



Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA)

Erläuternder Bericht

14. Juni 2013

Inhaltsverzeichnis

1	Ausgangslage und neue Verfassungsbestimmung	5
2	Struktur, Gliederung und Grundzüge der Verordnung	6
2.1	Struktur	6
2.2	Gliederung und Grundzüge	7
3	Erläuterungen einzelner Bestimmungen	8
3.1	Geltungsbereich (Art. 1)	8
3.2	Generalversammlung (Art. 2)	10
3.3	Verwaltungsrat (Art. 3-6).....	11
3.3.1	Wahl und Amtsdauer.....	11
3.3.2	Unübertragbare Aufgabe.....	11
3.3.3	Übertragung der Geschäftsführung	12
3.4	Vergütungsausschuss (Art. 7)	12
3.5	Unabhängiger Stimmrechtsvertreter (Art. 8-11).....	13
3.5.1	Grundsatz	13
3.5.2	Wahl und Amtsdauer.....	14
3.5.3	Erteilung von Vollmachten und Weisungen	14
3.5.4	Aufgaben	15
3.6	Statutenbestimmungen (Art. 12)	15
3.6.1	Zwingend notwendiger Statuteninhalt.....	15
3.6.2	Bedingt notwendiger Statuteninhalt	16
3.7	Vergütungsbericht (Art. 13-17).....	17
3.7.1	Erstellung, Bekanntgabe und Veröffentlichung des Vergütungsberichts.....	17
3.7.2	Transparenz der Vergütungen.....	18
3.7.3	Prüfung durch die Revisionsstelle	19
3.8	Beschlüsse der Generalversammlung (Art. 18 f.)	19
3.8.1	Genehmigungsmechanismus der Verordnung	19
3.8.2	Zweiter Antrag und ausserordentliche Generalversammlung	21
3.8.3	Statutarische Regelung	21
3.8.4	Zusatzbetrag für die Geschäftsleitung	22
3.9	Unzulässige Vergütungen (Art. 20 f.).....	23

3.9.1	Unzulässige Vergütungen in der Gesellschaft	23
3.9.2	Abgangsentschädigungen	23
3.9.3	Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden, Antrittsprämien	25
3.9.4	Provisionen für Umstrukturierungen	26
3.9.5	Vergütungen ohne (ausreichende) statutarische Grundlage.....	26
3.9.6	Unzulässige Vergütungen im Konzern	27
3.10	Stimm- und Offenlegungspflicht für Vorsorgeeinrichtungen (Art. 22 f.)	27
3.10.1	Vorbemerkungen.....	27
3.10.2	Stimmpflicht	28
3.10.3	Offenlegungspflicht	30
3.11	Strafbestimmungen (Art. 24 f.)	30
3.11.1	Bestimmtheitsgebot.....	30
3.11.2	Normstufe	31
3.11.3	Auslegungsgrundsätze.....	32
3.11.4	Verhältnismässigkeitsprinzip	32
3.11.5	Zur Strafandrohung von Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe d BV	33
3.11.6	Offizialdelikte oder Antragsdelikte?	34
3.11.7	Verhältnis zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs	35
3.11.8	Einziehung bzw. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes.....	36
3.11.9	Strafbarkeit des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates (Art. 24)36	
3.11.10	Strafbarkeit bei Vorsorgeeinrichtungen	39
3.11.11	Zu den Strafandrohungen in Artikel 24 und 25	39
3.12	Übergangsbestimmungen (Art. 26-32).....	44
3.12.1	Anwendbares Recht im Allgemeinen.....	44
3.12.2	Anpassung von Statuten und Reglementen	44
3.12.3	Anpassung von altrechtlichen Arbeitsverträgen.....	45
3.12.4	Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats und des Vergütungsausschusses	46
3.12.5	Unabhängiger Stimmrechtsvertreter.....	46
3.12.6	Genehmigungen durch die Generalversammlung	46
3.12.7	Stimm- und Offenlegungspflicht	47

3.13	Inkrafttreten (Art. 33).....	47
4	Wirtschaftliche Auswirkungen	47

1 Ausgangslage und neue Verfassungsbestimmung

Am 3. März 2013 haben Volk und Stände der Volksinitiative "gegen die Abzockerei"¹ deutlich zugestimmt.² Artikel 95 der Bundesverfassung (BV)³ zur privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit wurde durch die Annahme der Volksinitiative um einen Absatz 3 erweitert:⁴

¹ Der Bund kann Vorschriften erlassen über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit.

² Er sorgt für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum. Er gewährleistet, dass Personen mit einer wissenschaftlichen Ausbildung oder mit einem eidgenössischen, kantonalen oder kantonal anerkannten Ausbildungsabschluss ihren Beruf in der ganzen Schweiz ausüben können.

³ 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 abgestimmt 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.

Art. 197 BV, der die Übergangsbestimmungen der Bundesverfassung enthält, sieht neu die folgende Ziffer 10 vor:

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.

Spätestens ein Jahr nach der Volksabstimmung muss der Bundesrat folglich zur Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV eine Verordnung erlassen. Das Bundesamt für Justiz wurde beauftragt, die Umsetzungsarbeiten so zu planen, dass der Bundesrat die Verordnung bereits

¹ Botschaft zur Volksinitiative "gegen die Abzockerei" und zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2009 299 ff. (Geschäft 08.080); Erläuterungen des Bundesrates zur Volksabstimmung vom 3. März 2013.

² <http://www.admin.ch/ch/d/pore/va/20130303/index.html> (68 Prozent Ja-Stimmen; Zustimmung sämtlicher Kantone).

³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

⁴ AS 2013 1303 f.

auf den 1. Januar 2014 in Kraft setzen kann.⁵ Das EJPD beabsichtigt, sich bei der Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV sehr eng an den Wortlaut des Verfassungstextes zu halten und diesen möglichst wortgetreu umzusetzen. Gleichzeitig achtet das EJPD darauf, dass die Praktikabilität, die inhaltliche Kohärenz und die Verständlichkeit der zukünftigen Verordnung gewährleistet sind.

Der indirekte Gegenvorschlag des Parlaments zur Volksinitiative⁶ wurde durch deren Annahme durch Volk und Stände gegenstandslos. Er entsprach den Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 BV nur teilweise, da er insbesondere flexiblere Lösungen vorsah.⁷

Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates hat an ihrer Sitzung vom 25. April 2013 mit 22 zu 0 Stimmen bei 1 Enthaltung beschlossen, dem Nationalrat zu beantragen, die Vorlage der hängigen Aktienrechtsrevision (Vorlage 1 zum Geschäft 08.011) an den Bundesrat zurückzuweisen. Dieser soll beauftragt werden, die Vorlage unter Berücksichtigung der mit der Annahme der Volksinitiative eingeführten neuen verfassungsmässigen Vorgaben zu überarbeiten. Der Kommission ist es ein Anliegen, dass diese Überarbeitung zügig erfolgt, damit Artikel 95 Absatz 3 BV möglichst rasch auf formell-gesetzlicher Ebene umgesetzt werden kann.⁸

2 Struktur, Gliederung und Grundzüge der Verordnung

2.1 Struktur

Das EJPD beabsichtigt, sämtliche Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 BV in einer einzigen Verordnung – in der neuen Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA) – umzusetzen. Die Verordnung enthält also nicht nur Aktienrecht, sondern auch Regelungen zu den Vorsorgeeinrichtungen und strafrechtliche Bestimmungen. Dieses Vorgehen hat den Vorteil, dass die Adressaten nur mit einem neuen, konsolidierten Rechtserlass konfrontiert werden. Auch muss im Zeitpunkt des Inkrafttretens der formell-gesetzlichen Bestimmungen des Parlaments nur eine Verordnung aufgehoben werden. Dies schafft Rechtsklarheit und damit Rechtssicherheit.

Auf den direkten Eingriff in das Obligationenrecht (OR)⁹, das Bundesgesetz über die berufliche Vorsorge (BVG)¹⁰ und das Strafgesetzbuch (StGB)¹¹ wird bewusst verzichtet. Dadurch

⁵ Medienmitteilung des Bundesrats vom 26. März 2013.

⁶ Vorlage 1 des Geschäfts 10.443. Vgl. Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 25. Oktober 2010 zur parlamentarischen Initiative Indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative "gegen die Abzockerei", BBl 2010 8253 ff.; Stellungnahme des Bundesrates vom 17. November 2010 zum Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 25. Oktober 2010 zur parlamentarischen Initiative Indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative "gegen die Abzockerei", BBl 2010 8323 ff.

⁷ Vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 18. Dezember 2012.

⁸ Medienmitteilung der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 26. April 2013.

⁹ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR, SR 220).

¹⁰ Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.4.).

kann der Parallelismus der Erlassformen und Zuständigkeiten gewahrt werden. Der Bundesrat greift nicht formell in Bundesgesetze ein, deren Erlass der Bundesversammlung obliegt (Art. 163 Abs. 1 und Art. 164 Abs. 1 BV).

2.2 Gliederung und Grundzüge

Die Gliederung der Verordnung folgt den verschiedenen betroffenen Rechtsgebieten:

- Aktienrecht (Abschnitt 2 bis 9),
- berufliche Vorsorge (Abschnitt 10) und
- Strafrecht (Abschnitt 11).

Die Bestimmungen zum Aktienrecht gliedern sich in die Bereiche Wahlen und Aufgaben der Organe und Personen, die von Art. 95 Abs. 3 BV in die Pflicht genommen werden (Abschnitt 2 bis 5), Regelung und Transparenz von vergütungsrelevanten Bereichen (Abschnitt 6 und 7) und Zulässigkeit der Vergütungen der Organe (Abschnitt 8 und 9).

Die Verordnung gegen die Abzockerei sieht die folgenden Regelungen vor:

- 1. Abschnitt: Geltungsbereich
Die Verordnung betrifft Aktiengesellschaften, deren Sitz in der Schweiz ist und deren Aktien an einer in- oder ausländischen Börse kotiert sind. Zudem enthält sie Regelungen zu den Vorsorgeeinrichtungen, die börsenkotierte Aktien halten.
- 2. Abschnitt: Generalversammlung
Die Generalversammlung erhält die unübertragbaren Befugnisse, die Präsidentin oder den Präsidenten des Verwaltungsrats, die Mitglieder des Vergütungsausschusses und die unabhängige Stimmrechtsvertretung zu wählen. Zudem muss sie sämtliche Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats genehmigen.
- 3. Abschnitt: Verwaltungsrat
Die Amtsdauer der Mitglieder des Verwaltungsrats beträgt ein Jahr; eine Wiederwahl ist möglich. Der Verwaltungsrat behält die unentziehbare und unübertragbare Aufgabe, den Vergütungsbericht zu erstellen. Die Generalversammlung wählt zudem die Präsidentin oder den Präsidenten des Verwaltungsrates.
- 4. Abschnitt: Vergütungsausschuss
Die Mitglieder des Vergütungsausschusses sind Mitglieder des Verwaltungsrats und werden jährlich von der Generalversammlung gewählt. Die Statuten bestimmen die Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses.
- 5. Abschnitt: Unabhängiger Stimmrechtsvertreter
Depot- und Organstimmrecht sind abgeschafft. Die einzig zulässige Art der institutionellen Stimmrechtsvertretung erfolgt durch die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder den

¹¹ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311).

unabhängigen Stimmrechtsvertreter, welche durch die Generalversammlung gewählt werden. Die Gesellschaft stellt sicher, dass die Aktionärinnen und Aktionäre der unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter auch elektronisch Vollmachten und Weisungen erteilen können.

- 6. Abschnitt: Statutenbestimmungen

Die Statuten müssen bestimmte Angaben zu den Aktivitäten und Anstellungsverhältnissen der Organe sowie zu den Vergütungen und dem Genehmigungsmechanismus enthalten.

- 7. Abschnitt: Vergütungsbericht

Der Verwaltungsrat erstellt jährlich einen schriftlichen Vergütungsbericht, in dem die Vergütungen der Organmitglieder offen gelegt werden.

- 8. Abschnitt: Genehmigungen durch die Generalversammlung

Die Generalversammlung genehmigt prospektiv die fixe Vergütung und retrospektiv die variable Vergütung an die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats. Es werden nicht die Vergütungen an die einzelnen Mitglieder dieser Organe genehmigt, sondern die jeweiligen Gesamtbeträge. Die Statuten können unter bestimmten Voraussetzungen einen anderen Genehmigungsmechanismus vorsehen.

- 9. Abschnitt: Unzulässige Vergütungen

Sämtliche Abgangsentschädigungen, Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden und Provisionen für die Übernahme oder Übertragung von Unternehmen oder Teilen davon sind untersagt. Vergütungen für zusätzliche Arbeiten im Konzern sind zulässig, wenn sie im Vergütungsbericht offen gelegt und von der Generalversammlung genehmigt werden.

- 10. Abschnitt: Stimm- und Offenlegungspflicht für Vorsorgeeinrichtungen

Die Vorsorgeeinrichtungen müssen ihre Stimmrechte aus börsenkotierten Aktien im Interesse der Versicherten ausüben. Sie legen gegenüber ihren Versicherten offen, wie sie abgestimmt haben.

- 11. Abschnitt: Strafbestimmungen

Verstöße gegen die zwingenden Vorschriften der Verordnung werden strafrechtlich verfolgt.

- 12. Abschnitt: Übergangsbestimmungen

Die Verordnung wird stufenweise wirksam.

- 13. Abschnitt: Inkrafttreten

Die Verordnung soll auf den 1. Januar 2014 in Kraft gesetzt werden.

3 Erläuterungen einzelner Bestimmungen

3.1 Geltungsbereich (Art. 1)

Artikel 1 Absatz 1 definiert den Geltungsbereich der Verordnung gegen die Abzockerei. Sie

betrifft direkt oder indirekt Aktiengesellschaften,

- die dem Schweizer Aktienrecht unterliegen (Art. 620-763 OR) und
- deren Aktien an einer in- oder ausländischen Börse kotiert sind.

Es wird – dem einleitenden Satz von Artikel 95 Absatz 3 BV entsprechend – nicht an die umfassenderen Begriffe der Publikumsgesellschaften (Art. 727 Abs. 1 Ziff. 1 OR) bzw. der börsenkotierten Beteiligungspapiere (s. Art. 958e Abs. 1 Ziff. 2, Art. 963b Abs. 1 Ziff. 1 OR, darunter fallen neben den Aktien auch Partizipations- und Genussscheine sowie „weitere Beteiligungspapiere“) angeknüpft. Entscheidend ist, ob die Namen- oder Inhaberaktien einer Aktiengesellschaft teilweise oder vollständig an einer in- oder ausländischen Börse kotiert sind.

In der Schweiz gelten als Börsen Einrichtungen des Effektenhandels, die den gleichzeitigen Austausch von Angeboten unter mehreren Effektenhändlern sowie den Vertragsabschluss bezwecken (Art. 2 Bst. b BEHG¹²). Obschon das ausländische Recht seine Börsen eigenständig reguliert, muss die schweizerische Definition sinngemäss auf den Begriff der ausländischen Börse angewendet werden. Nur öffentlich regulierte und anerkannte Einrichtungen, die der Definition von Artikel 2 Buchstabe b BEHG entsprechen, rechtfertigen die Auferlegung der Pflichten, die sich aus der Verordnung ergeben.¹³ Ansonsten bestünde die Gefahr, dass der ausländische Gesetzgeber oder sogar Private den sachlichen Geltungsbereich der Verordnung direkt beeinflussen könnten.

Nach Artikel 2 Buchstabe c BEHG ist unter dem Begriff der Kotierung die Zulassung zum Handel an der Haupt- oder Nebenbörse zu verstehen. Unter dem Begriff der Börsenkotierung ist nur auf die Kotierung abzustellen, die auf Veranlassung der Gesellschaft selbst herbeigeführt wurde.

Artikel 1 Absatz 2 hält fest, was sich implizit bereits aus Artikel 197 Ziffer 10 BV ergibt: Die Bestimmungen der Verordnung gehen widersprechenden Bestimmungen des Obligationenrechts vor. Dies betrifft insbesondere die folgenden Bereiche:

- Die Offenlegung der Vergütungen erfolgt nicht mehr im Anhang zur Jahresrechnung, sondern im Vergütungsbericht (Art. 13-17). Der Vergütungsbericht ersetzt die Angaben im Anhang zur Bilanz nach Artikel 663b^{bis} OR.
- Die Generalversammlung wählt die Mitglieder des Verwaltungsrats und dessen Präsidentin oder Präsidenten einzeln für die Dauer eines Jahres (Art. 3 f.). Zu den widersprechenden Bestimmungen des geltenden Rechts: Artikel 710 und 712 OR.
- Das Organ- und das Depotstimmrecht sind verboten (Art. 11). Zu den widersprechenden Bestimmungen des geltenden Rechts: Artikel 689c und 689d OR.
- Die Generalversammlung wählt den oder die unabhängige Stimmrechtsvertretung für die Dauer von einem Jahr (Art. 8). Zur widersprechenden Bestimmung des geltenden

¹² Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG, SR 954.1).

¹³ Vgl. BSK OR II-WATTER/MAIZAR, Art. 727 N 9; CHK-OERTLE/HÄNNI, Art. 727-727a N 16.

Rechts: Artikel 689c OR.

- Es wird präzisiert, dass die Geschäftsführung nur an natürliche Personen übertragen werden kann (Art. 6). Zur Bestimmung des geltenden Rechts, welche vom Wortlaut her weniger eng ist: vgl. Artikel 716b Absatz 1 OR.

Die erwähnten Gesetzesbestimmungen, die Artikel 95 Absatz 3 BV und der Verordnung gegen die Abzockerei widersprechen, sind somit für börsenkotierte Gesellschaften während der Geltungsdauer der Verordnung faktisch ausser Kraft gesetzt.

Der Vorrang der Verordnung muss hinsichtlich des BVG¹⁴ und des StGB¹⁵ nicht festgehalten werden, da die Bestimmungen zu den Vorsorgeeinrichtungen (Art. 22 f.) und die Strafnormen (Art. 24 f.) keine Korrelate im geltenden Recht kennen.

Weitere Bestimmungen des geltenden Aktienrechts werden durch die Verordnung komplettiert, so z.B. Artikel 626, Artikel 627, Artikel 698 Absatz 2 und Artikel 716a Absatz 1 OR.

Die Klammern bei den einzelnen Artikeln verweisen auf die gesetzlichen Bestimmungen, die einen direkten Bezug zur neuen Verordnungsbestimmung aufweisen. In welchem konkreten Verhältnis eine Bestimmung der Verordnung zu ihrem Bezugspunkt im Gesetz steht (faktische Aufhebung, faktische Änderung oder Ergänzung), wird im Verordnungstext in der Regel nicht explizit klargestellt, sondern ist jeweils aufgrund der Sachlogik zu bestimmen.

3.2 Generalversammlung (Art. 2)

Artikel 2 listet die unübertragbaren Befugnisse auf, die der Generalversammlung aufgrund von Artikel 95 Absatz 3 BV bzw. der Verordnung zukommen. Es sind dies die folgenden Befugnisse:

- die Wahl der Präsidentin oder des Präsidenten des Verwaltungsrats und gegebenenfalls der Stellvertreterin oder des Stellvertreters (Art. 4);
- die Wahl der Mitglieder des Vergütungsausschusses (Art. 7);
- die Wahl der unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder des unabhängigen Stimmrechtsvertreters (Art. 8);
- die Genehmigung der Vergütungen des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats (Art. 18 f.).

Die weiteren unübertragbaren Befugnisse der Generalversammlung ergeben sich aus dem geltenden Aktienrechts, so insbesondere die Wahl des Verwaltungsrates sowie die Befugnis zur Festsetzung und Änderung der Statuten (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 OR).

¹⁴ SR 831.4

¹⁵ SR 311

3.3 Verwaltungsrat (Art. 3-6)

3.3.1 Wahl und Amtsdauer

Gemäss geltendem Recht werden die Mitglieder des Verwaltungsrats auf drei Jahre gewählt, sofern die Statuten nichts anderes bestimmen. Die Amtsdauer darf jedoch sechs Jahre nicht übersteigen (Art. 710 Abs. 1 OR).

Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV schreibt vor, dass die Generalversammlung von börsenkotierten Aktiengesellschaften jährlich die Mitglieder des Verwaltungsrats und dessen Präsidentin oder Präsidenten einzeln wählt. Diese Vorgaben werden in den Artikeln 3 und 4 umgesetzt. Die betreffenden Personen sind jeweils für eine Dauer bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung gewählt. Die Amtsdauer endet erst am Schluss der nächsten ordentlichen Generalversammlung, da ansonsten insbesondere in Bezug auf die Verwaltungsratspräsidentin oder den Verwaltungsratspräsidenten ein nahtloser Übergang nicht gewährleistet werden könnte.

Sowohl die Mitglieder des Verwaltungsrats (Art. 3 Abs. 2 Satz 2) als auch dessen Präsidentin oder Präsident (Art. 4 Abs. 2 Satz 2) können wieder gewählt werden.

Die Generalversammlung kann für die Präsidentin oder den Präsidenten einen oder mehrere Stellvertreter wählen. Der oder die Stellvertreter werden von der Generalversammlung als Ersatz gewählt, um im Fall der Abwesenheit oder Verhinderung der Verwaltungsratspräsidentin oder des Verwaltungsratspräsidenten diese zeitweise zu vertreten.¹⁶ Dadurch kann eine Vakanz vermieden werden, die beispielsweise in Folge eines Rücktritts oder Todesfalls der Verwaltungsratspräsidentin oder des Verwaltungsratspräsidenten entsteht, welche zu einem Mangel in der zwingenden Organisation der Gesellschaft führen würde (Art. 731b, Art. 941a OR).¹⁷

Das Abberufungsrecht der Generalversammlung bleibt unverändert bestehen (Art. 705 OR), wird aber in Bezug auf die Verwaltungsratspräsidentin oder den Verwaltungsratspräsidenten präzisiert (Art. 4 Abs. 3). Die Generalversammlung kann somit die Verwaltungsratspräsidentin oder den Verwaltungsratspräsidenten oder allfällige Stellvertreterinnen oder Stellvertreter jederzeit mit sofortiger Wirkung in dieser Funktion abberufen, sie aber als Mitglieder des Verwaltungsrates beibehalten.

3.3.2 Unübertragbare Aufgabe

Der Verwaltungsrat hatte bisher die unübertragbare Aufgabe, die zusätzlichen Angaben zu

¹⁶ Vgl. IVO W. HUNGERBÜHLER, Der Verwaltungsratspräsident, Zürich 2003, S. 214 f.; ROLAND MÜLLER/PHILIPP THALMANN, Stellvertretung und Rechtsvertretung im Verwaltungsrat, REPRAX 2/2011, S. 14.

¹⁷ Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), BBl 2002 3148, 3232. Vgl. LUKAS BERGER/DAVID RÜETSCHI/FLORIAN ZIHLER, Die Behebung von Organisationsmängeln – handelsregisterrechtliche- und zivilprozessuale Aspekte, REPRAX 1/2012, S. 7 f.

den Vergütungen an den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat in den Anhang zur Jahresrechnung zu integrieren (Art. 663b^{bis} i.V.m. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR).

Neu erfolgt die Offenlegung dieser Informationen nicht mehr im Anhang zur Jahresrechnung, sondern in einem separaten Vergütungsbericht (Art. 13 ff.). Der geltenden Kompetenzordnung entsprechend hält Artikel 5 deshalb fest, dass der Verwaltungsrat die unübertragbare Aufgabe hat, den Vergütungsbericht zu erstellen. Selbstverständlich kann er zur Erstellung des Vergütungsberichts – wie bei der Erstellung des Geschäftsberichts (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR) – auch Personen von ausserhalb des Verwaltungsrats beiziehen.

3.3.3 Übertragung der Geschäftsführung

Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe b hält fest, dass die Führung der Gesellschaft nicht an eine juristische Person delegiert werden darf.

Artikel 6 regelt deshalb, dass die Geschäftsführung nur an natürliche Personen übertragen werden kann. Bereits die geltende Handelsregisterverordnung hält fest, dass u.a. juristische Personen nicht als Mitglied der Leitungs- oder Verwaltungsorgane bzw. als Zeichnungsberechtigte in das Handelsregister eingetragen werden können (Art. 120 HRegV¹⁸).

3.4 Vergütungsausschuss (Art. 7)

Die Generalversammlung wählt die Mitglieder des Vergütungsausschusses bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung. Die Wahl erfolgt für jedes Mitglied einzeln. Eine Wiederwahl ist möglich (Art. 7 Abs. 1 und 3).

Die Generalversammlung kann gemäss Artikel 7 Absatz 2 nur Mitglieder des Verwaltungsrats in den Vergütungsausschuss wählen. Die Verordnung sagt nichts zu den Anforderungen an die Mitglieder des Vergütungsausschusses, doch sollten gemäss der Empfehlung des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance alle Mitglieder des Vergütungsausschusses unabhängig sein.¹⁹ Dadurch kann ein allfälliger Interessenkonflikt bei der Festlegung der Vergütungen vermieden und die gesellschaftsinterne Corporate Governance sowie die Glaubwürdigkeit des Vergütungsausschusses gegenüber den Aktionärinnen und Aktionären gestärkt werden.

Die Mitglieder des Vergütungsausschusses verfügen über sämtliche Rechte, die ihnen auch als gewöhnliches Mitglied des Verwaltungsrats zustehen, z.B. die Auskunfts- und Einsichtsrechte (Art. 715a OR). Soweit es für die Erfüllung seiner Aufgaben notwendig ist, hat jedes Mitglied des Vergütungsausschusses das Recht, dass ihm Akten (z.B. Arbeitsverträge) und

¹⁸ Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV, SR 221.411). Vgl. CHAMPEAUX, SHK-HRegV, Art. 120 N 5.

¹⁹ Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Zürich 2007, Anhang 1 N 2.

Bücher (z.B. Dokumente zur Rechnungslegung) vorgelegt werden.

Die Statuten müssen die Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses festlegen (Art. 7 Abs. 4 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 Ziff. 3). Die Gesellschaft ist daher in der Ausgestaltung des Vergütungsausschusses grundsätzlich frei. So können die Statuten beispielsweise vorsehen, dass dem Vergütungsausschuss eine Beschlusskompetenz, eine Kompetenz zum Entscheid unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Gesamtverwaltungsrat oder eine reine Antragskompetenz zusteht.²⁰ Die Verordnung garantiert somit das Mitspracherecht der Aktionärinnen und Aktionäre und ermöglicht flexible und auf den Einzelfall abgestimmte Lösungen.

3.5 Unabhängiger Stimmrechtsvertreter (Art. 8-11)

3.5.1 Grundsatz

Bei der institutionellen Stimmrechtsvertretung handelt es sich um eine gesetzlich vorgesehene Sonderform der Stellvertretung, die spezifisch für die Vertretung zahlreicher Aktionärinnen und Aktionäre in der Generalversammlung konzipiert wurde. Die institutionelle Stimmrechtsvertretung umfasst im geltenden Recht die Organvertretung, die unabhängige Stimmrechtsvertretung und die Depotvertretung und ist in den Artikel 689c f. OR geregelt.

Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV verbietet nun aber die Organ- und Depotvertretung ausdrücklich und sieht vor, dass die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder der unabhängige Stimmrechtsvertreter jährlich durch die Generalversammlung gewählt werden muss. Daraus ergibt sich dreierlei: Zum Einen müssen börsenkotierte Gesellschaften den Aktionärinnen und Aktionären zwingend eine unabhängige Stimmrechtsvertretung anbieten. Zum Anderen muss die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder der unabhängige Stimmrechtsvertreter jährlich durch die Generalversammlung gewählt werden. Und schliesslich werden die anderen Formen der institutionellen Stimmrechtsvertretung, d.h. die Organ- und die Depotvertretung, ausdrücklich untersagt.

Artikel 8 ff. regeln daher die institutionelle Stimmrechtsvertretung bei börsenkotierten Gesellschaften neu und stellen klar, dass nur noch eine Form der institutionellen Stimmrechtsvertretung zulässig ist, nämlich die unabhängige Stimmrechtsvertretung.

Die gewillkürte Stellvertretung nach Artikel 689 Absatz 2 OR bleibt selbstverständlich nach wie vor möglich.

²⁰ Vgl. Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Zürich 2007, Anhang 1 N 1. Es ist auch möglich, diese Modelle miteinander zu kombinieren (z.B. beantragt der Vergütungsausschuss dem Verwaltungsrat die Vergütungen des Verwaltungsratspräsidenten und des CEO und bestimmt selber die Vergütungen aller anderen Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder).

3.5.2 Wahl und Amtsdauer

Die Wahl der unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder des unabhängigen Stimmrechtsvertreters ist eine unübertragbare Kompetenz der Generalversammlung (Art. 2 Ziff. 3). Die Generalversammlung kann eine oder mehrere unabhängige Stimmrechtsvertreterinnen oder Stimmrechtsvertreter wählen. Dadurch kann einer möglichen Vakanz vorgebeugt werden. Die Organ- und die Depotstimmrechtsvertretung nach Artikel 689c und 689d OR sind ausdrücklich untersagt (Art. 11).

Die Wahl erfolgt grundsätzlich an der ordentlichen Generalversammlung für die Dauer bis und mit zur nächsten ordentlichen Generalversammlung (Art. 8 Abs. 1 und 3). Die Generalversammlung wählt somit die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder den unabhängigen Stimmrechtsvertreter nicht nur für die nächste Generalversammlung, sondern auch für alle allfälligen ausserordentlichen Generalversammlungen, die zwischen der Wahl und der nächsten ordentlichen Generalversammlung stattfinden. Eine Wiederwahl bleibt selbstverständlich möglich (Art. 8 Abs. 3 Satz 2).

Wählbar sind gemäss Artikel 8 Absatz 2 natürliche oder juristische Personen oder Personengesellschaften, die von der börsenkotierten Gesellschaft unabhängig sind. Die Unabhängigkeit beurteilt sich entsprechend den Unabhängigkeitsvorschriften der Revisionsstelle bei der ordentlichen Revision nach Artikel 728 OR.

Gleich wie bei der Revisionsstelle (vgl. Art. 730a Abs. 4 OR) kann die Generalversammlung auch die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder den unabhängigen Stimmrechtsvertreter jederzeit mit sofortiger Wirkung abberufen (Art. 8 Abs. 4).

3.5.3 Erteilung von Vollmachten und Weisungen

Der Verwaltungsrat muss sicher stellen, dass die Aktionärinnen und Aktionäre die Möglichkeit haben, zu allen Anträgen Weisungen zu erteilen. Zu den in der Einberufung gestellten Anträgen zu Verhandlungsgegenständen müssen die Aktionärinnen und Aktionäre die Möglichkeit haben, zu jedem Antrag einzeln Weisungen zu erteilen (Art. 9 Abs. 1). Zu nicht angekündigten Anträgen sowie zu neuen Verhandlungsgegenständen nach Artikel 700 Absatz 3 OR müssen die Aktionärinnen und Aktionäre allgemeine Weisungen erteilen können (Art. 9 Abs. 2). Dies kann bspw. dadurch erfüllt werden, indem das Formular zu den bekannten Anträgen eine zusätzliche Rubrik "Nicht angekündigte Anträge" bzw. "Neue Verhandlungsgegenstände" enthält und dort die Möglichkeiten "Annahme", "Ablehnung", "Enthaltung" oder "Gemäss Verwaltungsrat" vorsieht.

Nach Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV können Aktionärinnen und Aktionäre elektronisch fernabstimmen. Diese Verfassungsvorgabe richtet sich aber nur an das sog. "indirect voting", d.h. die Möglichkeit der Aktionärinnen und Aktionäre, der Stimmrechtsvertreterin oder dem Stimmrechtsvertreter auf elektronischem Weg Vollmachten und Weisungen zu erteilen. Eine

direkte Teilnahme der Aktionärinnen und Aktionäre an der Generalversammlung auf elektronischem Weg ist von den Gesellschaften nicht zwingend vorzusehen, bleibt aber auch gestützt auf Artikel 95 Absatz 3 BV möglich.

Gemäss Artikel 9 Absatz 3 hat der Verwaltungsrat die Pflicht, die nötigen Vorkehrungen zu treffen, damit die Aktionärinnen und Aktionäre ihre Vollmachten und Weisungen an die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder den unabhängigen Stimmrechtsvertreter auf elektronischem Weg erteilen können. In der Ausgestaltung der elektronischen Identifikations- und Kommunikationssysteme sind die Gesellschaften jedoch frei, sofern die Aktionärsrechte dadurch nicht beschränkt werden. Die Gesellschaft kann folglich auch bestimmen, bis wann die elektronische Erteilung der Vollmachten und Weisungen möglich sein muss (die Statuten könnten bspw. vorsehen, dass die elektronische Weisungserteilung bis eine Stunde vor Beginn der Generalversammlung möglich sein muss).

3.5.4 Aufgaben

Die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder der unabhängige Stimmrechtsvertreter muss die übertragenen Stimmrechte weisungsgemäss ausüben (Art. 10 Abs. 1). Im Hinblick auf den Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen den Aktionärinnen und Aktionären und der unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter erscheint es sinnvoll, dass die Vollmacht mit den Weisungen direkt der Vertreterin oder dem Vertreter zugeschickt wird und nicht vorgängig der Gesellschaft zugestellt werden muss.

Damit der wirkliche Wille der Aktionärinnen und Aktionäre bei der Entscheidung der Gesellschaft möglichst unverfälscht zum Ausdruck kommt, sieht Artikel 10 Absatz 2 vor, dass sich die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder der unabhängige Stimmrechtsvertreter der Stimme enthalten muss, wenn er oder sie keine Weisungen erhalten hat. Gemäss dem allgemeinen Beschlussquorum nach Artikel 703 OR wirken sich Stimmenthaltungen wie "Nein"-Stimmen aus.

3.6 Statutenbestimmungen (Art. 12)

3.6.1 Zwingend notwendiger Statuteninhalt

In Erweiterung von Artikel 626 OR müssen die Statuten zu drei neuen Bereichen zwingend Bestimmungen enthalten (Art. 12 Abs. 1).

Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe c BV verlangt, dass die Statuten die "Anzahl Mandate ausserhalb des Konzerns" enthalten. Artikel 12 Absatz 1 Ziffer 1 schreibt deshalb vor, dass die Statuten eine Bestimmung enthalten muss über die Anzahl der zulässigen Tätigkeiten der Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats in den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen von Rechtseinheiten, die verpflichtet sind, sich ins Handelsregister

eintragen zu lassen und welche nicht durch die Gesellschaft kontrolliert werden oder welche die Gesellschaft nicht kontrollieren. Für den Begriff der Rechtseinheit kann auf Artikel 2 Buchstabe a HRegV abgestellt werden.²¹

Der Begriff der Kontrolle ist dem Rechnungslegungsrecht entnommen (Art. 963 Abs. 1 und 2 OR).²²

Die Einhaltung der statutarischen Obergrenze für zusätzliche Tätigkeiten bedeutet jedoch nicht, dass deren Ausübung per se zulässig ist. Es ist durchaus denkbar, dass die Übernahme von drei Verwaltungsratsmandaten ausserhalb des Konzerns zwar statutenkonform ist (z.B. wenn die Statuten eine Obergrenze von fünf zusätzlichen Tätigkeiten vorsehen), aber aufgrund des zusätzlichen Aufwands nicht mehr mit der allgemeinen Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrates gemäss Artikel 717 Absatz 1 OR in Einklang steht.

Sodann müssen die Statuten gemäss Artikel 12 Absatz 1 Ziffer 2 Bestimmungen über die Dauer der Arbeitsverträge für die Mitglieder der Geschäftsleitung enthalten. Diese zwingende Statutenbestimmung soll dazu dienen, die Umgehung des Verbots von Abgangsentschädigungen zu verhindern. Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe c BV verlangt zwar nicht explizit die statutarische Regelung der Kündigungsfristen. Gestützt auf die allgemeine Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrates muss dieser aber darauf achten, dass die statutarische Höchstdauer der Arbeitsverträge nicht durch übermässige Kündigungsfristen umgangen wird. Der Zweck der statutarischen Regelung – die Offenlegung der Maximalverpflichtung aufgrund von Arbeitsverträgen – verlangt, dass die Statuten nicht eine allzu allgemeine oder unrealistische Umschreibung der Dauer der Arbeitsverträge enthalten dürfen (Verpflichtung zu einer redlichen Rechtsanwendung).

Schliesslich müssen die Statuten auch die Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses regeln (Art. 12 Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Art. 7 Abs. 4).

3.6.2 Bedingt notwendiger Statuteninhalt

In Erweiterung von Artikel 627 OR müssen gemäss Artikel 12 Absatz 2 zur ihrer Verbindlichkeit in die Statuten Bestimmungen aufgenommen werden über:

- die Höhe der Darlehen, Kredite und Renten für die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats (Art. 12 Abs. 2 Ziff. 1, Art. 15 Abs. 1 und 2);
- die Grundsätze für die leistungsabhängigen Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats (Art. 12 Abs. 2 Ziff. 2, Art. 14 Abs. 2 Ziff. 1 und Art. 18 Abs. 1 Ziff. 2, 4 und 6);
- die Grundsätze für die Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten

²¹ Vgl. TURIN, SHK-HRegV, Art. 2 N 3.

²² Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBI 2008 1589, 1723.

an Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats (Art. 12 Abs. 2 Ziff. 3; Art. 14 Abs. 2 Ziff. 4);

- die Ermächtigung zur Übertragung der Geschäftsführung auf einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates oder andere natürliche Personen (Art. 12 Abs. 2 Ziff. 4, Art. 6);
- den Zusatzbetrag für die Vergütungen von Mitgliedern der Geschäftsleitung, die nach der Genehmigung der fixen Vergütung ernannt werden (Art. 12 Abs. 2 Ziff. 5, Art. 19);
- die abweichende Regelung zur Genehmigung der Vergütungen nach Artikel 18 Absatz 3 (Art. 12 Abs. 2 Ziff. 6).

Mit dem Ausdruck "Grundsätze" (Art. 12 Abs. 2 Ziff. 2 und 3) wird klargestellt, dass die Statuten nicht alle Detailregelungen in diesen Bereichen enthalten müssen. Die Aktionäre sollen jedoch die Möglichkeit erhalten, die wichtigsten Voraussetzungen und Grundlagen zu bestimmen und so die Leitplanken für die konkrete Ausgestaltung vorzugeben.

Enthalten die Statuten beispielsweise keine Angaben über die Grundsätze für die leistungsabhängigen Vergütungen oder für die Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten an Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats, sind solche Vergütungen unzulässig (Art. 20 Ziff. 4 und 5). Würden sie trotzdem ausgerichtet, würde die Gesellschaft über eine sofort fällige Forderung gegenüber den Empfängerinnen und Empfängern verfügen.²³ Auch die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Organe wäre wohl zu bejahen, wenn die Vergütungen nicht zurückerstattet würden und damit der Gesellschaft ein Schaden entstünde.

3.7 Vergütungsbericht (Art. 13-17)

3.7.1 Erstellung, Bekanntgabe und Veröffentlichung des Vergütungsberichts

Gemäss Artikel 13 Absatz 1 Satz 1 muss der Verwaltungsrat jährlich einen schriftlichen Vergütungsbericht erstellen. Er legt darin gegenüber der Generalversammlung verschiedene Aspekte zu den Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats bzw. diesen nahestehenden Personen offen.

Bisher waren diese Angaben nicht in einem eigenständigen Bericht, sondern im Anhang zur Bilanz²⁴ enthalten (Art. 663b^{bis} OR). Neu müssen die Gesellschaften diese Transparenz nicht mehr im Anhang zur Bilanz vornehmen, sondern in einem eigenständigen Vergütungsbericht. Dieser unterliegt aber weiterhin der Prüfung durch die Revisionsstelle (Art. 17). Durch diese Verschiebung wird vermieden, dass die Generalversammlung sowohl bei der Genehmigung der Jahresrechnung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR) als auch bei der Genehmigung der Gesamtbeträge der Vergütungen (Art. 18 f.) die Vergütungen genehmigt. Dadurch kann zudem widersprüchlichen Abstimmungsergebnissen vorgebeugt werden. Die Verordnung hebt

²³ Vgl. sinngemäss BSK OR II-KURER/KURER, Art. 680 N 25 ff.

²⁴ Neu: Anhang zur Jahresrechnung (Art. 959c OR).

somit Artikel 663b^{bis} OR faktisch auf (Art. 13 Abs. 1 Satz 2).

Für die Bekanntgabe und die Veröffentlichung des Vergütungsberichts (Art. 13-16) sowie der Prüfungsbestätigung (Art. 17) finden die Artikel 696 und 958e Absatz 1 OR entsprechend Anwendung. Dies entspricht der Systematik des geltenden Rechts; für die Gesellschaften ändert sich somit nichts.

3.7.2 Transparenz der Vergütungen

Artikel 14-16 halten detailliert fest, welche Angaben zu welchen Personen/Organen bzw. diesen nahe stehenden Personen im Vergütungsbericht offen gelegt werden müssen. Die Bestimmungen entsprechen grundsätzlich Artikel 663b^{bis} OR. Es mussten jedoch einzelne Anpassungen vorgenommen, die sich aufgrund der Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 BV ergeben:

- Die Abgangsentschädigungen, die gemäss Artikel 20 Ziffer 1 unzulässig sind, sind gestrichen worden (bisher Art. 663b^{bis} Abs. 2 Ziff. 5 OR).
- Bei der Definition der Vergütungen werden in Artikel 14 Absatz 2 Ziffer 3 neu auch die Dienstleistungen erwähnt. Dies ist jedoch keine materielle Erweiterung des Vergütungsberichts, da die bisherige Aufzählung ebenfalls nicht abschliessend war (s. Art. 663b^{bis} Abs. 2 OR, einleitender Satz).
- Artikel 15 Absatz 2 erwähnt neu neben den Vergütungen und Krediten auch die Darlehen. Dadurch wird keine materielle Erweiterung des Vergütungsberichts vorgenommen, sondern die begriffliche Kohärenz zwischen Absatz 1 und Absatz 2 vorgenommen.²⁵

In Bezug auf Artikel 14 Absatz 2 Ziffer 7 ist festzuhalten, dass Leistungen aus Guthaben, die dem Freizügigkeitsgesetz vom 17. Dezember 1993²⁶ unterstehen, keine Vergütungen im Sinne von Artikel 14 sind. Diese Leistungen – etwa an ein Mitglied des Verwaltungsrats – stammen nicht von der Gesellschaft, sondern von der Vorsorgeeinrichtung. Aufwendungen der Gesellschaft an die Vorsorgeleistungen stellen hingegen Vergütungen dar (Art. 14 Abs. 2 Ziff. 7).

Der Inhalt von Artikel 663b^{bis} OR wird zudem zur Verbesserung seiner Lesbarkeit auf drei Bestimmungen aufgeteilt:

- Artikel 663b^{bis} Absatz 1 und 2 entsprechen grundsätzlich Artikel 14.
- Artikel 663b^{bis} Absatz 3 und 4 entsprechen grundsätzlich Artikel 15.
- Artikel 663b^{bis} Absatz 5 ist mit Artikel 663b^{bis} Absatz 1 Ziffer 5 und Absatz 3 Ziffer 3 in Arti-

²⁵ Auch die Botschaft vom 23. Juni 2004 zur Änderung des Obligationenrechts (Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung), BBl 2004 4471, 4491, verwendet die Begriffe "Kredite" und "Darlehen" als Synonyme.

²⁶ Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, SR 831.42).

kel 16 zu den nahestehenden Personen²⁷ vereinigt.

Massgeblich für die Pflicht der Offenlegung der Vergütungen im Vergütungsbericht ist – wie bereits im geltenden Recht – der Zeitpunkt, in dem diese in der Rechnungslegung erfasst werden müssen. Der Vergütungsbericht stellt somit auf das vergangene Geschäftsjahr ab.²⁸

3.7.3 Prüfung durch die Revisionsstelle

Im geltenden Recht müssen die Vergütungen im Anhang zur Bilanz offen gelegt werden (Art. 663b^{bis} OR). Da der Anhang gemäss Artikel 958 Absatz 2 OR Teil der Jahresrechnung ist, prüft die Revisionsstelle die Angaben zu den offengelegten Vergütungen auf ihre Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften, den Statuten und dem gewählten Regelwerk (Art. 728a Abs. 1 Ziff. 1 OR).²⁹

Mit den Artikeln 13 ff. werden die Informationen zu den Vergütungen vom Anhang zur Bilanz/Jahresrechnung in den Vergütungsbericht verschoben. Die Aufgaben der Revisionsstelle müssen deshalb hinsichtlich der Prüfung des Vergütungsberichts formell angepasst werden. Artikel 17 sieht deshalb vor, dass die Revisionsstelle prüfen muss, ob der Vergütungsbericht dem Gesetz, der vorliegenden Verordnung (Art. 13-16) und den Statuten entspricht. Sie erstattet der Generalversammlung schriftlich Bericht über das Ergebnis der Prüfung.

Bei unzutreffenden Angaben über die Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates wird die Revisionsstelle in der Regel die Generalversammlung benachrichtigen müssen, da grundsätzlich ein wesentlicher Verstoss gemäss Artikel 728c Absatz 2 Ziffer 1 OR vorliegt. Unvollständige oder unrichtige Angaben im Vergütungsbericht würden die Meinungsbildung und damit die in Artikel 95 Absatz 3 BV verankerten Mitwirkungsrechte der Generalversammlung beeinträchtigen.³⁰

3.8 Beschlüsse der Generalversammlung (Art. 18 f.)

3.8.1 Genehmigungsmechanismus der Verordnung

Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV schreibt vor, dass „die Generalversammlung jährlich über die Gesamtsumme aller Vergütungen (Geld und Wert der Sachleistungen) des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats abstimmt“.

Diese Genehmigungen sind Bedingungen ex lege, d.h., sie ergeben sich unmittelbar sowohl aus der Verfassung als auch aus der Verordnung. Sie brauchen deshalb beispielsweise nicht explizit in einem Arbeitsvertrag enthalten zu sein, um ihre rechtliche Wirkung entfalten zu

²⁷ Vgl. Praxismitteilung 1/09 des Eidg. Amtes für das Handelsregister vom 12. März 2009, Ziff. 9 m.w.H.

²⁸ So bereits die Botschaft vom 23. Juni 2004 zur Änderung des Obligationenrechts (Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung), BBI 2004 4471, 4491.

²⁹ Vgl. Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band 1, Zürich 2009, S. 292 f.

³⁰ Vgl. BSK OR II-WATTER/MAIZAR, Art. 728c N 22.

können.

Die Verordnung setzt die zwingenden Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV wie folgt um:

- Gemäss Artikel 18 Absatz 1 Ziffer 1, 3 und 5 muss die Generalversammlung die Gesamtbeträge der fixen Vergütungen an den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat für die Dauer bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung genehmigen.
- Nach Artikel 18 Absatz 1 Ziffer 2, 4 und 6 muss die Generalversammlung zudem die Gesamtbeträge der variablen Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats für das abgeschlossene Geschäftsjahr genehmigen.

Der Verwaltungsrat muss der Generalversammlung sechs begründete Anträge stellen, über welche diese zustimmend oder ablehnend beschliessen kann.

Die variablen Vergütungen beinhalten leistungs- und erfolgsabhängige Komponenten. Sie sind jedoch keine Gewinnverwendung im Sinne des Artikels 677 OR und dementsprechend bereits in den Aufwand- bzw. Rückstellungskonten der ordentlich geprüften Jahresrechnung enthalten.

Liegt ein Arbeitsverhältnis vor, sind die variablen Vergütungen als echte Gratifikationen im Sinne von Art. 322d OR zu qualifizieren, auf die kein Rechtsanspruch besteht. Aufgrund der zwingenden Genehmigungskompetenz der Generalversammlung können die echten Gratifikationen auch nicht über die Jahre hinweg zu unechten Gratifikationen werden, auf welche die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung oder des Beirats ohne Zustimmung der Generalversammlung einen Rechtsanspruch erhalten.

Gemäss Artikel 18 beziehen sich die Genehmigungsbeschlüsse der Generalversammlung auf zwei unterschiedliche Zeiträume:

- Die fixe Vergütung wird prospektiv für die Dauer bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung genehmigt (z.B. für die Periode von der ordentlichen Generalversammlung im März X bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung im April X+1). Die fixe Vergütung schafft Rechtssicherheit für die Gesellschaft bzw. ihre Organe, da die Gesamtbeträge für den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat definitiv bestimmt sind.
- Die variable Vergütung wird retrospektiv für das abgeschlossene Geschäftsjahr genehmigt (z.B. an der Generalversammlung im März X für das Geschäftsjahr vom 1. Januar bis zum 31. Dezember X-1). Sie hängt schwergewichtig von Kriterien ab, die erst nach Abschluss des Geschäftsjahrs bzw. nach Erstellung des Geschäftsberichts definitiv vorliegen.

Die Genehmigung der Vergütungen muss für die drei Organe separat erfolgen. Sie bezieht sich aber immer auf die Summe der fixen bzw. variablen Vergütungen. Polemische Strafaktionen gegen einzelne Mitglieder werden dadurch vermieden. Aus dem Vergütungsbericht ist aber ersichtlich, wie viel jedes einzelne Mitglied des Verwaltungsrats (Art. 15 Abs. 2 Ziff. 1)

und des Beirats (Art. 15 Abs. 2 Ziff. 3) erhalten hat. Auch das Mitglied der Geschäftsleitung, das die höchste Vergütung erhält, wird im Vergütungsbericht genannt (Art. 15 Abs. 2 Ziff. 2).

Die Genehmigung der Generalversammlung hat grundsätzlich keinen Einfluss auf die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Verwaltungsrats und des Vergütungsausschusses. Schädigt eine Vergütung die Gesellschaft adäquat kausal und handelt das Mitglied des Verwaltungsrats oder des Vergütungsausschusses schuldhaft, hat es für den Schaden grundsätzlich auch dann einzustehen, wenn die Generalversammlung die Vergütung genehmigt hat. Die Genehmigung der Vergütungen durch die Generalversammlung befreit somit den Verwaltungsrat nicht von seiner Sorgfaltspflicht bei der Festlegung der Vergütungspolitik im Unternehmen.

3.8.2 Zweiter Antrag und ausserordentliche Generalversammlung

Verweigert die Generalversammlung die Genehmigung eines Gesamtbetrags, kann der Verwaltungsrat gemäss Artikel 18 Absatz 2 an der gleichen Versammlung einen neuen Antrag stellen.

Stellt der Verwaltungsrat keinen neuen Antrag oder wird auch dieser abgelehnt, hat er innerhalb von drei Monaten eine neue Generalversammlung einzuberufen. Diese Generalversammlung ist keine Fortsetzung der ersten, sondern eine vollständig neue Generalversammlung. Bei ihrer Einberufung und Durchführung sind deshalb alle rechtlichen und statutarischen Vorgaben erneut zu beachten. Es wäre eine mögliche Konsequenz, dass der Verwaltungsrat für diese zweite Generalversammlung auch die Wahl neuer Mitglieder des Verwaltungsrats traktandieren würde. Würden die Anträge auf Genehmigung der Vergütungen an die Geschäftsleitung oder den Verwaltungsrat erneut zweimal abgelehnt, würde kaum ein Weg um die zumindest teilweise Erneuerung des Verwaltungsrats herumführen. Aufgrund seiner Sorgfaltspflicht (Art. 717 OR) muss der Verwaltungsrat einem Mangel in der zwingend vorgeschriebenen Organisation der Gesellschaft (Art. 731b/941a OR) vorbeugen.

3.8.3 Statutarische Regelung

Die Generalversammlung kann eine statutarische Regelung vorsehen, die vom Genehmigungsmechanismus nach Artikel 18 Absatz 1 abweicht. Dadurch dürfen aber die Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV, insbesondere die Rechte der Aktionäre, nicht ausgehebelt werden. Artikel 18 Absatz 3 Ziffer 1-3 sieht deshalb die folgenden zwingenden Voraussetzungen vor:

- Der Genehmigungsmechanismus muss in den Statuten verankert sein. Die Aktionärinnen und Aktionäre müssen anhand der Umschreibung in den Statuten erkennen können, wie die Genehmigung der Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats erfolgt (Art. 18 Abs. 3, einleitender Satz).

- Die Generalversammlung muss gemäss Ziffer 1 jährlich über die Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats abstimmen können. Eine statutarische Regelung, die beispielsweise eine Genehmigung der Vergütungen für einen Zeitraum von mehreren Jahren vorsieht, wäre unzulässig.
- Die Generalversammlung muss gemäss Ziffer 2 gesondert über den Gesamtbetrag der Vergütungen des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats abstimmen können. Nicht zwingend vorgeschrieben ist die Aufteilung in eine fixe und eine variable Vergütung. Auch ist es denkbar, dass eine fixe Vergütung nicht für den Zeitraum zwischen zwei ordentlichen Generalversammlungen genehmigt wird, sondern jeweils für das kommende Geschäftsjahr.
- Konsultativ wirkende Abstimmungen, beispielsweise über den Vergütungsbericht oder die Vergütungen an die Mitglieder der Geschäftsleitung, sind unzulässig. Gemäss Ziffer 3 muss dem Votum der Generalversammlung insbesondere für den Verwaltungsrat bindende Wirkung zukommen. Statutarische oder vertragliche Konstrukte, die diesem Erfordernis nicht gerecht werden, sind als Rechtsumgehung zu qualifizieren.

Artikel 18 Absatz 3 lässt nur Abweichungen vom Genehmigungsmechanismus gemäss Artikel 18 Absatz 1 zu, wie z.B. die Genehmigung eines "Budgets" (gesondert für den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat) für das kommende Geschäftsjahr. Die übrigen Bestimmungen der Verordnung sind uneingeschränkt anzuwenden, so beispielsweise die jährliche Erstellung des Vergütungsberichts mit dem zwingend vorgeschriebenen Inhalt. Selbstverständlich darf die Gesellschaft Verschärfungen vorsehen, z.B. durch die Genehmigung der individuellen Vergütungen der Organmitglieder.

Eine statutarische Regelung gemäss Artikel 18 Absatz 3 verhindert nicht, dass die Gesellschaft die Möglichkeiten gemäss Artikel 18 Absatz 2 und Artikel 19 trotzdem nutzen kann (zweiter Antrag; Zusatzbetrag).

Der Verwaltungsrat ist dafür verantwortlich, dass die Vorgaben von Artikel 18 Absatz 3 vollständig umgesetzt werden. Der Preis für die höhere Flexibilität ist ein gewisses zivil- und strafrechtliches Risiko bei der Ausgestaltung und Anwendung des eigenen statutarischen Genehmigungsmechanismus.

3.8.4 Zusatzbetrag für die Geschäftsleitung

Der Verwaltungsrat hat die unübertragbare Aufgabe, die Mitglieder der Geschäftsleitung zu ernennen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR). Die Ernennung ist – im Gegensatz zur Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats – nicht an die Durchführung einer Generalversammlung gekoppelt. Deshalb kann die Pflicht zur Genehmigung der fixen Vergütung der Geschäftsleitung durch die Generalversammlung ein Problem verursachen, wenn der Verwaltungsrat zwischen zwei ordentlichen Generalversammlungen ein oder mehrere neue Mitglieder der Geschäftsleitung ernennt und dadurch der bereits genehmigte Gesamtbetrag der fixen Vergü-

tung nicht mehr ausreicht.

Die Pflicht zur Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung nur aus diesem Grund wäre bei einer börsenkotierten Gesellschaft unverhältnismässig. Andererseits würde es auch nicht den zwingenden Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV bzw. Artikel 18 Absatz 1 entsprechen, diesen überschüssenden Teil der fixen Vergütung vollständig vom neuen Genehmigungsmechanismus auszuklammern. Artikel 19 sieht daher eine Zwischenlösung vor:

Die Statuten können gemäss Absatz 1 für den Fall der Ernennung neuer Mitglieder der Geschäftsleitung einen Zusatzbetrag für deren Entschädigung vorsehen. Der Zusatzbetrag erweitert folglich den Gesamtbetrag der bereits genehmigten, fixen Vergütung für die Geschäftsleitung. Er gelangt zur Anwendung, wenn die für die Geschäftsleitung genehmigte fixe Vergütung nicht mehr ausreicht, um auch die neuen Mitglieder der Geschäftsleitung entschädigen zu können. Die statutarische Bestimmung muss einen konkreten oder zumindest für die Aktionärinnen und Aktionäre bestimmbaren Zusatzbetrag vorsehen.

Die Generalversammlung muss gemäss Absatz 2 den Zusatzbetrag im Nachhinein nicht genehmigen, da sie bereits bei Verabschiedung der statutarischen Grundlage mitwirken und abstimmen konnte (Art. 12 Abs. 2 Ziff. 5).

3.9 Unzulässige Vergütungen (Art. 20 f.)

3.9.1 Unzulässige Vergütungen in der Gesellschaft

Die folgenden Vergütungen für die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats sind gemäss Artikel 20 Absatz 1 Ziffer 1-5 unzulässig:

- Abgangsentschädigungen;
- Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden;
- Provisionen für die Übernahme oder Übertragung von Unternehmen oder Teilen davon;
- Darlehen, Kredite, Renten und leistungsabhängige Vergütungen, die in den Statuten nicht vorgesehen sind, und
- Beteiligungspapiere, Wandel- und Optionsrechte, die in den Statuten nicht vorgesehen sind.

Der Empfänger von unzulässigen Vergütungen wird in der Regel kaum gutgläubig sein. Das Verbot der vorangehend erwähnten Vergütungen ergibt sich sowohl aus Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe b BV als auch aus der Verordnung.

3.9.2 Abgangsentschädigungen

Abgangsentschädigungen für die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und

des Beirats, insbesondere pauschale Abfindungssummen ohne direkte Gegenleistung, sind gemäss Artikel 20 Ziffer 1 verboten. Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe b BV sieht keine Möglichkeit für Ausnahmen vor. Er hält sogar fest, dass "Organmitglieder keine Abgangsentschädigung- oder andere Entschädigung erhalten". Deshalb sind auch Abgangsentschädigungen an das oberste Management für den Fall eines Kontrollwechsels unzulässig.³¹ Der Verwaltungsrat muss das umfassende Verbot der Abgangsentschädigungen entsprechend umsetzen, beispielsweise bei der Ausgestaltung der Arbeitsverträge mit den Mitgliedern der Geschäftsleitung.

Da der Begriff der Abgangsentschädigungen bereits ein unbestimmter Rechtsbegriff ist, wird bewusst darauf verzichtet, die "andere Entschädigung" – einen noch stärker auslegungsbedürftigen Rechtsbegriff – in den Verordnungstext aufzunehmen. Es bleibt jedoch aufgrund von Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe b BV erkennbar, dass das Verbot der Abgangsentschädigungen umfassend zu verstehen ist.

Bei den Mitgliedern des Verwaltungsrats bietet das Verbot der Abgangsentschädigungen keine weiteren Probleme, da sie jährlich gewählt werden (Art. 3 Abs. 1). Die von der Generalversammlung genehmigte fixe Vergütung (Art. 18 Abs. 1 Ziff. 1) oder zumindest ein Teil davon ist ausreichend, um eine Tätigkeit von nur einigen Monaten zu entschädigen. Ähnlich verhält es sich bei den Mitgliedern des Beirats, obschon diese für eine Amtsdauer von mehr als einem Jahr gewählt werden dürfen. Beiräte sind zudem in der Praxis relativ selten.

Mitglieder der Geschäftsleitung verfügen regelmässig über unbefristete Arbeitsverträge. Der Verwaltungsrat kann diese unter Anwendung der ordentlichen Kündigungsfristen auflösen (Art. 335a ff. OR). Oftmals wird zudem ein wichtiger Grund vorliegen, bei dem dem kündigenden Verwaltungsrat nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 OR). Auch hier bietet die Umsetzung des Verbots von Abgangsentschädigungen keine grösseren Probleme. Insbesondere die fixe Vergütung oder ein Teil davon deckt die finanziellen Ansprüche des Mitglieds der Geschäftsleitung, das in einem gekündigten Arbeitsverhältnis zum Unternehmen steht.

Befristete, langjährige Arbeitsverträge für die Mitglieder der Geschäftsleitung – also Verträge ohne Möglichkeit zu einer Kündigung innerhalb der ordentlichen Kündigungsfristen (Art. 335a ff. OR) – erscheinen aufgrund aller Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 BV und der vorliegenden Verordnung indessen als problematisch. Sämtliche Vergütungen an die Mitglieder der Geschäftsleitung müssen jährlich durch die Generalversammlung genehmigt werden. Gestützt auf diese Vorgabe und aufgrund des expliziten Verbots von Abgangsentschädigungen würden befristete, langjährige Arbeitsverträge faktisch auf die Einführung von Abgangsentschädigungen – auch wenn sie nicht so benannt werden (Art. 18 Abs. 1 OR) – hinauslau-

³¹ Bereits unter geltendem Aktien- und Börsenrecht sind solche Abgangsentschädigungen nur in beschränktem Umfang zulässig: Vgl. BEAT BRECHBÜHL, Goldene Fallschirme oder silberne Brücken?, Ein Beitrag zu den Kontrollwechselklauseln, SJZ 100 (2004), Nr. 2, S. 34.

fen.³²

Ähnlich problematisch erscheint die deutliche Verlängerung der ordentlichen Kündigungsfristen (Art. 335b f. OR).

Das Verbot der Abgangsentschädigungen erfasst die in der Praxis relativ bedeutungslose Abgangsentschädigung gemäss Art. 339b ff. OR. Die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats einer börsenkotierten Gesellschaft bedürfen zudem dieses finanziellen Schutzes nicht.

Verschiedentlich wurde verlangt, dass auch Konkurrenzverbote für die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats untersagt werden sollen.³³ Ein allgemeines Verbot ginge aber zu weit und wäre von Artikel 95 Absatz 3 BV nicht gedeckt. Es kann zudem durchaus sachgerecht sein, beispielsweise mit einem Mitglied der Geschäftsleitung, das sensible Geschäftsgeheimnisse aus dem Forschungs- und Entwicklungsbereich kennt, ein Konkurrenzverbot zu vereinbaren. Dafür ist ihm eine marktgerechte Karenzentschädigung zu leisten. Wenn aber – unter anderem gestützt auf Artikel 18 OR – erkennbar wird, dass es sich bei der Karenzentschädigung um eine verdeckte Abgangsentschädigung handelt, unterliegt diese dem Verbot von Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe b BV bzw. von Artikel 20.³⁴

3.9.3 Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden, Antrittsprämien

Gemäss Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe b BV und Artikel 20 Ziffer 2 sind "Vergütungen im Voraus" unzulässig. Es soll vermieden werden, dass Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats (hohe) finanzielle oder Naturalleistungen erhalten, bevor sie für die Gesellschaft überhaupt aktiv geworden sind, Verantwortung übernommen und einen Mehrwert geschaffen haben.

Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden, sind von den Antrittsprämien zu unterscheiden. Eine Antrittsprämie stellt eine spezielle Vergütung dar, mit der ein Mitglied des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung oder des Beirates zum Stellenantritt bewogen werden soll. Der Begriff der Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden, bezieht sich hingegen nicht auf die Vergütungsart, sondern auf den Zeitpunkt der Ausrichtung der Vergütung. Das Verbot der Vergütungen im Voraus führt dazu, dass die Gesellschaft die Vergütungen erst nach erbrachter Leistung der Vergütungsempfänger ausrichten darf. Dies entspricht der arbeitsrechtlichen Praxis, wonach Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gestützt

³² Vgl. HANS-UELI VOGT/MANUEL BASCHUNG, Wie weiter im Aktienrecht nach der Annahme der Volksinitiative "gegen die Abzockerei"?, GesKR 1/2013, S. 27 f.

³³ Vgl. exemplarisch die Motion 13.3202 VISCHER vom 21. März 2013 Umsetzung "Minderinitiative".

³⁴ Vgl. LUKAS GLANZMANN, Die "Abzockerei-Initiative" und ihre Folgen, Eine Annäherung an Art. 95 Abs. 3 BV, GesKR Online-Beitrag 1/2013, S. 5 f.

auf Artikel 323 Absatz 1 OR ebenfalls vorleistungspflichtig sind.³⁵

Für die Statuierung eines Verbots von Antrittsprämien (z.B. Entschädigungen für nachgewiesene Nachteile, die einer Person aufgrund ihres Stellenwechsels entstehen) fehlt die verfassungsmässige Grundlage. Das Parlament wird im Rahmen der formell-gesetzlichen Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV entscheiden müssen, ob es auch Antrittsprämien (echte Antrittsprämien, Willkommensprämien und/oder Entschädigungen für goldene Fesseln) teilweise oder vollständig verbieten will.

Auch Antrittsprämien müssen im Vergütungsbericht offen gelegt und durch die Generalversammlung genehmigt werden.

3.9.4 Provisionen für Umstrukturierungen

Gemäss Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe b BV erhalten Organmitglieder "keine Prämie für Firmenkäufe und -verkäufe". Artikel 20 Ziffer 3 setzt diese juristisch untechnisch und offen formulierte Vorgabe wie folgt um:

Provisionen an die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats für die Übernahme oder Übertragung von Unternehmen oder Teilen davon sind unzulässig. Der Tatbestand ist bewusst offen formuliert. Nicht nur Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen gemäss Fusionsgesetz³⁶ werden erfasst, sondern auch ihnen wertungsmässig gleich zu stellende Vorgänge, beispielsweise Quasifusionen und unechte Fusionen³⁷.

Der Begriff der Provision ist an das Arbeitsrecht angelehnt (Art. 322b OR). Er soll hervorheben, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats nicht für einzelne Umstrukturierungen spezifisch entschädigt werden. Jedoch dürfen die Leistungen von Mitgliedern des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats im Rahmen von Umstrukturierungen bei der Festlegung der variablen Vergütungen durchaus berücksichtigt werden.

3.9.5 Vergütungen ohne (ausreichende) statutarische Grundlage

Im Gegensatz zu den Vergütungsarten gemäss Artikel 20 Ziffer 1-3, die ohne Ausnahme unzulässig sind, sind die in Ziffer 4 und 5 erwähnten Vergütungen nur unzulässig, wenn sie den statutarischen Vorgaben nicht entsprechen oder wenn ihnen die statutarischen Grundlagen vollständig fehlen (Art. 12 Abs. 2 Ziff. 1-3).

³⁵ Vgl. MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, VI 2/2/1, Bern 1985, Art. 323 OR N 7; RÉMY WYLER, Droit du travail, 2. Auflage, Bern 2008, S. 190.

³⁶ Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG, SR 221.301).

³⁷ Vgl. LUKAS GLANZMANN, Umstrukturierungen, 2. Auflage, Bern 2008, N 60 ff.

3.9.6 Unzulässige Vergütungen im Konzern

Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe b BV sieht vor, dass "die Organmitglieder keinen zusätzlichen Berater- oder Arbeitsvertrag von einer anderen Gesellschaft der Gruppe erhalten".

Sinn und Zweck dieser verfassungsmässigen Bestimmung ist es nicht, dass die Organmitglieder überhaupt keine Verträge (z.B. Aufträge oder Arbeitsverträge) mit anderen Konzerngesellschaften abschliessen dürfen. Dies würde das Kontrollieren und Leiten eines Konzerns unverhältnismässig erschweren. Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe b BV will vielmehr vermeiden, dass diejenigen Teile der Vergütungen der Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats, die von anderen Konzernunternehmen stammen, nicht offen gelegt werden bzw. dieselbe Tätigkeit mehrfach entschädigt wird. Ohne Offenlegung im Vergütungsbericht könnte zudem die Genehmigungskompetenz der Generalversammlung (Art. 18 f.) umgangen werden.

Artikel 21 sieht deshalb folgendes vor: Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats für Tätigkeiten bei Unternehmen, welche durch die Gesellschaft direkt oder indirekt kontrolliert werden, sind nur unter strengen Voraussetzungen zulässig. Die Vergütungen müssen insbesondere der Verordnung und den Statuten entsprechen und unterliegen zudem der Genehmigung durch die Generalversammlung der Gesellschaft. Die Pflicht zur Offenlegung solcher Vergütungen im Vergütungsbericht der Gesellschaft ergibt sich bereits aus der Formulierung von Artikel 14 Absatz 1 ("indirekt ... ausgerichtet hat").

Der Begriff der Kontrolle und des Unternehmens ist den seit dem 1. Januar 2013 geltenden Bestimmungen zur Konzernrechnung entnommen (Art. 963 Abs. 1 und Abs. 2 OR).³⁸

Selbstverständlich dürfen nicht durch die Hintertür der beschränkt zulässigen Vergütungen im Konzern gemäss Artikel 21 den Mitgliedern des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats der Gesellschaft unzulässige Vergütungen gemäss Artikel 20 zufließen, z.B. Abgangsentschädigungen oder Provisionen für die Übernahme oder Übertragung von Unternehmen oder Teilen davon.

3.10 Stimm- und Offenlegungspflicht für Vorsorgeeinrichtungen (Art. 22 f.)

3.10.1 Vorbemerkungen

Die schweizerischen Vorsorgeeinrichtungen verwalten ein Vermögen von über 600 Milliarden

³⁸ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1589, 1722 f. i.V.m. 1696. Vgl. zum nicht mehr explizit im Gesetz definierten Begriffs des Unternehmens: FLORIAN ZIHLER, Die Konzernrechnung gemäss zukünftigem Rechnungslegungsrecht, ST 5/2012, S. 285.

Franken. Sie halten rund zehn Prozent der börsenkotierten Aktien in der Schweiz. Als grosse institutionelle Investorinnen kommt ihnen daher hinsichtlich der Ausübung der Aktionärsrechte eine wichtige Rolle zu. Häufig nehmen sie jedoch eine passive Rolle wahr und üben ihre Stimm- und weiteren Aktionärsrechte nicht aus.

Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV sieht eine Stimm- und Offenlegungspflicht vor, die von der Einrichtung im Interesse der Versicherten erfüllt werden muss. Setzt das oberste Organ der Einrichtung die Stimmpflicht nicht im Interesse der Versicherten um, wird es zwar straf- und/oder zivilrechtlich haftbar. Der Beschluss der Generalversammlung der Gesellschaft wird jedoch nicht bloss aus diesem Grund gemäss Artikel 706 f. OR anfechtbar.

3.10.2 Stimmpflicht

Gemäss Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV müssen "die Pensionskassen im Interesse ihrer Versicherten abstimmen". Bereits heute sieht Artikel 49a Absatz 2 Buchstabe b BVV 2³⁹ vor, dass das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung Regeln aufstellen muss, die bei der Ausübung der Aktionärsrechte angewendet werden.

In Bezug auf die Ausübung des Stimmrechts ist diese offene Formulierung zu präzisieren, da die Verfassung eine Stimmpflicht vorsieht. Für eine umfassende Präzisierung der übrigen Aktionärsrechte fehlt hingegen die verfassungsmässige Grundlage.

Die Vorsorgeeinrichtungen, die dem Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, FZG)⁴⁰ unterstellt sind, unterliegen gemäss Artikel 22 Absatz 1 der Stimmpflicht. Diese erfasst alle von den Einrichtungen gehaltenen börsenkotierten Aktien von schweizerischen Aktiengesellschaften (Art. 1 Abs. 1). Es besteht für die jeweilige Einrichtung folglich die Pflicht, sich ins Aktienbuch der Gesellschaft eintragen zu lassen, um ihre Stimmrechte an den börsenkotierten Aktien ausüben zu können.

Die Stimmpflicht bezieht sich auf alle an der Generalversammlung behandelten Traktanden (Geschäftsbericht, Jahresrechnung, Erteilung der Entlastung, Gewinnverwendung, Wahlen in den Verwaltungsrat, Wahl der Revisionsstelle, Abstimmungen über Vergütungen etc.).

Die Einrichtung unterliegt dem Stimmzwang nur bei direkt gehaltenen Aktien, d.h., wenn sie unmittelbare Eigentümerin des Wertpapiers ist. Hält die Einrichtung beispielsweise Anteile an einer Anlagestiftung oder einem Anlagefonds, ist sie weder Eigentümerin der Aktie noch verfügt sie für diese über ein Stimmrecht im Sinne der Verordnung.

Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV und Artikel 22 Absatz 2 sehen vor, dass die Vorsorgeeinrichtungen „im Interesse ihrer Versicherten abstimmen“. Was dies konkret bedeutet, kann

³⁹ Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2, SR 831.441.1).

⁴⁰ SR 831.42

bereits in relativ überschaubaren Konstellationen nicht in generell-abstrakter Weise umschrieben werden (z.B. hohe Dividende versus langfristige Eigenfinanzierung der Aktiengesellschaft; (keine) Erteilung der Entlastung des Verwaltungsrats; (Ab-)Wahl einzelner Personen des Verwaltungsrats; (Nicht-)Ausüben des Bezugsrechts bei einer Kapitalerhöhung; Rückerstattung von Kapitaleinlagen versus nachhaltige Finanzierung der Gesellschaft durch Eigenkapital).

Noch schwieriger ist die rechtliche Situation bei mehrschichtigen Sachverhalten. Eine Vorsorgeeinrichtung hält beispielsweise Aktien der Arbeitgeber AG. Diese wird von einer Investmentgesellschaft übernommen. Die Übernahme hätte zwar einen positiven Effekt auf den Aktienkurs der Arbeitgeber AG und somit auch für das Vermögen der Vorsorgeeinrichtung. Die Übernahme könnte jedoch zu Restrukturierungen und Entlassungen führen. Diese wiederum könnten eine Teilliquidation der Vorsorgeeinrichtung, die Verteilung freier Mittel bzw. die Geltendmachung von Fehlbeträgen bei Unterdeckung bewirken. Bei solchen und anderen mehrschichtigen Konstellationen kann ebenfalls nicht generell-abstrakt und im Voraus geregelt werden, wo das Interesse der Versicherten liegt.⁴¹

Gemäss Artikel 22 Absatz 3 dürfen die Einrichtungen sich der Stimme enthalten oder sogar auf eine Stimmabgabe verzichten, sofern dies dem Interesse der Versicherten entspricht. Die Einrichtung kann sich beispielsweise bei Traktanden der Stimme enthalten, bei denen keine gewichtigen Gründe für die Zustimmung oder Ablehnung sprechen. Ist die Kapazität der Verwaltung der Einrichtung durch die anfallende Arbeitslast beschränkt und sind die Gründe hierzu nicht offensichtlich in der eigenen mangelhaften Organisation zu finden, darf eine Prioritätenliste zum Abarbeiten der Einladungen/Traktandenlisten bzw. hinsichtlich der (Nicht-)Teilnahme an der Generalversammlung erstellt werden. Die Festlegung der Prioritäten hat anhand sachlicher Kriterien zu erfolgen, beispielsweise anhand der wirtschaftlichen Reichweite eines Traktandums für die Interessen der Versicherten oder der finanziellen Bedeutung der von der Einrichtung gehaltenen Aktien

Gemäss Artikel 22 Absatz 4 und der heutigen Praxis entsprechend soll das oberste Organ der Einrichtung in einem Reglement festlegen, anhand welcher Grundsätze die Einrichtung das Interesse der Versicherten bestimmt. Artikel 49a Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2)⁴² ist sinngemäss anwendbar. Dabei soll unter anderem darauf geachtet werden, dass eine faire und angemessene Verteilung des Unternehmensgewinns an die Aktionärinnen und Aktionäre erfolgt, so dass die Vorsorgeeinrichtung diese flüssigen Mittel zu Gunsten der Versicherten und der Rentnerinnen oder Rentner verwenden kann.

⁴¹ Vgl. zur Interessensermittlung/-abwägung: HANS-UELI VOGT/MANUEL BASCHUNG, Wie weiter im Aktienrecht nach der Annahme der Volksinitiative "gegen die Abzockerei"?, GesKR 1/2013, S. 25.

⁴² SR 831.411.1

3.10.3 Offenlegungspflicht

Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV verlangt, dass die "Pensionskassen offenlegen, wie sie gestimmt haben". Artikel 23 setzt diese Offenlegungspflicht um.

Da das Stimmrecht im Interesse der Versicherten ausgeübt werden muss (Art. 22), ist die Offenlegung gegenüber diesen vorzunehmen. Artikel 86b BVG⁴³ sieht bereits heute gewisse Informationspflichten der Vorsorgeeinrichtungen gegenüber ihren Versicherten vor.

Die Offenlegung erfolgt mindestens einmal jährlich in einem zusammenfassenden Bericht. Es wird somit ein unverhältnismässig hoher Aufwand für die Vorsorgeeinrichtungen verhindert. Die Offenlegung kann zusammen mit der Jahresrechnung, auf der Internetseite der Einrichtung oder auf andere geeignete Weise erfolgen. Als besonders geeignet für die Offenlegung erscheint der Anhang zur Jahresrechnung, der von der Revisionsstelle geprüft wird und eine gewisse Stetigkeit hinsichtlich des Ortes und der Art der Offenlegung gewährleistet.

Die Offenlegung hat spätestens im Kalenderjahr nach der Generalversammlung zu erfolgen (z.B. für eine GV, die im Mai 2015 stattfindet, spätestens bis Ende 2016).

Eine häufigere und/oder detailliertere Berichterstattung ist zulässig. Die Verordnung enthält nur Mindestvorgaben.

3.11 Strafbestimmungen (Art. 24 f.)

3.11.1 Bestimmtheitsgebot

Zunächst ist zu prüfen, ob die in Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe d BV verankerte Strafbestimmung genügend bestimmt ist, um von den Strafbehörden (Staatsanwaltschaften, Strafgerichte) direkt angewendet werden zu können. Eine direkte Anwendbarkeit würde bedeuten, dass im Bereich des Strafrechts keine Ausführungsbestimmungen erforderlich wären, d.h. die Strafbehörden direkt in Anwendung von Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe d BV Strafurteile erlassen könnten. Kommt man hingegen zum Schluss, dass diese Strafbestimmung nicht direkt anwendbar ist, so obliegt es dem Bundesrat, gestützt auf Artikel 197 Ziffer 10 BV die erforderlichen Ausführungsbestimmungen auf Verordnungsebene zu erlassen.

Das Bestimmtheitsgebot (Art. 7 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention, EMRK,⁴⁴ Art. 1 StGB) als Ausfluss des Legalitätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV) verlangt, dass der Tatbestand und die Rechtsfolgen einer Strafnorm – ungeachtet auf welcher Normstufe sie verankert ist – genügend genau bestimmt sind, so dass der Einzelne sein Verhalten danach richten kann.⁴⁵ Welche Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen sind, hängt unter

⁴³ Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.4.).

⁴⁴ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101).

⁴⁵ Zur direkten Anwendbarkeit von Verfassungsbestimmungen vgl. das Urteil des Bundesgerichts vom

anderem von der Komplexität der Regelungsmaterie und der angedrohten Strafe ab.⁴⁶

Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe d BV stellt in diffuser Weise Verstösse insbesondere gegen aktienrechtliche Bestimmungen unter Strafe. Unklarheiten bestehen nicht nur bei den Tatbeständen, sondern auch bei den Rechtsfolgen. Auf der Tatbestandsseite ist teilweise nicht klar, wer als mögliche Täterschaft in Frage kommen soll. So sollen Pensionskassen im Interesse ihrer Versicherten abstimmen und ihr Abstimmungsverhalten offen legen (Art. 95 Abs. 3 Bst. a BV). Ist die Pensionskasse als juristische Person zu bestrafen (Unternehmensstrafbarkeit) oder deren Organe (natürliche Personen)? Konkretisierungsbedürftig ist bei den Rechtsfolgen einerseits der Begriff "Jahresvergütungen". Andererseits fragt sich, ob unter dem Begriff "Geldstrafe" die Geldstrafe im Sinne von Artikel 34 StGB gemeint ist, oder ob darunter im untechnischen Sinn eine pekuniäre Strafe (Geldstrafe oder Busse) zu verstehen ist.

Diese Unklarheiten lassen den Schluss zu, dass Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe d BV den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots nicht genügt. Auch der Verweis auf den Gesetzgeber im Einleitungssatz zu Artikel 95 Absatz 3 BV stützt die Vermutung der nicht direkten Anwendbarkeit der Verfassungsbestimmung.⁴⁷ Demzufolge hat der Bundesrat gestützt auf Artikel 197 Ziffer 10 BV die entsprechenden Ausführungsbestimmungen auch im Bereich der Strafrechts zu erlassen.⁴⁸

3.11.2 Normstufe

Widerhandlungen sollen – nebst einer Geldstrafe – mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft werden. Eine Höchststrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe stellt einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) der betroffenen Person dar. Für schwere Grundrechtseingriffe bedarf es gemäss Artikel 36 Absatz 1 BV einer gesetzlichen Grundlage auf Gesetzesstufe, d.h. ein Gesetz im formellen Sinn. Für andere Strafen (z.B. Bussen) genügt hingegen eine Verordnung, die sich im Rahmen von Verfassung und Gesetz hält.⁴⁹

Die Widerhandlungen (in ihren Grundzügen) und die Strafandrohung sind bereits auf Verfassungsstufe umschrieben und damit ausreichend demokratisch legitimiert. Hinzu kommt, dass der Bundesrat gestützt auf Artikel 197 Ziffer 10 BV explizit zum Erlass von gesetzvertretenden Ausführungsbestimmungen zu Artikel 95 Absatz 3 BV verpflichtet ist; dies verleiht den Ausführungsbestimmungen ebenfalls eine gewisse demokratische Legitimation. Im vor-

12. Oktober 2012 2C_828/2011, E. 4.3.2.

⁴⁶ Urteil des Bundesgerichts vom 17. November 2011 6B_345/2011, E. 4.1.

⁴⁷ „Zum Schutz der Volkswirtschaft, [...] *regelt das Gesetz* [...] nach folgenden Grundsätzen:“

⁴⁸ Ansonsten bestünde die Gefahr, dass Art. 95 Abs. 3 Bst. d BV ins Leere liefe. Falls ein Strafgericht mangels einer Ausführungsbestimmung eine Verurteilung direkt in Anwendung dieser Verfassungsbestimmung aussprechen würde und das Bundesgericht aufgrund einer strafrechtlichen Beschwerde zum gleichen Schluss käme (keine direkte Anwendbarkeit), so würde die Strafnorm von den Strafbehörden danach nicht mehr angewendet.

⁴⁹ BGE 124 IV 23, E. 1.

liegenden Fall wird deshalb die gesetzliche Grundlage als genügend erachtet.

3.11.3 Auslegungsgrundsätze

Bei der Auslegung des Textes einer Volksinitiative ist grundsätzlich auf deren Wortlaut und nicht auf die subjektive Absicht der Initianten abzustellen. Eine allfällige Begründung des Volkswillens und die von den Initianten geäußerten Meinungen können jedoch berücksichtigt werden.⁵⁰ Auch wenn die Umstände, die zu einer Initiative geführt haben, bei der Auslegung ebenfalls eine Rolle spielen können, erfolgt die Auslegung des Textes nach den anerkannten einschlägigen Regeln.⁵¹

Eine Besonderheit der Verfassungsauslegung besteht in der Offenheit der Rechtsnormen. So sind Gesetzgebungsaufträge in Aufgabennormen in ihrem Aussagegehalt oft relativ unbestimmt und halten nur einen ersten Konsens über Notwendigkeit, Bereich und Zweck einer Staatsaufgabe fest. Bei der Interpretation solcher Normen geht es denn häufig auch weniger um die Auslegung als um eine Konkretisierung.

Solange der Verfassungsgeber nicht selber einzelnen Verfassungsbestimmungen eine ausdrückliche Werthierarchie zuordnet, gilt zudem der Grundsatz der Gleichwertigkeit der Verfassungsnormen.⁵² Die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung hängt wesentlich davon ab, inwieweit zusätzlich zu den allgemeinen Auslegungselementen die "harmonisierende Auslegung"⁵³ (oder die Herstellung praktischer Konkordanz) mitberücksichtigt wird; diesfalls ist der Gesetzgeber gehalten, alle von der Sache berührten Verfassungsanliegen mit zu bedenken. Verfassungsnormen sind so zu interpretieren, dass Widersprüche innerhalb der Verfassung nach Möglichkeit vermieden werden.

3.11.4 Verhältnismässigkeitsprinzip

Dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz kommt bei der Auslegung von Verfassungsnormen eine besondere Bedeutung zu. Er ist durch die Bundesverfassung ausdrücklich in Artikel 5 Absatz 2 als "Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns" und in Artikel 36 Absatz 3 als eine der Voraussetzungen der "Einschränkung von Grundrechten" verankert. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit staatlicher Massnahmen durchzieht als Leitgedanke die gesamte Rechts-

⁵⁰ Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Bericht des Bundesrates vom 05.03.2010 in Erfüllung des Postulats 07.3764 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 16.10.2007 und des Postulats 08.3765 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 20.11.2008, BBl 2010 2263, Ziff. 8.7.1.2.

⁵¹ Vgl. dazu ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweiz. Bundesstaatsrecht, 8. Aufl. 2012, N. 130.

⁵² PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweiz. Eidgenossenschaft, 3. Aufl. 2011, § 4 N. 13, § 9 N. 5; JÖRG PAUL MÜLLER, Wie wird sich das Bundesgericht mit dem Minarettverbot der BV auseinandersetzen?, in: Jusletter 01.03.2010, N. 7; vgl. auch BGE 105 Ia 330 E. 3c; Urteil des Bundesgerichts 2C_828/2011 vom 12.10.2012, E. 4.2.1.

⁵³ RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER, Schweiz. Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, N. 524, 529; YVO HANGARTNER, Unklarheiten bei Volksinitiativen. Bemerkungen aus Anlass des neuen Art. 121 Abs. 3–6 BV (Ausschaffungsinitiative), in: AJP 2011, S. 473. Urteil des Bundesgerichts 2C_828/2011 vom 12.10.2012, E. 4.2.2.

ordnung; im Strafrecht ist er insbesondere bei der Anordnung von Massnahmen zu beachten, und bei der Verhängung von Strafen ist er im Verschuldensprinzip angelegt.

In Übereinstimmung mit der Lehre erblickt das Bundesgericht im Grundsatz der Verhältnismässigkeit ein Grundprinzip, das in allen Gebieten des öffentlichen Rechts massgebend ist, das also das gesamte Verwaltungsrecht beherrscht und sowohl in der Rechtsanwendung als auch in der Rechtsetzung gilt.⁵⁴ Einig sind sich Lehre und Praxis auch in der Funktion des Verhältnismässigkeitsprinzips: "Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz ist zum Schutz der Bürger gegen übermässige Eingriffe des Staates aufgestellt, [...]."⁵⁵ Da der Grundsatz das gesamte Staatshandeln leitet, kommt er auch bei der Verfassungsinterpretation zur Anwendung (im Rahmen der harmonisierenden Auslegung).

3.11.5 Zur Strafandrohung von Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe d BV

Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe d BV statuiert: „Widerhandlung gegen die Bestimmungen nach den Buchstaben a–c wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen bestraft.“

Angesichts der angedrohten Höchststrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe handelt es sich um Vergehenstatbestände (Art. 10 Abs. 3 StGB).

Fraglich ist, ob für jeden in der Verordnung zu regelnden Straftatbestand die gleiche Strafandrohung gelten muss, oder ob der Verfassungstext es zulässt, dass gewisse Straftatbestände z.B. ausschliesslich mit Geldstrafe bestraft oder diese nur als Übertretungen (mit der entsprechend milderen Strafandrohung) qualifiziert werden könnten.

Die Frage der Differenzierung drängt sich aus folgendem Grund auf: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Verschuldensprinzip; vgl. oben, Ziff. 3.11.4) gebietet es, dass die Strafandrohung dem Unwert der Tat angemessen, d.h. verhältnismässig ist.⁵⁶ Die Strafandrohungen sind nach der Schwere der Rechtsgutverletzungen abzustufen und in Einklang mit den bestehenden Straftatbeständen des Strafrechts zu bringen.⁵⁷

Weil die laut Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe d BV zu sanktionierenden Verhaltensweisen nicht alle den gleichen Unrechtsgehalt aufweisen, stellt sich die Frage, ob es verhältnismässig ist, z.B. einen Verstoß gegen die Offenlegungspflicht der Pensionskassen (Art. 95 Abs. 3 Bst. a BV) der gleichen (hohen) Strafandrohung zu unterstellen wie der Bezug einer unzulässigen Vergütung in Millionenhöhe durch ein Organmitglied (Art. 95 Abs. 3 Bst. b BV). Für eine Straftat, die einen geringeren Unrechtsgehalt aufweist, müsste dementsprechend eine

⁵⁴ BGE 96 I 234 E. 5.

⁵⁵ BGE 102 Ia 243 E. 5c. Vgl. auch Botschaft vom 20.11.1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 131.

⁵⁶ BGE 123 IV 29 E. 4c.

⁵⁷ Vgl. dazu auch den Erläuternden Bericht zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht, Ziff. 1.4. Abrufbar unter: www.ejpd.admin.ch > Themen > Sicherheit > Gesetzgebung > Harmonisierung der Strafrahmen.

mildere Sanktion vorgesehen werden.

Aus Gründen der Verhältnismässigkeit werden in Artikel 24 und 25 unterschiedliche Strafandrohungen vorgeschlagen: In Artikel 24 wird die durch die Verfassung vorgegebene Strafandrohung übernommen, in Artikel 25 wird eine mildere Strafandrohung ("Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen") vorgeschlagen. Die neue Verfassungsbestimmung zielt – wie sich bereits aus dem Titel der Volksinitiative ergibt – insbesondere darauf ab, übermässige Vergütungen/Bezüge in Aktiengesellschaften zu verhindern bzw. die Mitwirkungsrechte der Aktionärinnen und Aktionäre zu stärken. Widerhandlungen gegen diesbezügliche Vorgaben werden gestützt auf Artikel 24 und damit strenger sanktioniert. Widerhandlungen, die im Bereich der Vorsorgeeinrichtungen geschehen, weisen hingegen auch deshalb einen geringeren Tatunwert auf, da sich der Täter nicht bereichern kann. Dies rechtfertigt eine mildere Strafandrohung. Dazu kommt, dass die Strafandrohung "Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen" in diesem Bereich wenig Sinn macht, da Mitglieder des obersten Organs teilweise keine monetäre Entschädigung für ihre Tätigkeit erhalten, weil sie für diese im Rahmen ihrer Anstellung beim Arbeitgeber freigestellt werden. Die vorgeschlagene Strafandrohung in Artikel 25 entspricht derjenigen in Artikel 76 BVG.

Zur Umsetzung der Strafandrohungen im Einzelnen vgl. nachfolgend unter Ziffer 3.11.11.

3.11.6 Offizialdelikte oder Antragsdelikte?

Die Verfassung lässt offen, ob es sich bei den Strafnormen um Offizialdelikte oder Antragsdelikte handeln soll.

Im schweizerischen Strafrecht sind die meisten Straftatbestände als Offizialdelikte ausgestaltet, d.h. die Straftaten sind von Amtes wegen zu verfolgen. Beim Antragsdelikt hingegen kommt es erst dann zu einer Strafverfolgung, wenn die antragsberechtigte Person eine entsprechende Willenserklärung abgegeben hat.

Nach der herrschenden Lehre wird eine Straftat vom Gesetzgeber aus einem oder mehreren der folgenden Gründe zum Antragsdelikt erklärt: a) wegen ihres geringen Unrechtsgehalts; b) weil das Strafverfahren die Persönlichkeitssphäre des Verletzten regelmässig stark tangiert; c) weil die Strafverfolgung enge persönliche Beziehungen zwischen dem Opfer und dem Täter beeinträchtigen könnte.⁵⁸ Die antragsberechtigte Person ist in der Regel durch die Straftat in ihren Rechten unmittelbar verletzt.

Die Tatsache, dass die vorliegenden Widerhandlungen in erster Linie die Mitwirkungsrechte und Vermögensinteressen der Aktionärinnen und Aktionäre (Art. 24) bzw. das Recht auf Offenlegung und die Vermögensinteressen der Versicherten der Vorsorgeeinrichtungen (Art. 25) und damit individuelle Interessen der Aktionäre, Aktionärinnen und Versicherten

⁵⁸ CHRISTOF RIEDO, Basler Kommentar Strafrecht I, 2. Aufl. 2007, Vor Art. 30, N 9, mit weiteren Verweisen.

betreffen, spricht für die Ausgestaltung der Straftatbestände als Antragsdelikte. Auch die Prägung des Aktienrechts von privatrechtlichen und -wirtschaftlichen Prinzipien würde für eine Ausgestaltung als Antragsdelikte sprechen. Fraglich ist hingegen, ob die Aktionärinnen, Aktionäre und Versicherten in ihren Vermögensinteressen unmittelbar verletzt werden bzw. ob ein rechtlich geschütztes Interesse betroffen ist. So soll bei ungetreuer Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) zum Nachteil einer Aktiengesellschaft die Geschädigtenstellung nur dieser selbst, nicht aber deren Aktionären zukommen.⁵⁹

Weiter birgt die Ausgestaltung als Antragsdelikte die Gefahr, dass die antragstellende mit der beschuldigten Person einen Vergleich abschliesst, was zur Einstellung des Verfahrens führt (Art. 316 StPO). In denjenigen Fällen, in denen die beschuldigte Person über grössere finanzielle Ressourcen verfügt, kann sie sich so quasi freikaufen. Dies ist kaum im Sinne der neuen Verfassungsbestimmung. Eine Strafbefreiung bzw. Einstellung des Verfahrens ist in Anwendung von Artikel 53 StGB zwar auch bei Officialdelikten möglich, hier sind allerdings die Voraussetzungen strenger.

Als Officialdelikte werden in der Regel relativ schwerwiegende Rechtsgutverletzungen (z.B. schwere Körperverletzung, Vergewaltigung etc.) ausgestaltet. Bei den vorliegenden Straftaten handelt es sich teilweise um Widerhandlungen mit einem eher geringen Unrechtsgehalt (z.B. das Verhindern der Möglichkeit der Aktionäre, dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter elektronisch Vollmachten und Weisungen erteilen zu können, Art. 24 Abs. 1 Ziff. 8), teilweise um Widerhandlungen mit einem grösseren Unrechtsgehalt (bspw. die Ausrichtung einer unzulässigen Vergütung in Millionenhöhe, Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2). Angesichts der in Artikel 24 vorgeschlagenen Strafanndrohung – es muss zwingend eine Freiheitsstrafe ausgesprochen werden und diese kann bis drei Jahre dauern (vgl. oben, Ziff. 3.11.5) – ist jedoch bei diesen Widerhandlungen kaum mehr von Bagatelldelikten auszugehen. Hinzu kommt, dass nebst den individuellen Interessen der Aktionäre, Aktionärinnen und Versicherten teilweise auch die Volkswirtschaft als Ganzes betroffen ist bzw. sein kann.⁶⁰ So gesehen besteht – zumindest bei einem Teil der Widerhandlungen – ein spezifisches Interesse der Öffentlichkeit an einer Strafverfolgung. Dies spricht für die Ausgestaltung der Strafnormen als Officialdelikte.

In Anbetracht der obigen Überlegungen erscheint es insgesamt sachgerechter, die Strafnormen als Officialdelikte auszugestalten.

3.11.7 Verhältnis zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs

Gestützt auf Artikel 333 Absatz 1 StGB finden die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs auf die vorliegende Verordnung Anwendung. Abgesehen von Artikel 24 Absatz 2, der die Gültigkeit von Artikel 34 Absatz 2 Satz 1 StGB (maximale Höhe des Tagessatzes) aufhebt, enthält die Verordnung keine abweichenden Bestimmungen, die Vorrang

⁵⁹ M. A. NIGGLI, Basler Kommentar Strafrecht II, 2. Aufl. 2007, Art. 158, N 151.

⁶⁰ Vgl. dazu den Ingress von Art. 95 Abs. 3 BV: "Zum Schutz der Volkswirtschaft [...]."

hätten. So gelten z.B. die allgemeinen Regeln zur Strafzumessung, zum Versuch und zur Täterschaft sowie zur Teilnahme am Sonderdelikt (siehe unten, Ziff. 3.11.9).

3.11.8 Einziehung bzw. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes

Gemäss Artikel 70 Absatz 1 StGB verfügt das Gericht die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden. Somit geht die Rückerstattung von Deliktsgut an den Verletzten der Einziehung vor.⁶¹ Das bedeutet, dass – wenn die Identität des Verletzten bekannt ist – abhanden gekommene Vermögenswerte dem Verletzten direkt ausgehändigt werden, ohne dass vorher eine Einziehung und eine Verwendung zugunsten des Geschädigten im Sinne von Artikel 73 StGB stattfindet.⁶² Vorliegend ist dies bei Straftaten nach Artikel 24 (Widerhandlungen gegen Vergütungsvorschriften) von Bedeutung. Da diesfalls die Identität des Verletzten – also der Aktiengesellschaft – bekannt ist, erübrigt sich eine Einziehung. Die zu Unrecht ausbezahlten und gestützt auf Artikel 263 StPO beschlagnahmten Vergütungen können der Gesellschaft direkt ausgehändigt werden.

3.11.9 Strafbarkeit des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates (Art. 24)

Täterschaft

Wie oben unter Ziffer 3.11.1 ausgeführt, hat eine Strafbestimmung den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots zu genügen. Der Einleitungssatz von Artikel 24 Absatz 1 konkretisiert Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe d BV deshalb dahingehend, dass sich primär nur Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates strafbar machen können. Die Einschränkung der möglichen Täterschaft auf diesen Personenkreis rechtfertigt sich, weil diese Personen – mit Ausnahme der Mitglieder des Beirates, denen lediglich beratende Funktion zukommt – für die (Ober-)Leitung der Gesellschaft verantwortlich sind⁶³ und mit (selbständiger) Entscheidkompetenz ausgestattet sind.

Es handelt sich mithin um Sonderdelikte; denn Täter kann nur sein, wer die erwähnten Eigenschaften in eigener Person erfüllt.⁶⁴ Personen, denen diese Sondereigenschaft nicht zukommt (z.B. Revisionsstelle, Rechtsanwälte, Treuhänder etc.), können sich nur – aber immerhin – strafbar machen, wenn sie als Anstifter (Art. 24 StGB) oder Gehilfen (Art. 25 StGB) handeln. Sie unterstehen zwar der gleichen Strafandrohung wie der Täter, sind aber milder

⁶¹ Urteil des Bundesgerichts vom 18. April 2013 6B_491/2012, E. 5.3.

⁶² FLORIAN BAUMANN, Basler Kommentar Strafrecht I, 2. Aufl. 2007, Art. 70/71, N 42.

⁶³ Diese Personen können z.B. für Schäden, die sie der Gesellschaft verursacht haben, zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen werden (Art. 754 OR).

⁶⁴ GÜNTHER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2011, § 9 N 5.

zu bestrafen (Art. 26 StGB).

Tathandlungen

In Konkretisierung von Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a–c BV sollen nachfolgende Widerhandlungen für strafbar erklärt werden. Grundet die zu beurteilende Widerhandlung (Deliktserfolg) auf einem Gremiumsentscheid (z.B. Beschluss des Verwaltungsrates, die Führung der Gesellschaft an eine juristische Person zu delegieren), so soll jedes Mitglied nach seinem jeweiligen Stimmverhalten beurteilt werden. Aufgrund des strafrechtlichen Zurechnungsprinzips dürften sich nur diejenigen Mitglieder strafbar machen, die einem (Mehrheits-)Entscheid zugestimmt haben.⁶⁵

In den ersten beiden Ziffern sind Widerhandlungen gegen die Vergütungsregeln der Gesellschaft geregelt. Strafbar soll nicht nur dasjenige Mitglied sein, welches die betreffende Vergütung ausrichtet, sondern auch dasjenige, das die Vergütung bezieht.⁶⁶ Die Strafbarkeit beider drängt sich deshalb auf, weil in den leitenden Gremien oftmals personelle Verflechtungen bestehen.

Laut Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV stimmt die Generalversammlung jährlich über die Gesamtsumme aller Vergütungen der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates ab (Art. 18 f.). Hält sich ein Mitglied nicht an diese Vorgaben, indem es z.B. Vergütungen bezieht oder ausrichtet, über die die Generalversammlung überhaupt nicht abstimmen konnte oder deren Genehmigung sie verweigerte, so ist dies gemäss Ziffer 1 strafbar.

Laut Ziffer 2 macht sich ein Mitglied strafbar, das eine unzulässige Vergütung im Sinne von Artikel 20 oder 21 bezieht oder ausrichtet (vgl. Art. 95 Abs. 3 Bst. b und c BV). In jedem Fall und ohne Ausnahme unzulässige Vergütungen stellen dar: Abgangsentschädigungen, Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden sowie Provisionen für die Übernahme oder Übertragung von Unternehmen oder Teilen davon (Art. 20 Ziff. 1–3). Gewisse Vergütungen sind nur dann unzulässig (z.B. Darlehen, Kredite, Renten etc.), wenn sie entweder gar nicht in den Statuten enthalten sind, oder aber darin enthalten sind, aber deren Vorgaben missachten (Art. 20 Ziff. 4–5). Unter gewissen Umständen sind auch Vergütungen, die Mitglieder für zusätzliche Arbeiten bei Konzernunternehmen ausrichten oder beziehen, unzulässig (Art. 21).

Die Statuten müssen laut Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe c BV die Anzahl der Tätigkeiten enthalten, welche die Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates ausserhalb der Konzerngesellschaften ausüben (Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1). Missachtet ein

⁶⁵ Vgl. zur Haftung für Gremiumsentscheide: ANDREAS EICKER, Haftung für Dritte: Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Führungspersonen in Unternehmen nach dem revidierten Allgemeinen Teil des StGB, AJP 6/2010, S. 683 ff.

⁶⁶ Vgl. Art. 95 Abs. 3 Bst. b BV: "[...] Organmitglieder *erhalten* keine [...]."

Mitglied diese statutarisch festgelegte Anzahl, so macht es sich gemäss Ziffer 3 strafbar.

Untersagt ist gemäss Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe b BV, die Führung der Gesellschaft an eine juristische Person zu delegieren (Art. 6). Wird diese Vorgabe nicht eingehalten, so ist dies laut Ziffer 4 strafbar.

Organ- und Depotstimmrechtsvertretungen sind untersagt (Art. 95 Abs. 3 Bst. a BV). Laut Artikel 11 darf die institutionelle Stimmrechtsvertretung nur durch unabhängige Stimmrechtsvertretungen wahrgenommen werden. Diese werden von der Generalversammlung gewählt (Art. 8 Abs. 1). Setzt z.B. der Verwaltungsrat eine Depot- oder Organstimmrechtsvertretung oder eine nicht durch die Generalversammlung gewählte unabhängige Stimmrechtsvertretung ein, so ist dies gemäss Ziffer 5 strafbar.

Ziffer 6–9 stellen Verhaltensweisen unter Strafe, welche die Aktionärinnen und Aktionäre hindern, gewisse ihnen zustehende Mitwirkungsrechte im Rahmen der Generalversammlung auszuüben.

Die Generalversammlung wählt jährlich und einzeln die Mitglieder und den Präsidenten des Verwaltungsrates, die Mitglieder des Vergütungsausschusses sowie den unabhängigen Stimmrechtsvertreter (Art. 95 Abs. 3 Bst. a BV, Art. 2–4, 7 und 8). Verhindert dies der Verwaltungsrat bspw. durch nicht gehörige Traktandierung (vgl. Art. 700 Abs. 3 OR), so ist dies gemäss Ziffer 6 strafbar.

Gemäss Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV stimmt die Generalversammlung jährlich über die Gesamtsumme aller Vergütungen des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates ab (Art. 18). Wird die Generalversammlung daran gehindert, so ist dies gemäss Ziffer 7 strafbar.

Der Verwaltungsrat stellt sicher, dass die Aktionäre und Aktionärinnen der unabhängigen Stimmrechtsvertretung auch elektronisch Vollmachten und Weisungen erteilen können (Art. 9). Gemäss Ziffer 8 ist es strafbar, wenn die Aktionärinnen und Aktionäre daran gehindert werden (Art. 95 Abs. 3 Bst. a BV⁶⁷). Denkbar wäre z.B., dass die hierfür notwendigen Vorkehrungen nicht getroffen werden.

Schliesslich können sich Mitglieder des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung nach Ziffer 9 strafbar machen, wenn sie die Generalversammlung daran hindern (z.B. durch das Nichtstellen des entsprechenden Antrages), über die zwingend notwendigen Statutenbestimmungen im Sinne von Artikel 12 Absatz 1 befinden zu können (Art. 95 Abs. 3 Bst. c BV).

Vorsatz

Die Widerhandlungen nach Ziffer 1–9 sind nur strafbar, wenn sie vorsätzlich, d.h. wissentlich

⁶⁷ Zur elektronischen Erteilung von Vollmachten und Weisungen vgl. dazu die Kommentierung zu Artikel 9 (Ziff. 3.5.3).

und willentlich begangen werden (Art. 12 Abs. 2 StGB). Fahrlässiges Handeln ist nicht strafbar (Art. 12 Abs. 1 StGB). Dies wäre – angesichts des teilweise eher geringfügigen Unrechtsgehalts der Widerhandlungen – nicht verhältnismässig.

3.11.10 Strafbarkeit bei Vorsorgeeinrichtungen

Gemäss Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV stimmen die Pensionskassen im Interesse ihrer Versicherten ab und legen offen, wie sie gestimmt haben. Diese Vorgaben werden in Artikel 22 und 23 präzisiert. In Artikel 25 werden als mögliche Täter mit der Geschäftsführung betraute Personen oder Mitglieder des obersten Organs (z.B. Stiftungsräte) einer dem Freizügigkeitsgesetz⁶⁸ unterstellten Vorsorgeeinrichtung genannt. Wie in Artikel 24 sollen somit auch hier nur diejenigen Personen als Täter in Frage kommen, die über eine gewisse Entscheidungskompetenz verfügen. Weitere Personen, denen diese Sondereigenschaft nicht zukommt, können sich wiederum als Teilnehmer am Sonderdelikt der Anstiftung oder Gehilfenschaft strafbar machen (vgl. oben, Ziff. 3.11.9).

Die strafbaren Tathandlungen ergeben sich aus den Artikeln 22 und 23: Es sind dies einerseits die Nichtausübung des Stimmrechts (Art. 22 Abs. 1) – es sei denn, die Stimmenthaltung oder Nichtabgabe der Stimme entspricht dem Interesse der Versicherten (Art. 22 Abs. 3) –, das Stimmen gegen das Interesse der Versicherten bzw. entgegen den entsprechenden Grundsätzen im Reglement (Art. 22 Abs. 2 und Abs. 4) sowie das Nichtfestlegen in einem Reglement, wie das Interesse der Versicherten beurteilt wird (Art. 22 Abs. 4). Andererseits macht sich strafbar, wer nicht einmal jährlich in einem Bericht offenlegt, wie die Stimmpflicht ausgeübt wurde (Art. 23). Auch diese Handlungen sind nur strafbar, wenn der Täter vorsätzlich gehandelt hat, Fahrlässigkeit genügt nicht.

3.11.11 Zu den Strafandrohungen in Artikel 24 und 25

Laut Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe d BV sind Widerhandlungen gegen die Buchstaben a–c mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und mit einer Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen zu bestrafen.

Es gilt zu präzisieren, was unter den Begriffen "Geldstrafe" und "Jahresvergütungen" zu verstehen ist, und wie sich diese Strafandrohung in das bestehende System des StGB einfügen lässt. Wie oben unter Ziffer 3.11.5 erläutert, wird für Artikel 24 und 25 nicht die gleiche Strafandrohung vorgeschlagen.

⁶⁸ Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, FZG, SR 831.42).

Begriff der Geldstrafe

Es fragt sich, ob der Verfassungstext mit dem Begriff "Geldstrafe" eine Geldstrafe im Sinne von Artikel 34 StGB meint oder ob dieser Begriff im untechnischen Sinn zu verstehen ist, d.h. damit einzig zum Ausdruck gebracht werden soll, dass nebst der Freiheitsstrafe zwingend eine pekuniäre Strafe auszusprechen ist. Als solche kämen diesfalls entweder eine Geldstrafe (Art. 34 StGB) oder eine Busse (Art. 106 StGB) in Betracht.

Die Geldstrafe im Sinne von Artikel 34 StGB wurde per 1. Januar 2007 in Kraft gesetzt. Die Volksinitiative "gegen die Abzockerei" wurde aber bereits im Jahr zuvor, d.h. 2006 lanciert.⁶⁹ Auch vor diesem Hintergrund kann der Begriff "Geldstrafe" eher im untechnischen Sinn verstanden werden.

Damit bieten sich – wie oben erwähnt – zwei Möglichkeiten an, die Strafandrohung zu interpretieren.

Freiheitsstrafe und obligatorische Geldstrafe

Die weitaus meisten Straftatbestände des StGB enthalten die Strafandrohung Freiheitsstrafe (mit oder ohne Obergrenze) oder Geldstrafe. Vorgesehen ist jedoch in einigen Straftatbeständen des StGB, dass das Gericht nebst einer Freiheitsstrafe obligatorisch eine Geldstrafe aussprechen muss: so z.B. bei Artikel 135 Absatz 3 StGB (Gewaltdarstellungen), Artikel 182 Absatz 3 StGB (Menschenhandel), Artikel 197 Ziffer 4 StGB (Pornographie), Artikel 226^{ter} StGB (Strafbare Vorbereitungshandlungen), Artikel 229 Absatz 1 StGB (Gefährdung durch Verletzung der Baukunde) oder bei Artikel 305^{bis} Ziffer 2 StGB (Geldwäscherei). Entgegen Artikel 42 Absatz 4 StGB muss in diesen Fällen, auch bei einer unbedingten oder teilbedingten Freiheitsstrafe, obligatorisch eine Geldstrafe ausgesprochen werden.⁷⁰ Bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen können diese Sanktionen (Freiheits- und Geldstrafe) auch bedingt oder teilbedingt ausgesprochen werden (Art. 42 ff. StGB).

Bevor das System der Geldstrafe erläutert werden soll, ist zu bemerken, dass sich das Sanktionenrecht momentan in Revision befindet.⁷¹ Unter anderem hat der Bundesrat vorgeschlagen, die bedingte Geldstrafe abzuschaffen und die Höchstanzahl der Tagessätze von 360 auf 180 zu reduzieren. Die nachfolgenden Überlegungen werden jedoch gestützt auf das geltende Recht gemacht.

Die Geldstrafe als Sanktion gilt seit dem 1. Januar 2007 und ersetzt im Bereich der Vergehen und Verbrechen die Busse als pekuniäre Strafe.⁷²

⁶⁹ Siehe: <http://www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis348.html>.

⁷⁰ Vgl. BRIGITTE TAG/MAX HAURI (Hrsg.), Das revidierte StGB Allgemeiner Teil, 2006, S. 85 f.

⁷¹ Der Stand der Revision ist abrufbar unter: www.ejpd.admin.ch > Themen > Sicherheit > Gesetzgebung > Änderung des Sanktionensystems.

⁷² Vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allg. Bestimmungen und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom

Die Bemessung der Geldstrafe erfolgt gemäss Artikel 34 StGB im Tagessatzsystem. Die Strafzumessung erfolgt in zwei Schritten: Zuerst bestimmt das Gericht die Anzahl der Tagessätze; diese richtet sich nach dem Verschulden des Täters. Soweit das Gesetz nichts anderes⁷³ vorsieht, beträgt die Geldstrafe höchstens 360 Tagessätze (Art. 34 Abs. 1 StGB). In einem zweiten Schritt wird die Höhe des Tagessatzes berechnet, die sich nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils bestimmt. Die Obergrenze des Tagessatzes beträgt 3'000 Franken (Art. 34 Abs. 2 StGB).⁷⁴ Die Zahl und Höhe der Tagessätze sind im Urteil festzuhalten (Art. 34 Abs. 4 StGB). Die effektive Geldstrafe ergibt sich somit aus der Multiplikation der Anzahl Tagessätze mit der Tagessatzhöhe. Für den Fall, dass die Geldstrafe nicht bezahlt wird, kommt eine Ersatzfreiheitsstrafe zum Tragen. Ein Tagessatz Geldstrafe entspricht einem Tag Freiheitsstrafe (Art. 36 Abs. 1 StGB). In den meisten Fällen entspricht somit die maximal zulässige Ersatzfreiheitsstrafe knapp einem Jahr Freiheitsstrafe.

Freiheitsstrafe und obligatorische Busse

Seit dem Inkrafttreten der Geldstrafe dient die Busse in erster Linie als monetäre Strafe für Übertretungen (Art. 103 StGB). Die Kombination von Freiheitsstrafe und obligatorischer Busse für Verbrechen und Vergehen ist im materiellen Recht demzufolge nicht vorgesehen. Laut Artikel 42 Absatz 4 StGB kann der Richter jedoch eine bedingte Freiheitsstrafe (oder Geldstrafe) unter anderem mit einer unbedingten⁷⁵ Busse verbinden.

Die Bemessung der Busse erfolgt – anders als bei der Geldstrafe – im Geldsummensystem. Zwar sieht das Gesetz vor, dass die Busse nach der finanziellen Leistungsfähigkeit und dem Verschulden des Täters zu bemessen ist (Art. 106 Abs. 3 StGB). Allerdings werden aus Praktikabilitätsgründen in der Praxis, insbesondere im Bereich der Massendelinquenz (Bagatellbereich), oftmals Normbussen gestützt auf Bussentarife ausgefällt. Anders als bei dem für die Geldstrafe geltenden Tagessatzsystem wird beim Geldsummensystem das Mass des Verschuldens nicht transparent gemacht.

Der Richter muss im Urteil schliesslich die Höhe einer allfälligen Ersatzfreiheitsstrafe festhalten. Diese darf gemäss Artikel 106 Absatz 2 StGB höchstens 3 Monate dauern.

Vorgeschlagene Lösung in Artikel 24: Freiheitsstrafe und obligatorische Geldstrafe

Da die Kombination von Freiheitsstrafe und Busse bei Verbrechen und Vergehen im aktuellen Strafgesetzbuch nicht mehr existiert, sieht der Vorentwurf in Artikel 24 vor, dass die Frei-

21. September 1998, BBl 1999 1979, hier 2017.

⁷³ Z.B. Art. 305^{bis} Ziff. 2 StGB (Geldwäscherei): Hier werden maximal 500 Tagessätze Geldstrafe angedroht.

⁷⁴ Sofern das Gesetz keine abweichende Anzahl Tagessätze vorsieht, beträgt die maximale kapitalisierte Geldstrafe 1.08 Mio. Franken.

⁷⁵ Die Regeln über den bedingten oder teilbedingten Vollzug gelten für Bussen nicht (Art. 105 Abs. 1 StGB).

heitsstrafe mit einer obligatorischen Geldstrafe im Sinne von Artikel 34 StGB, und nicht mit einer Busse im Sinne von Artikel 103 StGB zu verbinden ist. Damit soll die Kohärenz des Strafrechts gewahrt werden. Ausserdem trägt das Tagessatzsystem der Geldstrafe dem Verschulden und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit angemessener Rechnung als das Geldsummensystem der Busse. Schliesslich können Geldstrafen nach geltendem Recht auch bedingt oder teilbedingt ausgesprochen werden, was für Bussen nicht gilt.

Die Freiheitsstrafe und die Geldstrafe sind vom Gericht jedoch so auszusprechen, dass sich eine insgesamt in Anwendung von Artikel 47 ff. StGB dem Verschulden des Täters angemessene Strafe ergibt.

Bemessung der Geldstrafe

Die Berechnung der Geldstrafe erfolgt nach geltendem Recht im Tagessatzsystem (Art. 34 StGB).

Fraglich ist, wie sich die Strafandrohung "[...] Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen" in das bestehende Tagessatzsystem der Geldstrafe einfügen lässt.

Möglich wäre bspw., die Höchstanzahl der Tagessätze auf sechs Jahre, d.h. auf 2'160 Tagessätze festzulegen (6 x 360). Allerdings ist die Erhöhung der Höchstanzahl Tagessätze aus folgendem Grund zu verwerfen: Bei Ausschöpfung der Höchstanzahl Tagessätze (2'160) durch das Gericht würde – wenn der Täter die unbedingte Geldstrafe nicht bezahlt – eine Ersatzfreiheitsstrafe von sechs Jahren Freiheitsstrafe an Stelle der Geldstrafe treten; dies wäre unverhältnismässig und nicht zu rechtfertigen.

Deshalb ist von den gemäss Artikel 34 Absatz 1 StGB maximal zulässigen 360 Tagessätzen auszugehen. Die Obergrenze des Tagessatzes beträgt gemäss Artikel 34 Absatz 2 Satz 1 StGB 3'000 Franken. Da der Gesamtbetrag der maximal zulässigen Geldstrafe, der gemäss geltendem Recht bei 1.08 Mio. Franken⁷⁶ liegt, sich im Vergleich zu den gemäss Bundesverfassung maximal zulässigen sechs Jahresvergütungen als zu tief erweisen könnte, wird in Artikel 24 vorgeschlagen, dass der Richter für die Berechnung der Höhe des Tagessatzes nicht an die in Artikel 34 Absatz 2 Satz 1 StGB statuierte maximale Höhe gebunden ist. Zwar wird dadurch die vom Gesetzgeber aus rechtsstaatlichen Gründen explizit im Rahmen der Geldstrafe eingeführte Obergrenze in diesen Fällen wieder aufgegeben.⁷⁷ Allerdings ist festzuhalten, dass dadurch nicht Geldstrafen in unbeschränkter Höhe ausgefällt werden können sollen.

Unter dem Begriff "Jahresvergütung" ist die Summe aller Geld- und Sachleistungen (bzw. deren Geldwert) zu verstehen, die der verurteilten Person in einem Jahr von der betreffenden

⁷⁶ 360 Tagessätze à 3'000 Franken = 1'080'000 Franken.

⁷⁷ Vgl. Botschaft Revision AT, BBl 1999 2021. Vgl. auch Art. 48 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB (Keine Bindung des Richters an den Höchstbetrag der Busse bei Gewinnsucht des Täters).

Gesellschaft, in der die Widerhandlung stattgefunden hat, ausgerichtet wird.⁷⁸ Ein Einbezug von allfälligen Jahresvergütungen, welche die verurteilte Person aufgrund zusätzlicher Mandate von anderen Gesellschaften (innerhalb oder ausserhalb des Konzerns) erhalten hat, in denen aber keine Widerhandlungen stattgefunden haben, erscheint nicht sachgerecht und auch unverhältnismässig.

Massgebend ist die Jahresvergütung im Tatzeitpunkt.

Abgesehen davon, dass das Gericht im Rahmen von Artikel 24 nicht an die maximale Höhe des Tagessatzes gemäss geltendem Recht (Art. 34 Abs. 2 Satz 1 StGB) gebunden sein sollte, soll die Berechnung der Höhe des Tagessatzes hingegen gemäss geltendem Recht und Praxis erfolgen.⁷⁹ Das Gericht bestimmt die Höhe des Tagessatzes nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils, namentlich nach Einkommen und Vermögen, Lebensaufwand, allfälligen Familien- und Unterstützungspflichten sowie nach dem Existenzminimum (Art. 34 Abs. 2 Satz 2 StGB).

Dieses Vorgehen ist aus Gründen der Rechtsgleichheit und Kohärenz des Strafrechts auch bei Verurteilungen gestützt auf Artikel 24 massgebend. Würde man bei der Berechnung nur auf die Jahresvergütung abstellen, die der Täter von der betroffenen Gesellschaft für seine Dienste erhalten hat, so könnte nur gerade dieser Teilbereich seines Einkommens berücksichtigt werden; dies hätte eine Ungleichbehandlung zur Folge im Vergleich zu all den Tätern, die wegen anderer Straftaten (z.B. im Bereich des StGB) zu einer Geldstrafe verurteilt werden und bei denen das gesamte Einkommen, egal woher es stammt, zur Berechnung der Höhe des Tagessatzes herangezogen wird. Eine solche Sonderbehandlung für Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates, die sich wegen Widerhandlungen gegen die vorliegende Verordnung strafbar gemacht haben, einzuführen, wäre nicht sachgerecht.

Die Jahresvergütung, die der Täter von der betroffenen Gesellschaft im Zeitpunkt der Tat erhalten hat, soll jedoch für die Berechnung der Obergrenze des maximal zulässigen Gesamtbetrages der Geldstrafe (Anzahl Tagessätze x Höhe des Tagessatzes) massgebend sein. Dieser Gesamtbetrag darf das Sechsfache der entsprechenden Jahresvergütung grundsätzlich nicht übersteigen. Allerdings soll diese Obergrenze bei Geldstrafen unterhalb der Grenze von 1.08 Mio. Franken gemäss geltendem Recht nicht gelten. Dadurch wird auch vermieden, dass wegen einer relativ tiefen Jahresvergütung für ein Verwaltungsratsmandat keine den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen angepasste Geldstrafe ausgesprochen wird. Dies wäre etwa in folgendem Beispiel der Fall: Eine Person übt bei drei Aktiengesellschaften ein Verwaltungsratsmandat aus. Von der X-AG erhält er für das Jahr 2012 eine Jahresvergütung von 10'000 Franken, von der Y-AG 500'000 Franken und von der Z-AG 1 Mio. Franken.

⁷⁸ Wobei die Bemessungszeiträume divergieren können: Die fixen Vergütungen werden prospektiv, die variablen Vergütungen hingegen retrospektiv von der Generalversammlung genehmigt. Zum Ganzen vgl. dazu die Kommentierung zu Art. 18.

⁷⁹ Zur Berechnung eingehend: ANNETTE DOLGE, Basler Kommentar Strafrecht I, 2. Aufl. 2007, Art. 34 N 42 ff.

Nur bei der X-AG begeht er im Jahre 2012 eine Widerhandlung. In diesem Fall würde die Obergrenze für die Gesamtgeldstrafe bei maximal 60'000 Franken liegen und hätte in Anbetracht des übrigen Einkommens eine ungerechtfertigte Sperrwirkung.

Das Gericht hat die Obergrenze (sechsfache Jahresvergütung) hingegen dann zu beachten, wenn es eine kapitalisierte Gesamtgeldstrafe von über 1.08 Mio. Franken aussprechen will. Diese Obergrenze soll vermeiden, dass Geldstrafen in unbeschränkter Höhe ausgefällt werden können.

Es ist davon auszugehen, dass das geltende Geldstrafen-System nur dann nicht gelten soll, wenn tatsächlich ein Fall von "Abzockerei" vorliegt. Ausserdem sollen die künftigen Täter möglichst nicht schlechter oder besser behandelt werden als alle anderen, die sich z.B. im Bereich des Kern- oder Nebenstrafrechts strafbar gemacht haben.

Da in Artikel 25 eine Strafe von "Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen" angedroht wird, stellt sich das Problem der Jahresvergütungen nicht. Bei der Berechnung der Höhe des Tagessatzes ist deshalb entsprechend den allgemeinen Grundsätzen vorzugehen.

3.12 Übergangsbestimmungen (Art. 26-32)

3.12.1 Anwendbares Recht im Allgemeinen

Weder Artikel 95 Absatz 3 noch Artikel 197 Ziffer 10 BV verbieten eine stufenweise Wirkung der Verordnung. Die Verordnung nimmt eine Güterabwägung zwischen der sofortigen Wirkung ihrer Bestimmungen und dem Bedürfnis der Gesellschaften nach einer zumutbaren Frist für die Anpassung ihres Verhaltens und ihrer Statuten/Reglemente an die neuen zwingenden Vorgaben vor.

Artikel 26 hält deshalb zwei Grundsätze zum Übergangsrecht fest:

- Gemäss Absatz 1 gelten die Artikel 1-4 des Schlusstitels des ZGB⁸⁰ für die vorliegende Verordnung, soweit die Artikel 27-32 nichts anderes vorsehen.
- Die Bestimmungen der Verordnung werden gemäss Absatz 2 mit ihrem Inkrafttreten (Art. 33, 1. Januar 2014) auf alle bestehenden Aktiengesellschaften mit börsenkotierten Aktien anwendbar (Art. 1).

Als Übersicht zu sämtlichen Übergangsbestimmungen bzw. zur Wirkung der Verordnung dient die separate Darstellung.

3.12.2 Anpassung von Statuten und Reglementen

Die Gesellschaften haben gemäss Artikel 27 Absatz 1 innerhalb von zwei Jahren seit Inkraft-

⁸⁰ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210).

treten der Verordnung (1. Januar 2014) ihre Statuten und Reglemente an diese Vorgaben der Verordnung anzupassen. Die Einzelwahl der Mitglieder des Verwaltungsrats für die einjährige Amtsdauer hat beispielsweise bereits an der ersten ordentlichen Generalversammlung zu erfolgen, die nach Inkrafttreten der Verordnung stattfindet (Art. 29 Abs. 1). Eine widersprechende Statutenbestimmung muss jedoch erst nach Ablauf der erwähnten zwei Jahre durch öffentliche Beurkundung und Beschluss der Generalversammlung geändert werden.

Der notwendige und der bedingt notwendige Statuteninhalt (Art. 12) müssen innerhalb von zwei Jahren seit Inkrafttreten der Verordnung (1. Januar 2014) in die Statuten aufgenommen werden. Die Dauer der Arbeitsverträge für die Mitglieder der Geschäftsleitung (Art. 12 Abs. 1 Ziff. 2) beispielsweise müssen bis zu diesem Zeitpunkt nicht in den Statuten enthalten sein. Unter anderem die Strafbestimmung (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3) und die Bestimmung zu den unzulässigen Vergütungen (Art. 20 Ziff. 4 und 5) werden verhindern, dass die Organe der Gesellschaft über den zweijährigen Zeitraum hinaus untätig bleiben.

Die Vorsorgeeinrichtungen, die dem FZG⁸¹ unterstellt sind, müssen gemäss Artikel 27 Absatz 2 innerhalb eines Jahres seit Inkrafttreten der Verordnung (1. Januar 2014) ihre Reglemente und ihre Organisation an die Vorgaben der Verordnung (Art. 22 f.) anpassen.

3.12.3 Anpassung von altrechtlichen Arbeitsverträgen

Gemäss Artikel 28 sind Arbeitsverträge innerhalb eines Jahres seit Inkrafttreten der Verordnung (1. Januar 2014) an deren Vorgaben anzupassen. Nach Ablauf dieser Frist sind ihre Vorgaben auch auf alle bestehenden Arbeitsverträge uneingeschränkt anwendbar. Angesichts der Vielzahl der möglichen Anwendungsfälle wird auf eine explizite Regelung der Rechtsfolgen verzichtet. Diese müssen durch das Gericht im konkreten Einzelfall bestimmt werden.

Artikel 28 verhindert, dass die zwingenden Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 BV bzw. der Verordnung über Jahre hinaus keine umfassende Wirkung entfalten. Zudem schafft er Rechtsklarheit und damit Rechtssicherheit. Sein regulatorisches Vorbild ist Artikel 7 Absatz 1 der Schluss- und Übergangsbestimmungen zum X. Titel des Obligationenrechts (Änderung des Arbeitsrechts vom 25. Juni 1971), der denselben Zweck für die Arbeitgeber und -nehmer verfolgte und eine uneinheitliche Anwendung des neuen Rechts verhinderte.⁸²

Wird ein neuer Arbeitsvertrag mit oder nach Inkrafttreten der Verordnung abgeschlossen, müssen deren Vorgaben sofort und uneingeschränkt umgesetzt werden.

⁸¹ SR 831.4

⁸² Siehe Botschaft vom 25. August 1967 des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels^{bis} des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag), BBl 1967 II 241, 426 f.

3.12.4 Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats und des Vergütungsausschusses

Die Generalversammlung wählt gemäss Artikel 29 Absatz 1 die Mitglieder des Verwaltungsrats (Art. 3), dessen Präsidentin oder Präsidenten (Art. 4) sowie die Mitglieder des Vergütungsausschusses (Art. 7) an der ersten ordentlichen Generalversammlung, die nach dem Inkrafttreten der Verordnung (1. Januar 2014) stattfindet. Dadurch wird verhindert, dass im 2013 gewisse Gesellschaften die Mitglieder ihres Verwaltungsrats für eine Amtsdauer von bis zu sechs Jahren wählen (Art. 710 Abs. 1 OR) und damit die entsprechende Wirkung der Verordnung über mehrere Jahre hinauszögern können.

Gemäss Artikel 29 Absatz 2 bestimmt der Verwaltungsrat bis zur statutarischen Festlegung der Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses (Art. 12 Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Art. 27 Abs. 1) dessen Aufgaben und Zuständigkeiten.

3.12.5 Unabhängiger Stimmrechtsvertreter

Die Gesellschaften müssen ab Inkrafttreten der Verordnung (1. Januar 2014) zwingend über eine unabhängige Stimmrechtsvertretung verfügen; die Organ- und Depotvertretung werden auf diesen Zeitpunkt abgeschafft.

Aufgrund der vorgängigen Bekanntgabe der unabhängigen Stimmrechtsvertretung in der Einberufung zur Generalversammlung kann an der ersten Generalversammlung nach Inkrafttreten der Verordnung (1. Januar 2014) nicht verlangt werden, dass dieser von den Aktionärinnen und Aktionären gewählt wird. Artikel 30 Absatz 1 sieht deshalb vor, dass der Verwaltungsrat für die erste ausserordentliche oder ordentliche Generalversammlung nach Inkrafttreten der Verordnung (1. Januar 2014) ausnahmsweise die unabhängige Stimmrechtsvertretung bestimmt, sofern diese nicht bereits vorgängig auf freiwilliger Basis durch die Generalversammlung gewählt wurde.

Die elektronische Erteilung von Vollmachten und Weisungen an die unabhängige Stimmrechtsvertretung (Art. 9 Abs. 3) muss gemäss Artikel 30 Absatz 2 erst an der zweiten ordentlichen Generalversammlung, die nach dem Inkrafttreten der Verordnung stattfindet, möglich sein. Dadurch wird den Gesellschaften eine ausreichende Frist zur Anpassung ihrer elektronischen Infrastruktur gewährt.

3.12.6 Genehmigungen durch die Generalversammlung

Die Vorschriften zur Genehmigung der Gesamtbeträge der fixen Vergütung an die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats (s. Art. 18 Abs. 1 Ziff. 1, 3 und 5) finden gemäss Artikel 31 Absatz 1 spätestens an der zweiten ordentlichen Generalversammlung Anwendung, die nach dem Inkrafttreten der Verordnung (1. Januar 2014) stattfindet.

Die Vorschriften zur Genehmigung der Gesamtbeträge der variablen Vergütung an die Mit-

glieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats (s. Art. 18 Abs. 1 Ziff. 2, 4 und 6) finden gemäss Artikel 31 Absatz 2 erstmals Anwendung für das Geschäftsjahr, das mit dem Inkrafttreten der Verordnung (1. Januar 2014) oder danach beginnt.

3.12.7 Stimm- und Offenlegungspflicht

Gemäss Artikel 32 müssen die Vorsorgeeinrichtungen, die dem FZG unterstellt sind, ab dem 1. Januar 2015 ihre Stimmrechte aus börsenkotierten Aktien im Interesse der Versicherten ausüben (s. Art. 22) und offen legen, wie sie dieser Pflicht nachkommen (s. Art. 23).

3.13 Inkrafttreten (Art. 33)

Artikel 197 Ziffer 10 BV schreibt vor, dass der Bundesrat innerhalb eines Jahres nach Annahme von Artikel 95 Absatz 3 BV durch Volk und Stände die erforderlichen Ausführungsbestimmungen erlässt. Der Bundesrat muss folglich die Verordnung spätestens bis am 3. März 2014 erlassen haben.

Die Verordnung soll aber bereits auf den 1. Januar 2014 in Kraft treten.⁸³ Dies hat den Vorteil, dass sie genau auf den Beginn des Geschäftsjahrs 2014 in Kraft tritt. Das Geschäftsjahr der meisten Unternehmen entspricht nämlich dem Kalenderjahr.

Die Verordnung ist nicht explizit zeitlich befristet. Gestützt auf Artikel 197 Ziffer 10 BV wird aber der Bundesrat die Verordnung auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der formellgesetzlichen Ausführungsbestimmungen aufheben.

4 Wirtschaftliche Auswirkungen

Die Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 BV führen zu einer Stärkung der Rechte der Aktionärinnen und Aktionäre. Dadurch sollen überrissene Vergütungen für den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat, die einer nachhaltigen Unternehmensführung zuwiderlaufen, und der daraus resultierende betriebs- und volkswirtschaftliche Schaden verhindert werden.

Die zwingenden Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 BV führen jedoch auch zu Kosten für die betroffenen Gesellschaften, beispielsweise in folgenden Bereichen:

- Die Gesellschaften müssen ihre Statuten an die neuen Bestimmungen anpassen. Die Statuten müssen öffentlich beurkundet und ihre Änderung dem Handelsregisteramt angemeldet werden.
- Der Verwaltungsrat muss die Verträge –insbesondere jene mit den Mitgliedern der Ge-

⁸³ Medienmitteilung des Bundesrats vom 26. März 2013.

schäftsleitung – an die neuen Vorgaben anpassen.

- Die jährlichen Wahlen und die Genehmigungskompetenzen der Generalversammlung führen zu neuen organisatorischen Aufgaben für den Verwaltungsrat der Gesellschaft.
- Das Bereitstellen elektronischer Identifikations- und Kommunikationssysteme für die elektronische Erteilung der Vollmachten und Weisungen an die unabhängige Stimmrechtsvertretung ist mit Kosten verbunden. Entweder entwickelt die Gesellschaft ein eigenes System oder sie beauftragt damit externe Dienstleister.

Die Stimm- und Offenlegungspflicht der Vorsorgeeinrichtungen, die dem FZG⁸⁴ unterstellt sind, führen ebenfalls zu einem zusätzlichen administrativen Aufwand.

Die konkrete Höhe der Kosten für die Aktiengesellschaften und die Vorsorgeeinrichtungen ist allerdings stark abhängig von den Umständen des Einzelfalls. Sie lassen sich deshalb im Voraus nicht beziffern. Das EJPD hat sich bemüht, die Verordnung so auszuarbeiten, dass sie keine über die zwingenden Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 BV hinausgehenden Kosten verursacht.

Die Probleme für eine Gesellschaft, deren Generalversammlung insbesondere die Vergütungen an den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung nicht genehmigt, dürfen nicht unterschätzt werden. Die Verordnung versucht dieses Risiko deutlich zu reduzieren, ohne jedoch die zwingenden Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 BV zu missachten:

- Der Verwaltungsrat darf den Aktionärinnen und Aktionären an derselben Generalversammlung einen zweiten Antrag auf Genehmigung eines tieferen Gesamtbetrags der Vergütungen stellen (Art. 18 Abs. 2).
- Bereits im Genehmigungsmechanismus der Verordnung ist für die fixe Vergütung eine prospektiv wirkende Komponente enthalten, die Rechtssicherheit für den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat schafft (Art. 18 Abs. 1 Ziff. 1, 3 und 5).
- Die Gesellschaften dürfen unter Einhaltung gewisser Voraussetzungen einen eigenständigen, statutarisch geregelten Genehmigungsmechanismus vorsehen (Art. 18 Abs. 3), der auf ihre Bedürfnisse zugeschnitten ist.

Verwendet die Gesellschaft zudem ein einfaches, nachvollziehbares und somit verständliches Vergütungssystem, so reduziert sich das Risiko des wirtschaftlichen Scherbenhaufens und der damit verbundenen Probleme noch stärker.

⁸⁴ SR 831.42