

# Neues Vergütungsregime für Publikumsgesellschaften: Auswirkungen auf die Rolle und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats

## *Eine Standortbestimmung nach Abschluss der Generalversammlungs-Saison 2014*

PD Dr. iur. Christoph B. Bühler, Rechtsanwalt, LL.M. (Basel und Zürich)\*

### I. Einleitung\*\*

Wir erinnern uns: Am 3. März 2013 ist die heiss umstrittene Volksinitiative «gegen die Abzockerei»<sup>1</sup> von rund 68% der Stimmenden und sämtlichen Kantonen klar angenommen worden. Die neuen Verfassungsvorgaben waren jedoch nicht unmittelbar anwendbar, sondern vom Gesetzgeber bzw. übergangsweise innerhalb eines Jahres vom Bundesrat umzusetzen. Diesem Auftrag ist er bereits nachgekommen, indem er am 20. November 2013 die Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten

*Der Autor gibt einen Überblick über die aus der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) fließenden Anforderungen, namentlich über die Erweiterung der Kompetenzen der Generalversammlung im Bereich der Vergütungen der Organe, die Förderung der Stimmrechtsausübung und -vertretung sowie die Einschränkung der Vertragsfreiheit hinsichtlich Vergütungsart, Vertragsdauer und externer Tätigkeiten von Organmitgliedern. Er analysiert den Stand der bisherigen Umsetzung der VegüV in den Unternehmen und kommt zum Schluss, dass dem Verwaltungsrat unter dem Titel «Aktionärsdemokratie» Kompetenzen entzogen werden und seine Verantwortlichkeit unter dem neuen Vergütungsregime verschärft wird.* Zi.

\* Der Autor ist Managing Partner bei Bockli Bodmer & Partner in Basel und Privatdozent für schweizerisches und internationales Handels- und Wirtschaftsrecht an den Universitäten Zürich und Basel. Er dankt Frau Anne-Sophie Buchs, Advokatin, für ihre Mitwirkung bei der Auswertung des Stands der Umsetzung der VegüV durch die betroffenen Publikumsgesellschaften.

\*\* Überarbeitete und per 1. Juli 2014 aktualisierte Fassung des Referats, das der Verfasser am 11. April 2014 im Rahmen der Veranstaltungsreihe des Europa Instituts an der Universität Zürich gehalten hat. Vgl. dazu die Berichterstattung von Palm/Carl, Holprige Umsetzung der Minder-Initiative, Finanz und Wirtschaft vom 16. April 2014, 5.

<sup>1</sup> BBl 2008 2577 f. und Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 5. Dezember 2008, BBl 2008 299 ff. Vgl. statt vieler Peter Forstmoser, «Say-on-Pay»: Die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und der Gegenvorschlag des Parlaments, SJZ 108 2012 337 ff.; Stefan Knobloch, Ist die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» umsetzbar?, GesKR 6 2012 372 ff.; Christoph B. Bühler, Show-down in der Vergütungsfrage: Volksinitiative «gegen die Abzockerei» oder indirekter Gegenentwurf des Parlaments, GesKR Online-Beitrag 2012 1 ff.; Lukas Glanzmann, Die «Abzocker-Initiative» und ihre Folgen, Eine Annäherung an Art. 95 Abs. 3 BV, GesKR Online-Beitrag 2013 1 ff.; von der Crone/Huber, Festlegung von Vergütungen in Publikumsgesellschaften, SJZ 109 2013 297 ff.; Vogt/Baschung, Wie weiter im Aktienrecht nach der Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei»? , GeKR 1 2013 5 ff.

*L'auteur donne un aperçu des exigences découlant de l'Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb), notamment celles concernant l'élargissement des compétences de l'assemblée générale en matière de rémunération des organes, celles portant sur la promotion de l'exercice du droit de vote et de la représentation pour celui-ci, de même que celles relatives à la restriction de la liberté contractuelle en matière de modes de rémunération, de durée des contrats et d'activités externes des membres des organes. L'auteur analyse l'application actuelle de l'ORAb au sein des entreprises et arrive à la conclusion qu'au nom de la « démocratie de l'actionnaire », le nouveau régime de rémunération soustrait des compétences au conseil d'administration tout en renforçant sa responsabilité.* P.P.

tierten Aktiengesellschaften, kurz «VegüV», verabschiedet und auf den 1. Januar 2014 in Kraft gesetzt hat<sup>2</sup>.

Inzwischen liegt das erste Semester unter dem neuen Vergütungsregime hinter uns und die meisten börsenkotierten Aktiengesellschaften haben ihre Generalversammlungen durchgeführt. Zeit, um zurückzublicken und *erste Erfahrungen* auszuwerten: Der vorliegende Beitrag zeigt gestützt auf eine Auswertung<sup>3</sup> der nach Börsenkapitalisierung grössten Publikumsgesellschaften mit Stand per 1. Juli 2014 auf, wie die betreffenden Gesellschaften in denjenigen Bereichen, in denen sie bei der Umsetzung über einen Ermessensspielraum verfügen, bisher damit umgegangen sind. Ein besonderes Augenmerk wird dabei auf die Frage gerichtet, inwieweit das neue Recht *Auswirkungen auf die Rolle und Verantwortlichkeit der Verwaltungsräte* von Schweizer Publikumsgesellschaften hat und haben wird.

## II. Erweiterung des Kompetenzbereichs der Generalversammlung

### A. Überblick über die neuen Anforderungen und deren bisherige Umsetzung

Zum Kern des neuen Vergütungsregimes gehören diejenigen Bestimmungen, welche die Kompetenzen der Generalversammlung im Bereich der Vergütungen an Organmitglieder erweitern. Der Einbezug der Generalversammlung in den Entscheidungsprozess über die Vergütungen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung war ein zentrales Anliegen der Minder-Initiative<sup>4</sup>. Im Einzelnen gilt nun Folgendes:

#### 1. Beschlussfassung über die Vergütungen der Organmitglieder

Spätestens ab der ordentlichen Generalversammlung 2015<sup>5</sup> müssen die Aktionäre jährlich bindend je separat über die Gesamtvergütung des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung abstimmen<sup>6</sup>. Die VegüV überlässt es dabei den betroffenen Gesellschaften zu entscheiden, ob sie diese Abstimmung *retrospektiv* (also in Bezug auf die im vergangenen Geschäfts- oder Amtsjahr ausgerichteten Vergütungen), *prospektiv* (also in Bezug auf die im folgenden Geschäfts- oder Amtsjahr auszurichtenden Vergütungen) oder in einer *Mischform* vornehmen wollen<sup>7</sup>.

Ein *prospektives* Modell, das eine Genehmigung der Vergütung des folgenden Geschäfts- oder Amtsjahres vorsieht, erlaubt eine effiziente und nachvollziehbare Kontrolle der Vergütungen durch die Aktionäre, unter gleichzeitiger Wahrung der Bedürfnisse nach Rechtssicherheit bezüglich der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen mit den Mitgliedern der Geschäftsleitung<sup>8</sup>. Dieses Modell ist insbesondere für die fixen Vergütungsanteile geeignet. Soll auch in Bezug auf die variable Vergütung nach dem prospektiven Modell abgestimmt werden, wird die Generalversammlung regelmässig ein bestimmtes *Budget* für eine maximale Gesamtvergütung der bestehenden Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung genehmigen müssen<sup>9</sup>. Zugunsten derjenigen Geschäftsleitungsmitglieder, die erst nach der Abstimmung über die Vergütung ernannt werden, kann beim prospektiven Modell statutarisch ein sogenannter *«Zusatzbetrag»* festgelegt werden, der hinreichend *«bestimmt oder bestimmbar»* sein muss<sup>10</sup>.

<sup>2</sup> Vgl. dazu *Malacrida/Spillmann*, Corporate Governance im Interregnum, GesKR 4 2013 485 ff.; *Alexander Nikitine*, Der unabhängige Stimmrechtsvertreter in der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften («VegüV»): Überblick – herausgegriffene Fragen – Lösungsansätze, SZW 85 2013 351 ff.; *Florian Zihler*, Verordnung gegen übermässige Vergütungen, ST 88 2014 46 ff.; *Gerhard/Maizar/Spillmann* (Hrsg.), Vergütungsrecht der Schweizer Publikumsgesellschaften, GesKR-Kommentar VegüV, Zürich 2014 (nachfolgend «GesKR-Kommentar VegüV»); *Kevin Hubacher*, Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), Jusletter vom 20. Januar 2014; *Martin L. Müller*, Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV): Lösungsansätze für die arbeitsrechtliche Umsetzung, AJP 23 2014 477 ff.

<sup>3</sup> Auswertung der am Swiss Performance Index (SPI) erfassten 137 Publikumsgesellschaften mit der grössten Börsenkapitalisierung, bei welchen das Geschäftsjahr am 1. Januar 2014 begonnen hat und die somit ihre Generalversammlung bis am 30. Juni 2014 durchgeführt haben.

<sup>4</sup> Art. 95 Abs. 3 Bst. a BV.

<sup>5</sup> Art. 31 Abs. 2 VegüV. Vgl. *Christoph B. Bühler*, Vergütungsrecht «ad interim»: Übergangsfristen und Sofortmassnahmen, Übergangsrechtliche Überlegungen zur Umsetzung der Verfassungsgrundsätze «gegen die Abzockerei», ST 87 2013 332 ff.; *ders.*, GesKR-Kommentar VegüV, Vorbem. zu Artikel 26–33 N. 19.

<sup>6</sup> Art. 18 Abs. 1 VegüV. Vgl. *Daeniker/Gerhard*, GesKR-Kommentar VegüV, Art. 18 N 1 ff.

<sup>7</sup> Vgl. *Daeniker/Gerhard* (Fn. 6) Art. 18 N 29 ff.

<sup>8</sup> Vgl. *Malacrida/Spillmann* (Fn. 2) 488; *Daeniker/Gerhard* (Fn. 6) Art. 18 N 30 und 38 ff.

<sup>9</sup> Vgl. *Gerhard/Daeniker* (Fn. 6) Art. 18 N 29 ff. und 38 ff. und Art. 19 N 1; *Schmid/Maizar*, Long-term incentive plans in Swiss public companies, GesKR 1 2014 22 ff., 33 f.

<sup>10</sup> Art. 19 VegüV; Praxismitteilung EHRA 3/13 Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften – Prüfungspflicht des Handelsregisteramts vom 20. November 2013, Ziff. 2.3.3 i.V.m. Ziff. 2.3.2; vgl. Entwurf zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), Zusatzbericht vom 8. Oktober 2013 (nachfolgend «Zusatzbericht VegüV»), 11, Ziff. 2.8.

Der *retrospektive* Genehmigungsmechanismus hat aus Sicht der Aktionäre den Vorteil, dass die Vergütung in Kenntnis der Unternehmensergebnisse des vorangehenden Geschäftsjahres genehmigt oder abgelehnt werden kann. Diese verbesserte Kontrolle der Aktionäre geht jedoch zu Lasten der Rechtssicherheit der betroffenen Organmitglieder, welche beim retrospektiven Modell in Kauf nehmen müssen, Arbeitsleistungen zu erbringen, die dann – je nach Ausgang des in der Zukunft liegenden Generalversammlungsbeschlusses – nicht im Sinne ihrer Erwartungen entschädigt werden<sup>11</sup>.

Eine zweckmässige *Mischform* zwischen retrospektivem und prospektivem Modell kann z.B. darin bestehen, dass die Generalversammlung einen Maximalbetrag festsetzt, bis zu dem der Verwaltungsrat der Geschäftsleitung eine leistungs- und erfolgsabhängige Vergütung für das *laufende Geschäftsjahr* gewähren kann. Der Bezug auf das laufende Geschäftsjahr ermöglicht es dem Verwaltungsrat, den Aktionären aufzuzeigen, welche Ziele die Gesellschaft hat und diese auch aufgrund der Quartalsergebnisse der ersten drei Monate zu plausibilisieren. Für die Aktionäre erscheint der Zeitraum von 9 Monaten, für den sie einen Maximalbetrag genehmigen, überschaubar, so dass sie keinen langfristigen «Blankocheck» ausstellen, sondern einen Betrag festlegen, der in Anbetracht der Performance des ersten Quartals und der Ziele des Verwaltungsrates angemessen erscheint<sup>12</sup>.

Von den gemäss vorerwähnter Auswertung im SPI erfassten Publikumsgesellschaften haben 72,9% ein *rein prospektives Abstimmungsmodell* gewählt. 27,1% haben sich für ein *Mischmodell* entschieden, in dem prospektiv über die fixen Vergütungsanteile und retrospektiv über die variablen Vergütungsanteile der Organmitglieder entschieden wird. Keine Gesellschaft hat demgegenüber ein rein retrospektives Abstimmungsmodell gewählt.

Trotz Übergangsfrist bis zur ordentlichen Generalversammlung 2015<sup>13</sup> haben immerhin 21,9% der untersuchten SPI-Gesellschaften bereits an der Generalversammlung

2014 bindend über die Vergütungen ihrer Organmitglieder abstimmen lassen.

## 2. *Jährliche Einzelwahl der Mitglieder des Verwaltungsrates und des Vergütungsausschusses sowie des Präsidenten*

Eine Kompetenzerweiterung erfährt die Generalversammlung auch durch die Vorschrift, wonach sie im Sinne einer unübertragbaren Befugnis bereits ab der ordentlichen Generalversammlung 2014<sup>14</sup> *jährlich einzeln* die Mitglieder des Verwaltungsrates, des Vergütungsausschusses sowie den Präsidenten *wählen* muss<sup>15</sup>. Die Amtsdauer der betreffenden Mitglieder endet dabei jeweils mit dem Abschluss der nächsten Generalversammlung<sup>16</sup>.

## 3. *Erweiterung des notwendigen Statuteninhalts*

Indirekt gestärkt wird der Einfluss der Generalversammlung im Vergütungsbereich sodann durch die Vorschrift, wonach die von ihr zu genehmigenden *Statuten* zusätzlich gewisse *zwingend* und *bedingt notwendige* Bestimmungen enthalten müssen<sup>17</sup>.

Zwingend in den Statuten enthalten sein muss neu die *Anzahl der zulässigen Tätigkeiten* der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung in obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen von Rechtseinheiten, die verpflichtet sind, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen, und die nicht von der Gesellschaft kontrolliert werden<sup>18</sup>. Es geht dabei darum, dass die Aktionäre erkennen können, wie stark das oberste Kader ausserhalb des Konzerns potenziell belastet ist<sup>19</sup>. Die analysierten SPI-Gesellschaften haben zu diesem Punkt im Durchschnitt die folgende statutarische Regelung getroffen: Für die *Verwaltungsräte* wird die Anzahl zulässiger Tätigkeiten in Leitungsfunktionen ausserhalb des Konzerns auf 4,6 weitere börsennotierte Gesellschaften und 10,3 nicht kotierte Unternehmen beschränkt. Deutlich tiefer liegt die Begrenzung für Geschäftsleitungsmitglieder; diese dürfen im Durchschnitt maximal 2 Mandate in Publikumsgesell-

<sup>11</sup> *Malacrida/Spillmann* (Fn. 2) 489; vgl. auch *Gerhard/Daeniker* (Fn. 6) Art. 18 N 36, sowie zu den Rechtsfolgen einer Nicht-Genehmigung *Matthias Oertle*, Arbeitsrecht im Konflikt mit der Verordnung gegen übermässige Vergütungen, *GesKR 8 2014* 44 ff., 46.

<sup>12</sup> Vgl. *von der Crone/Huber* (Fn. 1) 303; kritisch demgegenüber *Malacrida/Spillmann* (Fn. 2) 489, die einwenden, dass sich bei dieser Abstimmungsmethode die Nachteile der jeweils rein prospektiven und retrospektiven Modelle vereinen würden.

<sup>13</sup> Art. 31 Abs. 2 VegüV.

<sup>14</sup> Art. 29 Abs. 1 VegüV.

<sup>15</sup> Art. 2 Ziff. 1–2, Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 VegüV. Vgl. dazu *Oliver Triebold*, *GesKR-Kommentar VegüV*, Art. 2, 3 und 7; *Malacrida/Spillmann* (Fn. 2) 499.

<sup>16</sup> Art. 3 Abs. 2, Art. 4 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 2 VegüV.

<sup>17</sup> Art. 12 VegüV; *Praxismitteilung EHRA 3/13*, Ziff. 2.3; vgl. *Rolf Watter*, *GesKR-Kommentar VegüV*, Art. 12 N 1 ff.

<sup>18</sup> Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1 VegüV.

<sup>19</sup> *Zusatzbericht VegüV*, 7, Ziff. 2.6.

schaften und 5 Mandate in Leitungsorganen nicht kotierter Unternehmen ausserhalb des Konzerns innehaben.

In den Statuten zu bestimmen ist sodann die *maximale Dauer der Verträge*, die den Vergütungen für die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung zugrunde liegen, und die maximale Kündigungsfrist von einem Jahr<sup>20</sup>.

Zwingend in die Statuten aufzunehmen sind auch die Grundsätze über die *Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses*<sup>21</sup>, deren Festlegung bisher in der Gestaltungsfreiheit des Verwaltungsrats lag<sup>22</sup>. Diesbezüglich sieht die Statistik bei den untersuchten SPI-Gesellschaften wie folgt aus: 49% der Gesellschaften hat dem Vergütungsausschuss nur *vorbereitende Funktionen* zugewiesen. Bei 26,5% der Gesellschaften *kann* der Verwaltungsrat dem Vergütungsausschuss auch *Entscheidungsbefugnisse* zuteilen, und bei 28,6% der Gesellschaften *hat* der Vergütungsausschuss gemäss Statuten auch bestimmte *abschliessende Entscheidungsbefugnisse*. Auf die Frage, wie weit diese Befugnisse nach neuem Recht gehen können, ist weiter unten zurückzukommen.

Auch die *Einzelheiten zur Abstimmung der Generalversammlung über die Vergütungen*, namentlich das gewählte Abstimmungsmodell (retrospektiv, prospektiv oder Mischsystem sowie die Referenzperiode), müssen neu zwingend in den Statuten festgehalten werden<sup>23</sup>.

Die VegüV enthält sodann einen Katalog von Punkten, die zwar nicht zwingend in die Statuten aufzunehmen sind, die jedoch – wenn sie geregelt werden – zu ihrer Verbindlichkeit nach innen und aussen in die Statuten aufgenommen werden müssen, den sogenannten *bedingt notwendigen Statuteninhalt*<sup>24</sup>. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang insbesondere die Regelung der Einzelheiten über das *weitere Vorgehen bei einer Ablehnung der Vergütungen* durch die Generalversammlung<sup>25</sup>. In diesem Fall wird es in der Regel praktikabel sein, wenn der Verwaltungsrat später eine ausserordentliche Generalversammlung einberuft und dieser neue Anträge stellt. Denkbar ist aber auch eine Regelung, die es dem Verwaltungsrat ermöglicht, an der laufenden ordentlichen Generalversamm-

lung neue Anträge zu stellen. Nicht zulässig ist demgegenüber eine statutarische Regelung, wonach bei einer Ablehnung der Vergütungen durch die Generalversammlung die letztmals genehmigte Vergütung automatisch weiter gilt<sup>26</sup>.

Für die erforderlichen Statutenanpassungen besteht gemäss Art. 27 VegüV an sich eine Übergangsfrist bis zur ordentlichen Generalversammlung 2015. Dennoch haben 72,3% der untersuchten SPI-Gesellschaften über die Anpassung ihrer Statuten an die Anforderungen der VegüV bereits an der Generalversammlung 2014 *proaktiv* abstimmen lassen.

## B. Auswirkungen auf die Rolle und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates

Welche Auswirkungen hat diese Erweiterung des Kompetenzbereichs der Generalversammlung nun auf die Rolle und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates? Die Festlegung der Grundsätze der Personalpolitik und der Vergütungen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung ist eine Führungsaufgabe und gehörte nach der aktienrechtlichen Kompetenzverteilung bisher an sich zwingend in den Zuständigkeitsbereich des Verwaltungsrates<sup>27</sup>. Die Übertragung von Führungskompetenzen an die Generalversammlung führt insoweit zu dysfunktionalen Auswirkungen, als die Aktionäre im Gegensatz zum Verwaltungsrat *keiner Treuepflicht* zum Unternehmen unterstehen; sie sind auch nicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen verpflichtet. Soweit sie Führungsaufgaben übernehmen, müssen sie also nicht das Unternehmensinteresse im Auge haben, sondern können ihre Partikulärinteressen verfolgen<sup>28</sup>.

Nicht abschliessend geklärt ist die Frage der *haftungsrechtlichen Konsequenzen* der Übertragung der Führungsaufgaben im Bereich der Vergütungen auf die Generalversammlung. Sie führt insoweit zu einem Systembruch, als die Beschlussfassung der Generalversammlung die aktien-

<sup>20</sup> Art. 12 Abs. 1 Ziff. 2 VegüV.

<sup>21</sup> Art. 12 Abs. 1 Ziff. 3 VegüV.

<sup>22</sup> Art. 716a Abs. 2 OR.

<sup>23</sup> Art. 12 Abs. 1 Ziff. 4 und Art. 18 Abs. 2 VegüV. Vgl. dazu Daeniker/Gerhard (Fn. 6) Art. 18 N 12.

<sup>24</sup> Art. 12 Abs. 1 VegüV. Vgl. dazu Vogt/Baschung (Fn. 1) 28 f.; Jvo Gundler, GesKR-Kommentar VegüV, Art. 12 N 20 ff.

<sup>25</sup> Art. 12 Abs. 2 Ziff. 6 VegüV.

<sup>26</sup> Zusatzbericht VegüV, 10; Malacrida/Spillmann (Fn. 4) 490; Daeniker/Gerhard (Fn. 6) Art. 18 N 16.

<sup>27</sup> Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR; vgl. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A. Zürich 2009, S 13 N 426; Bühler (Fn. 1) 6; a.M. Daniel Daeniker, Vergütungen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung schweizerischer Publikumsgesellschaften, SJZ 101 2005 381 ff., 384 f.

<sup>28</sup> Vgl. Amtliches Bulletin des Ständerates vom 9. und 11. Juni 2009; Böckli (Fn. 27) S 13 N. 447; ders., Die Schweizer Verwaltungsräte zwischen Hammer und Amboss, SJZ 106 2010 1 ff., 29; Bühler (Fn. 1) 6; Salim Rizvi, Die Kompetenzen der Generalversammlung im Spannungsverhältnis zu den Kompetenzen des Verwaltungsrates, Diss. Bern 2011, 13, 203.

rechtliche Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates letztlich nicht einschränken soll<sup>29</sup>. Das steht dem fundamentalen Grundprinzip des Aktienrechts, wonach *Kompetenz und Verantwortlichkeit stets korrelieren*, diametral entgegen. Es führt aus Sicht des Verwaltungsrates zur haftungsrechtlich heiklen Situation, dass dieser in einem Führungsbereich, der nun ausserhalb seiner Einflussmöglichkeit liegt, weiterhin die Verantwortung trägt<sup>30</sup>.

In der Praxis wird die Pflicht, die Entschädigung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung der Generalversammlung vorzulegen, vor allem *präventive Wirkung* haben. Der Verwaltungsrat wird sich künftig von vornherein überlegen müssen, welche Entschädigung für die Aktionäre akzeptabel ist, und sich dementsprechend nach deren Vorstellungen richten. In diesem Sinne wird sich wahrscheinlich auch ein *informeller Dialog* zwischen dem Unternehmen, grösseren Aktionären und den Stimmrechtsberatern<sup>31</sup> institutioneller Aktionäre entwickeln. Diesen Dialog empfehlen inzwischen im Sinne einer «best practice» auch die auf Verbandsebene erlassenen *Richtlinien für institutionelle Investoren*<sup>32</sup>. Unter verantwortungsrechtlichen Aspekten sind bei diesem Informationsaustausch im Vorfeld der Generalversammlungen jedoch die *Gleichbehandlung der Aktionäre* und das kapitalmarktrechtliche «*level playing field*» im Auge zu behalten<sup>33</sup>. Die Praxis dürfte insge-

samt zu einer gewissen branchenspezifischen Standardisierung der Modelle und Höhe der Entschädigungen bei Publikumsgesellschaften führen.

Zu einer *Einschränkung der Organisationsfreiheit* des Verwaltungsrates führen die Vorschriften, wonach die Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses in den Statuten zu verankern sind und dessen Mitglieder künftig direkt durch die Generalversammlung zu wählen sind. Diese Vorschriften zielen darauf ab, die *Unabhängigkeit* der Mitglieder des Vergütungsausschusses zu fördern<sup>34</sup>. Nach der hier vertretenen Auffassung lassen sie indessen die bisherige Kompetenzaufteilung zwischen Verwaltungsrat und Vergütungsausschuss ansonsten unberührt, d.h., die Entscheidung über die Vergütungspolitik liegt weiterhin in der unübertragbaren Oberleitungskompetenz des Verwaltungsrates; möglich ist künftig demgegenüber eine statutarische Delegation der Entscheidungskompetenz hinsichtlich der konkreten Einzelentschädigungen der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung an den Vergütungsausschuss, wobei die Gesamtbeträge für die betreffenden Vergütungen neu zwingend von der Generalversammlung zu genehmigen sind.

Die Konstituierung des Verwaltungsrates und die Ausschussbildung waren bisher Teil der unentziehbaren Organisationsverantwortung des Verwaltungsrates gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR. Die Direktwahl der Mitglieder des *Vergütungsausschusses* durch die Generalversammlung und statutarische Regelung von dessen Aufgaben und Zuständigkeiten wird nicht etwa zu einer geringeren Verantwortlichkeit der Mitglieder dieses Ausschusses führen. Das Gegenteil dürfte zutreffen: Obgleich die Rechtsstellung der Mitglieder des Vergütungsausschusses an sich derjenigen der übrigen Mitglieder des Verwaltungsrates entspricht, dürften die strikteren Anforderungen an die Zusammensetzung und Zuständigkeiten dieses Ausschusses doch bessere Ansatzpunkte für haftungsrelevante Vorwürfe gegenüber den Mitgliedern des Vergütungsausschusses bilden. Denn es liegt auf der Hand: je konkreter ein Pflichtenheft formuliert ist, desto stärker ist das «*business judgment*» des betreffenden Organmitglieds eingeschränkt und desto einfacher wird es dem potenziellen Kläger gemacht, dem Verantwortlichen eine Verletzung seiner Pflichten

<sup>29</sup> So noch ausdrücklich Art. 731j Abs. 2 und Art. 731k Abs. 4 E-OR des Gegenentwurfs des Parlaments, Obligationenrecht (Vergütungen bei börsenkotierten Gesellschaften sowie weitere Änderungen im Aktienrecht) vom 15. März 2012; a.M. offenbar *Peter Isler*, Haftung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung für nicht Minder-konforme Vergütungen, in: *Sethe/Isler* (Hrsg.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII*, Zürich 2014, 7 ff., 35.

<sup>30</sup> *Böckli* (Fn. 27) § 13 N 283; *Christoph B. Bühler*, *Regulierung im Bereich der Corporate Governance*, Habil. Zürich 2009, N 674; *ders.* (Fn. 1) 6; *Michael Pfeiffer*, Mögliche Auswirkungen der kleinen und der grossen Aktienrechtsrevision auf die Stellung und Haftung des Verwaltungsrates, *AJP* 18 2009 12 ff., 18; *Rizvi* (Fn. 28) 283; a.M. *Dieter Dubs*, Der Genehmigungsvorbehalt als neuartige Kompetenz-Kompetenz der Aktionäre gemäss Art. 627 Ziffer 14 E-OR, *SZW* 80 2008 159 ff., 169; relativierend *Daniel M. Häusermann*, *Wider das Paritätsprinzip*, *SZW* 86 2014 255 ff., 271.

<sup>31</sup> Weiterführend dazu *Volonté/Zaby*, *Stimmrechtsberatung*, Eine kritische Betrachtung, *ST* 87 2013 499 ff. *Wohlmann/Gerber*, *Der Dialog der Aktiengesellschaft mit den Stimmrechtsberatern*, *SZW* 86 2014 284 ff.

<sup>32</sup> *Richtlinien für Institutionelle Investoren zur Ausübung ihrer Mitwirkungsrechte bei Aktiengesellschaften*, herausgegeben von ASIP et al. am 21. Januar 2013, vgl. Erläuterungen zu Grundsatz 2, Absatz 3, Satz 2.

<sup>33</sup> Vgl. dazu *Böckli/Bühler*, *Vorabinformation an Grossaktionäre: Grenzen und Möglichkeiten nach Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*,

*SZW* 77 2005 101 ff.; *Daeniker/Dettwiler*, *Selektive Information von Grossaktionären*, *Rolf Sethe et al.* (Hrsg.), *Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag*, Zürich 2011, 19 ff.

<sup>34</sup> Vgl. *von der Crone/Burg*, *Salärgovernance und Markt für Führungskräfte*, *Rolf Sethe et al.* (Hrsg.), *Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag*, Bern 2011, 331 ff., 340 f.

vorzuhalten<sup>35</sup>. Boten bisher unter solchen haftungsrechtlichen Gesichtspunkten vor allem die Mitglieder des Prüfungsausschusses klagewilligen Aktionären oder Gläubigern eine Angriffsfläche, so werden es nun und vor allem auch die Mitglieder des Vergütungsausschusses sein, die sich insoweit exponieren. Dieser mögliche Effekt ist auch im Hinblick auf die neu eingeführten Straftatbestände ernst zu nehmen. Darauf ist zurückzukommen.

Was schliesslich die *Begrenzung der Anzahl zulässiger Tätigkeiten ausserhalb des Konzerns* angeht, so bewirkt diese im Grunde aus rechtlicher Sicht nichts Neues. Unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten ist aber wichtig, dass sie den obersten Aufsichts- und Leitungsorganen auch *keinen «save haven»* verschafft. Denn die Einhaltung dieser statutarischen Obergrenze für zusätzliche Tätigkeiten bedeutet nicht, dass deren Ausübung *per se* zulässig ist. Es ist durchaus denkbar, dass die Übernahme von fünf Verwaltungsratsmandaten ausserhalb des Konzerns zwar statutenkonform ist, aber aufgrund des zusätzlichen Aufwands nicht mehr mit der allgemeinen Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrates gemäss Art. 717 OR in Einklang steht<sup>36</sup>. *Faktisch* dürfte die neue statutarische Begrenzung namentlich die Verwaltungsräte bei der Übernahme zu einem gewissen Masshalten bewegen und sich zumindest auf die durchaus noch nicht ausgestorbene Spezies der «Ämtlisammler» auswirken, welche derzeit noch Mandate in grosser Zahl ausüben.

### III. Förderung der Stimmrechtsausübung und -vertretung an der Generalversammlung

#### A. Überblick über die neuen Anforderungen und deren bisherige Umsetzung

Ein weiteres Bündel von Bestimmungen der VegüV zielt auf die Förderung der Stimmrechtsausübung und -vertretung durch die Aktionäre an der Generalversammlung ab.

#### 1. Beschränkung der institutionellen Stimmrechtsvertretung

Bereits per 1. Januar 2014 abgeschafft ist die Organ- und Depotstimmrechtsvertretung<sup>37</sup>. Die institutionelle Stimmrechtsvertretung ist nur noch über den *unabhängigen Stimmrechtsvertreter* möglich. Dieser muss *sinngemäss* die für Revisionsgesellschaften geltenden strengen *Unabhängigkeitsvorschriften* erfüllen. Im Wesentlichen darf dabei seine Unabhängigkeit von der Gesellschaft weder tatsächlich noch dem Anschein nach beeinträchtigt sein<sup>38</sup>.

Der Stimmrechtsvertreter ist verpflichtet, die ihm von den Aktionären übertragenen Stimmrechte weisungsgemäss auszuüben. Für den Fall, dass er keine Weisungen erhalten hat, darf er die Stimmen nicht mehr – wie bisher – im Sinne der Anträge des Verwaltungsrates ausüben<sup>39</sup>. Da weisungslose Vollmachten an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter zwingend als Enthaltung zählen und sich – soweit auf die Anzahl der vertretenen Stimmen abgestellt wird – wie Nein-Stimmen auswirken, ist ein besonderes Augenmerk auf die konkrete Ausgestaltung der *Vollmachten- und Weisungsformulare* zu richten. Darin kann den Aktionären die Möglichkeit eingeräumt werden, dem Stimmrechtsvertreter die generelle Weisung zu erteilen, die Stimmen im Sinne der Anträge des Verwaltungsrates auszuüben, sofern sie nicht bestimmte abweichende Einzelweisungen erteilen<sup>40</sup>.

#### 2. Möglichkeit der elektronischen Fernabstimmung

Die Gesellschaft muss sodann sicherstellen, dass die Aktionäre dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter spätestens ab der ordentlichen Generalversammlung 2015<sup>41</sup> auch elektronisch Vollmachten und Weisungen erteilen können (sog.

<sup>35</sup> In diesem Sinne bereits *Böckli* (Fn. 28) 28; vgl. zur Rezeption der US-amerikanischen «business judgment rule» durch die Schweizer Lehre und Praxis *Vogt/Bänziger*, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, *GesKR* 6, 2012 607 ff.; *Brugger/von der Crone*, Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden *SZW* 85 2013 178 ff.

<sup>36</sup> So ausdrücklich noch der Erläuternde Bericht zum Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA) vom 14. Juni 2013 (nachfolgend «Erläuternder Bericht VgdA»), 16, Ziff. 3.6.1.

<sup>37</sup> Art. 11 VegüV.

<sup>38</sup> Art. 8 Abs. 3 VegüV i.V.m. Art. 728 Abs. 2–6 OR.

<sup>39</sup> Art. 10 Abs. 2 VegüV.

<sup>40</sup> Vgl. dazu *Nikitine Alexander*, Der unabhängige Stimmrechtsvertreter in der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften («VegüV»): Überblick – herausgegriffene Fragen – Lösungsansätze, *SZW* 85 2013 351 ff.; *ders.*, Debatte über neue Spielregeln durch die Minder-Initiative, *NZZ* Nr. 38 vom 15. Februar 2014; *Zindel/Schwarzenbach*, Neue Spielregeln durch die Minder-Initiative, Fallstricke für unabhängige Stimmrechtsvertreter, *NZZ* Nr. 20 vom 25. Januar 2014, 35; *Hubacher* (Fn. 2) 3 ff.; *Dubs/Pöschel*, *GesKR-Commentar VegüV*, Art. 8 N. 1 ff.

<sup>41</sup> Art. 30 Abs. 2 VegüV.

«indirect voting»<sup>42</sup>. Darüber hinaus ist die Gesellschaft aber nicht verpflichtet, die elektronische Fernabstimmung auch während der Generalversammlung zu ermöglichen (sog. «direct voting»). Für das «indirect voting» haben sich bereits verschiedene Anbieter etabliert (wie z.B. Nimbus oder Shernpany); diese stellen den betroffenen Gesellschaften die erforderlichen elektronischen Plattformen zur Verfügung.

### 3. Stimmzwang und Offenlegungspflicht für Vorsorgeeinrichtungen

Eine Stärkung des Aktionärsinflusses an der Generalversammlung verspricht man sich schliesslich auch von der neuen Pflicht der dem Freizügigkeitsgesetz unterstellten Vorsorgeeinrichtungen<sup>43</sup>, ihre Stimmrechte aus börsenkotierten Aktien hinsichtlich bestimmter Vergütungsfragen grundsätzlich im Interesse der Versicherten auszuüben<sup>44</sup> und gegenüber ihren Versicherten offenzulegen, wie sie abgestimmt haben<sup>45</sup>. Der Stimmzwang betrifft dabei nur die direkt gehaltenen Aktien; indirekte Anlagen, wie z.B. das Halten von Anteilen an einer Anlagestiftung, begründen keine Stimmpflicht<sup>46</sup>.

Gemäss Art. 22 Abs. 1 VegüV wird die Stimmpflicht auf bestimmte Traktanden und angekündigte Anträge eingeschränkt, nämlich auf die Wahlen, den notwendigen Statuteninhalt gemäss Art. 12 VegüV, Abstimmungen über die Vergütungen an die Organmitglieder gemäss Art. 18 VegüV sowie unzulässige Vergütungen im Konzern gemäss Art. 21 Ziff. 3 VegüV. Keine Stimmpflicht besteht damit in

Bezug auf die Abnahme der Jahresrechnung, für Dividendenbeschlüsse und Beschlüsse zu Kapitalveränderungen<sup>47</sup>.

Die Grundsätze, die das Interesse der Versicherten bei der Ausübung des Stimmrechts konkretisieren, können dabei in *Stimmrechtsrichtlinien* festgelegt werden<sup>48</sup>. Den Entscheid über die konkrete Ausübung des Stimm- und Wahlrechts kann der Stiftungsrat intern an eine *Anlagekommission* oder an die Geschäftsleitung delegieren. Diese hat sich am objektiven Interesse der Versicherten zu orientieren. Dabei ist namentlich den Grundsätzen der Vermögensverwaltung gemäss Art. 71 BVG (Sicherheit, Risikoverteilung, genügender Ertrag und Liquidität) Rechnung zu tragen. Die VegüV verlangt also nicht etwa, dass die Vorsorgeeinrichtung die konkreten Ansichten ihrer Destinatäre berücksichtigt oder dass diese sich zur Ausübung der Stimmrechte gar äussern können. Die Rücksichtnahme auf die persönlichen Ansichten der Versicherten wäre mit dem sozialpolitischen Zweck auch gar nicht zu vereinbaren. Das Vorsorgevermögen ist der Verfügungsfreiheit der Versicherten ja im Rahmen der obligatorischen beruflichen Vorsorge gerade entzogen<sup>49</sup>.

### B. Auswirkungen auf die Rolle und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates

Die neuen Bestimmungen zur Förderung der Stimmrechtsausübung der Aktionäre, insbesondere die Abschaffung der Organvertretung und des Grundsatzes, wonach weisungslose Stimmen im Sinne der Anträge des Verwaltungsrates auszuüben sind, dürften die Antragsposition bzw. die Möglichkeit des Verwaltungsrates, die Beschlussfassung in der Generalversammlung zu beeinflussen, künftig eher schwächen und den Ausgang der Abstimmung für ihn weniger kalkulierbar machen. Es ist auch davon auszugehen, dass der Einfluss von Stimmrechtsberatern und Aktionärsvertretungen, wie *Ethos*, *zRating* oder *Actares* und – bei Gesellschaften, an denen auch bedeutende ausländische Investoren beteiligt sind – von Proxy Advisorn wie *Institutional Shareholder Services ISS* oder *Glass, Lewis & Co*, zu-

<sup>42</sup> Art. 9 Abs. 1 Ziff. 3 VegüV. Vgl. dazu *Dubs/Pöschel* (Fn. 42) Art. 9 N 30 ff.; *Hans Caspar von der Crone*, Die Internet-Generalversammlung, in: von der Crone/Weber/Zäch/Zobl (Hrsg.), *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht*, Festschrift Peter Forstmoser, Zürich 2003, 155 ff.; *Ines Pöschel*, Generalversammlung und Internet: Versuch einer Enttäuschung, Rolf Watter (Hrsg.), *Die «grosse» Aktienrechtsrevision*, Standortbestimmung per Ende 2010, Zürich 2010, 223 ff.

<sup>43</sup> Ausgenommen sind somit insbesondere Wohlfahrtsfonds und patronale Stiftungen, Anlagestiftungen oder andere Formen der kollektiven Kapitalanlage in der beruflichen Vorsorge, ebenso der AHV-Ausgleichsfonds; vgl. Fachmitteilung Nr. 98 «ASIP-Empfehlungen zur Umsetzung der Verordnung gegen übermässige Vergütungen (VegüV)» vom 22. Mai 2014.

<sup>44</sup> Art. 22 VegüV.

<sup>45</sup> Davon betroffen sind in der Schweiz rund 2000 Pensionskassen, deren Portfolios durchschnittlich immerhin 37% Aktien enthalten, und die 6 bis 7% der SMI-Aktien besitzen. Vgl. *Volonté/Zaby* (Fn. 31) 500; *Kaspar Hohler*, Umsetzung der Minder-Initiative, Viele Wege führen zum Ziel, Schweizer Personalvorsorge 2014 5 ff.

<sup>46</sup> Vgl. Erläuternder Bericht VgdA, 28; *Till Spillmann*, GesKR-Kommentar VegüV, Art. 22 N 5.

<sup>47</sup> Vgl. *Wohlmann/Bossy*, Zum vorgeschlagenen Stimmzwang der Pensionskassen in der Generalversammlung börsenkotierter Unternehmen, Jusletter vom 1. Oktober 2012; *Hubacher* (Fn. 2) 7 f.

<sup>48</sup> So die Empfehlung gemäss den Richtlinien für Institutionelle Investoren, 6.

<sup>49</sup> Vgl. *Malacrida/Spillmann* (Fn. 2) 506; *Vogt/Baschung* (Fn. 1) 25; *Spillmann* (Fn. 46) Art. 22 N 14.

nehmen wird<sup>50</sup>. Aus Sicht des Verwaltungsrates wird es daher wichtig sein, die Anliegen dieser Institutionen in seine Willensbildung zur Antragstellung an die Generalversammlung möglichst frühzeitig einzubeziehen und der Pflege der «Investor Relations» vor allem im Verhältnis zu den grösseren Aktionären besondere Bedeutung beizumessen.

#### IV. Einschränkung der Vertragsfreiheit hinsichtlich Art der Vergütungen und Vertragsdauer sowie der weiteren Tätigkeiten der Organmitglieder

##### A. Überblick über die neuen Anforderungen und deren bisherige Umsetzung

Verschiedene weitere Vergütungsbestimmungen bewirken insgesamt eine Einschränkung der Vertragsfreiheit der Gesellschaft hinsichtlich der *Art der Vergütungen* an Organmitglieder, der *Vertragsdauer* und, wie bereits erwähnt, der *weiteren Tätigkeiten der Organmitglieder*.

##### 1. Verbot von Abgangsentschädigungen, Vorauszahlungen und anderen Sondervergütungen

Seit dem 1. Januar 2014 sind bestimmte Vergütungsformen generell verboten oder nur noch zulässig, wenn sie in den Statuten vorgesehen sind<sup>51</sup>: Absolut verboten sind *Abgangsentschädigungen* (sog. «golden parachutes»), mit welchen weder eine Leistung des Empfängers abgegolten noch ein durch diesen erlittener Nachteil kompensiert wird<sup>52</sup>. Unzulässig sind auch *Provisionen* für die Übernahme oder Übertragung von Unternehmen, die durch die Gesellschaft direkt oder indirekt kontrolliert werden<sup>53</sup> sowie *Vergütungen im Voraus* (sog. «golden hellos»), es sei denn, es handelt sich um sogenannte Antrittsprämien, welche die Arbeitnehmer für die durch die Kündigung der

alten Stelle verlorenen Vorteile entschädigt (z.B. weggefallene Boni)<sup>54</sup>.

Nur noch mit einer entsprechenden Grundlage *in den Statuten* zulässig sind *Darlehen, Kredite, Vorsorgeleistungen* ausserhalb der beruflichen Vorsorge und leistungsabhängige Vergütungen (Boni) sowie die Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten<sup>55</sup>. Ebenfalls statutarisch abgestützt sein müssen Vergütungen von Gruppengesellschaften, welche ein Kadermitglied aufgrund einer Doppelfunktion im Konzern erhält<sup>56</sup>.

##### 2. Maximale Dauer und Kündigungsfrist für Verträge mit Organmitgliedern

Die Verträge, welche den Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung zugrunde liegen, dürfen neu eine Vertragsdauer von maximal einem Jahr haben. Bei unbefristeten Verträgen ist entsprechend eine Kündigungsfrist von maximal einem Jahr zulässig<sup>57</sup>. Die Regelung bezweckt die Vermeidung des Verbots von Abgangsentschädigungen durch die Vereinbarung langer Kündigungsfristen<sup>58</sup>.

##### 3. Statutarische Begrenzung der Anzahl zulässiger Tätigkeiten der Organmitglieder

Bereits dargelegt worden ist schliesslich die Regelung, wonach das oberste Kader in Zukunft nicht mehr beliebig viele Mandate in Leitungsorganen ausserhalb des Konzerns übernehmen kann<sup>59</sup>.

##### B. Auswirkungen auf die Rolle und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates

Die dargelegten Bestimmungen dürften künftig die Vertragsfreiheit der Gesellschaft bei der Rekrutierung neuer Kadermitarbeiter einschränken. Abgangsentschädigungen im Falle einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses sind im Grundsatz sicher zu vermeiden. Sie widersprechen bereits bisher der im Swiss Code definierten «Best Practice for

<sup>50</sup> Nach einer Untersuchung von *Volonté/Zaby* (Fn. 31) 502 betrug der kumulierte Eigenkapitalanteil der ausländischen, zum Grossteil angelsächsischen Investoren an SPI-Gesellschaften (ohne SMI) per Ende März 2013 48,5% und an SMI-Gesellschaften 27,1% und lag damit in den meisten Fällen über demjenigen der Schweizer Investoren (SPI: 40,4%, SMI: 18,8%); es ist davon auszugehen, dass diese Investoren tendenziell auf die etablierten US-amerikanischen Stimmrechtsberater zurückgreifen.

<sup>51</sup> Art. 20 Ziff. 1–3 VegüV; vgl. *Rudolf Tschäni*, GesKR-Kommentar VegüV, Art. 20 N 1 ff.

<sup>52</sup> Vgl. Zusatzbericht VegüV, 11, Ziff. 2.9; *Vogt/Baschung* (Fn. 2) 27; *Bühler* (Fn. 1) 11; *Tschäni* (Fn. 51) Art. 20 N 10 ff.

<sup>53</sup> Art. 20 Ziff. 3 VegüV; vgl. dazu *Tschäni* (Fn. 51) Art. 20 N. 17 ff.

<sup>54</sup> Vgl. *Tschäni* (Fn. 51) Art. 20 N 15; a.M. *Kuster/Minder*, Gutachten vom 29. Juli 2013: Art. 95 Abs. 3 BV (Eidg. Volksinitiative «gegen die Abzockerei») im Vergleich mit dem Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei vom 14. Juni 2013.

<sup>55</sup> Art. 20 Ziff. 4 und 5 VegüV.

<sup>56</sup> Art. 12 Abs. 2 Ziff. 8 und Art. 21 Ziff. 2 VegüV.

<sup>57</sup> Art. 12 Abs. 1 Ziff. 2 VegüV.

<sup>58</sup> Erläuternder Bericht VgdA, 16, Ziff. 3.6.1.

<sup>59</sup> Vgl. oben Abschnitt II. A. 3.

Corporate Governance»<sup>60</sup>. Es kann jedoch Ausnahmefälle geben, in denen Abgangsentschädigungen und andere Sondervergütungen im Interesse des Unternehmens liegen würden und das Entgelt für eine der Gesellschaft erbrachte aussergewöhnliche, sonst nicht abgeholte Leistung darstellen. Zu denken ist z.B. 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 Sonderentschädigung eine hervorragende Führungskraft zu gewinnen. Solche Abreden sollen nun aber nicht mehr möglich sein, was insoweit natürlich die Handlungsfreiheit des Verwaltungsrates einschränken wird<sup>61</sup>. Noch nicht absehbar ist demgegenüber, ob sich diese neuen Regeln auch auf den Schweizer Markt für Manager nachteilig auswirken werden, solange andere Staaten nicht vergleichbare Restriktionen aufstellen.

Die neuen Einschränkungen in Bezug auf den Abschluss von Verträgen mit Leitungsorganen sind insbesondere auch unter dem Aspekt der verschärften *aktien- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit* ernst zu nehmen. Der Verwaltungsrat hat gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR die *Oberverantwortung für die Compliance*, und damit namentlich auch dafür, dass die neuen Vergütungsbestimmungen im Unternehmen eingehalten werden und innert der Übergangsfristen<sup>62</sup> alle Verträge an die neuen Anforderungen angepasst werden.

## V. Erhöhung der Transparenz im Bereich der Vergütungen

### A. Überblick über die neuen Anforderungen und deren bisherige Umsetzung

Obwohl mit dem sogenannten *Transparenzgesetz*<sup>63</sup> bereits im Jahre 2005 relativ detaillierte Vorschriften zur Offenlegung der Entschädigungen an die Leitungsorgane von Publikumsgesellschaften ins Aktienrecht aufgenommen

worden sind, führt die VegüV auch in diesem Punkt weitere Vorschriften zur Erhöhung der Transparenz ein.

#### 1. Erstellung eines separaten Vergütungsberichts

Neu hat der Verwaltungsrat – erstmals für das Geschäftsjahr 2014<sup>64</sup> – jährlich einen *separaten schriftlichen Vergütungsbericht* zu erstellen, in welchem sämtliche Vergütungen an den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung im vergangenen Geschäftsjahr aufzuführen sind<sup>65</sup>. Früher genügte die Auflistung im Anhang zur Jahresrechnung<sup>66</sup>. Der Vergütungsbericht ist von der Revisionsstelle zu prüfen und dient der Generalversammlung als Grundlage für die Abstimmung über die Vergütungen. Abgesehen von einzelnen Anpassungen entsprechen die offenzulegenden Vergütungen aber weitgehend dem bisherigen Recht.

#### 2. Konsultativabstimmung über den Vergütungsbericht

Die VegüV schreibt keine Abstimmung der Generalversammlung über den Vergütungsbericht vor. Dennoch haben in der GV-Saison 2014 nahezu die Hälfte der untersuchten Publikumsgesellschaften eine Konsultativabstimmung über diesen Bericht durchgeführt. Insbesondere bei den am SMI kotierten Gesellschaften zeichnet sich ein klarer Trend zur freiwilligen Durchführung einer Konsultativabstimmung über den Vergütungsbericht ab. Viele Schweizer Publikumsgesellschaften verfügen heute, wie erwähnt<sup>67</sup>, über einen hohen Anteil von institutionellen, insbesondere angelsächsischen Anlegern, die sich auf angelsächsische «Proxy Advisors» verlassen. Diese fordern ihrer Rechtskultur entsprechend eine Konsultativabstimmung über den Vergütungsbericht, der darstellt, wie der Verwaltungsrat sein Ermessen im Rahmen des von der Generalversammlung festgesetzten Maximalbetrages ausgeübt hat. Die Abstimmung über diesen Vergütungsbericht soll den Aktionären die Möglichkeit geben, ihre Meinung über die Entscheidungen des Verwaltungsrates auszudrücken. Dieser kann dem Abstimmungsergebnis wiederum Hinweise für sein Vorgehen im folgenden Jahr entnehmen, ohne dass er eine Rückforderung von bereits bezahlten Beträgen riskieren muss.

<sup>60</sup> Vgl. Erläuterungen zu Ziff. 6 Anhang 1 Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, in der Fassung von 2007.

<sup>61</sup> Bühler (Fn. 1) 11.

<sup>62</sup> Dazu eingehend Bühler (Fn. 5) 332 ff.; ders. (Fn. 5) Vorbem. zu Art. 26–33 N 1 ff.; spezifisch zum Übergangsrecht hinsichtlich der Anpassung altrechtlicher Arbeitsverträge Matthias Oertle, GesKR-Kommentar VegüV, Art. 28 N 1 ff.

<sup>63</sup> Bundesgesetz vom 7. Oktober 2005 zur Änderung des Obligationenrechts (Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung), BBl 2005 5963 ff.

<sup>64</sup> Art. 31 Abs. 1 VegüV.

<sup>65</sup> Art. 13 VegüV; vgl. dazu eingehend Karim Maizar, GesKR-Kommentar VegüV, Art. 13 N 1 ff.

<sup>66</sup> Art. 663b<sup>bis</sup> OR.

<sup>67</sup> Vgl. oben III. B.

## B. Auswirkungen auf die Rolle und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates

Die neuen Anforderungen im Bereich der Transparenz werden auf den Verwaltungsrat keine erheblichen Auswirkungen haben, zumal die bereits bisher geltenden Transparenzanforderungen im Vergütungsbereich im Grunde nicht verändert werden und die Konsultativabstimmung über den Vergütungsbericht bereits bisher einer gelebten Praxis entsprach.

## VI. Strafbarkeit bei Widerhandlung gegen die Bestimmungen der VegüV

### A. Überblick über die neuen Anforderungen

Eine einschneidende Neuerung bringen jedoch die Strafbestimmungen der VegüV. Einige der neuen Verbote und Pflichten stehen unter ziemlich drakonischer Strafandrohung. Direkt vorsätzliches Handeln *«wider besseres Wissen»* wird je nach strafbarer Handlung mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen bestraft, wobei hinsichtlich der Jahresvergütung auf den Zeitpunkt der Tatbegehung abgestellt wird<sup>68</sup>.

Im Bereich der Vergütungen sind sowohl die *Ausrichtung* als auch der *Bezug von absolut verbotenen Vergütungen* (Abgangsentschädigungen, Provisionen für Umstrukturierungen und Vergütungen im Voraus) an Verwaltungsräte, Geschäftsleitungs- und Beiratsmitglieder unter Strafe gestellt. Neben diesen formell bestellten Organmitgliedern und Beiräten können auch sogenannte *«faktische Organe»*, welche an sich den tatsächlichen Organen vorbehalten Entscheidungen treffen und die Willensbildung der Gesellschaft massgeblich mitbestimmen<sup>69</sup>, die Täterqualifikation für das *Sonderdelikt* erfüllen<sup>70</sup>. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Vergütung von der Gesellschaft selber oder von einer solchen desselben Konzerns ausgerichtet wird. Strafbar sind diejenigen Organmitglieder, welche die Vergütung beziehen oder ausrichten bzw. die Zustimmung zu deren Ausrichtung geben. Die Strafe umfasst in diesem Fall die erwähnte Kombination von Freiheits- und Geldstrafe<sup>71</sup>.

Im Bereich der *Mitwirkungsrechte der Aktionäre* ist der Kreis der möglichen Täter auf *Verwaltungsratsmitglieder* und *«faktische Organe»* beschränkt<sup>72</sup>. Ein Verwaltungsrat macht sich strafbar, wenn er die Geschäftsleitung an juristische Personen überträgt oder eine Depot- oder Organstimmrechtsvertretung einsetzt; entsprechend steht die Verhinderung der Erteilung von Vollmachten und Weisungen durch Aktionäre an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter ebenfalls unter Strafe. Des Weiteren macht sich der Verwaltungsrat strafbar, wenn er die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates und des Vergütungsausschusses sowie des Präsidenten und des unabhängigen Stimmrechtsvertreter oder die Abstimmung über die Vergütungen durch die Generalversammlung verhindert. Schliesslich darf ein Verwaltungsrat auch nicht die Aufnahme der Statutenbestimmungen über die Anzahl zulässiger Mandate ausserhalb des Konzerns und über die Dauer der Verträge und Kündigungsfristen verhindern. Voraussetzung für die Strafbarkeit ist immerhin, dass die genannten Ereignisse aufgrund der Verhinderung dann auch *tatsächlich* nicht stattfinden. Und noch ein Trost: Die Strafe umfasst hier nur Freiheits- oder Geldstrafe<sup>73</sup>.

Straflos bleibt nach Art. 24 VegüV demgegenüber erstaunlicherweise die Auszahlung von Vergütungen, welche über den genehmigten Gesamtbetrag hinausgehen. Es dürfte sich hier wohl um ein Versehen des Verordnungsgebers handeln.

### B. Auswirkungen auf die Rolle und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates

Die neuen Strafbestimmungen führen zu einer weiteren *Verstrafrechtlichung des Wirtschaftslebens* im Allgemeinen und zu einer *Kriminalisierung der Verwaltungsratsstätigkeit* im Besonderen. Diese Entwicklung dürfte vor allem politisch motiviert sein; sie ist aus rechtlicher Sicht an sich unnötig, zumal das geltende Strafrecht mit den Tatbeständen der *Veruntreuung*, der *ungetreuen Geschäftsbesorgung* und den *unwahren Angaben über kaufmännische Gewerbe* die wirklich kriminellen Verhaltensweisen in diesem Bereich an sich bereits erfasst<sup>74</sup>. Dennoch müssen sich die obersten Aufsichts- und Leitungsorgane von Publikumsgesellschaften bewusst sein, dass diese Straftatbestände fortan im Vergütungsbereich hinter den

<sup>68</sup> Vgl. dazu eingehend Wolfgang Wohlers, GesKR-Kommentar VegüV, Art. 24 N 1 ff.; vgl. auch Bühler (Fn. 5) 336; Vogt/Baschung (Fn. 1) 29 ff.; Daniel Häusermann, Strafrechtliche Konsequenzen der «Abzocker»-Initiative, Jusletter vom 11. Februar 2013.

<sup>69</sup> Vgl. BGE 124 III 418, 420 f.; BGE 128 III 92, 93 f. und BGE 132 III 523 ff.

<sup>70</sup> Wohlers (Fn. 68) Art. 24 N 6.

<sup>71</sup> Art. 24 Abs. 1 VegüV.

<sup>72</sup> Wohlers (Fn. 68) Art. 24 N 17.

<sup>73</sup> Art. 24 Abs. 2 VegüV.

<sup>74</sup> Vgl. Vogt/Baschung (Fn. 1) 31; Bühler (Fn. 5) 336 f.

als *lex specialis* anzusehenden Art. 24 Abs. 1 VegüV treten<sup>75</sup>.

## VII. Schluss

Die Standortbestimmung hat aufgezeigt, dass das neue Vergütungsregime für Publikumsgesellschaften eine ganze Reihe von Vorschriften enthält, die teilweise implizit – durch die *Erweiterung des Pflichtenkreises* – aber teilweise auch ganz direkt – durch die *Einführung neuer Straf-*

*stimmungen* – das Verantwortlichkeitsrisiko des Verwaltungsrates erhöhen.

Parallel zu dieser Verschärfung der Haftungssituation besteht zugleich eine Neigung der die Gesetzgebung beeinflussenden Politik, den Verwaltungsräten unter dem Dogma der «Aktionärsdemokratie» zunehmend *Kompetenzen zugunsten der Generalversammlung zu entziehen*. Die Verwaltungsräte von Publikumsgesellschaften müssen sich aufgrund dieser heiklen Tendenz zu einer *Kombination von Verantwortungsausbau einerseits und Kompetenzrückbau andererseits* anspruchsvollen neuen Herausforderungen stellen<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> Wohlers (Fn. 68) Art. 24 N 27.

<sup>76</sup> In diesem Sinne auch bereits Böckli (Fn. 28) 31.