

Christoph B. Bühler

**Vergütungen an Verwaltungsrat
und Geschäftsleitung:
Volksinitiative «gegen die Abzockerei»
und Gegenentwürfe**

Sonderdruck aus:

Rolf Watter (Hrsg.)

Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision

Eine Standortbestimmung per Ende 2010

(Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 300)



DIKE

Zürich / St. Gallen 2010

ISBN 978-3-03751-307-1

Vergütungen an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung: Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und Gegenentwürfe

Inhaltsübersicht

Einleitung	248
I. Entwicklung und Stand der Vergütungsdebatte	251
A. Überblick	251
B. Volksinitiative «gegen die Abzockerei» vom 26. Februar 2008	252
C. Zusatzentwurf des Bundesrates vom 5. Dezember 2008	253
D. Beratung des Ständerates in der Sommersession 2009	253
E. Detailberatung in der Rechtskommission des Nationalrats von Oktober 2009 bis Januar 2010	254
F. «Einigungslösung» Minder/SVP vom 10. Februar 2010	254
G. Direkter Gegenentwurf des Nationalrates vom 26. Februar 2010	255
H. Parlamentarische Initiative der Rechtskommission des Ständerates vom 20. Mai 2010 und indirekter Gegenentwurf vom 7. September bzw. 25. Oktober 2010	255
I. Parlamentarische Initiative der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates vom 22. Juni 2010	256
II. Kernpunkte der Aktienrechtsrevision im Bereich der Vergütungen	257
A. Mitwirkung der Generalversammlung bei der Festlegung der Vergütungen an Organmitglieder	257
1. Überblick	257
2. Genehmigung der Vergütungen an Organmitglieder durch die Generalversammlung	258
3. Genehmigung des Vergütungsreglements	262
4. Zusätzlicher zwingender Statuteninhalt	263
B. Jährliche Wahl der Organmitglieder durch die Generalversammlung	263
1. Überblick	263
2. Wahl der Organmitglieder durch die Generalversammlung	264
3. Einjährige Amtsdauer	267
C. Förderung der Stimmrechtsausübung und -vertretung an der GV	269
1. Überblick	269
2. Abschaffung der Organ- und Depotstimmrechtsvertretung	269
3. Möglichkeit der elektronischen Fernabstimmung	271
4. Stimmzwang für Vorsorgeeinrichtungen und öffentliche Gemeinwesen	271
D. Konkretisierung der Pflichten des Verwaltungsrates	272
1. Überblick	272
	247

2. Konkretisierung der Sorgfaltpflicht in Bezug auf die Festlegung der Vergütungen 273
3. Pflicht zum Erlass eines Vergütungsreglements und zur Erstellung eines Vergütungsberichts 274
- E. Einführung von Verbotsnormen 274
 1. Überblick 274
 2. Verbot von Abgangsentschädigungen, Vorauszahlungen und anderen Sondervergütungen 275
 3. Weitere Verbote 276
- F. Verschärfte Rückerstattungsklage bei ungerechtfertigten Bezügen 277
 1. Überblick 277
 2. Verschärfung und Präzisierung der Rückerstattungsklage 277
- G. Erhöhung der Transparenz hinsichtlich der Vergütungen 279
 1. Überblick 279
 2. Jährlicher Vergütungsbericht des Verwaltungsrates 280
 3. Auskunftsrecht der Aktionäre nicht kotierter Aktiengesellschaften 280
 4. Offenlegung des Stimmverhaltens von Vorsorgeeinrichtungen 281
- H. Strafbarkeit bei Widerhandlung gegen Vergütungsbestimmungen 281
 1. Überblick 281
 2. Einführung der Strafbarkeit bei Verstoss gegen die Vergütungsbestimmungen 281
- III. Ausblick 282

Einleitung

Wer heute versucht, sich einen Überblick über die Entwicklung und den aktuellen Stand der Aktienrechtsrevision im Bereich der Vergütungen an die Spitzenorgane zu verschaffen, sieht sich mit einer anspruchsvollen Aufgabe konfrontiert. Der Bundesrat, die Initianten und das Parlament haben in einer emotionsgeladenen politischen Debatte inzwischen nicht weniger als sieben Kursänderungen vorgenommen und dabei in der rechtlichen *sedes materiae* ihre Spuren hinterlassen. Nachdem sich der Staub offenbar für kurze Zeit gelegt hat, bietet sich die Gelegenheit, in der klaren Luft das Erreichte mit dem kritischen Auge des Juristen näher zu betrachten.

Zur Einordnung und Abgrenzung der Thematik sind drei Vorbemerkungen angezeigt:

- Die Frage der Vergütungen der Spitzenorgane wurde *nicht* durch die Fassungsimpulsierte Minder lanciert. Eine erste Ordnung wurde bereits im Jahre 2002 mit dem *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance*¹ und der

¹ ECONOMIESUISSE, *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance* vom 25. März 2002, aktualisiert am 6. September 2007.

*Richtlinie betreffend Information zur Corporate Governance*² der SIX Swiss Exchange im Wege der *Selbstregulierung* geschaffen. Mit einem separaten *Anhang*³ ist der «Swiss Code» im Jahre 2007 spezifisch in Bezug auf die Vergütungsfrage ergänzt und konkretisiert worden. Die heute unter der Kuppel in Bern hitzig geführte Debatte um die Entschädigung von Verwaltungsräten und Managern in Publikumsgesellschaften ist also nicht «kalt» gestartet, sondern hat in der Schweiz spätestens im Jahre 2001 eine Aufwärmrunde durchlaufen, als sich Verwaltungsratspräsident *Percy Barnevik* und Konzernchef *Göbran Lindahl* bei *ABB* mit Pensionskassenzahlungen und Abfindungen über rund CHF 233 Millionen im Gepäck den Fallschirm umschnallten⁴.

- Die *Offenlegung* der Vergütungen an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung war bereits Gegenstand einer Teilrevision des Aktienrechts, die mit der Verabschiedung des *Transparenzgesetzes* vom 7. Oktober 2005 umgesetzt worden ist⁵. Ergebnis dieser Teilrevision waren die Artikel 663b^{bis} und 663c Abs. 3 OR 2005, welche börsenkotierte Gesellschaften zur Offenlegung der Spitzenbezüge, einschliesslich Optionszuteilungen, Organkredite und Aufwendungen sowie der Ansprüche auf Vorsorgeleistungen verpflichten. Offenlegungspflichtig sind auch die Beteiligungen an der Gesellschaft sowie die Wandel- und Optionsrechte jedes Mitglieds des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates mit Einschluss der Beteiligungen der ihm nahe stehenden Personen unter Nennung des Namens und der Funktion des betreffenden Mitglieds.

- Die aktuelle Diskussion um die Begrenzung der Vergütungen konzentriert sich vor allem auf die Spitzenorgane von Gesellschaften, deren Aktien *an einer Börse kotiert* sind. Nur wenige Revisionsvorschläge richten sich auch an die nicht kotierten Aktiengesellschaften. Angesprochen sind also in erster Linie die rund 280 Publikumsgesellschaften der ca. 180'000 Schweizer

² Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance (RLCG) vom 29. Oktober 2008, in Kraft gesetzt am 1. Juli 2009.

³ Empfehlungen zu den Entschädigungen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung vom 6. September 2007, mit Erläuterungen vom 26. September 2007.

⁴ Vgl. zum Fall *ABB Werner Catrina*, *ABB – Die verrätene Vision*, Zürich 2003.

⁵ Bundesgesetz vom 7. Oktober 2005 zur Änderung des Obligationenrechts (Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung), BBl 2005, 5963 ff.; Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung) vom 23. Juni 2004, EBl 2004, 4471 ff. Vgl. dazu WATTER/MAIZAR, Art. 663b^{bis}-c, 727–727c, 728c, 729c, in: Honnert/Vogt/Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II*, Art. 530–1186 OR, 3. A. Basel 2008, Art. 663b^{bis} N. 1ff.; HALLAUER/WATTER, *Das neue Transparenzgesetz – Fragen zur Umsetzung*, ST 81 (2007) 582 ff.; PETER NOBEL, *Board and Management Compensation, Ein Inventar rechtlicher Art, in: Druey/Forstmoser (Hrsg.), Schriften zum Aktienrecht*, Bd. 23, Zürich 2007, 60 ff.; PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 3. A. Zürich 2009, § 8 N. 471 ff.; CHRISTOPH B. BÜHLER, *Regulierung im Bereich der Corporate Governance*, Habil. Zürich 2009, N. 654 ff.

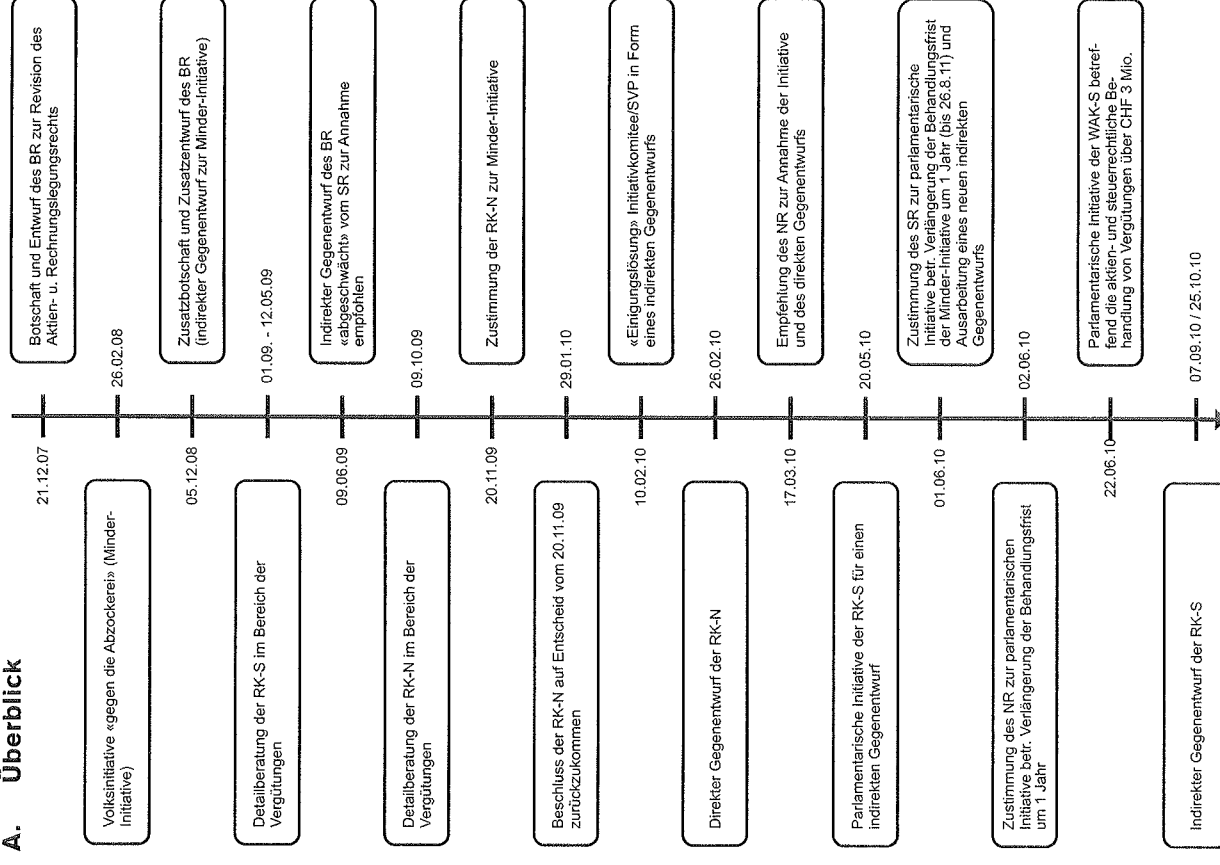
Aktiengesellschaften. Die öffentliche Debatte dreht sich dabei letztlich um die wenigen Gesellschaften aus der Finanzdienstleistungs- und Pharmabranche und einige weitere grosskapitalisierte Unternehmen⁶. Damit soll das Thema nicht etwa heruntergespielt werden. Im Gegenteil, die aktuellen Beratungen über die Systemrelevanz bestimmter Grossunternehmen⁷ zeigt auf, dass auch wenige grosse Publikumsgesellschaften durchaus eine erhebliche volkswirtschaftliche Bedeutung erlangen können. Es geht vielmehr darum, den Blick für die Relationen zu schärfen.

⁶ PETER FORSTMOSER, Die Entschädigung der Mitglieder von Verwaltungsrat und Topmanagement – Binsenwahrheiten, Missverständnisse und ein konkreter Vorschlag, in: Trigo Tindade/Peter/Bovet (Hrsg.), *Economie Environnement Ethique*, Zürich 2009, 145 ff., 152; PETER BÖCKLI, Zum neuen Schweizer Vergütungsrecht – Entlohnung der Unternehmensspitze zwischen Lohndirigismus, Populismus und Aktienrecht, in: Stefan Grundmann et al. (Hrsg.), *Unternehmen, Markt und Verantwortung*, Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag, Berlin 2010, 3003 ff.

⁷ Vgl. dazu den Schlussbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen vom 4. Oktober 2010.

I. Entwicklung und Stand der Vergütungsdebatte

A. Überblick



B. Volksinitiative «gegen die Abzockerei» vom 26. Februar 2008

Am 26. Februar 2008, rund zwei Monate, nachdem der Bundesrat seine *Botschaft zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts*⁸ erlassen hat, reichte ein Komitee unter der Federführung von Herrn *Thomas Minder* die *Eidgenössische Volksinitiative «gegen die Abzockerei»*⁹ ein. Das Initiativkomitee fordert eine Verankerung bestimmter Rahmenbedingungen zur Einschränkung und Transparenz der Vergütungen an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung in der Bundesverfassung. Es handelt sich im Wesentlichen um die folgenden Reformpunkte, die allesamt als *zwingende* Bestimmungen ausgestaltet werden sollen:

- *Jährliche Beschlussfassung der Generalversammlung über die Gesamtsumme aller Vergütungen des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates;*
- *Jährliche Einzelwahl des Verwaltungsratspräsidenten und der weiteren Mitglieder des Verwaltungsrates und des Vergütungsausschusses sowie der unabhängigen Stimmrechtsvertreter;*
- *Obligatorische Abstimmung der Pensionskassen an der Generalversammlung im Interesse ihrer Versicherten und Offenlegung der Ausübung des Stimmrechts;*
- *Elektronische Fernabstimmung der Aktionäre;*
- *Verbot der Organ- und Depotstimmrechtsvertretung;*
- *Absolutes Verbot von Abgangs- und anderen Entschädigungen sowie von Vorauszahlungen und Prämien bei Unternehmenstransaktionen sowie zusätzlicher Berater- oder Arbeitsverträge von anderen Gruppengesellschaften;*
- *Statutarische Regelung von Krediten, Darlehen und Renten an Organmitgliedern, der Erfolgs- und Beteiligungspläne, der gruppenexternen Mandate sowie der Dauer der Arbeitsverträge der Geschäftsleitungsmitglieder;*
- *Strafbarkeit der Widerhandlung gegen die Vergütungsbestimmungen.*

⁸ Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) mit Entwurf vom 21. Dezember 2007, BBl 2007, 1589 ff.

⁹ BBl 2008, 2577 f.; nachfolgend auch als «Minder-Initiative» bezeichnet.

C. Zusatzentwurf des Bundesrates vom 5. Dezember 2008

In Reaktion auf diese Verfassungsinitiative hat der Bundesrat am 5. Dezember 2008 die *Zusatzbotschaft zur Volksinitiative gegen die Abzockerei*¹⁰ erlassen, welche im Sinne eines Gegenentwurfs zur Verfassungsinitiative *indirekt* – also auf *Gesetzesstufe* – verschiedene Anpassungen und Ergänzungen zu den Vorschlägen im ersten Entwurf des Bundesrates vom 21. Dezember 2007 vorsieht. Der Gegenentwurf beinhaltet vor allem:

- die *Mitwirkung der Generalversammlung bei den Vergütungen* des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung *börsenkotierter* Gesellschaften¹¹;
- die *Konkretisierung der Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrates* bei der Festlegung der Vergütungen an das oberste Kader *aller* Aktiengesellschaften¹²;
- die *Verschärfung und Präzisierung der Klage auf Rückerstattung* ungerechtfertigt bezogener Leistungen an Organmitglieder *aller* Aktiengesellschaften¹³.

D. Beratung des Ständerates in der Sommersession 2009

Die Revision des Aktienrechts wurde dem Ständerat als Erstrat zugeteilt. Dessen Rechtskommission hat im Rahmen ihrer Detailberatung von Januar bis Mai 2009 zusätzliche Vergütungs- und Transparenzbestimmungen vorgeschlagen, um die Vorlage den Forderungen der Volksinitiative anzunähern. Aus Zeitgründen beschloss sie zudem die *Abkoppelung des Rechnungslegungsrechts von der Revision des Aktienrechts*. Dadurch sollte es ermöglicht werden, dem Volk fristgerecht mit der Volksinitiative auch einen indirekten Gegenvorschlag zu präsentieren.

Der Ständerat hat die Vergütungsfragen in der Sommersession 2009 beraten und am 9. Juni 2009 entschieden, die Zusatzbotschaft des Bundesrates *in abgeschwächter Form* zur Annahme und die Minder-Initiative zur Ablehnung zu empfehlen¹⁴.

In *Abweichung* vom Zusatzentwurf des Bundesrates 2008 hat der Ständerat insbesondere beschlossen:

¹⁰ Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 5. Dezember 2008, BBl 2008, 299 ff.

¹¹ Art. 627 Ziff. 4, 716b Abs. 1, 731e–f E-OR 2008.

¹² Art. 717 Abs. 1a E-OR 2008.

¹³ Art. 678 E-OR 2008.

¹⁴ Amtliches Bulletin des Ständerates vom 9. bis 11. Juni 2009.

- Keine statutarische Gestaltungsmöglichkeit zur Unterbreitung bestimmter Entscheide aus dem Kernkompetenzbereich des Verwaltungsrates an die Generalversammlung und damit auch *keine Genehmigung des Vergütungsreglements durch die Generalversammlung*;
- *Keine jährliche Wahl der Mitglieder Verwaltungsrates*, jedoch jährliche Wahl des Verwaltungsratspräsidenten durch die Generalversammlung;
- *Jährliche Wahl des unabhängigen Stimmrechtsvertreters durch die Generalversammlung*.

E. Detailberatung in der Rechtskommission des Nationalrats von Oktober 2009 bis Januar 2010

Am 9. Oktober 2009 hat die Rechtskommission des Nationalrats mit den Detailberatungen zur Zusatzbotschaft begonnen und im Ergebnis entschieden¹⁵,

- das EJPD zu beauftragen, eine Vorlage für eine *Zweiteilung des Aktienrechts* zu unterbreiten, nämlich einen allgemeinen Teil und einen speziellen, nur für börsenkotierte Unternehmen geltenden Teil;
- der *Minder-Initiative zuzustimmen* und diese *von der Aktienrechtsrevision zu entkoppeln*. Auf diese Weise sollte über die Initiative unabhängig von der Revision des Aktienrechts abgestimmt werden können.

Am 29. Januar 2010 hat die Rechtskommission des Nationalrats dann beschlossen, auf ihren Entscheid, die Minder-Initiative zu Annahme zu empfehlen, *zurückzukommen*¹⁶.

F. «Einigungslösung» Minder/SVP vom 10. Februar 2010

In der Folge entwickelte sich eine parteiübergreifende Eigendynamik: das Initiativkomitee «gegen die Abzockerei», vertreten durch Herrn *Thomas Minder*, und die Parteileitung SVP Schweiz, vertreten durch Herrn *Christoph Blocher*, präsentierten am 10. Februar 2010 eine sogenannte «*Einigungslösung*» in der Form eines neuen *indirekten* Gegenentwurfs¹⁷, in der die Forderungen der Minder-Initiative weitgehend wieder aufgegriffen wurden.

G. Direkter Gegenentwurf des Nationalrates vom 26. Februar 2010

Aufgrund dieser Entwicklung hat die Rechtskommission des Nationalrats am 26. Februar 2010 den Beschluss gefasst, der Minder-Initiative mit einem *direkten* Gegenentwurf zu begegnen, der nur für *börsenkotierte* Aktiengesellschaften Geltung beanspruchen sollte¹⁸. Dieser beinhaltet *im Verhältnis zu den Ergebnissen der Beratung im Ständerat* vor allem die folgenden Abweichungen:

- *Statutarische Gestaltungsmöglichkeit* der Beschlussfassung der Generalversammlung auch über den Gesamtbetrag der *Vergütung der Mitglieder der Geschäftsleitung und des Beirats*;
- *Genehmigung des Vergütungsreglements* für Organmitglieder durch die *Generalversammlung*;
- *Statutarische Gestaltungsmöglichkeit der Wahl des Verwaltungsratspräsidenten durch den Verwaltungsrat*;
- *Dispositive einjährige Amtsdauer der Mitglieder des Verwaltungsrats* und *statutarische Gestaltungsmöglichkeit einer maximal dreijährigen Amtsdauer*;
- *Pflicht zur Stimmrechtsausübung in der Generalversammlung für Vorsorgeeinrichtungen*, öffentliche Gemeinwesen und Anstalten;
- *Absolutes Verbot von Abgangs- und ähnlichen Entschädigungen*, Vorausvergütungen und Prämien bei Unternehmenstransaktionen.

Der Nationalrat hat die Minder-Initiative und den direkten Gegenentwurf seiner Rechtskommission an den Sitzungen vom 11. und 17. März 2010 in einer emotionalen Debatte beraten und beschlossen, Volk und Ständen *sowohl die Initiative als auch den direkten Gegenentwurf zur Annahme zu empfehlen*, wobei in der Stichfrage der Gegenentwurf zu bevorzugen sei¹⁹.

H. Parlamentarische Initiative der Rechtskommission des Ständerates vom 20. Mai 2010 und indirekter Gegenentwurf vom 7. September bzw. 25. Oktober 2010

Die Vorlage ging dann zurück an den Ständerat. Die Rechtskommission des Ständerates hat die Idee eines indirekten Gegenentwurfs wieder aufgenommen und

¹⁵ Medienmitteilung der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 26. Februar 2010; vgl. auch die Gegenüberstellung des direkten Gegenentwurfs der Rechtskommission zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» vom 26. Februar 2010, abrufbar unter www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgesite/2008/20080080/N11%20D.pdf.

¹⁹ Amtliches Bulletin des Nationalrats vom 17. März 2010.

am 20. Mai 2010 mit einer *parlamentarischen Initiative* reagiert²⁰. Die Initiative verlangt eine Anpassung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen, wobei sich die Gesetzesrevision in materieller Hinsicht an den Forderungen der Minder-Initiative und am direkten Gegenentwurf des Nationalrats zu orientieren hat.

Da die Minder-Initiative gemäss Art. 100 ParlG innert 30 Monaten, also bis zum 26. August 2010, hätte behandelt werden müssen, beantragte die Rechtskommission des Ständerates zudem eine *Verlängerung der Behandlungsfrist für die Minder-Initiative* um ein Jahr, bis zum 26. August 2011²¹.

Am 1. Juni 2010 hat der Ständerat den parlamentarischen Initiativen betreffend Verlängerung der Behandlungsfrist und Gegenüberstellung eines neuen indirekten Gegenentwurfs zugestimmt. Am 2. Juni 2010 hat auch der Nationalrat der Initiative, welche eine Verlängerung der Behandlungsfrist um ein Jahr verlangt, zugestimmt²².

Die Rechtskommission des Ständerates hat schliesslich am 7. September 2010 einstimmig über den indirekten Gegenentwurf Beschluss gefasst. Dieser wurde am 25. Oktober 2010 zu Handen des Ständerates verabschiedet²³.

I. Parlamentarische Initiative der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates vom 22. Juni 2010

Als ob in der Debatte um die Vergütungen an die Spitzenorgane nicht schon genug Diskussionsstoff bestünde, brachte die *Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates* am 22. Juni 2010 mittels einer parlamentarischen Initiative noch einen völlig neuen Revisionsvorschlag ein. Demnach sollen die Art. 677 OR und Art. 5 Abs. 2 AHVG dahingehend angepasst werden, dass hohe Vergütungen ab CHF 3 Mio. pro Jahr für Angestellte sowie Tantiemen an den Verwaltungsrat künftig nicht mehr als Lohn, sondern als Gewinnbeteiligung gelten²⁴.

²⁰ Vgl. Medienmitteilung der Rechtskommission des Ständerates vom 20. Mai 2010.

²¹ Diese Verlängerungsmöglichkeit wird durch Art. 105 Abs. 1 ParlG ausdrücklich eingeräumt, wenn ein Rat über einen Gegenvorschlag oder über einen mit der Volksinitiative eng zusammenhängenden Erlassenentwurf Beschluss fasst.

²² Gemäss Art. 75a BG über die politischen Rechte muss der Bundesrat die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» *innert zehn Monaten* nach der Schlussabstimmung in der Bundesversammlung, spätestens aber zehn Monate nach Ablauf der dem Parlament reservierten gesetzlichen Behandlungsfristen, der Volksabstimmung unterbreiten.

²³ Vgl. Medienmitteilungen der Rechtskommission des Ständerates vom 7. September und 26. Oktober 2010; vgl. Entwurf der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 25. Oktober 2010, Obligationenrecht (Vergütungen bei börsenkotierten Gesellschaften sowie weitere Änderungen im Aktienrecht).

²⁴ Vgl. Medienmitteilungen der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates vom 22. Juni 2010.

II. Kernpunkte der Aktienrechtsrevision im Bereich der Vergütungen

A. Mitwirkung der Generalversammlung bei der Festlegung der Vergütungen an Organmitglieder

1. Überblick

Kernpunkte der Revision zu Mitwirkung der GV bei der Festlegung der Vergütungen	Botenschaft und Entwurf BR 2007	Minder-Initiative 2008	Zusatzentwurf BR 2008	Beratung SR 2009	«Eini-gungs-lösung» Minder-SVP 2010	Direkter Gegenentwurf NR 2010	Indirekter Gegenentwurf RK-S 2010
1. Jährliche Abstimmung der GV über Gesamtsumme der Vergütungen an VR	nein	ja	ja	ja	ja	ja	ja
2. Jährliche Abstimmung der GV über Gesamtsumme der Vergütungen an GL	nein	ja	ja (konsultativ/dispositiv*)	ja (konsultativ/dispositiv*)	ja	ja (dispositiv)	ja (dispositiv)
3. Jährliche Abstimmung der GV über Gesamtsumme der Vergütungen an Beirat	nein	ja	ja (konsultativ/dispositiv*)	ja (konsultativ/dispositiv*)	nein	ja (dispositiv)	ja
4. Genehmigung Vergütungsreglement durch GV	nein	nein	ja (dispositiv)	nein	ja	ja	ja
6. Statutarische Regelung der Höhe der Kredite, Darlehen und Renten, Erfolgs- und Beteiligungspläne, Anzahl Mandate und Dauer von Arbeitsverhältnissen der GL	nein	ja	nein	nein	ja	nein	nein

* gilt für *alle* bzw. auch für nichtkotierte Aktiengesellschaften.

2. Genehmigung der Vergütungen an Organmitglieder durch die Generalversammlung

Im Brennpunkt der Diskussion steht die Frage der Mitbestimmung der Generalversammlung bei der Festlegung der Vergütungen der Spitzenorgane in börsennotierten Gesellschaften.

a) Gegenüberstellung der Standpunkte

Die *Volksinitiative* «gegen die Abzockerei» sieht für Publikumsgesellschaften *zwingend* umfassende Kompetenzen der Generalversammlung mit Bezug auf die Topsaläre vor:

«Die Generalversammlung stimmt jährlich über die Gesamtsumme aller Vergütungen (Geld und Wert der Sachleistungen) des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates ab».²⁵

Nach dem *Zusatzentwurf* des Bundesrates aus dem Jahre 2008 und den Ergebnissen in der Beratung des Ständerates in der Sommersession 2009 erlässt der Verwaltungsrat ein Vergütungsreglement und einen Vergütungsbericht.²⁶ Gestützt darauf beschliesst die Generalversammlung *bindend* über die Grundvergütungen des Verwaltungsrates für die kommende Amtsdauer (prospektiv) und die zusätzlichen Vergütungen für das abgeschlossene Geschäftsjahr (retrospektiv).²⁷ In Bezug auf die Vergütungen der Geschäftsleitung und des Beirates wird die Generalversammlung *konsultativ* befragt.²⁸

Die Statuten können jedoch weiterreichende Kompetenzen der Generalversammlung vorsehen.²⁹ Sie können namentlich auch die Zuständigkeit der Generalversammlung betreffend die Festlegung der Vergütungen der mit der Geschäftsführung betrauten Personen, der Mitglieder des Beirates und ihnen nahestehender Personen sowie betreffend die Ausrichtung von Aktien und Optionen an Mitarbeiter begründen. Diese Gestaltungsmöglichkeit betrifft nicht nur Publikumsgesellschaften, sondern *alle* Aktiengesellschaften.

Diese Ordnung übernehmen grundsätzlich auch der *direkte Gegenentwurf* des *Nationalrates*³⁰ und der *indirekte Gegenentwurf* der *Rechtskommission* des Ständerates³¹; sie drehen das Rad jedoch insoweit gegenüber dem Zusatzentwurf

²⁵ Art. 95 Abs. 3 Bst. a E-BV 2008.

²⁶ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2a E-OR 2008.

²⁷ Art. 731e E-OR 2008.

²⁸ Art. 731f E-OR 2008.

²⁹ Art. 716b Abs. 1 E-OR 2008.

³⁰ Art. 122 Abs. 1^{bis} Bst. a E-BV 2010.

³¹ Art. 731k und 731l E-OR 2010.

des Bundesrates wieder zurück, als die entsprechende Regelung *nur für Publikumsgesellschaften* Geltung beanspruchen soll.

b) Rechtliche Würdigung

Soweit die Statuten nichts bestimmen, erfolgt die Festsetzung der Vergütungen des Verwaltungsrates *de lege lata* durch den *Verwaltungsrat*, wobei – zumindest in grossen Publikumsgesellschaften – in der Regel ein aus unabhängigen Verwaltungsratsmitgliedern zusammengesetzter Vergütungsausschuss die Vorschläge ausarbeitet. Nach nicht ganz unbestrittener Auffassung handelt es sich hierbei um eine subsidiäre Zuständigkeit des Verwaltungsrates, die aus der allgemeinen Auffangkompetenz des Verwaltungsrates in Art. 716 Abs. 1 OR abgeleitet wird.³² Demnach kann die *Generalversammlung* als *Wahlorgan*³³ in den Statuten gewisse Konkretisierungen für das Verwaltungsratsmandat vornehmen und insoweit bei der Festlegung der Vergütungen an den Verwaltungsrat direkt mitreden.³⁴ Dass der Generalversammlung *de lege ferenda* ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt werden soll, über die Vergütungen des Verwaltungsrates zu befinden, ist also an sich nicht zu beanstanden. Die Forderungen sowohl der Minder-Initiative als auch der aktuellen Vorschläge von Bundesrat und Parlament gehen in diesem Punkt jedoch weiter³⁵: die Bestimmung soll nun nach offenbar einhelliger Auffassung *künftig zwingend* ausgestaltet werden. Diese Haltung zeugt von einem tiefen Misstrauen gegenüber dem Aktionariat, das vom Gesetzgeber quasi vor seinen eigenen Entscheiden geschützt werden soll. Sie führt im Grunde zu einer Einschränkung der Entscheidungsfreiheit und der Selbstbestimmungsmöglichkeit der Aktionäre³⁶. Dennoch: die Genehmigung der Vergütungen des Verwaltungsrates durch die Generalversammlung dürfte durchaus dazu beitragen, den latenten *Interessenkonflikt* zu beseitigen, der an sich besteht, wenn nicht ein

³² ERIC HOMBURGER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Zürich 1997, Art. 717 N. 947; GEORG KRNETA, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Bern 2005, Art. 716b N. 1771; WERLEN/SCHNYDRIG, Festlegung von Entschädigungen der Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder durch die Generalversammlung – eine Verbesserung der Corporate Governance?, SZW 79 (2007) 101 ff., 107; BÖCKLI (FN 5) § 13 N. 239; a.M. DANIEL DAENIKER, Vergütungen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung schweizerischer Publikumsgesellschaften. Eine Bestandsaufnahme aus rechtsvergleichender Sicht, SJZ 101 (2005) 381 ff.

³³ Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR 1991.

³⁴ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 28 N. 128; FORSTMOSER (FN 6), 156.

³⁵ Art. 731e E-OR 2008; Art. 122 Abs. 1^{bis} E-BV 2010; Art. 731k E-OR 2010.

³⁶ In diesem Sinne auch PETER FORSTMOSER (FN 6) 159 f. und ROLF WATTER, Neuerungen im Bereich des Verwaltungsrates, Eigengoals im Bereich der Corporate Governance, Abschnitt IV, in diesem Buch.

anderes Organ als der Verwaltungsrat, sondern ein aus den eigenen Reihen zusammengesetzter Ausschuss, die Vergütungen festlegt bzw. vorschlägt³⁷.

Anders ist die Situation bei der *Geschäftsleitung* zu beurteilen: Die Festlegung der Vergütungen der Geschäftsleitung durch die Generalversammlung – auch in der Form eines Gesamtbetrages – bedeutet einen Eingriff in das dem schweizerischen Recht zugrunde liegende *Paritätsprinzip*, das jedem Organ bestimmte unübertragbare und unentziehbare Aufgaben zuweist³⁸. Zu den zwingenden Führungsaufgaben des Verwaltungsrates gehört das Einsetzen der Geschäftsleitung und deren Überwachung, was auch die Kompetenz zur Festsetzung der Anstellungsbedingungen, einschliesslich der Festlegung der Vergütung, umfasst³⁹. In diesem Bereich ist eine Beschlussdelegation «nach oben» an die Generalversammlung nicht möglich⁴⁰. Werden die Generalversammlung zentrale Führungsbefugnisse übertragen, so wird die bewährte aktienrechtliche Funktionsteilung zwischen Verwaltungsrat und Generalversammlung untergraben⁴¹.

Es ist VOGT/SCHWOW/WIEDMER⁴² und ROLF WATTER⁴³ zwar zuzustimmen, dass der Eingriff in das Paritätsprinzip für sich allein wohl nicht als Kritik an der vorgeschlagene Regelung taugt, denn der Gesetzgeber hat es an sich durchaus in der Hand, Abweichungen von der bestehenden Ordnung festzulegen. Aus verschiede-

³⁷ Vgl. BÖCKLI (FN 6) 3008 spricht von einem «*Insichgeschäft des Verwaltungsrates*»; vgl. auch THEODOR BÜHLER, Corporate Governance und Compliance: Modewörter oder Bedürfnis im schweizerischen Aktienrecht?, in: von der Crone/Weber/Zäch/Zobl (Hrsg.), *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht*, Festschrift zum 60. Geburtstag für Peter Forstmoser, Zürich 2003, 211 ff., 217; DAENIKER (FN 32) 385.

³⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 34), § 20 N. 9, 12 f.; FORSTMOSER (FN 6) 155; BÜHLER (FN 5) N. 672.

³⁹ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR 1991; vgl. WERLEN/SCHNYDRIG (FN 32) 107 f.; BÖCKLI (FN 5) § 13 N. 426 f.; DERS. (FN 6) 3011; FORSTMOSER (FN 6) 155; a.M. DANIEL DAENIKER (FN 32) 384 f.; ROLF WATTER, Verwaltungsratsausschüsse und Delegierbarkeit von Aufgaben, in: von der Crone/Weber/Zäch/Zobl (Hrsg.), *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht*, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 183 ff., 196.

⁴⁰ KATJA ROTH PELLANDA, Organisation des Verwaltungsrates, Diss. Zürich 2007, 516 ff.; WERLEN/SCHNYDRIG, (FN 32) 107; BÖCKLI (FN 5), § 13 N. 282 f., 439 ff.; BÜHLER (FN 5), N. 672; a.M. URS BERTSCHINGER, Zuständigkeit der Generalversammlung der Aktiengesellschaft – ein unterschätzter Aspekt der Corporate Governance, in: Schweizer/Burkert/Gasser (Hrsg.), *Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag*, Zürich 2002, 309 ff., 316; MARIE-THÉRÈSE MÜLLER, Unübertragbare und unentziehbare Verwaltungsratskompetenzen und deren Delegation an die GV, AJP 6 (1992) 784 ff.

⁴¹ WERLEN/SCHNYDRIG (FN 40), 104; BÜHLER (FN 5) N. 672 m.w.H.

⁴² VOGT/SCHWOW/WIEDMER, Die Aktienrechtsrevision unter Corporate-Governance-Aspekten, Bestandaufnahme, einige Auslegungsvorschläge und ein paar wichtige Anliegen vor der Erörterung im Nationalrat, AJP 18 (2009) 1359 ff., 1370.

⁴³ WATTER (FN 36) in diesem Buch; vgl. auch von der CRONE/STEININGER, Corporate Governance – Zusammenspiel der Gesellschaftsorgane, ST (2010) 86 ff., 86, für die das Festhalten am Paritätsprinzip gar «in einem Widerspruch zum sonst bekräftigten Bekenntnis zu einer liberalen Wirtschaftsordnung» steht.

denen Gründen ist eine Festsetzung der Saläre der leitenden Angestellten durch die Generalversammlung jedoch *de lege ferenda* auch nicht sinnvoll:

- Die Festlegung der Grundsätze der Personalpolitik und der Vergütungen der Geschäftsleitung ist ein wichtiges *Führungsinstrument* des Verwaltungsrates. Die Übertragung von Führungsaufgaben an die Generalversammlung führt zu *dysfunktionalen* Auswirkungen, denn – anders als die Gesellschafter der GmbH – unterstehen die Aktionäre *keiner Treuepflicht* zum Unternehmen; sie sind auch nicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen verpflichtet. Soweit sie Führungsaufgaben übernehmen, müssen sie also nicht das Unternehmensinteresse im Auge halten, sondern können vielmehr ihre Partikularinteressen verfolgen⁴⁴.
- Nicht geklärt ist sodann die Frage der *haftungsrechtlichen Konsequenzen* einer Übertragung von Führungsentscheidungen auf die Generalversammlung. Zu einem Systembruch würde jedenfalls der Vorschlag des Bundesrates, und nun auch der Rechtskommission des Ständerates führen, wonach die Beschlussfassung der Generalversammlung über die Vergütungen die Haftung des Verwaltungsrates nicht einschränken soll⁴⁵. Diese Regelung würde das grundlegende aktienrechtliche Korrelat von Kompetenz und Verantwortung aus den Angeln heben und mit dem haftungsrechtlichen Schuldprinzip brechen. Sie würde zum unhaltbaren Zustand führen, dass der Verwaltungsrat für Entscheidungen, die ausserhalb seines Einflussbereichs liegen, weiterhin die Verantwortung tragen müsste⁴⁶.
- Bei der Festlegung der Vergütungen der Geschäftsleitungsmitglieder sind verschiedene Faktoren, wie etwa die Finanzkraft der Gesellschaft, die Erfahrung, das Fachwissen, der Arbeitsaufwand, der Erfolgsausweis und das eingebrachte Beziehungsnetz der Betroffenen zu berücksichtigen. Es liegt auf der Hand, dass die Generalversammlung von ihrer Informationslage her und aufgrund der in der Regel fragmentierten Aktionärsstruktur im Grunde gar *nicht in der Lage* ist, unter Einbezug all dieser Faktoren eine Führungsscheidung zu treffen⁴⁷.

⁴⁴ Vgl. Amtliches Bulletin des Ständerates vom 9. und 11. Juni 2009; BÖCKLI (FN 5) § 13 N. 447. Art. 716b Abs. 3 E-OR 2007; Art. 731k Abs. 3 und Art. 731l Abs. 4 E-OR 2010.

⁴⁵ ALEXANDER NIKITINE, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Konzeption und Ausgestaltung der «Business Judgment Rule» im Gefüge der Corporate Governance, Diss. Zürich 2007, 202; MICHAEL PREIFFER, Mögliche Auswirkungen der kleinen und der grossen Aktienrechtsrevision auf die Stellung und Haftung des Verwaltungsrates, AJP 18 (2009) 12 ff., 18; BÖCKLI (FN 5) § 13 N. 447; BÜHLER (FN 5) N. 674; a.M. DIETER DUBS, Der Genehmigungsbeschluss als neuartige Kompetenz-Kompetenz der Aktionäre gemäss Artikel 627 Ziffer 14 E-OR, SZW 80 (2008) 159 ff., 169.

⁴⁷ KRNETA (FN 32) N. 1899; DANIEL DAENIKER, Soll die Generalversammlung über Managersaläre befinden?, NZZ Nr. 89 vom 18. April 2007, 29; WERLEN/SCHNYDRIG (FN 32) 111 f.;

- Wird über die Festlegung der Vergütungen der Geschäftsleitung in der Generalversammlung Beschluss gefasst, so untersteht die Entlohnung des Management der *Anfechtungsklage* nach Art. 706 OR und befände sich zumindest während der zweimonatigen Anfechtungsfrist in einem Schwebezustand⁴⁸. Wird jedoch Klage erhoben, so bleibt der Entscheid über die betreffende Vergütung sogar während ein bis zwei Jahren vor Gericht hängig. Es besteht dann das Risiko einer empfindlichen Schwächung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit und Effizienz in der Führung der Gesellschaft.

3. Genehmigung des Vergütungsreglements

Kaum praktikabel ist auch die statutarische Gestaltungsmöglichkeit für Publikumsgesellschaften, das Vergütungsreglement der *Generalversammlung zur Genehmigung* vorzulegen. Dieser Vorschlag war bereits im Zusatzentwurf des Bundesrates enthalten und später auch wieder in den direkten Gegenentwurf des Nationalrates und in den indirekten Gegenentwurf der Rechtskommission des Ständerates eingeflossen⁴⁹. Denn eine rechtsverbindliche *Ablehnung* des Vergütungsreglements würde der Gesellschaft bis zu einer allfälligen späteren Genehmigung im Rahmen der nächsten Generalversammlung die rechtliche Grundlage für die Entlohnung ihrer Spitzenorgane entziehen⁵⁰. Ein schier unhaltbarer Zustand.

Die Genehmigung des Vergütungsreglements erhöht auch nicht die Rechtssicherheit: die Aktionäre haben neben der Liberierungspflicht keine weiteren Pflichten. Sie müssen sich daher nicht an einen früheren Genehmigungsbeschluss halten und können später auch Vergütungen, die an sich im Einklang mit dem Vergütungsreglement stehen, ablehnen.

Diese Gestaltungsmöglichkeit wurde im Rahmen der Erstberatung durch den Ständerat⁵¹ daher zu Recht zurückgewiesen.

BIEDERMANN/DAENIKER, Pro & Contra: Soll die Generalversammlung Managerebene genehmigen? GesKR 3 (2008) 142 ff., 149; BÜHLER (FN 5) N. 672.

⁴⁸ Auf diesen Punkt hat bereits PETER BÖCKLI, Nachbesserungen und Fehlleistungen in der Revision des Aktienrechts, SJZ 104 (2008) 357 ff., 360, und pers., Doktor Eisenbart als Gesetzgeber?, in: Trinidad/Peter/Bovet (Ed.), *Economie Environnement Ethique, Liber Amicorum Petitpierre-Sauvain*, Lausanne 2009, 37, hingewiesen.

⁴⁹ Art. 716b Abs. 1 i.V.m. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2a E-OR 2008; Art. 122 Abs. 1^{bis} E-BV 2010; Art. 731j Abs. 1 E-OR 2010.

⁵⁰ BÖCKLI (FN 48) 37 f.

⁵¹ Vgl. Amtliches Bulletin des Ständerates vom 11. Juni 2009 (Voten CLAUDE JANIAUX und EVELINE WIDMER-SCHLUMPF).

4. Zusätzlicher zwingender Statuteninhalt

Die Minder-Initiative fordert die *zwingende statutarische Festlegung* der Höhe der Kredite, Darlehen und Renten an die Organmitglieder, deren Erfolgs- und Beteiligungspläne und deren Anzahl der Mandate ausserhalb des Konzerns sowie der Dauer der Arbeitsverträge der Geschäftsleitungsmitglieder⁵².

Während dieser Revisionspunkt sowohl im Zusatzentwurf des Bundesrates⁵³ als auch in der Beratung des Ständerates und des Nationalrates durchgefallen ist, wird er im indirekten Gegenentwurf der Rechtskommission des Ständerates wieder aufgegriffen. Dieser beschränkt sich jedoch darauf, die Dauer und Kündbarkeit der den Vergütungen zugrundeliegenden Verträge als zwingenden Inhalt des *Vergütungsreglements* vorzuschreiben⁵⁴.

Die Statuten enthalten gemäss Art. 626 OR die grundlegenden Eckdaten der Aktiengesellschaft; sie sind nicht das richtige Gefäss zur Regelung der konkreten Anstellungsbedingungen der Geschäftsleitung. Eine entsprechende zwingende Vorgabe des Gesetzgebers würde eine ständige Anpassung der Statuten erfordern. Beteiligungspläne und Arbeitsverträge der Geschäftsleitungsmitglieder sind entsprechend der Stossrichtung, die nun auch der indirekte Gegenentwurf der Rechtskommission des Ständerates einzuschlagen scheint, im *Vergütungsreglement* zu regeln⁵⁵.

B. Jährliche Wahl der Organmitglieder durch die Generalversammlung

1. Überblick

Kernpunkte der Revision zu Wahl der Organmitglieder durch die GV	Bot-schaft und Entwurf BR 2007	Minder-Initiative 2008	Zusatz-entwurf BR 2008	Bera-tung SR 2009	«Eini-gungs-lösung» Minder/SVP 2010	Direkter Gegen-entwurf NR 2010	Indi-rekter Gegen-entwurf RK-S 2010
1. Wahl des Verwaltungs-ratspräsidenten durch GV	nein	ja	nein	ja	ja (dispositiv)	ja (dispositiv)	ja (dispositiv)

⁵² Art. 95 Abs. 3 Bst. c E-BV 2008.

⁵³ Vgl. Botschaft 2008 (FN 10), 333, Ziff. 5.3.

⁵⁴ Art. 731d Abs. 2 Ziff. 4 E-OR 2010.

⁵⁵ So auch BÖCKLI (FN 48) 39.

2. Einzelwahl der Mitglieder des Verwaltungsrates durch GV	ja	ja	ja	ja	ja	ja	ja (dispositiv)
3. Einzelwahl der Mitglieder des Vergütungsausschusses durch GV	nein	ja	nein	ja	nein	ja	nein
4. Wahl des unabhängigen Stimmrechtsvertreters durch GV	nein	ja	nein	ja	ja	ja	ja
5. Einjährige Amtsdauer für Mitglieder des Verwaltungsrates	ja	ja	ja	nein	ja	ja (dispositiv)	ja (dispositiv)

2. Wahl der Organmitglieder durch die Generalversammlung

a) Gegenüberstellung der Standpunkte

Die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» fordert eine jährliche Einzelwahl des Verwaltungsratspräsidenten, der Mitglieder des Verwaltungsrates und des Vergütungsausschusses sowie des unabhängigen Stimmrechtsvertreters⁵⁶. Diese scheinbar simple Forderung beinhaltet bei genauer Betrachtung gleich fünf Reformvorschläge, nämlich:

- die zwingende statt dispositive Wahl des Verwaltungsratspräsidenten durch die Generalversammlung;
- die zwingende Einzelwahl der Mitglieder des Verwaltungsrates durch die Generalversammlung, die heute dispositiv ausgestaltet ist;
- die Direktwahl der Mitglieder des Vergütungsausschusses durch die Generalversammlung statt dessen Besetzung durch den Verwaltungsrat;
- die zwingende Wahl des unabhängigen Stimmrechtsvertreters durch die Generalversammlung;
- die Einführung der zwingenden einjährigen Amtsdauer für die Mitglieder des Verwaltungsrates.

In seiner Zusatzbotschaft 2008⁵⁷ hat der Bundesrat sowohl die jährliche Direktwahl des Verwaltungsratspräsidenten als auch der Mitglieder des Vergütungsausschusses durch die Generalversammlung verworfen. Bestätigt wurde jedoch

⁵⁶ Art. 95 Abs. 3 E-BV 2008.

⁵⁷ Botschaft 2008 (FN 10) 331, Ziff. 5.3.

die bereits im bundesrätlichen Entwurf 2007⁵⁸ vorgesehene jährliche Einzelwahl der Mitglieder des Verwaltungsrates und des unabhängigen Stimmrechtsvertreters.

In den Beratungen des Ständerats in der Sommersession 2009⁵⁹ wurde die Idee der zwingenden Direktwahl sowohl des Verwaltungsratspräsidenten als auch der Mitglieder des Verwaltungsrates durch die Generalversammlung wieder aufgegriffen. Diese sollte nach Auffassung des Ständerates jedoch nicht auch die Mitglieder des Vergütungsausschusses wählen.

In ihrem direkten⁶⁰ bzw. indirekten⁶¹ Gegenentwurf sind sich National- bzw. Ständerat einig, das die Wahl des Verwaltungsratspräsidenten nur dann durch die Generalversammlung erfolgen soll, wenn die Statuten nichts anderes bestimmen. Gleichlauf besteht auch in der Ablehnung der Direktwahl der Mitglieder des Vergütungsausschusses durch die Generalversammlung. Unbestritten geblieben ist sodann die Wahl des unabhängigen Stimmrechtsvertreters durch die Generalversammlung. Einer Differenzbereinigung bedarf demgegenüber noch die konkrete Ausgestaltung der Bestimmung über die Einzelwahl der Mitglieder des Verwaltungsrates. Diese soll nach dem direkten Gegenentwurf des Nationalrates zwingend und nach dem indirekten Gegenentwurf der Rechtskommission des Ständerates offenbar nur insoweit erfolgen, als die Statuten nichts anderes bestimmen.

b) Rechtliche Würdigung

Man kann sich zunächst fragen, welchen Wirkungszusammenhang Wahl und Vergütung der Organmitglieder überhaupt aufweisen. Die Initianten scheinen sich mit dem Instrument der jährlich wiederkehrenden Direktwahl dieser Organmitglieder offensichtlich eine wichtige Einflussmöglichkeit auch auf die Höhe von deren Vergütungen zu versprechen. Es schwingt der Gedanke mit, dass Spitzenorgane, die bei den Vergütungen nicht Mass halten, damit rechnen müssen, an der nächsten Generalversammlung aus Protest nicht wiedergewählt zu werden⁶².

Dass die Mitglieder des Verwaltungsrates einzeln durch die Generalversammlung gewählt werden, entspricht an sich geltendem Recht: Gemäss Art. 698 OR 1991 wählt die Generalversammlung die Mitglieder des Verwaltungsrates nach ihrem freien Ermessen. Dass die Wahl für jedes Verwaltungsratsmitglied künftig zwin-

⁵⁸ Art. 710 E-OR 2007 und Art. 689c Abs. 1 bzw. Art. 689d Abs. 2 E-OR 2007.

⁵⁹ Art. 712 Abs. 1 E-OR 2009; vgl. Amtl. Bulletin des Ständerates vom 11. Juni 2009.

⁶⁰ Art. 122 Abs. 1^{bis} Bst. f. E-BV 2010.

⁶¹ Art. 712 Abs. 1 E-OR 2010.

⁶² So ausdrücklich die Botschaft 2007 (FN 8), 1685, Ziff. 2.1.30 und die Botschaft 2008 (FN 10), 329, Ziff. 5.2; vgl. auch Böckli (FN 48) 360.

gend einzeln erfolgen soll, ist unter dem Aspekt einer guten Corporate Governance zu begrüssen, weil auf diese Weise dem Anspruch des Aktionärs auf eine unverfälschte, effektive Kundgabe seines Willens Nachachtung verschafft wird⁶³.

Anders ist die Situation aber in Bezug auf den *Verwaltungsratspräsidenten* zu beurteilen. Dessen *zwingende Direktwahl* durch die Generalversammlung trägt den unterschiedlichen Konstellationen, die bei Aktiengesellschaften vorherrschen, nicht Rechnung. Während der Verwaltungsratspräsident gerade in Familienunternehmen in der Regel stark in die Geschäftsführung hineinwirkt, ist er in anderen Aktiengesellschaften nicht vollamtlich tätig und nimmt primär die Rolle des «unabhängigen» Vorsitzenden des obersten Führungsgremiums ein. Nicht in allen Fällen ist seine Wahl durch die Generalversammlung sachgerecht. Der Verwaltungsrat ist selber am besten in der Lage, aus seinem Kreis denjenigen zu bestimmen, der in der konkreten Situation des Unternehmens zur Leitung des Gremiums geeignet ist. Der Verwaltungsrat muss dabei auch zeitnah eine Neubesetzung vornehmen können, wenn dies aufgrund der Umstände – wie z.B. in einer Sanierungssituation⁶⁴ – erforderlich ist. Dafür ist das Verfahren der Generalversammlung kaum geeignet. Die Wahl des Verwaltungsratspräsidenten durch die Generalversammlung sollte daher – wie nun in den parlamentarischen Gegentwürfen vorgeschlagen – weiterhin als *dispositive* Regelung ausgestaltet sein⁶⁵.

Zu Recht verworfen wurde sowohl vom Bundesrat als auch von den Räten die minder gute Idee, der Generalversammlung die Kompetenz zur *Wahl auch der Mitglieder des Vergütungsausschusses* zu übertragen: dies würde einen weiteren, nicht zielführenden Eingriff in das aktienrechtliche Paritätsprinzip bedeuten, denn die Bildung und Besetzung des Vergütungsausschusses gehört – zumindest solange der Vergütungsausschuss als Teil des Verwaltungsrates gesehen wird – zur übertragbaren und unentziehbaren Organisationsverantwortung des Verwaltungsrates⁶⁶. Dieser kann *aus seiner Mitte* Ausschüsse bilden und diesen gemäss Art. 716a Abs. 2 OR 1991 die Vorbereitung und Ausführung seiner Beschlüsse sowie die Überwachung von Geschäften zuweisen. Ausserdem müssen sich die Mitglieder des Vergütungsausschusses bereits in ihrer Eigenschaft

⁶³ *Botschaft 2007* (FN 8) 1612, Ziff. 1.3.2.2; vgl. auch PETER BÖCKLI, Zum Vorentwurf für eine Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts – Eine kritische Übersicht, *GesKR* 1 (2006) 4 ff., 11; VOGT/SCHWOW/WIEDMER (FN 42) 1373; eher kritisch demgegenüber WATTER (FN 36) in diesem Buch.

⁶⁴ Vgl. zu den besonderen Pflichten des Verwaltungsrates in dieser Situation CHRISTOPH B. BÜHLER, Sanierung nach Aktienrecht, Zürich 2010, und DERS., Aussergerichtliche Sanierung der Aktiengesellschaft, *ST* 84 (2010) 444 ff.

⁶⁵ VOGT/SCHWOW/WIEDMER (FN 42) 1374; WATTER (FN 36) Abschnitt II. B. in diesem Buch.

⁶⁶ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR; vgl. dazu die Hinweise oben in FN 39.

als Mitglieder des Verwaltungsrates der vorgeschlagenen Einzelwahl durch die Generalversammlung stellen⁶⁷.

Weiterführend wäre es demgegenüber, die *Unabhängigkeit* des Vergütungsausschusses zu gewährleisten und *Interessenkonflikte* der Ausschussmitglieder auszuschliessen. Letzteres soll durch die Bestimmung in Art. 717b E-OR 2007 erreicht werden. Demnach dürfen Personen, die zugleich dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung einer anderen börsenkotierten Gesellschaft angehören, nicht gegenseitig Einfluss auf die Höhe der Vergütungen nehmen⁶⁸.

Weder erforderlich noch schädlich ist die Zuweisung der Wahlzuständigkeit an die Generalversammlung auch für den *unabhängigen Stimmrechtsvertreter*, zumal dieser bereits von Gesetzes wegen gegenüber dem Verwaltungsrat unabhängig sein muss⁶⁹ und voraussichtlich auch bei einer Wahl durch die Generalversammlung weiterhin vom Verwaltungsrat vorgeschlagen werden wird⁷⁰.

3. Einjährige Amtsdauer

a) Gegenüberstellung der Standpunkte

Der Bundesrat hat bereits in seiner *Botschaft 2007*⁷¹ vorgeschlagen, die *zwingende jährliche Wahl* der Mitglieder des Verwaltungsrates einzuführen. Von diesem Kurs ist er auch in seinem Zusatzentwurf 2008 nicht abgewichen. In diesem Punkt entspricht der bundesrätliche Entwurf somit der Forderung der *Minder-Initiative*⁷².

Der *Ständerat* hat die *zwingende* einjährige Amtsdauer für die Mitglieder des Verwaltungsrates in seiner Sommersession 2009 abgelehnt⁷³. Nach den *Gegentwürfen des Nationalrates* und der *Rechtskommission des Ständerates*⁷⁴ soll der Generalversammlung die Möglichkeit eingeräumt werden, in den Statuten eine ein- bis maximal dreijährige Amtsdauer vorzuschreiben.

b) Rechtliche Würdigung

Die Einführung der *zwingenden einjährigen Amtsdauer* für die Mitglieder des Verwaltungsrates wäre kontraproduktiv. Diese Regelung vermag vielleicht für den einen oder anderen Verwaltungsrat eine disziplinierende Wirkung zu erzie-

⁶⁷ So auch die *Botschaft 2008* (FN 10) 331, Ziff. 5.3.

⁶⁸ BÜHLER (FN 5) N. 644 m.w.H.

⁶⁹ Art. 689c OR 1991 bzw. Art. 689c Abs. 1 E-OR 2007.

⁷⁰ VOGT/SCHWOW/WIEDMER (FN 42) 1366.

⁷¹ Art. 710 Abs. 1 E-OR 2007.

⁷² Art. 95 Abs. 3 erster Unterabsatz E-BV 2008.

⁷³ Amtl. Bulletin des Ständerates vom 11. Juni 2009.

⁷⁴ Art. 122 Abs. 1^{bis} Bst. f E-BV 2010; Art. 710 Abs. 1 E-OR 2010.

len⁷⁵. Als Zwangsregelung für sämtliche Aktiengesellschaften ist sie jedoch nicht geeignet, denn sie *schwächt* letztlich den *Verwaltungsrat* in seiner Oberleitungs- und Oberaufsichtsfunktion *gegenüber der Geschäftsleitung*: Die Verwaltungsräte stehen in einem System der zwingenden einjährigen Amtsdauer ständig in einer Art internem Wahlkampf und müssen sich gegenüber der geschäftsnahen und vollamtlichen Geschäftsleitung durchsetzen. Gerade für die unabhängigen Verwaltungsratsmitglieder und für die neu gewählten Verwaltungsratsmitglieder akzentuiert sich die Erfahrungs- und Informationsasymmetrie gegenüber der Geschäftsleitung in der Regel besonderem Masse⁷⁶.

Eine einjährige Amtsdauer führt auch dazu, dass sich die Verwaltungsräte bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben tendenziell nicht auf die langfristigen, sondern auf die *kurzfristigen Ziele* konzentrieren. Die Regelung *verhindert* sodann die *Institutionalisierung eines Nachfolgesystems* und beeinträchtigt die Kontinuität, Stabilität und den Erhalt des Know-hows in der Unternehmensführung⁷⁷. Sie verhindert auch eine Staffelung der Amtsperioden, wie sie sich international in Publikumsgesellschaften bewährt hat. Der Verwaltungsrat kann ohne weiteres mit einfacher Mehrheit an einer einzigen Generalversammlung abgewählt werden. Das erleichtert unfreundliche Übernahmen und erhöht die Instabilität von Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind⁷⁸.

Es ist daher sachgerecht, dass sowohl der Nationalrat als auch die Rechtskommission des Ständerates von der Vorstellung einer zwingenden einjährigen Amtsdauer abkommen sind und stattdessen eine fakultative maximale Amtsdauer von drei Jahren vorschlagen.

⁷⁵ So offenbar die Absicht des Bundesrates gemäss *Botschaft 2007* (FN 8) 1685, Ziff. 2.1.30.

⁷⁶ BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts, Schriften zum Aktienrecht, Bd. 21, Zürich 2004, 90; BÖCKLI (FN 63) 23 f.; DERS. (FN 48) 360 f.; DERS. (FN 5) § 13 N. 53d ff.; WATTER/ROTH PELLANDA, Geplante Neuerungen betreffend Organisation des Verwaltungsrates, GesKR Sondernummer (2008) 129 ff., 133, BIEDERMANN/DAENIKER (FN 47) 152; BÜHLER (FN 5) N. 645.

⁷⁷ Vgl. THOMAS BRÖNNIMANN, Corporate Governance und die Organisation des Verwaltungsrates, Diss. Bern 2003, 168 ff.; GEORG KRNETA (FN 32) N. 405; BÜHLER (FN 5) N. 645 m.w.H.; a.M. VON DER CRONE/STEININGER (FN 43) 87.

⁷⁸ BÖCKLI (FN 63) 24; WERLEN/SCHNYDRIG (FN 32) 105 f.; BÜHLER (FN 5) N. 645.

C. Förderung der Stimmrechtsausübung und -vertretung an der GV

1. Überblick

Kernpunkte der Revision zu Stimmrechtsausübung und -vertretung an der GV	Bot-schaft Entwurf BR 2007	Minder-Initiative 2008	Zusatz-entwurf BR 2008	Bera-tung SR 2009	«Eini-gungs-lösung» Minder-/SVP 2010	Direkter Gegen-entwurf NR 2010	Indi-rekter Gegen-entwurf RK-S 2010
1. Abschaffung der Organ- und Depotstimmrechtsvertretung	ja	ja	ja	ja	ja	ja	ja
2. Möglichkeit der elektronischen Fernabstimmung	ja	ja	ja	ja	ja	nein	ja
3. Stimmzwang der Vorsorgeeinrichtungen, öffentlichen Gemeinwesen und Anstalten	nein	ja (nur PK)	nein	nein	ja	ja	ja (nur PK)

2. Abschaffung der Organ- und Depotstimmrechtsvertretung

a) Gegenüberstellung der Standpunkte

In ihren Vorlagen scheinen sich Initianten, Bundesrat und Parlament weitgehend einig zu sein, dass an der Generalversammlung der *tatsächliche Wille* der Aktionäre zum Ausdruck kommen soll und dass die heute geltenden Regeln zur *Organ- und Depotvertretung* unter diesem Aspekt unbefriedigend sind⁷⁹. Der Entwurf des Bundesrates⁸⁰ entspricht dem Anliegen der Minder-Initiative⁸¹, indem er die institutionelle Stimmrechtsvertretung auf den *unabhängigen Stimmrechtsvertreter* beschränkt und klare Weisungsregeln vorsieht.

b) Rechtliche Würdigung

Das Streuaktionariat insbesondere in grossen Publikumsgesellschaften neigt zu einem passiven Abstimmungsverhalten an Generalversammlungen. Dieses ist auch auf die geltende Ordnung der Stimmrechtsausübung zurückzuführen. Die

⁷⁹ *Botschaft 2007* (FN 8) 1666, Ziff. 2.1.17; Art. 95 Abs. 3 Unterabsatz 1 E-BV 2008; Art. 122 Abs. 1^{bis} Bst. e E-BV 2010; Art. 689c–e E-OR 2010.

⁸⁰ Art. 689c und 689d E-OR 2007.

⁸¹ Art. 95 Abs. 3 Unterabsatz 1 E-BV 2008.

Streuaktionäre verfügen in der Regel als Folge der Diversifikation ihrer Anlage über zu wenige Stimmrechte, um die nötigen Anreize zu einem aktiven Handeln zu erhalten⁸². Zudem ist das Phänomen des «*free riding*» zu berücksichtigen: ein Aktionäre kann aufgrund der Tatsache, dass seine Stimmen für einen Beschluss nicht notwendig sind, immer noch hoffen, dass die anderen Aktionäre aktiv werden und er von ihrem Verhalten profitieren kann. Die passiven Aktionäre können also im gleichen Umfang vom Tätigwerden der aktiven Aktionäre profitieren; die Kosten fallen aber primär bei den aktiven Aktionären an. Die dadurch bewirkte «*rationale Apathie*» der Aktionäre wird zusätzlich durch die strengen formellen Anforderungen an die Ausübung des Stimmrechts, wie das Traktandierungs-, Präsenz- oder Vertretungserfordernis⁸³, verschärft.

Die Revisionsvorschläge des Bundesrates, der Initianten und des Parlaments im Bereich der Stimmrechtsausübung und -vertretung zielen darauf ab, diese strukturellen Hindernisse für das Abstimmungsverhalten der Aktionäre abzubauen⁸⁴.

Die Aufhebung des Organ- und Depotstimmrechts ist in der parlamentarischen Debatte weitgehend unbestritten geblieben. Die Hauptänderung im Bereich der Stimmrechtsvertretung betrifft die Abschaffung des bisherigen Grundsatzes «*in dubio pro administratione*»⁸⁵. Demnach soll der unabhängige Stimmrechtsvertreter künftig nicht mehr für die Anträge des Verwaltungsrates stimmen, wenn er vom Aktionär keine besonderen Weisungen zu angekündigten Anträgen erhalten hat. Er soll sich in diesem Fall vielmehr der Stimme enthalten. Auf diese Weise dürfte der wirkliche Wille der Aktionäre bei der Entscheidungsbildung der Gesellschaft besser zum Ausdruck kommen⁸⁶.

⁸² Vgl. zu diesem Problem der «*collective action*» MANGUR OLSEN, The Logic of Collective Action: public goods and the theory of groups, Cambridge 2003, 50; ANDREAS BOHRER, Corporate Governance – Eine Standortbestimmung, ST 79 (2005) 1005 ff., 1005; ROGER GROENER, Corporate Governance – Ein Zwischenfazit, in: Vertrauen – Vertrag – Verantwortung, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag, Zürich 2007, 279 ff., 288; ALEXANDER NIKITINE (FN 46) 38; VON DER CRONE/STEININGER (FN 43) 88; BÜHLER (FN 5) N. 474 m.w.H.

⁸³ Art. 699 und 700 OR 1991; vgl. BÜHLER (FN 5) N. 475 und 666 ff.

⁸⁴ Vgl. DIETER DUBS, Die vorgeschlagenen Neuerungen bei der institutionellen Stimmrechtsvertretung, Heikle Fragen der vorgeschlagenen gesetzlichen Weisungsordnung für den unabhängigen Stimmrechtsvertreter, GesKR Sondernummer (2008) 85 ff.; LUKAS GLANZMANN, Die grosse Aktienrechtsrevision, Kritische Anmerkungen zum Entwurf des Bundesrates, GesKR 3 (2008) 665 ff., 672 f.; BÖCKLI (FN 48) 358; KARL HOFSTETTER, Die Reform des Aktienrechts im Lichte der Corporate Governance, SJZ 104 (2008) 477 ff., 479 ff.

⁸⁵ Art. 689c E-OR 2007; Botschaft 2007 (FN 8), 1666, Ziff. 2.1.17; Art. 689c Abs. 3 E-OR 2010.
⁸⁶ Vgl. HANS CASPAR VON DER CRONE, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Stimmrechtsvertretung/Dispoaktien, REPRAX 5 (2003) 1 ff., 6; ALEXANDER NIKITINE (FN 46) 40; SÉBASTIEN BETTSCHART, L'assemblée générale – Convocation, déroulement, représentation, droits de vote et droits des actionnaires, SZW 2008, 147 ff., 156; VOGT/SCHWOW/WIEDMER (FN 42) 1367; BÜHLER (FN 5) N. 478, 696.

3. Möglichkeit der elektronischen Fernabstimmung

Einigkeit scheint auch darin zu bestehen, die heutigen elektronischen Kommunikationsmittel für die Einberufung und Durchführung einer Generalversammlung zu nutzen und die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen zu schaffen⁸⁷. Es geht darum, Generalversammlungen mit mehreren Tagungsarten zu ermöglichen und Regeln vor für die elektronische Einberufung, Vollmachtserteilung sowie die Verwendung von elektronischen Kommunikationsmitteln vorzusehen, damit sich die Aktionäre nicht mehr an den Ort der Generalversammlung begeben müssen.

Die Möglichkeit zur Einreichung einer elektronischen Vollmacht ist zu begrüßen; sie dürfte durchaus zu einer Vereinfachung des Verfahrens und insoweit zu einer Stärkung der Aktionärsrechte führen⁸⁸.

4. Stimmzwang für Vorsorgeeinrichtungen und öffentliche Gemeinwesen

a) Gegenüberstellung der Standpunkte

Verworfen wurde von Bundesrat⁸⁹ und in der Beratung des Ständerates in der Sommersession 2009⁹⁰ demgegenüber die Forderung der Initianten⁹¹, wonach Pensionskassen verpflichtet werden sollen, an der Generalversammlung von Publikumsgesellschaften im Interesse der Versicherten abzustimmen und ihr Abstimmungsverhalten offen zu legen. Die Idee wurde mit der sogenannten «*Einigungslösung*» des Initiativkomitees und der SVP vom 10. Februar 2010⁹² wieder aufgegriffen und in ihrem Anwendungsbereich generell auf Vorsorgeeinrichtungen, öffentliche Gemeinwesen und öffentlich-rechtliche sowie gemischtwirtschaftliche Anstalten ausgedehnt; sie hat sich nun auch in den Gegentwürfen des Nationalrats⁹³ und der Rechtskommission des Ständerats⁹⁴ festgesetzt.

⁸⁷ Art. 689a Abs. 1^{bis} E-OR 2007; Art. 701a–d E-OR 2010.

⁸⁸ GLANZMANN (FN 84) 676; INES PÖSCHEL, Die Generalversammlung: Einberufung, Traktandierung und Durchführung, Der Schritt ins Internetzeitalter?, GesKR Sondernummer (2008) 118 ff.; BÜHLER (FN 5) N. 696; vgl. zur «*proxy-GV*» nach US-amerikanischem Vorbild auch KARL HOFSTETTER (FN 84) 482 ff.

⁸⁹ Botschaft 2008 (FN 10) 332, Ziff. 5.3.

⁹⁰ Amtliches Bulletin des Ständerates vom 11. Juni 2009.

⁹¹ Art. 95 Abs. 3 Unterabsatz 1 E-BV 2008.

⁹² Einigungslösung des Initiativkomitees und der SVP Schweiz vom 10. Februar 2010, Ziff. 13.
⁹³ Vgl. Amtliches Bulletin des Nationalrates vom 17. März 2010 und Art. 113 Abs. 2 Bst. f E-BV 2010.

⁹⁴ Art. 71a E-AHVG 2010, mit Bezug wieder ausschliesslich auf Vorsorgeeinrichtungen.

b) Rechtliche Würdigung

Dass die *Vorsorgeeinrichtungen* grundsätzlich in transparenter Weise und im Interesse der Versicherten abstimmen sollen, ist an sich eine Bekräftigung des geltenden Rechts ohne eine konkret daraus ableitbare Verhaltensregel⁹⁵. Dabei ist allerdings fraglich, ob sich das Interesse der Versicherten überhaupt bestimmen lässt. Unklar ist auch die Haftung der Organe der Vorsorgeeinrichtungen, wenn diese zwar im Interesse der Versicherten, nicht aber im Interesse der Vorsorgeeinrichtung abstimmen⁹⁶. Aus aktienrechtlicher Sicht ist vor allem problematisch, einem bestimmten Teil des Aktionariats neben der Liberierungspflicht *zusätzliche Pflichten* aufzuerlegen. Diese Vorstellung widerspricht nicht nur einem grundlegenden Gestaltungsprinzip der kapitalbezogenen Aktiengesellschaft⁹⁷, sondern strapaziert auch den *Gleichbehandlungsgrundsatz*, der gerade bei Publikumsgesellschaften strenger zu interpretieren ist⁹⁸. Ein entsprechender Abstimmungszwang der Pensionskassen gehört jedenfalls nicht ins Aktienrecht; er wäre allenfalls im AHV-Gesetz bzw. in der einschlägigen AHV-Verordnung zu regeln⁹⁹.

D. Konkretisierung der Pflichten des Verwaltungsrates

1. Überblick

Kernpunkte der Revision zu Konkretisierung der Pflichten des VR	Bot.schaft und Entwurf BR 2007	Minder-Initiative 2008	Zusatz-entwurf BR 2008	Beratung SR 2009	«Eini-gungs-lösung» Minder/SVP 2010	Direkter Gegen-entwurf NR 2010	Indi-rekter Gegen-entwurf RK-S 2010
1. Konkretisie-rung der Sorg-faltspflicht bzgl. Festlegung der Vergütungen	nein	nein	ja*	ja*	nein	nein	ja

⁹⁵ Böckli (FN 48) 39.

⁹⁶ So ausdrücklich *Botschaft 2008* (FN 10) 332, Ziff. 5.3.

⁹⁷ Art. 680 OR 1991.

⁹⁸ Vgl. dazu Böckli/Bühler, Vorabinformationen an Grossaktionäre: Möglichkeiten und Grenzen nach Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, SZW 77 (2005) 101 ff. m.w.H.

⁹⁹ Vgl. Art. 49a Abs. 2 Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invaliden-vorsorge vom 18. April 1984 (BVV 2); so nun auch der Lösungsansatz der Rechtskommission des Ständerates: Art. 71a E-AHVG 2010.

2. Erlass Vergütungs-reglement mit Mindest-anforderungen (z.B. Ausrichtung der Boni am langfristigen Ge-schäftserfolg)	nein	nein	ja	ja	ja	ja	ja
3. Erstellung ei-gnes Vergütungs-berichts	nein	nein	ja	ja	ja	ja	ja

* gilt für alle Aktiengesellschaften

2. Konkretisierung der Sorgfaltspflicht in Bezug auf die Festlegung der Vergütungen

a) Gegenüberstellung der Standpunkte

In seinem *Zusatzentwurf 2008*¹⁰⁰ schlug der Bundesrat erstmals – mit Wirkung für *alle* Aktiengesellschaften – eine Konkretisierung der allgemeinen Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrates und der mit der Geschäftsführung betrauten Personen in Bezug auf die Festlegung der Vergütungen vor. Diese haben nach Art. 717 Abs. 1a E-OR 2008 dafür zu sorgen, dass die von ihnen festgelegten Vergütungen sowohl mit der wirtschaftlichen Lage als auch mit dem dauernden Gedeihen des Unternehmens im Einklang stehen.

Dieser Reformvorschlag hat auch die Sommersession des *Ständerates* überdauert und ist nun in den indirekten Gegenentwurf der Rechtskommission des Ständerates aufgenommen worden¹⁰¹. Er ist jedoch nicht Gegenstand des *Gegenentwurfs des Nationalrates*, der sich ausschliesslich auf Publikumsgesellschaften bezieht.

b) Rechtliche Würdigung

Diese Bestimmung, welche eine spezifische Sorgfaltspflicht bei der Festsetzung der Vergütungen vorsieht, ist wohl in erster Linie als politische Reaktion auf die Minder-Initiative zu verstehen. Sie soll verdeutlichen, dass die Leitungsorgane im Rahmen einer Verantwortlichkeitsklage ersatzpflichtig werden können, wenn sie durch Unvorsorgfalt bei der Festlegung der Vergütungen die Gesellschaft schä-

¹⁰⁰ Art. 717 Abs. 1a E-OR 2008; *Botschaft 2008* (FN 10), 19, Ziff. 4.2.2.

¹⁰¹ Amtliches Bulletin des Ständerates vom 11. Juni 2009; Art. 731e E-OR 2010.

digen – eine Rechtsfolge, die ihre Grundlage an sich auch im geltenden Recht finden würde¹⁰².

3. Pflicht zum Erlass eines Vergütungsreglements und zur Erstellung eines Vergütungsberichts

Die im *Zusatzentwurf des Bundesrates*¹⁰³ vorgeschlagene und seither weitgehend unbestritten gebliebene Ergänzung der Katalogs der unentziehbaren und unübertragbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates um die Pflicht zum Erlass eines Vergütungsreglements und zur Erstellung eines Vergütungsberichts ist zweckmässig und entspricht einer bereits etablierten Praxis bei börsenkotierten Gesellschaften¹⁰⁴.

E. Einführung von Verbotsnormen

1. Überblick

Kernpunkte der Revision zu Verbotsnormen	Bot-schaft und Entwurf BR 2007	Minder-Initiative 2008	Zusatz-entwurf BR 2008	Bera-tung SR 2009	«Eini-gungs-lösung» Minder-/ SVP 2010	Direkter Gegen-entwurf NR 2010	Indi-rekter Gegen-entwurf RK-S 2010
1. Verbot von Abgangsentschädigungen	nein	ja	nein	nein	ja	ja	ja
2. Verbot von Vorauszahlungen und anderen Sondervergütungen	nein	ja	nein	nein	ja	ja	ja
3. Verbot von Prämien für Unternehmenskäufe und Verkäufe	nein	ja	nein	nein	ja	ja	nein

¹⁰² BÜHLER (FN 5), N. 644a; vgl. auch VoGT/SCHWOW/WIEDMER (FN 42), 1381, und kritisch BÖCKLI (FN 48), 36 ff.; DERS. (FN 6), 3019 ff., DERS., Die Schweizer Verwaltungsrate zwischen Hammer und Amboss, SJZ 106 (2010) 1 ff., 9, der mit dieser Bestimmung «grosse rechtliche Auswirkungen» verbindet.

¹⁰³ Art. 731c Abs. 1 E-OR 2008; Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2a E-OR 2008; vgl. auch Art. 731 d–i E-OR 2010.

¹⁰⁴ Ziff. 5.1 des Anhangs zur Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance (RLCG) der SIX Swiss Exchange vom 29. Oktober 2008; vgl. BÖCKLI (FN 48) 29 ff.; BLANC/ZIHLER, Die neuen aktienrechtlichen Vergütungsregeln gemäss dem Entwurf vom 5. Dezember 2008, GesKR 3 (2009) 66 ff., 70 ff.; VoGT/SCHWOW/WIEDMER (FN 42), 1376; vgl. zur Frage der *Genehmigung* des Vergütungsreglements durch die Generalversammlung oben Abschnitt A. Ziff. 3 bei FN 49.

4. Verbot der Delegation der Geschäfts-führung an ein anderes Unter-nehmen	nein	ja	nein	nein	ja	nein	nein
5. Verbot von zusätzlichen Berater- oder Arbeitsverträgen von anderen Gesellschaften des Konzerns	nein	ja	nein	nein	nein	nein	nein
6. Verbot von Konsultativab-stimmungen an der GV	nein	nein	nein	nein	ja	nein	nein

2. Verbot von Abgangsentschädigungen, Vorauszahlungen und anderen Sondervergütungen

a) Gegenüberstellung der Standpunkte

Eine noch weitergehende zwingende Konkretisierung der Sorgfaltspflicht bei der Festlegung der Vergütungen ist im Grunde im *absoluten* Verbot von Abgangsentschädigungen, Vorauszahlungen und anderen Sondervergütungen sowie Prämien für Unternehmenskäufe und -verkäufe zu erblicken¹⁰⁵. Der Bundesrat hat dieses von der *Minder-Initiative*¹⁰⁶ geforderte Verbot *nicht* in den *Zusatz-entwurf*¹⁰⁷ integriert. Aufgegriffen wurde dieser Ansatz jedoch wieder von der *Rechtskommission des Ständerates*, welche eine entsprechende Regelung in ei-nem weiteren Absatz 1b zu Art. 717 E-OR 2009 vorschlug. Der *Ständerat* lehnte diesen Vorschlag jedoch ab¹⁰⁸. Das Verbot von Abgangsentschädigungen und anderen Sondervergütungen kam erst wieder mit der «*Einigungslösung*» *Minder/SVP*¹⁰⁹ ins Spiel und ist nun auch Teil der parlamentarischen *Gegenentwürfe*¹¹⁰, mit Ausnahme des Verbots von Prämien für Unternehmenskäufe und -verkäu-fe, das offenbar nicht Eingang in den indirekten Gegenentwurf der Rechtskom-mission des Ständerats gefunden hat.

¹⁰⁵ VoGT/SCHWOW/WIEDMER (FN 42), 1381 f.

¹⁰⁶ Art. 95 Abs. 3 Bst. b E-BV 2008.

¹⁰⁷ *Botschaft* 2008 (FN 10), 332, Ziff. 53.

¹⁰⁸ Amtliches Bulletin des Ständerates vom 11. Juni 2009.

¹⁰⁹ Einigungslösung des Initiativkomitees und der SVP Schweiz vom 10. Februar 2010, Ziff. 19.

¹¹⁰ Art. 122 Abs. 1bis Bst. b E-BV 2010; Art. 731m E-OR 2010.

b) Rechtliche Würdigung

Abgangentschädigungen im Falle einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses und goldene Fallschirme, die für den Fall eines Kontrollwechsels zugesichert werden, sind im Grundsatz sicherlich zu vermeiden. Ein absolutes Verbot *aller* Abgangentschädigungen würde die Vertragsfreiheit jedoch zu weit einschränken¹¹¹. Es kann seltene Ausnahmefälle geben, in denen Abgangentschädigungen und andere Sondervergütungen gerechtfertigt sein können, wenn sie im Geschäftsinteresse liegen und das Entgelt für eine der Gesellschaft erbrachte aussergewöhnliche, sonst nicht abgeltete Leistung darstellen. Zu denken ist etwa an die Vermeidung von aufwendigen Prozessen mit unsicherem Ausgang oder an die Absicherung nachwirkender Pflichten. Auch im Falle einer Sanierung kann es im Interesse der Gesellschaft liegen, durch das Versprechen einer Abgangentschädigung eine hervorragende Führungskraft zu gewinnen¹¹². Solche Abreden sollten daher nicht kategorisch, sondern nur *grundsätzlich* ausgeschlossen werden, wie das zuletzt nun auch die Rechtskommission des Ständerates¹¹³ in ihrem indirekten Gegenentwurf vorgeschlagen hat¹¹⁴.

3. Weitere Verbote

Zu recht verworfen wurde sowohl vom *Bunderrat*¹¹⁵ als auch in den *Räten*¹¹⁶ das vom Initiativkomitee¹¹⁷ geforderte ausdrückliche Verbot der *Delegation der Führung der Gesellschaft an eine juristische Person*. Ein solches Verbot ist unnötig, denn ein entsprechender Delegationsakt ist – ausserhalb des Konzernverhältnisses bereits mit geltendem Recht nicht vereinbar¹¹⁸ und innerhalb des Konzerns nicht praktikabel: So könnten z.B. Beteiligungsgesellschaften die Geschäftsführung aufgrund dieser Vorschrift nicht mehr auf ihre Tochtergesellschaften übertragen¹¹⁹.

¹¹¹ *Botschaft* 2008 (FN 10), 332, Ziff. 53; BÖCKLI (FN 48), 39; HANS-UELI VOET, «Good Regulation» bei der Entschädigung von Verwaltungsrat und Management, NZZ Nr. 127 vom 5. Juni 2009, 27; ROLF WÄTTER Minder-Medizin mit minderem Nutzen und riskanten Nebenwirkungen, NZZ Nr. 129 vom 8. Juni 2009, 13.
¹¹² Vgl. Erläuterungen zu Ziff. 6 Anhang 1 Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance.
¹¹³ Gemäss Art. 731m Abs. 2 E-OR 2010 soll der Verwaltungsrat der Generalversammlung *Ausnahmen* beantragen können, sofern diese im Interesse der Gesellschaft sind.
¹¹⁴ BÖCKLI (FN 48), 39.
¹¹⁵ *Botschaft* 2008 (FN 10), 329 f., Ziff. 5.2.
¹¹⁶ Amtliches Bulletin des Ständerates vom 11. Juni 2009; Amtliches Bulletin des Nationalrates vom 17. März 2010.
¹¹⁷ Art. 95 Abs. 3 Bst. b E-BV 2008.
¹¹⁸ Art. 707 Abs. 3 OR 1991 und Art. 120 HRRegV 2007; vgl. *Botschaft* 2008 (FN 10), 329 f., Ziff. 5.2; BÖCKLI (FN 48), 39.
¹¹⁹ Auf diese Dysfunktion hat bereits WÄTTER (FN 111), 13, hingewiesen.

In der politischen Diskussion durchwegs verworfen wurden zu Recht auch das von der Minder-Initiative geforderte *Verbot von zusätzlichen Berater- oder Arbeitsverträgen von anderen Gesellschaften des Konzerns*¹²⁰ sowie das im Rahmen der «Einigungslösung» des Initiativkomitees und der SVP initiierte *Verbot von Konsultativabstimmungen an der Generalversammlung*¹²¹.

F. Verschärfte Rückerstattungsklage bei ungerechtfertigten Bezügen

1. Überblick

Kernpunkte der Revision zu <i>Klagerechte</i>	Bot-schaft und Entwurf BR 2007	Minder-Initiative 2008	Zusatz-entwurf BR 2008	Bera-tung SR 2009	«Eini-gungslösung» Minder-/SVP 2010	Direkter Gegen-entwurf NR 2010	Indi-rekter Gegen-entwurf RK-S 2010
Verschärfung und Präzisie-rung der Rücker-stattungsklage	ja*	nein	ja*	ja*	ja	ja	ja

* gilt für *alle* Aktiengesellschaften

2. Verschärfung und Präzisierung der Rückerstattungsklage

a) Gegenüberstellung der Standpunkte

Hat ein Verwaltungsratsmitglied oder eine ihm nahestehende Person in bösem Glauben Leistungen bezogen, die in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung stehen, so kann der Aktionär bereits *de lege lata* die *Rückerstattungsklage* auf Leistung an die Gesellschaft nach Art. 678 OR 1991 ergreifen.

Nach der *Botschaft des Bundesrates von 2007*¹²² soll zukünftig auf das Erfordernis der *Bösgläubigkeit* des Empfängers der Leistungen verzichtet werden. In seinem *Zusatzentwurf*¹²³ hat der Bundesrat dann allerdings das Erfordernis der Bösgläubigkeit quasi – mit einer Umkehr der Beweislast – wieder eingeführt. Der gutgläubige Empfänger muss die Leistung demnach nur dann zurückerstat-ten, wenn er nicht nachweisen kann, dass er diese in gutem Glauben empfangen

¹²⁰ Art. 95 Abs. 3 Bst. b E-BV 2008.
¹²¹ Einigungslösung des Initiativkomitees und der SVP Schweiz vom 10. Februar 2010, Ziff. 26.
¹²² *Botschaft* 2007 (FN 8), 1663, Ziff. 2.1.14.
¹²³ Art. 678 Abs. 3 E-OR 2008; *Botschaft* 2008 (FN 10), 316 f., Ziff. 4.2.1

hat und im Zeitpunkt der Geltendmachung des Rückstellungsanspruchs nicht mehr bereichert ist.

Im seinem *Zusatzentwurf von 2008*¹²⁴ hat der Bundesrat sodann präzisiert, dass auch die «mit der Geschäftsführung befassten Personen» rückerstattungspflichtig sein sollen. Ausserdem sollen künftig auch die *Gläubiger* zur Erhebung der Rückstellungsklage aktiv legitimiert sein¹²⁵. In der Beratung des *Ständerates*¹²⁶ wurde dieser Vorschlag allerdings wieder verworfen. Zurückbuchstabiert hat der Ständerat auch den Vorschlag des Bundesrates, wonach die Rückerstattung bereits hätte geschuldet sein sollen, wenn die Gesamtvergütung lediglich in einem «*Missverhältnis*» zur erbrachten Gegenleistung gestanden hätte. Das Missverhältnis hätte neu nicht mehr «*offensichtlich*» sein müssen.

Einzig die *Minder-Initiative* hat die gesetzliche Verschärfung und Präzisierung der Rückstellungsklage nicht thematisiert. In allen anderen Verfahrensstufen der Aktienrechtsrevision ist dieser Reformpunkt jedoch ausdrücklich befürwortet worden¹²⁷.

b) Rechtliche Würdigung

Der Ansatz des Bundesrates, wonach künftig der Empfänger einer ungerechtfertigten Leistung seinen *guten Glauben* nachweisen soll, ist insoweit problematisch, als der böse bzw. gute Glaube als ein innerer, subjektiver Sachverhalt kaum nachzuweisen ist. Die Beweislast liegt de lege lata beim klagenden Aktionär, was die praktische Bedeutung der Rückstellungsklage bisher erheblich eingeschränkt hat. Durch die gesetzliche Umkehr der Beweislast hinsichtlich des guten Glaubens wird die Rechtssicherheit einseitig zu Lasten der Empfänger der Leistung aufgehoben¹²⁸.

Sachgerecht ist demgegenüber die *Ausdehnung der Passivlegitimation* der Rückerstattungsklage auf die *mit der Geschäftsführung betrauten Personen*¹²⁹. In Anlehnung an die Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 Abs. 1 OR 1991 werden damit neben den formellen auch die faktischen Organe der Gesellschaft ausdrücklich erfasst¹³⁰.

¹²⁴ Art. 678 Abs. 2 E-OR 2008; *Botschaft 2008* (FN 10), 316 f., Ziff. 4.2.1

¹²⁵ Art. 678 Abs. 4 E-OR 2008.

¹²⁶ Amtliches Bulletin des Ständerates vom 10. Juni 2009 zu Art. 678 E-OR 2008.

¹²⁷ «Einigungslösung» des Initiativkomitee und der SVP Schweiz vom 10. Februar 2010, Ziff. 30; Art. 122 Abs. 1^{ter} Bst. d E-BV 2010; Art. 678 E-OR 2010.

¹²⁸ Kritisch auch MALACRIDA/SPILLMANN, *Payback Time?*, GesKR 2 (2008) 345 ff.; ANDREAS BINDER, Die aktienrechtliche Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen, GesKR Sondernummer (2008) 66 ff., 67 ff.; BÖCKLI (FN 6) 3022 f.; BÜHLER (FN 5) N. 726.

¹²⁹ So bereits die Empfehlung der Expertengruppe BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET (FN 76) 182 f.

¹³⁰ VOGT/SCHIWOW/WIEDMER (FN 42) 1383.

Abzulehnen ist die *Erweiterung der Aktivlegitimation* auf die *Gläubiger*. Diese haben gar kein Rechtsschutzinteresse, solange die Gesellschaft aufrecht steht und solvent ist. Im Gegensatz zum Aktionär, der auf Leistung an die Gesellschaft klagt, profitieren die Gläubiger auch nicht indirekt und anteilmässig von einem Prozessserfolg¹³¹.

In der ständerrätlichen Debatte zu Recht abgelehnt wurde auch der Verzicht auf das Erfordernis des «*offensichtlichen*» Missverhältnisses zur erbrachten Gegenleistung und der Bezug auf die «*Ertragslage der Gesellschaft*». Mit dieser Lösung wäre die Beurteilung der Angemessenheit der Vergütungen letztlich vollständig in das richterliche Ermessen gelegt worden. Die Gerichte dürften jedoch kaum im Stande sein, diese Bewertung mit zivilprozessualen Mitteln in einer rechtlich nachvollziehbaren Art vorzunehmen¹³².

G. Erhöhung der Transparenz hinsichtlich der Vergütungen

1. Überblick

Kernpunkte der Revision zu Erhöhung der Transparenz	Bot-schaft und Entwurf BR 2007	Minder-Initiative 2008	Zusatz-entwurf BR 2008	Bera-tung SR 2009	«Eini-gungs-lösung» Minder/SVP 2010	Direkter Gegen-entwurf NR 2010	Indi-rekter Gegen-entwurf RK-S 2010
1. Jährlicher Ver-gütungsbericht des VR	nein	nein	ja	ja	ja	ja	ja
2. Auskunfts-recht der Aktionäre nicht kotierter Aktien-gesellschaften betreffend Vergütungen, Darlehen und Krediten	ja	nein	ja	nein	nein	nein	nein
3. Offenlegung des Stimmver-hältnisses von Vorsorgeein-richtungen	nein	ja (nur PK)	nein	nein	nein	nein	ja

¹³¹ BINDER (FN 128) 69; BÜHLER (FN 5) N. 727; VOGT/SCHIWOW/WIEDMER (FN 42) 1384.

¹³² Vgl. BÖCKLI (FN 48) 35; DERS. (FN 48) 343 f.; BINDER (FN 128) 69; BÜHLER (FN 5) N. 727; GLANZMANN (FN 84) 672.

2. Jährlicher Vergütungsbericht des Verwaltungsrates

Dass der Verwaltungsrat börsenkotierter Aktiengesellschaften künftig im Rahmen einer unübertragbaren und unentziehbaren Aufgabe verpflichtet werden soll, in einem schriftlichen Vergütungsbericht Rechenschaft über die Einhaltung des Vergütungsreglements und gegebenenfalls der Statuten abzulegen, wurde bereits erwähnt¹³³. Die Organmitglieder von Publikumsgesellschaften sind im übrigen durch Art. 663b^{bis} und Art. 663c OR 2005 bereits zu einer detaillierten Offenlegung ihrer Vergütungen und Beteiligungen verpflichtet¹³⁴.

3. Auskunftsrecht der Aktionäre nicht kotierter Aktiengesellschaften

Die Spitzenorgane nicht kotierter Aktiengesellschaften sollen nach der Botschaft des Bundesrates aus dem Jahre 2007 demgegenüber verpflichtet werden, auf Gesuch eines Aktionärs Auskunft über ausgerichtete Vergütungen, Darlehen und Kredite an Organmitglieder zu erteilen¹³⁵. Um dem bei privaten Aktiengesellschaften erhöhten Bedürfnis nach Vertraulichkeit Rechnung zu tragen, sollen diese Unternehmen jedoch auch künftig nicht verpflichtet werden, die Bezüge der Spitzenorgane im Anhang zum Geschäftsbericht bekannt zu geben.

Der Ständerat hat diesen Vorschlag zu Unrecht abgelehnt¹³⁶: Das unterjährige Auskunftsrecht der Aktionäre wäre zwar in der Praxis wohl schwierig zu haben gewesen¹³⁷. Es ist aber durchaus sachgerecht, dass die Minderheitsaktionäre erfahren dürfen, wer welchen Kapital- und Stimmenanteil hält, wer aus der Gesellschaftskasse welche Bezüge gemacht oder Kredite erhalten hat¹³⁸. In den späteren Gegenentwürfen wurde der Vorschlag wohl nur deshalb nicht mehr aufgegriffen, weil diese primär Regelungen für Publikumsgesellschaften betreffen.

¹³³ Vgl. oben Abschnitt D. Ziff. 3 bei FN 103.

¹³⁴ Vgl. dazu eingehend WATTER/MAIZAR (FN 5) Art. 663b^{bis} N. 1 ff.; BÖCKLI (FN 5) § 8 N. 471 ff., 695 ff.; IMARK/LIPP, Kommentar zu Art. 663b^{bis} und 663c OR, in: Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2007, Art. 663b^{bis} N. 1 ff.; BÜHLER (FN 5) N. 658 m.w.H.

¹³⁵ Art. 697^{quinquies} E-OR 2007; Botschaft 2007 (FN 8), 1673 f., Ziff. 2.1.21.

¹³⁶ Amtliches Bulletin des Ständerates vom 10. Juni 2009 zu Art. 697^{quinquies} E-OR.

¹³⁷ So der Einwand von GLANZMANN (FN 48) 674 und von DER CRONE/STEININGER (FN 43) 87.

¹³⁸ Vgl. GLANZMANN (FN 48) 674; LAMBERT/SCHLEIFER, Auskunfts- und Einsichtsrecht, Ge-sKR Sondernummer (2008) 98 ff., 102 f.; BÖCKLI (FN 48) 358; BÜHLER (FN 5) N. 710; a.M. VOGT/SCHWOW/WIEDMER (FN 42) 1383.

4. Offenlegung des Stimmverhaltens von Vorsorgeeinrichtungen

Nichts einzuwenden ist an sich gegen die Forderung der *Minder-Initiative*¹³⁹, wonach die Pensionskassen verpflichtet werden sollen, ihr Stimmverhalten offen zu legen. Eine entsprechende Regelung wäre allerdings, wie bereits erwähnt¹⁴⁰, wohl eher im Rahmen der AHV-Gesetzgebung und nicht im Aktienrecht zu regeln. Mit dieser Begründung hat denn auch der Bundesrat diesen Vorschlag in seiner Zusatzbotschaft¹⁴¹ verworfen. Dieser Reformpunkt wurde erstaunlicherweise dann erst wieder im indirekten Gegenentwurf der Rechtskommission des Ständerates¹⁴² aufgegriffen und in seinem Anwendungsbereich auf Vorsorgeeinrichtungen erweitert.

H. Strafbarkeit bei Widerhandlung gegen Vergütungsbestimmungen

1. Überblick

Kernpunkte der Revision zu Strafbarkeit	Bot-schaft und Entwurf BR 2007	Minder-Initiative 2008	Zusatz-entwurf BR 2008	Bera-tung SR 2009	«Eini-gungs-lösung» Minder/SVP 2010	Direkter Gegen-entwurf NR 2010	Indi-rekter Gegen-entwurf RK-S 2010
Strafbarkeit bei Widerhandlung gegen die Vergütungsbestimmungen	nein	ja	nein	nein	ja	nein	ja

2. Einführung der Strafbarkeit bei Verstoss gegen die Vergütungsbestimmungen

Die *Minder-Initiative*¹⁴³ fordert schliesslich die Einführung drakonische Strafen bei Widerhandlung gegen die gesetzlichen Vergütungsbestimmungen: der Strafrahmen soll an der Schwelle zum Verbrechen, nämlich bei einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen angesetzt werden. Der Bundesrat lehnte die Einführung einer entsprechenden Strafbestimmung zu Recht mit der Begründung ab, die möglichen strafbaren Handlungen seien nicht hinreichend konkret aufgeführt, was unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten bedenklich ist¹⁴⁴.

¹³⁹ Art. 95 Abs. 3 Bst. a E-BV 2008.

¹⁴⁰ Vgl. oben Abschnitt C. Ziff. 7 bei FN 87.

¹⁴¹ Botschaft 2008 (FN 10) 332, Ziff. 5.3.

¹⁴² Art. 71a Abs. 3 E-AHVG 2010.

¹⁴³ Art. 95 Abs. 3 Bst. d E-BV 2008.

¹⁴⁴ Botschaft 2008 (FN 10), 334, Ziff. 5.3; vgl. auch BÖCKLI (FN 48) 40; LUKAS HANDSCHIN, «Abzocker-Initiative» ist rechtlich fragwürdig, Finanz und Wirtschaft Nr. 36 vom 12. Mai 2010, 25.

Auch in den Räten wurde die Pönalisierung von Widerhandlungen gegen die Vergütungsregeln verworfen. Der *indirekte Gegenentwurf der Rechtskommission des Ständerates*¹⁴⁵ hat den Vorschlag einer Strafbestimmung im Bereich der Vergütungen nun aber wieder in die Diskussion zurückgeholt und konkretisiert: demnach sollen Mitglieder des Verwaltungsrates einer Publikumsgesellschaft, die gegen das Vergütungsreglement verstossen und dadurch die Gesellschaft schädigen, auf Antrag der Gesellschaft oder eines Aktionärs mit Busse bestraft werden.

III. Ausblick

Mit Blick auf die jüngste Entwicklung der Regulierung im Bereich der Vergütungen an die Spitzenorgane und auf die letzten Impulse in National- und Ständerat zeichnen sich für eine künftige Regelung die folgenden generellen Tendenzen ab:

In *formeller* Hinsicht ist festzustellen:

- die *Selbstregulierung* wird zunehmend durch *staatliche* Regulierungen abgelöst, und
- anstelle von *dispositiven* Bestimmungen werden zunehmend *zwingende* Vorschriften und *absolute Verbots- und Strafnormen* aufgestellt. Die bewährte Gestaltungsfreiheit des Schweizer Aktienrechts wird immer mehr eingeschränkt¹⁴⁶;

In *materieller* Hinsicht gilt:

- der Anwendungsbereich der Reform der Vergütungsregeln beschränkt sich nicht mehr auf Publikumsgesellschaften, sondern erstreckt sich zunehmend auch auf die *nichtkотиerten Aktiengesellschaften*;
- der Schwerpunkt der Reformbemühungen liegt nicht mehr auf der Erhöhung der *Transparenz*, sondern auf der *Verstärkung der Mitbestimmung des Aktionärs bei der Festlegung der Vergütungen*¹⁴⁷.

Welche *materiellrechtlichen* Kernpunkte der Revision werden sich nun im Bereich der Vergütungen *konkret* durchsetzen? Der Zick-Zack-Kurs, den die politische Diskussion um das Thema der Vergütungen der Spitzenorgane bis heute eingeschlagen hat, lässt an sich keine zuverlässige Prognose zu. Immerhin sind

¹⁴⁵ Art. 326quingies E-StGB 2010.

¹⁴⁶ Diese Entwicklung widerspricht an sich der Absicht des Bundesrates, der in seiner *Botschaft 2007* (FN 8), 1606, Ziff. 1.3.1, zur Revision des Aktienrechts noch festhielt: «*Insbesondere gilt es, die grosse Elastizität des schweizerischen Aktienrechts zu bewahren und die neuen Regeln flexibel zu gestalten* [...]».

¹⁴⁷ So auch PETER FORSTMOSER, Stärkung der Aktionärsdemokratie – aber wie?, NZZ Nr. 173 vom 29. Juli 2010, 26.

nach Bekanntgabe der Grundzüge des indirekten Gegenentwurfs der Rechtskommission des Ständerates vom 7. September bzw. 25. Oktober 2010 nun gewisse konsolidierte Konturen einer möglichen künftigen Vergütungsordnung erkennbar:

- die *zwingende* jährliche Abstimmung der *Generalversammlung* über die Gesamtsomme der Vergütungen an den *Verwaltungsrat* und den *Beirat*;
- die *statutarische Gestaltungsmöglichkeit* einer jährlichen Abstimmung der *Generalversammlung* über die Gesamtsomme der Vergütungen an die *Geschäftsleitung*;
- die Pflicht der Verwaltungsrates zum Erlass eines *Vergütungsreglements* und zur Erstellung eines *Vergütungsberichts* sowie die *zwingende Genehmigung* des Vergütungsreglements *durch die Generalversammlung*;
- die *dispositive jährliche Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates* durch die *Generalversammlung* mit einer *maximalen Amtsdauer von 3 Jahren*;
- ein *grundsätzliches Verbot von Abgangsschädigungen* und Vergütungen im Voraus;
- die Abschaffung der *Organ- und Depotstimmrechtsvertretung*; die institutionelle Stimmrechtsvertretung erfolgt nur noch durch den *unabhängigen Stimmrechtsvertreter*, der von der *Generalversammlung* gewählt wird;
- die Einführung der Möglichkeit zur *elektronischen Fernabstimmung*;
- die Verschärfung und Präzisierung der *Rückerstattungsklage*;
- die Einführung der *Strafbarkeit* im Übertretungsbereich bei Verstoss gegen das Vergütungsreglement zum Schaden der Gesellschaft.