleichen Umsätzen und gleichen Mitarbeiterzahlen nur CH 19 000.– bezahlt werden, kann z.B. eine Rundung nach unten auf CHF 20 000.– erfolgen.

3. **Abschliessende Überprüfung der Honorargerechtigkeit**

Schliesslich sollte das im zweiten Schritt angepasste Grundhonorar auf die individuelle Gerechtigkeit überprüft werden. Dies kann entsprechend der nachfolgend aufgelisteten drei Kriterien erfolgen. Mit diesem System ist es möglich, ein Honorar zu ermitteln, das nicht nur für den einzelnen Verwaltungsrat, sondern auch für das Unternehmen, die Aktionäre und die Anspruchsgruppen gerecht sein sollte.

a) *Überprüfung der Leistungsgerechtigkeit*

Bei einem überproportionalen Aufwand (z.B. Sanierung, Krise, Expansion, Fusion etc.) muss das Honorar evtl. erhöht oder über separate Mandatsverträge ein Ausgleich geschaffen werden. Umgekehrt ist bei unterproportionalem Aufwand (z.B. stillstehendes Unternehmen) eine Reduktion vorzunehmen.

b) *Überprüfung der Sozialgerechtigkeit*

Bei einem überwiegend sozial tätigen Unternehmen (z.B. wohltätige und deshalb steuerbefreite Gesellschaft) muss das Honorar allenfalls reduziert werden. Dabei darf jedoch die immer noch vorhandene Verantwortlichkeit nicht ausser Acht gelassen werden.

c) *Überprüfung der Unternehmensgerechtigkeit*

Bei ungenügender Leistungsfähigkeit des Unternehmens (z.B. Start-up oder Liquiditätskrise) muss das Honorar u.U. ebenfalls reduziert werden. Dies kann als vorübergehende Massnahme mit nachträglicher Anpassungsmöglichkeit beschlossen werden.