

# VERGÜTUNGSRECHT «AD INTERIM»: ÜBERGANGSFRISTEN UND SOFORTMASSNAHMEN

## Übergangsrechtliche Überlegungen zur Umsetzung der Verfassungsgrundsätze «gegen die Abzockerei»

Nach der deutlichen Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» obliegt es nun dem Bundesrat, bis zum Inkrafttreten der gesetzlichen Bestimmungen übergangsweise die erforderlichen Ausführungsbestimmungen zu erlassen. Der vorliegende Beitrag zeigt auf, wie diese Verfassungsvorgabe in übergangsrechtlicher Hinsicht zweckmässig und praktikabel umgesetzt werden könnte.

### 1. EINLEITUNG

Am 3. März 2013 ist die heiss umstrittene Volksinitiative «gegen die Abzockerei» von rund 68% der Stimmenden und sämtlichen Kantonen klar angenommen worden. Seither ist in den Wandelhallen in Bern wieder etwas Ruhe eingekehrt und die emotionsgeladene Debatte über die Entschädigungen von Spitzenorganen in Publikumsgesellschaften scheint eine Pause eingelegt zu haben. Nun brütet das Bundesamt für Justiz über dem Initiativtext und ist unter Hochdruck damit befasst, zu den neuen Vergütungsvorgaben in der Verfassung übergangsweise die erforderlichen Ausführungsbestimmungen auszuarbeiten. Diese sollen dann in Kraft bleiben, bis das Parlament die gesetzlichen Bestimmungen erlassen hat. Zwei Fragen stehen in dieser Interimsphase im Vordergrund:

(i) Ab wann sollen die neuen Vergütungsregeln *anwendbar* sein?

(ii) Müssen bereits jetzt *Sofortmassnahmen* ergriffen werden?

Zur Beantwortung dieser Fragen sind die neuen Verfassungsbestimmungen spezifisch unter *übergangsrechtlichen* Aspekten eingehender zu analysieren.

### 2. DIE NEUEN VERFASSUNGSGRUNDSÄTZE

Die von Volk und Ständen angenommene neue Verfassungsbestimmung in Art. 95 Abs. 3 BV lautet wie folgt:



CHRISTOPH B. BÜHLER,  
PD DR. IUR., RECHTS-  
ANWALT, LL.M., PARTNER,  
PRIVATDOZENT FÜR  
HANDELS- UND  
WIRTSCHAFTSRECHT,  
UNIVERSITÄT ZÜRICH,  
BÖCKLI BODMER &  
PARTNER, BASEL

«Zum Schutz der Volkswirtschaft, des Privateigentums und der Aktionärinnen und Aktionäre sowie im Sinne einer nachhaltigen Unternehmensführung regelt das Gesetz die im In- oder Ausland kotierten Schweizer Aktiengesellschaften nach folgenden Grundsätzen:

a. Die Generalversammlung stimmt jährlich über die Gesamtsumme aller Vergütungen (Geld und Wert der Sachleistungen) des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates ab. Sie wählt jährlich die Verwaltungsratspräsidentin oder den Verwaltungsratspräsidenten und einzeln die Mitglieder des Verwaltungsrates und des Vergütungsausschusses sowie die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder den unabhängigen Stimmrechtsvertreter. Die Pensionskassen stimmen im Interesse ihrer Versicherten ab und legen offen, wie sie gestimmt haben. Die Aktionärinnen und Aktionäre können elektronisch fernabstimmen. Die Organ- und Depotstimmrechtsvertretung ist untersagt.

b. Die Organmitglieder erhalten keine Abgangs- oder andere Entschädigung, keine Vergütung im Voraus, keine Prämie für Firmenkäufe und -verkäufe und keinen zusätzlichen Berater- oder Arbeitsvertrag von einer anderen Gesellschaft der Gruppe. Die Führung der Gesellschaft kann nicht an eine juristische Person delegiert werden.

c. Die Statuten regeln die Höhe der Kredite, Darlehen und Renten an die Organmitglieder, deren Erfolgs- und Beteiligungspläne und deren Anzahl Mandate ausserhalb des Konzerns sowie die Dauer der Arbeitsverträge der Geschäftsleitungsmitglieder.

d. Widerhandlung gegen die Bestimmungen nach den Buchstaben a–c wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen bestraft.»

### 3. ÜBERGANGSRECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN

**3.1 Zwingende Vorgaben gemäss Art. 197 Ziff. 8 BV.** In übergangsrechtlicher Hinsicht liefert uns der in der Volksabstimmung angenommene Verfassungstext den folgenden Ausgangspunkt [1]:

«Bis zum Inkrafttreten der gesetzlichen Bestimmungen erlässt der Bundesrat innerhalb eines Jahres nach Annahme von Artikel 95 Absatz 3 durch Volk und Stände die erforderlichen Ausführungsbestimmungen.»

Demnach hat nun also der Bundesrat *innerhalb eines Jahres* nach der Annahme der Volksinitiative «Ausführungsbestimmungen» zu erlassen, die in Kraft bleiben, bis die Umsetzung auf Gesetzesstufe erfolgt ist [2]. Er wird dies voraussichtlich in der Form einer *gesetzesvertretenden Verordnung* [3] tun.

**3.2 Voraussichtliches Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen per 1. Januar 2014.** Die für das Dossier zuständige Departementsvorsteherin, Bundesrätin *Simonetta Sommaruga*, hat am 26. März 2013 verlauten lassen, es sei geplant, *bis Ende Mai* einen Verordnungsentwurf und einen Begleitbericht zu erarbeiten. Im Sommer sollen dann die interessierten Kreise angehört und einzelne Expertenmeinungen eingeholt werden. Nach deren Auswertung und einer Überarbeitung des Verordnungsentwurfs soll die Ausführungsverordnung *per 1. Januar 2014* in Kraft gesetzt werden [4].

**3.3 Leitlinien für die Festlegung der Übergangsfristen.** Mit dieser Ankündigung ist indessen noch nicht die Frage beantwortet, *wann* die Ausführungsbestimmungen zur Anwendung kommen werden, denn vom Zeitpunkt des Inkrafttretens rechtlicher Bestimmungen ist deren *Anwendbarkeit* zu unterscheiden [5]. Sowohl der Wortlaut der Minder-Initiative als auch die erwähnte Medienmitteilung des Bundesrats zu deren Umsetzung lassen die Frage offen, ob dieser für sämtliche oder einzelne Bestimmungen *Übergangsfristen* vorsehen wird. Die Beantwortung dieser Frage liegt weitgehend im Ermessen des Bundesrats und kann derzeit noch nicht abschliessend beantwortet werden.

Bei der Festlegung von Übergangsfristen könnte sich der Bundesrat vor allem von drei grundsätzlichen Überlegungen leiten lassen:

1. Nach den Vorgaben der Verfassung besteht an sich kein Spielraum für eine politische Bemessung von Übergangsfristen. Vielmehr dürfte es aufgrund der in Art. 197 Ziff. 8 der *Bundesverfassung (BV)* statuierten *Jahresfrist* für den Erlass der Ausführungsbestimmungen dem Volkswillen entsprechen, dass Übergangsfristen nur insoweit vorzusehen sind, als dies zur Erfüllung der Zielvorgaben auch zweckmässig und *erforderlich* ist. Bedarf es keiner Übergangsfrist, so sollten die betreffenden neuen Vergütungsregeln somit grundsätzlich auch bereits im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Ausführungsbestimmungen zur Anwendung gelangen.
2. Es wird aber auch zu berücksichtigen sein, dass die neuen Vergütungsregeln voraussetzen, dass die betroffenen Unternehmen zuerst teilweise tiefgreifende rechtliche Anpassungen in Bezug auf ihr unternehmensinternes Regelwerk und ihre Vertragsverhältnisse vornehmen und verschiedene weitere administrative und technische Vorkehrungen [6] treffen müssen, bevor sie das neue Vergütungsrecht zur Anwendung bringen können. Es ist ihnen somit eine angemessene Vorbereitungszeit zur Schaffung dieser Voraussetzungen einzuräumen [7].

3. Schliesslich ist im Auge zu behalten, dass Art. 699 Abs. 2 des *Obligationenrechts (OR)* zwar vorschreibt, dass die ordentliche Generalversammlung alljährlich *innerhalb von sechs Monaten nach Schluss des Geschäftsjahres* stattzufinden hat. Dies bedeutet jedoch nicht, dass eine erste Übergangsfrist damit bereits auf den 30. Juni 2014 festzulegen wäre, denn nicht alle Publikumsgesellschaften haben den Beginn des Geschäftsjahres auf den 1. Januar angesetzt [8]. Eine Einräumung einer ersten Übergangsfrist zur Schaffung der erforderlichen unternehmensinternen Grundlagen per Mitte 2014 wäre somit nur für einen Teil der betroffenen Unternehmen zielführend; sie müsste sich vielmehr auf das *gesamte Jahr 2014* erstrecken.

Im Lichte dieser Überlegungen dürfte ein Lösungsansatz mit *gestaffelten, auf die jeweiligen Ausführungsbestimmungen zugeschnittenen Übergangsfristen* zweckmässig sein. Nachfolgend wird im Einzelnen dargelegt, welche Fristen im Lichte der vorerwähnten verfassungsrechtlichen Vorgaben und allgemeinen Leitlinien für welche Bestimmungen praktikabel sein könnten.

#### 4. REGELUNGSBEZOGENE UND GESTAFFELTE ÜBERGANGSFRISTEN

**4.1 Ausführungsbestimmungen, die bereits im Zeitpunkt des Inkrafttretens per 1. Januar 2014 zur Anwendung kommen könnten.** Die Ausführungsbestimmungen zu den folgenden Verfassungsgrundsätzen könnten grundsätzlich bereits im Zeitpunkt des Inkrafttretens per 1. Januar 2014 – also *ohne Übergangsfrist* – zur Anwendung kommen:

**4.1.1 Anwendung des Verbots von Abgangsentschädigungen, Vergütungen im Voraus und anderen Sondervergütungen.** Gemäss Art. 95 Abs. 3 Bst. b BV sind Abgangsentschädigungen, Vergütungen im Voraus sowie «andere Entschädigungen» – gemeint sind weitere im Rahmen der Ausführungsbestimmungen näher zu präzisierende *Sondervergütungen* an Organmitglieder [9] – verboten. Der Bundesrat wird in übergangsrechtlicher Hinsicht in seiner Verordnung insbesondere klären müssen, ob dieses Verbot auch auf die *bestehenden* Mandatsverhältnisse und Arbeitsverträge mit Organmitgliedern anwendbar ist. Dafür spricht die Regel, wonach gesellschaftsrechtliche Bestimmungen an sich auf einen bestimmten Stichtag in Kraft treten. Dagegen könnte indessen das privatrechtliche *Rückwirkungsverbot* gemäss Art. 1 SchlT des *Zivilgesetzbuchs (ZGB)* sprechen [10]. Diese Bestimmung bezieht sich jedoch auf «Tatsachen», die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts eingetreten sind. Es ist somit fraglich, ob sich auch Dauerschuldverhältnisse wie Arbeitsverträge unter den massgeblichen Tatsachenbegriff subsumieren lassen. Dies würde letztlich bedeuten, dass eine Änderung des zwingenden Rechts durch vertragliche Vereinbarung unterlaufen werden könnte. Eine praxistaugliche Kompromisslösung könnte darin bestehen, dass für bestehende Verträge eine *längere Übergangsfrist* angesetzt wird. Denkbar wäre hier etwa eine Regelung, welche das «*Grandfathering*» für bestehende, dem verfassungsrechtlichen Verbot widersprechende Verträge mit Organmitgliedern *auf 5 Jahre beschränkt*.

In Bezug auf *neu abzuschliessende* Verträge mit Organmitgliedern könnte der Bundesrat dieses Verbot demgegenüber *ohne Übergangsfrist* bereits per 1. Januar 2014 in Kraft setzen. Der in der Verfassung verankerte Grundsatz des Verbots von Sondervergütungen dürfte sogar vor Erlass der Ausführungsbestimmungen faktisch eine gewisse *Vorwirkung* erzielen, indem die betroffenen Unternehmen aus Reputationsgründen bereits heute geneigt sein dürften, keine Verträge mit Organmitgliedern mehr abzuschliessen, welche diesem Grundsatz widersprechen.

**4.1.2 Verbot der Delegation des Managements an juristische Personen.** Eine weitere Verbotsregelung ist neu in Art. 95 Abs. 3 Bst. b BV enthalten. Demnach darf die Führung der Gesellschaft nicht mehr an eine juristische Person delegiert werden. In Bezug auf die Bedeutung dieser Vorschrift besteht noch eine gewisse Rechtsunsicherheit. Die Vorschrift will eine Umgehung der Vergütungsbestimmungen durch eine Auslagerung auf Geschäftsführungsgesellschaften verhindern [11]. Ein solches Vorgehen ist *ausserhalb des Konzernverhältnisses* bereits mit geltendem Aktienrecht nicht vereinbar [12].

*Innerhalb des Konzerns* wäre das Verbot indessen dysfunktional, weil dann reine Beteiligungsgesellschaften die Geschäftsführung im Grunde generell nicht mehr auf ihre Tochtergesellschaften übertragen könnten. Diesbezüglich muss somit – wie auch sonst in Bezug auf konzernrechtliche Sachverhalte im Aktienrecht – eine Sonderregelung gelten [13]. Konzernintern ist nur sicherzustellen, dass ein börsenkotiertes Unternehmen die neuen Vergütungsregeln nicht durch eine Delegation der Geschäftsführung an eine *nicht börsenkotierte* Tochtergesellschaft umgehen kann.

Wird das Delegationsverbot in diesem Sinne umgesetzt, so spricht an sich nichts dagegen, dass dieses bereits per 1. Januar 2014 zur Anwendung gelangt.

**4.2 Übergangsfrist bis Ende 2014 zur Schaffung der statutarischen Grundlagen für die Anwendung der neuen Vergütungsvorschriften.** In Bezug auf Ausführungsbestimmungen, welche bei den betroffenen Unternehmen zuerst eine *Anpassung der Statuten* und *weiteren unternehmensinternen Regeln* voraussetzen, könnten die Publikumsgesellschaften verpflichtet werden, an ihren ordentlichen Generalversammlungen im Jahre 2014 die notwendigen *Voraussetzungen* für die Anwendung des neuen Vergütungsrechts zu schaffen. Diese Regeln, auf deren Grundlage die Generalversammlung dann ihre erweiterten Mitwirkungsrechte ausüben kann, würden somit erstmals in den Generalversammlungen des Jahres 2015 zur *Anwendung* gelangen. Gleiches müsste dann wohl auch für die Schaffung der Möglichkeit der *elektronischen Fernabstimmung* sowie den *Abstimmungszwang* und die *Offenlegung des Stimmverhaltens von Pensionskassen* gelten.

In diesem Sinne könnte die *Übergangsfrist* für die Anwendung der Ausführungsbestimmungen zu den folgenden neuen Verfassungsgrundsätzen *bis Ende 2014* angesetzt werden:

**4.2.1 Anpassung der Statuten hinsichtlich der jährlichen Abstimmung der Generalversammlung über die Gesamtvergütung der Organmit-**

*glieder.* Kernpunkt der Revision ist die Abstimmung der Generalversammlung über die Gesamtsumme aller Vergütungen an Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Beirat [14]. Die Verfassungsnorm verlangt mithin eine *zwingende* Verlagerung der Zuständigkeit für den Beschluss über die Entschädigungen der Organmitglieder vom Verwaltungsrat auf die Generalversammlung; sie lässt indessen die Frage offen, ob bei dieser Abstimmung – wie noch im Gegenvorschlag des Parlaments vorgesehen [15] – zwischen einer prospektiv zu beschliessenden Grundvergütung und den retrospektiv zu beschliessenden Zusatzvergütungen unterschieden wird, oder ob eine einzige zukunftsgerichtete Abstimmung über das Budget für die Gesamtsumme aller Vergütungen der Organmitglieder durchzuführen ist.

In beiden Fällen sollten die betroffenen Unternehmen zuerst die Gelegenheit erhalten, an ihren ordentlichen Generalversammlungen des Jahres 2014 über die erforderlichen *Anpassungen ihrer Statuten* zu beschliessen, damit dann für die Abstimmung über die Vergütungen an der ordentlichen Generalversammlung 2015 auch eine entsprechende statutarische Grundlage besteht und zuvor ein darauf abgestimmtes Vergütungskonzept ausgearbeitet werden kann.

Im Falle einer Differenzierung zwischen prospektiver und retrospektiver Vergütungsabstimmung wäre *übergangsrechtlich* zu klären, ob anlässlich der Generalversammlung 2015 bereits erstmals auch über die Zusatzvergütung für das Geschäftsjahr 2014 oder nur prospektiv über die Grundvergütung des Jahres 2015 und dann erst im Geschäftsjahr 2016 retrospektiv über die Zusatzvergütung zu beschliessen ist. Diese Frage stellt sich indessen nicht, wenn eine einzige zukunftsgerichtete Budgetabstimmung über die Gesamtsumme aller Vergütungen der Organmitglieder durchgeführt wird. In retrospektiver Hinsicht könnte dann im *Vergütungsbericht* Rechenschaft über die effektiv an die Organmitglieder zugewiesenen Vergütungen abgelegt werden. Dieser Regelungsansatz wäre auch aus Gründen der Praktikabilität und der Rechtssicherheit vorzuziehen [16]. Andernfalls befänden sich die Entschädigungen der Geschäftsleitungsmitglieder nämlich während eines Jahres in einem Schwebezustand und stünden unter dem *Vorbehalt der nachträglichen Genehmigung durch die Generalversammlung*. Dies könnte die betroffenen Schweizer Publikumsgesellschaften im Wettbewerb auf dem Markt für Manager ohne erkennbaren Nutzen empfindlich benachteiligen [17].

**4.2.2 Anpassung der Statuten hinsichtlich der jährlichen Einzelwahl des Verwaltungsratspräsidenten, der Mitglieder des Vergütungsausschusses und des unabhängigen Stimmrechtsvertreters.** Auch für die gemäss Art. 95 Abs. 3 Bst. a Satz 2 BV *zwingend* [18] einzuführende *jährliche Einzelwahl* der Mitglieder des Verwaltungsratspräsidenten, der Mitglieder des Verwaltungsrates und des Vergütungsausschusses sowie des unabhängigen Stimmrechtsvertreters drängt sich aus übergangsrechtlicher Sicht ein *zeitlich gestaffeltes Vorgehen* auf: Auch dieser Punkt erfordert eine Anpassung des Zuständigkeitskatalogs der Generalversammlung in den Statuten und – was die Wahlzuständigkeit für den Präsidenten und die Mitglieder des Vergütungsausschusses angeht – in den meisten Fällen wohl auch

des Organisationsreglements sowie des allfälligen Reglements des Vergütungsausschusses. Um den betroffenen Unternehmen die Gelegenheit zu geben, zuerst die auf die neue Ausführungsverordnung abgestimmten unternehmensinternen Rechtsgrundlagen zu schaffen, sollte hierfür eine Übergangsfrist bis Ende 2014 angesetzt werden. Deren Anwendung sollte dann wie der Abstimmungsbeschluss über die Gesamtvergütung der Organmitglieder erst ab dem 1. Januar 2015 bzw. erstmals für die Generalversammlungen des Jahres 2015 vorgeschrieben werden [19].

Eine Sonderregelung ist übergangsrechtlich in Bezug auf die *Wahl des unabhängigen Stimmrechtsvertreters* durch die Generalversammlung zu treffen: Da die Organ- und Depotvertretung nach dem vorliegenden Vorschlag bereits im Hinblick auf die Generalversammlungen 2014 abgeschafft würde, müssten die betroffenen Gesellschaften zwingend bereits im Jahre 2014 über eine unabhängige Stimmrechtsvertretung verfügen. Aufgrund der vorgängigen Bekanntheit in der Einberufung zur Generalversammlung kann aber an der ersten Generalversammlung nach Inkrafttreten der neuen Bestimmungen nicht vorgesehen werden, dass dieser zwingend von der Generalversammlung gewählt werden muss. Aus diesem Grund ist vorzusehen, dass bei börsenkotierten Gesellschaften ausnahmsweise der Verwaltungsrat für die erste Generalversammlung nach Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen den unabhängigen Stimmrechtsvertreter bestimmt, sofern dieser nicht bereits vorgängig auf freiwilliger Basis durch die Generalversammlung gewählt wurde [20].

**4.2.3 Anpassung der Statuten hinsichtlich der Abschaffung der Organ- und Depotstimmrechtsvertretung.** Das Verbot der Organ- und Depotstimmrechtsvertretung ist in erster Linie durch eine Anpassung der bestehenden Statuten umzusetzen, welche die entsprechenden Arten der institutionellen Stimmrechtsvertretung noch vorsehen. In zeitlicher Hinsicht dürfte die Traktandierung der entsprechenden Statutenänderung an der Generalversammlung 2014 und deren erstmalige Anwendung ab dem 1. Januar 2015 zweckmässig sein. Wer hier, wie die UBS [21], besonders proaktiv sein möchte, kann diese Vorgabe im Grunde aber auch bereits vor dem Inkrafttreten der Ausführungsverordnung des Bundesrats umsetzen.

**4.2.4 Notwendiger Statuteninhalt in Zusammenhang mit Vergütungen.** Art. 95 Abs. 3 Bst. c BV verlangt, dass die Höhe der Kredite, Darlehen und Renten an Organmitglieder, deren Erfolgs- und Beteiligungspläne und deren Anzahl Mandate ausserhalb des Konzerns sowie die Dauer der Arbeitsverträge der Geschäftsleitungsmitglieder *zwingend* [22] in den Statuten geregelt werden. Der springende Punkt liegt hier im *Detaillierungsgrad* dieser statutarischen Regelung, der durch die Ausführungsbestimmungen festzulegen ist. Die Statuten enthalten gemäss Art. 626 OR an sich die *grundlegenden Eckdaten* der Aktiengesellschaft; sie sind nicht dafür geeignet, die konkreten Anstellungsbedingungen der Geschäftsleitung festzulegen. Die Herausforderung des Bundesrats wird hier in erster Linie darin bestehen, Vorschriften für statutarische Regeln aufzustellen, die zwar hinreichend kon-

kret im Sinne dieser neuen Vorgaben der Verfassung sind, zugleich aber so abstrakt ausgestaltet sind, dass eine gewisse Flexibilität für die konkrete Regelung und Anpassung in einem durch den Verwaltungsrat zu erlassenden *Vergütungsreglement* bleibt [23]. Ansonsten besteht das Risiko, dass die Statuten unter Einbezug der Generalversammlung ständig an die neuen Gegebenheiten angepasst werden müssen. Das wäre nicht praktikabel [24].

In *übergangsrechtlicher* Hinsicht dürfte es angezeigt sein, den Publikumsgesellschaften zuerst die Möglichkeit einzuräumen, die diesbezüglichen Anpassungen der Statuten im Verlaufe des Jahres 2014 ihren Generalversammlungen zur Genehmigung vorzulegen.

**4.2.5 Anpassung der Statuten hinsichtlich der Möglichkeit zur elektronischen Fernabstimmung.** Gemäss Art. 95 Abs. 3 Bst. a Satz 4 BV müssen die Aktionäre elektronisch fernabstimmen können. Die Publikumsgesellschaften sind damit gefordert, eine auf sie zugeschnittene technische Möglichkeit für die Aktionäre zu schaffen, ihr Stimmrecht auf elektronischem Weg abzugeben. Nach dem Gegenentwurf des Parlaments sollte dem Aktionär auch die unmittelbare Teilnahme an der Generalversammlung via elektronische Systeme ermöglicht werden (sog. Direct Voting) [25]. Dies wäre jedoch mit grossen Rechtsunsicherheiten verbunden, zumal nicht klar ist, wie die Identität der Aktionäre festgestellt oder die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte bei Systemschwierigkeiten gewährleistet werden könnte. Es ist auch fraglich, ob die Zulassung einer schriftlichen Vollmacht mit einer qualifizierten elektronischen Signatur ein praktikabler Lösungsansatz wäre [26]. Diese Vorgabe der Verfassung sollte daher durch das Erfordernis einer zeit- und ortsungebundenen Abstimmungsmöglichkeit über den unabhängigen Stimmrechtsvertreter (sog. Indirect Voting) umgesetzt werden [27]. Weil der ins Auge gefasste Nutzen der elektronischen Fernabstimmung, die Stimmausübung seitens der Aktionäre zu erleichtern, im Verhältnis zu den voraussichtlichen Kosten insbesondere bei *kleineren Publikumsgesellschaften* in Frage gestellt ist, sollte für diese zumindest die Möglichkeit eines statutarischen Opting-out geschaffen werden [28].

Die betroffenen Unternehmen werden in diesem Zusammenhang nicht nur ihre Statuten anpassen, sondern voraussichtlich auch ein Reglement ausarbeiten müssen, aus dem die Rahmenbedingungen und das Verfahren der elektronischen Fernabstimmung (Identifizierung, Registrierung, Fristen usw.) klar hervorgehen. Hierfür ist ihnen eine *angemessene Übergangsfrist* bis Ende 2014 einzuräumen.

**4.2.6 Abstimmungszwang und Offenlegung des Stimmverhaltens von Pensionskassen.** Die Forderung, wonach die Pensionskassen im Interesse ihrer Versicherten transparent abzustimmen haben [29], stellt an sich eine Bekräftigung und Konkretisierung der bereits bestehenden Regel dar, wonach die Organe der Vorsorgeeinrichtungen Regeln aufstellen müssen, die bei der Ausübung der Aktionärsrechte der Vorsorgeeinrichtung zur Anwendung gelangen [30].

Die diesbezüglichen Ausführungsbestimmungen sollten klarstellen, welcher Adressatenkreis mit dem Begriff «Pen-

sionskassen» genau angesprochen ist. Die Verfassungsnorm dürfte sich wohl auf sämtliche Vorsorgeeinrichtungen gemäss BVG beziehen, welche *selber* – also nicht indirekt via Anlagevehikel – Aktien an Publikumsgesellschaften mit Sitz in der Schweiz halten [31]. Zu klären ist auch, ob die neue Vorschrift im Sinne eines *absoluten Abstimmungszwangs* für Pensionskassen zu verstehen ist oder diesen vielmehr nicht auch die *Option* einräumen müsste, sich bewusst der

### «Strafrechtsnormen bedürfen einer gesetzlichen Grundlage.»

Stimme zu enthalten, wenn dies im Interesse der Versicherten liegt [32]. Zur Ermittlung des Interesses ihrer Versicherten werden die Pensionskassen geneigt sein, sich vermehrt an den Empfehlungen von unabhängigen Stimmrechtsberatern (proxy advisors) zu orientieren. Fraglich ist indessen, ob deren Interesse mit demjenigen der Versicherten einer bestimmten Pensionskasse wirklich gleichgeschaltet ist. Es stellt sich dann sofort auch die Frage, ob der zunehmenden Bedeutung, welche den Stimmrechtsberatern durch diese Entwicklung im Gefüge der Corporate Governance erwächst, nicht durch neue regulatorische Massnahmen zu begegnen sein wird [33]. Diesen Fragen wird sich der Gesetzgeber im Verlaufe der wieder aufzunehmenden Aktienrechtsreform stellen müssen.

Den betroffenen Vorsorgeeinrichtungen sollte eine Übergangsfrist eingeräumt werden, damit sie im Verlaufe des Jahres 2014 einen für sie zweckmässigen Prozess zur Ermittlung des Interesses ihrer Versicherten im Sinne der Ausführungsbestimmungen entwickeln und die neuen Offenlegungsvorschriften umsetzen können [34].

**4.3 Anwendung der neuen Vergütungsvorschriften ab dem 1. Januar 2015.** Auf der Grundlage der im Jahre 2014 angepassten Statuten und Reglemente würden dann die neuen Vergütungsvorschriften nach dem hier vertretenen Vorschlag erstmals auf die Generalversammlungen des Jahres 2015 zur Anwendung kommen, wobei die Übergangsfrist wegen der unterschiedlichen Geschäftsjahre der Publikumsgesellschaften wiederum nicht bis Mitte 2015, sondern bis Ende 2015 anzusetzen wäre. Demgemäss würden die Publikumsgesellschaften also verpflichtet, an den ordentlichen Generalversammlungen des Jahres 2015 erstmals über die Gesamtentschädigung ihrer Organmitglieder abstimmen zu lassen und diese einzeln zu wählen. Gleiches müsste auch hinsichtlich der Möglichkeit der elektronischen Fernabstimmung nach dem Grundsatz in Art. 95 Abs. 3 Bst. a BV sowie der neuen Vorschriften für die Vorsorgeeinrichtungen gemäss BVG gelten.

**4.4 Regelung der Strafbarkeit des Verstosses gegen die neuen Vergütungsbestimmungen im StGB.** Gemäss Art. 95 Abs. 3 Bst. d BV hat der Gesetzgeber schliesslich dafür zu sorgen, dass die Widerhandlung gegen die gestützt

auf die Verfassung erlassenen neuen Vergütungsbestimmungen [35] bestraft wird. In *übergangsrechtlicher* Hinsicht stellt sich die Frage, ob diese Bestimmung auf Verordnungsstufe umgesetzt werden kann oder nicht vielmehr einer Umsetzung in einem Gesetz im formellen Sinn bedarf.

**4.4.1 Keine direkte Anwendbarkeit der Strafnorm in der Verfassung.** Dass die in Art. 95 Abs. 3 BV statuierten Grundsätze *nicht unmittelbar anwendbar* sind, sondern sich nur an den Gesetzgeber richten, ist bereits dargelegt worden [36]. Eine direkte Anwendung der in Buchstabe d auf Verfassungsstufe verankerten Strafnorm dürfte aber auch aufgrund des *strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots* nicht in Frage kommen [37]. Danach muss eine Strafnorm «so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann» [38]. Die möglichen strafbaren Handlungen werden demgegenüber in Art. 95 Abs. 3 Bst. a–c BV nicht einzeln und hinreichend konkret aufgeführt, sondern allgemein als «Widerhandlungen» umschrieben. Dadurch bleibt unklar, wer sich genau mit welchem Verhalten strafbar machen würde [39].

**4.4.2 Regelung in einem Gesetz im formellen Sinne.** Strafrechtsnormen bedürfen sodann gemäss Art. 1 des *Strafgesetzbuchs (StGB)* einer *gesetzlichen Grundlage*. Der Begriff des Gesetzes, durch das die Strafvorschrift geschaffen werden muss, wurde von der herrschenden Lehre und Praxis ursprünglich *im materiellen Sinne* verstanden. Er umfasste also auch eine Verordnung, die sich im Rahmen von Verfassung und Gesetz hält [40]. Nach der neueren Praxis des Bundesgerichts stellt indessen prinzipiell jede Strafe oder staatliche Zwangsmassnahme, welche – wie hier – einen *Freiheitsentzug* mit sich bringt, einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit dar [41] und bedarf daher einer klaren Grundlage in einem *formellen* Gesetz [42]. Nur für andere Strafen soll somit noch eine rechtsbeständige Verordnung genügen. Ausnahmen hat das Bundesgericht namentlich für den Fall eines sogenannten «Polizeinotstandes» anerkannt [43], der in Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV nun ausdrücklich vorbehalten ist («Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr»). Dabei rechtfertigt sich ein Rückgriff der Exekutive auf die polizeiliche Generalklausel indessen nur, wenn die Massnahme «zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bei schweren Störungen oder zur Abwendung unmittelbarer drohender schwerwiegender Gefährdungen dieser Ordnung unerlässlich ist». Diese Bestimmung bedarf also sowohl in zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht einer restriktiven Anwendung [44]. Es liegt auf der Hand, dass diese strengen Voraussetzungen im vorliegenden Falle von Widerhandlungen von Organmitgliedern gegen Vergütungsbestimmungen nicht erfüllt sein dürften.

**4.4.3 Regelung im Strafgesetzbuch.** Den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die strafrechtliche Sanktionierung des Verstosses gegen die neuen Vergütungsbestimmungen wird schliesslich in materieller Hinsicht ohnehin bereits weitgehend durch das geltende Strafrecht, insbesondere mit dem

Tatbestand der *ungetreuen Geschäftsbesorgung* gemäss Art. 158 StGB, entsprochen [45]. Eine ergänzende Regelung wird sich jedoch hinsichtlich der *qualifizierten* Strafandrohung bei einem Verstoss gegen die Vergütungsbestimmungen aufdrängen («Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen») [46]. Damit wird sich indessen der Gesetzgeber und nicht der Bundesrat zu befassen haben.

## 5. «SOFORTMASSNAHMEN»

Bei den Revisionspunkten der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» handelt es sich, wie erwähnt, um Verfassungsbestimmungen, die nicht unmittelbar anwendbar sind, sondern zuerst einer *Umsetzung* auf Stufe Gesetz bzw. überungsweise auf Stufe Verordnung bedürfen. Damit ist auch

klar: Aus dem verabschiedeten Initiativtext können im Grunde noch *keine echten* «Sofortmassnahmen» abgeleitet werden. Die Verwaltungsräte der betroffenen Publikumsgesellschaften bzw. deren Vergütungsausschüsse sind aufgrund der engen zeitlichen Vorgaben zwar gehalten, sich bereits vor dem Erlass der Ausführungsbestimmungen des Bundesrates Gedanken über die an die Hand zu nehmenden Anpassungen und deren möglichen Auswirkungen auf das Unternehmen zu machen; sie sollten sich dabei jedoch vorerst auf eine *Umsetzungsplanung in Varianten* beschränken und *nicht voreilend gehorsam* sein; denn erst die sich voraussichtlich Mitte 2013 konkret abzeichnenden Ausführungsbestimmungen des Bundesrats werden in verschiedenen noch nicht geregelten Punkten Klarheit schaffen. ■

**Anmerkungen:** 1) Art. 197 Ziff. 8 BV (Übergangsbestimmung zu Art. 95 Abs. 3 BV). 2) So auch Peter Forstmoser, «Say-on-Pay»: Die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und der Gegenvorschlag des Parlaments, SJZ 108 (2012) 337 ff., 341; Stefan Knobloch, Ist die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» umsetzbar?, GesKR 6 (2012) 372 ff.; Christoph B. Bühler, Showdown in der Vergütungsfrage: Volksinitiative «gegen die Abzockerei» oder indirekter Gegentwurf des Parlaments, GesKR Online 1 (2012) 1 ff., 13; Hans-Ueli Vogt/Manuel Baschung, Wie weiter im Aktienrecht nach der Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei?», GesKR 7 (2013) 5 ff., 7; Lukas Glanzmann, Die «Abzocker-Initiative» und ihre Folgen, Eine Annäherung an Art. 95 Abs. 3 BV, GesKR Online 1 (2013) 1 ff., 2; Daniel M. Häusermann, «Abzocker»-Initiative umsetzen – aber wie?, SJZ 109 (2013) 153 ff.; Rudolf Wehrli, Nach der Minder-Initiative – wie weiter?, GesKR 7 (2013), 1 ff., 2. 3) Vgl. zum Begriff: Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A. Zürich 2010, Rz. 136 f. 4) Medienmitteilung des EJPD vom 26. März 2013: «Abzocker-Initiative wird rasch umgesetzt». 5) Vgl. Vogt/Baschung (Anm. 2), 5 ff. 6) Wie z. B. die technische Ermöglichung der elektronischen Fernabstimmung; vgl. dazu unten 4.2.5. 7) So auch Wehrli (Anm. 2), 2. 8) So endet bei den SMI-Gesellschaften für Richemont und bei den SLI-Gesellschaften für Sonova das Geschäftsjahr am 31. März. Unter den SPI-Gesellschaften haben diverse weitere Unternehmen das Ende des Geschäftsjahres nicht auf Ende eines Kalenderjahrs angesetzt. 9) Vgl. Glanzmann (Anm. 2), 5; Vogt/Baschung (Anm. 2), 27. 10) So auch Glanzmann (Anm. 2), 2 und 4. 11) Vgl. dazu Häusermann (Anm. 2), 161 m. w. H. 12) Vgl. Art. 707 Abs. 3 OR und Art. 120 HRGv; Botschaft des Bundesrats zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 5. Dezember 2008, BBl 2008, 299 ff. Auch aus Art. 716 a Abs. 1 OR ergibt sich, dass die Oberleitung und weiteren Kernkompetenzen eines Verwaltungsrats unübertragbar sind. Vgl. Peter Böckli, Doktor Eisenbart als Gesetzgeber?, Die Initiative «Minder» und der Gegenvorschlag des Bundesrates zu den Vergütungen an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, in: Trigo Trinitade/Bovet (Hrsg.), Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain, Zürich 2009, 29 ff., 40; Urs Bertschinger, Delegation der Geschäftsführung bei der Aktiengesellschaft und Kompetenzen der Generalversammlung, GesKR 6 (2012) 294 ff., 299;

Bühler (Anm. 2), 11; Glanzmann (Anm. 2) 10. 13) In diesem Sinne auch Rolf Watter, Minder-Medizin mit minderm Nutzen und riskanten Nebenwirkungen, in: NZZ Nr. 129 vom 8. Juni 2009, 13; Christoph B. Bühler, Vergütungen an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung: Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und Gegentwürfe, in: Rolf Watter (Hrsg.), Die grosse Aktienrechtsrevision, Zürich 2010, 247 ff., 276; Häusermann (Anm. 2), 161. 14) Art. 95 Abs. 3 Bst. a Satz 1 BV. 15) Art. 731 j E-OR des indirekten Gegentwurfs des Parlaments vom 15. März 2012. 16) Wehrli (Anm. 2), 3. 17) So bereits Böckli (Anm. 12), 33; Forstmoser (Anm. 2), 344; Stefan Knobloch, Ist die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» umsetzbar?, GesKR 6 (2012) 372 ff., 376 f.; Bühler (Anm. 2), 6. 18) Anderer Meinung Häusermann (Anm. 2), 158, der dafür hält, dass diese Verfassungsnorm auch durch dispositives Recht umgesetzt werden könne. 19) In diesem Sinne auch Glanzmann (Anm. 2), 8. 20) So auch bereits der Lösungsansatz in Art. 4 der Übergangsbestimmungen zum indirekten Gegentwurf des Parlaments vom 15. März 2012 sowie Glanzmann (Anm. 2), 8. 21) Die UBS hat bereits einen Tag nach der Volksabstimmung über die Initiative «gegen die Abzockerei» vom 3. März 2013 angekündigt, dass sie die Organ- und Depotstimmrechtsvertretung abschaffe: vgl. Tagesanzeiger vom 5. März 2013. 22) Im Sinne des bedingt notwendigen Statuteninhalts gemäss geltendem Art. 627 OR. Vgl. Vogt/Baschung (Anm. 2), 28; a. M. ist offenbar Häusermann (Anm. 2), 161, der dafür hält, dass die Gesellschaft die geforderten Mindestangaben auch in einem Vergütungsreglement regeln könne. 23) So der Vorschlag gemäss Art. 731 d E-OR des Gegentwurfs des Parlaments vom 15. März 2012. 24) In diesem Sinne auch Böckli (Anm. 12), 39; Peter V. Kunz, Statuten – Grundbaustein der Aktiengesellschaft, in: Rolf Watter (Hrsg.), Die «grosse» Aktienrechtsrevision, Zürich 2010, 55 ff., 66 f.; Christoph B. Bühler, (Anm. 13), 263; Stefan Knobloch (Anm. 2), 378; Glanzmann (Anm. 2), 7; Vogt/Baschung (Anm. 2), 28. 25) Vgl. Art. 701 a–d E-OR des Gegentwurfs des Parlaments vom 15. März 2012. 26) So Art. 689 a Abs. 1<sup>bis</sup> E-OR des Gegentwurfs des Parlaments vom 15. März 2012; vgl. dazu Ines Pöschel, Generalversammlung und Internet: Versuch einer Ent-Täuschung, in: Rolf Watter (Hrsg.), Die «grosse» Aktienrechtsrevision, Zürich 2010, 223 ff.; Peter V. Kunz, Evolution ins 21. Jahrhundert- oder: Zukunft der Generalversammlung von Aktiengesellschaften in der Schweiz, AJP 20 (2011) 155 ff., 159 f.; Bühler (Anm. 2), 10; Glanz-

mann (Anm. 2), 8 f. 27) Wehrli (Anm. 2), 3. 28) In diesem Sinne auch Häusermann (Anm. 2), 159; Glanzmann (Anm. 2), 9. 29) Art. 95 Abs. 3 Bst. a BV. 30) Vgl. Art. 49 a Abs. 2 Bst. b BVV2. 31) Vgl. Glanzmann (Anm. 2), 9; Vogt/Baschung (Anm. 2), 23; a. M. Daniel Häusermann, Strafrechtliche Konsequenzen der «Abzocker-Initiative», in: Jusletter vom 11. Februar 2013, Rz. 12 Fn. 30, der die Anlagestiftungen einschliesst, obgleich es sich bei diesen nicht um Pensionskassen im eigentlichen Sinne handelt. 32) So entgegen dem Fussnotenverweis bei Glanzmann (Anm. 2), 9, bereits Bühler (Anm. 2), 10; vgl. auch Herbert Wohlmann/Philippine Bossy, Zum vorgeschlagenen Stimmzwang der Pensionskassen in den Generalversammlungen börsenkotierter Unternehmen, Jusletter vom 1. Oktober 2012, Rz. 35; Vogt/Baschung (Anm. 2), 23. 33) Vgl. Wohlmann/Bossy (Anm. 32), Rz. 16; Glanzmann (Anm. 2), 10. 34) So auch Glanzmann (Anm. 2), 10. 35) Gemeint sind die gestützt auf Art. 95 Abs. 3 Bst. a–c BV erlassenen Bestimmungen. Vgl. Häusermann (Anm. 2), Rz. 6 36) Vgl. oben 3.1. 37) Art. 1 StGB. Vgl. Bühler (Anm. 2), 11; Lukas Handschin, «Abzocker-Initiative ist rechtlich fragwürdig, Finanz und Wirtschaft, Nr. 36 vom 12. Mai 2010, 25; Glanzmann (Anm. 2), 11. 38) BGE 138 IV 13 ff., 20, E. 4.1. Vgl. auch BGE 119 IV 242, E. 1c. sowie Stefan Trechsel/Marc Jean-Richard-dit-Bressel, Kommentar zu Art. 1 StGB, in: Trechsel/Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafrecht, Praxiskommentar, 2. A. Zürich 2013, N. 20. 39) Vgl. Botschaft zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» (Anm. 12), 299 ff. 40) Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 3. A. Bern 2005, § 4 N. 7; Günter Stratenwerth/Wolfgang Wohlers, Schweizerisches Strafrecht, Handkommentar, Bern 2007, Art. 1 N. 3; Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel (Anm. 38), N. 13; BGE 96 I 29. 41) Art. 10 Abs. 2 BV. 42) BGE 99 Ia 269; 112 Ia 112 f.; 118 Ia 318 f., 124 IV 25. 43) BGE 123 IV 29 ff., 38 ff., bei dem es um den Erlass einer verfassungsunmittelbaren Verordnung über den Erwerb und das Tragen von Versuchswaffen durch jugoslawische Staatsangehörige ging. 44) Rainer J. Schweizer, Kommentar zu Art. 36 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. A. Zürich 2008, N. 17; BGE 132 I 229, 243; 130 I 369, 381 ff. 45) Daniel M. Häusermann, Auf dem Weg zur Aktionärsbürokratie?, Jusletter vom 19. März 2012, Rz. 25 und Rz. 45 ff.; Bühler (Anm. 2), 13; Glanzmann (Anm. 2), 11; Vogt/Baschung (Anm. 2), 29. 46) Vogt/Baschung (Anm. 2), 31.