



Christoph B. Bühler\*

## Showdown in der Vergütungsfrage: Volksinitiative «gegen die Abzockerei» oder indirekter Gegenentwurf des Parlaments

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
  - II. Entwicklung und Stand des Verfahrens
  - III. Forderungen der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» im Überblick
  - IV. Gegenüberstellung von Initiative und indirektem Gegenentwurf
    - A. Zweck und Anwendungsbereich der Vergütungsbestimmungen
      1. Zweck
      2. Anwendungsbereich
        - a) Gegenüberstellung der Vorlagen
        - b) Rechtliche Würdigung
    - B. Beschlussfassung der Generalversammlung über Vergütungen an Organmitglieder
      1. Überblick
      2. Genehmigung der Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates, des Beitrages und der Geschäftsleitung
        - a) Gegenüberstellung der Vorlagen
        - b) Rechtliche Würdigung
      3. Genehmigung der Regelung der Kredite, Darlehen und Renten an Organmitglieder
        - a) Gegenüberstellung der Vorlagen
        - b) Rechtliche Würdigung
    - C. Jährliche Wahl der Organmitglieder durch die Generalversammlung
      1. Überblick
      2. Gegenüberstellung der Vorlagen
      3. Rechtliche Würdigung
        - a) Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates durch die GV
        - b) Wahl des Verwaltungsratspräsidenten durch die GV
        - c) Wahl der Mitglieder des Vergütungsausschusses durch die GV
        - d) Einjährige Amtsdauer
    - D. Förderung der Stimmrechtsausübung und -vertretung an der GV
      1. Überblick
      2. Abschaffung der Organ- und Depotstimmrechtsvertretung
        - a) Gegenüberstellung der Vorlagen
        - b) Rechtliche Würdigung
      3. Möglichkeit der elektronischen Fernabstimmung
        - a) Gegenüberstellung der Vorlagen
        - b) Rechtliche Würdigung
    4. Stimmzwang und Offenlegungspflicht für Vorsorgeeinrichtungen
      - a) Gegenüberstellung der Vorlagen
      - b) Rechtliche Würdigung
  - E. Verbot von Abgangsentschädigungen, Vorauszahlungen und anderen Sondervergütungen
    1. Überblick
    2. Gegenüberstellung der Vorlagen
    3. Rechtliche Würdigung
- V. Revisionspunkte, die nur in der Initiative «gegen die Abzockerei» enthalten sind
  - A. Verbot der Delegation der Führung an eine juristische Person
  - B. Strafbarkeit bei Widerhandlung gegen die Vergütungsbestimmungen
- VI. Revisionspunkte, die nur im indirekten Gegenentwurf des Parlaments enthalten sind
  - A. Konkretisierung der Sorgfaltspflicht in Bezug auf die Festlegung der Vergütungen
  - B. Pflicht zum Erlass eines Vergütungsreglements und zur Erstellung eines Vergütungsberichts
  - C. Verschärfte Rückerstattungsklage bei ungerechtfertigten Bezügen
- VII. Synthese: Grundlegende Unterschiede zwischen Initiative und Gegenentwurf
  - A. Regelungsebenen: Verfassung versus Gesetz
  - B. Gestaltungsfreiheit: Zwingendes Recht versus dispositives Recht
  - C. Verantwortlichkeit der Führungsorgane: Strafrecht versus Aktienrecht
- VIII. Ausblick: Weiteres Verfahren und Übergangsrecht

### I. Einleitung

Kaum ein wirtschaftspolitisches Thema vermochte das Volksgemüt in den letzten Jahren so stark zu erhitzen wie die Vergütungen an Verwaltungsräte und Topmanager von Grossunternehmen. Der Schaffhauser Unternehmer *Thomas Minder* bezeichnet sie als «Abzocker» – als Personen also, die nach Duden, «salopp ausgedrückt», «*andere auf hinterlistige, unredliche Weise finanziell über-vorteilen und sie um ihr Geld bringen*» – und ortet sie an der Spitze von Publikumsgesellschaften. Er sieht durch sie nicht nur das Privateigentum der Aktionärinnen und

\* PD Dr. Christoph B. Bühler, LL.M., Rechtsanwalt, ist Managing Partner bei Böckli Bodmer & Partner in Basel sowie Privatdozent für schweizerisches und internationales Handels- und Wirtschaftsrecht an den Universitäten Zürich und Basel. Der Autor dankt Herrn Kollegen Dr. Karim Maizar, Rechtsanwalt, Kellerhals Rechtsanwälte, für die Lektorierung dieses Beitrages sowie für verschiedene wertvolle Hinweise.

Aktionäre, sondern auch die schweizerische Volkswirtschaft als Ganzes gefährdet. So jedenfalls die Zweckbestimmung seiner eidgenössischen Volksinitiative «gegen die Abzockerei»<sup>1</sup>, die er am 28. Februar 2008 kurz nach dem Erlass der bundesrätlichen Botschaft zur Aktienrechtsrevision eingereicht und an der er seither trotz grossem politischem Widerstand unbeirrt festgehalten hat. Die sogenannte Abzocker-Initiative hat nicht nur die bis dahin relativ zügig vorangeschrittene «grosse» Aktienrechtsrevision vorerst zum Stillstand gebracht, sondern unter der Kuppel in Bern auch einen parlamentarischen Hürdenlauf ausgelöst, der in der Historie des helvetischen Differenzvereinigerungsverfahrens seinesgleichen sucht. Nach einer Zusatzbotschaft des Bundesrates<sup>2</sup>, parteiübergreifenden Einigungsvorschlägen<sup>3</sup>, zahlreichen direkten und indirekten Gegenentwürfen und neuen Initiativen seitens des Parlaments<sup>4</sup> ist nun die Zielgerade in Sicht und es kommt am 3. März 2013 zum «Show-

down»: Das Volk wird dann darüber befinden, ob es die Abzocker-Initiative annimmt oder ablehnt und damit die Voraussetzung für das Inkrafttreten des vom Parlament am 15. März 2012 verabschiedeten indirekten Gegenentwurfs schafft<sup>5</sup>.

## II. Entwicklung und Stand des Verfahrens

In Reaktion auf die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» hat der Bundesrat am 5. Dezember 2008 eine *Zusatzbotschaft*<sup>6</sup> erlassen, welche im Sinne eines Gegenentwurfs zu der als Verfassungsinitiative ausgestalteten Minder-Vorlage *indirekt* – also auf Gesetzesstufe – verschiedene Anpassungen und Ergänzungen zu den Vorschlägen seiner ersten Botschaft vom Dezember 2007<sup>7</sup> vorsieht.

Die Revision des Aktienrechts wurde dann dem *Ständerat* als Erstrat zugeteilt, der die Vergütungsfragen in der Sommersession 2009 beraten und beschlossen hat, die *Zusatzbotschaft des Bundesrates in abgeschwächter Form* zur Annahme und die Minder-Initiative zur Ablehnung zu empfehlen<sup>8</sup>.

Am 9. Oktober 2009 hat die *Rechtskommission des Nationalrats* mit den Detailberatungen begonnen und am 26. Februar 2010 den Beschluss gefasst, der Minder-Initiative mit einem *direkten Gegenentwurf* – also ebenfalls durch eine Ergänzung der Bundesverfassung – zu begegnen, der sich den Forderungen der Initiative stärker annäherte und nur für börsenkotierte Aktiengesellschaften Geltung beanspruchen sollte<sup>9</sup>. Der *Nationalrat* hat dann am 17. März 2010 beschlossen, Volk und Ständen sowohl die Initiative als auch den direkten Gegenentwurf zur Annahme zu empfehlen, wobei in der Stichfrage der Gegenentwurf zu bevorzugen sei<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> BBl 2008, 2577 f.; nachfolgend auch als «Minder-Initiative» bezeichnet.

<sup>2</sup> Botschaft des Bundesrats zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 5. Dezember 2008, BBl 2008, 299 ff. (nachfolgend «Zusatzbotschaft 2008»).

<sup>3</sup> Insbesondere Einigungslösung des Initiativkomitees und der SVP Schweiz vom 10. Februar 2010, abrufbar unter [www.abzockerei.ch/Synopsis\\_Einigungsloesung.pdf](http://www.abzockerei.ch/Synopsis_Einigungsloesung.pdf).

<sup>4</sup> Vgl. zur Entschädigungsproblematik, zu den verschiedenen Regelungsvorschlägen und zum bisherigen Verfahren: BLANC/ZIHLER, Die neuen aktienrechtlichen Vergütungsregeln gemäss dem Entwurf vom 5. Dezember 2008, GesKR 3 (2009) 66 ff.; BARTHOLD/WIDMER, Regulierung der variablen Vergütungen, Eine Bewertung der schweizerischen Regulierungsbestrebungen im Vergütungsbereich, AJP 18 (2009) 1389 ff.; PETER FORSTMOSER, Die Entschädigung der Mitglieder von Verwaltungsrat und Topmanagement – Binsenwahrheiten, Missverständnisse und ein konkreter Vorschlag, in: Trigo Trinidad/Peter/Bovet (Hrsg.), *Economie Environnement Ethique, Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain*, Zürich 2009, 145 ff.; ders., Die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und die Gegenvorschläge des Parlaments aus der Sicht des Investors, *Private* (2012) 26 ff.; PETER NOBEL, Notwendigkeit einer Bonusregelung?, SZW 81 (2009) 448 ff.; PETER BÖCKLI, Doktor Eisenbart als Gesetzgeber?, Die Initiative «Minder» und der Gegenvorschlag des Bundesrates zu den Vergütungen an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, in: Trigo Trinidad/Bovet (Hrsg.), *Economie Environnement ethique, Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain*, Zürich 2009; 29 ff.; ders., 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.; ROLF WATTER, Minder-Medizin mit milderem Nutzen und riskanten Nebenwirkungen, NZZ vom 8. Juni 2010, 13; MARTINA ISLER, Konsultativabstimmung und Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Generalversammlung, Diss. Zürich 2010; CHRISTOPH B. BÜHLER, Vergütungen an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung: Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und Gegenentwürfe, in: Rolf Watter (Hrsg.), *Die grosse Aktienrechtsrevision*, SSHW Bd. 300, Zürich 2010, 247 ff.; PASCAL ZYSSET, Aktienrechtliche Aspekte von Bonuszahlungen an Verwaltungsräte, Jusletter vom 19. April 2010; BURG/VON DER CRONE, Salärgovernance und Markt für Führungskräfte, in: Andreas Heinemann et al. (Hrsg.), *Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag*, Bern 2011, 331 ff.; STEFAN EICHENBERGER, Entschädigungsausschüsse im Schweizer Aktienrecht, Diss. Zürich 2011; LUKAS MÜLLER, Regulation on Say on Pay: Engineering Incentives for Executives and Directors, SZW 83 (2011) 167 ff.

<sup>5</sup> Vgl. dazu insbesondere STEFAN KNOBLOCH, Ist die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» umsetzbar?, GesKR 6 (2012) 372 ff.; PETER FORSTMOSER, «Say-on-Pay»: Die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und der Gegenvorschlag des Parlaments, SJZ 108 (2012) 337 ff.; ders., Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2012, § 10 N. 140 ff.; DANIEL M. HÄUSERMANN, Auf dem Weg zur Aktionärsbürokratie?, Eine kritische Analyse des indirekten Gegenvorschlags zur «Abzocker»-Initiative, Jusletter vom 19. März 2012; ders., Aktienrechtliche Umsetzung der «Abzocker»-Initiative: Spielraum und Rechtstechniken, SJZ 108 (2012) 537 ff.

<sup>6</sup> Vgl. FN 2.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> Amtliches Bulletin des Ständerates vom 9. bis 11. Juni 2009.

<sup>9</sup> Medienmitteilungen der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 9. Oktober 2009, 29. Januar 2010 und 26. Februar 2010; vgl. auch die Gegenüberstellung des direkten Gegenvorschlags der Rechtskommission zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» vom 26. Februar 2010, abrufbar unter [www.parlament.ch](http://www.parlament.ch).

<sup>10</sup> Amtliches Bulletin des Nationalrats vom 17. März 2010.

Danach nahm das helvetische *Differenzbereinigungsverfahren* seinen Lauf: Die Rechtskommission des Ständerates hat die Idee eines *indirekten Gegenentwurfs* wieder aufgenommen und am 20. Mai 2010 mit einer *parlamentarischen Initiative* reagiert. Die Initiative verlangte eine Verlängerung der Behandlungsfrist der Minder-Initiative um ein Jahr<sup>11</sup> und 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 habe<sup>12</sup>.

Als ob in der 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 weiteren Revisionsvorschlag ein. Demnach sollten Art. 677 OR und Art. 5 Abs. 2 AHVG dahingehend angepasst werden, dass Vergütungen ab CHF 3 Mio. pro Jahr für Angestellte sowie Tantiemen an den Verwaltungsrat künftig nicht mehr als Lohn, sondern als Gewinnbeteiligung gelten<sup>13</sup>. Am 16. Dezember 2010 hat der Ständerat einen angepassten Entwurf des indirekten Gegenentwurfs verabschiedet und die Minder-Initiative zur Ablehnung empfohlen<sup>14</sup>.

Anfang 2011 ging das Geschäft dann zurück an den Nationalrat. Nachdem der indirekte Gegenentwurf wie auch der Revisionsvorschlag zur steuerlichen Sonderbehandlung von sehr hohen Vergütungen in der Frühjahrs-session keine Mehrheit fand, beschloss das Parlament im Juni 2011 eine weitere Verlängerung der Behandlungsfrist für die Initiative bis zum 26. August 2012<sup>15</sup>. In der Folge wurde der indirekte Gegenentwurf mehrfach zwischen National- und Ständerat hin- und hergeschoben<sup>16</sup>.

Zudem hat die Rechtskommission des Nationalrats am 2. Februar 2012 einen neuen *direkten Gegenentwurf* eingebracht, wonach Vergütungsanteile über CHF 3 Mio. pro Jahr nicht mehr als geschäftsmässig begründeter Aufwand steuerlich abzugsfähig sein sollten (sogenannte «*Bonussteuer*»-Vorlage)<sup>17</sup>.

In der Frühjahrs-session 2012 wurde der *indirekte Gegenentwurf* von beiden Räten je einmal behandelt<sup>18</sup> und von der *Einigungskonferenz* bereinigt<sup>19</sup>. Am 16. März 2012 wurde die Vorlage dann in der Schlussabstimmung verabschiedet<sup>20</sup>.

Den direkten Gegenentwurf zur Einführung der «*Bonussteuer*» hat der Nationalrat am 15. Juni 2012 abgelehnt<sup>21</sup>. Somit wird der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» in der nun bevorstehenden Volksabstimmung kein direkter Gegenentwurf, sondern lediglich der im März 2012 verabschiedete *indirekte Gegenentwurf des Parlaments* gegenübergestellt. Auf diese beiden Vorlagen ist nun näher einzugehen.

### III. Forderungen der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» im Überblick

Die Volksinitiative erhebt im Überblick die folgenden Forderungen<sup>22</sup>:

- (i) *die Generalversammlung soll jährlich über die Gesamtsumme aller Vergütungen des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates abstimmen;*
- (ii) *der Verwaltungsratspräsident und einzeln die Mitglieder des Verwaltungsrates und des Vergütungsausschusses sowie der unabhängige Stimmrechtsvertreter sollen jährlich von der Generalversammlung gewählt werden;*
- (iii) *die Pensionskassen sollen verpflichtet werden, an der Generalversammlung im Interesse ihrer Versicherten abzustimmen und die Ausübung ihres Stimmrechts offen zu legen;*
- (iv) *Aktionäre sollen die Möglichkeit haben, auf elektronischem Weg fern abzustimmen;*
- (v) *die Organ- und Depotstimmrechtsvertretung soll verboten werden;*
- (vi) *ein absolutes Verbot soll auch für Abgangs- oder andere Entschädigungen, Vergütungen im Voraus, Prämien bei Unternehmenstransaktionen sowie zusätzliche Berater- oder Arbeitsverträge von einer anderen Gruppengesellschaft gelten;*
- (vii) *die Statuten sollen 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 Ar-*

<sup>11</sup> Diese Verlängerungsmöglichkeit wird durch Art. 105 Abs. 1 ParlG eingeräumt, wenn ein Rat über einen Gegenentwurf oder über einen mit der Volksinitiative eng zusammenhängenden Erlassentwurf Beschluss fasst.

<sup>12</sup> Medienmitteilung der Rechtskommission des Ständerates vom 20. Mai 2010.

<sup>13</sup> Medienmitteilung der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates vom 22. Juni 2010.

<sup>14</sup> Amtliches Bulletin des Ständerates vom 16. Dezember 2010.

<sup>15</sup> Amtliches Bulletin des Nationalrates vom 1. Juni 2011.

<sup>16</sup> Vgl. zu den einzelnen Verfahrensschritten die Übersicht zum Verlauf der Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts unter Berücksichtigung der Initiative «gegen die Abzockerei» auf [www.geskr.ch](http://www.geskr.ch)

<sup>17</sup> Medienmitteilung der Rechtskommission des Nationalrates vom 2. Februar 2012.

<sup>18</sup> Amtliches Bulletin des Ständerates vom 5. März 2012 sowie Amtliches Bulletin des Nationalrates vom 6. März 2012.

<sup>19</sup> Amtliches Bulletin des Ständerates vom 14. März 2012 und Amtliches Bulletin des Nationalrates vom 15. März 2012.

<sup>20</sup> Amtliches Bulletin des Ständerates und des Nationalrates vom 16. März 2012.

<sup>21</sup> Amtliches Bulletin des Ständerates und des Nationalrates vom 15. Juni 2012.

<sup>22</sup> Art. 95 Abs. 3 lit. a-d E-BV 2008.

beitsverträge der Geschäftsleitungsmitglieder regeln;

(viii) die Widerhandlung gegen diese Vergütungsbestimmungen soll mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen bestraft werden.

#### IV. Gegenüberstellung von Initiative und indirektem Gegenentwurf

##### A. Zweck und Anwendungsbereich der Vergütungsbestimmungen

###### 1. Zweck

Die Abzocker-Initiative bezweckt nach seinem Wortlaut «den Schutz der Volkswirtschaft, des Privateigentums und der Aktionäre» und soll «im Sinne einer nachhaltigen Unternehmensführung» sein<sup>23</sup>.

Der indirekte Gegenentwurf des Parlaments enthält selber keine Zweckbestimmung. Er basiert indessen auf den Zielen der grossen Aktienrechtsrevision und bezweckt damit eine Verbesserung der Corporate Governance sowie eine Modernisierung der Generalversammlung<sup>24</sup>. In politischer Hinsicht zielt er freilich in erster Linie auf die Verhinderung der Annahme der Abzocker-Initiative ab.

###### 2. Anwendungsbereich

###### a) Gegenüberstellung der Vorlagen

Gemäss Art. 95 Abs. 3 E-BV betrifft die «Abzocker»-Initiative ausschliesslich «die im In- oder Ausland kotierten Schweizer Aktiengesellschaften». Nicht betroffen sind damit die privat gehaltenen Aktiengesellschaften und die Publikumsgesellschaften mit Sitz im Ausland, auch dann nicht, wenn diese an einer Schweizer Börse kotiert sind. Diese Abgrenzung des Anwendungsbereichs entspricht derjenigen, die bereits de lege lata im Bereich der Offenlegung der Vergütungen gilt<sup>25</sup>.

Der indirekte Gegenentwurf des Parlaments enthält dagegen sowohl Vergütungsbestimmungen im engeren Sinne, die ebenfalls nur für börsenkotierte Aktiengesellschaften gelten, als auch weitergehende Bestimmungen, die nur für nicht-kotierte Aktiengesellschaften gelten<sup>26</sup> oder aber auf sämtliche Aktiengesellschaften anwendbar sind<sup>27</sup>.

##### b) Rechtliche Würdigung

Vergleicht man die objektiven Anwendungsbereiche der beiden Vorlagen, ist immerhin festzustellen, dass im Schnittstellenbereich derjenigen Bestimmungen, welche sich auf den in beiden Vorlagen erfassten Regelungsgegenstand beziehen, auch in beiden Vorlagen nur börsenkotierte Aktiengesellschaften mit Sitz in der Schweiz betroffen sind. Das sind im Wesentlichen die zur Revision vorgeschlagenen Vergütungsbestimmungen in Art. 731c ff. E-OR des indirekten Gegenentwurfs.

Das ist insofern bemerkenswert, als damit die hitzig geführte politische Debatte über die Vergütungen von Spitzenorganen im Grunde nur rund 250 von insgesamt ca. 300'000 Schweizer Aktiengesellschaften, also weniger als ein Promille der dem Aktienrecht unterstellten Gesellschaften betrifft, und unter diesen sind hohe Vergütungen von Topmanagern letztlich nur bei wenigen grossen Aktiengesellschaften aus der Finanzdienstleistungs- und Pharmabranche überhaupt ein Thema<sup>28</sup>.

##### B. Beschlussfassung der Generalversammlung über Vergütungen an Organmitglieder

###### 1. Überblick

Regelung	Volksinitiative	Indirekter Gegenentwurf
Abstimmung der GV über Gesamtvergütung des VR und des Beirats	✓ Ja, zwingend	✓ Ja, zwingend
Abstimmung der GV über Gesamtvergütung der GL	✓ Ja, zwingend	✓ Ja, verbindlich dispositiv gem. Statuten
Genehmigung der Regelung der Kredite, Darlehen und Renten an Organmitglieder	✓ Ja, Höhe in den Statuten festzulegen	✓ Ja, Kriterien im Vergütungsreglement festzulegen

###### 2. Genehmigung der Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates, des Beirates und der Geschäftsleitung

Im Brennpunkt der Diskussion steht die Frage der *Mitbestimmung der Generalversammlung* bei der Festlegung der Vergütungen der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und eines allfälligen Beirates in börsenkotierten Gesellschaften.

<sup>23</sup> Vgl. dazu HÄUSERMANN (FN 5) 540 f.

<sup>24</sup> Vgl. FN 7, BBl 2007 1589, 1591 f.

<sup>25</sup> Art. 663b<sup>bis</sup> OR.

<sup>26</sup> So z.B. Art. 689d E-OR 2012 betreffend die Vertretung des Stimmrechts an der Generalversammlung.

<sup>27</sup> So z.B. Art. 678 E-OR 2012 über die Rückerstattung von Leistungen oder Art. 700 ff. E-OR betreffend die Einberufung und die Verwendung elektronischer Mittel sowie Art. 717 Abs. 1<sup>bis</sup> E-OR 2012

betreffend die Konkretisierung der Sorgfaltspflicht bei der Festlegung der Vergütungen.

<sup>28</sup> Vgl. BÜHLER (FN 4) 249 f.; KNOBLOCH (FN 5) 372 f.; FORSTMOSER (FN 5) 341.

### a) Gegenüberstellung der Vorlagen

Die *Volksinitiative «gegen die Abzockerei»* fordert für Publikumsgesellschaften, wie erwähnt, *zwingend* die Abstimmung der Generalversammlung über die Gesamtsummen der Vergütungen an Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Beirat<sup>29</sup>.

Der *indirekte Gegenentwurf des Parlaments* sieht demgegenüber eine differenziertere Regelung vor: Demnach erlässt der Verwaltungsrat ein von der Generalversammlung zu genehmigendes Vergütungsreglement und einen Vergütungsbericht mit bestimmtem Mindestinhalt<sup>30</sup>. Gestützt darauf beschliesst die Generalversammlung *zwingend* über die *Grundvergütungen des Verwaltungsrates und des Beirates für die kommende Amtsdauer bis zur nächsten ordentlichen GV (prospektiv)* und die *zusätzlichen Vergütungen für das abgeschlossene Geschäftsjahr (retrospektiv)*<sup>31</sup>.

In Bezug auf die Vergütungen der *Geschäftsleitung* unterscheidet der Gegenentwurf ebenfalls zwischen Grundvergütung und zusätzlichen Vergütungen, doch sollen in diesem Fall die *Statuten* festlegen, ob diesen Beschlüssen bindende oder lediglich konsultative Wirkung zukommt<sup>32</sup>.

### b) Rechtliche Würdigung

- aa) Beschlussfassung der Generalversammlung über die Gesamtvergütung des Verwaltungsrates und des Beirates

Die Festsetzung der Vergütungen des Verwaltungsrates erfolgt *de lege lata* durch den *Verwaltungsrat*. Zumindest in grossen Publikumsgesellschaften arbeitet ein aus unabhängigen Verwaltungsratsmitgliedern zusammengesetzter Vergütungsausschuss die Vorschläge aus<sup>33</sup>. 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<sup>34</sup>. Demnach kann die Generalversammlung als

Wahlorgan bereits heute in den Statuten gewisse Konkretisierungen für das Verwaltungsratsmandat vornehmen und insoweit bei der Festlegung der Vergütungen an den Verwaltungsrat direkt mitreden<sup>35</sup>. *De lege ferenda* soll dies jedoch nach beiden Vorlagen *zwingend* so sein. Das ist an sich sachgerecht, befindet sich der Verwaltungsrat doch, wenn er seine Vergütung selber festlegt, im Grunde in einer ähnlichen Situation wie ein Selbstkontrahent<sup>36</sup>.

Als problematisch erweist sich indessen die im Gesetzesentwurf vorgesehene Methodik, wonach die prospektiv zu genehmigende *Grundvergütung* nach der Zusatzbotschaft des Bundesrates<sup>37</sup> auch *variable* Vergütungsbestandteile enthalten darf. Daraus könnte man schliessen, dass man von einer retrospektiven Vergütung, über die erst im Folgejahr endgültig beschlossen werden darf, absehen könnte. Dies stünde indessen im Widerspruch zum Leitgedanken, dass über erfolgs- und leistungsabhängige Vergütungsbestandteile erst dann abschliessend entschieden wird, wenn die Ergebnisse des Vorjahres vorliegen, also *retrospektiv*.

- bb) Beschlussfassung der Generalversammlung über die Gesamtvergütung der Geschäftsleitung

Anders ist die Situation bei der *Geschäftsleitung* zu beurteilen: Die Festlegung der Vergütungen der Geschäftsleitung durch die Generalversammlung bedeutet einen Eingriff in das bewährte aktienrechtliche *Paritätsprinzip*, das jedem Organ bestimmte unübertragbare und unentziehbare Aufgaben zuweist<sup>38</sup>: Zu den zwingenden Führungsaufgaben des Verwaltungsrates gehört

der Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder durch die Generalversammlung – eine Verbesserung der Corporate Governance?, SZW 79 (2007) 101 ff., 107; BÖCKLI (FN 33) § 13 N. 239; BÜHLER (FN 4) 259; EICHENBERGER (FN 4) 18, 77; a.M. DANIEL DAENIKER, Vergütungen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung schweizerischer Publikumsgesellschaften. Eine Bestandesaufnahme aus rechtsvergleichender Sicht, SJZ 101 (2005) 381 ff.; ISLER (FN 4) 278.

<sup>35</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 28 N. 128; FORSTMOSER (FN 4) 156.

<sup>36</sup> BÖCKLI (FN 4) 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/Nobel (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift zum 60. Geburtstag für Peter Forstmoser, Zürich 2003, 211 ff.; DAENIKER (FN 34) 385; WATTER/MAIZAR, Structure of Executive Compensation and Conflicts of Interest – Legal Constraints and practical Recommendations under Swiss Law, in: Thévenoz/Bahar (Hrsg.), Conflicts of Interest, Corporate Governance and Financial Markets, Genf 2007, 31 ff.; BÜHLER (FN 4) 260; EICHENBERGER (FN 34) 18; PETER BÖCKLI, Insichgeschäfte und Interessenkonflikte im Verwaltungsrat, Heutige Rechtslage und Blick auf den kommenden Artikel 717a E-OR, GesKR 6 (2012) 354 ff.

<sup>37</sup> Zusatzbotschaft 2008 (FN 2), Ziff. 4.2.3, 324: «Die Grundvergütung kann feste wie auch erfolgs- und leistungsabhängige Komponenten beinhalten.»

<sup>38</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 35) § 20 N. 9, 12 f.; FORSTMOSER (FN 4) 155; BÜHLER (FN 33) N. 672; ders. (FN 4) 260; DUBS/TRUFFER, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. A. Basel 2012, Art. 698 N. 8.

<sup>29</sup> Art. 95 Abs. 3 Bst. a E-BV 2008.

<sup>30</sup> Art. 731d-h E-OR 2012.

<sup>31</sup> Art. 731j E-OR 2012.

<sup>32</sup> Art. 731k E-OR 2012.

<sup>33</sup> Vgl. zum Vergütungsausschuss eingehend EICHENBERGER (FN 4) 25 ff.; vgl. auch KATJA ROTH PELLANDA, Organisation des Verwaltungsrates, Diss. Zürich 2007, 291 ff.; THOMAS JUTZI, Verwaltungsratsausschüsse im schweizerischen Aktienrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse in den USA, Deutschland und England, Diss. Bern 2008, 142 ff.; CHRISTOPH B. BÜHLER, Regulierung im Bereich der Corporate Governance, Habil. Zürich 2009, N. 1300 ff.; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A. Zürich 2009, § 13 N. 426 f.; WATTER/ROTH PELLANDA, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. A. Basel 2012, Art. 716a N. 45 ff.

<sup>34</sup> 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

das Einsetzen der Geschäftsleitung und deren Überwachung, was auch die *Kompetenz zur Festsetzung der Anstellungsbedingungen, einschliesslich der Festlegung der Vergütung*, umfasst<sup>39</sup>. In diesem Bereich ist eine verbindliche Beschlussdelegation «nach oben» an die Generalversammlung de lege lata nicht möglich<sup>40</sup>, aber auch de lege ferenda nicht sinnvoll, und zwar aus verschiedenen Überlegungen:

- (i) **Bei der Festlegung der Grundsätze der Personalpolitik und der Vergütungen der Geschäftsleitung** handelt es sich um ein wichtiges Führungsinstrument des Verwaltungsrates. Die Übertragung von Führungsaufgaben an die Generalversammlung führt zu dysfunktionalen Auswirkungen, denn die Aktionäre haben weder eine Sorgfalts- noch eine Treuepflicht zum Unternehmen; sie sind auch nicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen verpflichtet. Soweit sie Führungsaufgaben übernehmen, müssen sie also nicht das Unternehmensinteresse im Auge haben, sondern können vielmehr ihre Partikulärinteressen verfolgen<sup>41</sup>.
- (ii) **Nicht geklärt ist auch die Frage der haftungsrechtlichen Konsequenzen einer Übertragung von Führungsentscheidungen auf die Generalversammlung.** Nach den einschlägigen Bestimmungen des Gegenentwurfs<sup>42</sup> soll nämlich die Genehmigung der Vergütungen durch die Generalversammlung die Haftung des Verwaltungsrates nicht einschränken. Dadurch würde das grundlegende aktienrechtliche Korrelat von Kompetenz und Verantwortung aus den Angeln gehoben. Der Verwaltungsrat müsste im Ergebnis für Entscheidungen, die ausserhalb seines Einflussbereichs liegen, weiterhin die Verantwortung tragen<sup>43</sup>.

- (iii) **Es liegt auch auf der Hand, dass die Generalversammlung von ihrer Informationslage her und aufgrund der in der Regel fragmentierten Aktiönärstruktur im Grunde nicht in der Lage ist, unter Einbezug aller relevanten Vergütungsfaktoren eine derartige Führungsentscheidung zu treffen<sup>44</sup>.** Unklar ist auch, wie die Aktionäre überhaupt über die Vergütung der Geschäftsleitung zu einem Zeitpunkt entscheiden sollen, in dem ihnen deren Leistung noch gar nicht bekannt ist<sup>45</sup>.
- (iv) Die Regelung ist auch problematisch, weil sie es praktisch verunmöglicht, den Mitgliedern der Geschäftsleitung in Bezug auf ihre Vergütung *Vertragssicherheit* zu gewähren: der Verwaltungsrat kann einem Geschäftsleitungsmitglied im Rahmen der Anstellung eine bestimmte Vergütung nur noch *unter dem Vorbehalt der nachträglichen Genehmigung durch die Generalversammlung* in Aussicht stellen. Ein Entscheid, der noch dazu an keine Auflagen geknüpft ist, sondern nach freiem Ermessen erfolgen kann. Dies könnte die betroffenen Schweizer Publikumsgesellschaften im Wettbewerb auf dem Markt für Manager nicht unwesentlich benachteiligen<sup>46</sup>.
- (v) Wird über die Festlegung der Vergütungen der Geschäftsleitung in der Generalversammlung Beschluss gefasst, so unterstünde die Entlohnung des Management der Anfechtungsklage nach Art. 706 OR und befände sich zumindest während der zweimonatigen Anfechtungsfrist in einem Schwebezustand<sup>47</sup>. Wird 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 Schwächung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit und Effizienz in der Führung der Gesellschaft.

Der Regelungsansatz des Gegenvorschlags, welcher der Generalversammlung die Möglichkeit einer blossen *Konsultativabstimmung* über den Beschluss des Verwaltungsrates hinsichtlich der Vergütungen der Geschäftsleitung belässt, ist somit vorzuziehen. Er entspricht denn auch einer bereits etablierten Praxis bei Publikumsgesellschaften.

<sup>39</sup> Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR 1991; vgl. WERLEN/SCHNYDRIG (FN 34) 107 f.; BÖCKLI (FN 33) § 13 N. 426 f.; ders. (FN 4) 3011; FORSTMOSER (FN 4) 155; BÜHLER (FN 4) 260; a.M. DAENIKER (FN 34) 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.

<sup>40</sup> ROTH PELLANDA (FN 33) 516 ff.; WERLEN/SCHNYDRIG (FN 34) 107; BÖCKLI (FN 33) § 13 N. 282 f., 439 ff.; BÜHLER (FN 33) 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;

<sup>41</sup> Vgl. Amtliches Bulletin des Ständerates vom 9. und 11. Juni 2009; BÖCKLI (FN 33) § 13 N. 447; BÜHLER (FN 4) 261; SALIM RIZVI, *Die Kompetenzen der Generalversammlung im Spannungsverhältnis zu den Kompetenzen des Verwaltungsrates*, Diss. Bern 2011, 13, 203.

<sup>42</sup> Art. 731j Abs. 2 und Art. 731k Abs. 4 E-OR 2012.

<sup>43</sup> ALEXANDER NIKITINE, *Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Konzeption und Ausgestaltung der «Business Judgement Rule» im Gefüge der Corporate Governance*, Diss. Zürich 2007, 202; MICHAEL PFEIFFER, *Mögliche Auswirkungen der kleinen und der grossen Aktienrechtsrevision auf die Stellung und Haftung des Verwaltungsrates*, AJP 18 (2009) 12 ff., 18; BÖCKLI (FN 33) § 13 N. 447; BÜHLER (FN 33) N. 674; ders. (FN 4) 261; RIZVI (FN 41) 283; a.M. DIETER DUBS, *Der Genehmigungsvorbehalt als neuarti-*

*ge Kompetenz-Kompetenz der Aktionäre gemäss Artikel 627 Ziffer 14 E-OR*, SZW 80 (2008) 159 ff., 169.

<sup>44</sup> KRNETA (FN 34) N. 1899; DANIEL DAENIKER, *Soll die Generalversammlung über Manageraläre befinden?*, NZZ Nr. 89 vom 18. April 2007, 29; WERLEN/SCHNYDRIG (FN 34) 111 f.; BIEDERMANN/DAENIKER, *Pro & Contra: Soll die Generalversammlung Manageraläre genehmigen?*, GesKR 3 (2008) 142 ff., 149; BÜHLER (FN 33) N. 672; ders. (FN 4) 261 f.; RIZVI (FN 41) 181.

<sup>45</sup> FORSTMOSER (FN 5) 343; KNOBLOCH (FN 5) 376.

<sup>46</sup> BÖCKLI (FN 4) 33; FORSTMOSER (FN 5) 344; KNOBLOCH (FN 5) 376 f.

<sup>47</sup> Auf diesen Punkt hat bereits PETER BÖCKLI, *Nachbesserungen und Fehlleistungen in der Revision des Aktienrechts*, SJZ 104 (2008) 357 ff., 360; hingewiesen. Vgl. auch BÜHLER (FN 4) 262; ISLER (FN 4) 327 ff.

sellschaften<sup>48</sup>. Obgleich die Konsultativabstimmung bei genauer Betrachtung keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung mit Beschlusscharakter im Sinne von Art. 703 OR, sondern lediglich eine Meinungsäusserung seitens der Aktionäre darstellt<sup>49</sup>, vermag sie praxisgemäss durchaus eine nicht zu unterschätzende Signalwirkung zu erzeugen<sup>50</sup>.

### 3. Genehmigung der Regelung der Kredite, Darlehen und Renten an Organmitglieder

#### a) Gegenüberstellung der Vorlagen

Die Minder-Initiative fordert auch eine *zwingende statutarische Festlegung* der Höhe der Kredite, Darlehen und Renten an die Organmitglieder, deren Erfolgs- und Beteiligungspläne und deren Anzahl Mandate ausserhalb des Konzerns sowie der Dauer der Arbeitsverträge der Geschäftsleitungsmitglieder<sup>51</sup>. Diese Forderung greift der indirekte Gegenentwurf insoweit auf, als gemäss Art. 731d Abs. 2 Ziff. 5 E-OR 2012 die Kriterien für Kredite, Darlehen und Renten im *Vergütungsreglement* festzulegen sind, das von der Generalversammlung zu genehmigen ist.

#### b) Rechtliche Würdigung

Die *Statuten* enthalten die grundlegenden Eckdaten der Aktiengesellschaft gemäss Art. 626 OR; sie sind nicht das richtige Gefäss zur Regelung der konkreten Anstellungsbedingungen der Geschäftsleitung. Eine entsprechende zwingende Vorgabe des Gesetzgebers wäre nicht praktikabel; sie würde eine ständige Anpassung der Statuten erfordern. Beteiligungspläne und Arbeitsverträge der Geschäftsleitungsmitglieder sind daher im *Vergütungsreglement* zu regeln<sup>52</sup>.

Nicht zweckmässig ist dabei die Verpflichtung für Publikumsgesellschaften, das Vergütungsreglement der *Generalversammlung zur Genehmigung* vorzulegen. Denn eine rechtsverbindliche *Ablehnung* des Vergütungsreglements würde der Gesellschaft bis zu einer allfälligen späteren Genehmigung im Rahmen der nächsten

Generalversammlung ja die rechtliche Grundlage für die Entlohnung ihrer Spitzenorgane entziehen<sup>53</sup>.

## C. Jährliche Wahl der Organmitglieder durch die Generalversammlung

### 1. Überblick

Regelung	Volksinitiative	Indirekter Gegenentwurf
Wahl der VR-Mitglieder durch die GV	✓ Ja, zwingend	✓ Ja, zwingend
Wahl des VRP durch GV	✓ Ja, zwingend	✓ Ja, dispositiv: – Regelfall bei börsenkot. AG – nur gem. Statuten bei nicht-kot. AG (sonst Wahl durch VR)
Wahl der Mitglieder des Vergütungsausschusses durch GV	✓ Ja, zwingend	* Nein, VR konstituiert sich diesbezüglich selber
Wahl des unabhängigen Stimmrechtsvertreters durch GV	✓ Ja, zwingend	✓ Ja, zwingend
Einjährige Amtsdauer der VR-Mitglieder	✓ Ja, zwingend	✓ Ja, dispositiv: – Regelfall bei börsenkot. AG – nur gem. Statuten bei nicht-kot. AG (sonst dreijährige Amtsdauer)

### 2. Gegenüberstellung der Vorlagen

Die Volksinitiative Minder fordert eine *zwingende jährliche Einzelwahl* des Verwaltungsratspräsidenten, der Mitglieder des Verwaltungsrates und des Vergütungsausschusses sowie des unabhängigen Stimmrechtsvertreters<sup>54</sup>.

Nach dem indirekten Gegenentwurf des Parlaments ist die jährliche Einzelwahl der *Mitglieder des Verwaltungsrates* und die Wahl des *Präsidenten* durch die Generalversammlung bei Publikumsgesellschaften *dispositiver Natur*, d.h. die *Statuten* können auch eine Amtsdauer von bis zu drei Jahren oder eine Bezeichnung des Präsidenten durch den Verwaltungsrat vorsehen<sup>55</sup>.

Bei *nicht-kotierten* Aktiengesellschaften ist demgegenüber die dreijährige Amtsdauer und die Bezeichnung des Präsidenten durch den Verwaltungsrat die Regel, sofern die Statuten nichts anderes bestimmen<sup>56</sup>. Übereinstim-

<sup>48</sup> Gemäss einer Erhebung von Ethos (www.ethosfund.ch) unterbreiteten im Jahr 2012 17 der 20 grössten, im Swiss Market Index registrierten Gesellschaften ihren Vergütungsbericht der Generalversammlung. Vgl. Ziff. 9 Anhang 1 Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance; FORSTMOSER (FN 5) 344; BIEDERMANN/DAENIKER (FN 44) 150; DAENIKER/PESTALOZZI, Gibt es «faire» Managerealäre?, SJZ 108 (2012) 393 ff., 395.

<sup>49</sup> BÖCKLI (FN 33) §13 N. 455b und 456; BERTRAND SCHOTT, Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Diss. Zürich 2009, 99 f.; a.M. BRIGITTE TANNER, Die Generalversammlung, Zürcher Kommentar Teilbd. V/5b, Kommentar zu Art. 698–706b OR, Zürich 2003, Art. 703 N. 9; ISLER (FN 4) 50.

<sup>50</sup> FORSTMOSER (FN 5) 344; BIEDERMANN/DAENIKER (FN 44) 150; RIZVI (FN 41) 241 f.

<sup>51</sup> Art. 95 Abs. 3 Bst. c E-BV 2008.

<sup>52</sup> Vgl. BÖCKLI (FN 4) 39; BÜHLER (FN 4) 263.

<sup>53</sup> Vgl. BÖCKLI (FN 4) 37 f.; BÜHLER (FN 4) 262.

<sup>54</sup> Art. 95 Abs. 3 Bst. a E-BV 2008.

<sup>55</sup> Art. 710 Abs. 1 E-OR 2012.

<sup>56</sup> Art. 710 Abs. 2 E-OR 2012.

ment mit der Forderung der Initiative soll indessen die Generalversammlung gemäss Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2<sup>bis</sup> des Gegenentwurfs ebenfalls zwingend den *unabhängigen Stimmrechtsvertreter* wählen. Nicht vorgesehen ist demgegenüber die individuelle Wahl der *Mitglieder des Vergütungsausschusses*, so dass es nach dem Gegenentwurf bei der geltenden Regelung bleibt, wonach sich der Verwaltungsrat selber konstituiert.

### 3. Rechtliche Würdigung

Man kann sich hier fragen, welchen *Wirkungszusammenhang* Wahl und Vergütung der Organmitglieder überhaupt aufweisen. Es schwingt wohl der Gedanke mit, dass Spitzenorgane, die bei den Vergütungen nicht Mass halten, damit rechnen müssen, an der nächsten Generalversammlung aus Protest nicht wiedergewählt zu werden<sup>57</sup>. Der Recht zur jederzeitigen Abwahl von Verwaltungsratsmitgliedern steht der Generalversammlung jedenfalls bereits *de lege lata* zu.

#### a) Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates durch die GV

Dass die Mitglieder des Verwaltungsrates *einzel*n durch die Generalversammlung gewählt werden, entspricht an sich geltendem Recht<sup>58</sup> und ist grundsätzlich zu begrüssen, weil auf diese Weise dem Anspruch des Aktionärs auf eine unverfälschte, effektive Kundgabe seines Willens Nachachtung verschafft wird<sup>59</sup>.

#### b) Wahl des Verwaltungsratspräsidenten durch die GV

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 Führungs-

gremiums ein. Nicht in allen Fällen – z.B. in einer Sanierungssituation, in der zeitnah entschieden werden muss – 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. Die Wahl des Verwaltungsratspräsidenten durch die GV sollte daher – wie nun im parlamentarischen Gegenentwurf vorgeschlagen<sup>60</sup> – weiterhin als *dispositive* Regelung ausgestaltet sein<sup>61</sup>.

#### c) Wahl der Mitglieder des Vergütungsausschusses durch die GV

Abzulehnen ist demgegenüber die minder gute Idee, der Generalversammlung auch die Kompetenz zur *Einzelwahl der Mitglieder des Vergütungsausschusses* zu übertragen: die Bildung und Besetzung des Vergütungsausschusses gehört – zumindest solange dieser als Teil des Verwaltungsrates gesehen wird – zur unübertragbaren und unentziehbaren Organisationsverantwortung des Verwaltungsrates<sup>62</sup>. 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 als Mitglieder des Verwaltungsrates der vorgeschlagenen Einzelwahl durch die Generalversammlung stellen<sup>63</sup>.

#### d) Wahl des unabhängigen Stimmrechtsvertreters durch die Generalversammlung

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 muss<sup>64</sup> und voraussichtlich auch bei der Wahl durch die Generalversammlung weiterhin vom Verwaltungsrat vorgeschlagen werden wird<sup>65</sup>.

#### e) Einjährige Amtsdauer

Kontraproduktiv wäre die Einführung der *zwingenden einjährigen Amtsdauer* für die Mitglieder des Verwaltungsrates, denn diese schwächt letztlich den Verwaltungsrat in seiner Oberleitungs- und Oberaufsichtsfunktion gegenüber der Geschäftsleitung: Die Verwaltungsräte stünden in einem System der zwingen-

<sup>57</sup> So jedenfalls die Botschaft 2007 (FN 7), 1685, Ziff. 2.1.30 und die Zusatzbotschaft 2008 (FN 2), 329, Ziff. 5.2; vgl. auch BÖCKLI (FN 47) 360 und BÜHLER (FN 4) 265.

<sup>58</sup> Gemäss Art. 698 OR 1991 wählt die Generalversammlung die Mitglieder des Verwaltungsrates nach ihrem freien Ermessen.

<sup>59</sup> Botschaft 2007 (FN 7) 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, Die Aktienrechtsrevision unter Corporate Governance-Aspekten, Bestandesaufnahme, einige Auslegungsversuche und ein paar wichtige Anliegen vor der Erstberatung im Nationalrat, AJP 18 (2009) 1359 ff., 1373; BÜHLER (FN 4) 265 f.; eher kritisch demgegenüber ROLF WATTER, Neuerungen im Bereich des Verwaltungsrates, Eigentore im Bereich der Corporate Governance, in: Rolf Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Eine Standortbestimmung per Ende 2010, Zürich 2010, 285 ff., 288.

<sup>60</sup> Art. 712 Abs. 1 E-OR 2012.

<sup>61</sup> VOGT/SCHWOW/WIEDMER (FN 59) 1374; WATTER (FN 59) 289; BÜHLER (FN 4) 266.

<sup>62</sup> Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR 1991. Vgl. EICHENBERGER (FN 4) 55 und 114; FORSTMOSER (FN 5) 346.

<sup>63</sup> So auch die Zusatzbotschaft 2008 (FN 2) 331, Ziff. 5.3.

<sup>64</sup> Art. 689c OR 1991; vgl. auch die «Auffangkompetenz» des Verwaltungsrates hinsichtlich der Bestimmung des unabhängigen Stimmrechtsvertreters in Art. 689c Abs. 1 E-OR 2012.

<sup>65</sup> VOGT/SCHWOW/WIEDMER (FN 59) 1366; BÜHLER (FN 4) 267.

den einjährigen Amtsdauer ständig in einer Art internem Wahlkampf und müssten sich gegenüber der geschäftsnahen und vollamtlichen Geschäftsleitung durchsetzen. Gerade für die unabhängigen und neu gewählten Verwaltungsratsmitglieder akzentuiert sich die Erfahrungs- und Informationsasymmetrie gegenüber der Geschäftsleitung in der Regel besonderem Masse<sup>66</sup>.

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 kann sodann die *Institutionalisierung eines Nachfolgesystems* verhindern und die Kontinuität, Stabilität und den Erhalt des Know-hows in der Unternehmensführung beeinträchtigen. 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 sind<sup>67</sup>.

## D. Förderung der Stimmrechtsausübung und -vertretung an der GV

### 1. Überblick

Regelung	Volksinitiative	Indirekter Gegenentwurf
Abschaffung der Organ- und Depotstimmrechtsvertretung	✓ Ja, zwingend	✓ Ja, zwingend
Möglichkeit der elektronischen Fernabstimmung	✓ Ja, zwingend	✓ Ja, dispositiv
Stimmzwang und Offenlegungspflicht für PK	✓ Ja, zwingend	✓ Ja, Stimmrechtsausübung jedoch nur «sofern möglich»

### 2. Abschaffung der Organ- und Depotstimmrechtsvertretung

#### a) Gegenüberstellung der Vorlagen

In ihren Vorlagen scheinen sich Initianten und Parlament weitgehend einig zu sein, dass an der Generalversamm-

lung der *tatsächliche Wille* der Aktionäre zum Ausdruck kommen soll und dass die heute geltenden Regeln zur *Organ- und Depotvertretung* unter diesem Aspekt unbefriedigend sind. Sie sollen daher abgeschafft werden. Die institutionelle Stimmrechtsvertretung soll auf den *unabhängigen Stimmrechtsvertreter* beschränkt werden und klaren Weisungsregeln unterstehen<sup>68</sup>. Dieser soll künftig auch 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<sup>69</sup>.

#### b) Rechtliche Würdigung

Das Streuaktionariat insbesondere in grossen Publikumsgesellschaften neigt zu einem passiven Abstimmungsverhalten an Generalversammlungen. Die Aktionäre verfügen in der Regel als Folge der Diversifikation ihrer Anlage über zu wenige Stimmrechte, um die nötigen Anreize zu einem aktiven Handeln zu erhalten<sup>70</sup>. Zudem ist das Phänomen des *«free riding»* zu berücksichtigen: ein Aktionär 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 Vertretungserfordernis<sup>71</sup>, verschärft. Die Revisionsvorschläge im Bereich der Stimmrechtsausübung und -vertretung zielen darauf ab, diese strukturellen Hindernisse für das Abstimmungsverhalten der Aktionäre abzubauen<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> Art. 95 Abs. 3 Bst. a E-BV 2008; Art. 689c Abs. 5 E-OR 2012.

<sup>69</sup> Art. 689c Abs. 3 E-OR 2012.

<sup>70</sup> Vgl. zu diesem Problem der *«collective action»* MANCUR OLSEN, *The Logic of Collective Action: public goods and the theory of groups*, Cambridge 2003, 50; ANDREAS BOHRER, *Corporate Governance – Eine Standortbestimmung*, ST 79 (20056) 1005 ff.; ROGER GRONER, *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 43) 38; VON DER CRONE/STEININGER, *Corporate Governance – Zusammenspiel der Gesellschaftsorgane*, ST (2010) 86 ff.; BÜHLER (FN 33) N. 474 m.w.H.; (FN 4) 270.

<sup>71</sup> Art. 699 und 700 OR 1991; vgl. BÜHLER (FN 33) N. 475 und 666 ff.

<sup>72</sup> 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 (2008) 665 ff., 672 f.; KARL HOFSTETTER, *Die Reform des Aktienrechts im Lichte der Corporate Governance*, SJZ 104 (2008) 477 ff., 479 ff.; BÜHLER (FN 4) 270; kritisch indessen FORSTMOSER (FN 5) 346, der die dadurch bewirkte Einschränkung der Entscheidungsfreiheit der Aktionäre bedauert, sowie KARIM MAIZAR, *Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften*, Grundlagen – Analysen – Ansätze einer Reform, Diss.

<sup>66</sup> BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, *Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts*, Schriften zum Aktienrecht, Bd. 21, Zürich 2004, 90; BÖCKLI (FN 33) § 13 N. 53d ff.; WATTER/ROTH PELLANDA, *Geplante Neuerungen betreffend Organisation des Verwaltungsrates*, GesKR Sondernummer (2008) 129 ff., 133; BIEDERMANN/DAENIKER (FN 44) 152; BÜHLER (FN 33) N. 645; ders. (FN 4) 268.

<sup>67</sup> WERLEN/SCHNYDRIG (FN ) 105 f.; BÜHLER (FN 33) N. 645; ders. (FN 4) 268.

### 3. Möglichkeit der elektronischen Fernabstimmung

#### a) Gegenüberstellung der Vorlagen

Einigkeit scheint auch darin zu bestehen, die heutigen *elektronischen Kommunikationsmittel* für die Durchführung einer Generalversammlung zu nutzen und die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen zu schaffen. Im Gegensatz zur Initiative<sup>73</sup> überlässt der Gegenentwurf des Parlaments die Entscheidung darüber, ob eine elektronische Stimmabgabe vorgesehen werden soll, jedoch den Aktionären<sup>74</sup>. Gemäss Art. 689a Abs. 1<sup>bis</sup> E-OR 2012 kann der Verwaltungsrat sodann bestimmen, dass anstelle einer schriftlichen Vollmacht eine *elektronische Vollmacht* mit einer qualifizierten elektronischen Signatur<sup>75</sup> bei der Gesellschaft eingereicht werden kann.

Der Gegenentwurf sieht ferner Bestimmungen vor, welche die Durchführung einer *elektronischen Generalversammlung* ohne Tagungsort ermöglichen sollen. Vorausgesetzt wird hier allerdings, dass sämtliche Aktionäre mit einem solchen Vorgehen einverstanden sind und die Beschlüsse der Generalversammlung keiner öffentlichen Beurkundung bedürfen<sup>76</sup>.

#### b) Rechtliche Würdigung

Die Möglichkeit zur Einreichung einer elektronischen Vollmacht ist grundsätzlich zu begrüssen; sie ist zeitgemäss und dürfte durchaus zu einer Vereinfachung des Verfahrens und insoweit zu einer Stärkung der Kontrollfunktion der Aktionäre führen<sup>77</sup>. Es wird sich indessen zeigen, ob die an die Vollmachterteilung geknüpfte Anforderung der *qualifizierten elektronischen Signatur* tatsächlich praktikabel ist. Auch die Voraussetzung, wonach sämtliche Aktionäre der Durchführung einer *elektronischen Generalversammlung* zustimmen müssen, dürfte für Publikumsgesellschaften nicht zweckmässig sein und in der Praxis dazu führen, dass der Anwendungsbereich der virtuellen Generalversammlung auf Aktiengesellschaften mit überschaubarem Aktionariat beschränkt bleiben wird<sup>78</sup>.

### 4. Stimmzwang und Offenlegungspflicht für Vorsorgeeinrichtungen

#### a) Gegenüberstellung der Vorlagen

Die Initianten fordern schliesslich, dass *Pensionskassen verpflichtet* werden sollen, an der Generalversammlung von Publikumsgesellschaften *im Interesse der Versicherten abzustimmen* und ihr Abstimmungsverhalten *offen zu legen*<sup>79</sup>. Dieser Revisionspunkt wurde nach anfänglicher Ablehnung im Bundesrat auch in den indirekten Gegenentwurf des Parlaments aufgenommen<sup>80</sup>. Demnach sollen Vorsorgeeinrichtungen jedoch ihre Stimmrechte in Publikumsgesellschaften nur ausüben, *sofern ihnen das möglich ist*. Sie sollen ihr Stimmverhalten jedoch ebenfalls zwingend *offenlegen*.

#### 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 Verhaltensregel. 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 Aktiengesellschaft<sup>81</sup>, sondern strapaziert auch den *Gleichbehandlungsgrundsatz*, der gerade bei Publikumsgesellschaften strenger zu interpretieren ist<sup>82</sup>. Ein entsprechender Abstimmungszwang der Pensionskassen gehört jedenfalls nicht ins Aktienrecht; er wäre allenfalls im Rahmen der AHV-Gesetzgebung zu regeln.

Es ist indessen keineswegs nachgewiesen, dass ein *Abstimmungszwang* der Pensionskassen im Sinne einer zeitgemässen Corporate Governance wäre: ein solcher wäre nach der hier vertretenen Auffassung jedenfalls verfehlt, als darin nicht auch die Option enthalten wäre, sich bewusst der Stimme zu enthalten<sup>83</sup>.

Zürich 2012, 617 ff., 677, der dafür hält, den Organvertreter beizubehalten und den Depotvertreter sowie den unabhängigen Stimmrechtsvertreter *de lege ferenda* abzuschaffen, wobei diese Massnahme durch die Etablierung bestimmter wettbewerblicher Strukturen zu ergänzen sei.

<sup>73</sup> Art. 95 Abs. 3 Bst. a E-BV 2008.

<sup>74</sup> Art. 627 Ziff. 15 E-OR 2012; Art. 701a E-OR 2012.

<sup>75</sup> Im Sinne von Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR; vgl. Botschaft 2007 (FN 7) 1622.

<sup>76</sup> Art. 701b Abs. 1 E-OR 2012.

<sup>77</sup> GLANZMANN (FN 72) 676; INES PÖSCHEL, Die Generalversammlung: Einberufung, Traktandierung und Durchführung, Der Schritt ins Internetzeitalter? GesKR Sondernummer (2008) 118 ff.; BÜHLER (FN 33) N. 696; FORSTMOSER/WOHLMANN/HOFSTETTER, Stärkung der Aktionärsdemokratie durch das Internet, NZZ vom 3. April 2012, 29; FORSTMOSER (FN 5) 347; vgl. zur «proxy GV» nach US-amerikanischem Vorbild auch HOFSTETTER (FN 72) 482 ff.

<sup>78</sup> MAIZAR (FN 72) 616; vgl. auch Botschaft 2007 (FN 7) 1622.

<sup>79</sup> Art. 95 Abs. 3 Bst. a E-BV 2008.

<sup>80</sup> Art. 71a E-AHVG 2012.

<sup>81</sup> Art. 680 OR 1991.

<sup>82</sup> Vgl. zum sog. «level playing field» BÖCKLI/BÜHLER, Vorabinformation an Grossaktionäre: Möglichkeiten und Grenzen nach Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, SZW 77 (2005) 101 ff. m.w.H.; vgl. auch HANS-UELI VOGT, Aktionärsdemokratie, Über die Möglichkeiten und Grenzen der Verwirklichung eines politischen Leitbildes im Aktienrecht, Zürich 2012, 137 ff. und FORSTMOSER (FN 4), der darauf hinweist, dass die Frage einer Abstimmungspflicht dann konsequenterweise generell und einheitlich für *alle institutionellen Anleger* geregelt werden müsste.

<sup>83</sup> So auch FORSTMOSER (FN 4) 346.

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

### 1. Überblick

Regelung	Volksinitiative	Indirekter Gegenentwurf
Verbot von Abgangsentschädigungen und Vergütungen im Voraus	✓ Ja	✓ Ja, jedoch unter Vorbehalt von Ausnahmen gem. GV-Beschluss
Verbot von Prämien für Firmenkäufe und -verkäufe	✓ Ja	✗ Nein, aber Prämien stellen Vergütungen dar, über welche GV abstimmt
Verbot von zusätzlichen Berater- oder Arbeitsverträgen von einer anderen Gruppengesellschaft	✓ Ja	✗ Nein

### 2. Gegenüberstellung der Vorlagen

Nach der Minder-Initiative sollen Abgangs- oder andere Entschädigungen, Vergütungen im Voraus, Prämien für Firmenkäufe und -verkäufe sowie zusätzliche Berater- oder Arbeitsverträge von einer anderen Gruppengesellschaft absolut verboten sein<sup>84</sup>, nach dem Gegenentwurf des Parlaments<sup>85</sup> soll dies grundsätzlich nur für Abgangsentschädigungen und Vergütungen im Voraus gelten, wobei der Verwaltungsrat der Generalversammlung Ausnahmen beantragen kann, sofern diese im Interesse der Gesellschaft sind<sup>86</sup>.

### 3. Rechtliche Würdigung

Abgangsentschädigungen im Falle einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses sind im Grundsatz sicher zu vermeiden. Ein *absolutes* Verbot *aller* Abgangsentschädigungen würde die Vertragsfreiheit jedoch zu weit einschränken<sup>87</sup>. Es kann seltene Ausnahmefälle geben, in denen Abgangsentschädigungen und andere Sondervergütungen gerechtfertigt sein können, wenn sie im Gesellschaftsinteresse liegen und das Entgelt für eine der Gesellschaft erbrachte aussergewöhnliche, sonst nicht abgegoltene Leistung darstellen. Zu denken ist etwa an die Vermeidung von aufwendigen Prozessen mit unsicherem Ausgang oder an die Absicherung nachwir-

kender Pflichten. Auch im Falle einer Sanierung kann es im Interesse der Gesellschaft liegen, durch das Versprechen einer Abgangsentschädigung eine hervorragende Führungskraft zu gewinnen<sup>88</sup>. Solche Abreden sollten daher nicht kategorisch, sondern nur *grundsätzlich* ausgeschlossen werden<sup>89</sup>.

## V. Revisionspunkte, die nur in der Initiative «gegen die Abzockerei» enthalten sind

### A. Verbot der Delegation der Führung an eine juristische Person

Die Minder-Initiative betont sodann, die Führung der Gesellschaft könne nicht an eine juristische Person delegiert werden<sup>90</sup>. Der indirekte Gegenentwurf enthält diesbezüglich keine Bestimmung, doch ergibt sich *ausserhalb des Konzerns* bereits de lege lata aus Art. 716a Abs. 1 OR, dass die Oberleitung und weiteren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates unübertragbar sind und somit auch nicht an juristische Personen delegiert werden können<sup>91</sup>. *Innerhalb des Konzerns* wäre ein solches Verbot nicht praktikabel, weil dann Beteiligungsgesellschaften die Geschäftsführung im Grunde nicht mehr auf ihre Tochtergesellschaften übertragen könnten<sup>92</sup>.

### B. Strafbarkeit bei Widerhandlung gegen die Vergütungsbestimmungen

Die Minder-Initiative fordert schliesslich die *Einführung drakonischer Strafen* bei Widerhandlung gegen die neuen Vorschriften: Der Strafrahmen soll an der Schwelle zum Verbrechen, nämlich bei einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen angesetzt werden<sup>93</sup>. Das Parlament lehnt die Einführung einer solchen Pönalisierung in seinem indirekten Gegenentwurf demgegenüber zu Recht ab.

Die in der Initiative postulierten Straftatbestände sind unverhältnismässig und verletzen das Bestimmtheitsgebot<sup>94</sup>, was unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten bedenklich ist<sup>95</sup>. Man stelle sich beispielsweise den

<sup>84</sup> Art. 95 Abs. 3 Bst. b E-BV 2008.

<sup>85</sup> Art. 731l Abs. 1 E-OR 2012.

<sup>86</sup> Art. 731l Abs. 2 E-OR 2012.

<sup>87</sup> Zusatzbotschaft 2008 (FN 2) 332, Ziff. 53; HANS-UELI VOGT, «Good Regulation» bei der Entschädigung von Verwaltungsrat und Management, NZZ Nr. 127 vom 5. Juni 2009, 27; ROLF WATTER, Minder-Medizin mit minderm Nutzen und riskanten Nebenwirkungen, NZZ R. 129 vom 8. Juni 2009, 13; BÜHLER (FN 4) 276.

<sup>88</sup> Vgl. die Erläuterungen zu Ziff. 6 Anhang 1 Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance.

<sup>89</sup> In diesem Sinne auch BÖCKLI (FN 4) 39.

<sup>90</sup> Art. 95 Abs. 3 Bst. b E-BV 2008.

<sup>91</sup> Vgl. auch Art. 707 Abs. 3 OR 1991 und Art. 120 HRRegV 2007; Zusatzbotschaft 2008 (FN 2) 329 f. Ziff. 5.2; BÖCKLI (FN 4) 39; BÜHLER (FN 4) 276.

<sup>92</sup> Auf diese Dysfunktion hat bereits WATTER (FN 87) 13 hingewiesen.

<sup>93</sup> Art. 95 Abs. 3 Bst. d E-BV 2008.

<sup>94</sup> Vgl. dazu insbesondere BGE 119 IV 242 E. 1c m.w.H.

<sup>95</sup> Zusatzbotschaft 2008 (FN 2) 334, Ziff. 5.3; BÖCKLI (FN 4) 40; BÜHLER (FN 4) 281; LUKAS HANDSCHIN, «Abzocker-Initiative» ist rechtlich fragwürdig, Finanz und Wirtschaft Nr. 36 vom 12. Mai 2010, 25; vgl. auch FORSTMOSER (FN 5) 349, der die Strafbestim-

Pensionskassenverwalter vor, der künftig eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren gewärtigen müsste, weil ihm vorgehalten wird, er habe nicht im Interesse der Versicherten abgestimmt.

## VI. Revisionspunkte, die nur im indirekten Gegenentwurf des Parlaments enthalten sind

### A. Konkretisierung der Sorgfaltspflicht in Bezug auf die Festlegung der Vergütungen

Nach Art. 717 Abs. 1<sup>bis</sup> E-OR 2012 soll der Verwaltungsrat künftig verpflichtet werden, bei der Festlegung der Vergütungen dafür zu sorgen, «dass diese sowohl mit der wirtschaftlichen Lage als auch mit dem dauernden Gedeihen des Unternehmens im Einklang stehen und in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben, Leistungen und der Verantwortung der Empfänger stehen».

Die Initiative enthält keine entsprechende Forderung. Die Bestimmung 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 Unsorgfalt bei der Festlegung der Vergütungen die Gesellschaft schädigen – eine Rechtsfolge, die ihre Grundlage an sich auch im geltenden Recht finden würde<sup>96</sup>. Die Vorschrift konkretisiert letztlich die bereits im geltenden Recht enthaltene Sorgfaltspflicht, die der Gesetzgeber bewusst als *allgemeine Handlungsmaxime* ohne konkretes Pflichtenheft ausgestaltet hat, um Regelungslücken möglichst vorzugreifen<sup>97</sup>. Die Konkretisierung der Sorgfaltspflicht ist Lehre und Praxis überlassen. Es ist an sich nicht nötig und vor allem nicht einleuchtend, nun ausschliesslich in Bezug auf die Festlegung der Vergütungen von dieser Konzeption abzuweichen.

### B. Pflicht zum Erlass eines Vergütungsreglements und zur Erstellung eines Vergütungsberichts

Die ebenfalls nur im indirekten Gegenentwurf vorgeschlagene Ergänzung der Katalogs der unentziehbaren und unübertragbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates um die Pflicht zum Erlass eines Vergütungsreglements und zur Erstellung eines Vergütungsberichts<sup>98</sup> mit bestimmten *Mindestinhalten*<sup>99</sup> ist demgegenüber durchaus zweckmässig und entspricht an sich einer bereits etablierten Praxis bei börsenkotierten Gesellschaften<sup>100</sup>.

### C. Verschärfte Rückerstattungsklage bei ungerechtfertigten Bezügen

Auch der bereits in der Botschaft von 2007<sup>101</sup> enthaltene Vorschlag des Bundesrates zu einer Verschärfung und Präzisierung der Rückerstattungsklage hat in den indirekten Gegenentwurf des Parlaments Eingang gefunden<sup>102</sup>: Hat ein Verwaltungsratsmitglied, eine *mit der Geschäftsführung befasste Person*, ein Mitglied des Beirats oder eine diesen nahestehende Person Leistungen bezogen, die in einem *Missverhältnis* zur Gegenleistung stehen, soll die Gesellschaft oder der Aktionär – auch ohne Nachweis der Bösgläubigkeit – auf Rückerstattung an die Gesellschaft klagen können. Bei der Beschlussfassung über die Anhebung der Rückerstattungsklage soll zudem das Privileg der Stimmrechtsaktien entfallen<sup>103</sup>.

Problematisch ist dabei der Verzicht auf das bestehende Erfordernis des «*offensichtlichen*» Missverhältnisses zur erbrachten Gegenleistung. Mit dieser Lösung wird die Beurteilung der Angemessenheit der Vergütungen letztlich vollständig in das richterliche Ermessen gelegt. Die Gerichte dürften jedoch kaum im Stande sein, diese Bewertung mit zivilprozessualen Mitteln in einer rechtlich nachvollziehbaren Art vorzunehmen<sup>104</sup>.

Zu Recht verworfen wurde indessen der im Zusatzentwurf<sup>105</sup> eingebrachte Vorschlag des Bundesrates, wonach auch die *Gläubiger* zur Erhebung der Rückerstattungsklage aktiv legitimiert sein sollten. Diesen haben gar kein Rechtsschutzinteresse, solange die Gesellschaft aufrecht

mungen als «abwegig» bezeichnet und mit ihnen vor allem negative Auswirkungen für den Standort Schweiz in Verbindung bringt.

<sup>96</sup> BÜHLER (FN 33) N. 644a und (FN 4) 274; vgl. auch VOGT/SCHWOW/WIEDMER (FN 59) 1381, und kritisch BÖCKLI (FN 4) 36 f.; ders., Die Schweizer Verwaltungsräte zwischen Hammer und Amboss, SJZ 106 (2010) 1 ff., 9; der mit dieser Bestimmung «grosse rechtliche Auswirkungen» verbindet.

<sup>97</sup> BGE 122 III 198 E. 3 und BGer 5.1.2011, 4A\_467/2010; vgl. auch ERIC HOMBURGER, in: Gauch/Schmid (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/b, Obligationenrecht, Der Verwaltungsrat, Zürich 1997, Art. 717 N. 764; WATTER/ROTH PELLANDA, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. A. Zürich 2012, Art. 717 N. 3 m.w.H.

<sup>98</sup> Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2<sup>bis</sup> E-OR 2012.

<sup>99</sup> Art. 731d-h E-OR 2012.

<sup>100</sup> 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 (FN 4) 70 ff.; VOGT/SCHWOW/WIEDMER (FN 59) 1376; BÜHLER (FN 4) 274.

<sup>101</sup> Botschaft 2007 (FN 7) 1663, Ziff. 2.1.14.

<sup>102</sup> Art. 678 E-OR 2012.

<sup>103</sup> Art. 693 Abs. 3 Ziff. 5 E-OR 2012.

<sup>104</sup> Vgl. BÖCKLI (FN 4) 35; ANDREAS BINDER, Die aktienrechtliche Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen, GesKR Sondernummer (2008) 66 ff., 69; BÜHLER (FN 33) N. 727; GLANZMANN (FN 72) 672.

<sup>105</sup> Art. 678 Abs. 4 E-OR 2008.

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 Prozesserfolg<sup>106</sup>.

## VII. Synthese: Grundlegende Unterschiede zwischen Initiative und Gegenentwurf

Aufgrund der Gegenüberstellung und Analyse der einzelnen Bestimmungen der beiden Vorlagen wird deutlich, dass diese – selbst in Bereichen, in denen sie materiell die gleiche Stossrichtung haben – die folgenden grundlegenden Unterschiede in den Regelungsansätzen aufweisen:

Bereich	Volksinitiative	Indirekter Gegenentwurf
Regelungsebene	Verfassungsänderung	Gesetzesänderung
Gestaltungsfreiheit	Zwingende Bestimmungen	Zwingende und dispositive Bestimmungen
Verantwortlichkeit der Führungsorgane	Strafen bei Widerhandlung	Aktienrechtliche Verantwortlichkeit

### A. Regelungsebenen: Verfassung versus Gesetz

Der erste Unterschied besteht in der *Regelungsebene*: Während die Minder-Initiative auf eine Verfassungsänderung abzielt, würde der Gegenentwurf des Parlaments zu Gesetzesänderungen führen.

Es steht an sich ausser Frage, dass Regeln über die Vergütung von Spitzenorganen von hohem Bestimmtheitsgrad nicht in die Verfassung gehören. Anders als in den Kantonen und Gemeinden gibt es auf Bundesebene jedoch keine Gesetzesinitiative. Die Initianten der «Abzocker»-Initiative sahen sich daher veranlasst, eine *Verfassungsänderung* zu verlangen. Diese wird freilich im Falle ihrer Annahme ebenfalls auf Gesetzesstufe umzusetzen sein<sup>107</sup>.

Das Parlament hatte dabei grundsätzlich die Wahl, der Volksinitiative auf Verfassungsstufe einen direkten oder auf Gesetzesstufe einen indirekten Gegenentwurf gegenüberzustellen, und sich am 15. Juni 2012 für letztere Variante entschieden<sup>108</sup>.

### B. Gestaltungsfreiheit: Zwingendes Recht versus dispositives Recht

Der zweite grundlegende Unterschied liegt in der *Gestaltungsfreiheit*, welche die Vorlagen den Gesellschaftsorganen belassen: Die Minder-Initiative beinhaltet – das ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut, sondern vor allem auch aus der historischen Entwicklung und der klaren Stossrichtung der Initiative – ausschliesslich *zwingende* Bestimmungen<sup>109</sup> und stellt absolute *Verbotsnormen* auf, welche einen hohen Determinierungsgrad aufweisen und damit nicht nur die Gestaltungsfreiheit der Führungsorgane, sondern auch diejenige der Aktionäre teilweise in unverhältnismässiger Weise erheblich einschränken, ja diese geradezu entmündigen<sup>110</sup>. Der indirekte Gegenentwurf enthält demgegenüber verschiedene *dispositive* Bestimmungen, welche es der Generalversammlung ermöglichen zu entscheiden, ob sie in den Statuten abweichende Vergütungsregeln vorsehen wollen. Er trägt damit dem grundsätzlich liberal ausgestalteten Schweizer Aktienrecht<sup>111</sup>, das den Aktionären ein weitgehendes Selbstbestimmungsrecht vermitteln soll, stärker Rechnung als die Initiative.

### C. Verantwortlichkeit der Führungsorgane: Strafrecht versus Aktienrecht

Der dritte Hauptunterschied besteht schliesslich in der Regelung der *Verantwortlichkeit der Führungsorgane*: Die Minder-Initiative will den Verstoss gegen die Vergütungsbestimmungen, wie erwähnt, unter Strafe stellen und würde damit zu einer weiteren «Verstrafrechtlichung des Wirtschaftslebens»<sup>112</sup> beitragen. Die Forderung der Initiative schiesst hier über das Ziel hinaus, zumal das geltende Strafrecht mit den Tatbeständen der Veruntreuung (Art. 138 StGB), der ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) und unwahre Angaben über kaufmännische Gewerbe (Art. 152 StGB) die wirklich kriminellen Verhaltensweisen in diesem Bereich bereits erfasst<sup>113</sup>. Und die weiteren möglichen Verstösse gegen die Forderungen der Initiative, wie z.B. die Abstimmungspflicht für Pensionskassen, dürften keinen Unrechtsge-

<sup>106</sup> Vgl. BINDER (FN 104) 69; BÜHLER (FN 33) N. 727; VOGT/SCHWOW/WIEDMER (FN 43) 1384.

<sup>107</sup> So auch FORSTMOSER (FN 5) 341.

<sup>108</sup> Amtliches Bulletin des Ständerates und des Nationalrates vom 15. Juni 2012.

<sup>109</sup> FORSTMOSER (FN 5) 341; KNOBLOCH (FN 5) 373; HANSUELI SCHÖCHLI, «Abzocker»-Initiative mit verdächtiger Hintertüre, NZZ vom 30. November 2012; a.M. offenbar HÄUSERMANN (FN 5) 538, der gestützt auf eine die juristische Methodenlehre m.E. zu stark strapazierende Auslegung zum Ergebnis gelangt, die Initiative fordere lediglich eine neue Vergütungsregelung nach bestimmten «Grundsätzen», was auch Ausnahmen zulasse; der Gesetzgeber habe mithin die Wahl, die Initiative auch durch *dispositive* Regeln umzusetzen.

<sup>110</sup> FORSTMOSER (FN 5) 341; ders. (FN 4) 160.

<sup>111</sup> So auch die Stossrichtung der Botschaft 2007 (FN 7) 1606, Ziff. 1.3.1, zur Revision des Aktienrechts: «Insbesondere gilt es, die grosse Elastizität des schweizerischen Aktienrechts zu bewahren und die neuen Regeln flexibel zu gestalten [...]».

<sup>112</sup> MARCEL A. NIGGLI, Eternit, Risiko und Strafrecht, in: NZZ vom 8. Juni 2012, 21; vgl. auch FORSTMOSER (FN 5) 342.

<sup>113</sup> Darauf hat bereits HÄUSERMANN (FN 5) 13 hingewiesen.

halt aufweisen, der es rechtfertigen würde, sie mit harten Freiheitsstrafen zu sanktionieren<sup>114</sup>.

### VIII. Ausblick: Weiteres Verfahren und Übergangsrecht

Der indirekte Gegenentwurf des Parlaments tritt im Gegensatz zu einem direkten Gegenentwurf, über den das Volk im Rahmen der Abstimmung gleich abschliessend hätte mitentscheiden können, nur *unter Vorbehalt eines Gesetzesreferendums* in Kraft. Das Volk wird am 3. März 2013 nur über die Abzocker-Initiative abstimmen können. Nach dieser weichenstellenden Abstimmung sind hinsichtlich des weiteren Verfahrensverlaufs zwei Varianten möglich:

- (i) Die Volksinitiative Minder wird angenommen: In diesem Fall hat der Bundesrat gemäss der in der Volksinitiative enthaltenen Übergangsbestimmung innerhalb eines Jahres nach der Annahme der Volksinitiative quasi gesetzesvertretende «Ausführungsbestimmungen» zu erlassen, die in Kraft bleiben, bis die Umsetzung auf Gesetzesstufe erfolgt ist. Es ist dabei davon auszugehen, dass die Verabschiedung entsprechender Gesetzesbestimmungen länger als ein Jahr dauern würde. Spätestens nach einem Jahr würde also die Initiative übergangsweise gemäss den Ausführungsbestimmungen des Bundesrates in Kraft treten. Da der Bundesrat in diesem Fall möglicherweise für die Generalversammlungen 2014 Rechtssicherheit und eine einheitliche Handhabung gewährleisten möchte, ist damit zu rechnen, dass die neuen Vergütungsbestimmungen bereits per 1. Januar 2014 in Kraft treten würden und somit bereits an den Generalversammlungen 2014 zur Anwendung kommen könnten. Denkbar ist aber freilich auch ein Inkrafttreten der Revision erst per 1. März 2014, was dann dazu führen könnte, dass einige Generalversammlungen noch nach altem Vergütungsregime und andere bereits nach der neuen Regelung durchgeführt würden.
- (ii) Nach der zweiten Variante wird die Volksinitiative Minder abgelehnt: In diesem Fall tritt der indirekte Gegenentwurf des Parlaments unter Vorbehalt des fakultativen Referendums gemäss den vom Bundesrat zu erlassenden Bestimmungen in Kraft. Wird kein Referendum ergriffen, wäre mit einem Inkrafttreten frühestens per Anfang 2014, eventuell aber auch erst per Mitte 2014 zu rechnen, so dass das neue Vergütungsregime möglicherweise erst auf die Generalversammlungen 2015 anwendbar sein würde.

Die Theoretiker und natürlich die sogenannten «Abzocker», deren Anreiz auf allzu hohe Vergütungen mit diesen Vorlagen im Zaum gehalten werden soll, mögen vielleicht noch an eine *dritte, allerdings eher unwahrscheinliche Variante*<sup>115</sup> denken: Dann nämlich, wenn die Minder-Initiative abgelehnt und gegen den indirekten Gegenentwurf erfolgreich das Referendum ergriffen würde, bliebe im Vergütungsbereich wohl vorerst alles beim Alten.

<sup>114</sup> HÄUSERMANN (FN 5) 13; HANDSCHIN (FN 95) 25; vgl. auch Zusatzbotschaft 2008 (FN 2) 334.

<sup>115</sup> So auch KNOBLOCH (FN 5) 378, der diese Variante geradezu als «illusorisch» einstuft, weil sie «politischen Selbstmord» bedeuten würde.