

Genf und Bern, 26. Juli 2013

Vernehmlassung zum Vorentwurf der Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA) – erläuternder Bericht vom 14. Juni 2013

Position von ACTARES, AktionärInnen für nachhaltiges Wirtschaften

(Übersetzung der französischen Originalversion)

1. Zusammenfassung

ACTARES begrüsst den Vorentwurf, für welchen das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement am 14. Juni 2013 die Anhörung eröffnet hat. Sowohl die rasche Erarbeitung seit dem Volksentscheid wie auch die Art und Weise, wie die neuen Bestimmungen trotz vorangehender Zweifel bezüglich der Gesetzeskompatibilität in die Schweizer Rechtsordnung eingefügt wurden, verdienen lobende Worte. Der Verordnungsentwurf scheint ausgewogen, pragmatisch und zeigt, dass die Ansprüche der Initiative nach Schweizer Recht anwendbar sind.

Als Aktionärsorganisation setzt sich ACTARES seit jeher für eine nachhaltige Wirtschaft ein und verfolgt entsprechende Werte und Vorgehensweisen. Deshalb teilt ACTARES die Ziele der Initiative gegen die Abzockerei, welche dem Aktionariat von börsennotierten Unternehmen nicht nur mehr Rechte sondern auch mehr Verantwortung zuschreibt.

Die Pensionskassen verwahren die Zwangssparnisse von einem grossen Teil der erwerbstätigen Schweizer Bevölkerung. Die Verpflichtung, die Abstimmungsrechte stellvertretend und im Sinne der Versicherten auszuüben, ist ein wichtiger Schritt in Richtung Bewusstsein für die Rechte und Pflichten, welche mit dem Begriff Eigentum verbunden sind.

In diesem Sinne ist es bedauerlich, dass der Vorentwurf eine sehr enge Definition für den Begriff "Vorsorgeeinrichtung" wählt. Während beispielsweise der indirekte Gegenvorschlag die AHV-Fonds ebenfalls verpflichtet, ihre Abstimmungsrechte auszuüben, gilt dies im vorliegenden Verordnungsvorschlag nur für die Pensionskassen. Aus der Sicht von ACTARES sollte der Begriff "Vorsorgeeinrichtung" breiter und umfassender ausgelegt werden und auch den AHV-Fonds, die SUVA und weitere Einrichtungen der Schweizer Sozialversicherungen miteinbeziehen.

Transparenz ist in diesem Bereich von entscheidender Bedeutung. ACTARES will deshalb die Gewissheit erhalten, dass jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer alle Stimmrechtsausübungen der Vorsorgeeinrichtung nachverfolgen kann. Die Bestimmungen bezüglich Transparenz müssen daher klarer und eindeutiger formuliert werden.

Es ist bedauerlich und nicht nachvollziehbar, dass das Inkrafttreten der Stimmpflicht im Sinne ihres Aktionariats für Pensionskassen auf 2015 verschoben wird, obwohl der Text der Initiative von einem Inkrafttreten ein Jahr nach der Abstimmung spricht.

Schliesslich müssen alle Hindernisse beseitigt werden, welche die Stimmrechtsausübung durch das Aktionariat erschweren oder verunmöglichen. Auch Privatpersonen mit einer geringen Anzahl von Aktien brauchen eine Garantie, dass sie sich auf befriedigende Art und Weise informieren und ihre Meinung abgeben können und sie angemessen vertreten werden.

Vorstellung von ACTARES

ACTARES wurde im Jahr 2000 gegründet und vereint Aktionärinnen und Aktionäre, welche einer nachhaltigen Wirtschaft verpflichtet sind. Der Verein zählt mehr als 1'300 individuelle und institutionelle Mitglieder, Tendenz zunehmend, welche von ACTARES regelmässig an Generalversammlungen der grossen börsennotierten Unternehmen vertreten werden. Für diese Anlässe erarbeitet und veröffentlicht die Organisation Wahlvorschläge für die wichtigsten Schweizer Firmen und setzt diese auch selber um. ACTARES sucht jeweils den Dialog mit den Verantwortlichen von diesen Unternehmen und übernimmt die Funktion des Sprachrohrs für die Anliegen seiner Mitglieder.

ACTARES versteht eine verantwortungsvolle Einstellung in der Wirtschaft im Sinne der nachhaltigen Entwicklung und insbesondere im Sinne von Corporate Governance als entscheidenden Erfolgsfaktor für Unternehmen.

2. Vertretung des Aktionariats (Sektion 5)

Die Depot- und Organstimmrechtsvertretung wird wie von der Initiative vorgesehen abgeschafft. Es ist wichtig, dass neben der Vertretung der Aktionäre durch den unabhängigen Stimmrechtsvertreter, die freiwillige Vertretung im Sinne von Artikel 689 al. 2, CO, nicht nur möglich bleibt sondern garantiert und wo möglich erleichtert wird.

Einige Unternehmen haben erste Systeme zur elektronischen Fernabstimmung eingeführt. Aktionärinnen und Aktionäre, die sich bereits früh für diese Lösung entschieden haben, erhalten aber keine Möglichkeit, ihre Meinung zu ändern und sich stattdessen doch an der Hauptversammlung vertreten zu lassen – nicht einmal wenn die Abstimmungsrechte gar noch nicht elektronisch wahrgenommen wurden. Diese Handhabung beunruhigt ACTARES besonders, denn elektronische Abstimmungen sollten dem Aktionariat zusätzliche Freiheiten und Flexibilität bieten und keinesfalls eine Einschränkung der Ausübung der Rechte darstellen.

3. Vergütungen

3.1 Vergütungsbericht

ACTARES begrüßt die vollständige Trennung zwischen der Jahresrechnung und des Vergütungsberichtes, wie auch die Prüfungspflicht des letzteren durch die Revisionsstelle.

3.2 Ausschluss der Organmitglieder vom Stimmrecht über Vergütungen

So wie es bereits bei der Abstimmung über die Entlastung der Verwaltungsratsmitglieder der Fall ist (Art. 695 CO), sollten AktionärInnen und Aktionäre, die selber Verwaltungsratsmitglieder oder Angehörige derselben sind, nicht über die Vergütungen abstimmen dürfen. Es ist zwingend notwendig, dass eine solche Bestimmung ausdrücklich in der Verordnung enthalten ist - idealerweise in Form eines Artikels oder eines eigenen Absatzes.

Der Zweck der Initiative wäre nämlich nicht erreicht, wenn das Ergebnis einer Abstimmung über die Vergütungen aufgrund von Stimmen von Personen, die durch die Vergütungen profitieren würden oder deren Angehörige sind, beeinflusst würde. Der Fall ist bei weitem nicht theoretisch, denn mehrere große, börsennotierte Schweizer Unternehmen weisen im Aktionariat Konzentrationen auf.

Zweiter Vorschlag im Falle der Verweigerung eines Gesamtbetrages für Vergütungen

Wenn die Generalversammlung die Genehmigung eines Gesamtbetrages für die Vergütungen im Sinne von Art.18, Absatz 2 verweigert, kann der Verwaltungsrat an der gleichen Generalversammlung einen neuen Vorschlag vorlegen. ACTARES hält diesen Handlungsspielraum für schlecht anwendbar. An den Generalversammlungen ist in der Regel die Mehrheit der Stimmen oder zumindest eine starke Minderheit der Aktien durch einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter vertreten. Dieser kann aufgrund von seinem Mandat keinen Vorschlag genehmigen, der nicht im Vorfeld in der Traktandenliste aufgelistet wurde.

Daher wäre der einzige Weg, um eine solche « doppelte Stimmrechtsabgabe » ausüben zu können, der Vorschlag von zwei Varianten in der Traktandenliste, welche das Aktionariat mit der Einladung zur Generalversammlung erhält. In diesem Fall wäre es aber schwerlich nachvollziehbar, wieso das Aktionariat die teurere Variante wählen sollte.

3.3 Antrittsprämien

Die Unterscheidung zwischen unzulässigen Vergütungen im Voraus und Antrittsprämien, welche weiterhin erlaubt sein sollen sofern das Parlament im Gesetzgebungsverfahren nicht anders entscheidet, befriedigt ACTARES nur teilweise.

Diese Unterscheidung basiert auf der Praxis, dass eine Person, welche ihren Posten frühzeitig gesamthaft oder teilweise verlässt, seine Ansprüche auf Vergütungen oder andere Zahlungen verliert. Deshalb sollen die von der Verordnung zugelassenen Antrittsprämien die "nachgewiesene Nachteile, die einer Person aufgrund ihres Stellenwechsel entstehen", kompensieren.

Diese Handhabung von Antrittsprämien öffnet die Tür für nur schwer kontrollierbare Auswüchse. Diese Praxis müsste zumindest von einer Verpflichtung zur transparenten Dokumentation dieser "nachgewiesenen Nachteile", welche kompensiert werden sollen begleitet werden, oder besser noch durch rechtliche Bestimmungen, welche die professionelle Mobilität der Personen, die gewillt oder abgeneigt von einem Postenwechsel sind, garantiert. Konkret heisst das, dass Vergütungen oder andere Vorteile nicht abgesprochen werden könnten für ein Motiv, das nicht den objektiv begründenden Kriterien für die Vergabe entspricht.

4. Stimmpflicht für Vorsorgeeinrichtungen

4.1 AHV-Fonds und SUVA als Vorsorgeeinrichtungen

Der Vorentwurf zur Verordnung meint mit dem Begriff "Vorsorgeeinrichtung" die Pensionskassen. Die Öffentlichkeit versteht unter diesem Begriff aber eine viel breitere Palette an Institutionen, welche auch den AHV-Fonds oder die obligatorische Unfallversicherung SUVA beinhalten muss.

4.2 Direkter Aktienbesitz

Der Bericht des EJPD besagt, dass die Institutionen nicht verpflichtet sind, für die Anteile an Fonds oder Beteiligungen an Anlagestiftungen abzustimmen, da sie in diesem Fall nicht die rechtlichen Aktienbesitzer sind und keine Stimmrechte halten (dies ist der Fall bei Verwaltungs-Mandaten). In der Praxis bieten sich aber Möglichkeiten, welche unbedingt genutzt werden sollten.

a) Fonds oder Anlagestiftung

Institutionelle Fonds oder Anlagestiftungen bieten dem Aktionariat schon heute die Möglichkeit, die Stimmrechte entsprechend ihrer Beteiligung auszuüben. In einem solchen Fall muss eine Vorsorgeeinrichtung im Sinne der Initiative verpflichtet werden, seine Stimmrechte auszuüben.

b) Transparenz bei den von den Fonds und Anlagestiftungen ausgeübten Stimmrechten

Viele Fonds oder Anlagestiftungen üben nur Stimmrechte aus, welche mit ihrem Geschäftsfeld verbunden sind. Wenn Fonds oder Anlagestiftungen, bei welchen eine Vorsorgeeinrichtung Anteile hat, nicht im Sinne der Vorsorgeeinrichtung abstimmen, muss letztere dazu verpflichtet sein, darüber zu berichten (Art.23) und abweichende Abstimmungen zu publizieren.

4.3 Stimmenthaltung und -verzicht

Der Absatz 3 des Artikels 22 schafft einen grossen Interpretationsspielraum, und ermöglicht den Vorsorgeeinrichtungen, sich ihren Abstimmungsverpflichtungen zu entziehen. Dies ist eine inakzeptable Verletzung des Grundsatzes der Abstimmungspflicht, den die Bevölkerung mit der Annahme der Initiative gefordert hat.

Eine Enthaltung kann das fundierte Ergebnis einer Reflexion sein und somit eine Wahlbeteiligung darstellen. Hingegen soll die Verzichtsmöglichkeit viel strenger geregelt werden. Für unbedeutende Beteiligungen kann dies toleriert werden, damit die Vorsorgeeinrichtungen nicht unnötig belastet werden. Eine Stimmrechtsenthaltung kann aber nicht dem Ermessen der betroffenen Institutionen überlassen werden, sondern darf nur bei Übereinstimmung mit von den Behörden festgelegten Kriterien geschehen.

4.4 Offenlegungspflicht

Artikel 23 sieht vor, dass die Vorsorgeeinrichtungen ihre Versicherten mit einem zusammenfassenden Jahresbericht informieren. „Zusammenfassend“ darf auf keinen Fall heissen, dass es nicht möglich ist, die Stimmabgaben einzeln nachzuverfolgen. Wenn die Versicherten nicht befähigt sind, zu erfahren, ob ihre Geldanlage verwendet wurde um den Vergütungsbericht einer Gesellschaft zu genehmigen oder zu verweigern, wäre die Initiative um einen wesentlichen Teil ihres Inhaltes beraubt.

Der Begriff "zusammenfassender Bericht" muss daher zumindest bezüglich der verlangten maximalen Transparenz präzisiert werden oder gegebenenfalls ausgetauscht werden, um die Rückverfolgbarkeit jeder einzelnen Stimmabgabe der Vorsorgeeinrichtungen gewährleisten zu können.

4.5 Interessenbindung

Es ist klar, dass die überwiegende Mehrheit der Vorsorgeeinrichtungen auf den Rat von spezialisierten Stimmrechtsberatern zurückgreifen wird, um ihre Abstimmungsrechte wahrzunehmen. Einige von diesen könnten mit börsennotierten Unternehmen verbunden sein und von deren Abstimmungsempfehlungen für die Generalversammlungen beeinflusst werden. Der mögliche Interessenkonflikt ist offensichtlich. Um dies zu verhindern, wäre es zumindest nötig, dass solche Interessenbindungen öffentlich gemacht werden, oder dass sogar eine Vorbehaltspflicht eingeführt wird.

Dies kann das Ziel von einem zweiten Absatz von Artikel 23 sein: "Wenn sie die Dienste von Stimmrechtsberatern in Anspruch nehmen, müssen deren Interessenbindung und Abstimmungsrichtlinien einsehbar sein. Im Falle eines grösseren Interessenkonfliktes gilt eine Vorbehaltspflicht."

5. Übergangsbestimmungen

5.1 Elektronische Anleitung für unabhängige Stimmrechtsvertreter

ACTARES hält es nicht für angebracht, die elektronische Erteilung von Vollmachten und Weisungen an die unabhängige Stimmrechtsvertretung auf die zweite Generalversammlung nach dem Inkrafttreten der Verordnung zu verschieben. Dies war sowohl im indirekten Gegenvorschlag als auch in der Initiative selber vorgesehen und die Unternehmen hatten genügend Zeit, um sich darauf vorzubereiten.

5.2 Stimmpflicht für Vorsorgeeinrichtungen ab 2015

Dass das Inkrafttreten der Stimmpflicht für Vorsorgeeinrichtungen auf 2015 verschoben wird, ist inakzeptabel und verstösst gegen die Bestimmungen der Initiative. Die Vorgehensweise war sowohl vom indirekten Gegenvorschlag als auch der Initiative selber vorgegeben - wenn auch mit einem unterschiedlichen Verpflichtungsgrad - und die Vorsorgeeinrichtungen hatten genügend Zeit um sich darauf vorzubereiten.

6. Schlussfolgerung

Abschließend ist zu sagen, dass ACTARES den vorgeschlagenen Verordnungsentwurf gegen die Abzockerei, welcher vom 14. Juni bis 28. Juli 2013 zur Konsultierung vorgelegt wurde, weitgehend begrüsst. Die rasche Erarbeitung sowie die Art und Weise, wie die neuen, radikalen Bestimmungen in die Schweizer Rechtsordnung eingefügt wurden, werden als positive Punkte gewertet.

Allerdings müssen die folgenden Aspekte präzisiert, weiterentwickelt und so aufgenommen werden, dass sie möglichst genau dem Willen entsprechen, der am 3. März durch eine grosse Mehrheit der Schweizer Bevölkerung und aller Kantone ausgedrückt wurde:

- Keine Einschränkung der Aktionärsrechte wegen der elektronischen Fernabstimmung,
- Umsetzung des zweiten Vorschlages im Falle der Verweigerung der Vergütungen noch unklar,
- Präzisierung und Verschärfung von Bedingungen für Einstellungsprämien,
- Berücksichtigung von AHV-Fonds, der SUVA usw. als Vorsorgeeinrichtungen,
- Verzicht der Stimmrechtsabgabe der Vorsorgeeinrichtungen nur bei unbedeutenden Beteiligungen,
- Stimmrechtsausübung bei Vorsorgeeinrichtungen über Fonds und Anlagestiftungen wenn möglich,
- Transparenz bei den Stimmrechtsabgaben der Fonds und Anlagestiftungen,
- Transparente Offenlegung von jeder einzelnen Stimmrechtsabgabe der Vorsorgeeinrichtungen,
- Veröffentlichung von Interessensbindungen und Abstimmungsrichtlinien der Stimmrechtsberater,
- Inkrafttreten der Abstimmungs-Verpflichtung für Vorsorgeeinrichtungen im Jahr 2014.

ACTARES lobt die Qualität der nach der Annahme der Volksinitiative "gegen die Abzockerei" geleisteten Arbeit und wagt die Annahme, dass die oben identifizierten Mängel, welche nicht grundlegend aber trotzdem wichtig sind, in der definitiven Version der Verordnung angepasst sein werden.

Beat Lehman

lic.iur. Fürsprech

Acting Counsel Alcan Holdings Switzerland AG

Laurenzenvorstadt 89

Postfach 3244

5001 Aarau

Tf +41 (0)62 823 29 26

Mobile +41 (0)79 500 82 32

Fx +41 (0)62 823 29 28

e-mail b.lehmann-aarau@bluewin.ch

Aarau, 28. Juli 2013

Elektronisch übermittelt

Bundesamt für Justiz

Eidg. Amt für das Handelsregister

Bundesrain 20

3003 Bern

**Stellungnahme in der Anhörung zum Vorentwurf einer
Verordnung gegen die Abzockerei ("VgdA")**

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Unterzeichnende war zunächst als Sekretär am Bezirksgericht Aarau und dem Aargauischen Obergericht / Handelsgericht und in der Folge während mehr als 40 Jahren als Rechtskonsulent in der Wirtschaft tätig: Zunächst bei der IBM (Schweiz), anschliessend bei der Alusuisse-Lonza Gruppe und nach deren Übernahme und Restrukturierung bei der Alcan Holdings Switzerland AG, für welche er auch nach Erreichen der Altersgrenze auf Mandatsbasis weiterhin tätig ist. Darüber hinaus hat der Unterzeichnende während mehr als zehn Jahre lang eine (nicht börsenkotierte!) Familien AG als geschäftsführender Präsident des Verwaltungsrates betreut und dabei auch das Mandat als Präsident der Fürsorgestiftung ausgeübt. Daneben war und ist der Unterzeichnende seit vielen Jahren Mitglied der Juristischen Kommission von swissmem und SWICO.

Gemäss Auskunft des swissmem Sekretariats war es aufgrund der sehr kurzen und leider mitten in die Ferienzeit fallenden Frist für eine Stellungnahme nicht möglich, die Mitglieder der juristischen Kommission zusammen zu rufen. Swissmem werde daher unter Beizug externer Experten zusammen mit economiesuisse eine Stellungnahme erarbeiten, wobei es den Mitgliedunternehmen überlassen werde, sich selbständig zu den sie berührenden Punkten der Vorlage vernehmen zu lassen.

Aufgrund dieser Voraussetzungen und Rahmenbedingungen wurde gestützt auf Art. 4 Abs. 1 VIG die nachstehende Stellungnahme erarbeitet, welche aufgrund der praktischen Erfahrungen des Unterzeichnenden, ohne Auswertung der bereits umfangreichen Literatur zur Umsetzung der "Minder"-

Initiative in der durch die Umstände gebotenen Kürze als persönlicher und eigenständiger Beitrag in der laufende Anhörung zu betrachten ist.

I Vorbemerkung zur Zielsetzung der VgdA und zur Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 BV

- /1 ine grosse Anzahl der in der VgdA enthaltene Bestimmungen ergeben sich direkt aus der Umsetzung der “Minder“-Initiative aufgrund des vom Souverän mit starker Mehrheit gutgeheissenen Art. 95 Abs. 3 der Bundesverfassung (BV). Es versteht sich, dass dort, wo Wortlaut und Sinn der Verfassung eine eindeutige Lösung vorschreiben, die Verfassung in der VgdA wörtlich und sinngetreu umzusetzen ist.
- /2 Andererseits enthält Art. 95 Abs. 3 BV naturgemäss aber auch verschiedene “offene“, auslegungsbedürftige Begriffe, welche nach hier vertretener Auffassung in der VgdA gemäss der von der Initianten der sog. “Abzocker“-Initiative verfolgten und in den Unterlagen zur Volksabstimmung umschriebenen Ziele zu konkretisieren sind.
- /3 Bei der Umsetzung der sog. “Abzocker“-Initiative sollte sich der Gesetzgeber somit immer an der von dem aus dem KMU-Umfeld stammenden Initianten und vom Volk mit starker Mehrheit angenommenen Zielsetzung von Art. 95 Abs. 3 BV orientieren:

“Schutz der Volkswirtschaft, des Privateigentums und der Aktionärinnen und Aktionäre im Sinne einer nachhaltigen Unternehmensführung“
- /4 Alle Pflichten, Auflagen, Vorkehrungen die sich aus der Gesetzgebung über die sog. “Abzocker“-Initiative ergeben sollten daher u.E. auf die Übereinstimmung mit diesen Zielen geprüft werden, insbesondere darauf ob
 - sie einen Nachteil für die schweizerische Wirtschaft im internationalen Wettbewerb bewirken können;
 - das Privateigentum, hier verstanden als die aus der Beteiligung an einer Aktiengesellschaft entspringenden Vermögensrechte der Aktionäre fördern oder beeinträchtigen; und
 - im Ergebnis zu einer nachhaltigen Unternehmensführung beitragen können.
- /5 Die VgdA sollte nach hier vertretener Auffassung aber auch nicht ohne eine durch klare Formulierung in Art. 95 Abs. 3 BV geschaffene Pflicht von grundlegenden Prinzipien des Privat- und Gesellschaftsrechts abweichen, insbesondere
 - Vertragsfreiheit (Art. 19 OR), auch im Arbeitsrecht
 - Organisationsautonomie im Gesellschaftsrecht

Art. 1 Geltungsbereich

- /1 Entgegen den Auffassungen, die in der juristischen Diskussion vor der Abstimmung über die Minder-Initiative geführt wurden, soll die VgdA nicht nur auf die an der SIX Swiss Exchange kotierten Aktiengesellschaften [sowie auf die wenigen schweizerischen Aktengesellschaften,

welche an ausländischen Börsen kotiert sind) Anwendung finden, sondern auch auf Aktiengesellschaften, deren Titel an der Nebenbörse gehandelt werden.

- /2 Diese Ausdehnung des Anwendungsbereichs in Art. 1 VgdA ist jedoch nach hier vertretener Meinung nach dem offenen Wortlaut von Art. 95 Abs. 3 BV nicht zwingend gefordert:

"regelt das Gesetz die im In- oder Ausland kotierten Schweizer Aktiengesellschaften"

- /3 Der in Art. 1 VgdA verwendete Begriff "börsenkotiert" orientiert sich an dessen Verwendung im Obligationenrecht (vgl. Art. 685d ff und Art. 727 Abs. 1 OR) sowie insbesondere an der Definition in Art 2 Bst. b) und c) BEHG. Diese auf den Handel mit börsenkotierten Titeln bzw. die Anforderungen an die ordentliche Revision bei den sog. "Publikumsgesellschaften" bezogenen Bestimmungen sind allerdings nach hier vertretener Auffassung für die Umschreibung des Anwendungsbereichs der VgdA und der daraus abgeleiteten Anforderungen an die "Corporate Governance" nicht zwingend anwendbar.

- /4 Denn man sollte sich bewusst sein, dass auch eigentliche KMU an einer (Neben-) Börse kotiert sein können, wie sehr viele Bergbahnen, Lokalbanken, Kraftwerke, Lokalmedien, Tourismus-Unternehmen - vgl. die Übersicht unter

<https://www.otc-x.ch/unternehmen/unternehmen?alphabet=Alle>

Als illustrative Beispiele seien nachstehend erwähnt (Aktienkapital in Klammer):

- Lokalbanken wie die Ersparniskasse Affoltern, die Bank in Zuzwil, die Berner Oberland Bank Sumiswald, die Leihkasse Stammheim, die Spar- und Leihkassen Frutigen, Gürbetal, Münsigen und Riggisberg;
 - zahlreiche, teilweise sehr kleine und lokale Bergbahnen wie die Luftseilbahn (LSB) Engelberg-Brunni (1.5), LSB Dallenwil-Wirzweli (0.7), LSB Jakobsbad-Kronberg (2.2), die Treib-Seelisberg Bahn 0.25), die Skilifte Brunni-Haggenegg AG (0.12);
 - lokale Energieunternehmen wie das EW Heiden (0.23), die Wasserwerke Zug (5.0), Erdgas Einsiedeln (0.75);
 - gewerblich tätige Unternehmen wie die Eskimo Textil AG (0.3), die AG für die Erstellung billiger Wohnhäuser in Winterthur (0.6), die Saline de Bex, das Zofinger Tagblatt 0.6), der Willisauer Bote (1.088,6), das "Wädi-Brau-Huus" (0.604.1), die zoologischen Gärten von Zürich (2.6) und Basel 0,425), das Marzili Bähnli in Bern (0.24), Personenaufzug Matte Plattform (0.15) oder die Hallwilersee Schifffahrtsgesellschaft (0.471).
- /5 Gesellschaften, deren Aktien an der Nebenbörse gehandelt werden, zeichnen sich im Regelfall namentlich durch folgende Eigenschaften aus:
- Bescheidenes Aktienkapital, oft knapp über dem gesetzlichen Minimum (Art. 621 OR) liegend und die Grenze von CHF 1.0 nicht überschreitend;

- Das Aktionariat stammt geographisch überwiegend aus der Umgebung des Tätigkeitsbereichs des Unternehmens;
 - Verwaltungsrat und Geschäftsleitung werden durch lokale Persönlichkeiten bestellt und sind dem Aktionariat bekannt;
 - diese Gesellschaften verfügen über eine sehr einfache Organisation und in der Regel nicht über einen eigenen Rechtsdienst; und insbesondere
 - es sind keinerlei Exzesse von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung in Bezug auf Vergünstigungen bekannt, welche den Ausgangspunkt für die Einreichung der sog. "Abzocker"-Initiative und deren Annahme durch den Souverän bildeten.
- /6 Gemäss dem Vorentwurf VgdA hätten auch diese Gesellschaften, deren Titel and er Nebenbörse gehandelt werden, die aufwendigen organisatorischen Auflagen der VgdA zu erfüllen, wie die verschiedenen nötigen Anpassung der Statuten gemäss Art. 12 VgdA, die Wahl eines Vergütungsausschusses und die Redaktion des jährlichen Vergütungsberichts (Art. 13 VgdA) mit den detaillierten Angaben von Art. 14-16 VgdA, die Bezeichnung unabhängiger Stimmrechtsvertreter samt Schaffung der Möglichkeit der elektronischen Erteilung von Weisungen an den Stimmrechtsvertreter (Art. 9 Abs. 3 VgdA) sowie die Überprüfung und Anpassung der bestehenden Verträge mit den Mitgliedern des Verwaltungsrates sowie der Geschäftsleitung gemäss Art. 28 VgdA - und dies alles unter der Strafdrohung von Art. 24 VgdA!
- /7 Obwohl selber wie eingangs erwähnt ein Leben lang im Bereich des Wirtschaftsrechts tätig, steht für den Unterzeichnenden fest, dass die dem erweiterten Anwendungsbereich der VgdA unterstehenden KMU diese Aufgaben auf keinen Fall allein und ohne intensive und kostspielige Mitwirkung von Anwälten, Konsulenten, Unternehmensberatern, Wirtschaftsprüfern, dem Noariat (für die Statutenänderungen) erfüllen können. Aufgrund persönlicher Erfahrungen als Rechtskonsulent und geschäftsführender VR-Präsident eines nicht börsenkotierten KMU ist für diese Anpassungsarbeiten mit einem einmaligem Aufwand von CHF 30'000,- bis gegen CHF 100'000,- pro Unternehmen in der Übergangsperiode und ca. CHF 10'000,- p.a. für die Folgejahre zu rechnen.
- /8 Bekanntlich lassen sich Gesellschaften an der Haupt- oder Neben-Börse kotieren, weil damit günstige Möglichkeiten zur Beschaffung von Kapital verbunden sind. Es ist daher damit zu rechnen, dass bei einer Unerstellung unter die weitreichenden und kostspieligen Pflichten der VgdA sich viele bisher nebenbörslich kotierten Gesellschaften dekotieren lassen, unter Inkaufnahme der damit verbundenen Probleme bei der Beschaffung von zusätzlichem Kapital. Eine solche "*unintended consequence*" (gemäss der vom Soziologen Robert K. Merton 1936 geprägten Definition) der vorgeschlagenen Umsetzung der sog. "Abzocker"-Initiative würde nach hier vertretener Meinung kaum der verfassungsmässigen Zielsetzung des "Schutzes der Volkswirtschaft (der Schweiz) und der Vermögensrechte der Inhaber eine Beteiligung an einer Aktiengesellschaft" entsprechen.

- /9 Es ist davon auszugehen, dass die Initianten der sog. “Abzocker“- Initiative und der Verordnungs-Gesetzgeber sich möglicherweise nicht bewusst waren und sind, welche hohen und nach hier vertretenen Auffassung weitgehend sinn- und nutzlosen Aufwendungen mit der Initiative und deren Umsetzungen den schweizerischen KMU auferlegt werden (Hinweis: Die Trybol AG der Familie Minder ist an der Börse nicht kotiert!)
- /10 Es sollten daher nach hier vertretener Meinung folgende Alternativen geprüft werden
- Beschränkung der VgdA auf die an der SIX (oder einer ausländischen Hauptbörse) kotierten Gesellschaften (deren Geschäftspraktiken ja den Anlass für die sog. “Abzocker“- Initiative und deren Annahme durch den Souverän bildeten); oder
 - Umschreibung des Anwendungsbereichs der VgdA durch eine Kombination von (a) Kotierung an der Haupt- oder Nebenbörse und (b) Überschreiten einer gesetzlich festgelegten Mindestgrenze in Bezug auf Bilanzsumme und Umsatzerlös (für eine bestimmte Zahl von Geschäftsjahren) in Analogie zu der Regelungstechnik in Art. 727 Abs. 1 und 963a OR; oder
 - Unterstellung aller börsenkotierten Gesellschaften unter die VgdA, jedoch mit gezielter Freistellung von Verpflichtungen, welche die nebenbörslich kotierte KMU besonders belasten.

In diesem Zusammenhang kann darauf hingewiesen werden, dass die Aktionärsrechte schon durch die Revisionen des geltenden Aktienrechts in vielerlei Hinsicht gestärkt worden sind.

Art. 8 Der Unabhängige Stimmrechtsvertreter (“USV”): Wahl und Unabhängigkeit

- /1 Es ist davon auszugehen und im Ansatz bereits heute erkennbar, dass der USV mit dem Verbot des Organ- und Depotstimmrechts gemäss Art. 95 Abs. 3 letzter Satz BV und Art. 11 VgdA eine sehr grosse, im schweizerischen Aktienrecht bisher nicht bekannte Machtfülle erhält. Mit dieser dominierenden Stellung ist auch eine grosse persönliche Verantwortung der USV verbunden. Der Gewährleistung der Unabhängigkeit des Stimmrechtsvertreters wird daher für die Umsetzung des Rechts der Aktionäre, ihr Stimmrecht durch die Erteilung von Vollmachten und Weisungen an den USV auszuüben, in der Praxis grosse Bedeutung zukommen.
- /2 Die Möglichkeit der Wahl einer Mehrheit von USV erachten wir unter diesem Gesichtspunkt als nicht sachdienlich, denn sie dürfte erhebliche Probleme für die Vermeidung der missbräuchlichen mehrfachen Ausübung des Stimmrechts schaffen. Die Wahl einer Mehrheit von USV ist weder im geltenden Recht vorgesehen (vgl. Art. 689d und 689e, 702 OR, wo die Verwendung des Plurals u.E. klar als generischer Begriff zu verstehen ist), noch wird sie von Art. 95 Abs. 3 Bst. a BV verlangt. Der in Art. 702 Abs. 2 Ziff. 1 OR verlangte Nachweis der von den USV vertretenen Stimmen würde bei einer Mehrheit von USV den Verwaltungsrat vor erhebliche Schwierigkeiten stellen, insbesondere bei der Ausübung der Stimmrechte durch den USV gestützt auf die ihm elektronisch erteilte Erteilung von Vollmachten und Weisungen gemäss Art. 95 Abs. 3 in fine BV und Art. 9 abs. 3 VgdA. Wir empfehlen daher, dass Art. 8 Abs. 1 VgdA im Regelfall von der Wahl eines einzigen USV ausgeht, bzw. dass bei Zulassung der Wahl ei-

ner Mehrheit von USV in den Materialien oder durch Verweis auf die Einhaltung der Anforderungen von Art. 702 Abs. 2 Ziff. 1 OR auf die aus der Wahl einer Mehrheit von USV entstehenden Probleme hingewiesen wird.

- /3 Voraussetzung für die korrekten Ausübung des Stimmrechts der Aktionäre gemäss den von diesen erteilten Vollmachten und Weisungen durch den USV ist die Gewährleistung der vollständigen Unabhängigkeit des USV (vergleichbar der Unabhängigkeit des Richters gemäss den Ausstandsgründen von Art. 47 Abs. 1 ZPO). Wir erachten daher den Verweis auf die Unabhängigkeit der Revisoren nach Art. 728 OR aufgrund der dortigen recht umfangreichen auslegungsbedürftigen Ausnahmen und zulässigen Interessenbindungen als nicht sachdienlich. Nach hier vertretener Auffassung dürfen USV weder eine direkte noch indirekte Beteiligung oder sonstiges Interesse an der Gesellschaft und der von der Generalversammlung zu fassenden Beschlüssen haben, keine verwandtschaftliche Bindungen, bzw. besondere Freundschafts- oder Feindschaftsverhältnisse zu den Mitgliedern des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung, des Beirates oder zu bedeutenden Aktionärsgruppen (gemäss einer Definition) unterhalten, in keinen Arbeits- oder Auftragsverhältnissen zur Gesellschaft (d.h. in Bezug auf irgendwelche beratende Tätigkeit) stehen, noch von der Gesellschaft, deren Verwaltungsrat, Geschäftsleitung, Beiräten oder Aktionären irgendwelche Zuwendungen erhalten, welche über die Abgeltung der Bemühungen des USV nach den für den betreffenden Berufsstand üblichen Tarifen hinausgehen. Vorschlag und Wahl eines USV sollte daher einer “*due diligence*“ Prüfung unterliegen.
- /4 In diesem Sinne wären die Anforderungen an die Unabhängigkeit der USV wohl in einem besonderen Artikel des 5. Abschnitts VgdA zu präzisieren. In diesem Artikel könnte ergänzend vorgesehen werden, dass der USV mit Annahme und bei jeder Erneuerung des Mandates seine Unabhängigkeit schriftlich bestätigen muss. Auch sollte der USV verpflichtet sein, die ihm übertragenen Vollmachten und Weisungen revisionsfähig zu dokumentieren. Dem Verwaltungsrat, bzw. den Aktionäre sollten das Recht eingeräumt werden, die ordnungsgemässe Ausübung des Mandates durch den USV zu prüfen bzw. durch die Revisionsstelle prüfen zu lassen. Der USV sollte nach Auftragsrecht (Art. 398 OR) persönlich für die treue und sorgfältige Ausübung der ihm gemäss Art. 10 VgdA erteilten Vollmachten und Weisungen haften. Allenfalls wären die USV in die Organhaftung nach Art. 754 OR (und den üblicherweise damit verbundenen Versicherungsschutz) einzuschliessen. Schliesslich wäre zu prüfen, ob die vorsätzliche Missachtung der ihm durch Aktionäre erteilten Vollmachten und Weisungen durch einen USV nicht in den Katalog der Strafbestimmungen von Art. 24 VgdA aufgenommen werden sollte.

Art. 9 Elektronische Erteilung von Vollmachten und Weisungen

- /1 Als positiven Ansatz zur Umsetzung der “Minder“-Initiative wird hier das Konzept von Art. 9 Abs. 3 VgdA erachtet, wonach die Aktiengesellschaften den Aktionären nicht die Möglichkeiten verschaffen müssen, sich (durch Anträge, Fragen, Beteiligung an der Diskussion) online an der Generalversammlung zu beteiligen, bzw. dort elektronisch die Stimme abzugeben,

sondern dass diese Möglichkeit im Normalfall durch Erteilung von Vollmachten und Weisungen an den USV wahrgenommen werden kann.

/2 Heikel wird die Regelung sein, in welcher Art und Weise die Aktionäre dem USV Weisungen zu nicht angekündigten Anträgen sowie zu neuen Verhandlungsgegenständen erteilen können (Art. 9 Abs. 2 VgDA). Es ist diesbezüglich allerdings - u.E. zutreffend - nicht vorgesehen, dass während einer Generalversammlung eine elektronische Verbindung zwischen den Aktionären und dem USV eingerichtet sein muss, die Aktionäre nicht laufend über den Gang der Generalversammlung zu informieren sind und dem USV nicht online Weisungen zu nicht angekündigten Anträgen oder neuen Verhandlungsgegenständen erteilen können: Ein solches Konzept würde einen sehr grossen organisatorischen und technischen Aufwand voraussetzen (wie dies schon in der Monographie von Sascha Daniel Patak "Die virtuelle Generalversammlung im schweizerischen Aktienrecht", Diss. Zürich 2005 dargestellt worden ist).

/3 Auch die vereinfachte Ausgestaltung der Ausübung der Beteiligungsrechte nach Art. 9 VgDA auf elektronischem Weg wird jedoch (wie beim "eVoting" im öffentlichen Bereich) erhebliche organisatorische und technische Herausforderungen an die der VgDA unterstellten Gesellschaften stellen, welche den Initianten der sog. "Abzocker"-Initiative und den Stimmbürgern möglicherweise zu wenig bewusst waren, wie - in nicht abschliessender Aufzählung:

- Erfassung und Nachweis von Art (Namen- oder Inhaberaktien) und Umfang der Beteiligungsrechte der zur elektronischen Übermittlung von Vollmachten und Weisungen berechtigten Aktionäre im Sinne von Art. 702 Abs. 2 Ziff. 1 OR.
- Das Verfahren zur Identifizierung und Authentifizierung der stimmberechtigten Aktionäre: Anwendung der digitalen Signatur ?
- Die Festlegung der für die Übermittlung von Vollmachten und Weisungen zugelassenen elektronischen Geräte und Verfahren: Internet, E-Mail, PC; Tablets, iPad, smartphones ?
- Die Gewährleistung der Sicherheit und Integrität der elektronischen Übermittlung von Vollmachten und Weisungen an den USV sowie vom USV an die Stimmzähler der Generalversammlung: Sicherheit vor Verfälschung der Willensäusserung; Ausschluss von mehrfacher Ausübung des Stimmrechts; Vorkehrungen zur Überwindung von Störungen, Unterbruch oder Ausfall der Übermittlung aufgrund von DDoS Attacken.
- Möglichkeiten und Verfahren für die Übermittlung von Weisungen über nicht angekündigte Traktanden der Generalversammlung ?
- Definition des letztmöglichen Zeitpunktes für die Erteilung von Vollmachten und Weisungen an den USV

Die entsprechenden organisatorischen und technischen Vorkehrungen sind u.E. in einem vom Verwaltungsrat zu erlassenden Reglement über die elektronische Erteilung von Vollmachten und Weisungen an den USV festzuhalten. Die Aufstellung eines solchen Reglements und die erwähnten organisatorischen und technischen Vorkehrungen sind als nicht trivial zu erachten.

6. Abschnitt: Zusätzliche Statutenbestimmungen

- /1 Wie eingangs erwähnt stellen die gemäss Art. 12 VgDA zwingend oder als Voraussetzung ihrer Gültigkeit in die Gesellschaftsstatuten aufzunehmen Bestimmungen für die an der Nebenbörse kotierten KMU vor sehr grosse Herausforderungen.
- /2 Aber auch bei den SIX-kotierten “Publikumsgesellschaften” könnten die neuen Bestimmungen in den Statuten zu erheblichen Diskussionen und Konflikten mit dem Aktionariat führen. In diesem Zusammenhang ergibt sich aus der vorgeschlagenen VgDA nicht klar, wie vorzugehen ist, wenn es einer Aktiengesellschaft innerhalb der Übergangsfrist von zwei Jahren aufgrund des Widerstandes einer Mehrheit von Aktionären nicht gelingt, ihre Statuten gemäss Art. 27 VgDA den neuen Vorschriften anzupassen.

Art. 20 - Unzulässige Vergütungen

- /1 Während die Bestimmungen von Art. 13 – 16 VgDA über den “Vergütungsbericht” und die ausgerichteten Vergütungen inhaltlich weitgehend die Bestimmungen nach dem geltenden Recht (namentlich Art. 663bis Abs. 1 und 2 OR) übernehmen erachten wir die absoluten Verbote nach Art. 20 Ziff. 1 – 3 VgDA, welche durch die Statuten nicht abgeändert werden können als besonders kritisch, weil sie in den Bereich der Vertragsfreiheit (Art. 19 OR), der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 1 BV) und der Organisationsautonomie im Gesellschaftsrecht eingreifen. Hier werden sich in der Praxis erhebliche Abgrenzungs- und Auslegungsprobleme stellen, die wohl durch die Gerichte entschieden werden müssen, soweit VgDA und Gesetz keine griffigen Abgrenzungskriterien zur Verfügung stellen.
- /2 Allgemein wird der Gesetzgeber und der Richter jedoch vom Grundsatz ausgehen müssen dass Eingriffe in die vorstehend umschriebenen Freiheiten nach den Bestimmungen von Art. 36 Abs. 2 und 3 BV zurückhaltend vorzunehmen sind, verhältnismässig sein müssen und durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter (hier den Schutz des Privateigentums der Aktionäre der Gesellschaft) gerechtfertigt sein müssen.
- /3 Die unzulässigen Vergütungen gemäss Art. 20 VgDA stellen die Gesellschaften deshalb vor besondere Herausforderungen, weil sie gemäss Art. 28 VgDA im Einzelfall die Anpassung bestehender Arbeitsverträge (durch “Änderungskündigung”) voraussetzen und ihre Ausrichtung unter Verletzung von Art. 20 Ziff. 1 VgDA für die zuständigen Organe gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 VgDA mit empfindlichen Strafen bedroht ist.

1. Abgangsentschädigungen

- /1 Hier ist u.E. die Abgrenzung besonders heikel, ob und unter welchen Umständen und in welchem Umfang beispielsweise folgende bisher von Gesetz und/oder der Wirtschaftspraxis zugelassene geldwerte Leistungen an die Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung oder eines Beirates als “verbotene Abgangsentschädigung” qualifizieren:

- a. Abgangsentschädigungen nach Art. 339b ff OR;
 - b. Vereinbarung einer – längeren als üblichen - Kündigungsfrist bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen mit Freistellung von der Arbeitspflicht jedoch unter Beibehaltung des Anspruchs auf Lohnfortzahlung während der Kündigungsdauer - unabhängig vom Antritt einer neuen Stelle;
 - c. Entschädigungen für entgeltliche Beratung und Unterstützung nach Beendigung des Dienstverhältnisses;
 - d. Abgeltung eines Konkurrenzverbotes nach Art. 340a Abs. 2 OR.
- /2 Abgrenzungskriterium dürfte sein, ob es sich um Vergütungen im Zusammenhang mit einem Auftrags- oder Arbeitsverhältnis handelt, deren Höhe dem in der Wirtschaftspraxis Üblich entspricht, einen fairen Ausgleich der wohlerstandenen Interessen von Auftrag- oder Arbeitgeber mit den Interessen des Arbeit- oder Auftragnehmenden herbeiführt, bzw. für die Gesellschaft (z.B. bei Konkurrenzenthaltung oder entgeltlicher Beratung nach Ende des Arbeits- oder Auftragsverhältnisses) einen echten wirtschaftlichen Mehrwert verkörpern, welcher den ausgerichteten Vergütungen entspricht. Dabei versteht sich, dass sämtliche Zuwendungen im Zusammenhang mit der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses im Vergütungsbericht gemäss Art. 13 ff VgdA auszuweisen sind.

2. Voraus-Vergütungen

- /1 Im absoluten Verbot der “Vorausvergütung“ sehen wird ein Kernproblem für die Umsetzung der “Minder“-Initiative: Wenn der Ausgleich materieller Nachteile (z.B. Verwirkung von Ansprüchen auf Gewinnbeteiligung; Umzugskosten u.ä.) beim Wechsel einer Arbeitsstelle nicht zulässig ist, dann dürfte es für ein Schweizer Unternehmen in Zukunft äusserst schwierig werden, im internationalen Wettbewerb qualifiziertes Management-Personal zu rekrutieren. Solche Ersatzleistungen sollten weiterhin unbeschränkt zugelassen werden.
- /2 In dem Umfange als Zahlungen bei Übernahme einer Aufgabe als Mitglied des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung oder des Beirates nachweisbar lediglich den Ausgleich wirtschaftlicher Nachteilen im Zusammenhang mit der Übernahme der neuen Aufgabe und keine Vermögensvermehrung des Empfängers bewirken, qualifizieren die entsprechenden Leistungen nach hier vertretener Auffassung nicht als “Vorausvergütung“ im Sinne von Art. 20 Ziff. 2 VgdA. U.E. könnte sich die Gesellschaft auf diesem heiklen Gebiet eine gewisse Sicherheit verschaffen, indem sie die Grundsätze solcher Vergütungen gemäss Art. 12 Abs. 2 VgdA in die von der Generalversammlung genehmigten Statuten aufnimmt, und die ausgerichteten Zuwendungen sind u.E. auch im Vergütungsbericht nach Art. 13 ff VgdA aufzuführen.

3. Vergütungen (“Provisionen“) bei M&A Transaktionen

- /1 Transaktionen betreffend Erwerb von Gesellschaften oder Geschäftsbereichen (“M&A Transaktion“) setzen in der Regel erhebliche zusätzliche Leistungen und Sorgfaltspflichten der Mit-

glieder von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung voraus, wie z.B. Mitwirkung an der “*Due Diligence*“ Prüfung; Teilnahme an Verhandlungen über eine komplexe M&A Transaktion; besondere Geheimhaltungspflichten; Pflicht zur Unterlassung von Börsentransaktionen nach den verschärften Bestimmungen von Art. 161 StGB und Art. 40 neuBEHG “Insider-Transaktionen“. Diese besonderen Leistungen und Pflichten sind nach hier vertretener Auffassung in der für die Führung der laufenden Geschäfte der Gesellschaft gemäss Art. 717 OR geschuldeten Grundvergütung nicht enthalten.

- /2 Übernahme oder Übertragung von Unternehmen oder Unternehmensteilen werden bei pflichtgemässen Erfüllung der Sorgfaltspflichten von Verwaltungsrat und der obersten Geschäftsleitung im Regelfall zu einer Vermögensvermehrung der Aktionäre der beteiligten Gesellschaften führen: Kurzfristig für die Inhaber einer Beteiligung an der übernommenen Gesellschaft im Umfang des üblicherweise auf dem Marktpreis der Aktien angebotenen Agio für Goodwill und stille Reserven; längerfristig für die Inhaber einer Beteiligung an der übernehmen Gesellschaft aufgrund verbesserter Rendite-Aussichten.
- /3 Darüber hinaus kann die Verpflichtung der Organe der einen oder anderen der an der M&A Transaktion beteiligten Gesellschaften während einer definierten Übergangsperiode weiter zur Verfügung zu stehen, und insoweit auf das gesetzliche und vertragliche Kündigungsrecht zu verzichten, eine wesentliche Voraussetzung für das Zustandekommen und den Erfolg einer M&A Transaktion in der kritischen Übergangs und Integrationsphase bilden.
- /4 Die diesbezüglichen Verbote sollten bei der Umsetzung der “Minder“-Initiative nach hier vertretener Auffassung daher so differenziert werden, dass besondere "Zulagen", "Erfolgsprämien" oder "Bleibe-Vergütungen" bei M&A Transaktionen nicht schlechthin und in jedem Fall unter Strafandrohung verboten werden, sondern weiterhin in dem Umfang zugelassen werden, als sie gemäss der Zielsetzung in der Einleitung zu Art. 95 Abs. 3 BV “Schutz der (Schweizer) Wirtschaft und des Privateigentums der Aktionäre“ durch Schaffung eines Mehrwertes für die Aktionäre der an einer M&A Transaktion beteiligten Gesellschaften gerechtfertigt werden können. Dabei versteht sich wiederum, dass solche Zuwendungen im Vergütungsbericht nach Art. 13 ff VgDA ausgewiesen werden müssen.

Art. 22 - Stimmpflicht von Vorsorgeeinrichtungen

- /1 Hier fehlt u.E. eine Regelung, welche präzisiert, dass die gesetzliche Stimmpflicht auch durch Erteilung von Vollmachten oder Weisungen an einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter ausgeübt werden kann; auch der Begleitbericht schweigt sich zu diesem Punkt aus.
- /2 Im Übrigen dürfte die Regelung von Art. 22 VgDA die “*unintended consequence*“ haben, dass Vorsorgeeinrichtungen sich grundsätzlich nicht mehr direkt an börsenkotierten Unternehmen sondern vielmehr an Anlagefonds beteiligen, was den börsenkotierten Unternehmen - vor allem wenn die Gesetzgebung zur Umsetzung der “Minder“-Initiative auch die an der Nebenbörse kotierten zahlreichen KMU erfasst - der Zugang zum Kapitalmarkt erschweren dürfte.

Art. 24 Strafbestimmungen

- /1 Es ist angesichts der Bestimmung von Art. 333 Abs. 7 StGB wichtig und unterstützungswürdig, dass Art. 24 VgdA die Strafbestimmung nach Art. 95 Abs. 3 Bst. d BV dahingehend präzisiert, dass nur die vorsätzliche Begehung der Tatbestände mit Strafe bedroht ist und dass die einzelnen mit Strafe bedrohten Tatbestände detailliert aufgelistet werden.

Ich bin Ihnen, sehr geehrte Damen und Herren, dankbar, wenn Sie die vorstehenden Überlegungen in geeigneter Form in die Ausführungsgesetzgebung zur sog. "Abzocker"-Initiative einfliessen lassen.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Lehmann', with a large, sweeping initial 'L'.

Beat Lehmann



Association des représentants du personnel dans les institutions de prévoyance

P/A UNIA, Case postale 7667, 1002 Lausanne, Tél. : 021 310 66 50 www.arpip.ch

Office fédéral de la Justice

Office fédéral du Registre du Commerce

Bundesrain 20

3003 Berne

Par e-mail : ehra@bj.admin.ch

Lausanne, le 27.7.2013

Audition sur l'avant-projet d'Ordonnance sur les rémunérations abusives (ORAb)

Madame la Conseillère fédérale,

Nous vous remercions de nous donner la possibilité de nous exprimer sur l'avant-projet d'Ordonnance précité.

L'ARPIP, association des représentants du personnel dans les Institutions de prévoyance, a pour but de défendre les intérêts des membres de Conseils de fondation représentant les assurés, de leur proposer des formations, de leur prodiguer conseils et appui dans les questions qui touchent le domaine du 2^{ème} Pilier. Dès lors, l'ARPIP ne se prononcera dans sa réponse que sur les points qui touchent les IP (Institutions de prévoyance) dans l'avant-projet.

Obligation de voter

L'obligation, fixée à l'Art. 22, pour les caisses de pensions, d'exercer leurs droits d'actionnaires au nom de leurs destinataires constitue une évolution indispensable vers la prise de conscience de l'importance pour les salariés/assurés de peser sur le destin des entreprises. Il ne faut cependant pas en attendre des miracles, dans la mesure où les IP en Suisse ne détiennent que 6% environ des actions d'entreprises suisses. Nous sommes d'accord avec une mise en vigueur la plus pragmatique possible de ces dispositions.

Par contre, en permettant aux institutions de prévoyance de se soustraire à leur obligation de voter selon une marge d'appréciation trop importante, l'alinéa 3 de l'art. 22 n'est pas acceptable pour nous, en regard du principe constitutionnel d'obligation de participation.

L'abstention est une participation au vote, fruit d'une réflexion. Renoncer à participer doit cependant être beaucoup plus précisément réglementé. Une renonciation ne saurait être

tolérée que pour des participations insignifiantes, en vue de ne pas surcharger inutilement les petites institutions de prévoyance. Ceci, selon des critères (par exemple exprimés en pourcentage du portefeuille ou en francs) qui doivent être fixés par l'autorité et non pas laissés à la libre appréciation des institutions concernées.

Le projet prévoit que les institutions ne seraient pas tenues de voter pour les parts de fonds de placement ou de fondations d'investissements détenues, puisque dans ce cas elles ne sont pas légalement propriétaires des actions, ni titulaires des droits de votes. Or actuellement les IP sont de plus en plus investies dans des fonds (près de la moitié des actions sont investies collectivement). Dès lors, nous estimons que, même si en pratique il existe des obstacles qui rendent cet exercice complexe, des solutions pourraient être mises à profit.

En cas de participations au sein de fonds de placements institutionnels ou des fondations d'investissements qui offrent aux détenteurs de parts la possibilité d'exercer les droits de votes correspondant à leur participation, une institution de prévoyance participante devra être tenue, dans l'esprit de l'initiative, d'exercer ses droits de votes.

Obligation d'informer

L'Art. 23 prévoit que les institutions de prévoyance informeront leurs assurés par un rapport annuel synthétique. Nous partageons le point de vue défendu par ACTARES, selon lequel la notion de "rapport synthétique" doit être précisée dans le sens de la transparence maximale, et au besoin remplacée afin de garantir la traçabilité de chaque vote exercé par une institution de prévoyance. Chaque salariée et salarié devra pouvoir vérifier chacune des positions de vote exercées par son institution de prévoyance. Les dispositions relatives à cette transparence doivent être formulées de manière plus claire.

De nombreux fonds ou fondations d'investissement exercent les droits de votes liés à leur portefeuille d'actions. Si les fonds ou fondations d'investissement dont une institution de prévoyance possède des parts ne votent pas comme elle l'aurait fait, cette dernière doit être tenue de le signaler dans le cadre de l'obligation de communiquer et de publier les votes divergents.

Dispositions pénales

Nous ne sommes pas d'accord avec la disposition de l'Art 25 sur la punissabilité. Elle va trop loin et nous semble exagérée au vu de la marge de manœuvre – critiquée ci-dessus – dont disposeraient les IP avec la renonciation à participer à un vote (Art. 22§3), ainsi que la limitation aux investissements directs (Art. 22§1). Ce genre de disposition (sanctions) est à même de rendre encore plus difficile qu'actuellement la recherche de représentants des assurés dans les IP.

Nous vous remercions de l'attention portée à ces propos et vous adressons, Madame la Conseillère fédérale, nos salutations les meilleures.

ARPIP

Le Président

Jacques ROBERT

Le secrétaire

André GROUX

Eidgenössisches Justiz- und Polizei-
departement EJPD
Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga
Bundeshaus West
3003 Bern
per E-Mail: ehra@bj.admin.ch

Zürich, 26. Juli 2013

Stellungnahme zum Vorentwurf einer Verordnung gegen die Abzockerei

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit, zum Vorentwurf einer Verordnung gegen die Abzockerei (VE-VgdA) Stellung beziehen zu können:

1 Einleitende Anmerkungen

Die Umsetzung der Minder-Initiative ist für den SVV von Bedeutung: Zum einen sind namhafte Mitglieder unseres Verbands kotierte Schweizer Aktiengesellschaften und unterstehen damit der Verordnung. Zum anderen sind Versicherungsgesellschaften, die im Kollektivleben-Geschäft tätig sind, zum Teil auch als Vorsorgeeinrichtungen von der Verordnung betroffen (dies betrifft die Art. 22, 23, 25 und 27 Abs. 2 VE-VgdA). Schliesslich ist es dem SVV auch ein Anliegen, dass die Standortattraktivität der Schweiz bei der Umsetzung der Minder-Initiative nicht über Gebühr strapaziert wird.

Der SVV hat sich daher sorgfältig mit dem VE-VgdA befasst und sich auch an der Stellungnahme von economiesuisse beteiligt. Wir unterstützen vorliegend vollumfänglich die Stellungnahme von economiesuisse. Angesichts des durch Art. 95 Abs. 3 BV vorgegebenen Korsetts und der ausführlichen Stellungnahme von economiesuisse beschränken wir uns nachfolgend in Ziffer 2 unserer Stellungnahme auf wenige, ausgewählte Punkte des VE-VgdA. Im Übrigen verweisen wir auf die Eingabe von economiesuisse.

2 Stellungnahme zu einzelnen Punkten des VE-VgdA

2.1 Titel der Verordnung

Der SVV – wie auch economiesuisse – würde einen neutraleren Titel für die Verordnung vorziehen. Es trifft zwar zu, dass die Volksinitiative mit «gegen die Abzockerei» betitelt war. Im Initiativ-

text selber bzw. dem neuen Art. 95 Abs. 3 BV findet sich dann aber das Wort «Abzockerei» nicht. Dieser Ausdruck mag als politisches Schlagwort für die Volksinitiative tauglich gewesen sein, für die Überschrift einer – wenn auch nur temporären – Ausführungsverordnung des Bundesrates ist er nicht passend.

Der SVV würde es daher begrüßen, wenn der Titel für die Verordnung entsprechend geändert würde, wie z.B. «Verordnung zur Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 BV» oder «Verordnung zur nachhaltigen Unternehmensführung von börsenkotierten Gesellschaften» (so der Einleitungssatz von Art. 95 Abs. 3 BV).

2.2 Art. 10 Abs. 2 VE-VgDA

Der SVV beantragt eine ersatzlose Streichung dieser Bestimmung, da diese unseres Erachtens keine Stütze in Art. 95 Abs. 3 BV findet. Sie ist aber auch ein unnötiger Eingriff in die Aktionärsrechte und entsprechend in die Privatautonomie (analog der Stellungnahme *economiesuisse*).

Die Absicht ist, dem wirklichen Willen der Aktionäre möglichst unverfälscht zum Ausdruck zu verhelfen, was per se nicht im Widerspruch mit einer generellen Weisung steht. Wichtig ist, dass die Aktionäre transparent informiert werden, damit sie die Konsequenzen ihrer Mitteilung klar erkennen können. Dies muss auch für Fälle gelten, in welchen der Aktionär zwar den unabhängigen Stimmrechtsvertreter bevollmächtigt, aber keine speziellen Instruktionen zu den einzelnen Traktanden erteilt. Wird der Aktionär deutlich darauf hingewiesen, muss es möglich sein im Voraus festzulegen, wie in einem solchen Fall abgestimmt wird.

Diese Bestimmung dürfte in der Praxis dazu führen, dass die Zahl der Enthaltungen bei den Abstimmungen massiv ansteigt. Dies, weil die Aktionäre an die heute gängige Praxis gewohnt sind, wonach der unabhängige Stimmrechtsvertreter beauftragt wird, mangels ausdrücklicher anderer Instruktionen den Anträgen des Verwaltungsrats zuzustimmen, wie dies die Vollmachtsformulare für den unabhängigen Stimmrechtsvertreter in den meisten Unternehmen vorsehen.

2.3 Art. 18 Abs. 1 Ziff. 1, 3 und 5 VE-VgDA

Der relevante Zeitraum für die fixe Vergütung sollte nicht derjenige von einer Generalversammlung bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung sein, sondern das Kalenderjahr, in welchem die Generalversammlung stattfindet. Die vom VE-VgDA vorgesehene Regelung führt zu einer in der Praxis untauglichen Verkomplizierung des Accounting. Dies umso mehr, als der Zeitraum von einer Generalversammlung zur nächsten in der Regel variiert und bisweilen mehr, bisweilen weniger als 365 Tage beträgt.

2.4 Art. VE-VgDA betreffend Vorsorgeeinrichtungen

Aus Sicht des SVV sind die Vorgaben von Art. 95 Abs. 3 BV zur Stimpfpflicht und Transparenz der Vorsorgeeinrichtungen im Vorentwurf pragmatisch umgesetzt. Tritt die Verordnung in der vorliegenden Form in Kraft, dürften sich der mit der Umsetzung verursachte Mehraufwand und die

Mehrkosten für die Vorsorgeeinrichtungen in einem vertretbaren Rahmen halten. Im Einzelnen dazu folgende Anmerkungen:

2.4.1 Art. 22 Stimmpflicht

Art. 22 Abs. 1

Die Eingrenzung auf direkt gehaltene Anlagen scheint dem SVV sinnvoll und praktikabel.

Art. 22 Abs. 2

Es ist sicher richtig, dass die Vorsorgeeinrichtungen im «Interesse der Versicherten» abstimmen müssen. Es ist auch nachvollziehbar, dass sich das «Interesse der Versicherten» nur schwer im Voraus generell-abstrakt definieren lässt. Deshalb muss es der einzelnen Vorsorgeeinrichtung überlassen werden, wie sie das Interesse der Versicherten sicherstellt. Diesbezüglich sind ohnehin die bereits geltenden Loyalitäts-, Sorgfalts- und Treuepflichten gegenüber den Versicherten zu beachten (siehe dazu insbesondere die Strukturreform in der beruflichen Vorsorge).

Art. 22 Abs. 3

Es ist zu begrüßen, dass den Vorsorgeeinrichtungen das Recht eingeräumt wird, auf ihr Stimmrecht zu verzichten, sofern dies dem Interesse der Versicherten entspricht.

Art. 22 Abs. 4

Das Festhalten der Kriterien zur Bestimmung der Interessen der Versicherten bei der Ausübung des Stimmrechts in einem Reglement ist zu begrüßen. Allerdings ist trotz aller vagen Umschreibungen der Kriterien zu befürchten, dass diese Anlass zu Rechtsstreitigkeiten bieten werden.

2.4.2 Art. 23 Offenlegungspflicht

Die Vorgabe, wonach Vorsorgeeinrichtungen, die dem FZG unterstellt sind, mindestens einmal jährlich in einem zusammenfassenden Bericht Rechenschaft darüber ablegen müssen, wie sie ihrer Stimmpflicht nachgekommen sind, ist positiv zu würdigen. Sie lässt den Vorsorgeeinrichtungen den erforderlichen Spielraum für die Umsetzung.

2.5 Strafbestimmungen

Wir weisen auf den Umstand hin, dass zumindest von einem Teil der Lehre die Ansicht vertreten wird, dass der Verordnungsgeber nicht zum Erlass der vorgeschlagenen Strafbestimmungen befugt ist, weil dies gegen den Grundsatz «keine Strafe ohne Gesetz» verstösst. Nach Meinung diverser Autoren ist daher die Umsetzung dem formellen Gesetzgebungsverfahren vorzubehalten (vgl. statt vieler: Patric Brand / Karl-Marc Wyss / Pascal Zysset: «Nulla Minder-poena sine lege», in: Jusletter 27. Mai 2013).

Für eine wohlwollende Prüfung unserer Anmerkungen zum VE-VgdA sind wir Ihnen sehr dankbar. Gerne stehen wir Ihnen für Rückfragen zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Schweizerischer Versicherungsverband SVV

A small, square, black and white image of a handwritten signature, which appears to be 'Lucius Dür'.

Lucius Dür
Direktor

A large, black and white image of a handwritten signature, which appears to be 'Marc Chuard'.

Marc Chuard
Leiter Ressort Finanz & Regulierung

Bemerkungen von Lukas Glanzmann

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Baker & McKenzie Zurich, Titularprofessor an der Universität St. Gallen

Stand: 26.07.2013

Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA)

Vorentwurf

[vom 22. November 2013]

Der Schweizerische Bundesrat,

gestützt auf die Artikel 95 Absatz 3 und 197 Ziffer 10 der Bundesverfassung¹
verordnet:

1. Abschnitt: Geltungsbereich

Art. 1

¹ Die Bestimmungen dieser Verordnung finden Anwendung auf Aktiengesellschaften nach den Artikeln 620-763 des Obligationenrechts² (OR), deren Aktien an einer Börse im In- oder Ausland kotiert sind (Gesellschaft).

² Sie geht widersprechenden Bestimmungen des OR vor.

2. Abschnitt: Generalversammlung

(Art. 698 Abs. 2 OR)

Art. 2

Die Generalversammlung hat die folgenden unübertragbaren Befugnisse:

1. die Wahl des Präsidenten des Verwaltungsrates und gegebenenfalls der Stellvertreter;
2. die Wahl der Mitglieder des Vergütungsausschusses;
3. die Wahl eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters und gegebenenfalls der Stellvertreter ~~oder mehrerer unabhängiger Stimmrechtsvertreter~~;

¹ SR 101

² SR 220

4. die Genehmigung der Vergütungen des Verwaltungsrates, der Personen, die vom Verwaltungsrat ganz oder zum Teil mit der Geschäftsführung betraut sind (Geschäftsleitung) und des Beirates.

Bemerkung:

Ziff. 3:

Vgl. die Bemerkung zu Art. 8 Abs. 1.

3. Abschnitt: Verwaltungsrat

Art. 3 Wahl und Amtsdauer der Mitglieder des Verwaltungsrates
(Art. 710 OR)

¹ Die Generalversammlung wählt die Mitglieder des Verwaltungsrates einzeln.

² Die Amtsdauer endet spätestens an der nächsten ordentlichen Generalversammlung. Wiederwahl ist möglich.

Bemerkung:

Abs. 2:

Es ist klarzustellen, dass auch eine kürzere Amtspériode zulässig ist, denn der Zweck der Verfassungsbestimmung ist, eine Maximaldauer festzulegen. Es wird auch in Zukunft den Fall geben, dass ein Verwaltungsratsmitglied sein Amt erst während des Jahres antreten kann. In diesem Fall ist unter Umständen eine andere Person noch bis zu diesem Datum im Amt zu bestätigen.

Art. 4 Wahl und Amtsdauer des Verwaltungsratspräsidenten
(Art. 712 OR)

¹ Die Generalversammlung wählt den Präsidenten des Verwaltungsrates und allfällige Stellvertreter.

² Die Amtsdauer endet spätestens an der nächsten ordentlichen Generalversammlung. Wiederwahl ist möglich.

^{2bis} Scheiden sowohl der Verwaltungsratspräsident als auch etwaige Stellvertreter vor Ablauf der Amtszeit aus dem Verwaltungsrat aus oder können sie ihr Amt nicht ausüben, dann bezeichnet der Verwaltungsrat einen neuen Präsidenten. [Variante A: Dessen Amtszeit läuft längstens bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung.] / [Variante B: Es ist sofort eine Generalversammlung einzuberufen.]

³ Die Generalversammlung ist berechtigt, den Präsidenten des Verwaltungsrates und allfällige Stellvertreter abzurufen. Artikel 726 Absatz 2 OR bleibt vorbehalten.

Bemerkungen:**Abs. 2:**

Vgl. die Bemerkung zu Art. 3 Abs. 2.

Abs. 2bis:

Da die Gesellschaft zwingend einen Verwaltungsratspräsidenten braucht, ist der Fall zu regeln, was passiert, wenn der Verwaltungsratspräsident und ein etwaiger Stellvertreter zurücktreten, sterben oder handlungsunfähig werden. In diesem Fall ist es angezeigt, dass der Verwaltungsrat selber einen Präsidenten bezeichnet. Eine Alternative wäre z.B. die Bezeichnung durch den Richter, was aber m.E. wenig praktikabel und zu zeitaufwändig wäre. Zudem würde der Richter mit grösster Wahrscheinlichkeit ohnehin nur jene Person wählen, die ihm der Verwaltungsrat zur Wahl vorschlägt.

Eine andere Frage ist, bis wann dieser Präsident im Amt bleiben soll. M.E. ist es aufgrund der doch eher beschränkten Funktionen des Verwaltungsratspräsidenten vertretbar, dass dieser für die Zeit bis zur nächsten ord. Generalversammlung im Amt bleibt (Variante A). Eine alternative Regelung könnte sein, dass sofort eine Generalversammlung einzuberufen ist (Variante B).

Abs. 3:

M.E. sollte klargestellt werden, dass der Verwaltungsrat auch in Zukunft einen von der Generalversammlung gewählten Präsidenten in seiner Funktion einstellen kann, wenn er sofort eine Generalversammlung einberuft (Art. 726 Abs. 2 OR).

Art. 5 Unübertragbare Aufgabe
(Art. 716a Abs. 1 OR)

Der Verwaltungsrat hat die unübertragbare und unentziehbare Aufgabe, den Vergütungsbericht zu erstellen.

Art. 6 Übertragung der Geschäftsführung
(Art. 716b Abs. 1 OR)

Die Statuten können den Verwaltungsrat ermächtigen, die Geschäftsführung nach Massgabe eines Organisationsreglements ganz oder zum Teil an einzelne Mitglieder oder an andere natürliche Personen zu übertragen.

4. Abschnitt: Vergütungsausschuss

(Art. 716a Abs. 2 OR)

Art. 7

¹ Die Generalversammlung wählt die Mitglieder des Vergütungsausschusses einzeln.

² Wählbar sind nur Mitglieder des Verwaltungsrates.

³ Die Amtsdauer endet spätestens an der nächsten ordentlichen Generalversammlung. Wiederwahl ist möglich.

⁴ Die Statuten bestimmen die Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses.

Bemerkung:

Abs. 3:

Vgl. die Bemerkung zu Art. 3 Abs. 2.

5. Abschnitt: Unabhängiger Stimmrechtsvertreter

Art. 8 Wahl und Amtsdauer

¹ Die Generalversammlung wählt einen ~~oder mehrere~~ unabhängigen Stimmrechtsvertreter und allfällige Stellvertreter.

² Wählbar sind natürliche oder juristische Personen oder Personengesellschaften. Die Unabhängigkeit richtet sich nach Artikel 728 OR³.

³ Die Amtsdauer endet an der nächsten ordentlichen Generalversammlung. Wiederwahl ist möglich.

⁴ Die Generalversammlung kann einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter jederzeit mit sofortiger Wirkung abberufen. Artikel 726 Abs. 2 OR bleibt vorbehalten.

⁵ Können der unabhängige Stimmrechtsvertreter und allfällige Stellvertreter ihr Amt nicht ausüben, dann ist der unabhängige Stimmrechtsvertreter für die nächste Generalversammlung vom Verwaltungsrat zu ernennen.

Bemerkungen:

Abs. 1:

Es sollte nur einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter geben und etwaige Stellvertreter. Damit ist klar, dass beim Ausfallen des unabhängigen Stimmrechtsvertreters (vgl. Abs. 5) die Stellvertreter an dessen Stelle treten. Wenn es mehrere gleichbe-

rechtigte unabhängige Stimmrechtsvertreter gibt, dann ist das Verhältnis unter ihnen nicht klar.

Abs. 4:

M.E. sollte klargestellt werden, dass der Verwaltungsrat auch einen von der Generalversammlung gewählten unabhängigen Stimmrechtsvertreter in seiner Funktion einstellen kann, wenn er sofort eine Generalversammlung einberuft (Art. 726 Abs. 2 OR). Dies könnte z.B. notwendig sein, wenn der Stimmrechtsvertreter seine Fähigkeit (z.B. wegen eines Urkundendelikts) oder Unabhängigkeit verliert.

Abs. 5:

Da die Gesellschaft zwingend einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter braucht, ist der Fall zu regeln, was passiert, wenn der unabhängige Stimmrechtsvertreter und etwaige Stellvertreter zurücktreten, sterben, handlungsunfähig werden oder ihre Unabhängigkeit verlieren. Dies gilt umso mehr, als die Ernennung einer nicht von der Generalversammlung gewählten unabhängigen Stimmrechtsvertretung strafbar ist (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 5 bzw. 6). M.E. ist es angezeigt, dass der Verwaltungsrat selber einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter bezeichnet. Eine Alternative wäre z.B. die Bezeichnung durch den Richter, was aber m.E. wenig praktikabel und zu zeitaufwendig (die zeitliche Dringlichkeit könnte sich daraus ergeben, dass der Stimmrechtsvertreter kurz vor der Generalversammlung ausfällt) wäre. Zudem würde der Richter wohl ohnehin nur jene Person ernennen, die ihm der Verwaltungsrat vorschlägt.

Eine andere Frage ist, bis wann dieser unabhängige Stimmrechtsvertreter im Amt bleiben soll. Da der unabhängige Stimmrechtsvertreter nur an einer Generalversammlung eine Funktion hat, kann der vom Verwaltungsrat ernannte unabhängige Stimmrechtsvertreter bis zur nächsten Generalversammlung im Amt bleiben; diese hat dann einfach einen neuen unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu wählen. Es ist aber nicht notwendig, sofort eine Generalversammlung einzuberufen.

Art. 9 Erteilung von Vollmachten und Weisungen

(Art. 689a Abs. 1 OR)

¹ Der Verwaltungsrat stellt sicher, dass die Aktionäre die Möglichkeit haben, dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu jedem in der Einberufung gestellten Antrag zu Verhandlungsgegenständen Weisungen zu erteilen.

² Er stellt sicher, dass die Aktionäre die Möglichkeit haben, dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu nicht angekündigten Anträgen zu Verhandlungsgegenständen sowie zu neuen Verhandlungsgegenständen gemäss Artikel 700 Absatz 3 OR⁴ allgemeine Weisungen zu erteilen.

³ Er stellt sicher, dass die Aktionäre dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter [\[Variante A: bis 48 Stunden vor Beginn der Generalversammlung\]](#) auch elektronisch Vollmachten und Weisungen erteilen können. [\[Variante B: Die Statuten regeln die Einzelheiten.\]](#)

Bemerkungen:

Abs. 3:

[Es sollte klargestellt werden, bis wann eine elektronische Erteilung von Vollmachten und Weisungen möglich sein muss, da es strafbar ist, wenn man dies verhindert \(Art. 24 Abs. 1 Ziff. 8\). M.E. geht aus der Vgda eindeutig hervor, dass eine eigentliche elektronische Fernabstimmung nicht ermöglicht werden muss, d.h. es ist nicht vorzusehen, dass dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter noch während der Generalversammlung Weisungen erteilt werden können. Da heute noch nicht absehbar ist, welche IT-Systeme sich in diesem Bereich durchsetzen werden, wäre es vorsichtig, eine Frist von 48 Stunden vorzusehen \(Variante A\). Damit könnten auch etwaige Systemunterbrüche aufgefangen werden. Alternativ könnte auch klargestellt werden, dass die Gesellschaft die Kompetenz hat, die Details zu regeln \(Variante B\).](#)

Art. 10 Pflichten des unabhängigen Stimmrechtsvertreters

¹ Der unabhängige Stimmrechtsvertreter ist verpflichtet, die ihm von den Aktionären übertragenen Stimmrechte weisungsgemäss auszuüben.

² Hat er keine Weisungen erhalten, so enthält er sich der Stimme. [Diese Stimmen gelten für die entsprechende Abstimmung als nicht vertreten.](#)

Bemerkungen:

Abs. 3:

[Es ist zu beachten, dass die Regelung, wonach sich der unabhängige Stimmrechtsvertreter bei Weisungslosigkeit der Stimme enthält, aufgrund von Art. 703 OR bei den meisten Gesellschaften wie Nein-Stimmen auswirkt. Dies wird in der Regel das Abstimmungsergebnis verzerren und entspricht nicht dem Willen des Aktionärs; der wollte ja nicht Nein stimmen, sondern scheint mit dem Ergebnis einverstanden, wie immer es ausfällt. Aus diesem Grund ist es angezeigt, dass in diesem Fall die entsprechenden Stimmen als in der Generalversammlung nicht vertreten betrachtet werden.](#)

Art. 11 Unzulässige institutionelle Stimmrechtsvertretung
(Art. 689c und 689d OR)

Die Organ- und Depotstimmrechtsvertretung nach Artikel 689c und 689d OR⁵ sind unzulässig.

6. Abschnitt: Statutenbestimmungen

(Art. 626 und 627 OR)

Art. 12

¹ Die Statuten müssen Bestimmungen enthalten über:

1. die Anzahl der zulässigen Tätigkeiten der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates in den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen von Rechtseinheiten, die verpflichtet sind, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen (oder entsprechenden ausländischen Rechtseinheiten), und die nicht durch die Gesellschaft kontrolliert werden oder die Gesellschaft nicht kontrollieren;
2. die Dauer der Arbeitsverträge für die Mitglieder der Geschäftsleitung;
3. die Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses.

² Zu ihrer Verbindlichkeit bedürfen der Aufnahme in die Statuten Bestimmungen über:

1. die Höhe der Darlehen, Kredite und Renten für die Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates;
2. die Grundsätze für die ~~leistungsabhängigen-variablen~~ Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates;
3. die Grundsätze für Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates in der Form der Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten ~~an Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates~~;
4. die Ermächtigung zur Übertragung der Geschäftsführung auf einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates oder andere natürliche Personen;
5. den Zusatzbetrag für die Vergütungen von Mitgliedern der Geschäftsleitung, die nach der Genehmigung der ~~fixen-festen~~ Vergütung ernannt werden;
6. die abweichende Regelung zur Genehmigung der Vergütungen nach Artikel 18 Absatz 3.

Bemerkungen:**Abs. 1 Ziff. 1:**

Es sollten wohl auch ausländische Rechtseinheiten erfasst werden. Dies ist klarzustellen.

Abs. 2 Ziff. 2:

Die BV spricht von „Erfolgsplänen“. Damit gemeint sind wohl die variablen Vergütungen und nicht nur die leistungsabhängigen Vergütungen.

Abs. 2 Ziff. 3:

Wegen der Strafbestimmung von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 ist ist klarzustellen, dass es nur um jene Zuteilungen geht, die als Teil der Vergütung ausgerichtet werden (so auch Art. 20 Ziff. 5). Wenn ein Verwaltungsratsmitglied Aktien der Gesellschaft hält und ihm im Rahmen eines allgemeinen Rückkaufsprogramms Optionen für den Rückkauf zugeteilt werden, dann müssen solche Zuteilungen zweifelsfrei gültig sein, egal ob sie in den Statuten geregelt sind oder nicht. Vgl. auch die Bemerkungen zu Art. 14 Abs. 2 Ziff. 4.

Abs. 2 Ziff. 5:

Vgl. dazu die Bemerkungen zu Art. 18 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 2 Ziff. 4.

7. Abschnitt: Vergütungsbericht

Art. 13 Erstellung, Bekanntgabe, ~~und~~ Veröffentlichung und Aufbewahrung
(Art. 663b^{bis} Abs. 1 und 2, Art. 696 und 958e Abs. 1 OR)

¹ Der Verwaltungsrat erstellt jährlich einen schriftlichen Vergütungsbericht. Dieser ersetzt die Angaben im Anhang zur Bilanz nach Artikel 663b^{bis} OR⁶.

² Für die Erstellung, Bekanntgabe ~~und die~~ Veröffentlichung und Aufbewahrung des Vergütungsberichts sowie des Berichts der Revisionsstelle nach Artikel 17 finden die Artikel 696, 958d Absatz 3 und 4, 958e Absatz 1 sowie 958f OR entsprechend Anwendung.

Bemerkungen:**Abs. 1:**

Weil es sich beim Vergütungsbericht um ein ähnliches Dokument wie der Geschäftsbericht handelt (dies bezeugt auch, dass dessen Inhalt bis anhin im Wesentlichen im

Bilanzanhang enthalten war), sollten auch die gleichen Grundsätze anwendbar sein. Konkret sollte der Vergütungsbericht in der gleichen Währung und in der gleichen Sprache wie der Geschäftsbericht verfasst werden können. Das Gleiche gilt für die Aufbewahrung.

Art. 14 Vergütungen an den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat

¹ Im Vergütungsbericht sind anzugeben:

1. alle Vergütungen, die die Gesellschaft direkt oder indirekt an gegenwärtige Mitglieder des Verwaltungsrates ausgerichtet hat;
2. alle Vergütungen, die die Gesellschaft direkt oder indirekt an gegenwärtige Mitglieder der Geschäftsleitung ausgerichtet hat;
3. alle Vergütungen, die die Gesellschaft direkt oder indirekt an gegenwärtige Mitglieder des Beirates ausgerichtet hat;
4. alle Vergütungen, die die Gesellschaft direkt oder indirekt an frühere Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates ausgerichtet hat, sofern sie in einem Zusammenhang mit der früheren Tätigkeit als Organ der Gesellschaft stehen oder nicht marktüblich sind; ausgenommen sind Leistungen der beruflichen Vorsorge.

² Als Vergütungen gelten insbesondere:

1. Honorare, Löhne, Bonifikationen und Gutschriften;
2. Tantiemen, Beteiligungen am Umsatz und andere Beteiligungen am Geschäftsergebnis;
3. Dienst- und Sachleistungen, sofern sie im Lohnausweis auszuweisen sind;
4. die Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten im Rahmen des Mandats- oder Arbeitsverhältnisses;
5. Bürgschaften, Garantieverpflichtungen, Pfandbestellungen zugunsten Dritter und andere Sicherheiten;
6. der Verzicht auf Forderungen;
7. Aufwendungen, die Ansprüche auf Vorsorgeleistungen begründen oder erhöhen;
8. sämtliche Leistungen für zusätzliche Arbeiten.

Bemerkungen:

Abs. 2 Ziff. 3:

Die Definition des Begriffs „Vergütung“ war bis anhin nur im Rahmen der Rechenschaftsablage bedeutsam. Neu wird der gleiche Begriff „Vergütung“ auch im Rahmen der Genehmigung durch die Generalversammlung (Art. 18 und 19) und bei den

Straftatbeständen (Art. 24) verwendet. Deshalb ist der Anspruch an eine genaue Definition höher als bisher. Während bisher bei der Rechenschaftsablage unwesentliche Vergütungen ohne weiteres unter dem Aspekt der Wesentlichkeit ignoriert werden konnten, ist dies bei der Genehmigung von Vergütungen und im Strafrecht unter Umständen nicht mehr der Fall. Weil letztlich jeder Kaffee, jedes Weihnachtsessen, die Abgabe von Reka-Checks oder eine gebührenlose Kontoführung eine Dienst- bzw. Sachleistung ist, wären sie nur zulässig, wenn sie von der Generalversammlung im Voraus genehmigt worden wären. Dies kann wohl kaum dem Sinn der BV entsprechen. Aus diesem Grund sind unwesentliche Dienst- oder Sachleistungen nicht als Vergütungen zu betrachten. Dabei ist alles unwesentlich, was nicht im Lohnausweis auszuweisen ist.

Abs. 2 Ziff. 4:

Auch hier ist klarzustellen, dass nur Zuteilungen, die im Rahmen des Mandats- oder Arbeitsverhältnisses des betreffenden Organs erfolgen, als Vergütung gelten (vgl. Bemerkungen zu Art. 12 Abs. 2 Ziff. 3 und Art. 20 Ziff. 5).

Art. 15 Darlehen und Kredite an den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat

(Art. 663b^{bis} Abs. 3 und 4 OR)

¹ Im Vergütungsbericht sind anzugeben:

1. alle Darlehen und Kredite, die den gegenwärtigen Mitgliedern des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates gewährt wurden und noch ausstehen;
2. alle Darlehen und Kredite, die zu nicht marktüblichen Bedingungen an frühere Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates gewährt wurden und noch ausstehen.

² Die Angaben zu Vergütungen, Darlehen und Krediten müssen umfassen:

1. den Gesamtbetrag für den Verwaltungsrat und den auf jedes Mitglied entfallenden Betrag unter Nennung des Namens und der Funktion des betreffenden Mitglieds;
2. den Gesamtbetrag für die Geschäftsleitung und den höchsten auf ein Mitglied entfallenden Betrag unter Nennung des Namens und der Funktion des betreffenden Mitglieds;
3. den Gesamtbetrag für den Beirat und den auf jedes Mitglied entfallenden Betrag unter Nennung des Namens und der Funktion des betreffenden Mitglieds.

Art. 16 Vergütungen, Darlehen und Kredite an nahestehende Personen

(Art. 663b^{bis} Abs. 5)

¹ Im Vergütungsbericht sind gesondert anzugeben:

1. alle nicht marktüblichen Vergütungen, die die Gesellschaft direkt oder indirekt an Personen ausgerichtet hat, die den in Artikel 14 Absatz 1 Ziffer 1–4 genannten Personen nahestehen;
2. Darlehen und Kredite, die zu nicht marktüblichen Bedingungen an Personen, die den in Artikel 15 Absatz 1 Ziffer 1 und 2 genannten Personen nahestehen, gewährt wurden und noch ausstehen.

² Die Namen der nahestehenden Personen müssen nicht angegeben werden.

³ Im Übrigen finden die Vorschriften über die Angaben zu Vergütungen, Darlehen und Krediten an Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats entsprechende Anwendung.

Art. 17 Prüfung durch die Revisionsstelle

(Art. 728a und 728b OR)

Die Revisionsstelle prüft, ob der Vergütungsbericht dem Gesetz, dieser Verordnung und den Statuten entspricht. Sie erstattet der Generalversammlung schriftlich Bericht über das Ergebnis der Prüfung.

8. Abschnitt: Genehmigungen durch die Generalversammlung

Art. 18 Vergütungen an den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat

¹ Die Generalversammlung stimmt jährlich gesondert über die Genehmigung der Gesamtbeträge ab, die der Verwaltungsrat beschlossen hat für:

1. die monatliche fixe-feste Vergütung des Verwaltungsrates für die Dauer bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung;
2. die ~~variable~~-diskretionäre Vergütung (Gratifikation) des Verwaltungsrates für das abgeschlossene Geschäftsjahr;
3. die monatliche fixe-feste Vergütung der Geschäftsleitung für die Dauer bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung;
4. die ~~variable~~-diskretionäre Vergütung (Gratifikation) der Geschäftsleitung für das abgeschlossene Geschäftsjahr;
5. die monatliche fixe-feste Vergütung des Beirates für die Dauer bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung;
6. die ~~variable~~-diskretionäre Vergütung (Gratifikation) des Beirates für das abgeschlossene Geschäftsjahr.

² Verweigert die Generalversammlung die Genehmigung eines Gesamtbetrags, so kann der Verwaltungsrat an der gleichen Versammlung einen neuen Antrag stellen. Stellt er keinen neuen Antrag oder wird auch dieser abgelehnt, so hat der Verwaltungsrat innerhalb von drei Monaten eine neue Generalversammlung einzuberufen. Während dieser Zeit haben die Organe Anspruch auf die anteilmässige feste Vergütung des Vorjahres.

^{2bis} Lehnt die neu einberufene Generalversammlung (Abs. 2) die feste Vergütung der Geschäftsleitung erneut ab, dann verlängert sich deren Anspruch auf die anteilmäßige feste Vergütung des Vorjahres [Variante A: bis zum Ablauf der vertraglichen Kündigungsfrist.] / [Variante B: bis zum Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist.] / [Variante C: um drei Monate.]

^{2ter} Vergütungen, die aufgrund eines Gerichtsurteils auszurichten sind, müssen von der Generalversammlung nicht genehmigt werden.

³ Die Statuten können eine von Absatz 1 abweichende Regelung vorsehen. Die folgenden Voraussetzungen müssen erfüllt sein:

1. Die Generalversammlung stimmt jährlich über die Vergütungen ab.
2. Die Generalversammlung stimmt gesondert über den Gesamtbetrag der Vergütungen des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates ab.
3. Die Abstimmung der Generalversammlung hat bindende Wirkung.

Bemerkungen:

Abs. 1:

Die Begriffe „fixe Vergütung“ und „variable Vergütung“ sind nicht richtig gewählt. Ex ante muss diejenige Vergütung genehmigt werden, auf welche ein Rechtsanspruch begründet wird. Diese kann sich ohne weiteres aus einem fixen und einem variablen Teil zusammensetzen. Wesentlich ist, dass sie „fest“, d.h. geschuldet ist. Demgegenüber kann es sich bei der ex post genehmigten Vergütung systembedingt nur um eine diskretionäre Vergütung handeln, denn die Generalversammlung muss ja frei sein, diese zu verweigern. Dies ist sie aber nur, wenn es sich um eine eigentliche Gratifikation handelt.

Es ist zu beachten, dass der Zeitraum zwischen zwei ordentlichen Generalversammlungen nicht immer ein Jahr betragen wird. Hinzu kommt, dass eine Generalversammlung nicht immer am vorgesehenen Termin stattfinden kann, sondern aus diversen Gründen manchmal verschoben werden muss. Deshalb könnte es vorteilhaft sein, als dispositive Regelung die feste Vergütung per Monat genehmigen zu lassen. Damit ist in all jenen Fällen, wo die Generalversammlung nicht entsprechend modifiziert fasst, sichergestellt, dass die Organe eine adäquate Entschädigung erhalten, auch wenn die Generalversammlung z.B. vom April in den Juni verschoben werden muss. Andernfalls besteht die Gefahr, dass extra für die Genehmigung der Vergütung eine a.o. Generalversammlung einberufen werden muss, was mit beträchtlichen Kosten verbunden ist. Gleichzeitig würde eine Vorverlegung der Generalversammlung nicht zu einer überhöhten Vergütung führen.

Abs. 2 und 2bis:

Die Vgda enthält keine Bestimmung, die das Verhältnis zum Arbeitsrecht regelt. In der momentanen Situation dürfte den Organen kein Lohn mehr bezahlt werden, wenn die Generalversammlung die feste Vergütung ablehnt. Dennoch bleiben insbesondere die Arbeitsverträge der Mitglieder der Geschäftsleitung grundsätzlich

bestehen. Weil aber kein Lohn mehr ausbezahlt werden darf, muss nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen auch keine Arbeit mehr geleistet werden. Dies liegt offensichtlich nicht im Interesse der Gesellschaft. Deshalb ist der Fall zu regeln, dass die Generalversammlung die feste Vergütung nicht genehmigt. Dabei sind die Perioden zwischen der ord. Generalversammlung und der neuen Generalversammlung (gem. Abs. 2) einerseits und die Zeit nach der zweiten Generalversammlung (gem. Abs. 2) anderseits zu unterscheiden.

Wird die feste Vergütung an der ord. Generalversammlung nicht genehmigt, dann haben die Verwaltungsratsmitglieder die Möglichkeit, ihr Amt für die nächste Wahlperiode nicht anzunehmen. Dies wäre nicht pflichtwidrig, weil die Annahme der Wiederwahl von einer genehmen Entschädigung abhängig gemacht werden darf. Allerdings liegt die Ablehnung der Wahl nicht im Interesse der Gesellschaft (denn diese hat ja die betreffenden Verwaltungsmitglieder gewählt). Deshalb könnte eine Lösung darin liegen, dass dem Verwaltungsrat für die Zeit bis zur zweiten Generalversammlung die bisherige feste Vergütung pro rata temporis ausbezahlt wird. Dies würde das Risiko verringern, dass VR-Mitglieder ihr Amt nicht annehmen. Dies wird im Zusatz in Abs. 2 verdeutlicht.

Anders als die Verwaltungsratsmitglieder haben die Mitglieder der Geschäftsleitung in der Regel kein Vertragsverhältnis, das von Generalversammlung zu Generalversammlung dauert. Deshalb haben sie auch nach einer Nichtgenehmigung der festen Vergütung noch einen gültigen Arbeitsvertrag. Allerdings wären sie nicht mehr verpflichtet, ihre Arbeitsleistung zu erbringen, wenn kein Lohn mehr bezahlt wird. Auch dies liegt offensichtlich nicht im Interesse der Gesellschaft. Aus diesem Grund ist für die Geschäftsleitung der selbe Mechanismus vorzusehen wie für den Verwaltungsrat, d.h., dass die bisherige feste Vergütung bis zur zweiten Generalversammlung noch anteilmässig weiter ausgerichtet wird.

Anders präsentiert sich die Situation, wenn die feste Vergütung an der zweiten Generalversammlung erneut nicht genehmigt wird. In diesem Fall bleibt den Verwaltungsratsmitgliedern wohl keine andere Wahl, als sofort zurückzutreten. Sinnvollerweise werden sie ihr Amt ohnehin nur unter der Bedingung annehmen, dass die zweite Generalversammlung die feste Vergütung genehmigt.

Da eine jederzeitige Kündigung der Arbeitsverträge der Mitglieder der Geschäftsleitung nicht zulässig ist, muss eine separate Regelung für den Fall gefunden werden, dass auch die zweite Generalversammlung die feste Vergütung ablehnt. Eine Möglichkeit wäre, dass damit das Arbeitsverhältnis als aufgehoben gilt. Dies ist aber nicht im Interesse der Gesellschaft, denn dadurch wird eine sinnvolle Übergangsregelung verhindert. Soll nicht am Grundsatz gerüttelt werden, dass die Geschäftsleitung nur arbeiten muss, wenn sie auch einen Lohn erhält, wird man wohl nicht darum herum kommen, die bisherige feste Vergütung weiterhin auszurichten. Diese Regelung ist in Abs. 2bis abgebildet. Fraglich ist, für welche Periode die feste Vergütung noch zu bezahlen ist. Denkbar sind z.B. folgende Regelungen:

- Eine Ausrichtung bis zum Ablauf der vertraglichen Kündigungsfrist (Variante A). Die Geschäftsleitungsmitglieder und die Gesellschaft hätten dann die Möglichkeit, den Vertrag ordentlich zu kündigen. Der Nachteil dieser Variante wäre, dass die vertragliche Kündigungsfrist sehr lang sein kann; immerhin

muss sie aber in Einklang mit den von der Generalversammlung genehmigten Statuten stehen (Art. 12 Abs. 1 Ziff. 3).

- Erbringung der Leistung bis zum Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist (Variante B). Diese Variante hat den Nachteil, dass es von der bisherigen Anstellungsdauer abhängt, ob noch während 1, 2 oder 3 Monaten der Lohn bezahlt werden muss. Damit werden evtl. nicht alle Geschäftsleitungsmitglieder gleich behandelt, obwohl sie die gleichen Verträge haben.
- Generelle Frist von z.B. drei Monaten (Variante C). Diese Variante hätte den Vorteil, dass es eine feste Frist ist, innert welcher der Verwaltungsrat zusammen mit der Geschäftsleitung und der Generalversammlung das Problem lösen muss. Allerdings setzt dies voraus, dass die Frist genügend lang bemessen ist.

Wegen des Grundsatzes „pacta sunt servanda“ ist m.E. Variante A vorzuziehen. Die Generalversammlung hat es dabei in der Hand, über die Regelung der Arbeitsverhältnisse dafür zu sorgen, dass die Kündigungsfristen nicht zu lang sind.

Abs. 2ter:

Es ist darauf hinweisen, dass auch die internationalen Verhältnisse nicht gelöst sind. Wenn Geschäftsleitungsmitglieder z.B. in Deutschland oder Frankreich angestellt sind, dann wird wohl das ausländische Arbeitsrecht vorgehen (zumindest dürfte sich der ausländische Richter kaum um die Schweizer VgA kümmern). Eine Zahlung darf zumindest dann nicht pflichtwidrig und strafbar sein, wenn sie aufgrund eines Urteils (auch eines ausländischen Gerichts) erfolgt.

Art. 19 Zusatzbetrag für die Geschäftsleitung

¹ Die Statuten können für die Vergütungen von Mitgliedern der Geschäftsleitung, die nach der Genehmigung der fixen Vergütung ernannt werden, einen Zusatzbetrag vorsehen.

² Die Generalversammlung muss die Vergütungen, die gestützt auf Absatz 1 ausgerichtet werden, nicht genehmigen.

9. Abschnitt: Unzulässige Vergütungen

Art. 20 Unzulässige Vergütungen in der Gesellschaft

Folgende Vergütungen für Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates sind unzulässig:

1. Abgangsentschädigungen;
2. Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden;

3. Provisionen für die Übernahme oder Übertragung von Unternehmen oder Teilen davon durch die Gesellschaft oder durch Unternehmen, die von der Gesellschaft kontrolliert werden;
4. Darlehen, Kredite, Renten und leistungsabhängigen Vergütungen, die in den Statuten nicht vorgesehen sind;
5. die Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten im Rahmen des Mandats- oder Arbeitsverhältnisses, die in den Statuten nicht vorgesehen ist.

Bemerkungen:

Ziff. 3:

Es ist klarzustellen, dass es sich nur um Akquisitionen / Devestitionen durch die Gesellschaft oder ihre direkten und indirekten Tochtergesellschaften handeln kann. Eine Gesellschaft, die für Dritte Transaktionen tätig, darf selbstverständlich auch in Zukunft Provisionen vereinbaren und ihre Organe gestützt darauf entschädigen.

Ziff. 5:

Vgl. dazu die Bemerkungen zu Art. 12 Abs. 2 Ziff. 3 und Art. 14 Abs. 2 Ziff. 4.

Art. 21 Unzulässige Vergütungen im Konzern

Unzulässig sind Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates für Tätigkeiten in Unternehmen, die durch die Gesellschaft direkt oder indirekt kontrolliert werden, sofern diese Vergütungen:

1. dem Gesetz oder dieser Verordnung nicht entsprechen oder in den Statuten der Gesellschaft nicht vorgesehen sind; oder
2. von der Generalversammlung der Gesellschaft nicht genehmigt worden sind.

**10. Abschnitt: Stimm- und Offenlegungspflicht für
Vorsorgeeinrichtungen**

Art. 22 Stimmpflicht

¹ Vorsorgeeinrichtungen, die dem Freizügigkeitsgesetz vom 17. Dezember 1993⁷ (FZG) unterstellt sind, müssen das Stimmrecht der von ihnen gehaltenen Aktien in der Generalversammlung der Gesellschaft ausüben.

² Sie müssen im Interesse ihrer Versicherten abstimmen.

⁷ SR 831.42

³ Sie dürfen sich der Stimme enthalten oder auf eine ~~Stimmabgabe~~ Vertretung an der Generalversammlung verzichten, sofern dies dem Interesse der Versicherten entspricht oder das Interesse der Versicherten nicht feststellbar ist.

⁴ Das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung legt in einem Reglement fest, nach welchen Grundsätzen das Interesse ihrer Versicherten bei der Ausübung des Stimmrechts bestimmt wird.

Bemerkungen:

Abs. 3:

Es ist wohl gemeint, dass sich eine Vorsorgeeinrichtung unter bestimmten Voraussetzungen nicht vertreten lassen muss (Verzicht auf Stimmabgabe ist eigentlich das Gleiche wie eine Enthaltung). Dies ist klarzustellen.

Es ist auch der Fall denkbar, dass ein Interesse der Versicherten schlicht nicht feststellbar ist. In diesem Fall muss sich die Vorsorgeeinrichtung ebenfalls der Stimme enthalten bzw. von einer Vertretung absehen können.

Art. 23 Offenlegungspflicht (Art. 86b BVG)

Vorsorgeeinrichtungen, die dem FZG⁸ unterstellt sind, müssen mindestens einmal jährlich in einem zusammenfassenden Bericht ihren Versicherten gegenüber Rechenschaft darüber ablegen, wie sie ihrer Stimmpflicht nachgekommen sind.

11. Abschnitt: Strafbestimmungen

Art. 24 Strafbarkeit der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates

¹ Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren wird bestraft, wer als Mitglied des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung oder des Beirates vorsätzlich:

1. Vergütungen ~~bezieht oder~~ ausrichtet, über die die Generalversammlung nicht abstimmen konnte oder deren Genehmigung sie verweigert hat (Art. 18);
2. unzulässige Vergütungen nach Artikel 20 oder 21 ~~bezieht oder~~ ausrichtet;
3. Tätigkeiten nach Artikel 12 Absatz 1 Ziffer 1 ausübt, die gemäss den Statuten nicht zulässig sind;
4. die Geschäftsführung ganz oder zum Teil an eine juristische Person überträgt (Art. 6);

⁸ SR 831.42

5. eine Depot- oder Organvertretung einsetzt ~~oder eine andere als die von der Generalversammlung gewählte unabhängige Stimmrechtsvertretung~~ (Art. 8) einsetzt;
6. verhindert, dass die Generalversammlung jährlich und einzeln die Mitglieder und den Präsidenten des Verwaltungsrates, die Mitglieder des Vergütungsausschusses sowie ~~die~~ den unabhängigen Stimmrechtsvertreterung wählen kann (Art. 3, 4, 7 und 8);
7. verhindert, dass die Generalversammlung jährlich über die Genehmigung der Vergütungen abstimmen kann (Art. 18);
8. verhindert, dass die Aktionäre ~~der~~ dem unabhängigen Stimmrechtsvertreterung elektronisch Vollmachten und Weisungen erteilen können (Art. 9 Abs. 3);
9. verhindert, dass die Statuten die Bestimmungen nach Artikel 12 Absatz 1 enthalten.

² Mit der Freiheitsstrafe ist eine Geldstrafe zu verbinden. Das Gericht ist dabei nicht an die maximale Höhe des Tagessatzes nach Artikel 34 Absatz 2 Satz 1 des Strafbuches⁹ gebunden; die Geldstrafe darf jedoch sechs von der Gesellschaft dem Täter im Zeitpunkt der Tat geschuldete Jahresvergütungen nicht übersteigen.

Bemerkungen:

Abs. 1 Ziff. 1 und 2:

Täter sollte nur sein, wer eine unzulässige Vergütung ausrichtet. Die Empfänger können als Anstifter bzw. Gehilfen bestraft werden, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind.

Abs. 1 Ziff. 5:

Die Bestimmung geht über den Verfassungswortlaut hinaus. Verboten sind gemäss Art. 95 BV nur die Organ- und Depotvertretung. Zudem ist der unabhängige Stimmrechtsvertreter durch die Generalversammlung zu wählen (Letzteres ist durch die Strafbestimmung in Ziff. 6 sichergestellt). Die Strafbestimmung ist deshalb entsprechend einzugrenzen.

Abs. 1 Ziff. 6 und 8:

Anpassung der Terminologie (vgl. die Bemerkungen zu Art. 8 Abs. 1).

Abs. 2:

Es ist klarzustellen, dass es sich um die Jahresvergütung handelt, welche die Gesellschaft dem Täter ausrichtet. Der relevante Zeitpunkt muss m.E. jener der Tat sein.

⁹ SR 311.0

Art. 25 Strafbarkeit bei Vorsorgeeinrichtungen

Mit der Geschäftsführung betraute Personen oder Mitglieder des obersten Organs einer dem FZG¹⁰ unterstellten Vorsorgeeinrichtung, die die Stimmpflicht nach Artikel 22 oder die Offenlegungspflicht nach Artikel 23 vorsätzlich verletzen, werden mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft.

Bemerkungen:

Diese Bestimmung ist m.E. nicht verfassungskonform. Wenn bei den Vorsorgeeinrichtungen vom in Art. 95 BV vorgegebenen Strafraumen abgewichen wird, dann ist zu prüfen, ob er auch bei den übrigen Straftatbeständen zu differenzieren ist, da nicht sämtliche Delikte gemäss Art. 24 gleich schwer wiegen.

12. Abschnitt: Übergangsbestimmungen**Art. 26** Anwendbares Recht im Allgemeinen

¹ Die Artikel 1-4 des Schlusstitels des Zivilgesetzbuches¹¹ gelten für diese Verordnung, soweit die folgenden Bestimmungen nichts anderes vorsehen.

² Die Bestimmungen dieser Verordnung werden mit ihrem Inkrafttreten auf alle bestehenden Gesellschaften anwendbar.

Art. 27 Anpassung von Statuten und Reglementen

¹ Gesellschaften, deren Statuten und Reglemente dieser Verordnung nicht entsprechen, müssen diese innerhalb von zwei Jahren ab Inkrafttreten dieser Verordnung den neuen Vorschriften anpassen. Bis zu diesem Zeitpunkt sind die Ausrichtung von Leistungen und die Vornahme von Tätigkeiten, die einer statutarischen Grundlage bedürfen, auch ohne solche zulässig.

² Vorsorgeeinrichtungen, die dem FZG¹² unterstellt sind, müssen innerhalb eines Jahres ab Inkrafttreten dieser Verordnung ihre Reglemente und ihre Organisation den Artikeln 22 und 23 anpassen.

¹⁰ SR 831.42

¹¹ SR 210

¹² SR 831.42

Bemerkungen:**Abs. 1:**

Inbesondere wegen der Strafbestimmungen ist klar zu regeln, was in der Zeit bis zur Anpassung der Statuten gilt. M.E. muss es bis zu diesem Zeitpunkt (längstens aber zwei Jahre) zulässig sein, Tätigkeiten auszuüben (z.B. gem. Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1) und Leistungen zu erbringen (z.B. gem. Art. 12 Abs. 2 Ziff. 1 – 3), die an sich einer statutarischen Grundlage bedürften, ohne dass diese vorhanden ist. Andernfalls wäre diese Übergangsbestimmung nur für Art. 12 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 relevant.

Art. 28 Anpassung von altrechtlichen Arbeitsverträgen

Die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung bestehenden Arbeitsverträge sind innerhalb eines Jahres ab Inkrafttreten dieser Verordnung anzupassen. Bis zur Änderung der Arbeitsverträge sind diese durch die Gesellschaft zu erfüllen. Nach Ablauf dieser Frist sind die Vorschriften der Verordnung auf alle Arbeitsverträge anwendbar.

Bemerkungen:

Es ist unklar, was bis zur Anpassung der Arbeitsverträge gilt. Sind vertraglich geschuldete Abgangsentschädigungen zulässig oder nicht? Sind Kündigungsfristen, die nicht mit den Statuten übereinstimmen, zulässig oder nicht? Dies ist klar zu regeln, weil ein Verstoss strafrechtliche Konsequenzen haben könnte. M.E. muss das Prinzip des pacta sunt servanda Vorrang haben, d.h. vertragliche Ansprüche sind noch zu honorieren.

Art. 29 Wahl des Verwaltungsrates und des Vergütungsausschusses

¹ Die Artikel 3, 4 und 7 gelten ab der ersten ordentlichen Generalversammlung, die nach Inkrafttreten dieser Verordnung stattfindet.

² Bis zur statutarischen Festlegung der Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses (Art. 12 Abs. 1 Ziff. 3) werden diese durch den Verwaltungsrat bestimmt.

Art. 30 Unabhängiger Stimmrechtsvertreter

¹ Der Verwaltungsrat bestimmt für die erste Generalversammlung nach Inkrafttreten dieser Verordnung den unabhängigen Stimmrechtsvertreter, sofern dieser nicht bereits durch die Generalversammlung gewählt wurde.

² Die elektronische Erteilung von Vollmachten und Weisungen an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter muss an der zweiten ordentlichen Generalversammlung, die nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung stattfindet, möglich sein.

Art. 31 Genehmigungen durch die Generalversammlung

¹ Die Vorschriften zur Genehmigung der Gesamtbeträge der ~~fixen~~-festen Vergütung der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates gelten ab der zweiten ordentlichen Generalversammlung, die nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung stattfindet.

² Die Vorschriften zur Genehmigung der Gesamtbeträge der ~~variablen~~-diskretionären Vergütung (Gratifikation) der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates gelten erstmals für das Geschäftsjahr, das mit oder nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung beginnt.

Bemerkungen:**Abs. 1 und 2:**

Anpassen der Terminologie (vgl. Bemerkungen zu Art. 18 Abs. 1).

Art. 31a Vergütungsbericht

Die Vorschriften zur Erstellung des Vergütungsberichts gelten erstmals für das Geschäftsjahr, das mit oder nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung beginnt.

Bemerkungen:

Ein Vergütungsbericht muss sinnvollerweise erstmals für das Geschäftsjahr 2014 erstellt werden, d.h. an der GV 2015 vorliegen. Ansonsten fände eine Rechnungsablage nach neuem Recht statt, für eine Periode vor Inkrafttreten des neuen Rechts; dies widerspricht den übergangsrechtlichen Rechnungslegungsgrundsätzen.

Art. 32 Stimm- und Offenlegungspflicht

Vorsorgeeinrichtungen, die dem FZG¹³ unterstellt sind, müssen ab dem 1. Januar 2015 ihre Stimmrechte ausüben und diesbezüglich offenlegen, wie sie gestimmt haben.

Bemerkungen:

Es ist klarzustellen, dass die Offenlegungspflicht erst die Periode erfasst, in welcher das Stimmrecht ausgeübt werden muss. Sonst müsste im Jahr 2015 offengelegt werden, wie im Jahr 2014 gestimmt wurde, obwohl es im Jahr 2014 noch gar keine Stimmpflicht gibt.

¹³ SR 831.42

13. Abschnitt: Inkrafttreten

Art. 33

Diese Verordnung tritt am 1. Januar 2014 in Kraft.



Universität St.Gallen

Universität St.Gallen
Institut für Rechtswissenschaft
und Rechtspraxis (IRP-HSG)
Bodanstrasse 4
CH-9000 St.Gallen

Telefon +41 (0)71 224 24 59
Telefax +41 (0)71 224 28 83
daniel.haeusermann@unisg.ch
www.irp.unisg.ch

Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für das Handelsregister
Bundesrain 20
3003 Bern
ehra@bi.admin.ch

24. Juli 2013

Anhörung „Verordnung gegen die Abzockerei“

Sehr geehrte Damen und Herren

Ich erlaube mir, zum Vorentwurf für eine „Verordnung gegen die Abzockerei“ wie folgt Stellung zu nehmen.

Art. 95 Abs. 3 BV bezweckt, als überhöht empfundene Vergütungen zu bekämpfen, indem die Corporate Governance verbessert und die Aktionärsmitwirkung gestärkt wird. Wie ich andernorts begründet habe, lässt sich dieser Zweck am besten verwirklichen, wenn die Initiative mit fortgeschrittenen Rechtstechniken wie dispositiven Normen und Regeln zur gesellschaftsinternen Entscheidungsfindung umgesetzt wird (D. Häusermann, Aktienrechtliche Umsetzung der „Abzocker“-Initiative: Spielraum und Rechtstechniken, SJZ 2012, 537, 543-545). Da der politische Wille hierzu fehlt und der Bundesrat für den Erlass der Ausführungsverordnung einen erheblichen Zeitdruck geschaffen hat, beschränke ich mich im Folgenden darauf, konkrete und punktuelle Änderungen am Verordnungsentwurf anzuregen.

Art. 6, Art. 21 und Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4

Art. 6 und Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 streichen; Art. 21: „... in Unternehmen, an welche die Gesellschaft die Geschäftsführung delegiert hat oder die durch die Gesellschaft kontrolliert werden ...“ — Das Verbot, die Geschäftsführung an eine juristische Person zu delegieren, soll verhindern, dass die Vorschriften zu den Vergütungen umgangen werden. Ein totales Delegationsverbot könnte jedoch den Investmentgesellschaften schaden, welche die Geschäftsführung regelmässig an eine Management-Gesellschaft delegieren. Eine Delegation sollte deshalb unter den Voraussetzungen von Art. 21 (welcher ebenfalls die Verhinderung von Umgehungen bezweckt) zulässig sein.

Art. 7 Abs. 4

Streichen. — Die Bestimmung ist kompetenzwidrig, da sie zur Ausführung von Art. 95 Abs. 3 BV nicht erforderlich ist (vgl. Art. 197 Ziff. 10 BV). Auch wenn der Vergütungsausschuss von der GV gewählt wird, ist es möglich, die Umschreibung seiner Aufgaben dem Verwaltungsrat zu überlassen. Dieser muss sich dabei an den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) halten.

Art. 10 Abs. 2

„... so verzichtet er auf eine Stimmabgabe.“ — Die im Vorentwurf vorgesehene Stimmenthaltung würde wegen Art. 703 OR die Willensbetätigung der Aktionäre verzerren (s. Bericht zum VE-VgdA, S. 15).

Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1

„... in den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen von Handelsgesellschaften oder Genossenschaften, die nach Art. 727 Abs. 1 OR zu einer ordentlichen Revision verpflichtet sind, und die nicht ...“ — Es besteht kein Grund, in den Statuten auch die Tätigkeit für KMU, gemeinnützige Stiftungen usw. zu regeln.

Art. 13–17

Ersetzen durch: *„Die Genehmigung der Jahresrechnung nach Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR erstreckt sich nicht auf die Angaben nach Art. 663b^{bis} OR.“* — Die Regelung des Vorentwurfs ist unnötig kompliziert, und der Bundesrat hat nicht die Kompetenz, Art. 663b^{bis} OR neu zu formulieren.

Art. 18

Neue Bestimmung: „Genehmigt die Generalversammlung einen Gesamtbetrag und wird dieser Beschluss nach Art. 706 OR angefochten, so macht sich der Verwaltungsrat, wenn die Statuten nichts anderes vorsehen, zivil- und strafrechtlich nicht verantwortlich, wenn er den angefochtenen Beschluss ausführt, selbst wenn der Beschluss später dahinfallen sollte. Rückforderungsansprüche der Gesellschaft gegenüber den Vergütungsempfängern bleiben vorbehalten.“ — Ficht ein Aktionär einen Genehmigungsbeschluss der GV an, so geht der Verwaltungsrat ein Verantwortlichkeitsrisiko ein, wenn er während des Anfechtungsprozesses die genehmigten Vergütungen ausbezahlt und das Gericht den GV-Beschluss später für ungültig erklärt. Da ein Anfechtungsprozess lange dauern kann, könnte ein Aktionär, der Partikularinteressen verfolgt, den Verwaltungsrat mit einer Anfechtungsklage unter Druck setzen. Die vorgeschlagene Bestimmung soll dies verhindern.

Art. 20 Ziff. 1

Neue Bestimmung: „Nicht als Abgangsentschädigung gelten: (a) nach zwingendem Recht geschuldete Leistungen; (b) Lohnfortzahlungen bis zum ordentlichen Ende des Arbeitsverhältnisses, sofern die Dauer des Arbeitsvertrags oder die Kündigungsfrist den Statuten entspricht; (c) Entschädigungen für einen Verzicht auf bestehende Ansprüche oder Anwartschaften.“ — Verwaltungsräte könnten das Verbot von Abgangsentschädigungen wegen der drohenden strafrechtlichen Konsequenzen restriktiver auslegen, als dies vom Ordnungsgeber gewollt ist. Die vorgeschlagene Ausnahmegestaltung („safe harbor“) lehnt sich an einen anderen Entwurf an (D. Oser/A. Müller, Entwurf einer Verordnung zur Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV [Minder-Initiative], GesKR Online-Beitrag 2/2013, 8 f.) und soll hier Rechtssicherheit schaffen.

Art. 22 Abs. 1

„... unterstellt sind, sowie Anlagestiftungen müssen ...“ — Werden Anlagestiftungen im Sinne von Art. 53g ff. BVG der Stimm- und Offenlegungspflicht nicht unterstellt, haben Vorsorgeeinrichtungen schon wegen des Risikos strafrechtlicher Verantwortlichkeit einen Anreiz, Aktien nur über Anlagestiftungen zu halten.

Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3–9

Strafandrohung deutlich reduzieren, z.B. entsprechend Art. 25. — Anders als bei Verstössen gegen Ziff. 1 und 2 wird die Gesellschaft durch Verstösse gegen Ziff. 3–9 finanziell nicht geschädigt. Dies reduziert den Unrechtsgehalt der letztgenannten Verstösse stark. Die Strafandrohung von Art. 24 Abs. 1 ist mit Bezug auf diese Verstösse unverhältnismässig und damit verfassungswidrig (Begründung bei D. Häusermann, Strafrechtliche Konsequenzen der „Abzocker“-Initiative, Jusletter, 11. Februar 2013, Rz. 7-10 und 31-38).

Art. 24 Abs. 2

Gemäss Bericht zum Vorentwurf (S. 43 f.) soll entgegen dem Wortlaut von Art. 24 Abs. 2 die Obergrenze von sechs Jahresvergütungen bei Geldstrafen von weniger als 1,08 Millionen Franken nicht gelten. Würde diese Regel in den Verordnungstext eingefügt, so wäre sie kompetenzwidrig, da der Bundesrat gestützt auf Art. 95 Abs. 3 lit. d und 197 Ziff. 10 BV höchstens eine Geldstrafe von sechs Jahresvergütungen androhen darf.

Zuletzt halte ich fest, dass dieses Schreiben ausschliesslich meine persönliche Meinung wiedergibt.

Mit freundlichen Grüssen



Daniel M. Häusermann
Dr. iur., LL.M. (Harvard), Rechtsanwalt

26 July 2013

Dear Sir/Madam,

Consultation on the Draft Ordinance Implementing the Minder Initiative

We welcome the opportunity to comment on the Draft Ordinance Implementing the Minder initiative, "Avant-projet d'ordonnance contre les remunerations abusives" (ORab). As major asset owner in the UK and international markets, we have, and we will, continue to press for restraint and responsibility in the remuneration awarded by all companies in which we invest.

By way of background, Hermes is a leading asset manager in the City of London. As part of our Equity Ownership Service (Hermes EOS), we also respond to consultations on behalf of many clients from around Europe and the world, which are collectively responsible at least in part for the long-term financial wellbeing of millions of beneficiaries in the EU. In all, EOS advises clients with regard to assets worth a total of over €149 billion (as at March 31 2013).

Given the clear support of Swiss citizens to the Minder initiative, we do not aim at challenging the key binding principles of the draft legislation. Rather we are suggesting amendments to the proposed legislation to strengthen appropriate controls of shareholders over the governance of Swiss corporation in order to foster long term value creation for the benefit of shareholders as well as the wider society.

We make specific relevant comments below.

Yours sincerely,



Natacha Dimitrijevic
Associate Director

Compensation

By way of introduction, it seems that legislation cannot readily solve the problem arising from corporate owners ceding control over pay to their agents in the investment chain, including directors, fund managers, remuneration consultants and proxy voting agencies. Legislation can at best provide a framework to facilitate owners exercising their rights. At worst it may lead to unintended consequences that make owners less able to control pay and influence governance more widely.

Hermes EOS aims to improve companies' remuneration practice, through engagement with them, supported by intelligent voting. We intend to shift the current terms of the political and societal debate towards ensuring better alignment with the companies' long-term owners and achieving the desired culture within companies. In doing so, we will question whether the owners' capital should be spent on remuneration which has little linkage to longer-term returns and is increasingly seeming to alienate companies' leaders from their own employees and the wider public.

The principle of potentially six separate binding votes respectively on aggregate sums of forward looking fixed based salary and retrospective variable salary for the board of director, executive board and consultative board seems excessive in its form, too restrictive in its scope and risks being meaningless in its implementation.

- Vote on compensation for the executive board

Shareholders do not have the resources to establish a more granular link between broadly budgeted lump sums and the enhanced information provided in the remuneration report. We believe that companies should consult on remuneration more widely and more deeply. Additionally, companies should actively explain to their employees and shareholders how and why the executive remuneration is aligned to the strategy and desired culture throughout the company.

As result, we suggest a binding vote on the executive remuneration report.

The remuneration report should lay out the global forward looking policy, the structure of the variable compensation and its clear link to value creation over the long term. That link should take the form of a clearly defined performance metric including predominantly economic performance criteria, as well as a hard cap on overall potential compensation.

Past year's grants and vested payments should be justified with regards to actual performance in a transparent and quantified way.

We strongly favour companies developing a policy that is suitably rigorous to satisfy shareholders, whilst being sufficiently flexible to accommodate the remuneration committee's judicious use of its judgment. Only this specific information presented in qualitative way can provide a rationale and meaning to a lump sum. Global principles set in the Articles of Association, and therefore submitted to a vote in the actual draft

of this ordinance, are bound to be too general to provide a meaningful understanding of the remuneration policy.

Significant reform on pay can be achieved by long-term share owners engaging with remuneration committees to ensure that pay policy and practice is aligned properly to their long-term interests. Our concerns is that votes on quantum may lead to cautious and meaningless budgeted approach and vote on the remuneration via the articles of association will lead to greater boilerplate and lowest common denominator disclosure. Our proposals, conversely, should encourage better dialogue between remuneration committees and shareowners.

A separate binding vote on base salary pay should be required only when based salary increases more than the average that is awarded to the rest of the organisation, or in disconnect with the policy laid out in the remuneration report for members of the board. Remuneration committees should consider granting pay rises for senior executives in shares so to increase alignment with the owners.

- **The consequence of a negative vote**

The consequence of a negative vote is also in our view inadequate. A second vote during the general meeting is unlikely to gain enough support given that institutional shareholders vote remotely well ahead of the general meeting and tend not to give blank check support to ad hoc resolutions presented to their representative. The calling of another AGM within three months is, in our view, highly disruptive and costly. It follows that it is likely to discourage asset owners and asset managers to use their binding powers to address problems with executive pay, whether duly justified, for local pension funds under a provision of this law or not, for some foreign shareholders.

To facilitate a more effective dialogue between remuneration committees and shareholders we propose a gradual approach to the binding vote for the compensation of the management board whereby all companies whose remuneration report is supported by less than 80% of voting shareholders should be required to issue a prompt public statement in which it articulates its strategy for dealing with shareholder concerns; and to publish in its next annual report an outline of its engagement with investors and what has changed as a result.

Claw back mechanisms could be in place and automatically activated for deferred variable payments above one times the base salary, in case of a vote against the remuneration report, and a call for a separate vote on variable compensation at the following AGM.

- **Vote on compensation for the board of directors**

We support an annual vote on the global amount of the compensation of the board of directors as this is the case in other jurisdiction such as France. It should not, in our view, contain any variable element to ensure the adequate controlling function of the

board. Any potential variable incentive should be subject to a vote on its structure and cap.

Forbidden remunerations

- **Severance and similar payments**

Severance payments are not permissible. We suggest that provisions in the contracts of the management team relating to compensation during the notice period, for non-compete agreements, waiver of rights or change of control, greater than one year of total compensation be subject to a separate vote.

- **Pension benefits**

We suggest that pension benefits set exclusively for the management board be subject to a separate vote.

- **Compensation in advance**

Compensation in advance is not permissible. We understand that compensation for incurred as a result of becoming newly employed, in particular forfeiture rights, benefits and entitlement at a previous employer, pension funds or similar schemes are excluded from this rule.

We suggest that such compensation giving rise to an actual payment in cash be subjected to a separate vote. We would encourage companies to replicate losses incurred by an executive for joining in deferred shares.

Exercise of voting rights by Pension Funds

Hermes EOS is a firm supporter of the “comply or explain” regime of corporate governance. We believe that a compulsory vote only leads to a compliance approach unlikely to generate positive change. The chief benefit of the proposed changes is the basis that this would provide for a greater level of engaged debate between companies and their shareholders on remuneration issues before the policy is put to the vote. However, in the current Swiss environment the provision of the draft legislation is unlikely to foster further active ownership. We suggest that a threshold be defined requiring pension funds to establish the dialogue and vote on their bigger holdings. A pension fund would for instance have to vote at general meetings of companies representing at least 50% of the value of their equity portfolio.

We would also encourage the Swiss Confederation to provide a framework for this dialogue in the form of a stewardship code defined and endorsed by the federal authorities.

We will continue to pay close attention to any salary increases and significant incentive awards, assessing the extent to which they are warranted by performance. We look forward to being able to support responsible decision-making by remuneration committees.

Einschreiben / Vorab per E-Mail

Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für das Handelsregister
Bundesrain 20
3003 Bern

Homburger AG
Prime Tower
Hardstrasse 201 | CH-8005 Zürich
Postfach 314 | CH-8037 Zürich

T +41 43 222 10 00
F +41 43 222 15 00
lawyers@homburger.ch

25. Juli 2013 MUD | OSD

317537 | MUD | Stellungnahme VE-VgdA_25072013.docx

Anhörung betreffend den Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei (VE-VgdA)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga, sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 14. Juni 2013 haben Sie zur Stellungnahme zum Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei (**VE-VgdA**) eingeladen. Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und unterbreiten Ihnen hiermit unsere Anliegen und Kommentare.

I. Vorbemerkungen

Homburger AG ist eine auf Wirtschaftsrecht spezialisierte Anwaltskanzlei. Wir unterbreiten diese Stellungnahme für eine Gruppe von Schweizer Gesellschaften, die an einer US-Börse primärnotiert und im Laufe der vergangenen Jahre in die Schweiz gezogen sind. Diese Gesellschaften sind vom Erlass der VgdA in zweierlei Hinsicht besonders betroffen:

- Zum einen unterstehen sie in Sachen Verwaltungsrats- und Management-Vergütung bereits heute umfassenden und zwingend zu befolgenden US-Regeln. Sie müssen einen detaillierten Vergütungsbericht erstellen, konsultativ über die Management-Vergütung und bindend über neue oder wesentliche Änderungen bestehender Vergütungspläne abstimmen. Ausserdem bestehen besondere, unabdingbare Regeln für das Ersuchen um die Erteilung von Stimmrechtsweisungen zu Anträgen des Verwaltungsrats an der Generalversammlung. Das Anliegen dieser Gesellschaften ist deshalb, dass Friktionen zwischen den neuen Anforderungen gemäss VgdA und dem US-Recht möglichst vermieden werden können. In erster Linie geht es hier um die Regeln des VE-VgdA zur Generalversammlung im Falle einer Verweigerung der Genehmigung des Antrags des Verwaltungsrats betreffend die Gesamtvergütung.
- Zum anderen sind diese Gesellschaften stärker als traditionelle Schweizer Publikumsgesellschaften in den US-Rekrutierungsmarkt eingebunden und unterstehen damit "*Best Practices*",

wie sie unter anderen von "*Shareholder Advisory Groups*" wie ISS oder Glass Lewis empfohlen werden. Aufgrund der VgdA kann diesen "*Best Practices*" in einigen Punkten nicht mehr nachgelebt werden. Dies ist die Konsequenz der Annahme von Art. 95 Abs. 3 BV und wird von den betroffenen Unternehmen akzeptiert. Es ist ihnen jedoch ein Anliegen, dass gewisse Begriffe der VgdA, wie insbesondere derjenige der Abgangsentschädigung, präziser definiert werden und mit Blick auf das "Damokles-Schwert" der Strafbarkeit die Rechtsicherheit und Voraussehbarkeit verbessert wird. Nur so können sie sich als in der Schweiz inkorporiertes Unternehmen im US-Markt erfolgreich bewegen.¹

II. Hauptanliegen

A. "Unzulässige Vergütungen" – Beachtung des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots (Art. 20 VE-VgdA)

1. Kurzüberblick

Vorgeschlagene Ergänzung von Art. 20 (neuer Absatz 2):

² Zulässig sind insbesondere:

1. im Rahmen der ordnungsgemässen Abwicklung eines Arbeitsverhältnisses geleistete Vergütungen während oder in Abgeltung einer sachlich begründeten oder marktüblichen Kündigungsfrist oder vertraglichen Restdauer;
2. die Einräumung des Rechts auf vorzeitige Ausübung oder vorzeitigen Erhalt vorbestehender bedingter oder aufgeschobener Rechte, Ansprüche oder Anwartschaften oder die Aufhebung von Veräusserungsbeschränkungen;
3. nach anwendbarem ausländischen Recht zwingend geschuldete Vergütungen;
4. Antrittsprämien sowie Entschädigungen für Nachteile, die einer Person aufgrund ihres Stellenwechsels entstehen; und
5. variable Vergütungen, die Leistungen im Rahmen von Übernahmen oder der Übertragung von Unternehmen oder Teilen davon berücksichtigen.

¹ Vgl. Noble Corporation, die in ihrer Eingabe an die US-Wertschriftenaufsichtsbehörde SEC als Grund für ihre Redomizilierung von der Schweiz nach England das "Augenmass der Regulierung" in Grossbritannien anführt (Neue Zürcher Zeitung vom 19. Juli 2013, S. 25).

2. Begründung

a) Grundsätzliche Erwägungen

Der Verordnungsgeber hält sich im Bereich der unzulässigen Vergütungen eng an den Verfassungswortlaut. Dies ist zu begrüßen.

Zu bedauern ist, dass der VE-VgdA zahlreiche Einzelfragen, die für die Praxis von grosser Bedeutung sind, nicht regelt. Wir möchten dies vorab anhand eines Beispiels verdeutlichen. Aufgrund der Aussage im Erläuterungsbericht,² wonach eine "deutliche Verlängerung der ordentlichen Kündigungsfristen" "problematisch" erscheine und unter Umständen eine unzulässige Abgangsentschädigung darstellen könne, könnte bereits die Vereinbarung einer zweimonatigen Kündigungsfrist als versteckte Abgangsentschädigung qualifizieren, da sie die ordentliche Kündigungsfrist von (im ersten Dienstjahr) einem Monat deutlich, nämlich um 100%, verlängert; dies obwohl eine solche Kündigungsfrist deutlich unter den marktüblichen Kündigungsfristen liegen würde³. Wir gehen davon aus, dass eine solche Interpretation zu eng ist; gleichzeitig sehen wir uns ausser Stande, den betroffenen Gesellschaften klare Aussagen über die Ausgestaltung ihrer Arbeitsverträge zu geben.

Dies ist für die Schweiz im Standortwettbewerb nachteilig. In laufenden Projekten, die wir betreuen, hat sich bereits gezeigt, dass diese Rechtsunsicherheit *das Hindernis* ist, neue Unternehmen in der Schweiz anzusiedeln beziehungsweise hier zu halten – trotz ansonsten im Vergleich zu anderen Staaten besseren rechtlichen und steuerlichen Rahmenbedingungen.

In der öffentlichen Debatte wurden namentlich die Strafbestimmungen aufgrund ihrer Unbestimmtheit kritisiert oder kategorisch abgelehnt. Dabei ist grundsätzlich anzuerkennen, dass die Strafbestimmungen Bestandteil der Initiative sind; dagegen folgt aus Art. 95 Abs. 3 BV nicht, dass man sich bei dessen gesetzlicher Umsetzung auf eine relativ vage Umschreibung des strafbaren Verhaltens beschränkt. Aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz *nullum crimen sine lege certa* folgt vielmehr die Verpflichtung, Straftatbestände möglichst präzise zu fassen. Die jetzige Fassung von Art. 20 VE-VgdA, die aufgrund von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 VE-VgdA das strafbare Verhalten definiert, genügt diesem Grundsatz nicht.

Wir schlagen deshalb vor, Art. 20 VE-VgdA um eine "safe harbor"-Bestimmung – ähnlich wie es der Bundesrat jüngst im Rahmen der Börsenverordnung getan hat⁴ – zu ergänzen, um die zulässigen Vergütungsarten klar vom unzulässigen, strafbewehrten Verhalten abzugrenzen. Damit wird dem Grundsatz *nullum crimen sine lege certa* effektiv nachgelebt und ein erhebliches Mass an Rechtssicherheit erzielt.

² Vgl. Erläuterungsbericht, S. 25.

³ Vgl. insofern auch den Hinweis im Erläuterungsbericht, S. 25, betreffend Konkurrenzverbote, wonach diese grundsätzlich zulässig bleiben und dafür marktgerechte Karenzentschädigungen geleistet werden können.

⁴ Art. 55a – 55g BEHV.

Sollte eine solche Regelung in der Verordnung nicht mehrheitsfähig sein, regen wir an, in einem Ergänzungsbericht zu den offenen Fragen im Sinne der hier gemachten Vorschläge Stellung zu nehmen.

b) Der Konkretisierungsbedarf im Einzelnen

(1) Abgangsentschädigungen

Mangels einer Definition des Begriffs "Abgangsentschädigung" in der Verordnung und im Erläuterungsbericht (exemplarisch werden "pauschale Abfindungssummen ohne direkte Gegenleistung" aufgeführt) ergeben sich im Zusammenhang mit der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses zahlreiche Unsicherheiten.

Wir schlagen vor, die wichtigsten Unsicherheiten wie folgt zu adressieren:

(a) Verlängerung der Kündigungsfristen / Befristete Verträge

Das Verbot von Abgangsentschädigungen beabsichtigt nicht ein Verbot der Lohnfortzahlung während der Kündigungsfrist, sondern die Ausrichtung einer Zahlung **nach Ablauf der Kündigungsfrist**.⁵ Kündigungsfristen sind deshalb vom Verbot von Abgangsentschädigungen gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. b BV nicht erfasst, vorbehaltlich offensichtlicher Missbrauchsfälle. Solche liegen unseres Erachtens nicht vor, soweit eine Gesellschaft mit Geschäftsleitungsmitgliedern *marktübliche*⁶ Kündigungsfristen vereinbart.

Eine "versteckte" Abgangsentschädigung kann unter diesen Voraussetzungen – im Einklang mit den Ausführungen des Erläuterungsberichts zu nachvertraglichen Konkurrenzverboten – nur dann angenommen werden, wenn die Kündigungsfrist über das Marktübliche hinausgeht oder die Gesamtumstände klar zeigen, dass keine sachlichen Gründe für deren Vereinbarung bestehen und einzig eine Umgehung des Verbots der Abgangsentschädigung bezweckt war.

Sachliche Gründe liegen unter anderem vor, wenn:

1. die Praxis eines Unternehmens, die sich in Bezug auf die Dauer der Kündigungsfristen vor Inkrafttreten der VgDA entwickelt hat, fortgeführt wird (da Abgangsentschädigungen unter geltendem Recht grundsätzlich zulässig sind, gab es keinen Grund, Kündigungsfristen von sachlich nicht begründeter Dauer zu vereinbaren – die bisher üblichen Kündigungsfristen zeigen somit, dass sie sachlich begründet sind); oder

⁵ Vgl. anstelle aller das Votum von Ständerat MINDER, AB 2012 S 197 ("Wir sprechen hier nicht von einer Lohnfortzahlung bis ans Ende der Kündigungsfrist, sondern über einen Betrag nach Ablauf der Kündigungsfrist:").

⁶ Der Begriff der "Marktüblichkeit" ist im Aktienrecht etabliert. Er wurde bisher in Art. 663b^{bis} OR verwendet und wird jetzt erneut von Art. 14 Abs. 1 Ziff. 4 VE-VgDA aufgegriffen. Ausserdem verweist der Erläuterungsbericht für die Beurteilung von Karenzentschädigungen für nachvertragliche Konkurrenzverbote auf die Marktüblichkeit (S. 25).

2. die Vertragsdauer oder Kündigungsfrist mit Blick auf die Interessenlage der Parteien im Einzelfall festgesetzt wird (besonderes Bedürfnis nach Planungs- oder Stellensicherheit in einer Krisensituation, Nachfolgeplanung des Unternehmens, um ein kurzfristiges Vakuum vermeiden zu können, die Wettbewerbssituation im relevanten Markt, etc.).

Die hier vorgeschlagene Lösung würde sicherstellen, dass Gesellschaften im Rahmen der vorherrschenden Marktbedingungen bei der Rekrutierung gegen die anderen global tätigen Unternehmen bestehen und sich vor Abwerbeversuchen angemessen schützen können.

(b) Lohnfortzahlung während der Kündigungsfrist

Wie erwähnt, beabsichtigt das verfassungsrechtliche Verbot von Abgangsentschädigungen nicht ein Verbot einer ordnungsgemässen Abwicklung eines Arbeitsverhältnisses während oder in Abgeltung der vertraglichen Restdauer oder Kündigungsfrist, sondern die Ausrichtung einer Zahlung **nach Ablauf der Kündigungsfrist**.⁷ Im Grundsatz gilt somit, dass die Vergütung für die Restvertragsdauer beziehungsweise die Dauer der Kündigungsfrist, einschliesslich im Falle einer Freistellung, wie bisher ausbezahlt werden kann. Dies entspricht dem Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, der Abgangsentschädigungen von Leistungen im Zusammenhang mit der ordnungsgemässen Abwicklung bestehender Verpflichtungen (einschliesslich der im Entschädigungssystem vorgesehenen Bonuszahlungen) explizit abgrenzt.⁸ Diese Regelung hat auch nach Erlass der VgdA Geltung.

Die Gesellschaften richten heute im Einklang mit "*Best Practices*" einen signifikanten Anteil der Vergütung nicht als Fixum, sondern in variabler und/oder diskretionärer Form aus. Die Geschäftsführung soll damit auf den mittel- bis langfristigen Erfolg des Unternehmens und die langfristigen Interessen der Aktionäre ausgerichtet werden. Könnte die variable Vergütung aufgrund rechtlicher Unklarheiten nun während der Kündigungsfrist oder Restvertragsdauer nicht mehr ausbezahlt werden, sähen sich die Gesellschaften mit Forderungen nach einer Erhöhung des Fixlohn-Anteils konfrontiert. Dies widerspräche den Erkenntnissen der Finanzkrise und dem Geist der Abzocker-Initiative. Ausserdem verstiesse es gegen die Empfehlungen von "*Shareholder Advisory Groups*" wie Ethos, ISS oder Glass Lewis, mit dem Ergebnis, dass Gesellschaften wegen Verletzung von "*Best Practices*" anlässlich der Generalversammlung negativen Stimmempfehlungen seitens der genannten "*Shareholder Advisory Groups*" ausgesetzt wären.⁹ Auf den Punkt gebracht darf es nicht sein, dass die VgdA Gesellschaften von der Zahlung erfolgsabhängiger Vergütungen abhält.

Der vorgeschlagene Zusatz zum VE-VgdA, dass "im Rahmen der ordnungsgemässen Abwicklung eines Arbeitsverhältnisses geleistete Vergütungen während oder in Abgeltung einer sachlich begründeten oder marktüblichen Kündigungsfrist oder vertraglichen Restdauer" zulässig sind, klärt Fragen, die sich dogmatisch nicht eindeutig beantworten lassen, sondern aufgrund des straf- und verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots vom Verordnungsgeber geklärt werden müssen. Ausserdem verhin-

⁷ Vgl. anstelle aller das Votum von Ständerat MINDER, AB 2012 S 197 ("Wir sprechen hier nicht von einer Lohnfortzahlung bis ans Ende der Kündigungsfrist, sondern über einen Betrag nach Ablauf der Kündigungsfrist.").

⁸ Anhang 1 von 2007 zum Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Ziff. 6; vgl. auch DAENIKER|BIEDERMANN, Soll die Generalversammlung Managersaläre genehmigen?, GesKR 2008, S. 142 ff., S. 144.

⁹ Die Erhöhung der Fix-Löhne untersteht nach Art. 18 Abs. 1 oder 3 VE-VgdA der Genehmigung durch die ordentliche Generalversammlung.

dert er, dass die Fix-Löhne erhöht würden, indem er klar stellt, dass während der vertraglichen Restdauer oder Kündigungsfrist Vergütungen (in der Form von Boni oder "*Equity Awards*") ausbezahlt werden können. Zulässig bleiben somit:

- Vergütungen, die als Lohn qualifizieren; bei der Festsetzung der variablen Vergütungen ist auf objektive Parameter, ansonsten auf eine repräsentative Referenzperiode abzustellen; ist die Vergütung von zukünftigen objektiven Kriterien abhängig, darf auf vertretbare Annahmen abgestellt werden; und
- Gratifikationen, die sich im Rahmen der Kriterien bewegen, die den Gratifikationen in den Vorjahren zugrunde liegen, oder die, bei Fehlen solcher Kriterien, betragsmässig vergleichbar sind.

Der Zusatz "sachlich begründet oder marktüblich" stellt sicher, dass Missbräuche verhindert werden können – zusätzlich zur Tatsache, dass diese Vergütungen ohnehin der bindenden Genehmigung durch die Generalversammlung unterstehen.

(c) Beschleunigung der Ausübungs- beziehungsweise Sperrfristen (*accelerated vesting*) von Optionen, Aktien, "*performance units*" oder ähnlichen Rechten

Gewisse Bestandteile der Vergütung werden regelmässig als bedingte Vergütungsansprüche ausgestaltet, zeitlich aufgeschoben oder Sperrfristen unterworfen. Soweit nicht regulatorisch verlangt,¹⁰ entspricht es der "*Best Practice*", die auch den Empfehlungen der erwähnten "*Shareholder Advisory Groups*" zugrunde liegt. Einer der Hauptgründe ist, das Verhalten der Geschäftsleitung auf den mittel- und langfristigen Erfolg der Gesellschaft auszurichten.

Wiederum ist dogmatisch nicht restlos klar, wie solche "*accelerated vesting*"-Bestimmungen unter dem Gesichtspunkt der "Abgangsentschädigung" zu betrachten sind, da aufgrund des vorzeitigen "*vesting*" Arbeitnehmenden unter Umständen ein gewisser wirtschaftlicher Vorteil (Zeitwert) erwachsen kann (aber nicht notwendigerweise muss). Die Unsicherheit in der Behandlung von Vergütungsbestandteilen, die mit dem Ziel von Art. 95 Abs. 3 BV an sich kongruent sind, hätte deshalb im Ergebnis wiederum die unerwünschte Konsequenz, dass Vergütungsarten, die ökonomisch und sozial erwünscht sind und "*Best Practices*" entsprechen, zugunsten von anderen, namentlich solcher fixer Natur, verdrängt würden.

Ausserdem ist "*accelerated vesting*" von Aktien, Optionen oder ähnlichen Rechten, die Anspruch auf Aktien verschaffen, im Kontext von Übernahmen wichtig: Würde es als unzulässige "Provision für die Übernahme oder Übertragung von Unternehmen oder Teilen davon" qualifiziert, würde die Verfügung über Aktien und Ausübung von Optionen oder ähnlichen Rechten verunmöglicht, und die Aktien könnten im Rahmen des Übernahmeangebots nicht angedient werden. Dies ist aus übernahmerechtlicher Sicht ungünstig und würde vollständige Übernahmen verhindern.

¹⁰

Vgl. FINMA Rundschreiben 2010/1 "Vergütungssysteme" vom 21. Oktober 2009, insb. Rz 48 ff.

Wir regen deshalb an, "*accelerated vesting*"-Bestimmungen generell nicht als Abgangsentschädigung oder "Provisionen für die Übernahme oder Übertragung von Unternehmen oder Teilen davon" zu betrachten. Diese Ausnahme steht im Einklang mit dem Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, der zwischen Abgangsentschädigungen und zulässigen "*accelerated vesting provisions*" differenziert.¹¹

(d) Aufhebungsvereinbarungen

In der Praxis werden Arbeitsverhältnisse oft durch eine Aufhebungsvereinbarung statt eine Kündigung beendet. Falls bereits eine Kündigung ausgesprochen wurde, werden deren Folgen (Freistellung, Abgeltung des Verzichts auf die Kündigungsfrist, Anrechnung) häufig vertraglich mittels eines "*Settlement Agreement*" oder "*Termination Agreement*" geregelt. Diese Abreden sind aufgrund des strafrechtlich sanktionierten, aber wenig konturierten Verbots von Abgangsentschädigungen faktisch in Frage gestellt, da *jede* Leistung, die über die dem Geschäftsleitungsmitglied während der Vertragsdauer zustehenden Ansprüche hinausgeht, zu strafrechtlichen Sanktionen führen könnte. Sowohl Unternehmen als auch Geschäftsleitungsmitgliedern wird damit die Möglichkeit genommen, sich Klarheit über die Modalitäten der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verschaffen und das Ausmass der gegenseitigen Ansprüche einfach zu klären.

Wir regen daher an, dass klargestellt wird, dass Vergütungen beziehungsweise "Entschädigungen" im Rahmen der ordnungsgemässen Abwicklung bestehender Verpflichtungen eines Arbeitsverhältnisses, einschliesslich der Zahlung von Boni und Gratifikationen für die vertragliche Restdauer des Arbeitsverhältnisses beziehungsweise die Dauer der Kündigungsfrist, nicht als Abgangsentschädigungen qualifizieren, auch wenn sie im Rahmen einer "Aufhebungsvereinbarung" vor dem Hintergrund der anderweitig bestehenden gesetzlichen und vertraglichen Ansprüche festgesetzt werden. Letzterer Gesichtspunkt wird im vorgeschlagenen Art. 20 Abs. 2 Ziff. 1 mit dem Hinweis auf "in Abgeltung" zum Ausdruck gebracht. Bei Fehlen einer solchen Regelung wäre der Verwaltungsrat gezwungen, will er sich nicht strafbar machen, die Ansprüche des Arbeitnehmers gerichtlich feststellen zu lassen.

(e) Zwingende ausländische Rechtsvorschriften

Gewisse Arbeitsverträge mit Geschäftsleitungsmitgliedern unterstehen aufgrund der in der Regel limitierten Rechtswahlmöglichkeiten des IPR zwingend ausländischem Recht. Dies sieht teilweise zwingende Leistungen vor, z.B. die Leistung von Abgangsentschädigungen nach französischem oder holländischem Recht.¹² Während die nach schweizerischem Recht zwingende Abgangsentschädigung mit einer pauschalen Aussage als nicht mehr anwendbar erklärt werden kann, kann gegenüber dem ausländischen Recht so nicht vorgegangen werden. Der Verwaltungsrat und/oder die Geschäftsleitung würden ansonsten vor die Wahl gestellt, entweder ausländisches Recht zu brechen oder sich nach schweizerischem Recht dem Risiko der Strafbarkeit auszusetzen. Die vorgeschlagene "*safe harbor*"-Bestimmung, wonach "nach anwendbarem ausländischen Recht zwingend geschuldete Vergütungen" zulässig sind, verhindert dies.

¹¹ Anhang 1 von 2007 zum Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Ziff. 6.

¹² In Frankreich beträgt die zwingende Abgangsentschädigung je Dienstjahr 1/5 des Monatslohns (vom 2. bis zum 10. Dienstjahr) und 2/15 des Monatslohns (ab dem 11. Dienstjahr).

(2) Vergütungen im Voraus / Provisionen für die Übernahme oder Übertragung von Unternehmen oder Teilen davon

Wir begrüssen, dass der VE-VgdA den Willen des Verfassungsgebers umsetzt und von der Verfassung nicht gedeckte weitere Vergütungen wie insbesondere Antrittsprämien oder Entschädigungen für Nachteile nicht verbietet. Sollte sich der Verordnungsgeber unserem Anliegen anschliessen, dass dem Bedürfnis der Unternehmen nach einem erhöhten Mass an Rechtssicherheit mehr Gewicht beizumessen ist, regen wir an, dass statt einer Abgrenzung im Rahmen des Erläuterungsberichts im vorgeschlagenen Ausnahmekatalog von Abs. 2 des Artikels 20 VE-VgdA folgende Bestimmung aufgenommen wird:

"Antrittsprämien sowie Entschädigungen für Nachteile, die einer Person aufgrund ihres Stellenwechsels entstehen."

Aus gleichen Erwägungen regen wir an, die im Erläuterungsbericht statuierte Klarstellung, dass Leistungen von Mitgliedern des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats im Rahmen von Umstrukturierungen bei der Festlegung der variablen Vergütungen weiterhin berücksichtigt werden können, explizit im Ausnahmekatalog aufzunehmen:

"variable Vergütungen, die Leistungen im Rahmen von Übernahmen oder der Übertragung von Unternehmen oder Teilen davon berücksichtigen."

B. Genehmigung der Gesamtvergütung durch die Aktionäre (Art. 18 VE-VgdA)

1. Kurzüberblick

Vorgeschlagene Änderung / Ergänzung von Art. 18:

¹ [...]

² Verweigert die Generalversammlung die Genehmigung eines Gesamtbetrags, so kann der Verwaltungsrat an der gleichen Versammlung einen neuen Antrag stellen. Stellt er keinen neuen Antrag oder wird auch dieser abgelehnt, so hat der Verwaltungsrat innerhalb von drei Monaten eine neue Generalversammlung einzuberufen. Die Statuten können diese Frist auf sechs Monate verlängern.

³ [...]

⁴ Die Statuten können eine von Absatz 2 abweichende Regelung vorsehen. Die folgenden Voraussetzungen müssen erfüllt sein:

1. Der Verwaltungsrat beziehungsweise der Vergütungsausschuss kann die Vergütung festsetzen, jedoch höchstens im Umfang der letzten gemäss Absatz 1 oder Absatz 3 von der Generalversammlung genehmigten beziehungsweise, sofern tiefer, der von der Generalversammlung verweigerten beantragten Gesamtbeträge.

2. Der Verwaltungsrat beziehungsweise der Vergütungsausschuss berücksichtigt bei der

<u>Festsetzung der Vergütungen:</u> <u>a. die Gründe der Aktionäre für die Verweigerung der Genehmigung der beantragten Gesamtbeträge; und</u> <u>b. die Grundsätze und Parameter, die der Festsetzung der letzten von der Generalversammlung genehmigten Vergütung zugrunde lagen.</u>	
Vorgeschlagene Änderung von Art. 12 Abs. 2 Ziff. 6:	
6.	die abweichende Regelung zur Genehmigung der Vergütungen nach Artikel 18 Absatz 3 <u>und 4.</u>
Vorgeschlagene Änderung von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1:	
1.	Vergütungen bezieht oder ausrichtet, über die die Generalversammlung nicht abstimmen konnte oder deren Genehmigung sie verweigert hat (Art. 18 Abs. 1 bis 3), <u>mit Ausnahme der Vergütungen, deren Festsetzung sie im Rahmen der Statuten an den Verwaltungsrat beziehungsweise den Vergütungsausschuss übertragen hat (Art. 18 Abs. 4 und Art. 19);</u>

2. Die vorgeschlagene Regelung im Einzelnen

a) Abweichende statutarische Regelung betreffend die Konsequenzen der Verweigerung der Genehmigung der Gesamtvergütung

Wir begrüßen das Bestreben des Vorentwurfs, in der zentralen Frage der bindenden Genehmigung der Gesamtvergütung durch die Generalversammlung Praktikabilitätsabwägungen angemessen zu berücksichtigen. Insbesondere erscheint uns die Möglichkeit, statutarisch ein abweichendes, die spezifischen Anforderungen der Gesellschaft berücksichtigendes Genehmigungsregime festzulegen, sehr gelungen.

Die vorgeschlagene Regelung betreffend die Folgen einer Ablehnung des Genehmigungsantrags ist aus unserer Sicht jedoch wenig praktikabel:

- Die in dieser Eingabe vertretenen Schweizer Publikumsgesellschaften, die neben Schweizer Recht US-Börsenrecht unterstehen, dürfen in aller Regel ohne spezifische Vorankündigung in der Einladung zur Generalversammlung an der Generalversammlung selbst keine neuen Anträge stellen. Grund ist, dass ansonsten nicht persönlich anwesende, aber durch Vollmacht oder Stimmrechtsanweisung vertretene Aktionäre im Ergebnis ihre Stimmrechte nicht informiert ausüben könnten.
- Wenn auch nicht unzulässig *per se*, so verkennt ein gesetzliches Gebot an den Verwaltungsrat von Publikumsgesellschaften, anlässlich der Generalversammlung selbst einen neuen Antrag zu stellen, auch in einem rein schweizerischen Kontext (ohne die US-regulatorischen Anforderungen) die Realitäten heutiger Generalversammlungen. Sie schadet der Aktionärsdemokratie,

verstanden im Sinne eines *informierten* Aktionariats. Es ist nicht ungewöhnlich, dass bis zu 90% der Stimmrechte über einen oder mehrere Vertreter ausgeübt werden, während die Anteilseigner gerade nicht persönlich anwesend sind. Unter diesen Voraussetzungen ist eine sinnvolle Stimmrechtsinstruktion bei *ad hoc*-Anträgen kaum möglich. Viele Aktionäre weisen ihren Vertreter daher zur Stimmenthaltung an. Ist das Beschlussquorum, wie häufig der Fall, statutarisch unter Bezugnahme auf die "abgegebenen" (statt vertretenen) Stimmen festgesetzt, kann dies dazu führen, dass über den Ausgang des neuen, zweiten Antrags ausschliesslich die wenigen im Saal vertretenen, nicht-repräsentativen Aktionäre entscheiden. Kommt die dispositive gesetzliche Regelung zur Anwendung, die auf die "vertretenen" Stimmen abstellt, wirken sich Stimmenthaltungen als Nein-Stimmen aus, sodass eine Genehmigung praktisch ausgeschlossen ist.

- Die vorgeschlagene Lösung verschafft *Corporate Raiders* einen unangemessenen Einfluss, da sie durch Obsiegen mit dem pauschalen Antrag, die Vergütung nicht zu genehmigen, faktisch auch den gesamten Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung zum Rücktritt bewegen können.
- Ein zweiter Antrag des Verwaltungsrates kann falsche Anreize für die Aktionäre bieten, den Hauptantrag des Verwaltungsrats abzulehnen und für den zweiten tieferen Antrag zu stimmen.
- Die Regelung, wonach bei Nichtgenehmigung eine ausserordentliche Generalversammlung zwecks Genehmigung eines neuen Vorschlags betreffend die Vergütung einberufen werden muss, schafft erhebliche Rechtsunsicherheit. Wird die Abstimmung prospektiv durchgeführt (gegebenenfalls auch für die variable Vergütung), und wird die Genehmigung der Vergütung verweigert, kann die Gesellschaft während rund 4 Monaten *keine* Vergütung auszahlen, ohne sich dem Risiko der Strafbarkeit auszusetzen. Eine derart lange Phase der Unsicherheit ist weder im Interesse der Gesellschaft noch ihrer Aktionäre. Zudem erhöht sie das Risiko, dass Verwaltungsräte, die nur für ein Jahr gewählt sind, diese Mehrarbeit gar nicht erst auf sich nehmen möchten und zurücktreten.
- Schliesslich führt die Durchführung einer ausserordentlichen Generalversammlung zu signifikanten Zusatzkosten. Die direkten finanziellen Auswirkungen für die Aktionäre, nämlich Druck auf den Aktienkurs des betroffenen Unternehmens während einer vergleichsweise langen Phase der Unsicherheit, sind ebenfalls nicht zu vernachlässigen.

Aus diesen Gründen regen wir an, die Möglichkeit einer **statutarischen Regelung** nicht nur für den Abstimmungsmodus, sondern **auch für die Folgen einer Ablehnung** zuzulassen. Auch bei einer solchen Regelung bleibt die Abstimmung "**bindend**":

- Bindend heisst, dass die Ablehnung zwingend einen Einfluss auf die Vergütung haben muss. Es bedeutet jedoch nicht zwingend, dass bei einem "Nein" bis zu einem positiven Entscheid durch die Generalversammlung keine Vergütungen mehr ausgerichtet werden dürfen. Eine Regelung in den Statuten, die für den Fall einer Ablehnung zwingend vorsieht, dass dadurch die Vergütung beeinflusst wird, ist ebenfalls bindend.
- Mit einer statutarischen Regelung der Folgen eines Ablehnungsentscheids erhält der Verwaltungsrat und/oder der Vergütungsausschuss keinen Freipass zur Festsetzung einer von den

Aktionären unerwünschten Vergütung. Vielmehr ist er an die Grundsätze der Verordnung und der Statuten gebunden. Ausserdem hat der Verwaltungsrat beziehungsweise der Vergütungsausschuss aufgrund seiner allgemeinen Treuepflicht (Art. 717 OR) die Pflicht, eine unter Berücksichtigung des Aktionärswillens angemessene Vergütung festzusetzen.

- Es ist nichts Unübliches, dass die Statuten einer Aktiengesellschaft die Pflichtverletzung und damit auch einen Straftatbestand definieren (vgl. z.B. Art. 158 StGB – „unter Verletzung seiner Pflichten“, welche sich auch aus den Statuten oder sogar Reglementen ergeben). Der VE-VgdA sieht selbst mehrere solcher Regelungen vor (vgl. z.B. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 i.V.m. Art. 20 Ziff. 4 und 5 VE-VgdA).

Im Vergleich zum ursprünglichen Vorschlag der Unterzeichnenden¹³ ist die vorgeschlagene Lösung erheblich enger. Grundidee ist, im Falle einer Ablehnung an die letzte genehmigte Vergütung anzuknüpfen (wie auch von Ständerat MINDER vorgeschlagen),¹⁴ jedoch nur im Sinne einer maximalen Richtgrösse. Waren die verweigerten beantragten Gesamtvergütungsbeträge tiefer als die letzte genehmigte Vergütung, gelten diese als Höchstgrenzen. Der Vergütungsausschuss und/oder der Verwaltungsrat, je nach statutarischer Ausgestaltung, sind zudem zwingend beauftragt, bei der Festsetzung der Vergütungen:

1. die Gründe zu berücksichtigen, aufgrund deren die Aktionäre den Vorschlag des Verwaltungsrats abgelehnt haben; und
2. die Grundsätze und Parameter anzuwenden, die der letzten genehmigten Vergütung zugrunde lagen. Damit ist sichergestellt, dass beispielsweise eine Verschlechterung des Geschäftsganges oder der finanziellen Situation der Unternehmen berücksichtigt wird: Da der Festsetzung der Vergütung in aller Regel Vergütungsreglemente und/oder vom Verwaltungsrat oder Vergütungsausschuss festgelegte Zielwerte zugrunde liegen, führt deren Anwendung im Ergebnis zu einer Senkung der Vergütungen.

b) Frist zur Einladung einer ausserordentlichen Generalversammlung im Falle der Verweigerung der Genehmigung (Art. 18 Abs. 2 Satz 2 VE-VgdA)

In jedem Fall sollte den Gesellschaften die Möglichkeit eingeräumt werden, die Frist zur Einberufung einer ordentlichen Generalversammlung gemäss Art. 18 Abs. 2 Satz 2 VE-VgdA statutarisch von 3 auf maximal 6 Monate zu verlängern. Für die hier vertretenen Gesellschaften ist die Ausarbeitung einer SEC-konformen Einladung (sog. "*Proxy Statement*") innert einer Frist von 3 Monaten fast nicht möglich, insbesondere wenn sich die amerikanische Aufsichtsbehörde für eine "*Review*" und Kommentierung des "*Proxy Statement*" entscheiden sollte.

¹³ Art. 4 lit. c und Art. 13 des Vorschlages OSER|MÜLLER (GesKR Online-Beitrag 2 | 2013, S. 4 ff. und 10).
¹⁴ Sonntagszeitung vom 16. Juni 2013, S. 47 ("Dann gilt einfach der Status quo.").

C. Strafbestimmungen (Art. 24 und 25 VE-VgdA)

Wie erwähnt, bereiten die vorgeschlagenen Strafbestimmungen den Betroffenen die grössten Sorgen. In der Diskussion wurden von den Wirtschaftsvertretern und Teilen der Politik für den strafrechtlichen Teil zahlreiche Verbesserungsvorschläge unterbreitet, wie unter anderem die Ausgestaltung der Straftatbestände als Antragsdelikte mit einer Mindestschwelle, die differenziertere Ausgestaltung der Straftatbestände,¹⁵ mildere Strafandrohungen für die Ziff. 6 bis 9 von Art. 24 Abs. 1 VE-VgdA sowie vor allem **die Beschränkung der Strafbarkeit auf eindeutige Fälle durch Aufstellen des Erfordernisses "wider besseres Wissen"**. In der Sache unterstützen wir namentlich letztere Einschränkung; angesichts der zahlreichen Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen zulässigen und unzulässigen Vergütungen sollte sich das Präventionsziel und damit die Strafbarkeit nur auf eindeutig rechtswidrige Vorgänge beziehen.¹⁶

Anzuregen wäre deshalb eine Strafrechtsnorm, die etwa wie folgt formuliert werden könnte:

Vorgeschlagene Änderung von Art. 24 Abs. 1 Ziffer 2:

2. unzulässige Vergütungen nach Artikel 20 oder 21 bezieht oder ausrichtet, die nach Artikel 20 oder 21 offensichtlich unzulässig sind;

In erster Linie ist jedoch geboten, wie in dieser Stellungnahme angeregt, das strafbewehrte Verhalten präziser vom zulässigen Verhalten abzugrenzen. Entsprechend ist dies auch der Hauptpunkt dieser Stellungnahme – nicht nur aus rechtstheoretischen, sondern auch aus wirtschaftlichen Gründen:

- Ein unbestimmtes Strafbarkeitsrisiko wirkt abschreckend und hält viele Personen von der Annahme eines Mandates in einer Schweizer Gesellschaft ab – dies ist weder im Interesse der betroffenen Gesellschaften oder Aktionäre noch des Unternehmensstandorts Schweiz.
- Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung können mit Strafanzeigen unter Druck gesetzt werden. Je unklarer die Rechtslage, desto grösser diese Gefahr.

¹⁵ Vgl. auch JAAG/RÜSSLI, Neue Zürcher Zeitung vom 23. Juli 2013, S. 19 ("Gesetzmässigkeit und Verhältnismässigkeit beachten").

¹⁶ Vgl. KLAUS LÜDERSEN, Irrtum und Prävention, Festschrift Claus Roxin zum 70. Geburtstag (2001), S. 457 ff., S. 477.

III. Weitere Anliegen und Bemerkungen

A. Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses (Art. 7 Abs. 4 und 12 Abs. 1 Ziff. 3 VE-VgdA)

Vorgeschlagene Änderung von Art. 7 Abs. 4:

⁴ Die Statuten bestimmen die Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses. Für die nähere Umschreibung kann auf ein Reglement verwiesen werden.

Vorgeschlagene Änderung von Art. 12. Abs 1 Ziff. 3:

3. die grundsätzlichen Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses.

Es sollte klargestellt werden, dass die Statuten– wie im Aktienrecht üblich – nur die grundsätzlichen Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses regeln müssen, die Einzelheiten jedoch in einem Reglement verankert werden können. Die separat erlassenen "Compensation Committee Charter" enthalten oft – teils auch aufgrund von zwingenden Börsenregeln (z.B. in Bezug auf Unternehmen, die an der New York Stock Exchange kotiert sind) – ausführliche und differenzierte Regelungen. Sie sind auf die Management-Struktur abgestimmt, welche stetigen Änderungen unterworfen ist. Überdies können sich Anpassungen an die Entwicklungen der "best corporate governance" oder aufgrund geänderter Börsenregeln aufdrängen. Eine detaillierte Regelung auf Stufe der Statuten sprengt deren Rahmen und kann nicht genügend flexibel angepasst werden. Sollten die Aktionäre ausnahmsweise eine detaillierte statutarische Regelung wünschen, steht ihnen diese Möglichkeit weiter offen.

Anstelle einer expliziten Aufnahme der vorgeschlagenen Änderungen in die VgdA kann unseres Erachtens auch eine Klarstellung in den Erläuterungs- beziehungsweise Zusatzbericht aufgenommen werden.

B. Amtsdauer des unabhängigen Stimmrechtsvertreters (Art. 8 Abs. 3 VE-VgdA)

Vorgeschlagene Änderung von Art. 8 Abs. 3 und Abs. 4:

³ Die Amtsdauer endet ~~an~~ am Ende der nächsten ordentlichen Generalversammlung. Wiederwahl ist möglich.

⁴ Die Generalversammlung kann einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter jeweils mit Wirkung für die folgende Generalversammlung ~~jederzeit mit sofortiger Wirkung~~ abberufen.

Wir regen an, dass die Amtsdauer des unabhängigen Stimmrechtsvertreters *am Ende* der der Wahl folgenden ordentlichen Generalversammlung abläuft. Zudem soll eine Abberufung nur mit Wirkung für die folgende Generalversammlung möglich sein. Ansonsten müsste der Verwaltungsrat die Generalversammlung abbrechen, um die gültige Vertretung der instruierenden Aktionäre zu gewährleisten.

C. Zusatzbetrag für die Geschäftsleitung (Art. 19 VE-VgdA)

Vorgeschlagene Änderung von Art. 19 Abs. 1:

¹ Die Statuten können für die Vergütungen von Mitgliedern der Geschäftsleitung, die nach der Genehmigung der ~~fixen~~ Vergütung gestützt auf Artikel 18 Absatz 1 oder 3 ernannt werden, einen Zusatzbetrag vorsehen

Vorgeschlagene Änderung von Art. 12 Abs. 2 Ziff. 5:

5. den Zusatzbetrag ~~für die Vergütungen von Mitgliedern der Geschäftsleitung, die nach der Genehmigung der fixen Vergütung ernannt werden~~ nach Artikel 19 Absatz 1;

Der jetzige Wortlaut von Art. 19 Abs. 1 VE-VgdA könnte so interpretiert werden, dass sich der Zusatzbetrag nur auf die fixe Vergütung beziehen darf.¹⁷ Diese praxisorientierte Regelung wäre diesfalls denjenigen Gesellschaften verschlossen, die gestützt auf eine statutarisch abweichende Regelung die **fixe und variable Vergütung** prospektiv genehmigen lassen. Für neue Geschäftsleitungsmitglieder müsste neben der prospektiven Genehmigung zusätzlich eine retrospektive Genehmigung der variablen Vergütung von der ordentlichen Generalversammlung eingeholt werden. Überdies ist es für Gesellschaften in Anstellungsverhandlungen nachteilig, für die Dauer bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung eine Vergütung nicht verbindlich zusichern zu können.

D. Unzulässige Vergütungen im Konzern (Art. 21 VE-VgdA)

Vorgeschlagene Änderung von Art. 21 Abs. 1 Ziff. 1:

1. dem Gesetz oder dieser Verordnung nicht entsprechen ~~oder in den Statuten der Gesellschaft nicht vorgesehen sind~~; oder

Der Wortlaut von Art. 21 Abs. 1 Ziff. 1 VE-VgdA ("oder in den Statuten der Gesellschaft nicht vorgesehen") ist zu weitgehend. Es ist richtig, , dass die Vergütungen (i) weder Gesetz noch Verordnung verletzen dürfen und (ii) von der Generalversammlung genehmigt werden müssen. Nicht vorausgesetzt werden kann jedoch, dass *jegliche* Vergütung einer statutarischen Grundlage bedarf – dies schreiben weder die Verordnung noch Art. 95 Abs. 3 BV vor. Im Übrigen ist das Erfordernis überflüssig beziehungsweise sachfremd:

1. Die Ausrichtung von Vergütungen, die einer statutarischen Grundlage bedürfen, ohne solche Grundlage ist schon nach Art. 20 Ziff. 4 und 5 VE-VgdA unzulässig und entspricht somit nicht der Verordnung.

2. Es ist sachfremd, in den Statuten der Konzernmutter die Vergütungen durch Konzerntöchter zu regeln.

Daher regen wir an, den Zusatz "in den Statuten der Gesellschaft nicht vorgesehen" ersatzlos zu streichen.

E. Übergangsbestimmungen (Art. 26 bis 32 VE-VgdA)

1. Unzulässige Vergütungen

Die Art. 20 und 21 VE-VgdA erhalten keine explizite Übergangsbestimmung, woraus sich gewisse Unsicherheiten ergeben. Unseres Erachtens gilt – gestützt auf den Vorentwurf und den Erläuterungsbericht – was folgt:

- Die Strafbestimmungen finden nur Anwendung, soweit die entsprechenden Verbote oder Handlungspflichten in Kraft getreten sind.¹⁸
- Art. 20 Ziff. 4 und 5 VE-VgdA treten erst nach Ablauf der zweijährigen Übergangsfrist gemäss Art. 27 Abs. 1 VE-VgdA in Kraft. Folglich ist bis 31. Dezember 2015 die Ausrichtung derjenigen Vergütungen, Renten etc., die einer statutarischen Grundlage bedürfen, ohne statutarische Grundlage zulässig und straflos.¹⁹
- Unter bis zum 31. Dezember 2013 abgeschlossenen Arbeitsverträgen können bis zum 31. Dezember 2014 nach Art. 20 (und Art. 21 Ziff. 1) VE-VgdA unzulässige Vergütungen ausgerichtet werden. Als Arbeitsverträge gelten auch Vergütungspläne oder -reglemente, die am 31. Dezember 2013 in Kraft waren.

Diese Grundsätze ergeben sich aus allgemeinen Prinzipien des Übergangsrechts sowie dem Verordnungsentwurf. Angesichts ihrer grundsätzlichen Bedeutung wäre es unseres Erachtens wünschenswert, wenn sie explizit im Erläuterungsbericht oder einem Zusatzbericht festgehalten würden.

2. Genehmigung der Vergütung

Aufgrund der Weitergeltung der bestehenden Arbeitsverträge und Vergütungsreglemente bis zum 31. Dezember 2014 kann eine Abstimmung auch über die variable Vergütung frühestens für das Geschäftsjahr 2015 erfolgen. Wir regen daher an, Art. 31 Abs. 2 VE-VgdA entsprechend zu ändern.

¹⁸ Vgl. Erläuterungsbericht, S. 45; Übersicht des BJ über das Inkrafttreten.

¹⁹ Vgl. Erläuterungsbericht, S. 45.

Vorgeschlagene Änderung von Art. 31 Abs. 2:

² Die Vorschriften zur Genehmigung der Gesamtbeträge der variablen Vergütung der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates gelten erstmals für das Geschäftsjahr, auf das sich der Jahresbericht bezieht, der an der zweiten ordentlichen Generalversammlung, die mit oder nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung beginnt stattfindet, zu genehmigen ist.

Für Gesellschaften, die eine Statutenanpassung im Sinne von Art. 18 Abs. 3 VE-VgdA beschliessen und über die fixe *und* variable Vergütung prospektiv abstimmen lassen, sollte es möglich sein, an der ordentlichen Generalversammlung 2015 über die Vergütungen gemäss dem *statutarischen* Modus abstimmen zu können, ohne *zusätzlich* noch die variable Vergütung rückwirkend für das Geschäftsjahr 2014 genehmigen lassen zu müssen. Eine "doppelte" Abstimmung an der gleichen Generalversammlung ist im VE-VgdA nicht vorgesehen. Zudem ist es im Einklang mit der arbeitsrechtlichen Übergangsfrist (vgl. vorstehend).

Vorgeschlagene Ergänzung von Art. 31 (neuer Absatz 3):

³ Gesellschaften, welche die Gesamtbeträge der Vergütung der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates gestützt auf Artikel 18 Absatz 3 genehmigen lassen, müssen unbeachtlich der Absätze 1 und 2 erstmals an der zweiten ordentlichen Generalversammlung, die nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung stattfindet, die Gesamtbeträge gemäss der statutarischen Regelung genehmigen lassen.

3. Wahl des Verwaltungsrates

Die vorzeitige Beendigung der Amtsdauer der Mitglieder des Verwaltungsrates durch die VgdA ist sachlich nicht gerechtfertigt. Mittels Wahl des Verwaltungsratspräsidenten und der Mitglieder des Vergütungsausschusses sowie der Genehmigung der Vergütung wird den Aktionären bereits ab der ordentlichen Generalversammlung 2014 beziehungsweise 2015 erheblicher Einfluss eingeräumt. Wir beantragen daher, Art. 28 Abs. 1 VE-VgdA entsprechend zu ergänzen:

Vorgeschlagene Änderung von Art. 28 Abs. 1:

¹ Die Artikel 3, 4 und 7 gelten ab der ersten ordentlichen Generalversammlung, die nach Inkrafttreten dieser Verordnung stattfindet. Mitglieder des Verwaltungsrats, deren Amtsdauer bei Inkrafttreten dieser Verordnung noch nicht abgelaufen ist, bleiben bis zu deren Ablauf im Amt.

4. Vergütungsbericht

Der Vergütungsbericht kann erstmals für das Geschäftsjahr, das mit oder nach Inkrafttreten der Verordnung beginnt, erstellt werden.²⁰ Ansonsten liegt eine unzulässige Rückwirkung vor. Ausserdem kann die Revisionsstelle erst ab diesem Zeitpunkt die Vereinbarkeit mit der Verordnung prüfen. Wir schlagen daher folgende zusätzliche Übergangsbestimmung vor:

Zusätzliche Übergangsbestimmung:

Die Artikel 13 bis 17 gelten erstmals in Bezug auf das Geschäftsjahr, das mit oder nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung beginnt.

Für die wohlwollende Prüfung unserer Anliegen möchten wir Ihnen, sehr geehrte Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren, danken.

Bei Fragen oder Unklarheiten stehen wir Ihnen und den zuständigen Fachstellen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen



David Oser



Andreas Müller

Beilage:

— Übersicht über die vorgeschlagenen Änderungen

²⁰

Anders aber die Übersicht des BJ über das Inkrafttreten.

Bundesamt für Justiz
Eidgenössisches Amt für das Handelsregister
Bundesrain 20
3003 Bern

24. Juli 2013

Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Die Innovation Zweite Säule (IZS) dankt für Ihre Einladung zur Anhörung und nimmt zum eingangs erwähnten Revisionsvorhaben bzw. zur unterbreiteten Vorlage innert Frist wie folgt Stellung:

Vorbemerkung

Der neue Verfassungsartikel beschränkt sich zur Wahrnehmung der Aktionärsrechte auf Vergütungsfragen. Alle Akteure der beruflichen Vorsorge, die das Vorsorgevermögen bewirtschaften und dafür gegenüber den Leistungsberechtigten aus diesem Vermögen fiduziarisch verantwortlich sind, haben sich für die best practice der Corporate Governance in den investierten Unternehmen einzusetzen. Wir ersuchen Sie deshalb, diesen Grundsatz bei der Ausarbeitung der vorliegenden Verordnung zu beachten.

Zu Artikel 22

Die Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs auf die dem Freizügigkeitsgesetz unterstellten Vorsorgeeinrichtungen erachten wir gerade mit Blick auf den Verfassungstext – wo von „Pensionskassen“ die Rede ist – als angemessen. Mit diesem Begriff meinten die Initianten eben weder Wohlfahrtsfonds noch andere Annex-Einrichtungen der beruflichen Vorsorge. Es bleibt im Übrigen den nicht dem Freizügigkeitsgesetz unterstellten Einrichtungen unbenommen, ihre Stimmrechte als Aktionäre wahrzunehmen und den Versicherten darüber zu berichten, was die übrigens durchaus auch fordern dürfen, zumal es sich hier um eine fiduziarische Aufgabe im Interesse der Destinatäre handelt.

Dass bei Fonds und ETF die Stimmrechte heute in der Regel nicht wahrgenommen werden können, dürfte einleuchten. Indes wären gerade hier in einer erweiterten wissenschaftlichen Sichtweise zu kollektiven Anlagen Grenzen (i.S. exaktere Abgrenzungen) aufzuzeigen. Vielleicht könnten damit sogar auch die Initianten, welche eine „absolute Stimpfpflicht“ fordern, geeignet befriedigt werden.

Dieses Beispiel ruft einmal mehr nach vermehrtem Beizug der Wissenschaft, nicht nur zu Einzelfragen wie dieser und weiteren im Folgenden erwähnten, sondern auch im Rahmen einer schon mehrfach gewünschten Erweiterung der eingeladenen Vernehmlassungsteilnehmer. Die Wissenschaft ist geradezu da, in einem neuen, zumindest noch nicht gesicherten Feld der Rechtsentwicklung die notwendigen Grundlagen für eine vertretbare und allgemein akzeptable Weiterentwicklung des Rechtssystems zu erarbeiten.

Dass die Stimmpflicht in einem **Reglement** (Absatz 4) ihren Niederschlag finden muss, befürworten wir ausdrücklich, nicht nur vor dem Hintergrund, dass eine Stimmpflicht allgemein im Interesse der Versicherten nicht generell-abstrakt umschrieben werden kann, sondern auch, weil die unterschiedlichen Einrichtungsgrössen und auch –**zwecke** nach individualisierter kassenspezifischer Betrachtung rufen.

Überlegungen, wie in Einzelfällen das Stimmrecht ausgeübt werden soll, hat das Reglement zu bestimmen. Die Kassengrösse dürfte in diesem Zusammenhang auch über die Vertretbarkeit pragmatischer Ansätze bestimmen. Wissenschaftlich fundierte Kriterien bzw. Abgrenzungen könnten auch hier hilfreich sein.

Zu Artikel 23

Die Offenlegungspflicht im Nachhinein nach Artikel 23 ist in den grösseren Zusammenhang des Artikels 86b BVG zu stellen.

Allerdings fehlt auch aus dem erweiterten Zusammenhang betrachtet, was auf Anfrage behandelt werden **muss**: nämlich die Minimalvorgabe der Information in Einzelfällen.

Zu Artikel 25

Wir begrüssen in diesem Zusammenhang ausdrücklich die Harmonisierung mit Artikel 76 BVG. Nur die Bestrafung vorsätzlicher Begehung scheint uns insbesondere in der Einführungsphase geboten, im Sinne der Verhältnismässigkeit vor dem Hintergrund eines geringfügigen Unrechtsgehalts in vorsorgebezüglichen Fragen.

Wir danken, sehr geehrte Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren, für die Berücksichtigung unserer Einwände, Hinweise und Vorschläge.

Freundliche Grüsse



Präsident



Vizepräsident

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister		
+	23. JULI 2013	+
No.		

Finanzdirektion, Postfach 1547, 6301 Zug

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister
Bundesrain 20
3003 Bern

peter.hegglin@zg.ch
Zug, 18. Juli 2013 ruga
FD FDS 4.2 / 23 / 59170

Stellungnahme des Kantons Zug im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens im Zusammenhang mit dem Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA)

Sehr geehrte

Der Kanton Zug ist Hauptaktionär der Zuger Kantonalbank, einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft nach Art. 763 OR. Gerne benützen wir daher die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Vorentwurf zur VgdA.

Die Zuger Kantonalbank wurde durch Gesetz vom 28. Oktober 1891 als Aktiengesellschaft gegründet. Das Gesetz über die Zuger Kantonalbank umfasst materiell auch die Statuten der Zuger Kantonalbank. Der Kanton Zug ist gemäss § 7 des Gesetzes über die Zuger Kantonalbank vom 20. Dezember 1973 (nachfolgend «Kantonalbankgesetz») mindestens zur Hälfte an deren Aktienkapital beteiligt. Der Kanton Zug haftet subsidiär für die Verbindlichkeiten der Bank (§ 4 Abs. 1 Kantonalbankengesetz). Die Zuger Kantonalbank wird unter Mitwirkung öffentlicher Behörden verwaltet. So wählt der Regierungsrat die Mehrheit der Mitglieder des Bankrates und der Revisionsstelle (§§ 23 und 30 Kantonalbankgesetz), und es bedürfen Beschlüsse der Generalversammlung über Kapitalerhöhungen der Zustimmung des Kantonsrats (§ 8 Abs. 1 und § 42 Kantonalbankgesetz). Änderungen des Kantonalbankgesetzes durch den kantonalen Gesetzgeber bedürfen der Zustimmung von mindestens zwei Dritteln der an der Generalversammlung vertretenen stimmberechtigten Aktien (§ 42 Abs. 1 Kantonalbankgesetz). Bei der Zuger Kantonalbank handelt es sich mithin um eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft nach Art. 763 OR. Die Aktien der Zuger Kantonalbank sind an der SIX Swiss Exchange kotiert.

Aufgrund der Bestimmungen von Art. 1 VgdA gehen wir davon aus, dass die VgdA für spezialgesetzliche Aktiengesellschaften nach Art. 763 OR nicht gilt. Art. 763 OR hält bekanntlich fest, dass die Bestimmungen über die Aktiengesellschaft auf Gesellschaften und Anstalten, wie u.a. Banken, die durch die besondere kantonale Gesetze gegründet worden sind, unter Mitwirkung öffentlicher Behörden verwaltet werden und für deren Verbindlichkeiten der Kanton die subsidiäre Haftung übernimmt, auch dann nicht zur Anwendung kommen, wenn das Kapital ganz oder

teilweise in Aktien zerlegt ist und unter Beteiligung von Privatpersonen aufgebracht wird. Der Ausschluss der Anwendung der VgDA auf spezialgesetzliche Aktiengesellschaften nach Art. 763 OR geht allerdings aus dem Vorentwurf nicht klar hervor. Wir ersuchen Sie daher, dies in der definitiven Fassung der Verordnung präzisierend festzuhalten.

Materiell handelt es sich bei den spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften nicht um Aktiengesellschaften im Sinne des OR, sondern um öffentlich-rechtliche Institutionen. Bei Art. 763 OR handelt es sich also um einen Vorbehalt des Bundeszivilrechts zugunsten des öffentlichen Rechts der Kantone. Die Institutionen gemäss Art. 763 OR sind auf Bundesebene bspw. mit der Schweizerischen Nationalbank (SNB) zu vergleichen. Wir gehen davon aus, dass die Bestimmungen der VgDA auch auf die SNB keine Anwendung finden, obwohl die Aktien der SNB an der SIX kotiert sind. Es ist daher folgerichtig, wenn die Bestimmungen der VgDA für Gesellschaften und Anstalten gemäss Art. 763 OR auch nicht gelten.

Gesellschaften nach Art. 763 OR unterscheiden sich grundsätzlich von privatrechtlichen Aktiengesellschaften gemäss Art. 620 ff. OR. Insbesondere werden erstere nicht entsprechend den Vorgaben des Aktienrechtes sondern aufgrund eines besonderen kantonalen Gesetzes gegründet und unter Mitwirkung öffentlicher Behörden verwaltet. Zudem übernimmt der betreffende Kanton die subsidiäre Haftung für die Verbindlichkeiten dieser Anstalt. Die Volksinitiative «gegen die Abzockerei», deren Umsetzung die VgDA dient, bezweckt den Schutz der Volkswirtschaft, des Privateigentums und der Aktionärinnen und Aktionäre und will daher bis anhin dem Verwaltungsrat zustehende Kompetenzen an die Aktionäre und damit an die Generalversammlung übertragen. Durch die Annahme der Volksinitiative ist der Initiativtext in Art. 95 BV, der um den Absatz 3 erweitert worden ist, eingeflossen.

Die Bestimmungen von Art. 95 Abs. 3 BV lassen sich aber nicht ohne Weiteres auf spezialgesetzliche Aktiengesellschaften nach Art. 763 OR übertragen. Bei derartigen Gesellschaften verfügt die Generalversammlung in der Regel nicht über die Kompetenzen, wie sie der Generalversammlung einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft zukommen. Vielmehr stehen einzelne dieser Kompetenzen kantonalen Behörden zu, wie bspw. die Ernennung eines Teils der Leitungs- und Kontrollorgane, oder es bedürfen Entscheide, die von der Generalversammlung getroffen werden, der Zustimmung der zuständigen kantonalen Behörden.

Hinzu kommt, dass kantonale Gesetze, die bei Gesellschaften nach Art. 763 OR materiell die Statuten umfassen, vom kantonalen Gesetzgeber und nicht von der Generalversammlung der betreffenden öffentlich-rechtlichen Anstalt erlassen werden. GGf. bedürfen solche Gesetze bzw. deren Änderung der Zustimmung der Generalversammlung. Sofern aufgrund der Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 BV auch bei spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften eine Verschiebung von Kompetenzen vom Verwaltungsrat zur Generalversammlung hin erfolgen würde, würde das das Kräfteverhältnis zwischen den gem. kantonalem Gesetz zuständigen Behörden – denen die Mitwirkung bei der Verwaltung der Gesellschaft obliegt – und den Privataktionären, die ihre Rechte an der Generalversammlung ausüben können, stören.

Sollten die Bestimmungen der VgDA wider Erwarten auch für spezialgesetzliche Aktiengesellschaften nach Art. 763 OR gelten, so ist zu bedenken, dass kantonale Gesetze nicht wie Statuten von privatrechtlichen Aktiengesellschaften geändert werden können. Eine Gesetzesänderung braucht sehr viel mehr Zeit als eine Statutenänderung. Häufig bedürfen solche Gesetzesänderungen zudem noch der Zustimmung der Generalversammlung der betreffenden spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft. Sofern also die Bestimmungen der VgDA auch auf Gesellschaften nach Art. 763 OR anwendbar sein sollten, müsste solchen Gesellschaften mehr Zeit eingeräumt werden, um die kantonalen Gesetze in Übereinstimmung mit Art. 95 Abs. 3 BV zu bringen.

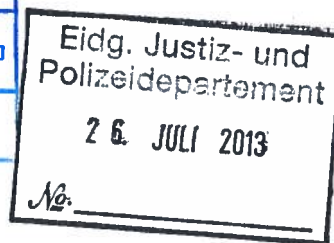
Freundliche Grüsse
Finanzdirektion



Peter Hegglin
Regierungsrat

Kopie an:

- ehra@bj.admin.ch
- Zuger Kantonalbank

**Einschreiben**

Bundesamt für Justiz
z.H. Frau Bundesrätin
Simonetta Sommaruga
Eidg. Amt für das Handelsregister
Bundesrain 20
3003 Bern

Bern/Zürich 25. Juli 2013
BBR/mkr/X2418878.doc

Vernehmlassung zum Vorentwurf der Verordnung gegen die Abzockerei ("VgdA")

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne senden wir Ihnen hiermit unsere Vernehmlassung zum Entwurf der VgdA, wobei wir uns bewusst auf zwei drängende Fragenkomplexe im Bereich der Entschädigungen konzentrieren, wissend, dass andere Punkte insbesondere durch die Wirtschaftsverbände aufgenommen und thematisiert werden.

1. Vergütungselemente, die erst später ausbezahlt werden resp. ins Eigentum übergehen, sofern gewisse Bedingungen erfüllt sind

Viele Unternehmen arbeiten zur Förderung der Nachhaltigkeit und Mitarbeiterbindung mit Vergütungselementen, die zwar bereits zugesprochen, aber erst über eine längere Zeit, z.B. 3 Jahre, ausbezahlt werden resp. ins Eigentum des Arbeitnehmers übergehen (meist bezeichnet als "vesting"). Diese Vergütungsarten sind von zentraler Bedeutung, auch im internationalen Kontext.

Beispiel: KL-Mitglied Müller, erhält anfangs 2015 im Rahmen eines sog. Longterm Incentive Programs (LTIP) 90 Aktien zugesprochen - er kann über diese gestaffelt erst verfügen, wenn die Jahresziele 2015, 2016 und 2017 jeweils erreicht wurden und sein Arbeitsvertrag in diesem Zeitpunkt ungekündigt ist (also jeweils im März 2016, 2017 und 2018, je 30 Aktien).

Dr. Daniel Alder
Eva Bachofner
Dr. Thomas Bähler, LL.M.
Dr. Marco Balmelli
Notar (BS)
Thierry Barbey
Dr. Christoph Bauer
Dr. Florian Baumann, H.E.E.
Dr. Ivo P. Baumgartner*
dipl. Steuerexperte
Dr. Bernhard Berger, LL.M.
Dr. Balthasar Bessenich
Notar (BS)
Dr. Lukas Bopp, LL.M.
Marc Born
Dr. Beat Brechbühl, LL.M.
Simone Burckhardt
Anita Buri
Dr. Leonardo Cereghetti
Dr. Bernhard Christen
Philipp A. d'Hondt
Silvia Eggenschwiler Suppan
Dr. Thomas Eichenberger
Marlen Eisenring
Dr. Daniel Emch, LL.M.
Kathrin Enderli
Jean-Rodolphe Flechter, LL.M.
Philippe Frésard, MLE
Notar (BE)
Christoph Frey, LL.M.
Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht
Dr. Fabrizio Gabrielli
Dr. Sébastien Gobat
Dr. Anna-Antonina Gottret, LL.M.*
Prof. Dr. Pascal Grolimund, LL.M.
Dr. Andreas Güngerich, LL.M.
Lorenz Hadorn
Martina Häring*
Notarin (BS und BU)
Dr. Bernd Hauck**
Ernst Hauser, LL.M.
Claudio Helmle
Thomas Hentz
Dr. Markus Hess
Melanie Huber
Dr. Christoph Jäger
Olivier Jann*
Notar (BE)
Estelle Keller Leuthardt
Prof. Dr. Franz Kellerhals
Nathalie Lang
Dr. Daniel Lengauer, LL.M.
Michèle Ludwig
Dr. Karim Maizar
Dr. Mario M. Marti, MJur
Urs Marti
Martin Molina, LL.M.
Dr. Ellen Moltzahn, LL.M.
Dr. Nicolas Mosimann, LL.M.
Iic. oec. Astrid Mounier-Schacher, LL.M.
Jael Müller
Dr. Dominik Oberholzer, LL.M.
Ines Pöschel
Patrik Richard
Mediator SDM SAV
Dr. Peter Rickli
Dr. Samuel Rickli
Lea Ruckstuhl
Bina Rutz
Peter Schatz, LL.M.
Christophe Scheidegger
Andrea Schmutz
Notarin (BS und BU)
Werner Schubiger
Dr. Annette Spycher, LL.M.
Prof. Dr. Daniel Staehelin
Notar (BS)
Felix Stoll*
Notar (BU)
Dr. Claude Thomann, LL.M.
Fachanwalt SAV Arbeitsrecht
Thomas Thoni*
Notar (BU)
Evelyn Toh-Stadelmann
Notarin (BE)
Dr. Christian Witschi
dipl. Steuerexperte
Sabine Wyss

Konsulenten:
Dr. Christopher C. King**
Attorney at Law (NY, USA), Solicitor (England)
Peter Köfmeier*
Management Consultant
Prof. Dr. Dr. h.c. Adrian Staehelin

Gemäss schweizerischem Arbeitsvertragsrecht entsprechen solche Vergütungen je nach Ausgestaltung oft echten oder unechten Gratifikationen. Sie bezwecken neben der Abgeltung geleisteten Dienste auch die Motivation der Arbeitnehmer für die Zukunft.

a) Definition "variable Vergütung"

Wir begrüssen die enge Definition: Variabel im Sinne des E-VgdA sind echte Gratifikationen im Sinne von Art. 322d OR. Das heisst, dass Entschädigungen, die bloss aufgrund fehlenden Bedingungseintritts (Zeitablauf, Erreichen von bestimmten Zielen, ungekündigter Arbeitsvertrag am Tag X) noch nicht ausbezahlt oder im Falle von Aktien ins Eigentum des Bezügers übergegangen sind, grundsätzlich nicht als variabel im Sinne des E-VgdA gelten.

Im Fall von Müller handelt es sich – wenn keine Ermessensvoraussetzung vorgesehen ist – vermutlich nicht um eine echte Gratifikation; dennoch wird dieser Vergütungsteil meist unter der Bezeichnung "variable Vergütungen" ausgewiesen – dies vor dem Hintergrund, dass diese Vergütung jedenfalls auf der Empfängerseite als variabel verstanden wird.

Um nun zu verhindern, dass die blossige Zuordnung einer solchen Vergütung zu den variablen Vergütungen dazu führt, dass diese als echte Gratifikation qualifiziert wird, ist u.E. der nachfolgende Satz auf S. 20 des Erläuternden Berichtes umzuformulieren:

Bisher: "Liegt ein Arbeitsverhältnis vor, sind die variablen Vergütungen als echte Gratifikationen im Sinne von Art. 322d OR zu qualifizieren, auf die kein Rechtsanspruch besteht."

Neu: "Liegt ein Arbeitsverhältnis vor, sind echte Gratifikationen im Sinne von Art. 322d OR, auf die kein Rechtsanspruch, als variable Vergütung im Sinne der VgdA zu qualifizieren."

Weder die konkrete Ausgestaltung der vertraglichen, respektive planmässigen Bedingungen noch die umfangreiche Rechtsprechung und Lehre dazu sind von der VgdA in Frage zu stellen; eine entsprechende Grundlage würde denn auch im Verfassungstext fehlen. Es sollte jedem betroffenen Unternehmen freistehen, weitere Vergütungselemente als variabel zu bezeichnen und entweder den Vorschriften betreffend fixe Vergütungen oder den Vorschriften betreffend variable Vergütungen zu unterstellen. Keine dieser Bezeichnung ist somit präjudizierend für die Frage, ob es sich um einen festen Lohnbestandteil oder einen diskretionären Bonus handelt.

b) Grundsatz ab Inkrafttreten der VgdA: Keine Vergütung im Voraus (Art. 20. Abs. 1 Ziff. 1) und keine jährliche GV-Vorlage (Art. 18 Abs. 3 Ziff. 1)

Soweit und sofern Müller's 90 Aktien im Jahr 2014 von der Generalversammlung im Hinblick auf die Aktienzuweisung in 2015 genehmigt wurde (im Rahmen des Gesamtpaketes für die Konzernleitung und gestützt auf einen Beteiligungsplan, dessen Grundzüge in den Statuten verankert sind), handelt es sich erstens um eine zulässige Vergütungsart (insbesondere nicht um eine Ausrichtung einer Vergütung im Voraus) und zweitens sind die jeweils in den Jahren

2016, 2017 und 2018 in sein Eigentum übergehenden Aktien der Generalversammlung nicht jährlich nochmals neu vorzulegen.

Sollte dies unter der VgDA nicht selbstverständlich so sein, wäre eine entsprechende Klarstellung vorzunehmen.

c) Bereits zugesprochene Vergütungselemente: Keine unechte Rückwirkung und keine doppelte GV-Vorlage

Für bereits vor Inkrafttreten der VgDA zugesprochene Vergütungen, ob fix oder "variabel", muss dies umso mehr gelten - auch zur Vermeidung einer unechten Rückwirkung. Und erst recht dann, wenn solche Vergütungen oder Vergütungselemente bereits ausgewiesen wurden (z. B. gestützt auf Art. 663b^{bis} OR im Anhang zur Jahresrechnung im Geschäftsbericht 2012) und/oder Gegenstand einer Generalversammlungsabstimmung waren (z.B. durch Abnahme des Geschäftsberichts 2012 oder im Rahmen einer konsultativen Abstimmung über den Vergütungsbericht oder die Vergütung 2012). Solche Vergütungen oder Vergütungselemente werden mit Inkrafttreten der VgDA per 1. Januar 2014 weder ungültig resp. strafrechtlich relevant noch sind sie einer neuerlichen Generalversammlungsabstimmung vorzulegen.

Im Falle von Müller würde dies bedeuten, dass ihm zu Beginn des Jahres 2012 zugesprochene Aktien, die über die Jahre 2012-2014 in sein Eigentum übergehen, sofern die entsprechenden Bedingungen erfüllt sind, ganz sicher dann nicht ungültig werden, wenn die GV 2013 diese Zuteilung im Rahmen des Vergütungsberichts 2012 resp. der Vergütung 2012 konsultativ oder via Abstimmung über den Geschäftsbericht gutgeheissen hat.

Um hier Klarheit zu schaffen, könnte sich folgende Ergänzung im erläuternden Bericht resp. in der VgDA anbieten:

„Die Verordnung ist nicht anwendbar auf Vergütungen an den VR oder an die GL, welche vor Inkrafttreten der Verordnung beschlossen und ausgerichtet und den Aktionären gegenüber gestützt auf Art. 663b^{bis} OR im Anhang offengelegt wurden. Das Rechtsmissbrauchsverbot bleibt vorbehalten.“

d) GV-Beschluss: Bestimmbarkeit von variablen Vergütungselementen muss genügen

Was unter Art. 19 Abs. 1 VgDA gemäss Bericht S. 22 gilt, nämlich dass der Zusatzbetrag nicht in einem absoluten Betrag bestehen muss, sondern auch bestimmbar sein kann, sollte u.E. unbedingt auch in Bezug auf Art. 18 Abs. 1 VgDA gelten.

Nehmen wir an, Müller und seine 4 Kollegen sollen in 2016 insgesamt maximal 450 Aktien erhalten, weshalb der Verwaltungsrat der GV in 2015 beantragt, neben einem Betrag in bar auch bis zu 450 Aktien zuteilen zu dürfen.

In diesem Fall führte das Ausrechnen eines konkreten Betrages letztlich zu einem sehr theoretischen, falschen und beschränkt aussagekräftigen Betrag (welcher Börsenkurs soll verwendet werden?, 31.12. des Vorjahres, 5. Tag vor Publikation der GV-Einladung?), denn ganz sicher wird dieser Betrag am 31.12. des laufenden Jahres nicht den 450 Aktien entsprechen. Zudem lässt sich wohl kaum ein Discount für die Eintretenswahrscheinlichkeit anwenden, so dass die gesamthaft zu genehmigenden Beträge wegen des Maximalbetrages und des fehlenden Discounts zu erheblich grösseren Beträgen führen dürften.

Es muss deshalb auch im Sinne einer besseren Transparenz und Vorhersehbarkeit möglich sein, bei prospektiven Vergütungsabstimmungen nicht nur konkrete Beträge in Franken und Rappen zu beantragen, sondern auch eine Formel, welche die Zuteilung bestimmbar macht, was im erläuternden Bericht Eingang finden sollte.

e) Grundzüge von Beteiligungsplänen respektive Aktienzuteilungen in den Statuten (Art. 12)

Nehmen wir an, Müller's Bonus ist davon abhängig, dass das Unternehmen ein bestimmtes Ziel in einem bestimmten Jahr erreicht. Nehmen wir weiter an, dass die Bekanntgabe dieses Ziels dem Markt nicht bekannt ist und dazu geeignet ist, einen erheblichen Einfluss auf den Aktienkurs zu haben. Nach bisherigen Vorschriften würde das definierte Ziel deshalb unter das Geschäftsgeheimnis fallen und müsste auch unter den gegenwärtigen Vorschriften der Richtlinie Corporate Governance (RLCG) nicht offen gelegt werden.

Wenn nun die Grundzüge von Beteiligungsplänen resp. Aktienzuteilungen in den Statuten ihre Grundlage finden müssen, so muss selbstverständlich sein, dass diese Kenngrösse in den Statuten bestenfalls abstrakt umschrieben werden kann: Erstens muss es möglich sein, diese Ziele ohne Statutenänderung von Jahr zu Jahr neu festzulegen; zweitens wäre es unzumutbar, wenn diese hochsensible Information auf diese Art und Weise dem Markt bekannt gegeben werden müsste.

Auch die kurze Klarstellung dieses Punktes würde der Rechtssicherheit dienen.

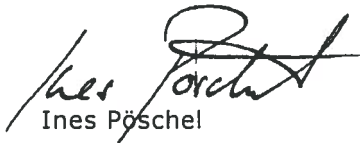
2. Ausländische Arbeitsverträge (Art. 20)

Gerade in international organisierten Unternehmen kommt es häufig vor, dass z.B. Müller als Leiter der Region Frankreich Mitglied der Konzernleitung ist. Als hauptsächlich in Frankreich tätiger Mitarbeiter untersteht er französischem Arbeitsrecht, das - wie übrigens auch die Arbeitsgesetze von Spanien, Italien, Holland etc. - zwingende Regelungen zur Abgangsentschädigung vorsieht. Es versteht sich u.E. von selbst, dass diese zwingenden Regelungen eingehalten werden müssen und dass das schweizerische Verbot von Abgangsentschädigungen daran nichts zu ändern vermag. Ebenso versteht sich von selbst, dass dieses zwingende ausländische Recht nur dann vorgeht, wenn das Konzernleitungsmitglied ihm wirklich untersteht, da er wie im Beispiel tatsächlich in Frankreich tätig ist. Es würde jedoch der Rechtssicherheit dienen, wenn dies innerhalb der Verordnung klargestellt werden könnte, z.B. mit einem Vorbehalt in Art. 20 Abs. 1:

"...sind unzulässig, soweit nicht zwingendes ausländisches Recht vorgeht:"

Für Ihre Kenntnisnahme und wohlwollende Prüfung danken wir Ihnen bestens. Für die Diskussion stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen


Ines Pöschel


Dr. Beat Brechbühl



Konferenz der Geschäftsführer
von Anlagestiftungen
Conférence des Administrateurs
de Fondations de Placement

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister		
+	2 5. JULI 2013	+
No.		

Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für das Handelsregister
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 25. Juli 2013

Anhörung der Konferenz der Geschäftsführer von Anlagestiftungen (KGAST) zum Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nehmen wir zum Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei Stellung. Unsere Stellungnahme beschränkt sich auf jenen Teil des Vorentwurfs, welcher unsere Mitglieder unmittelbar betrifft, das heisst, die **Art. 22 und 23**, die die Stimm- und Offenlegungspflicht von Vorsorgeeinrichtungen regeln.

Wir begrüssen es, dass die Stimm- und Offenlegungspflicht sich auf Vorsorgeeinrichtungen, die dem Freizügigkeitsgesetz vom 17. Dezember 1993 (FZG) unterstellt sind, beschränkt und somit Anlagestiftungen von diesen Pflichten ausgenommen sind.

Des weiteren begrüssen wir es, dass die Stimm- und Offenlegungspflicht für Vorsorgeeinrichtungen sich auf die von diesen gehaltenen Aktien beschränkt. Damit besteht keine Stimm- und Offenlegungspflicht bei indirekte Anlagen, wie Anlagefonds und Anlagestiftungen.

Für Ihr Interesse an unserer Stellungnahme danken wir Ihnen.

Mit freundlichen Grüssen

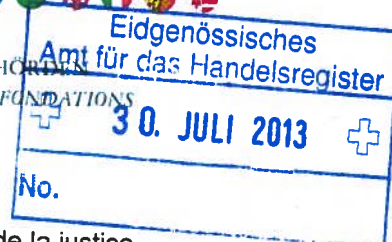
Konferenz der Geschäftsführer von Anlagestiftungen (KGAST)

Martin Gubler
Präsident

Kurt Brändle
Geschäftsführer



KONFERENZ DER KANTONALEN BVG- UND STIFTUNGSAUFSICHTSBEHÖRDE
CONFÉRENCE DES AUTORITÉS CANTONALES DE SURVEILLANCE LPP ET DES FONDATIONS



Office fédéral de la justice
Office fédéral du registre
du commerce
Bundesrain 20
3003 Berne

Lausanne, le 25 juillet 2013

Audition sur l'ordonnance contre les rémunérations abusives

Madame, Monsieur,

En tant qu'acteur du domaine de la prévoyance professionnelle, nous vous transmettons nos remarques sur le projet de l'ordonnance contre les rémunérations abusives en nous concentrant uniquement sur les aspects liés au 2^{ème} pilier.

Remarque préliminaire

Nous sommes de l'opinion que l'article 95, al. 3, let a, Cst est une disposition constitutionnelle qui ne devrait pas imposer un vote sur chaque objet à l'ordre du jour de l'assemblée générale. A notre avis, l'ordonnance va plus loin que le nouvel article constitutionnel. Le rapport explicatif du 14 juin 2013, chiffre 3.10.2 élargit le texte de l'initiative qui se concentre sur la somme globale des rémunérations du conseil d'administration, de la direction et du comité consultatif.

Article 22

Le projet présenté obligera les institutions de prévoyance de participer aux assemblées générales d'une manière systématique comme le demandait l'initiative « Minder ». En revanche, la mise en œuvre des alinéas 2 à 4 nous apparaît comme trop contraignante pour les caisses de pensions tels que rédigés. Il nous semble notamment trop complexe de devoir rédiger un règlement pour déterminer comment l'intérêt des assurés est déterminé, la situation pouvant évoluer de cas en cas. Il sera difficile de déterminer l'intérêt des assurés dans les fondations collectives ou communes. Une limitation aux institutions enregistrées selon l'article 48 LPP ou selon leur taille limiterait les coûts sans dénaturer l'initiative car ce sont les caisses de pensions enregistrées qui possèdent le plus grand volume d'actions.

Article 23

Concernant l'article 23, les institutions de prévoyance doivent pouvoir informer les assurés par le rapport d'activité ou l'annexe aux comptes annuels au lieu d'un rapport synthétique qui peut engendrer des coûts disproportionnés.



KONFERENZ DER KANTONALEN BVG- UND STIFTUNGSAUFSICHTSBEHÖRDEN
CONFÉRENCE DES AUTORITÉS CANTONALES DE SURVEILLANCE LPP ET DES FONDATIONS

Article 25

L'article 25, spécifique aux institutions de prévoyance, fixe les dispositions pénales. A notre sens et à juste titre, les autorités de surveillance LPP ne jouent pas un rôle particulier de dénonciateur.

Article 27

Selon l'alinéa 2, les institutions de prévoyance doivent, dans l'année qui suit l'entrée en vigueur de l'ordonnance, adapter leur réglementation et leur organisation. À cet égard, nous supposons que la première vérification aura lieu en 2016 sur les activités de l'institution de prévoyance en 2015. Nous recommandons de prévoir un délai de deux ans pour les adaptations réglementaires ou organisationnelles. C'est un délai de deux ans qui a été fixé à l'alinéa 1 pour les sociétés. Il est normal d'appliquer le même délai pour les institutions de prévoyance.

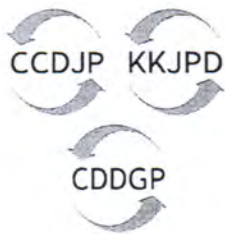
Concernant la version allemande du projet, l'utilisation du nom « Abzockerei » ne nous paraît pas conforme aux usages législatifs usuels et l'utilisation de termes comme « unsittliche Bereicherung » ou « missbräuchliche Entschädigungen » plus appropriés. A notre avis, il faut éviter l'usage de termes exotiques et rester proche de la version française.

Nous vous remercions de nous avoir consultés et vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, nos meilleures salutations.

**Conférence des autorités cantonales de
surveillance LPP et des fondations**

Le Président :

Dominique Favre



KONFERENZ DER KANTONALEN JUSTIZ- UND POLIZEIDIREKTORINNEN UND -DIREKTOREN
CONFERENCE DES DIRECTRICES ET DIRECTEURS DES DEPARTEMENTS CANTONAUX DE JUSTICE ET POLICE
CONFERENZA DELLE DIRETTRICI E DEI DIRETTORI DEI DIPARTIMENTI CANTONALI DI GIUSTIZIA E POLIZIA

Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für das Handelsregister
Bundesrain 20
3003 Bern

Bern, 18. Juli 2013

Verordnung gegen die Abzockerei:

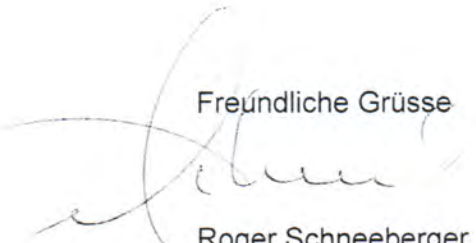
Sehr geehrte Damen und Herren

Die Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) wurde eingeladen, zur oben erwähnten Vernehmlassung Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen dafür bestens.

Der Vorstand unserer Konferenz hat an seiner Sitzung vom 28. Juni 2013 beschlossen, auf eine Stellungnahme im Namen der KKJPD zu verzichten, und es den einzelnen Kantonen zu überlassen sich zur Vorlage zu äussern.

Besten Dank für die Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse


Roger Schneeberger
Generalsekretär

Der Präsident:
Dr. Andreas Brunner
Leitender Oberstaatsanwalt
Florhofgasse 2
Postfach
8090 Zürich
Tel. 044 265 77 29
Fax 044 252 40 95
andreas.brunner@jj.zh.ch

Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für Handelsregister
Bundesrain 20
3003 Bern

Vorab per Mail: ehra@bj.admin.ch

Zürich, 17. Juli 2013

**Stellungnahme zum VE zur Verordnung gegen die Abzockerei
Vernehmlassungsauftrag des EJPD vom 14. Juni 2013**

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 14. Juni 2013 wurde die Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz (KSBS) eingeladen, sich zum Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei vernehmen zu lassen.

Dem Vernehmlassungsverfahren liegt eine Besonderheit zugrunde, auf die wir vorab hinweisen. Die Annahme der Volksinitiative „gegen die Abzockerei“ führte am 3. März 2013 zu einer sofortigen Ergänzung von Art. 97 BV mit einer Ziffer 10. Diese sieht Folgendes 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.

Der Bundesrat erlässt daher die nachfolgend diskutierte, auf den 1. Januar 2014 in Kraft tretende Verordnung, die erst - aber immerhin - dann aufgehoben wird, wenn dereinst die formellen Gesetze (OR, BVG und StGB) vom Parlament angepasst sein werden¹.

¹ Erläuternder Bericht, S. 5 f.

Die bundesrätliche Verordnung enthält für die Übergangsphase (bis zum Erlass der formellen Gesetzesnormen durch das Parlament) materielles Strafrecht. Weil dieses materielle Strafrecht auf den 1. Januar 2014 in Kraft tritt, und weil die einschlägigen Normen auch auf die spätere Gesetzgebung einen gewissen Einfluss haben dürften, scheint es angezeigt, bereits heute (und nicht erst beim Erlass der formellen Gesetzesnormen durch das Parlament) an der Vernehmlassung teilzunehmen.

Geprüft werden die beiden Strafrechtsnormen (Art. 24 und 25 VE VgdA). Von den beiden Artikeln ausgehend, die durch Verweise starke Bezüge in den ganzen Erlass herstellen, werden die Auswirkungen dieser Verweise geprüft. Auf eine integrale Prüfung des gesamten Erlasses wird verzichtet.

Im Einzelnen will die KSBS Folgendes ausführen:

1. Die Verfassungsnorm sieht in Art. 95 Abs. 3 lit. d BV vor, dass Widerhandlungen gegen Art. 95 Abs. 3 lit. a – c BV mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen bestraft werden müssen. Die Verletzung mässig bedeutsamer obligatorischer Pflichten wird hier mit einer der schweizerischen Rechtsordnung ansonsten nicht innewohnenden Härte strafrechtsbewehrt. Sicher ist es das Recht des Souveräns, seinem Zorn über gewisse Entschädigungspraktiken mit ernstzunehmenden Strafnormen Ausdruck zu verleihen. Die fraglichen Normverletzungen hätten jedoch auch bloss mit zivilrechtlicher Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit sanktioniert werden können. Auch Übertretungstatbestände wären angemessen gewesen. Gewählt wurden stattdessen Vergehenstatbestände. Je härter die strafrechtliche Sanktion angelegt ist, desto genauer ist im Gegenzug auf die gesetzgeberische Qualität der Strafnormen zu achten.
2. Zu Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 VE VgdA²: Die Norm sieht vor, dass die Mitglieder von Verwaltungsrat („VR“), Geschäftsleitung („GL“) und Beirat („BR“) mit Freiheitsstrafe bis drei Jahre bestraft werden, wenn sie „Vergütungen“ beziehen oder ausrichten, über welche die Generalversammlung nicht abstimmen konnte oder deren Genehmigung sie verweigert hat. Dabei wird pauschal auf Art. 18 VE VgdA verwiesen. Dieser Artikel regelt, worüber und wie die Generalversammlung abstimmt.

Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 VE VgdA bedient sich mit den Termini „Geschäftsleitung“ und „Beirat“ zweier Begriffe, deren Inhalt wesentlich durch die Statuten der Gesellschaft mitbestimmt wird. Sie sind daher recht unbestimmt. Für den Terminus „Vergütung“ fehlt es im besprochenen Erlass an einer Legaldefinition. Es findet sich in Art. 14 Abs. 2 VE VgdA zwar eine Aufzählung, und in Art. 20 VE VgdA eine Liste mit Ausschlüssen. Aber auch der Terminus „Vergütung“ bleibt recht unbestimmt für eine Strafnorm.

² VE VgdA ist die offizielle Abkürzung für den Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei.

Der Verweis von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 VE VgDA auf Art. 18 VE VgDA ist unter dem Eindruck dieser recht unbestimmten Rechtsbegriffe, dem Einfluss der Statuten und der hohen Strafandrohung zu sehen. Während Art. 18 Abs. 1 und 2 noch eine konkrete Vorstellung zulassen, wer genau für welches Verhalten bestraft wird, heisst es in Art. 18 Abs. 3 VE VgDA: „Die Statuten können eine von Absatz 1 abweichende Regelung vorsehen. Die folgenden Voraussetzungen müssen erfüllt sein:“ Durch diesen gesetzgeberischen Verweis aus der Strafnorm heraus (Art. 24 VE VgDA), in eine Norm, die Verfahrensabläufe definiert (Art. 18 VE VgDA), und von dort in völlig unbestimmtes statutarisches Recht (Art. 18 Abs. 3 VE VgDA) werden unbestimmte, durch irgendwelche Statuten irgendwie definierte Vorgänge zu Vergehenstatbeständen gemacht, was dem Legalitätsprinzip nicht mehr genügen kann. Mindestens mit Blick auf Art. 18 Abs. 3 VE VgDA muss eine andere Lösung gefunden werden.

3. *Zu Art. 24 Abs. 2 VE VgDA:* Die durch Art. 95 Abs. 3 lit. d BV vorgegebene Sanktion von „Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen“ wirft eine ganze Anzahl Fragen auf, weil die Sanktion „Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen“ augenscheinlich nicht aus der aktuellen Sanktionenordnung stammt. Der erläuternde Bericht zum VE der VgDA greift die kniffligen Fragen elegant auf und sucht einen minimalinvasiven Weg, die Vorgabe aus der BV mit der aktuellen Sanktionenordnung so weit wie möglich zu harmonisieren³.

Allerdings bildet der gestützt auf diese Erwägungen präsentierte Verordnungstext (Art. 24 Abs. 2 VE VgDA) die Ergebnisse der Erwägungen gar nicht vollständig ab, und er ist auch zu wenig klar für eine Strafnorm. So geht aus dem Verordnungstext entgegen dem erläuternden Bericht⁴ nicht hervor, dass die Beschränkung der Höhe der Geldstrafe auf sechs Jahresvergütungen bei Geldstrafen unter CHF 1'080'000.00⁵ nicht gelten soll. Dieser Vorschlag des erläuternden Berichts ist deshalb richtig, weil im Bereich unter CHF 1'080'000.00 bei einer Beschränkung der Geldstrafe auf sechs Jahresvergütungen unter Umständen ein nicht sachgerechtes Beschränkungskriterium entstünde, das bei allen anderen Festsetzungen von Geldstrafen im gemeinen Strafrecht nicht besteht⁶. Unklar ist die Norm, weil der Terminus „Jahresvergütung“ nicht ganz selbsterklärend ist. Als materielle Strafnorm muss Art. 24 Abs. 2 VE VgDA klar und deutlich abgefasst sein. Daher wird hier vorgeschlagen, nicht „sechs Jahresvergütungen“ zu statuieren, sondern „sechs Jahresvergütungen von der betroffenen Gesellschaft“ zu wählen:

³ EB VE VgDA, S. 39 ff.

⁴ EB VE VgDA, S. 43 unten, S. 44 oben

⁵ Der Betrag von CHF 1'080'000.00 ergibt sich aus der im gemeinen Strafrecht definierten maximalen Geldstrafe von 360 Tagessätzen zum maximalen Tagessatz von CHF 3'000.00.

⁶ Vgl. dazu das erhellende Rechnungsbeispiel in EB VE VgDA, S. 43 unten, S. 44 oben

Art. 24 Abs. 2 VE VgdA sollte daher wie folgt ergänzt werden:

Mit der Freiheitsstrafe ist eine Geldstrafe (Art. 34 Strafgesetzbuch) zu verbinden. Das Gericht ist dabei nicht an die maximale Höhe des Tagessatzes nach Artikel 34 Absatz 2 Satz 1 des Strafgesetzbuches gebunden; die Geldstrafe darf jedoch sechs Jahresvergütungen von der betroffenen Gesellschaft dann nicht übersteigen, wenn sie grösser als CHF 1'080'000.00 ausfällt.

4. Zu Art. 25 VE VgdA: Die durch Art. 95 Abs. 3 lit. d BV vorgegebene Sanktion von „Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen“ gilt gemäss dem Wortlaut der Verfassungsbestimmung ausnahmslos und für alles Fehlverhalten gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. a – c BV. Es wird mit anderen Worten ein Vergehenstatbestand statuiert, dem eine obligatorische Verbindung von Freiheitsstrafe und Geldstrafe sui generis eigen ist. Im Rahmen dieses Vergehenstatbestandes liegt es in der Hand des Richters, die Strafe entsprechend dem Verschulden des Täters höher oder tiefer festzusetzen.

Davon abweichend schlägt der Verordnungsgeber für die Strafbarkeit der Organe der Vorsorgeeinrichtungen mit Art. 25 VE VgdA eine Höchststrafe von 180 Tagessätzen vor. Dies erfolgt mit der Begründung, dass (a) keine „Jahresvergütungen“ an die Organe der Vorsorgeeinrichtungen entrichtet würden, eine entsprechende Sanktion also ohnehin entfallen müsse. Und (b) wird argumentiert, der Unrechtsgehalt der Handlungen und Unterlassungen der Organe der Vorsorgeeinrichtungen sei markant tiefer als der Unrechtsgehalt der Handlungen der Organe der betroffenen Gesellschaft. Das Verhältnismässigkeitsprinzip gebiete daher, für die Organe der Vorsorgeeinrichtungen eine tiefere Maximalstrafe festzusetzen⁷. Mit dem klaren und eindeutigen Verfassungstext verträgt sich die durch den Verordnungsgeber herabgesetzte Maximalstrafe von Art. 25 VE VgdA nicht. Die Zulässigkeit der Herabsetzung der Maximalstrafe ist daher zu verneinen. Zudem ist es dem Richter im Regime des Verfassungstextes unbenommen, die konkrete Strafe weit unter der Maximalstrafe anzusiedeln, mithin dem Verschulden angemessen Rechnung zu tragen. Gestützt darauf lässt sich die Herabsetzung der Maximalstrafe daher auch nicht rechtfertigen. Im Resultat ist die Herabsetzung der Maximalstrafe in Art. 25 VE VgdA indessen gleichwohl sachgerecht und sehr zu begrüßen, auch wenn das unter Hinweis auf die Verhältnismässigkeit nur unzulänglich begründet werden kann. Wenn aber argumentiert wird, die Verhältnismässigkeit gebiete in Art. 25 VE VgdA eine Herabsetzung der Maximalstrafe, so ist die Maximalstrafe auch mit Blick auf folgende Tatbestände herabzusetzen:

- Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 VE VgdA (Ausübung nicht zulässiger Tätigkeiten),
- Art. 24 Abs. 1 Ziff. 8 VE VgdA (Verhinderung elektronischer Vollmachterteilung)
- Art. 24 Abs. 1 Ziff. 9 (Statutenbestimmungen über zulässige Tätigkeiten, Dauer der Arbeitsverträge und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses).

⁷ EB VE VgdA, S. 33 f.

Denn es ist eine eindeutig ungerechtfertigte Härte, für die Verletzung von ihrem Wesen nach obligatorischen Pflichten minderer Bedeutung, einen Vergehenstatbestand mit einer Strafdrohung von drei Jahren zu statuieren.

5. Der VE VgdA wurde sodann nach Umgehungsmöglichkeiten untersucht. Die entsprechenden Vorkehren sind gut und lassen keine leicht erkennbaren Schlupflöcher erkennen. Zu nennen sind diesbezüglich Art. 16 VE VgdA, der die Offenlegung von Vergütungen, Darlehen und Krediten an nahestehende Personen erfasst, oder Art. 21 VE VgdA, der unzulässige Vergütungen im Konzern regelt.
6. Der Verordnung unterstellt sind im Inland und Ausland kotierte Aktiengesellschaften nach Schweizer Recht. Diesen Schweizer Gesellschaften und allen untergeordneten Konzerngesellschaften wird ein Vergütungsregime vorgegeben, an das sie sich zu halten haben. Eine abweichende Regelung für Mitglieder des VR, der GL oder des BR, die im Ausland wohnen, ist nicht vorgesehen. Die Verordnung entwickelt diesbezüglich eine extraterritoriale Wirkung. Das gilt auch für das Strafrecht, was sachgerecht erscheint.

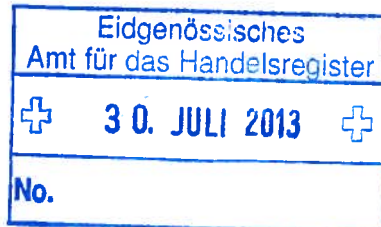
Abschliessend bedanke ich mich für die Gelegenheit zur Vernehmlassung zu dieser Revision.

Freundliche Grüsse

Der Präsident der KSBS

Dr. Andreas Brunner





Lenz & Staehelin
Attorneys at Law
Route de Chêne 30
CH-1211 Geneva 17
Telephone +41 58 450 70 00
Fax +41 58 450 70 01

CH-8027 Zurich
Bleicherweg 58
Telephone +41 58 450 80 00
Fax +41 58 450 80 01

CH-1005 Lausanne
Avenue du Tribunal-Fédéral 34
Telephone +41 58 450 70 00
Fax +41 58 450 70 01

www.lenzstaehelin.com

Par courrier électronique (ehra@bj.admin.ch) et ordinaire

Office fédéral de la justice

Office fédéral du registre du commerce

Bundesrain 20

CH-3003 Berne

Genève, le 28 juillet 2013

5682.021 / M1.3748136_1 / ZANGR

Ordonnance contre les rémunérations abusives

Mesdames et Messieurs,

Nous nous référons à la communication du Département fédéral de justice et police du 14 juin 2013 initiant la consultation concernant l'avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives (l'"**avant-projet**" ou l'"**AP**").

Dans ce contexte, notre Etude a l'honneur de vous faire part des commentaires suivants:

1. Distinction entre rémunération fixe et variable

L'avant-projet distingue les rémunérations fixes et variables. Sauf disposition contraire des statuts, les rémunérations fixes sont soumises à un vote prospectif des actionnaires, alors que les rémunérations variables doivent faire l'objet d'un vote rétrospectif (art. 18 al. 1 AP).

Partners Geneva: Dominique F. RoCHAT • Andreas von Planta • Benoît Chappuis • Shelby du Pasquier • Guy Vermeil
Paolo Michele Patocchi • Mark Barnes* • François Rayroux • Jean-Blaise Eckert • Daniel Tunik • Olivier Stahler
Andreas Rötheli • Xavier Favre-Bulle • Benoît Merkt • David Ledermann • Jacques Iffland • Daniel Schafer • Miguel Oural • Fedor
Poskriakov • Frédéric Neukomm • Cécile Berger Meyer

Zürich: Rudolf Tschäni • Patrick Hünerwadel • Stefan Breitenstein • Matthias Oertle • Martin Burkhardt
Heini Rüdisühli • Marcel Meinhardt • Patrick Schleiffer • Thierry Calame • Beat Kühni • Lukas Morscher
Alex Wittmann • Tanja Luginbühl • Jürg Simon • Matthias Wolf • Hans-Jakob Diem • Pascal Hninny • Harold Frey • Marcel Tranchet • Tino
Gaberthüel • Astrid Waser • Stephan Erni

Lausanne: Lucien Masmejan

Admitted to the Bar

*Solicitor (England & Wales)

L'avant-projet ne définit pas ces deux formes de rémunération. Compte tenu des conséquences potentiellement pénales que la qualification erronée d'une rémunération comme "fixe" ou "variable" est susceptible d'avoir (art. 18 al. 1 ch. 1 et 7 AP), cette situation n'est pas satisfaisante. Il est essentiel que les différentes formes de rémunération puissent être distinguées avec certitude. Or le rapport explicatif de l'Office fédéral de la justice (le "**Rapport Explicatif**") contient des indications contradictoires à ce sujet. Le Rapport Explicatif indique sous chiffre 3.8.1 (page 19 de la version française) que les indemnités variables sont celles qui "*comportent des éléments qui dépendent de la performance individuelle et des résultats de l'entreprise*". Toutefois, il indique aussi que la notion d'indemnité variable est identique à celle de "*gratification*" de l'art. 322d CO, et ne fonde donc pas de droit des employés concernés.

Les notions de rémunération liée à la performance et de gratification ne sont cependant pas identiques. Toute rémunération dépendant de la performance individuelle et des résultats de l'entreprise n'est pas une "gratification". Par exemple, l'octroi d'actions, d'options ou de droits similaires est une forme de rémunération dont l'ampleur dépend des résultats de l'entreprise. Il n'existe cependant aucun motif de soumettre l'octroi de tels titres à un vote rétrospectif plutôt que prospectif des actionnaires si les éléments déterminants pour l'octroi peuvent être déterminés d'avance de façon objective. Un vote rétrospectif ne se justifie que si les éléments déterminants pour l'octroi ne peuvent pas être déterminés d'avance de façon objective, c'est-à-dire si cet octroi fait appel à des éléments d'appréciation.

Compte tenu de l'importance fondamentale que revêt la distinction entre rémunération fixe et variable dans l'ordonnance ainsi que des conséquences d'une mauvaise qualification à cet égard, il est essentiel que ces notions soient définies dans l'ordonnance. Le critère de distinction ne devrait pas être l'existence d'un droit à l'octroi ou d'une simple expectative comme le suggère le Rapport Explicatif, mais le caractère objectivement déterminable du montant de la rémunération au moment du vote des actionnaires.

Nous proposons par conséquent l'adjonction d'un alinéa après l'art. 18 al. 1 AP, dont la teneur serait la suivante:

"^{ulbis} Une rémunération est dite fixe pour les besoins de cette ordonnance si son montant peut être déterminé sur la base de critères objectifs au moment de l'approbation prévue à l'alinéa 1. Elle est dite variable dans le cas contraire."

2. Aménagements statutaires concernant l'approbation des rémunérations

Nous saluons la faculté offerte par l'art. 18 al. 3 AP, et évoquée dans le Rapport Explicatif (chiffre 3.8.3, page 21 de la version française), d'introduire dans les statuts un régime d'approbation simultané des rémunérations fixes et variables, sur la base d'un "budget". Nous nous attendons à ce que de nombreux émetteurs optent pour un tel régime, qui permet d'éviter des distinctions délicates entre rémunérations fixes et variables.

Compte tenu de l'importance de la question, il nous semblerait cependant opportun que le régime du "budget" soit mentionné explicitement dans l'ordonnance, et pas seulement dans le Rapport Explicatif. L'art. 18 al. 3 AP pourrait à cet égard être clarifié comme il suit:

"1. Les statuts peuvent prévoir des dispositions dérogeant à l'al. 1. Les conditions suivantes doivent être remplies:

[...]

2. l'assemblée générale vote séparément sur les montants globaux accordés au conseil d'administration, à la direction et au conseil consultatif, le cas échéant sur la base d'un budget pour la période allant jusqu'à l'assemblée générale ordinaire suivante;

3. Traitement des actions, options et autres instruments adossés au capital octroyés aux employés en cas de mise à terme du rapport de travail

L'art. 12 al. 2 ch. 3 AP permet aux sociétés anonymes dont les actions sont cotées en bourse de prévoir dans leurs statuts des dispositions concernant l'octroi de titres de participation, de droits de conversion et droits d'option aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif. En outre, l'art. 20 ch. 1 AP prohibe le paiement de toute "indemnité de départ" à ces organes. La violation de cette prohibition est une infraction pénale (art. 24 al. 1 ch. 2 AP). Le Rapport Explicatif indique que l'interdiction des indemnités de départ doit être interprétée "*de la manière la plus large possible*" (ch. 3.9.2, page 23 de la version française).

Pour fidéliser les organes et favoriser une vision à long terme, les droits de participation, de conversion et d'option octroyés à titre de rémunération ne sont souvent pas immédiatement disponibles pour les organes ou employés concernés. Ces derniers ne peuvent généralement en disposer qu'après l'échéance d'une période dite de "*vesting*", qui peut être de plusieurs années. Pour fidéliser les employés, les plans d'intéressement prévoient généralement que les employés perdent le bénéfice des titres non encore "*vested*" s'ils quittent l'entreprise sans juste motif. A l'inverse, si un employé quitte l'entreprise du fait de son départ à la retraite, de son décès ou le cas échéant pour d'autres raisons sans que son employeur fasse valoir de juste motif, il obtient généralement la libre disposition des titres non encore "*vested*" de façon anticipée. Dans un tels cas, le départ de l'entreprise a donc pour effet d'accélérer le "*vesting*". L'employé peut alors disposer immédiatement des titres qui lui ont été octroyés, alors que tel n'aurait pas été le cas s'il n'avait pas quitté l'entreprise.

L'accélération du "*vesting*" des titres octroyés dans certains cas de mise à terme du rapport de travail est une mesure économiquement justifiée et nécessaire. Toute autre solution aurait des conséquences excessivement rigoureuses pour les employés concernés et leur famille, qui seraient privés sans motif de titres qui ont été valablement promis.

Il est donc important qu'il soit clarifié que l'accélération du "*vesting*" en cas de départ de l'entreprise ne constitue pas une "indemnité de départ" prohibée par l'art. 20 ch. 1 AP.

De même, les plans de participation prévoient souvent une accélération du "vesting" des titres remis en cas de changement de contrôle de la société concernée. Ce régime correspond à un intérêt aussi bien de l'employeur que des organes ou employés concernés. En cas de changement de contrôle, l'acquéreur souhaite souvent obtenir l'intégralité du capital de la société visée ("*going private*"). Dans un tel cas, il est important que la participation de l'acquéreur ne puisse pas être diluée après l'exécution de la transaction par l'émission de nouvelles actions en mains des organes ou des employés. Inversement, en cas de *going private*, les actions de la société visée sont souvent décotées. Les organes ou employés n'ont alors aucun intérêt à conserver des titres qui ne sont plus négociés sur un marché liquide. Il est donc important que le "vesting" des titres remis aux organes et aux employés de la société visée puisse être accéléré en cas de changement de contrôle, et qu'une telle opération ne soit pas assimilée à une "*provision pour le transfert ou la reprise de la totalité ou d'une partie d'une entreprise*" prohibée par l'art. 20 ch. 3 AP.

Pour ces motifs, nous proposons que l'art. 12 al. 2 ch. 3 AP soit modifié de la façon suivante:

¹² *Ne sont valables qu'à la condition de figurer dans les statuts les dispositions concernant:*

...

"3. les principes de l'octroi de titres de participation, droits de conversion, et droits d'option ou autres droits similaires aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif, ainsi que leur remise ou exercice en cas de mise à terme du mandat ou du rapport de travail ou en cas de changement de contrôle".

4. Protection contre les licenciements en cas de changement de contrôle

Lorsqu'une société cotée en bourse cherche un repreneur, il arrive souvent que ses organes et employés clés demandent à être protégés contre les conséquences du licenciement qui peut suivre le changement de contrôle.

Le plus souvent, l'octroi de telles protections correspond à l'intérêt de l'employeur. Si l'employeur n'est pas en mesure de protéger ses organes ou employés contre les rigueurs du licenciement qui peut suivre un changement de contrôle, ces derniers peuvent être amenés à quitter l'entreprise. Dans la mesure où ces départs interviennent à un moment sensible pour l'entreprise (le changement de contrôle), ils sont susceptibles de nuire gravement à cette dernière.

L'art. 20 ch. 1 AP prohibe le paiement d'indemnités de départ en cas de licenciement après un changement de contrôle. Toutefois, il devrait être possible à une société cotée en bourse de prolonger le délai de congé de ses employés dans de telles circonstances. Une telle mesure protégerait aussi bien l'employeur (dont le personnel ne pourrait pas lui faire concurrence jusqu'à l'échéance du délai de congé) que l'employé (qui serait protégé contre certaines des rigueurs d'un licenciement suivant un changement de contrôle).

Nous proposons par conséquent de compléter l'art. 12 al. 2 AP de la façon suivante:

"²Ne sont valables qu'à la condition de figurer dans les statuts les dispositions concernant:

...

7. la prolongation du délai de congé des membres de la direction en cas de changement de contrôle."

5. Dispositions pénales

Les dispositions pénales des art. 24 et 25 AP sont excessivement rigoureuses. Elles créent aussi une insécurité juridique néfaste à la bonne marche des entreprises, en assortissant le non-respect des prescriptions techniques et souvent peu claires (e.g. la distinction entre rémunérations fixes et variables) de sanctions pénales disproportionnées. Dans la mesure où le Conseil fédéral estime possible de sanctionner la violation des prescriptions de l'ordonnance par les organes d'institutions de prévoyance d'une peine pécuniaire seulement (art. 25 AP), un tel régime devrait aussi être possible pour les membres du conseil d'administration, de la direction ou du conseil consultatif. Toutes les infractions énumérées à l'art. 24 al. 1 AP ne revêtent pas le même degré de gravité. Les infractions mentionnées aux chiffres 1 à 4 sont plus graves que celles mentionnées aux chiffres 5 à 9. Une peine moins sévère que celle mentionnée à l'art. 24 al. 2 AP devrait être prévue pour ces dernières.

Enfin, les infractions prévues aux art. 24 et 25 AP ne devraient être poursuivies que sur plainte.

Nous vous remercions de l'attention que vous voudrez bien accorder aux présentes.

Croyez, Mesdames et Messieurs, à l'assurance de nos sentiments distingués.

Lenz & Staehelin

Per E-Mail

Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für das Handelsregister
Bundesrain 20
3003 Bern

Dr. Alexander Vogel, LL.M.
Rechtsanwalt, Partner
alexander.vogel@mll-legal.com

Daniel Schoch, lic.iur., LL.M.
Rechtsanwalt, Partner
daniel.schoch@mll-legal.com

Zürich, 29. Juli 2013

Anhörungsverfahren zum Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei

Sehr geehrte Damen und Herren

Am 14. Juni 2013 hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (**EJPD**) das Anhörungsverfahren zum Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei eröffnet.

Gerne nehmen wir zum vorgelegten Vorentwurf aus einem praktischen Blickwinkel Stellung. Dabei geht es uns im Wesentlichen darum, auf noch existierende Unklarheiten aufmerksam zu machen. Für die Gelegenheit zur Meinungsäusserung danken wir Ihnen bestens.

1. Vorbemerkungen

Wir begrüssen es sehr, dass seitens des Bundes rasch auf den durch das Volk geäusserten Willen eingegangen wird und mit der raschen Umsetzung der Initiative, insbesondere deren Konkretisierung – nun zunächst auf Verordnungsstufe – für mehr Rechtssicherheit gesorgt wird. Offene Fragen und damit verbundener Klärungsbedarf sowie Ergänzungs- bzw. Änderungsbedarf bestehen unseres Erachtens jedoch namentlich in den Bereichen „Anwendungsbereich“, „Übertragung der Geschäftsführung“, „Vergütungsausschuss“, „zulässige Tätigkeiten ausserhalb des Konzerns“, „Antrittsprämien“ und hinsichtlich den vorgesehenen Strafbestimmungen.

2. Titel der Verordnung

Unseres Erachtens ist es notwendig und wichtig, den durch die Abstimmungsdebatte negativ geprägten und stark emotional geladenen Begriff der „Abzockerei“ durch einen sachlichen Begriff zu ersetzen und entsprechend den Titel der Verordnung anzupassen. Als sachlicher Titel wäre etwa „Verordnung über Vergütungen für Organe von kotierten Gesellschaften“ (**VVOG**) denkbar.

Meyerylustenberger Lachenal (Zürich)
Rechtsanwälte | Attorneys at Law
Forchstrasse 452 | Postfach 1432 | 8032 Zürich | Schweiz
T +41 44 396 91 91 | F +41 44 396 91 92 | www.mll-legal.com
zurich@mll-legal.com

Die als Rechtsanwälte bezeichneten Personen sind in den zuständigen Anwaltsregistern der Schweiz und/oder der EU eingetragen.

3. Anwendungsbereich

Gemäss Art. 1 VE VgdA findet die Verordnung Anwendung auf Aktiengesellschaften gemäss Art. 620 - 763 des Obligationenrechts (**OR**), deren Aktien an einer Börse im In- oder Ausland kotiert sind.

Der Wortlaut der Verordnung und damit die Einbeziehung von Gesellschaften, deren Aktien im Ausland kotiert sind, deckt sich mit dem Wortlaut von Art. 95 Abs. 3 der Bundesverfassung (**BV**). Dennoch schlagen wir im Sinne einer teleologischen Reduktion vor, insbesondere Holdinggesellschaften mit Sitz in der Schweiz, deren Aktien im Ausland kotiert sind, vom Anwendungsbereich generell auszunehmen oder zumindest eine Ausschlussmöglichkeit in den Statuten (Opting-out) vorzusehen.

Die Einbeziehung von Holdinggesellschaften mit Kotierung im Ausland (die naturgemäss ihr Hauptgeschäft ausserhalb der Schweiz abwickeln) schadet zum einen der Attraktivität des Finanz- und Dienstleistungsplatzes Schweiz und wird Sitzverlegungen kotierter Gesellschaften aus dem Ausland in die Schweiz künftig erheblich erschweren, zumal die neuen Bestimmungen der BV und der Verordnung teilweise im Widerspruch zum ausländischen, auf diese Gesellschaften anwendbaren Gesellschafts- und/oder Börsenrecht stehen. Die betroffenen Gesellschaften mit Kotierung im Ausland dürften sich daher künftig mit erheblichen Umsetzungsschwierigkeiten konfrontiert sehen und als Folge davon von einer Sitzverlegung in aller Regel absehen. Wir gehen im Übrigen davon aus, dass eine solche statutarische, von den Aktionären zu beschliessende Ausnahme nicht im Widerspruch zum Zweck der Initiative steht. Die Einbeziehung der im Ausland kotierten Aktiengesellschaften zielte im Wesentlichen darauf ab, Umgehungen der Verfassung durch einen Wechsel des Börsenplatzes zu vermeiden. Handelt es sich jedoch um eine Gesellschaft, mit reinem Holdingzweck und insbesondere um Gesellschaften, deren Aktien bereits vor einer Sitzverlegung in die Schweiz an einer Börse im Ausland kotiert waren, so ist ein Umgehungstatbestand von vorneherein ausgeschlossen.

4. Übertragung der Geschäftsführung

Art. 6 VE VgdA sieht – basierend auf Art. 95 Abs. 3 lit. b BV – vor, dass die Geschäftsführung mittels eines Organisationsreglements nur an einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates oder andere natürliche Personen übertragen werden kann. Auch wenn der Wortlaut von Art. 95 Abs. 3 lit. b BV es verbietet, die „Führung der Gesellschaft“ an juristische Personen zu delegieren, so ist es unserer Ansicht nach angebracht, zur Klarheit bzw. Vermeidung von Rechtsunsicherheiten davon auch einzelne, klar bestimmte Ausnahmen vorzusehen, insbesondere in Bereichen, auf welche die Abzockerinitiative selber nicht abzielte.

Dies gilt insbesondere im Hinblick auf Investmentgesellschaften, bei welchen – abgesehen von gewissen nicht übertragenen Kompetenzen des Verwaltungsrates – heute regelmässig andere juristische Personen (der Asset oder Investment Manager) die investmentbezogene und administrative Geschäftsführung auf Mandatsbasis wahrnehmen. Dies rechtfertigt sich für Investmentgesellschaften insbesondere deshalb, weil sich ihre Tätigkeit und die daraus ableitenden Aufgaben für die Geschäftsführung nicht mit gewöhnlichen Gesellschaften vergleichen lassen. Bei Investmentgesellschaften ist die Tätigkeit viel mehr mit einer Vermögensverwaltung vergleichbar bzw. mit einer

Kommanditgesellschaft für Kollektive Kapitalanlagen, bei welchen die Geschäftsführung an eine andere juristische Person, der Komplementär AG als Komplementär im Sinne des KAG und Obligationenrechts, übertragen wird und diese die Geschäftsführung vertraglich sogar noch weiter delegieren kann. Da eine Investmentgesellschaft strukturell sehr ähnlich gelagert ist – unabhängig davon ob kotiert oder nicht – sollte auch für sie eine solche Übertragung der Geschäftsführung an eine andere juristische Person weiterhin möglich sein. Dies ist auch vor dem Hintergrund gerechtfertigt, dass die Abzockerinitiative nicht auf Investmentgesellschaften ausgerichtet war, womit davon auszugehen ist, dass auch ohne explizite Ausnahmeregelung bei Investmentgesellschaften weiterhin eine solche Delegation der Geschäftsführung an einen externen Vermögensverwalter möglich ist.

In Konzernverhältnissen kommt es zudem ebenfalls regelmässig vor, dass die Geschäftsführung der kotierten Konzernmutter – eine Holdinggesellschaft – an eine Konzerntochter delegiert und dort aber durch eine aus natürlichen Personen zusammengesetzte Konzern- oder Geschäftsleitung wahrgenommen wird. Auch dies sollte unseres Erachtens weiterhin zulässig sein.

Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass der Entwurf der VgdA keine Definition der „Geschäftsführung“ enthält, obwohl in der in Art. 2 Ziff. 4 VE VgdA vorgesehenen Definition der Geschäftsleitung (wie auch in Art. 6 und in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 VE VgdA) explizit auf den Begriff der Geschäftsführung abgestellt wird. Diese Regelung ist unklar und nicht justiziabel, speziell vor dem Hintergrund der in Art. 24 VE VgdA vorgesehenen Strafbestimmungen. Die Geschäftsführung umfasst je nach Bereich unterschiedliche Personen und kann sowohl formell, materiell wie auch funktional verstanden werden. Es ist daher dringend notwendig, eine formelle Umschreibung des Begriffs der Geschäftsführung in die Verordnung aufzunehmen, welche die Delegationsempfänger – und damit die unter den Begriff der Geschäftsleitung fallenden Personen – (auch unter dem Blickwinkel der vorgesehenen Strafbestimmungen) klar abgrenzen lässt und überdies auf Spezialfälle wie die in einem gesonderten Börsensegment kotierten Investmentgesellschaften angemessen Rücksicht nimmt.

5. Vergütungsausschuss

Bereits vor der Publikation des Vorentwurfs der Verordnung gegen die Abzockerei (**VE VgdA**) war in der Lehre umstritten, ob die Generalversammlung zwingend einen Vergütungsausschuss wählen muss, bzw. ob das Nichtvorhandensein eines solchen Ausschusses einen Organisationsmangel darstellt.

Unseres Erachtens ist es nicht notwendig, dass die Generalversammlung in jedem Fall einen separaten Vergütungsausschuss wählt, insbesondere wenn innerhalb des Verwaltungsrates der Gesellschaft bereits ein Ausschuss existiert, welcher sich mit der Frage der Vergütung der obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane auseinandersetzt. In einem solchen Fall muss es genügen, wenn die Generalversammlung diesen bereits existierenden Ausschuss, bzw. dessen Mitglieder, bestätigt.

Aber auch in Konstellationen, in denen die Generalversammlung keinen separaten Vergütungsausschuss wählt und entsprechend innerhalb des Verwaltungsrates der Gesellschaft kein entsprechender Ausschuss existiert – bspw. weil der Verwaltungsrat nur aus relativ wenigen Mitgliedern besteht –, ist die Rechtsfolge der Annahme eines Organisationsmangels unseres Erachtens nicht

gerechtfertigt. Vielmehr müsste in einer solchen Situation angenommen werden, dass der Verwaltungsrat in globo den Vergütungsausschuss bildet.

Des Weiteren stellt sich die Frage des Umfangs der sachlichen Zuständigkeit des Vergütungsausschusses. Es ist nicht restlos klar, ob dem Vergütungsausschuss gemäss Art. 7 Ziff. 4 VE VgdA auch noch Aufgabenstellungen in anderen sachlichen Bereichen (z.B. Auswahl und Ernennung von Mitgliedern der wichtigen Führungsgremien in der Gruppe oder auch ohne direkten Konnex zu Personal- oder Vergütungsfragen etc.) übertragen werden können oder ob die Aufgaben des Vergütungsausschusses sachlich ausschliesslich auf die Beurteilung von Fragen bezüglich der Vergütung beschränkt sind bzw. beschränkt sein müssen.

Die detaillierte Umschreibung der Aufgaben und Zuständigkeiten der verschiedenen Ausschüsse des Verwaltungsrates – und damit auch des Vergütungsausschusses – sind sinnvollerweise im Organisationsreglement und nicht in die Statuten aufzunehmen. Folglich sollte es möglich sein, dass die Statuten die Aufgaben nur grob – und namentlich nicht abschliessend – umschreiben und für die detaillierte Regelung diesbezüglich auf das Organisationsreglement verweisen.

Wir bitten an dieser Stelle höflich um entsprechende Präzisierungen bzw. Klarstellungen.

6. Mitglieder des Verwaltungsrats, des Verwaltungsratspräsidenten, der Mitglieder des Vergütungsausschusses und des Stimmrechtsvertreters

Gemäss Art. 3 Abs. 2, Art. 4 Abs. 2, Art. 7 Abs. 2 sowie Art. 8 Abs. 3 VE VgdA endet die Amtsdauer der Mitglieder des Verwaltungsrats, des Verwaltungsratspräsidenten, der Mitglieder des Vergütungsausschusses und des Stimmrechtsvertreters „an der nächsten ordentlichen Generalversammlung“. Hier ist unseres Erachtens präzisierend vorzusehen, dass die Amtsdauer erst „unmittelbar nach Ablauf der nächsten ordentlichen Generalversammlung“ endet. Damit wird sichergestellt, dass auch während der Generalversammlung noch eine gültige Beschlussfassung möglich bleibt.

Gemäss Art. 2 Ziffer 1 VE VgdA soll die Generalversammlung nicht nur den Präsidenten des Verwaltungsrates, sondern auch dessen Stellvertreter wählen. Letzteres ist in Art. 95 BV nicht vorgesehen und sollte weiterhin in der Kompetenz des Verwaltungsrates verbleiben, der sich – anders lautende Bestimmungen in den Statuten vorbehalten – selbst konstituiert. Dies ermöglicht dem Verwaltungsrat im Fall eines unvorhergesehenen Ausscheidens des Verwaltungsratspräsidenten eine flexible, den Umständen adäquate Regelung, um bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung die Vakanz zu füllen und einen Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b OR durch Einsetzen eines geeigneten Verwaltungsratspräsidenten ad interim aus dem Kreis des Verwaltungsrats zu verhindern.

Art. 4 Abs. 3 VE VgdA sieht vor, dass die Generalversammlung berechtigt ist, den Präsidenten des Verwaltungsrates abzuwählen. Eine entsprechende, sich auf die Abwahl beziehende Bestimmung, fehlt bezüglich der restlichen Mitglieder des Verwaltungsrates in Art. 3. Unseres Erachtens ist Art. 3 der Klarheit halber entsprechend zu ergänzen, da die Kompetenz zur Abwahl sich nicht nur auf den Präsidenten, sondern auf sämtliche Mitglieder des Verwaltungsrates erstreckt.

Art. 8 Abs. 4 VE VgDA sieht vor, dass die Generalversammlung den unabhängigen Stimmrechtsvertreter jederzeit mit sofortiger Wirkung abberufen kann. Die Bestimmung bzw. deren Rechtsfolge ist unseres Erachtens unklar. Zum einen ist die Abwahl nur anlässlich einer ordentlichen oder ausserordentlichen Generalversammlung möglich. Zum anderen führt eine Abwahl mit sofortiger Wirkung dazu, dass die Generalversammlung ab dem Zeitpunkt der Abwahl wohl keine gültigen Beschlüsse mehr fassen kann. Eine solche Rechtsfolge widerspricht den berechtigten Interessen der Aktionäre: die Bestellung eines neuen, unabhängigen Stimmrechtsvertreters bedarf der Einberufung einer weiteren kostspieligen (ausserordentlichen) Generalversammlung; üblicherweise muss bereits bei Einladung der Generalversammlung der unabhängige Stimmrechtsvertreter bekannt sein, damit die Generalversammlung überhaupt durchgeführt werden kann. Die Abberufung ohne gleichzeitige Neuwahl eines neuen unabhängigen Stimmrechtsvertreters ist daher unpraktikabel; eine Neuwahl an der Generalversammlung, welche die sofortige Abberufung beschliesst, ist jedoch aus praktischen Gründen kaum durchführbar, zumal die Generalversammlung nach erfolgter Abwahl idR nicht mehr beschlussfähig sein wird (da die vom unabhängigen, abgewählten Stimmrechtsvertreter vertretenen Stimmen nicht mehr gültig abgegeben werden können). Die Bestimmung ist daher ersatzlos zu streichen.

7. Zulässige Tätigkeiten ausserhalb des Konzerns

Gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c BV haben die Statuten u.a. die Anzahl Mandate von Organmitgliedern ausserhalb des Konzerns zu regeln. Basierend auf dieser Bestimmung legt Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1 VE VgDA fest, dass die Statuten Bestimmungen über die Anzahl der zulässigen Tätigkeiten der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates in den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen von Rechtseinheiten, die verpflichtet sind, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen, und die nicht durch die Gesellschaft kontrolliert werden oder die Gesellschaft nicht kontrollieren, enthalten müssen.

Offen bleibt sowohl im Text der Verfassungsbestimmung wie auch im Verordnungstext auf welche Weise konzernexterne Mandate einge- bzw. beschränkt werden sollen. Eine Interpretation dahingehend, dass in den Statuten zwingend eine Höchstzahl der zulässigen Mandate in numerischer Form (numerischer Beschränkungszwang) vorzusehen ist, wäre jedoch unzutreffend und nicht mit dem Sinn der Abzockerinitiative - die Aktionäre über allfällige Be- bzw. Einschränkungen - entscheiden zu lassen - vereinbar. Unseres Erachtens ist es daher auch möglich - und ist sowohl mit dem Wortlaut der Verfassung als auch der Verordnung vereinbar - dass die Statuten - und somit die Aktionäre - vorsehen können, bspw. dass (i) die Anzahl solcher konzernexterner Mandate generell unbeschränkt ist, dass (ii) die Anzahl solcher konzernexterner Mandate für kotierte Gesellschaften beschränkt ist, oder dass (iii) die Anzahl solcher konzernexterner Mandate durch qualitative Kriterien (zeitliche Belastung, Konkurrenzunternehmen, etc.) festgelegt wird. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass jede zahlenmässige Festlegung einer Grenze an externen Mandaten rein willkürlich erfolgt und erfolgen kann. Schliesslich kann es auch gar nicht auf die Anzahl solcher externer Mandate ankommen, sondern auf die damit verbundene zeitliche Belastung, einerseits bei der betroffenen kotierten Gesellschaft und andererseits bei den entsprechenden externen Mandaten: so können ein oder zwei externe Verwaltungsratsmandate bei einem bereits stark belasteten, vollzeitig angestellten Mitglied der Geschäftsleitung eine aus Sicht der Aktionäre der betroffenen kotierten Gesellschaft unerwünschte Nebenbeschäftigung darstellen, während umgekehrt 10 weitere Verwaltungsratsmandate mit unerheblicher zeitlicher Belastung für ein nicht exekutives Verwal-

tungsratsmitglied einer kotierten Gesellschaft dessen zeitliche Belastung auch nicht annähernd in den Bereich eines vollamtlich angestellten Geschäftsleitungsmitglieds bringen werden. Dieser Aspekt wird dann auch durch die Erläuterungen zur Verordnung selber – jedoch bis jetzt nur limitierend – hervorgehoben, in dem festgehalten wird, dass ein externes Mandat, selbst wenn die statutarische Beschränkung eingehalten wird, unzulässig sein kann, wenn damit eine zu hohe Belastung verbunden ist (vgl. Art. 717 OR). Wir ersuchen Sie daher, in der Verordnung eine entsprechende Klarstellung in diesem Sinne vorzunehmen.

Sollte es wider Erwarten nicht möglich sein, dass in den Statuten generell festgehalten wird, dass die Anzahl externer Mandate unbeschränkt ist, sollte zumindest eine Differenzierung zwischen Mandaten in KMU-Gesellschaften einerseits und Mandaten in anderen (kotierten) Unternehmungen vorgenommen werden, wobei zumindest die Anzahl Mandate in KMU-Gesellschaften unbeschränkt sein können muss. Dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Initiative, die nur eine Kumulation von Verwaltungsratsmandaten in kotierten Gesellschaften einschränken will, nicht jedoch bei KMU-Gesellschaften. Das Pro Komitee hält schliesslich zur Thematik KMU fest: „die KMU werden nicht betroffen“ (<http://www.abzockerinitiativeja.ch/sieben-grunde-warum-man-nicht-gegen-die-minder-initiative-sein-kann/>). Eine andere Lösung könnte zudem dazu führen, dass es für KMU-Gesellschaften zunehmend schwieriger wird, ihre Verwaltungsratssitze mit kompetenten Persönlichkeiten zu besetzen, bzw. dass aufgrund der verstärkten Wettbewerbssituation die mit den entsprechenden Mandaten verbundenen Vergütungen tendenziell erheblich ansteigen, was sicherlich nicht im Sinne der Initiative gegen die Abzockerei sein kann.

Diese Lösung – d.h. die Möglichkeit statutarisch festzuhalten, dass keine direkte numerische, sondern eine ausschliesslich qualitative Beschränkungen für externe Mandate existieren – drängt sich insbesondere auch im Hinblick auf die Anzahl Mandate in Stiftungsräten oder in gemeinnützigen Institutionen auf. Solche Institutionen sind regelmässig darauf angewiesen, ihre Gremien zumindest teilweise mit bekannten Persönlichkeiten aus Wirtschaft und Gesellschaft zu setzen, um an die für ihren gemeinnützigen Zweck notwendigen finanziellen Ressourcen zu gelangen. Sollten solche Mandate jedoch einer Beschränkung unterliegen und somit mit anderen Mandaten in nicht gemeinnützigen Organisationen konkurrieren, kann es für gemeinnützige Institutionen zusehends schwieriger werden, ihre Leitungs- und Verwaltungsorgane mit solchen Persönlichkeiten zu besetzen, was dazu führt, dass sie aufgrund limitierter finanzieller Ressourcen ihre gemeinnützige Tätigkeit einschränken müssen.

Auch bei Investmentgesellschaften besteht ein grosses Bedürfnis, die Anzahl externer Mandate nicht zu beschränken, denn oftmals wollen Investmentgesellschaften in den Verwaltungsräten der Gesellschaften, an denen sie zwar beteiligt sind, die sie jedoch nicht kontrollieren, durch Mitglieder ihres Verwaltungsrats vertreten sein. Eine solche Vertretung gilt gemäss Verordnung als externes Mandat. Sollte deren Anzahl zwangsweise beschränkt sein müssen, hätte dies negative Auswirkungen auf die Tätigkeit von Investmentgesellschaften, weil diese in den obersten Leitungs- und Verwaltungsorganen ihrer Investments bzw. Portfoliogesellschaften nicht mehr vertreten sein und damit ihre Aufsichtsfunktion nicht mehr in vollem Umfang wahrnehmen könnten.

Ebenfalls ungeklärt ist schliesslich, wie mit Mandaten im Ausland umgegangen wird, wenn es im Ausland kein vergleichbares Handelsregister gibt bzw. die Pflicht einer Rechtseinheit, sich in ein

Handelsregister einzutragen, an wesentlich andere Voraussetzungen geknüpft ist, als dies in der Schweiz der Fall ist.

8. Genehmigung der Vergütung durch die Generalversammlung

Gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. a BV stimmt die Generalversammlung jährlich über die Gesamtsumme aller Vergütungen des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates ab. Gemäss Art. 18 Abs. 1 und Abs. 3 VE VgdA geht der Bundesrat davon aus, dass eine gesonderte Abstimmung über den Gesamtbetrag der Vergütungen des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und eines allfälligen Beirates stattzufinden hat. Art. 95 Abs. 3 lit. a BV sieht eine solche gesonderte Abstimmung nicht vor. Entsprechend geht die Verordnung weiter als die Verfassungsvorschrift. Daher ist in der Verordnung von einer gesonderten Abstimmung abzusehen.

9. Ausgestaltung der Straftatbestände von Art. 24 Abs. 1 und 2 VE VgdA

Bei der Ausgestaltung der Verordnung ist der Verordnungsgeber nicht nur an Art. 95 Abs. 3 BV, sondern auch an die übrigen verfassungsmässigen Grundsätze gebunden, namentlich auch an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, der in Art. 5 Abs. 2 BV explizit festgehalten ist. Bei der Schaffung von Strafnormen bedeutet dieser Grundsatz, dass Strafandrohung und Unwertgehalt des geahndeten Verhaltens zwingend in einem angemessenen Verhältnis zueinander zu stehen haben. Ebenso ist der Unwertgehalt des geahndeten Verhaltens bei der Festlegung der Strafobergrenze zu berücksichtigen. Die gegenwärtig vorgeschlagene Regelung erfüllt diese verfassungsmässige Vorgabe nicht, da für die Tatbestände in Art. 24 Abs. 1 VE undifferenziert, d.h. ohne Berücksichtigung des jeweiligen Unwertgehalts der einzelnen Verhaltensweisen – und damit in klarem Widerspruch zum Verhältnismässigkeitsprinzip von Art. 5 Abs. 2 BV –, die gleichen Strafandrohung vorgesehen ist. Unseres Erachtens ist dabei insbesondere zwischen den Straftatbeständen gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 VE VgdA und denjenigen gemäss Art. 24 Abs. 2 Ziff. 4 - 9 VE VgdA zu differenzieren, d.h. bei den letzteren ist ein Strafmass in Analogie zu Art. 25 VE VgdA vorzusehen. In Anbetracht der Tatsache, dass sich der in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 VE VgdA vorgesehene Straftatbestand nicht auf den Wortlaut von Art. 95 Abs. 3 BV abstützen kann, ist diese Bestimmung – auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes „Nulla poena sine lege“ – ersatzlos zu streichen.

Weiter ist bei den in den Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 VE VgdA vorgesehenen Strafnormen in Anbetracht der objektiv gesehen sehr hohen Strafraumen eine Präzisierung bzw. Differenzierung beim subjektiven Straftatbestand vorzunehmen, d.h. Eventualvorsatz ist explizit von der Strafbarkeit auszuschliessen und das strafbare Verhalten auf bewusst willentliches gesetzwidriges Verhalten zu beschränken.

Zur Vermeidung von Bagatelldeliktverfahren ist zudem bereits bei der Festlegung des Begriffs der Vergütung im Sinne von Art. 18 bis 21 VE (und damit auch für die Anwendung von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 VE VgdA) in Art. 14 Abs. 2 VE vorzusehen, dass Spesenentschädigungen (einschliesslich mit der Organtätigkeit verbundene Versicherungsleistungen wie D&O Versicherungen, etc.) geringfügige Nebenleistungen in natura, wie sie auch an andere Kaderpersonen des Unternehmens ausgerichtet werden (sog. „fringe benefits“) sowie Bildungs- oder Sonderurlaube (etwa freiwillige Mutter- oder Vaterschaftsurlaube oder sog. „sabbaticals“), soweit sie ein übliches Mass nicht übersteigen und auch anderen Kaderpersonen des Unternehmens offen stehen, nicht unter den Begriff

der Vergütung fallen. Ebenso sind in Anlehnung an andere gesetzliche Regelungen (etwa Art. 4a Abs. 2 UWG oder Art. 322octies Ziff. 2 StGB) sog. „geringfügige, sozialübliche Vorteile“ (bspw. Geburtstags-, Dienstalters- oder Abschiedsgeschenke) explizit vom Begriff der Vergütung auszunehmen.

Der Tatbestand von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 VE VgdA ist überdies zu wenig klar formuliert, weshalb er durch einen expliziten Verweis auf die Regelung in Art. 6 VE ergänzt werden sollte, um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden. Ein strafbares Verhalten kann nur dann vorliegen, wenn wissentlich und vorsätzlich gegen die Regelung in Art. 6 VE verstossen wird. Dies gilt namentlich vor dem Hintergrund der für Art. 6 VE vorgeschlagenen Präzisierung zugunsten der Delegation bei Investmentgesellschaften, welche durch den Verweis explizit referenziert werden sollte. Auf die in Art. 24 Abs. 2 VE VgdA vorgesehene Aufhebung des gemäss Art. 34 Abs. 2 Satz 1 StGB geltenden Maximalrahmens für Tagessätze ist zu verzichten, da diese durch Art. 95 Abs. 3 lit. d BV nicht zwingend notwendig ist und daher – falls überhaupt rechtsstaatlich sinnvoll und vertretbar (was wäre die rechtsstaatlich überzeugende Begründung dafür, dass diese Regelung nur gerade für Verstösse gegen Art. 95 Abs. 3 BV gelten soll?) – erst im Rahmen der späteren formellen Gesetzgebung vorzusehen ist.

10. Antrittsprämien

Gemäss Art. 20 Ziff. 2 VE VgdA sind Vergütungen, welche im Voraus ausgerichtet werden unzulässig. Gleichzeitig wird im erläuternden Bericht festgehalten, dass Antrittsprämien, d.h. spezielle Vergütungen, welche zum Stellenantritt bewegen sollen, jedoch weiterhin zulässig sind. Zudem findet sich folgender Passus im erläuternden Bericht: „Für die Statuierung eines Verbots von Antrittsprämien (z.B. Entschädigungen für nachgewiesene Nachteile, die einer Person aufgrund des Stellenwechsel entstehen) fehlt die verfassungsmässige Grundlage. Daraus könnte fälschlicherweise der Schluss gezogen werden, dass Antrittsprämien zulässig sind, sofern sie einen konkreten, nachgewiesenen Schaden oder Nachteil ausgleichen sollten. Dies widerspricht jedoch der Definition des Begriffes „Antrittsprämie“. Entsprechend besteht unseres Erachtens in diesem Bereich noch Klarstellungsbedarf, insbesondere vor dem Hintergrund, dass gerade die Antrittsprämie von Mario Corti bei der Swissair im Abstimmungskampf um die Initiative immer wieder als Argument ins Spiel gebracht wurde.“

11. Unzulässige Vergütungen im Konzern

Gemäss Art. 21 VE VgdA sind Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates für Tätigkeiten in Unternehmen, die durch die Gesellschaft direkt oder indirekt kontrolliert werden, sofern diese Vergütungen (i) dem Gesetz oder dieser Verordnung nicht entsprechen oder in den Statuten der Gesellschaft nicht vorgesehen sind; (ii) oder von der Generalversammlung der Gesellschaft nicht genehmigt worden sind. Gemäss erläuterndem Bericht sind die obgenannten Voraussetzungen kumulativ zu erfüllen, damit eine solche Vergütung im Konzern zulässig wäre. Aus dem Wortlaut der Verordnung lässt sich nicht klar erkennen, ob (i) die verschiedenen Voraussetzungen innerhalb von Art. 21 Ziff. 1 VE VgdA und (ii) zwischen Art. 21 Ziff. 1 und Ziff. 2 alternativ zueinander stehen. Unseres Erachtens sollte Art. 21 VE VgdA so ausgelegt werden, dass die Voraussetzungen innerhalb von Art. 21 Ziff. 1 VE VgdA alternativ zu einander sowie alternativ zu Ziff. 2 stehen. Insbesondere wenn eine Vergütung durch die Generalversammlung in

die Statuten eingefügt wird, würde es nicht viel Sinn ergeben, wenn die Generalversammlung eine solche Vergütung im Nachhinein nochmals genehmigen müsste. In diesem Sinne besteht hier sicherlich noch Klarstellungsbedarf.

12. Übergangsbestimmung: Genehmigungen durch die Generalversammlung

Art. 31 Abs. 2 VE VgDA sieht vor, dass die Vorschriften zur Genehmigung der Gesamtbeträge der variablen Vergütung der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates erstmals für das Geschäftsjahr, das mit oder nach dem Inkrafttreten der Verordnung beginnt, gelten. Diese Übergangsbestimmung ergibt einen Sinn im Zusammenhang mit Art. 31 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1 VE VgDA, da in einem solchen Fall, die Generalversammlung im Jahre 2015 über die fixe sowie über die variable Vergütung abstimmen würde. Es stellt sich jedoch die Frage, ob diese Übergangsbestimmung auch zur Anwendung kommt, wenn im Sinne von Art. 18 Abs. 3 VE VgDA abweichend über die Vergütung abgestimmt wird, d.h. wenn zum Beispiel über die variable Vergütung *ex ante* abgestimmt werden sollte. Gemäss Art. 31 VE VgDA müsste über die variable Vergütung bereits an der Generalversammlung im Jahre 2014 und über die fixe Vergütung an der Generalversammlung im Jahre 2015 abgestimmt werden. Hierzu bedarf die Übergangsbestimmung eine Klarstellung, dass im Falle einer Regelung gemäss Art. 18 Abs. 3 VE VgDA die erste Abstimmung im Jahre 2015 zu erfolgen hat.

Überdies ist eine analoge Übergangsregelung für den Vergütungsbericht vorzusehen, d.h. dieser ist erstmals für das Geschäftsjahr zu erstellen, für welches eine Beschlussfassung durch die Generalversammlung notwendig wird. Ebenso ist die Übergangsfrist für die Anpassung der Arbeitsverträge auf zwei Jahre, d.h. bis Ende 2015 auszudehnen, um den betroffenen Gesellschaften die Möglichkeit einzuräumen, die Anpassung der Arbeitsverträge in Abstimmung mit den einschlägigen Statutenbestimmungen vorzunehmen.

Bei der weiteren Bearbeitung des vorliegenden Vorentwurfes sind wir Ihnen für die Berücksichtigung unserer oben dargestellten Anliegen aus unserer täglichen praktischen Erfahrung sehr verbunden.

Gerne stehen wir Ihnen jederzeit für weitere Informationen zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Alexander Vogel

i. V. Daniel Schoch

Anhörungsantwort: Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei vom 14. Juni 2013

von Claudio Kuster und Thomas Minder¹

0. Inhaltsverzeichnis

1. Allgemeines	3
2. Titel, Ingress und Geltungsbereich	4
2.1 Adäquater Titel der Verordnung	5
2.2 Spezialfälle im Geltungsbereich	6
2.2.1 Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften	6
2.2.2 Partizipationsscheine	6
3. Abstimmungen über die Vergütungen von Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Beirat	7
3.1 Dispositive Bestimmung	9
3.2 Zusatzbetrag für neue GL-Mitglieder	9
3.3 Ablehnung eines Gesamtbetrags	10
3.3.1 Ermöglichung von Gegenanträgen statt blosse Genehmigungskompetenz	11
3.4 Mehrjährige Vergütungen	12
3.5 Ausschluss der Organmitglieder vom Stimmrecht	12
4. Jährliche Einzelwahlen durch die Generalversammlung	14
4.1 Wahl des Präsidenten des Verwaltungsrats und seiner Stellvertreter	14
4.2 Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats	14
4.2.1 «Cumulative Voting»	15
4.3 Wahl der Mitglieder des Vergütungsausschusses	16
4.3.1 Einsitznahme von externen Mitglieder	16
4.3.2 Aufgaben und Zuständigkeiten	17
4.3.3 Universeller «Ausschuss»	18
4.4 Wahl der unabhängigen Stimmrechtsvertretung	18
4.4.1 Amtsdauer bis ans Ende der Versammlung	19
4.4.2 Subsidiäre Wahl durch Verwaltungsrat	19

¹ Thomas Minder ist Initiant der eidgenössischen Volksinitiative «gegen die Abzockerei», Ständerat und Mitglied ihrer Kommission für Rechtsfragen; Claudio Kuster ist Co-Initiant und Sekretär der Volksinitiative. Die Verfasser danken diversen Experten und Interessierten für ihre Stellungnahmen und Anregungen.

4.4.3	Abberufungsrecht.....	20
4.4.3.1	Unabhängiger Stimmrechtsvertreter und eigene Abwahl.....	20
5.	Pflichten für Vorsorgeeinrichtungen und AHV-Ausgleichsfonds	21
5.1	Stimmpflicht im Interesse ihrer Versicherten.....	21
5.1.1	Fehlende Stimmpflicht.....	21
5.1.1.1	Abstimmungserläuterungen und Medienmitteilung des Bundesrats	21
5.1.1.2	Grobe Missachtung des Volkswillens	22
5.1.1.3	Vergleich mit indirektem Gegenvorschlag.....	23
5.1.1.4	Stimmenthaltung und Abstinenz	23
5.1.1.5	Öffentliche Rezeption zur Bestimmung insb. im Kontext zum indirekten Gegenvorschlag	24
5.1.1.6	Verfassungswidrige Umsetzung.....	26
5.1.2	Das Interesse der Versicherten	27
5.1.3	Umgehung durch indirekte Anlagen	28
5.1.4	Umgehung durch «Securities Lending»	29
5.1.5	Unberücksichtigter AHV-Ausgleichsfonds	29
5.2	Offenlegung des Stimmverhaltens.....	30
5.2.1	Fragliche individuelle Offenlegung.....	30
5.2.2	Zu späte Veröffentlichung	31
6.	Elektronische Fernabstimmung	32
6.1	«Indirect Voting» statt «Direct Voting»	32
6.2	Rechtliche und technische Erfordernisse	32
7.	Verbot der Organ- und Depotstimmrechtsvertretung	33
8.	Verbotene Entschädigungsarten	34
8.1	Verbot von Abgangs- und ähnlichen Entschädigungen	34
8.2	Verbot von Vergütung im Voraus.....	35
8.3	Verbot von Prämien für Firmenkäufe und -verkäufe	36
9.	Umgehungsverbote	36
9.1	Verbot von zusätzlichen Berater- oder Arbeitsverträgen	36
9.2	Verbot der Delegation der Gesellschaftsführung an juristische Person	37
10.	Notwendige Statuteninhalte.....	37
10.1	Höhe der Kredite, Darlehen und Renten.....	37
10.2	Erfolgspläne und Beteiligungspläne	38
10.2.1	Integrale Aufnahme.....	39
10.2.2	Gefäss: Statuten oder Statutenanhang	39
10.2.3	Mindestinhalt.....	40
10.3	Anzahl Mandate ausserhalb des Konzerns.....	40
10.4	Dauer der Arbeitsverträge der Geschäftsleitungsmitglieder	41

11. Strafbestimmung bei Widerhandlung	42
11.1 Ausgestaltung als Officialdelikt.....	43
11.2 Gebotene Strafbarkeit für Vorsorgeeinrichtungen.....	43
12. Inkrafttreten und Übergangsbestimmungen.....	44
12.1 Inkrafttreten der Verordnung	45
12.2 Direkte Anwendbarkeit.....	46
12.3 Übergangsbestimmungen	47
13. Weitere Bestimmungen der Verordnung.....	48
13.1 Erstellung und Veröffentlichung des Vergütungsberichts	48
13.1.1 Individuelle Offenlegung der Vergütungen der Geschäftsleitung.....	49
13.1.2 Weitere Offenlegungen	50
13.2 Erteilung von Vollmachten und Weisungen an die unabhängige Stimmrechtsvertretung	50
13.2.1 Allgemeine Weisungen	51
13.2.2 Kein «unabhängiger Organvertreter»	52
13.2.3 Keine Dauervollmachten.....	52
13.2.4 Vereinfachte Vertretung durch Dritte	52
14. Weitere implizite Forderungen des Verfassungsartikels.....	53
14.1 Tiefere Traktandierungshürde	53

«Bemerkenswert ist der zwingende Charakter der mit der Volksinitiative geforderten Regelung. Darin könnte man einen Widerspruch zum Demokratiegedanken sehen, schränkt zwingendes Recht doch die Regelungsautonomie der Verbandsmitglieder ein. Zur Verwirklichung einer Aktionärsdemokratie kann zwingendes Recht jedoch angezeigt sein; dies aus den allgemeinen Gründen, die zwingende aktienrechtliche Organisations- und Verfahrensvorschriften rechtfertigen, wie die Annahme, dass die Aktionäre wegen ihrer rationalen Apathie und ihrer Probleme kollektiven Handelns allenfalls nicht selber in der Lage sind, eine ihren Interessen entsprechende statutarische Regelung durchzusetzen, so- dass der Gesetzgeber die demokratischen Strukturen schaffen muss.»²

HANS-UELI VOGT, Aktionärsdemokratie

1. Allgemeines

Im erläuternden Bericht des Bundesamtes für Justiz (BJ) zum Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei (Vgda) vom 14. Juni 2013 («Bericht») wird die Absicht kundgetan, «sich bei der Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV sehr eng an den Wortlaut des Verfassungstextes zu halten und diesen möglichst wortgetreu umzusetzen»³.

² HANS-UELI VOGT, Aktionärsdemokratie, Zürich/St. Gallen 2012, IV.B.2.d) (Hervorhebungen im Original).

³ Bericht, 1.

Im Lichte dieser Maxime wie auch unter dem Eindruck der Annahme des Verfassungsartikels⁴ (mit einer qualifizierten Mehrheit des Volkes⁵ sowie Einstimmigkeit der Stände⁶) sei anhand folgender synoptischer Übersicht der Verfassungsbestimmung einerseits und des Verordnungsvorentwurfs andererseits eine kritische Bewertung des Vorschlags aus Sicht der Autoren der Volksinitiative und somit der Repräsentanten des befürwortenden Verfassungsgebers ausgeführt.

Grundsätzlich erachten die Verfasser die Mehrheit der Vorschläge als zweckmässig und mit den Intentionen des Verfassungsgebers konform. Ebenso ist das durch die Übergangsbestimmung⁷ vorgezeichnete formelle Vorgehen, dem Erlass einer kohärenten, Bestimmungen in diversen Bundesgesetzen temporär derogierenden Verordnung, zu begrüssen.

Wie gezeigt werden wird, sollen indessen einige Forderungen überdacht und ergänzt, einer zielführenderen Umsetzung zugeführt werden.

Allen voran müssen aber zwingend die *Stimmpflicht und Offenlegung der Pensionskassen und des AHV-Fonds* nach Art. 22 und 23 VE-VgdA einer *stringenteren Bestimmung* weichen, ansonsten dem Willen der Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern gleichermassen wie den Destinatärinnen und Destinatären in keinsten Weise nachgekommen würde.⁸

2. Titel, Ingress und Geltungsbereich

Artikel 95 Absatz 3 BV (Volksinitiative «gegen die Abzockerei»)	Vorentwurf der Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA) [vom 22. November 2013] vom 14. Juni 2013 (VE-VgdA)
Ingress 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: [...]	Art. 1 ¹ Die Bestimmungen dieser Verordnung finden Anwendung auf Aktiengesellschaften nach den Artikeln 620-763 des Obligationenrechts (OR), deren Aktien an einer Börse im In- oder Ausland kotiert sind (Gesellschaft). ² Sie geht widersprechenden Bestimmungen des OR vor.

⁴ Art. 1 Abs. 1 des Bundesratsbeschlusses vom 30. April 2013 über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 3. März 2013 (AS 2013 1303).

⁵ Analog Art. 701 Abs. 1 OR.

⁶ Analog Art. 701b Abs. 1 Ziff. 1 OR-iGv (Fn. 98).

⁷ Art. 197 Ziff. 10 BV.

⁸ Vgl. hinten 5.

2.1 Adäquater Titel der Verordnung

Der Titel der Verordnung übernimmt richtigerweise den Wortlaut des Titels der ursprünglichen Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und ihrer Volksabstimmung⁹, was nur schon aufgrund der Systematik, Zuordbarkeit und Kohärenz angezeigt ist. Die Verordnung fusst schliesslich nicht auf der allgemeinen Rechtsetzungskompetenz des Bundesrates¹⁰, sondern entspringt der Übergangsbestimmung¹¹ dieser spezifischen Verfassungsnovelle.

Der Titel ist sodann weder irreführend noch enthält er kommerzielle oder persönliche Werbung oder gibt zu Verwechslungen Anlass, wie die Bundeskanzlei mit Vorprüfung vom 17. Oktober 2006 verfügt hat: «Der Titel der eidgenössischen Volksinitiative «gegen die Abzockerei» entspricht den gesetzlichen Erfordernissen von Artikel 69 Absatz 2 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte.»¹² Wäre der Titel, der nun analog für die vorübergehende ausführende Verordnung gelten soll, also nicht lauter oder inadäquat, so hätte dies die Bundeskanzlei bereits im Vorprüfverfahren bemängelt.

Mit rechtskräftigem Urteil vom 27. Juni 2011 stütze auch das Bezirksgericht Höfe (SZ) den Terminus «Abzocker», da «die an den Kläger [Thomas Limberger] ausgerichtete Gesamtschädigung daher im Vergleich für den aussenstehenden Betrachter [...] als nicht mehr angemessen und überrissen [erscheint]».¹³

Das Gericht führte weiter aus, dass gegenüber früher «sich heute der Begriff des «Abzockens» bzw. «Abzockers» jedoch abgeschliffen und die Verwendung des Begriffes sich in neuerer Zeit insbesondere eingebürgert [hat], wenn Entschädigungen an das oberste Management als exzessiv kritisiert werden.» «Der Begriff steht heute vielmehr für den Missmut grosser Teile der Bevölkerung und der Angestellten der betroffenen Unternehmen über die als überrissen empfundenen Löhne der Topmanager.»¹⁴

Weiter enthält der Verordnungsentwurf einige teleologische Reduktionen des Verfassungsartikels, die in – eng ausgelegt – den Absatz 3 des Artikels 95 BV nicht respektierende Verordnungsbestimmungen münden.¹⁵ Um jedoch die Ratio legis derartiger Normen und die etwaige abweichende Umsetzung herzuleiten und zu legitimieren, ist es geradezu notwendig, den Titel der Volksinitiative für ihre ausführende Verordnung zu übernehmen. So bestätigte kürzlich auch das Bundesgericht, dass die «Auslegung sich auf den Titel der Initiative [...] stützen [kann]»¹⁶.

Hierfür ist es jedoch vonnöten, den offiziellen Titel auch der ausführenden Verordnung anzufügen, um den Sinn und Zweck zu offenbaren. Der Wortlaut «gegen die Abzockerei» findet sich schliesslich nicht im Ingress oder im Text des Verfassungsartikels selbst.

⁹ BBl 2013 3129.

¹⁰ Art. 182 Abs. 1 BV.

¹¹ Art. 197 Ziff. 10 BV.

¹² BBl 2006 8755.

¹³ Urteil BZ 10 18 vom 27. Juni 2011, E. 3.b.

¹⁴ BZ 10 18, E. 3.a.

¹⁵ Vgl. Art. 21 (siehe hinten 9.1.) und Art. 25 VE-VgDA (siehe hinten 11.).

¹⁶ 1C_646/2012 vom 22. Mai 2013, E. 9.2 und 11.5.

Sodann sei angemerkt, dass beispielsweise auch alle drei vorhergehenden angenommenen Volksinitiativen mit Ausführungserlassen («Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!»¹⁷, «Ausschaffungsinitiative»¹⁸, «für die Unverjährbarkeit pornografischer Straftaten an Kindern»¹⁹) ihren charakteristischen Begriff im Verordnungs- oder Gesetzestitel unvermindert weitertragen. Diese sinnvolle Nominations-Doktrin soll weitergeführt werden.

Und endlich sei süffisant auf den Titel des damaligen direkten Gegenvorschlags hingewiesen, welchen sowohl Ständerat als auch Bundesrat bis zur Schlussabstimmung der eidgenössischen Räte in der Sommersession 2012 aktiv beworben und unterstützt haben: «Gegenentwurf der Bundesversammlung *«Stopp der Abzockerei durch überhöhte Vergütungen»*»²⁰.

Was Exekutive und Legislative recht ist, sollte dem Volk als Verfassungsgeber billig sein.

2.2 Spezialfälle im Geltungsbereich

2.2.1 Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften

Der Geltungsbereich umfasst selbstverständlich – sofern diese an einer Börse emittieren – auch *spezialgesetzliche* Aktiengesellschaften, wie beispielsweise die Swisscom AG²¹: Das Telekommunikationsunternehmungsgesetz²² hält denn auch fest, dass sich die Organisation der ihr unterstellten Unternehmungen nach «den aktienrechtlichen Vorschriften»²³ richte und als anwendbares Recht subsidiär «die aktienrechtlichen Vorschriften des Obligationenrechts»²⁴ gelten.

Analoges gilt für spezialgesetzliche Kantonalbanken-AG, welche an einer Börse kotiert sind.

2.2.2 Partizipationsscheine

Die Statuten von Aktiengesellschaften können vorsehen, dass ein Partizipationskapital gebildet wird, wodurch jenen Partizipationsscheinen sodann kein Stimmrecht gewährt wird.²⁵ Die Bestimmungen über die Aktie und den Aktionär gelten jedoch subsidiär auch für den Partizipationsschein und den Partizipanten.²⁶

Eine Aktiengesellschaft kann sich jedoch nicht zu einer reinen «Partizipationsgesellschaft» degenerieren, da das Partizipationskapital höchstens das Doppelte des Aktienkapitals betragen darf.²⁷ Eine Aktiengesellschaft bleibt demnach auch mit Partizipationskapital stets eine Aktiengesellschaft.

Der Geltungsbereich von Art. 95 Abs. 3 BV erfasst in seinem Ingress «die im In- oder Ausland kotierten Schweizer Aktiengesellschaften». Somit ergeben sich zwei objektive Tatbestandsmerkmale, die kumuliert erfüllt sein müssen:

¹⁷ BBl 2006 5229.

¹⁸ BBl 2007 4969.

¹⁹ BBl 2004 4723.

²⁰ Art. 1a Abs. 1 des Entwurfs des Bundesbeschlusses vom 15. Juni 2012 über die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» lautete: «Gleichzeitig wird Volk und Ständen ein Gegenentwurf der Bundesversammlung *«Stopp der Abzockerei durch überhöhte Vergütungen»* zur Abstimmung unterbreitet.» (Hervorhebung durch die Verfasser).

²¹ So auch LUKAS GLANZMANN, Die «Abzocker-Initiative» und ihre Folgen, GesKR Online-Beitrag 1/2013, II.

²² AS 1997 2480.

²³ Art. 2 Abs. 1 TUG.

²⁴ Art. 4 TUG.

²⁵ Art. 656a Abs. 1 OR.

²⁶ Art. 656a Abs. 2 OR.

²⁷ Art. 656b Abs. 1 OR.

Einerseits muss die Gesellschaft ins Rechtskleid der Schweizer Aktiengesellschaft gehüllt sein, was, wie oben gezeigt, stets auch bei Partizipationskapital ausgebenden Gesellschaften der Fall ist. Andererseits ist die Kotierung der Gesellschaft an einer inländischen oder ausländischen Börse erforderlich. Der Ingress besagt indessen nicht, dass eine konkrete Art von etwaig vorhandenen Wertpapieren emittiert sein müsse, so wie er beispielsweise auch nicht zwischen Namen- und Inhaberaktien differenziert.

Daher kann geschlossen werden, dass auch Gesellschaften, welche über eine Börse *nur Partizipationsscheine* ausgeben, im Geltungsbereich der Verfassungsnorm liegen.

Prima vista könnten hierauf zwei Gegenargumente hervorgebracht werden. Zum Einen könnte argumentiert werden, der Zweckartikel sehe «[z]um Schutz [...] der Aktionärinnen und Aktionäre» all die nachfolgenden Bestimmung vor, weshalb er auch nur auf Aktien und nicht auf Partizipationsscheine anwendbar sei. Doch diese zu enge Auslegung würde das Ansinnen – den Minderheitenschutz sowie die Protektion von Privateigentum und Gesellschaftsvermögen, was ebenfalls im Ingress postuliert wird – gerade ins Gegenteil verkehren. Just ein minimaler Schutz der Partizipanten, denen sowieso per definitionem weitgehend die Hände gebunden sind, ist daher auch im Interesse der Aktionäre.

Zweitens könnte entgegengebracht werden, die Verfassungsbestimmung erwirke die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Stimmrechts, welche jedoch sowieso vor den stimmrechtslosen Partizipanten Halt machen würde, womit letztere – aufgrund der Unwirksamkeit – gar nicht im Geltungsbereich liegen könnten. Diese Ansicht verkennt jedoch wiederum Folgendes:

Art. 95 Abs. 3 BV sieht nicht nur die Erweiterung von Aktionärs-, insbesondere Mitwirkungsrechten vor, sondern enthält auch diverse andere Bestimmungen, die ganz unabhängig davon greifen: exemplarisch die verschiedenen Verbote für gewisse Vergütungsarten²⁸, die gerade auch dem Vermögensschutz des Partizipationskapitals dienen.

Und letztens kann optional selbst den Partizipanten nebst Informations-, Einberufungs- und Teilnahmerechten auch ein *Antragsrecht* zugestanden werden²⁹. Weiter sie sind gar – zur Änderung ihrer Vor- und Mitwirkungsrechte betreffenden Statutenbestimmungen – zur einer «Partizipantenversammlung» aufzurufen³⁰. Hier spätestens gelangen auch die Partizipanten in den Genuss von einigen weiteren neuen Vorschriften zur Vereinfachung ihrer dortigen Partizipation.

3. Abstimmungen über die Vergütungen von Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Beirat

Lit. a Satz 1 Die Generalversammlung stimmt jährlich über die Gesamtsumme aller Vergütungen (Geld und Wert der Sachleistungen) des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des	Art. 2 Die Generalversammlung hat die folgenden unübertragbaren Befugnisse: [...] 4. die Genehmigung der Vergütungen des Verwaltungsrates, der Personen, die vom Verwaltungsrat ganz oder zum Teil mit der Geschäftsführung betraut sind (Geschäftsleitung) und des Beirates. Art. 12
--	--

²⁸ Art. 95 Abs. 3 lit. b BV.

²⁹ Art. 656c OR.

³⁰ Art. 656f Abs. 4 OR.

Beirates ab.	[...] ² Zu ihrer Verbindlichkeit bedürfen der Aufnahme in die Statuten Bestimmungen über: [...] 5. den Zusatzbetrag für die Vergütungen von Mitgliedern der Geschäftsleitung, die nach der Genehmigung der fixen Vergütung ernannt werden; 6. die abweichende Regelung zur Genehmigung der Vergütungen nach Artikel 18 Absatz 3. Art. 18 Vergütungen an den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat ¹ Die Generalversammlung stimmt jährlich gesondert über die Genehmigung der Gesamtbeträge ab, die der Verwaltungsrat beschlossen hat für: 1. die fixe Vergütung des Verwaltungsrates für die Dauer bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung; 2. die variable Vergütung des Verwaltungsrates für das abgeschlossene Geschäftsjahr; 3. die fixe Vergütung der Geschäftsleitung für die Dauer bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung; 4. die variable Vergütung der Geschäftsleitung für das abgeschlossene Geschäftsjahr; 5. die fixe Vergütung des Beirates für die Dauer bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung; 6. die variable Vergütung des Beirates für das abgeschlossene Geschäftsjahr. ² Verweigert die Generalversammlung die Genehmigung eines Gesamtbetrags, so kann der Verwaltungsrat an der gleichen Versammlung einen neuen Antrag stellen. Stellt er keinen neuen Antrag oder wird auch dieser abgelehnt, so hat der Verwaltungsrat innerhalb von drei Monaten eine neue Generalversammlung einzuberufen. ³ Die Statuten können eine von Absatz 1 abweichende Regelung vorsehen. Die folgenden Voraussetzungen müssen erfüllt sein: 1. Die Generalversammlung stimmt jährlich über die Vergütungen ab. 2. Die Generalversammlung stimmt gesondert über den Gesamtbetrag der Vergütungen des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates ab. 3. Die Abstimmung der Generalversammlung hat bindende Wirkung. Art. 19 Zusatzbetrag für die Geschäftsleitung ¹ Die Statuten können für die Vergütungen von Mitgliedern der Geschäftsleitung, die nach der Genehmigung der fixen Vergütung ernannt werden, einen Zusatzbetrag vorsehen. ² Die Generalversammlung muss die Vergütungen, die gestützt auf Absatz 1 ausgerichtet werden, nicht genehmigen.
--------------	---

3.1 Dispositive Bestimmung

Das Grundkonzept einer dispositiven Regelung, wie, wann und welche Bestandteile der Vergütungssummen durch die Generalversammlung festzusetzen sind, ebenso wie die statutarische Möglichkeit, ein alternatives Modell vorzusehen, ist opportun. Die drei Bedingungen nach Art. 18 Abs. 3 VE-VgdA sind jedoch zwingend einzuhalten.^{31, 32}

Jedoch fragt sich, ob nicht auch die variablen Vergütungen (Art. 18 Abs. 1 Ziff. 2, 4 und 6 VE-VgdA) dispositiv in einer prospektiven Abstimmung beschlossen werden sollen, da diese Variante in der Praxis eher angewandt werden wird als die ex-post-Abstimmung. Denn zwar ist es richtig, dass die variablen Vergütungen «schwergewichtig von Kriterien ab[hängen], die erst nach Abschluss des Geschäftsjahrs bzw. nach Erstellung des Geschäftsberichts definitiv vorliegen», wie der Bericht³³ darlegt.

Ebenso entspräche die retrospektive Abstimmung der erfolgsabhängigen Vergütungsbestandteile eigentlich dem *Geiste des Aktienrechts* und des «Leitgedanken[s], dass über erfolgs- und leistungsabhängige Vergütungsbestandteile erst dann abschliessend entschieden wird, wenn die Ergebnisse des Vorjahres vorliegen, also *retrospektiv*»³⁴. Die Festsetzung der Tantieme gilt denn seit jeher als *unübertragbare Befugnis der Generalversammlung*³⁵, wobei solche «Gewinnanteile an Mitglieder des Verwaltungsrates nur dem Bilanzgewinn entnommen werden [dürfen] und nur zulässig [sind], nachdem die Zuweisung an die gesetzliche Reserve gemacht und eine Dividende von 5 Prozent oder von einem durch die Statuten festgesetzten höheren Ansatz an die Aktionäre ausgerichtet worden ist»³⁶.

Doch um «Rechtssicherheit für die Gesellschaft bzw. ihre Organe» zu verschaffen, wird dennoch eher eine ex-ante-Abstimmung angestrebt.³⁷ Zu bedenken ist schliesslich, dass von der Generalversammlung beschlossene, insbesondere variable Vergütungssummen gar nicht zwingend ausgeschüttet werden müssen – sie stellen viel mehr *die obere Schranke*, ein Kostendach dar. Denn gleichzeitig zum erwirkten Generalversammlungsbeschluss müssen ohnehin auch die individuellen Zielvereinbarungen wie auch die etwaigen exogenen Kriterien der Erfolgs- und Beteiligungspläne erfüllt sein, um variable Vergütungen geltend machen zu können.³⁸

3.2 Zusatzbetrag für neue GL-Mitglieder

Grundsätzlich zu unterstützen ist die Ausnahmebestimmung nach Art. 19 VE-VgdA, wonach später hinzustossende Mitglieder der Geschäftsleitung für die Dauer bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung aus einem Zusatzbetrag vergütet werden können. Gleichsam muss zwingend verhindert werden, dass hierdurch eine Carte Blanche für den Verwaltungsrat entstehen

³¹ Vgl. CLAUDIO KUSTER, 24-teiliges Puzzlespiel wider die Abzockerei, NZZ, 4. März 2013, S. 21.

³² Anmerkung zum Bericht, 3.8.3, wonach «[k]onsultativ wirkende Abstimmungen, beispielsweise über den Vergütungsbericht [...] unzulässig» seien: Solche Abstimmungen sollen durchaus *komplementär* erlaubt bleiben, dürfen jedoch nicht eine der nunmehr zwingenden und bindenden Abstimmungen *substituieren*.

³³ Bericht, 3.8.1.

³⁴ CHRISTOPH B. BÜHLER, Showdown in der Vergütungsfrage: Volksinitiative «gegen die Abzockerei» oder indirekter Gegenentwurf des Parlaments, GesKR Online-Beitrag 1/2012, IV.B.2.b)aa).

³⁵ Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR.

³⁶ Art. 677 OR.

³⁷ Vgl. VON DER CRONE/HUBER (Fn. 71), VI.B.2.

³⁸ Vgl. VON DER CRONE/HUBER (Fn. 71), VI.B.3.

kann. Neue Mitglieder der Geschäftsleitung sollen nicht mit unbeschränkt hohen Summen angeworben und vergütet werden können. Ansonsten würde das Verbot von Vergütungen im Voraus³⁹ umgangen.

Der fakultative Zusatzbetrag nach Art. 12 Abs. 2 Ziff. 5 VE-VgDA muss daher zwingend ein exakt festgelegter, maximal zulässiger (globaler oder individueller) Geldbetrag darstellen. Allgemein-unbestimmte oder gar delegierende Statuteninhalte wären verfassungswidrig.

Zudem muss gewährleistet sein, dass der statutarisch zur Verfügung gestellte Betrag nur *pro rata temporis* ausgeschüttet werden darf. Ansonsten könnte wenige Monate oder gar Wochen vor der ordentlichen Generalversammlung ein neues Geschäftsmitglied eingestellt werden und diesem den kompletten – eigentlich für längere Fristen reservierte – Zusatzbetrag überwiesen werden:

Art. 19 Abs. 1^{bis} (neu)

^{1bis} Für ein unvollständiges Dienstjahr ist der Zusatzbetrag höchstens entsprechend der Dauer des Arbeitsverhältnisses bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung zu gewähren.

Als alternative Lösungen bieten sich zudem an:

- Falls die Abstimmung über die Vergütungssummen der Mitglieder der Geschäftsleitung ex ante geregelt ist: Hier könnte (gesetzlich oder statutarisch) ermöglicht werden, Zusatzbeträge für neue GL-Mitglieder supplementär in die ex-ante-Abstimmung an der nächsten ordentlichen Generalversammlung miteinzubeziehen.
- Bei ex-post-Abstimmungen ergibt sich kein besonderer Handlungsbedarf, da sowieso alle Vergütungen retrospektiv vor die Generalversammlung gelangen.

3.3 Ablehnung eines Gesamtbetrags

Nicht zielführend ist die Bestimmung, wonach eine neue Generalversammlung einzuberufen sei, wenn die Generalversammlung einen Gesamtbetrag nicht genehmigt und der Verwaltungsrat darauf keinen neuen Antrag vorlegt oder ebenso der etwaige neue Antrag des Verwaltungsrats abgelehnt wird (Art. 18 Abs. 2 VE-VgDA). Das Einberufen einer ausserordentlichen Generalversammlung sollte bloss als Ultima ratio vorgesehen werden.

Ebenfalls falsch wäre, bei einer Ablehnung einer Vergütungssumme einfach den letztjährigen, genehmigten Betrag für ein weiteres Jahr zur Verfügung zu stellen. Ein solches Vorgehen würde letztlich die etwaig angestrebte Reduktion einer solchen Summe praktisch verunmöglichen, da die Vergütungen nur noch ansteigen, jedoch kaum mehr sinken würden. Ein solches Prozedere wäre nicht im Sinne der Verfassungsnorm. (Die Regelung des Status-quo-Weiterführens gilt freilich bei abgelehnten Statutenänderungen – nicht jedoch für refüsierte Vergütungssummen.)

Denn gerade die institutionellen Anleger, die Pensionskassen und Stimmrechtsberater weisen den unabhängigen Stimmrechtsvertreter zumeist an, bei solchen nicht-angekündigten Anträgen stets *gegen den Verwaltungsrat* zu stimmen (oder zumindest sich zu enthalten). Erreicht also der erste, angekündigte Antrag das erforderliche Mehr nicht, so wird in der Praxis mit grosser Wahrscheinlichkeit auch der zweite, nicht-angekündigte Antrag – und sei er noch im Sinne der

³⁹ Art. 95 Abs. 3 lit. b Satz 1 BV.

Aktionäre – durchfallen. Ohne eine derartige Weisung wird zudem die unabhängige Stimmrechtsvertretung richtigerweise nicht mehr automatisch dem Verwaltungsrat folgen.⁴⁰

Überdies wäre es schliesslich untauglich, den Zweitantrag des Verwaltungsrats bereits im Voraus, auf der Einladung explizit zu traktandieren. Sodann würde nämlich einfach der niedrigere der zwei Summen als effektiv gewünschter Betrag vorgeschlagen, während die höhere Vergütungssumme zum «Dummyantrag» verkäme.

3.3.1 Ermöglichung von Gegenanträgen statt blosser Genehmigungskompetenz

Die Lösung findet sich in Analogie zur «Festsetzung der Dividende und der Tantieme»⁴¹ durch die Generalversammlung und zur «Festsetzung der Entschädigung der Geschäftsführer»⁴² durch die Gesellschafterversammlung (in der *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*) sowie unter Respektierung des Zwecks im Ingress von Art. 95 Abs. 3 BV: Die Aktionäre sollen die durch den Verwaltungsrat vorgeschlagenen Vergütungssummen *nicht bloss genehmigen oder ablehnen* können.

Im Sinne der postulierten Aktionärsdemokratie müssen *die Aktionäre stattdessen zwingend auch eigene Gegenanträge stellen* können. Dieser Miteinbezug der Eigentümer ist weitaus zweckmässiger und zielführender als die vorgeschlagenen Ad-hoc-Anträge nach Art. 18 Abs. 2 VE-VgDA. Eine reine Genehmigungskompetenz der Versammlung widerspräche dem Geiste der Verfassungsnorm.

Zuletzt ist es evident, dass das enge Unmittelbarkeitsprinzip der Generalversammlung de lege lata nicht mehr zeitgemäss ist und daher vermehrt in die willensbildende und de facto beschlussfassende Vorphase der Versammlung gelegt werden soll.⁴³ Der Verfassungsartikel trägt diesem berechtigten Ansinnen immerhin Rechnung, indem die «Aktionärinnen und Aktionäre elektronisch fernabstimmen [können]»⁴⁴ müssen. Weitere Massnahmen in diesem Sinne sind begrüssenswert.

Es sollte zuletzt noch klargestellt werden, dass nicht nur «die Vergütungen», sondern «alle Vergütungen» in die Festsetzung miteinzubeziehen sind. Aus all diesen Gründen drängt sich daher folgender möglicher Wortlaut auf:

Art. 2 Ziff. 4

Die Generalversammlung hat die folgenden unübertragbaren Befugnisse:

4. die Festsetzung aller Vergütungen des Verwaltungsrates, der Personen, die vom Verwaltungsrat ganz oder zum Teil mit der Geschäftsführung betraut sind (Geschäftsleitung) und des Beirates.⁴⁵

Womöglich wird von anderen Anhörungsadressaten verlangt werden, dass nicht nur das Verfahren nach Art. 18 Abs. 1 VE-VgDA statutarisch geändert werden können soll, sondern ebenso Art. 18 Abs. 2, also den Mechanismus bei Nicht-Genehmigung. Davon ist jedoch Abstand zu

⁴⁰ Art. 10 Abs. 2 VE-VgDA, vgl. hinten 13.2.

⁴¹ Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR.

⁴² Art. 804 Abs. 2 Ziff. 6 OR.

⁴³ Vgl. statt vieler: FORSTMOSER (Fn. 72), IX.E.c).

⁴⁴ Art. 95 Abs. 3 lit. a Satz 2 Teilsatz 1 BV; vgl. hinten 6.

⁴⁵ Sowie weitere analoge Anpassungen in Art. 12 Abs. 2, Art. 18 und 19 VE-VgDA.

nehmen, da hierdurch unweigerlich versucht werden würde, den Zweck der Bestimmung zu umgehen.

3.4 Mehrjährige Vergütungen

Einer der Verfasser⁴⁶ hat vor einiger Zeit die Idee aufgeworfen, die Vergütungssummen nicht nur für *ein* Jahr bestimmen zu können, sondern ebenso prospektiv über *mehrere Jahre* hinweg. Es entstünde sodann eine Art «Vergütungspool» über eine Phase von vielleicht zwei oder drei Geschäftsjahren, der jährlich von der Generalversammlung zusätzlich geäuftet würde und aus jenem die Beträge für die variablen Vergütungen entnommen werden könnten. Die Idee wurde auch von anderen Autoren aufgegriffen und weiterentwickelt.⁴⁷

Davon ist jedoch Abstand zu nehmen, wie auch der Bericht⁴⁸ darlegt. Denn damit würde einerseits die verlangte Synchronität zwischen dem Generalversammlungsbeschluss und dem Geschäftsjahr verletzt. Andererseits könnte und die ebenso verlangte Periodizität («stimmt *jährlich* über die Gesamtsumme aller Vergütungen [...] ab»⁴⁹) darunter leiden, weil der Vergütungspool somit gar nicht jedes Jahr frisch gespiesen werden müsste: Er könnte so im Jahr X übermässig hoch alloziert werden, in den Jahren X+1 und X+2 jedoch mit null Franken, womit faktisch ein Dreijahresrhythmus entstünde.

Und drittens schliesslich böte ein solches Gefäss auch die latente Gefahr von Missbrauch: Gerade in unruhigen Phasen und beim Ausscheiden von einer Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrates könnte ein solches Reservoir allzu leicht als «Abgangsentschädigungs-Pool» zweckentfremdet werden.

3.5 Ausschluss der Organmitglieder vom Stimmrecht

«Die Ausrichtung am Wohl des Verbands [hier: der Gesellschaft] ist gefährdet, wenn der Beschluss persönliche Interessen des Stimmberechtigten oder Interessen von Personen, die ihm nahestehen, berührt. [...] Wer bei einem bestimmten Geschäft befangen ist, tritt in den Ausstand.»⁵⁰

Die Problematik stellt sich im geltenden Recht am offensichtlichsten bei der Erteilung der Décharge, wo «[d]as Verbot [des Stimmrechts der Organmitglieder] einen besonders brisanten Fall eines Interessenkonfliktes heraus[greift] und das geradezu stossende Possenspiel einer Selbstentlastung verhindern [will]»⁵¹. Das deshalb ruhende Stimmrecht⁵² «dient dabei der Durchsetzung der Kompetenzabgrenzung zwischen Aktionären und Exekutivorganen, aber auch dem Minderheitenschutz.»

⁴⁶ KUSTER (Fn. 1).

⁴⁷ HANS-UELI VOGT/MANUEL BASCHUNG, Wie weiter im Aktienrecht nach der Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei»? GesKR 1/2013, II.2.5.ac.; THERESE AMSTUTZ, Nach Annahme der Minder-Initiative, KPMG/Legal 2013, 4.2 (<http://www.kpmg.com/CH/de/Library/Articles-Publications/Documents/Legal/pub-20130506-nach-annahme-der-minder-initiative-de.pdf>); DAVID OSER/ANDREAS F. MÜLLER, Entwurf einer Verordnung zur Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV (Minder-Initiative), GesKR Online-Beitrag 2/2013, S. 4.

⁴⁸ Bericht, 3.8.3.

⁴⁹ Art. 95 Abs. 3 lit. a Satz 1 BV.

⁵⁰ WOLFGANG ERNST, Kleine Abstimmungsfibel – Leitfaden für die Versammlung, Zürich 2011, Rz. 52 f.

⁵¹ PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009, § 12 Rz. 437.

⁵² Art. 695 Abs. 1 OR.

Ein Bundesgerichtsentscheid⁵³ bestätigte denn, dass «[d]em Sinn und Zweck des Stimmrechtsausschlusses gemäss Art. 695 Abs. 1 OR entsprechend alle an der Versammlung anwesenden Personen vom Stimmrecht ausgeschlossen [sind], die als Organe vom Entlastungsbeschluss betroffen sind», wodurch der Stimmrechtsausschluss auch für alle *durch den Organvertreter partizipierenden Aktien* gilt. Der Stimmrechtsausschluss dient somit «einer innergesellschaftlichen Gewaltenteilung und ist ein Element des Minderheitsschutzes»⁵⁴.

Bei den zukünftigen *Vergütungsabstimmungen*⁵⁵ sind Befangenheit und Interessenkonflikte mindestens ebenso stark innewohnend wie beim Entlastungsbeschluss. So bedenkt denn auch HÄUSERMANN: «Mitglieder der Unternehmensleitung (Verwaltungsrat und Geschäftsleitung) halten in der Regel Aktien ihrer Gesellschaft. Ihr Stimmenanteil bewegt sich zwar oft im Promillebereich. Trotzdem könnte der Vorwurf laut werden, dass die Unternehmensleitung an der GV über ihre eigenen Vergütungen abstimmen darf. Der Gesetzgeber könnte diesem Vorwurf zuvorkommen, indem er Organpersonen in Vergütungsangelegenheiten vom Stimmrecht ausschliesst.»⁵⁶

Nach WATTER/DUBS gar «drängt sich eine analoge Anwendung der Ausserkraftsetzung des Stimmrechtsprivilegs der Stimmrechtsaktien im Rahmen der (einen) Beschlussfassung über die Déchargeerteilung ebenso auf wie der Stimmrechtsausschluss im Sinne von Art. 695 Abs. 1 OR im Rahmen einer allfälligen Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage [...]»⁵⁷. Nach teleologischer Interpretation des ruhenden Stimmrechtsprivilegs⁵⁸ sei «der Zweck dieser Bestimmung [...] die Ermöglichung einer objektiven und wirksamen Kontrolle der Verwaltung im Interesse der nicht privilegierten Aktionäre.»⁵⁹ Die Schutzzwecke der beiden Ausschlüsse, beim Stimmrecht der Organmitglieder einerseits und beim Stimmrechtsprivileg andererseits, seien nicht überschneidende, sondern hätten je eigenständigen Charakter und Zweck. Sie seien daher je zusätzlich zur Geltung zu bringen.

Aus diesen Gründen haben analog zu den Ausschlüssen sowohl des Stimmrechts der Organmitglieder beim Décharge-Beschluss wie auch des Stimmrechtsprivilegs bei der Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage, diese auch bei den *Vergütungsabstimmungen* zu gelten:

Art. 18 Abs. 2^{bis} (neu)

^{2bis} Bei den Abstimmungen nach Artikel 12 und Artikel 18 Absatz 1 und 2:

1. haben Personen, die in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben oder teilnehmen, kein Stimmrecht;
2. ist die Bemessung des Stimmrechts nach der Zahl der Aktien nicht anwendbar.

⁵³ BGE 128 III 142 vom 7. Februar 2002.

⁵⁴ ROLF WATTER/DIETER DUBS, Der Déchargebeschluss, AJP/PJA 8/2001, 908, C.1.

⁵⁵ Die eigentlichen Vergütungsabstimmungen nach Art. 18 Abs. 1 und 2, jedoch ebenso die darauf fussenden statutarischen Beschlüsse nach Art. 12 VE-VgdA.

⁵⁶ DANIEL M. HÄUSERMANN, «Abzocker»-Initiative umsetzen – aber wie?, SJZ 109 (2013) Nr. 7, IV.C.

⁵⁷ WATTER/DUBS, (Fn. 54), B.IV.

⁵⁸ Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR.

⁵⁹ WATTER/DUBS (Fn. 54), B.IV.

4. Jährliche Einzelwahlen durch die Generalversammlung

4.1 Wahl des Präsidenten des Verwaltungsrats und seiner Stellvertreter

Lit. a Satz 2 Sie [die Generalversammlung] wählt jährlich die Verwaltungsratspräsidentin oder den Verwaltungsratspräsidenten [...].	Art. 2 Die Generalversammlung hat die folgenden unübertragbaren Befugnisse: 1. die Wahl des Präsidenten des Verwaltungsrates und gegebenenfalls der Stellvertreter; [...] Art. 4 Wahl und Amtsdauer des Verwaltungsratspräsidenten ¹ Die Generalversammlung wählt den Präsidenten des Verwaltungsrates und allfällige Stellvertreter. ² Die Amtsdauer endet an der nächsten ordentlichen Generalversammlung. Wiederwahl ist möglich. ³ Die Generalversammlung ist berechtigt, den Präsidenten des Verwaltungsrates und allfällige Stellvertreter abzuberufen.
---	--

Mit der Wahl des Präsidenten des Verwaltungsrates gleichzeitig seine Stellvertreter zu ernennen, erscheint sinnvoll, um gleichsam proaktiv die Frage von etwaigen Vakanzen zu klären. Anstatt jedoch «allfällige Stellvertreter» zu wählen, könnte naheliegenderweise ins Auge gefasst werden, gleich die zusammen portierten Vizepräsidenten zu wählen, welche die Führung beim Wegfall des Präsidenten ad interim übernehmen, so wie es auch heute zumeist gehandhabt wird. Ebenfalls zu unterstützen ist die Erweiterung des Abberufungsrechts auf das Präsidium.

Allerdings sollte für den Fall eine Fallback-Klausel statuiert werden, dass sowohl der Präsident wie auch allfällige Stellvertreter beziehungsweise Vizepräsidenten unterjährig aus dem Verwaltungsrat ausscheiden. Gerade wenn von der Wahl von Suppleanten kein Gebrauch gemacht wurde, kann dies sehr wohl vorkommen. Um hierfür keine ausserordentliche Generalversammlung einberufen zu müssen, sei in solchen Konstellationen subsidiär, für die Dauer bis zur nächsten Generalversammlung, auf die heutige Selbstkonstituierung⁶⁰ zurückgegriffen:⁶¹

Art. 4 Abs. 4 (neu)

⁴ Scheidet der Präsident des Verwaltungsrates und allfällige Stellvertreter aus, so bezeichnet der Verwaltungsrat seinen Präsidenten für die Dauer bis zur nächsten Generalversammlung.

4.2 Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats

Lit. a Satz 2 Sie [die Generalversammlung] wählt jährlich [...] einzeln die Mitglieder des Verwaltungsrates [...].	Art. 3 Wahl und Amtsdauer der Mitglieder des Verwaltungsrates ¹ Die Generalversammlung wählt die Mitglieder des Verwaltungsrates einzeln. ² Die Amtsdauer endet an der nächsten ordentlichen Generalversammlung. Wiederwahl ist möglich.
--	---

⁶⁰ Art. 712 Abs. 1 OR.

⁶¹ So auch HÄUSERMANN, (Fn. 56), V.B.1.

4.2.1 «Cumulative Voting»

Da fortan – im Gegensatz zum geltenden Recht⁶² – die Mitglieder des Verwaltungsrats nach Art. 3 Abs. 1 VE-VgDA zwingend einzeln gewählt werden müssen, könnte sich dereinst die Frage stellen, ob nunmehr die sog. «Proporzwahl des Verwaltungsrats» noch zulässig wäre. In der Praxis kommt dieses Wahlverfahren zwar – im Gegensatz beispielsweise zu den USA⁶³ – bei keiner Gesellschaft im Geltungsbereich zur Anwendung, doch wird das Ansinnen auch hierzulande immer wieder propagiert⁶⁴.

Eine eigentliche Proporzwahl⁶⁵ wäre im neuen Regime *nicht mehr* möglich, da diese einer Verhältniswahl mit Wahllisten entspricht: Das Elektorat (hier: das Aktionariat) wählt also primär vorgegebene Listen von Parteien (hier: Aktionärsgruppierungen, Investoren usw.) und kann gegebenenfalls zweitrangig auf einzelne Portierte auf den jeweiligen Listen Einfluss nehmen (durch Streichen, Panaschieren und Kumulieren). Die Proporzwahl ist daher mit der *Einzelwahl nicht vereinbar*.

Jedoch liegt hier ein Grundlagenirrtum (oder zumindest eine Falschbezeichnung) vor, da mit der hervorgebrachten «Proporzwahl» effektiv gar keine solche (wie oben skizziert) verlangt wird, sondern tatsächlich ein sog. «Cumulative Voting»⁶⁶ gemeint ist. Letztere ist aber eigentlich eine Majorzwahl, welche indessen gleichsam zu einer proportionaleren Repräsentation führt, mithin Minderheitsaktionären überhaupt erst ermöglicht, einen Vertreter in den Verwaltungsrat zu entsenden.

Denn die zur Verfügung stehenden (kapitalmässigen) Stimmen je Aktionär können nicht nur in gleichen Teilen für die zu wählenden Sitze abgegeben werden, sondern eben auch *kumuliert* – und dadurch allesamt auf einen Sitz beziehungsweise Kandidaten konzentriert zufließen. Sind an einer Versammlung beispielsweise fünf Verwaltungsräte zu wählen und werden 10 000 Stimmen abgegeben, so kann eine Minorität bereits mit 1667 Stimmen mit einem Vertreter ins Gremium einziehen.

Eine absolute Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen⁶⁷ muss sodann auch nicht mehr zwingend erreicht werden, da jene Hürde statutarisch wegbedungen werden kann. Die «Proporzwahl» entspricht sodann einem sog. «Multi member first-past-the-post cumulative voting».⁶⁸

⁶² Art. 710 Abs. 1 OR sieht keine Einzelwahl vor, weshalb derzeit auch andere Wahlverfahren wie insb. die Wahl in corpore zulässig sind.

⁶³ Vgl. RICHARD SIEGLER/EVA TALEL, Cumulative Voting Revisited, New York Law Journal, Vol. 233–No. 85, 4. Mai 2005 (<http://www.stroock.com/SiteFiles/Pub341.pdf>).

⁶⁴ Vgl. MARCO SALVI, «Kumulus» – Langfristigkeit für Aktiengesellschaften, in: Gerhard Schwarz, Urs Meister (Hrsg.): Ideen für die Schweiz, 44 Chancen, die Zukunft zu gewinnen, S. 247 ff.

⁶⁵ Vgl. WOLF LINDER, Schweizerische Demokratie, Institutionen – Prozesse – Perspektiven, 3. A., Bern 2012, 4.D.

⁶⁶ U.S. SEC: «Cumulative voting is a type of voting process that helps strengthen the ability of minority shareholders to elect a director. This method allows shareholders to cast all of their votes for a single nominee for the board of directors when the company has multiple openings on its board. In contrast, in "regular" or "statutory" voting, shareholders may not give more than one vote per share to any single nominee.» (<http://www.sec.gov/answers/cumulativevote.htm>); vgl. m.w.H. BÖCKLI (Fn. 51), § 13 Rz. 80 ff.

⁶⁷ Nach Art. 703 OR.

⁶⁸ Zu den Social Choice-Problemen, insb. dem strategischen Wählen und der *Unabhängigkeit von irrelevanten Alternativen*, die mit solchen Wahlverfahren einhergehen, vgl. GEORGE G. SZPIRO, Die verflixte Mathematik der Demokratie, Berlin Heidelberg 2011, 5., 7.

4.3 Wahl der Mitglieder des Vergütungsausschusses

Lit. a Satz 2 Sie [die Generalversammlung] wählt jährlich [...] die Mitglieder [...] des Vergütungsausschusses [...].	Art. 2 Die Generalversammlung hat die folgenden unübertragbaren Befugnisse: [...] 2. die Wahl der Mitglieder des Vergütungsausschusses; [...] Art. 7 ¹ Die Generalversammlung wählt die Mitglieder des Vergütungsausschusses einzeln. ² Wählbar sind nur Mitglieder des Verwaltungsrates. ³ Die Amtsdauer endet an der nächsten ordentlichen Generalversammlung. Wiederwahl ist möglich. ⁴ Die Statuten bestimmen die Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses. Art. 12 ¹ Die Statuten müssen Bestimmungen enthalten über: [...] 3. die Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses.
---	---

4.3.1 Einsitznahme von externen Mitglieder

Heute kann der Verwaltungsrat «die Vorbereitung und die Ausführung seiner Beschlüsse oder die Überwachung von Geschäften Ausschüssen oder einzelnen Mitgliedern zuweisen». ⁶⁹ Die Mitglieder von Ausschüssen sind also aus dem Kreis des Verwaltungsrats zu bezeichnen. In der Praxis werden jedoch in den Ausschüssen oftmals Fachpersonen beigezogen oder solche mit Aufträgen mandatiert. Gerade in Salarierungsfragen werden so häufig Vergütungsexperten herangezogen.

Es sei daher in Betracht zu ziehen, die Wählbarkeit der Mitglieder des Vergütungsausschusses *nicht* auf die Eigenschaft als Mitglied des Verwaltungsrates einzuschränken (Art. 7 Abs. 2 VE-VgDA), sondern auf Aktionäre oder externe Personen auszudehnen. Dadurch könnte die Empfehlung des *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance* («Swiss Code») ⁷⁰ nach Unabhängigkeit unterstrichen und weiterentwickelt werden. Wie gezeigt entspricht das Einbeziehen von Vergütungsberatern durch den Vergütungsausschuss sowieso der gelebten Praxis – deren offizielle Wahl durch das Aktionariat würde so ihre Legitimation stärken. ⁷¹

So wurde denn auch in den letzten Jahren immer wieder die ähnliche Idee diskutiert, die Ernennung von *Aktionärsausschüssen* für gewisse Aufgaben zu ermöglichen. ⁷² Wenigstens soll aber der

⁶⁹ Art. 716a Abs. 2 OR.

⁷⁰ Economiesuisse, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Zürich 2007 («Swiss Code»), Anhang 1, Ziff. 2.

⁷¹ Anderer Ansicht: HANS CASPAR VON DER CRONE/ADRIANO R. HUBER, Festlegung von Vergütungen in Publikumsgesellschaften, SJZ 109 (2013) Nr. 13, III.1.

⁷² Vgl. PETER FORSTMOSER, Die «grosse» Aktienrechtsreform – Übersicht und Gesamtwürdigung, in: Rolf Watter (Hrsg.): Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Zürich/St. Gallen 2010, 1, IX.E.d); STEPHAN HOSTETTLER, Managersaläre,

Vergütungsausschuss im Vergütungsbericht publizieren, welche externen Personen und Organisationen beigezogen wurden, wie es auch der Swiss Code⁷³ verlangt.⁷⁴

4.3.2 Aufgaben und Zuständigkeiten

Ob die Statuten jedoch zwingend «die Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses» (Art. 7 Abs. 4 sowie Art. 12 Abs. 1 Ziff. 3 VE-VgdA) enthalten müssen, sei dahingestellt. Unseres Erachtens könnte, anstatt den Katalog des zwingend notwendigen Statuteninhalts⁷⁵ um einen einzigen von diversen Ausschüssen zu erweitern, der Aufgabenbeschrieb auch in einem (öffentlichen) Organisations- oder Vergütungsreglement Eingang finden.⁷⁶

Die *Richtlinie Corporate Governance* der Börse SIX Swiss Exchange⁷⁷ verlangt zudem längst, die «[p]ersonelle Zusammensetzung sämtlicher Verwaltungsratsausschüsse, deren Aufgaben und Kompetenzabgrenzung»⁷⁸ «im jährlichen Geschäftsbericht in einem eigenen Kapitel zu veröffentlichen»⁷⁹. Eher sei daher diese Regelung ins Recht zu überführen, wobei sich in der Praxis dabei offensichtlich nichts änderte.

Dass jedoch dem Vergütungsausschuss eine (gegenüber dem geltenden Recht) erweiterte finale Beschlusskompetenz⁸⁰ zugewiesen werden können soll⁸¹, ist weder gefordert noch erwünscht. Diese Neuerung stellte immerhin einen gewissen Einbruch in die «unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben»⁸² dar, welche dem Verwaltungsrat *in corpore* «die Oberleitung der Gesellschaft», «die Festlegung der Organisation», «die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und der Vertretung betrauten Personen» und «die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen» zuweist.

Der Vergütungsausschuss – wie auch die übrigen Ausschüsse des Verwaltungsrates – soll grundsätzlich weiterhin ein vorbereitendes, ausführendes und überwachendes⁸³ Gremium darstellen, auch wenn seine Mitglieder fortan das Plazet der Generalversammlung erhalten.⁸⁴

Wertorientierte Vergütung – Entscheidungsgrundlagen für Führungskräfte, 10.8, Orell Füssli Zürich 2010; PETER FORSTMOSER, Interview «Stimmrechtsberater sind ein Problem», Plädoyer, 5/12, S. 10 f.; DANIEL M. HÄUSERMANN, Vom Aktionärsausschuss zur Organisationsfreiheit, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 131 (2012), Nr. I/2012, S. 87-116.

⁷³ Swiss Code (Fn. 70), Anhang 1, Ziff. 8.

⁷⁴ Vgl. KARIM MAIZAR, Offenlegung von Vergütungen «post Minder», GesKR-Tagung «Entschädigungsrecht in kotierten Gesellschaften «post Minder»», 6. März 2013, Folie 18 Ziff. 1.

⁷⁵ Art. 626 OR.

⁷⁶ Vgl. Art. 731d Abs. 2 Ziff. 1 OR-iGv (Fn. 98), der «die Zuständigkeiten und das Verfahren zur Festlegung der Vergütungen» ebenso im Vergütungsreglement festlegen wollte.

⁷⁷ Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance vom 29. Oktober 2008 (RLCG) (http://www.six-exchange-regulation.com/admission_manual/06_15-DCG_de.pdf).

⁷⁸ Anhang RLCG (Fn. 77), Ziff. 3.4.2.

⁷⁹ Art. 6 RLCG (Fn. 77).

⁸⁰ Die neuerlichen Zuständigkeiten der Generalversammlung vorbehalten.

⁸¹ Bericht, 9.3.

⁸² Art. 716a Abs. 1 OR.

⁸³ Art. 716a Abs. 2 OR.

⁸⁴ Anderer Ansicht: VON DER CRONE/HUBER (Fn. 71), IV.2.

4.3.3 Universeller «Ausschuss»

Letztlich könnte die Frage auftauchen, ob fortan ein Ausschuss, der sich mit Vergütungsfragen befasst (Vergütungsausschuss, «Compensation Committee», «Remuneration Committee» usw.⁸⁵), überhaupt zwingend gebildet werden müsse.⁸⁶ Denn gerade ein mit eher wenig Mitgliedern bestückter Verwaltungsrat kann sich dieser Thematik durchaus auch *in corpore* annehmen.⁸⁷ Die Erweiterung des Vergütungsausschusses auf *alle* gewählten Mitglieder des Verwaltungsrates sei daher nicht zu verbieten⁸⁸, zumal die Beschlusskompetenz wie dargelegt⁸⁹ sowieso weiterhin dem Gesamtgremium obliegen soll.

Ein derartiger universeller «Ausschuss» darf indessen nicht dazu führen, dass der Generalversammlung die Kompetenz entzogen wird, die Mitglieder in jenes Gremium zu *wählen*.⁹⁰ Denn es könnte sich durchaus ergeben – dies ist die Raison d'être einer jeder Wahl –, dass die Eigentümer dem Ansinnen des Verwaltungsrates nicht folgen und einen oder mehrere Portierte *nicht* wählen, wodurch wieder ein *echter* Ausschuss entstünde.

4.4 Wahl der unabhängigen Stimmrechtsvertretung

Lit. a Satz 2 Sie [die Generalversammlung] wählt jährlich [...] die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder den unabhängigen Stimmrechtsvertreter.	Art. 2 Die Generalversammlung hat die folgenden unübertragbaren Befugnisse: [...] 3. die Wahl eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters oder mehrerer unabhängiger Stimmrechtsvertreter; [...] Art. 8 Wahl und Amtsdauer ¹ Die Generalversammlung wählt einen oder mehrere unabhängige Stimmrechtsvertreter. ² Wählbar sind natürliche oder juristische Personen oder Personengesellschaften. Die Unabhängigkeit richtet sich nach Artikel 728 OR. ³ Die Amtsdauer endet an der nächsten ordentlichen Generalversammlung. Wiederwahl ist möglich. ⁴ Die Generalversammlung kann einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter jederzeit mit sofortiger Wirkung abberufen.
--	--

⁸⁵ Werden die Vergütungsfragen einem anderen Ausschuss zugewiesen, bspw. einem «Corporate Governance»-, «HR»- oder «Nomination Committee», so gelten die Bestimmung natürlich analog.

⁸⁶ Faktisch unterhalten heute praktisch alle Gesellschaften im Geltungsbereich einen Vergütungsausschuss, während 2006 erst 38 Prozent einen bestellt hatten (KPMG, Management Compensation in der Schweizer Praxis, Zürich 2006); der Swiss Code (Fn. 70), Ziff. 25 f., sieht die Einsetzung eines Entschädigungsausschusses seit 2002 vor; ablehnend hierzu GLANZMANN (Fn. 21), IV.1.

⁸⁷ Vgl. Swatch Group AG, Geschäftsbericht 2012, S. 131: «Der Verwaltungsrat verfügt über ein [...] Compensation Committee. Dene Usschüss, wo separat (ir Regu aasschliessend ane ordentlichi Sitzig) tage, ghöre wäg der relativ chlyne Aazahl Verwaltungsrät vor Gsellschaft alli Mitglieder vom Verwaltungsrat a [...]» Dem Verwaltungsrat und somit auch dem Vergütungsausschuss gehörten 2012 sechs Mitglieder an.

⁸⁸ Anderer Ansicht: VON DER CRONE/HUBER (Fn. 71), IV.3, für die ein Ausschuss aus mindestens zwei Mitgliedern und nicht aus dem gesamten Verwaltungsrat bestehen darf. Vgl. hierzu auch Fn. 87.

⁸⁹ Vgl. vorne 4.3.2.

⁹⁰ Vgl. hierzu auch die Strafbestimmung nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 6 VE-VgDA.

Die Möglichkeit zur Wahl nicht nur von einem, sondern von mehreren unabhängigen Stimmrechtsvertretern, ebenso wie die Offenheit ihrer Rechtsform und das Erfordernis der Unabhängigkeit (Art. 8 Abs. 1 und Abs. 2 VE-VgdA) sind zu unterstützen. Gerade im Hinblick auf die wegfallenden Organ- und Depotstimmrechtsvertretungen⁹¹ und die im Folgenden beleuchteten Fragen wäre eine gewisse Diversifizierung dieses institutionellen Stimmrechtsvertreters durchaus opportun.

Eine terminologische/redaktionelle Inkohärenz besteht darin, dass in Art. 2 Ziff. 3, Art. 8, 9, 10 und 30 VE-VgdA ein personifizierter «Stimmrechtsvertreter» verwendet wird, während in Art. 24 Abs. 1 (wie auch in Art. 11) jedoch von einer institutionalisierten «Stimmrechtsvertretung» gesprochen wird. Es sollte der Einheitlichkeit halber die durchgängige «Stimmrechtsvertretung» gewählt werden.

4.4.1 Amtsdauer bis ans Ende der Versammlung

Art. 8 Abs. 3 VE-VgdA sollte klarer zum Ausdruck bringen, dass die Amtsdauer nicht irgendwann am Tag der nächsten ordentlichen Generalversammlung endet, sondern erst *mit dem Ende* jener Versammlung:

Art. 8 Abs. 3

³ Die Amtsdauer endet mit dem Ende der nächsten ordentlichen Generalversammlung. Wiederwahl ist möglich.

4.4.2 Subsidiäre Wahl durch Verwaltungsrat

Analog zur Übergangsbestimmung nach Art. 30 Abs 1 VE-VgdA soll geregelt werden, was geschieht, wenn – beispielsweise durch Hinschied, Konkurs, Wegfallen der Eigenschaft der Unabhängigkeit oder weil an der letzten Versammlung schlicht kein Kandidat die Mehrheit der abgegebenen Stimmen erhielt – *keine* unabhängige Stimmrechtsvertretung mehr vorliegt.

Hier anbietet sich die pragmatische und letztlich in *allen* Fällen anwendbare Fallback-Lösung der subsidiären Wahl durch den Verwaltungsrat, wie es auch die Aktienrechtsrevision und der indirekte Gegenvorschlag⁹² vorsahen:

Art. 8 Abs. 5 (neu)

⁵ Falls die Gesellschaft keine unabhängige Stimmrechtsvertretung hat, so wird diese durch den Verwaltungsrat bestimmt.⁹³

⁹¹ Art. 11 VE-VgdA.

⁹² Vgl. Art. 689c Abs. 1 Satz 2 OR-iGgv (Fn. 98) und Art. 689c Abs. 1 Satz 2 E-OR (Curia Vista, 08.011 [<http://www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgesseite/2008/20080011/N1-2%20D.pdf>] [«Aktienrechtsrevision»], StR, 11. Juni 2009); Diese Möglichkeit, wie dort vorgeschlagen, lediglich «zum Zeitpunkt der Einladung der Generalversammlung» vorzusehen, wäre wohl zu eng, da auch *nach der Einladung* eine unabhängige Stimmrechtsvertretung ausfallen könnte, wo jedoch ebenfalls ein Ersatz gesucht werden müsste.

⁹³ Eventuell ist weiter ein Vorbehalt bei der Strafbestimmung unter Art. 24 Abs. 1 Ziff. 5 VE-VgdA anzubringen.

4.4.3 Abberufungsrecht

Art. 8 Abs. 4 VE-Vgda sieht in Analogie zum Abberufungsrecht gegenüber der Revisionsstelle⁹⁴ vor, dass auch der unabhängige Stimmrechtsvertreter «jederzeit mit sofortiger Wirkung abberufen» werden können soll.

Diese gut gemeinte Bestimmung erweist sich jedoch als ziemlich heikel: Was geschähe mit den bereits an den Stimmrechtsvertreter erteilten Vollmachten und Weisungen? Denn eine Abberufung kann schliesslich lediglich *während* einer Generalversammlung stattfinden und kann sich auch nur auf *gewählte* Stimmrechtsvertreter beziehen. *Während* einer Generalversammlung ist ein *gewählter* Stimmrechtsvertreter jedoch nicht nur im Amt, sondern für den ordentlichen Verlauf und das Zuführen der an ihn getragenen Weisungen an die Wahlen und Abstimmungen geradezu unabdingbar.

Ein gewisser Sinn ergibt sich an die Abberufung des Stimmrechtsvertreters höchstens dann, wenn er nicht mehr für *etwaige weitere zukünftige* Generalversammlung amten soll, sprich eine Abberufung an einer ausserordentlichen Generalversammlung per Ende jener Versammlung:

Art. 8 Abs. 4

⁴ Die Generalversammlung kann einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter auf das Ende der Generalversammlung abberufen.

4.4.3.1 Unabhängiger Stimmrechtsvertreter und eigene Abwahl

Zuletzt stellt sich noch die Frage, wie der unabhängige Stimmrechtsvertreter bei dieser ihn selbst betreffenden Abstimmung zu votieren hat, gerade falls diese (Ab-)Wahl lediglich unter das allgemeine Traktandum «Wahl der unabhängigen Stimmrechtsvertretung» fällt und die Aktionäre vorab keine konkreten Weisungen erteilen konnten.

Er könnte argumentieren, dass ihm alle mandatierten Aktionäre das Vertrauen ausgesprochen hätten und er somit (ausgenommen ihn explizit anderslautend anweisende Aktionäre) in ihrem Sinne *gegen seine Abberufung* stimmt. Ein unabhängiger Stimmrechtsvertreter ist schliesslich nicht mehr unabhängig, wenn er seine eigene Abwahl stimmrechtlich vertreten muss.

Um diesen Interessenkonflikt – gerade auch aus Sicht des unabhängigen Stimmrechtsvertreters selbst – aufzulösen, könnten folgende Möglichkeiten ins Auge gefasst werden, sobald ein Antrag auf Abwahl des einen Stimmrechtsvertreters vorliegt:

- Weiterleitung von Weisungen (alle oder nur dieses spezifische Abwahlbegehren betreffend) an eine bestehende zweite Stimmrechtsvertretung,
- Bestellung einer zweiten Stimmrechtsvertretung durch den Verwaltungsrat,
- Fallback auf den Organvertreter für das Abwahlbegehren.

⁹⁴ Art. 705 Abs. 1 und Art. 730a Abs. 4 OR.

5. Pflichten für Vorsorgeeinrichtungen und AHV-Ausgleichsfonds

5.1 Stimmpflicht im Interesse ihrer Versicherten

Lit. a Satz 3 Die Pensionskassen stimmen im Interesse ihrer Versicherten ab [...].	Art. 22 Stimmpflicht ¹ Vorsorgeeinrichtungen, die dem Freizügigkeitsgesetz vom 17. Dezember 1993 (FZG) unterstellt sind, müssen das Stimmrecht der von ihnen gehaltenen Aktien in der Generalversammlung der Gesellschaft ausüben. ² Sie müssen im Interesse ihrer Versicherten abstimmen. ³ Sie dürfen sich der Stimme enthalten oder auf eine Stimmabgabe verzichten, sofern dies dem Interesse der Versicherten entspricht. ⁴ Das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung legt in einem Reglement fest, nach welchen Grundsätzen das Interesse ihrer Versicherten bei der Ausübung des Stimmrechts bestimmt wird.
--	---

5.1.1 Fehlende Stimmpflicht

Mit der im Vorentwurf vorgeschlagenen Regelung zu den Pensionskassen wird der Wille des Verfassungsgebers stark missachtet. Dem jahrelang geforderten Ansinnen der Stimmpflicht⁹⁵ wird hier faktisch ganz und gar nicht nachgekommen. In allen verfügbaren Materialien kommt klar zum Ausdruck, dass mit dem Wortlaut von Art. 95 Abs. 3 lit. a Satz 3 BV stets eine *zwingende Stimmpflicht* sowohl für die Pensionskassen wie auch den AHV-Fonds intendiert war. Zumeist war denn auch, sowohl aufseiten Befürworter wie auch der Gegner, nicht nur von «Stimmpflicht», sondern von «Stimmzwang» die Rede.

Exemplarisch seien hierzu die offiziellen *Erläuterungen zum Initiativtext*⁹⁶ herangezogen, welche veranschaulichen, wie der Wille des Verfassungsgebers auszulegen ist: «*Stimmzwang*: [...] Diese Investoren sollen *gezwungen* werden, die Verantwortung ihren Versicherten gegenüber wahrzunehmen und deshalb *obligatorisch* im Interesse und Sinne ihrer Versicherten abzustimmen.»

5.1.1.1 Abstimmungserläuterungen und Medienmitteilung des Bundesrats

Ebenso versprach der Bundesrat in seinen Abstimmungserläuterungen unter der Marginalie «Stimmpflicht für Pensionskassen»: «Pensionskassen [...] werden verpflichtet, ihre Stimmrechte auszuüben.»⁹⁷ Unter der Überschrift «Unterschiede zur Initiative» pries daher der Bundesrat die Vorzüge des damaligen indirekten Gegenvorschlags⁹⁸ an, der «die Stimmrechtspflicht der Pensionskassen weniger absolut [regelt]» als das Verfassungsartikel.⁹⁹

⁹⁵ Vgl. CHRISTOPH BLOCHER/THOMAS MINDER/CLAUDIO KUSTER, Mit Aktionärsstimmen statt Steuern gegen Bonus-Exzesse, NZZ, 1. Juni 2010, S. 21; THOMAS MINDER, Es ist höchste Zeit, die Kompetenzen neu zu regeln, in: Margit Osterloh, Katja Rost (Hrsg.): Die Unternehmung, Sonderband 1/2011, Baden-Baden 2011; CLAUDIO KUSTER, Mit der «Abzocker»-Initiative liegt der Gegenvorschlag schon vor, NZZ, 31. Mai 2011, S. 31; CLAUDIO KUSTER, Weshalb plötzlich so eilig, Herr Blocher, NZZ, 9. Juli 2012, S. 15; BRIGITTA MOSER-HARDER, Abzocker-Initiative liegt im internationalen Trend, Jusletter vom 14. Januar 2013, Rz. 10.

⁹⁶ Initiativkomitee «gegen die Abzockerei», Erläuterungen zum Initiativtext, Januar 2010 (<http://abzockerei.files.wordpress.com/2013/07/erlaeuterungen.pdf>), Ziff. 2 (Hervorhebungen durch die Verfasser).

⁹⁷ Erläuterungen des Bundesrats zur Volksabstimmung vom 3. März 2013, S. 15.

⁹⁸ Schlussabstimmungstext: Änderung des Obligationenrechts vom 16. März 2012 (Vergütungen bei börsenkotierten Gesellschaften sowie weitere Änderungen im Aktienrecht) (<http://www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgeseite/2010/20100443/Schlussabstimmungstext>)

Im Abstimmungsbüchlein durfte ebenso das Initiativkomitee¹⁰⁰ unter der Überschrift «Weshalb der indirekte Gegenvorschlag absolut ungenügend ist» den Stimmberechtigten darlegen, dass die «obligatorische Stimmpflicht für Pensionskassen/AHV-Fonds» darin fehle.¹⁰¹ Ironischerweise beantragte¹⁰² das Komitee gar vorerst den weniger strikten Wortlaut «Stimmpflicht für Pensionskassen/AHV». Die Bundeskanzlei refüsierte¹⁰³ diese Variante jedoch mit dem Hinweis, der Verfassungsartikel sehe im Gegensatz zum Gegenvorschlag eine schärfere «*obligatorische Stimmpflicht*» vor.

In der Medienmitteilung im Vorfeld der Volksabstimmung legte der Bundesrat den Stimmberechtigten ebenfalls klar dar, wie sich der Gegenvorschlag zur Volksinitiative unterscheide: «So wird zum Beispiel keine *absolute Stimmpflicht* für Pensionskassen eingeführt.»¹⁰⁴

5.1.1.2 Grobe Missachtung des Volkswillens

Doch von der nun verlangten «*absoluten*» beziehungsweise «*obligatorischen Stimmpflicht*» ist aufgrund Art. 22 Abs. 3 VE-VgdA nicht mehr viel übrig geblieben, da sich die Pensionskassen hier «der Stimme enthalten oder auf eine Stimmabgabe verzichten [können], sofern dies dem Interesse der Versicherten entspricht». Hierdurch könnten sich die Pensionskassenmanager allzu einfach aus der verlangten Stimmpflicht stehlen: Sie müssten bloss argumentieren, dass der einzelne Bürger, der Destinatär, nur sehr kleine Aktienanteile in den hiesigen Unternehmen deponiert habe und sich daher die Ausübung ihrer Stimmrechte nicht lohne.

Doch die Bundesverfassung verlangt neuerdings die Stimmpflicht für die Pensionskassen just aus diesem Grund: Weil das atomisierte Vorsorgekapital in den Publikumsgesellschaften nur dann seine potentielle Stimmkraft erlangen kann, wenn *alle Versicherten beziehungsweise ihre Vorsorgeeinrichtungen gleichzeitig partizipieren*.¹⁰⁵

Der Bericht hält hierzu treffend fest, dass die Pensionskassen «rund zehn Prozent der börsenkotierten Aktien in der Schweiz [halten]» und ihnen «daher hinsichtlich der Ausübung der Aktionärsrechte eine wichtige Rolle» zukomme.¹⁰⁶ Doch dieses Quorum kann lediglich erreicht und diese wichtige Funktion eingenommen werden, wenn effektiv alle Vorsorgeeinrichtungen ihre Stimmrechte ausüben.

Zuletzt legiferiert der Vorschlag in Art. 22 VE-VgdA bloss mehr oder weniger den Status quo: Die Vorsorgeeinrichtungen *sollten* zwar ihre Stimmrechte ausüben, *müssen* aber nicht. Doch die Initianten nahmen doch nicht den sehr aufwändigen Weg einer Teilrevision der Bundesverfassung in Angriff, um die geltende, als unbefriedigend erachtete Praxis zu zementieren – gewünscht war offensichtlich ein Paradigmenwechsel, dem nunmehr nachzukommen ist!

[%201%20NS%20D.pdf](#)) (Indirekter Gegenvorschlag zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» [«indirekter Gegenvorschlag»] [OR-iGv]).

⁹⁹ Erläuterungen des Bundesrats zur Volksabstimmung vom 3. März 2013, S. 17.

¹⁰⁰ BBl 2006 8755.

¹⁰¹ Erläuterungen des Bundesrats zur Volksabstimmung vom 3. März 2013, S. 21.

¹⁰² E-Mail vom 17. Oktober 2012 des Komitees an die Bundeskanzlei.

¹⁰³ Nach Art. 11 Abs. 2 Satz 4 BPR «[kann] der Bundesrat ehrverletzende, krass wahrheitswidrige oder zu lange Äusserungen ändern oder zurückweisen».

¹⁰⁴ Medienmitteilungen des Bundesrats von 18. Dezember 2012 (<http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2012/2012-12-18.html>) (Hervorhebung durch die Verfasser).

¹⁰⁵ Vgl. BLOCHER/MINDER/KUSTER (Fn. 95); vgl. VOGT (Fn. 2), V.C.1.

¹⁰⁶ Bericht, 3.10.1.

5.1.1.3 Vergleich mit indirektem Gegenvorschlag

Der indirekte Gegenvorschlag¹⁰⁷ zur Volksinitiative sah hinsichtlich der «Ausübung von Stimmrechten bei börsenkotierten Gesellschaften» folgende Bestimmung vor: «Sofern möglich, üben die Vorsorgeeinrichtungen ihre Stimmrechte in schweizerischen Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, aus.»¹⁰⁸ Die Bestimmung ging also grundsätzlich von einer Stimmpflicht aus, welche nur dann hätte ignoriert werden dürfen, falls die Ausübung *nicht möglich* gewesen wäre. An das Interesse der Versicherten – beziehungsweise an dessen Absenz – wurde *nicht* angeknüpft.

Die Volksinitiative gelangte jedoch nicht deshalb zur Abstimmung, weil der Gegenvorschlag *zu weit* gegangen wäre, sondern im Gegenteil, weil sie eine *Verschärfung* vorsah – insbesondere bei der Stimmpflicht der Pensionskassen wurde eine stringendere Regulierung angestrebt und erwartet. Ausnahmen sollten bloss unter restriktiven Vorgaben ermöglicht werden. Eine Verordnungsbestimmung, die gar *weniger weit* geht als der verworfene Gegenvorschlag, darf nicht hingenommen werden.

5.1.1.4 Stimmenthaltung und Abstinenz

Stimmenthaltungen sollen nicht ausnahmslos unterbunden werden. Weil «keine gewichtigen Gründe für die Zustimmung oder Ablehnung sprechen» oder aber «die Kapazität der Verwaltung der Einrichtung durch die anfallende Arbeitslast beschränkt»¹⁰⁹ ist, können dagegen sicherlich keine hinreichenden Gründe für eine Stimmenthaltung sein.

Gewisse Entscheide an der Generalversammlung können «im Sinne der Versicherten» durchaus Zielkonflikte herbeiführen: Ab und an findet sich die Einrichtung so womöglich im Dilemma zwischen Rentabilität und Erhaltung von Arbeitsplätzen wieder. Oder es droht gar ein «Unfriendly Takeover». Doch solche im Einzelfall heiklen Traktanden können nun einmal anstehen und dürfen nicht als Argument hervorgebracht werden, deshalb der Versammlung einfach fernzubleiben und sich so aus der Verantwortung gegenüber den Destinatären zu stehlen. *Gerade bei solchen* – offensichtlich wichtigen! – Traktanden ist seriös zu prüfen, zu entscheiden und zu kommunizieren. «Les absents ont toujours tort!»

In diesem Spannungsfeld befinden sich die Stiftungsräte schliesslich bereits heute. In etwaigen Pattsituationen oder unauflösbaren Konflikten sollen *ausnahmsweise auch Stimmenthaltungen* abgegeben werden können. Letztere wären sodann Resultat eines ambivalenten Diskurses und einer Reflexion, was von einer prinzipiellen Stimmabstinenz klar zu unterscheiden ist: Letztere entspringt einer Ignoranz und Verantwortungslosigkeit gegenüber den Versicherten und der Bevölkerung.¹¹⁰

Wenn das zuständige Organ der Einrichtung in solchen singulären *Ausnahmefällen eine Stimmenthaltung beschliesst*, sind die Gründe, die zu diesem Entscheid geführt haben, gegenüber den Versicherten darzulegen.¹¹¹

Stimmabstinenz hingegen ist grundsätzlich ausgeschlossen, zumal sich diese, im Gegensatz zur Stimmenthaltung, nicht einmal auf das erforderliche Quorum auswirkt. Sodann sei darauf hingewiesen, dass seit langer Zeit regelmässig die Problematik der *Dispoaktien* beklagt wird, also

¹⁰⁷ Vgl. Fn. 98.

¹⁰⁸ Art. 71a Abs. 1 BVG, geändert durch indirekten Gegenvorschlag (Fn. 98).

¹⁰⁹ Bericht, 3.10.2.

¹¹⁰ Vgl. CLAUDIO KUSTER, «It's our Volksvermögen, Stupid!», AWP Soziale Sicherheit, 13. Februar 2013, S. 2.

¹¹¹ Vgl. hinten 5.2.

die im Aktienregister nicht eingetragenen und somit nicht stimmberechtigten Aktien. Schon diverse Gegenmassnahmen wurden vorgeschlagen, um die Eintragung zu attraktiveren oder die Dispoaktien gar komplett zu «verboten». Gerne wurde von diesen Kreisen auch das damit einhergehende verringerte Quorum hervorgebracht, welches «feindlichen Investoren» erlaube, die Unternehmung mit relativ wenig Kapitaleinsatz unter Kontrolle zu bringen.

Andererseits dürfen und sollen für «unwichtige» beziehungsweise unbestrittene Unternehmungen und deren Generalversammlungen durchaus die kostengünstigen und unbürokratischen Dienste der *Stimmrechtsberater* in Anspruch genommen werden. Auch wenn gefordert wird, dass das Angebot dieser «Proxy Advisors» noch grösser und diversifizierter werden solle, so stehen bereits heute – je nach Grösse der Emittentin – diverse Stimmrechtsberater zur Verfügung.¹¹²

5.1.1.5 Öffentliche Rezeption zur Bestimmung insb. im Kontext zum indirekten Gegenvorschlag

Eine Auswahl von unzähligen Äusserungen soll sodann aufzeigen, dass mit Art. 95 Abs. 3 lit. a Satz 3 BV stets eine *strikte Stimmpflicht* vorgesehen war. Diese manifestiert sich insbesondere im Vergleich mit dem damaligen indirekten Gegenvorschlag:¹¹³

- Aargauer Zeitung: «Viel Hoffnung setzen die Initianten der Abzocker-Initiative deshalb in den *Stimmzwang für Pensionskassen*. Diese *müssten* im Interesse der Versicherten *abstimmen* und sich gegen exzessive Saläre *stemmen*. Dass die Pensionskassen ihre Stimmrechte ausüben, fordert auch ihr Dachverband ASIP. Von einem *Zwang* hält er jedoch nichts, der Aufwand lohne sich nicht bei jedem Unternehmen [...]»¹¹⁴
- «Blick»: «Durch die Initiative würden die Pensionskassen unter Strafandrohung *gezwungen*, ihre Stimmrechte für die von ihnen gehaltenen Aktien auszuüben. Und zwar im Sinn und Interesse ihrer Mitglieder.»¹¹⁵
- Christoph Ryter: «Es widerspricht meinem Verständnis von sozialpartnerschaftlicher und kostenbewusster Führung einer Kasse, auf diesem Weg einen Stimmrechtszwang einzuführen [...]»¹¹⁶
- Christoph Ryter: «Der Stimmzwang in Verbindung mit der Gefängnisdrohung führt dazu, dass die Pensionskassen für jede Generalversammlung unzählige Traktanden künftig sehr detailliert analysieren müssen. Das Studium der Unterlagen von 50 bis 100 Schweizer Firmen, in welche Pensionskassen im Durchschnitt investieren, kostet viel Zeit und setzt spezialisiertes Wissen voraus. [...] Die Annahme der Initiative würde dazu führen, dass jede Pensionskasse ein zusätzliches Gremium schaffen müsste, das den Stiftungsrat administrativ und inhaltlich entlastet. Spezialisiertes Fachwissen sowie Analysen müsste dieser neu geschaffene Stimmrechtsausschuss bei Aktionärsdienstleistern einkaufen.»¹¹⁷
- CVP Schweiz: «Denn der *Stimmzwang* für Pensionskassen führt zu einer unsinnigen und teuren Bürokratie bei den Kassen.»¹¹⁸

¹¹² So mitunter Actares, Deminor, Ethos, Glass Lewis, Institutional Shareholder Services (ISS), Swipra, zCapital usw.

¹¹³ Alle Hervorhebungen in der folgenden Aufzählung durch die Verfasser.

¹¹⁴ DORIS KLECK, Der Aktionär: Ein Superheld oder ein Unmensch?, Aargauer Zeitung, 13. Februar 2013.

¹¹⁵ MATTHIAS PFANDER, Ein Ja zu Minder kostet die Pensionskassen Millionen!, «Blick», 14. Januar 2013, S. 1 f.

¹¹⁶ Zitiert in PFANDER (Fn. 115).

¹¹⁷ CHRISTOPH RYTER, «Nein zu tieferen Zinsen», AWP Soziale Sicherheit, 13. Februar 2013, S. 3.

¹¹⁸ ELISABETH SCHNEIDER-SCHNEITER, Übereifriger Herr Minder, Medienmitteilung CVP Schweiz, 22. Februar 2013.

- Daniel Häusermann: «Man kann Pensionskassen zur Stimmabgabe *zwingen*, wie es die Initiative Minder will.»¹¹⁹
- David Frick: «Der indirekte Gegenvorschlag zur Initiative Minder verzichtet auf den *Abstimmungszwang*, legt den Vorsorgeeinrichtungen aber nahe, ihre Mitwirkungsrechte in börsenkotierten Gesellschaften «sofern möglich» auszuüben.»¹²⁰
- Johann Schneider-Ammann: «Der indirekte Gegenvorschlag ist darum besser, weil er zwar Transparenz schafft, aber auf Diktate verzichtet. Es gibt weder Strafbestimmungen noch kostspielige Auflagen für die Pensionskassen.»¹²¹
- Neue Luzerner Zeitung: «Die Schweizer Pensionskassen sollen an Generalversammlungen *zwingend abstimmen*. [...] Die Abzockerinitiative will Pensionskassen *stärker* in die Pflicht nehmen. Sie sollen per *Strafandrohung* dazu *gezwungen* werden, ihr Aktienstimmrecht wahrzunehmen und dabei die Interessen der Versicherten zu berücksichtigen [...] Der indirekte Gegenvorschlag beinhaltet tatsächlich weniger *stricke* [sic] Bestimmungen. Er verlangt von den Vorsorgeeinrichtungen, dass sie ihr Stimmrecht ausüben, «sofern möglich». Das ist deutlich schwächer formuliert [...].»¹²²
- NZZ: «Gegen die Minder-Initiative spricht sich auch der Schweizerische Pensionskassenverband aus. Dem Verband sind vor allem der in der Initiative geforderte *Stimmzwang* für die Pensionskassen sowie die Sonderstrafbestimmungen ein Dorn im Auge.»¹²³
- NZZ: «Die Minder-Initiative fordert einen *Stimmzwang* für Schweizer Pensionskassen, gemäss Gegenvorschlag sollten die Vorsorgeeinrichtungen «sofern möglich» abstimmen. Der *Stimmzwang* dürfte die Stimmrechtsberatungsfirmen stärken. Allerdings würden sich die Pensionskassen wohl in den (wenigen) besonders kontroversen Fällen weiterhin selbst um ein Urteil bemühen.»¹²⁴
- NZZ: «Die Minder-Initiative fordert unter anderem einen *Stimmzwang* für Pensionskassen. Der Gegenvorschlag ist offener, sagt aber, dass Vorsorgeeinrichtungen wenn möglich abstimmen sollten.»¹²⁵
- Pascal Gentinetta: «Auch die Pensionskassen werden Opfer des staatlichen Dirigismus: Ihre Vertreter werden *gezwungen*, bei *allen* Generalversammlungen (GV) aller Unternehmen aktiv teilzunehmen, bei denen sie Geld investiert haben – also auch bei *kleinsten* Beteiligungen. [...] Da wäre es doch im Interesse der Versicherten, teure Leerläufe zu vermeiden und auf einen *Abstimmungszwang* bei kleinsten Beteiligungen zu verzichten. [...] Bei dieser Lösung [Gegenvorschlag] [...] [sind] die Pensionskassen nicht *gezwungen*, Rentengelder einzusetzen, um an *sämtlichen* Generalversammlungen teilzunehmen.»¹²⁶
- Pascal Gentinetta: «Die Minder-Initiative setzt voll auf die Karte *Stimmzwang* und will die Aktionäre *bevormunden*. Für die Pensionskassen bedeutet das einen gewaltigen bürokrati-

¹¹⁹ DANIEL HÄUSERMANN, Interview «Stimmrechtsberater sind ein Problem», Plädoyer, 5/12, S. 9.

¹²⁰ DAVID FRICK, Corporate Governance heute – Revision des Swiss Code of Best Practice, SJZ 108 (2012) Nr. 10, II.B.

¹²¹ JOHANN SCHNEIDER-AMMANN, Interview «Firmen könnten ihren Sitz verlegen», Neue Luzerner Zeitung, 17. Januar 2013.

¹²² EVELINE RUTZ, Kassen sollen Farbe bekennen, Neue Luzerner Zeitung, 16. Januar 2013, S. 4.

¹²³ HANSUELI SCHÖCHLI, Mythos Aktionärsdemokratie, NZZ, 15. Januar 2013, S. 21.

¹²⁴ HANSUELI SCHÖCHLI, Cheflohne trotzen der Minder-Initiative, NZZ, 29. Januar 2013, S. 11.

¹²⁵ HANSUELI SCHÖCHLI, Ethos erhält Konkurrenz, NZZ, 29. Januar 2013, S. 23.

¹²⁶ PASCAL GENTINETTA, Überzeugender Gegenvorschlag, NZZ-Blogs, 7. Januar 2013 (<http://abzockerinitiative.blog.nzz.ch/2013/01/07/ueberzeugender-gegenvorschlag/>).

schen Aufwand: Sie werden *gezwungen*, an *allen* Generalversammlungen teilzunehmen und bei *allen* Traktanden im Sinne der Versicherten abzustimmen.»¹²⁷

- Rudolf Wehrli: «Denn durch den *Stimmzwang*, der ihnen [den Pensionskassen] auferlegt würde, entstünde eine unsinnige und teure Bürokratie [...]»¹²⁸
- Schaffhauser Nachrichten: «Denn die Initiative sei in ihren Bestimmungen zu starr und gehe bei der Regulierung des Aktienrechts weit über alle anderen relevanten Länder hinaus. Sie führe zudem auch zu mehr Bürokratie, zum Beispiel bei den Pensionskassen, die mit der Initiative einen *Stimmzwang* hätten.»¹²⁹
- Tages-Anzeiger: «Für David Frick, Nestlé-Konzernleitungsmitglied und Direktor von Swiss-holdings, ist es wichtig, dass die Schweiz keine «skurrilen Alleingänge» macht. Gemeint ist damit Thomas Minders Initiative. Minder will die Aktionärsrechte stärken, indem Pensionskassen unter Strafandrohung *gezwungen* werden, an den Generalversammlungen abzustimmen. [...] Den «absoluten *militärischen Befehlen* der Minder-Initiative», wie sich der emeritierte Rechtsprofessor Peter Böckli und Mitautor der Richtlinien ausdrückte, wird eine «praxistaugliche Selbstregulierung» gegenübergestellt, [...]»¹³⁰
- Tages-Anzeiger: «Deutlich unterscheidet sich die Skizze der Initiative vom Gegenvorschlag in den folgenden vier Punkten: [...] Stimmzwang für Pensionskassen [...]»¹³¹
- Tages-Anzeiger: «Wirtschaftsliberale Exponenten verteidigen diese Haltung, indem sie sagen, die einzige Pflicht eines Aktionärs sei die Einzahlung des Nennwerts. Um den Rest könne er sich foutieren. Als *Gegenposition* sieht die Initiative deshalb für Schweizer Pensionskassen die *Stimmpflicht* vor.»¹³²
- Thomas Aeschi: «Der in der Minder-Initiative enthaltene *Stimmzwang* für Pensionskassen verursacht einen enormen Aufwand [...]. Eine Initiativ-Forderung sieht beispielsweise einen *Stimmzwang* für die Pensionskassen vor. [...] Der Stimmzwang bedeutet, dass die Pensionskassen unter Androhung von Gefängnisstrafen verpflichtet sind, ihre Aktienstimmrechte an den Generalversammlungen der Unternehmen auszuüben.»¹³³

5.1.1.6 Verfassungswidrige Umsetzung

Eine *generelle* Stimmpflicht für *alle* Vorsorgeeinrichtungen ergibt sich sodann auch aus einer ganzen Reihe von verfassungsrechtlichen Bestimmungen in Verbindung mit Art. 95 Abs. 3 lit. a Satz 3 BV:

- Dem Ingress von Art. 95 Abs. 3 BV,
- dem Rechtsgleichheitsgebot¹³⁴,
- dem Grundsatz von Treu und Glauben¹³⁵,

¹²⁷ PASCAL GENTINETTA, Fall Vasella zeigt: Minder-Initiative ist eine Mogelpackung, NZZ-Blogs, 19. Februar 2013 (<http://abzockerinitiative.blog.nzz.ch/2013/02/19/fall-vasella-zeigt-minder-initiative-ist-eine-mogelpackung/>).

¹²⁸ RUDOLF WEHRLI, Interview «Zweistellige Millionen-Saläre lassen sich nicht erklären», SonntagsZeitung, 3. Februar 2013, S. 46.

¹²⁹ JAN HUDEC, Der aufreibende Kampf gegen die Abzocker, Schaffhauser Nachrichten, 4. Februar 2013, S. 2.

¹³⁰ RITA FLUBACHER, Aktionärsdemokratie ja, aber freiwillig, Tages-Anzeiger, 22. Januar 2013, S. 36.

¹³¹ ANDREAS VALDA, Viele Details sind noch offen, Tages-Anzeiger, 24. Januar 2013, S. 35.

¹³² ANDREAS VALDA, Gut schweizerische Machtkontrolle, Tages-Anzeiger, 23. Februar 2013, S. 5.

¹³³ THOMAS AESCHI, Minder-Initiative verschleudert Renten-Gelder, Bern Aktuell, Januar/Februar 2013, S. 8.

¹³⁴ Art. 8 Abs. 1 BV.

- der Pflicht des Bundes, «dass die eidgenössische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung [AHV] sowie die berufliche Vorsorge ihren Zweck dauernd erfüllen können»¹³⁶,
- dem Obligatorium der AHV¹³⁷ und der beruflichen Vorsorge¹³⁸,
- der fehlenden freien Wahl der beruflichen Vorsorge¹³⁹,
- der obligatorischen Mutterschafts-¹⁴⁰ und Erwerbsersatzversicherung¹⁴¹ sowie
- der Abstimmungsfreiheit¹⁴² und der Garantie der politischen Rechte¹⁴³.

Wie in all den vorherigen Kapiteln gezeigt, *erwartet die Ratio legis eine strikte Stimmpflicht, der nur in begründeten Ausnahmefällen nicht nachgekommen werden muss:*

Art. 22 Abs. 3

³ Das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung kann ausnahmsweise beschliessen, sich der Stimme zu enthalten ~~oder auf eine Stimmabgabe zu verzichten~~, sofern dies dem Interesse der Versicherten entspricht.

5.1.2 Das Interesse der Versicherten

Der Bericht legt dar, dass die Stimmpflicht «im Interesse ihrer Versicherten» zu divergierenden Interessen führen kann.¹⁴⁴ Doch solche Güterabwägungen und Zielkonflikte sind dem Aktionärsdasein ganz grundsätzlich inhärent.¹⁴⁵ Die Vorsorgeeinrichtungen mit ihrem sehr langen Anlagehorizont können jedoch unter dem «Interesse ihrer Versicherten» nur einer Doktrin der Anlage- und Stimmrechtsausübungs-Politik folgen: *Im langfristigen Interesse jener Unternehmungen, von welchen sie Anteilseignerin ist.* Es soll also zwar durchaus ein Shareholder-Value-Ansatz verfolgt werden, der jedoch aufgrund seines Dekaden-langen Investmenthorizonts mit der *Optimierung des Stakeholder-Value* konvergiert.¹⁴⁶

An dieser Stelle sei auch auf den Ingress der Verfassungsnorm hingewiesen, der unter der *Maxime* von «Schutz der Volkswirtschaft [...] sowie im Sinne einer nachhaltigen Unternehmensführung» die darauf folgenden Bestimmung verlangt. Wichtig ist sodann, die *Arbeitnehmervertreter* in den Stiftungsräten – schliesslich repräsentieren *sie* die Destinatäre – bei der Ermittlung des Interesses der Versicherten spezifisch heranzuziehen.¹⁴⁷

¹³⁵ Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV, insbesondere im Zusammenhang mit den Abstimmungserläuterungen, vgl. vorne 5.1.1.1.

¹³⁶ Art. 111 Abs. 2 BV.

¹³⁷ Art. 112 Abs. 2 lit. a i.V.m. Abs. 3 lit. a BV.

¹³⁸ Art. 113 Abs. 2 lit. b BV.

¹³⁹ Art. 113 Abs. 2 lit. c BV.

¹⁴⁰ Art. 116 Abs. 3 und Abs. 4 BV.

¹⁴¹ Art. 59 Abs. 4 BV.

¹⁴² Art. 34 Abs. 1 BV.

¹⁴³ Art. 34 Abs. 2 BV.

¹⁴⁴ Bericht, 3.10.2.

¹⁴⁵ Vgl. KUSTER (Fn. 110).

¹⁴⁶ Vgl. FRICK (Fn. 120), II.B. und D.

¹⁴⁷ Umfragen bei den Destinatären selbst werden nicht verlangt, wie immer wieder behauptet wurde. Im Sinne einer *Good Pension Fund Governance* wären solche indessen – nicht nur zu Entschädigungsfragen – aber auch nicht verboten; VOGT/BASCHUNG (Fn. 47), II.2.5.b.bd., plädieren hier für einen Stimmrechtsausschuss.

Art. 22 Abs. 4

⁴ Das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung legt in einem Reglement fest, nach welchen Grundsätzen das Interesse ihrer Versicherten bei der Ausübung des Stimmrechts bestimmt wird. Zur Ermittlung dieses Interesses sind grundsätzlich die Arbeitnehmervertreter massgebend.

5.1.3 Umgehung durch indirekte Anlagen

Der Bericht legt dar, dass die Einrichtungen «dem Stimmzwang nur bei direkt gehaltenen Aktien [unterliegen]».¹⁴⁸ Indirekte Investitionen über Fonds, Anlagestiftungen und andere kollektive Kapitalanlagen führten demnach zum Wegfall der Stimmpflicht. Grob die Hälfte des Investitionsvolumens – so viel ungefähr ist heute indirekt angelegt – wären demnach bereits heute von der Stimmpflicht gar nicht betroffen. (Die regulative Arbitrage würde unter dem Verordnungsentwurf wohl zudem zu einem Zuwachs dieses Sektors führen.)

Doch eine solch einfach zu ergreifende Umgehungsmöglichkeit ist alles andere als im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit a. Satz 3 BV und ebenso wenig «im Interesse der Versicherten». Die Destinatäre wünschen, dass *ebenso ihre indirekten Stimmrechte ausgeübt* werden, zumal sich bereits diverse Anlagevehikel anbieten, die an den Generalversammlungen der investierten Gesellschaften partizipieren.

Es ist zwar richtig, dass in diesen Fällen die Vorsorgeeinrichtung nicht *direkte* Eigentümerin ist. Doch die Verfassungsnorm knüpft offensichtlich – abgesehen vom Anlageuniversum¹⁴⁹ – nicht an weitere einschränkende Erfordernisse an. Die Intention der Stimmpflicht beruht doch schliesslich darin, dass der Wille der Endbegünstigten via Vorsorgeeinrichtung bis ins letzte Glied der Stimmrechtskette durchdringt – unabhängig davon, ob und wie viele Intermediäre, Finanzinstitute, Vermögensverwalter, Fondsgesellschaften usw. zwischengeschaltet werden.

Nicht nur das aktionäremässige Recht auf Dividende soll eingefordert, sondern gleichsam auch das damit verknüpfte Stimmrecht ausgeübt werden. Der Verfassungsartikel bezweckt, die monetären Erwartung um die damit einhergehenden partizipativen Rechte und die Verantwortung wieder zu ergänzen.

Zuletzt steht die Crux der *unterlassenen Stimmrechtsausübung* ja ganz grundsätzlich unter der Ausgangslage *indirekte Anlage*: Destinatär–Vorsorgeeinrichtung–Aktiengesellschaft. Es erscheint daher vom Zweck der Stimmpflicht aus betrachtend geradezu absurd zu argumentieren, indirekte Anlagen seien hiervon nicht betroffen und könnten demnach ignoriert werden. Die *Mittelbarkeit steht geradezu im Zentrum dieser Norm*, sie stellt den *Ausgangspunkt* dar, darf indessen nie und nimmer als *Ausschlussgrund* herhalten.

Siehe dazu auch HÄUSERMANN: «Mit «Pensionskassen» sind in erster Linie die Vorsorgeeinrichtungen nach BVG gemeint. Um Umgehungen zu verhindern, müssten die neuen Vorschriften auch für Anlagestiftungen gelten, an welche die Vorsorgeeinrichtungen die Anlage von Vorsorgegeldern delegieren können (Art. 53g Abs. 1 BVG).»¹⁵⁰

¹⁴⁸ Bericht, 3.10.2.

¹⁴⁹ Die Stimmpflicht tangiert lediglich die vom Geltungsbereich im Einleitungssatz von Art. 95 Abs. 3 BV umfassten Gesellschaften: «die im In- oder Ausland kotierten Schweizer Aktiengesellschaften», vgl. vorne 2.

¹⁵⁰ HÄUSERMANN (Fn. 61), V.E.

5.1.4 Umgehung durch «Securities Lending»

Eine andere Umgehungsmöglichkeit ist das in der Praxis oft praktizierte «Securities Lending», also eine Wertpapierleihe. Während dieser Zeit gehen jedoch nicht nur die vermögensmässigen Rechte auf den Entleiher über, sondern ebenso die Mitwirkungs- und hier essenziellen Stimmrechte.

Das «Securities Lending» sei daher zwar nicht gleich zu verbieten, jedoch ist wenigstens vorzuschreiben, dass auf den hierfür relevanten Stichtag alle Wertpapiere zwecks Stimmrechtsausübung wieder in die eigenen Bücher zurückzurufen sind.¹⁵¹

5.1.5 Unberücksichtigter AHV-Ausgleichsfonds

Der Begriff «Pensionskassen» wurde stets so interpretiert und kommuniziert, dass darunter auch der AHV/IV/EO-Ausgleichsfonds zu verstehen ist.¹⁵² Doch dieser ging im Entwurf komplett vergessen. Die explizite Erwähnung dieser Institution in der Verfassungsbestimmung wurde aus grundsätzlichen und verfassungsästhetischen Gründen verworfen, was dem Volksbegehren nun jedoch nicht zum Nachteil gereichen darf. Der Begriff des «AHV/IV/EO-Ausgleichsfonds» kommt einem Eigennamen nahe – der zumal durchaus Änderungen unterworfen sein kann –, weshalb auf die schriftliche Erwähnung bewusst verzichtet wurde.

Dass der AHV-Fonds aber ebenfalls darunter subsumiert werden muss, zeigt mitunter die *Parlamentarische Initiative «Indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative "gegen die Abzockerei"»*¹⁵³ der *Kommission für Rechtsfragen des Ständerates*, welche Grundlage für den der Volksinitiative schlussendlich gegenübergestellten indirekten Gegenentwurf war. Der Vorstoss bezweckte, «[d]as Obligationenrecht (OR), das Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG), das *Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG)* und eventuell das Strafgesetzbuch (StGB) [...] in denjenigen Bestimmungen, die Gegenstand der Volksinitiative (Minder-Initiative) sind, zu revidieren».

Der Kommission war also sehr wohl bewusst, dass die Volksinitiative intendierte, nicht nur das BVG, sondern ebenso das AHVG zu revidieren. Auch kann nicht argumentiert werden, der Gegenvorschlag – das dürfte er prinzipiell – wollte hier weiter gehen als die Initiative und ein neues Element einbringen. Denn der Vorstoss-Text legte unmissverständlich dar, dass in den erwähnten Bundesgesetzen nur «[die]jenigen Bestimmungen» zu revidieren seien, «die Gegenstand der Volksinitiative (Minder-Initiative) sind».

Zuletzt ging auch der Bundesrat davon aus, dass der AHV-Fonds mit tangiert sei. Denn in den Abstimmungserläuterungen durfte das Initiativkomitee nicht weniger als drei Mal von der Stimpfpflicht für «Pensionskassen/AHV-Fonds» werben.¹⁵⁴ Die Bundeskanzlei hätte diese Aussage zurückweisen müssen, wäre sie falsch gewesen.¹⁵⁵ Doch das Gegenteil war der Fall, mussten doch die Initianten den Wortlaut gar noch auf «*obligatorische* Stimpfpflicht für Pensionskassen/AHV-Fonds» verschärfen¹⁵⁶.

Ebenso erwartete wohl der AHV-Fonds selbst, unter die neuerliche Stimpfpflicht zu fallen: Ansonsten hätte er kaum wenige Wochen vor dem Abstimmungstermin zusammen mit anderen

¹⁵¹ Vgl. Richtlinien für Institutionelle Investoren (Fn. 157), Grundsatz 3 Abs. 6.

¹⁵² Vgl. KUSTER (Fn. 31); BLOCHER/MINDER/KUSTER (Fn. 95); ebenso: Erläuterungen zum Initiativtext (Fn. 96), Ziff. 2.

¹⁵³ Vgl. http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20100443.

¹⁵⁴ Erläuterungen des Bundesrats zur Volksabstimmung vom 3. März 2013, S. 21.

¹⁵⁵ Vgl. Fn. 103.

¹⁵⁶ Vgl. vorne 5.1.1.1 (Hervorhebung durch die Verfasser).

institutionellen Investoren und insbesondere namhaften Initiativgegnern *Richtlinien für Institutionelle Investoren zur Ausübung ihrer Mitwirkungsrechte bei Aktiengesellschaften*¹⁵⁷ herausgegeben.

Aus all diesen Gründen wie auch aufgrund der Garantie der politischen Rechte¹⁵⁸ muss nun zwingend eine Bestimmung eingebracht werden, die auch den AHV-Fonds tangiert:

Art. 22 Abs. 1

¹ Vorsorgeeinrichtungen, die dem Freizügigkeitsgesetz vom 17. Dezember 1993 (FZG) unterstellt sind, sowie der AHV-Ausgleichsfonds nach Art. 107 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 müssen das Stimmrecht der von ihnen gehaltenen Aktien in der Generalversammlung der Gesellschaft ausüben.

5.2 Offenlegung des Stimmverhaltens

Lit. a Satz 3	Art. 23 Offenlegungspflicht
Die Pensionskassen [...] legen offen, wie sie gestimmt haben.	Vorsorgeeinrichtungen, die dem FZG unterstellt sind, müssen mindestens einmal jährlich in einem zusammenfassenden Bericht ihren Versicherten gegenüber Rechenschaft darüber ablegen, wie sie ihrer Stimmpflicht nachgekommen sind.

Dem Verfassungsauftrag, den Destinatären endlich Transparenz beim Stimmverhalten der Pensionskassen und beim AHV-Fonds zu gewähren, wird gemäss Art. 23 VE-VgdA nur allzu zaghaft nachgekommen. Dass die Offenlegung ex post und nicht im Vorfeld zu erfolgen hat, ist jedoch zu unterstützen.

5.2.1 Fragliche individuelle Offenlegung

Die Verordnung sieht jedoch bloss einen «zusammenfassenden Bericht» vor, um keinen «hohen Aufwand für die Vorsorgeeinrichtungen»¹⁵⁹ zu verursachen. Dies bedeutet lediglich einen *allgemeinen* und somit für den Einzelfall nichts aussagenden Report über die grundsätzliche Politik der Stimmrechtsausübung. Die Formulierung in Art. 23 VE-VgdA wurde denn auch offensichtlich wortwörtlich aus den – mehrheitlich vom Verband Economiesuisse redigierten – *Richtlinien für Institutionelle Investoren* kopiert. Der dortige Folgesatz wurde zwar nicht übernommen, schwingt jedoch implizit auch in der Verordnung stark mit: «Das Abstimmungsverhalten im Einzelfall muss nicht offengelegt werden.»¹⁶⁰

Allgemeine Richtlinien sind hier jedoch keineswegs gefragt, sondern das ganz *konkrete* Stimmverhalten zu den *individuellen* Traktanden aller investierten Gesellschaften. Denn dass das Stimmverhalten «im Interesse der Versicherten» sein muss, verlangt nunmehr bereits die Verfassung ebenso wie Art. 22 Abs. 2 VE-VgdA. Die allgemeinen Richtlinien zur Stimmausübungsrichtlinien wiederum sind im Reglement nach Art. 22 Abs. 4 VE-VgdA festzuhalten.

¹⁵⁷ Economiesuisse et al. (Hrsg.), *Richtlinien für Institutionelle Investoren zur Ausübung ihrer Mitwirkungsrechte bei Aktiengesellschaften* vom 21. Januar 2013 («Richtlinien für Institutionelle Investoren»).

¹⁵⁸ Art. 34 Abs. 2 BV.

¹⁵⁹ Bericht, 3.10.3.

¹⁶⁰ *Richtlinien für Institutionelle Investoren* (Fn. 157), Grundsatz 5 Abs. 2 Satz 2.

5.2.2 Zu späte Veröffentlichung

Die Idee von Art. 95 Abs. 3 lit. a Satz 3 BV ist offensichtlich, dass das effektive, individuelle Stimmverhalten an einer jeden konkreten Generalversammlung ex post zu veröffentlichen ist. Wird jedoch lediglich «einmal jährlich» Rechenschaft über das Verhalten an den Generalversammlungen abgelegt, so wird die Publikation in der Regel viel zu stark verzögert.

Der Bericht¹⁶¹ gibt hierzu ein realistisches Beispiel an: «Die Offenlegung hat [...] z.B. für eine GV, die im Mai 2015 stattfindet, spätestens bis Ende 2016 [zu erfolgen]». Eineinhalb Jahre später sind definitiv zu lang. So sahen die Erläuterungen zum Initiativtext denn auch vor: «Damit der Transparenz Rechnung getragen wird, müssen sie *nach der GV* ihre Stimmabgaben offen legen.»¹⁶²

Eine zeitnahe Veröffentlichung kann verhältnismässig einfach erwirkt werden, indem die Partizipation über eine Internet-Plattform (nach Art. 9 Abs. 3 VE-VgDA) geschieht, welche nach der Versammlung automatisch die Stimmabgaben der Pensionskasse auf einer Internetseite publiziert.¹⁶³ Ansonsten sollte die Veröffentlichung zumindest quartalsweise erfolgen.

Der Adressatenkreis der Offenlegung wird in der Verfassungsbestimmung nicht weiter spezifiziert, weshalb die primären Adressaten durchaus die eigentlich Begünstigten und somit Interessierte sein dürfen. Dass daher der Bericht primär «ihren Versicherten» zugänglich gemacht werden soll, ist folgerichtig, wenn auch in der Praxis¹⁶⁴ zumeist eine Publikation auf einem Internetauftritt die kostengünstigste Variante darstellen wird.¹⁶⁵

Im Sinne des «Comply or explain» schliesslich sind die etwaige Stimmenthaltungen individuell zu begründen:

Art. 23 Abs. 1 sowie Abs. 2 (neu)

¹ Vorsorgeeinrichtungen, die dem FZG unterstellt sind, müssen nach jeder Generalversammlung, mindestens jedoch quartalsweise in einem detaillierten Bericht ihren Versicherten gegenüber Rechenschaft darüber ablegen, wie sie ihrer Stimpfpflicht bei allen Traktanden nachgekommen sind.

² Stimmenthaltungen sind einzeln zu begründen.

¹⁶¹ Bericht, 3.10.3.

¹⁶² Erläuterungen zum Initiativtext (Fn. 96), Ziff. 2 (Hervorhebung durch die Verfasser).

¹⁶³ Vgl. CLAUDIO KUSTER/ANDREAS ZÜRCHER, Investoren, aufgepasst: Aktionärsportale können Ihre Interessen gefährden, Inside Paradeplatz, 15. Mai 2013 (<http://insideparadeplatz.ch/2013/05/15/aktionaere-aufgepasst-aktionaersportale-sind-nicht-gleich-aktionaersplattformen/>).

¹⁶⁴ Die *Personalvorsorge des Kantons Zürich (BVK)* bspw. publiziert ihre Stimmabgaben der SMI-Unternehmungen sogar bereits *im Vorfeld* der Generalversammlung auf ihrem Internetauftritt (<http://www.bvk.ch/deu/abstimmungsverhalten-bvk-25160.shtml>).

¹⁶⁵ Vgl. HERBERT WOHLMANN/PHILIPPINE BOSSY, Zum vorgeschlagenen Stimmzwang der Pensionskassen in den Generalversammlungen börsenkotierter Unternehmen, Jusletter vom 1. Oktober 2012, Rz. 47.

6. Elektronische Fernabstimmung

Lit. a Satz 4 Halbsatz 1	Art. 9	Erteilung von Vollmachten und Weisungen
Die Aktionärinnen und Aktionäre können elektronisch fernabstimmen [...].	[...]	³ Er [der Verwaltungsrat] stellt sicher, dass die Aktionäre dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter auch elektronisch Vollmachten und Weisungen erteilen können.

6.1 «Indirect Voting» statt «Direct Voting»

Ein «Direct Voting»¹⁶⁶ ist durch Art. 95 Abs. 3 lit. a Satz 4 Halbsatz 1 BV *nicht* vorgesehen. Die Unternehmungen sollen ebenso wenig verpflichtet werden (wie es der indirekte Gegenvorschlag¹⁶⁷ und die Aktienrechtsrevision¹⁶⁸ bedingt vorsahen) via Liveübertragung von Bild und Ton mit dem Aktionär während der Generalversammlung bidirektional zu kommunizieren.

Ein «Direct Voting» ist zudem aus Gründen der Vertraulichkeit der vom Aktionär abgegebenen Weisungen sowie aufgrund sicherheitstechnischer Nachteile gar nicht gefragt.¹⁶⁹ Dazu käme eine erhöhte Rechtsunsicherheit, da die Versammlung eher angefochten werden könnte¹⁷⁰ oder gar wiederholt werden müsste^{171,172}

Intendiert – und auf dem Markt bereits erfolgreich erprobt¹⁷³ – ist stattdessen ein «Indirect Voting» («Proxy Voting») wie es der Verordnungsentwurf vorsieht. Hierdurch sollen die Aktionäre ihre Stimmabgaben bereits *vor der Generalversammlung elektronisch und indirekt übermitteln* können – sprich die Weisungen über eine Internet-Aktionärsplattform an die unabhängige Stimmrechtsvertretung senden.

Bei der Ausgestaltung erscheint sodann wichtig, dass die Stimmabgaben bis kurz vor Beginn der Versammlung getätigt und sie bis dahin auch wieder geändert und widerrufen werden können.

6.2 Rechtliche und technische Erfordernisse

Es sollte vermieden werden, dass an die «elektronischen Vollmachten und Weisungen» impraktikabel hohe Anforderungen gestellt werden. So soll beispielsweise keine qualifizierte elektronische Signatur¹⁷⁴ als Pendant zur eigenhändigen Unterschrift erforderlich sein.¹⁷⁵ Die Norm in Art. 9 Abs. 3 VE-VgDA sei daher, wie im Folgenden vorgeschlagen, etwas offener zu formulieren.

¹⁶⁶ Der Aktionär gibt dabei seine Stimme *direkt* an die Unternehmung bzw. *direkt* an die Generalversammlung ab.

¹⁶⁷ Art. 701a ff. OR-iGv (Fn 98).

¹⁶⁸ Art. 701c ff. E-OR (Fn. 92).

¹⁶⁹ ANDREAS ZÜRCHER/CLAUDIO KUSTER, Le vote actionnarial de l'après-Minder, L'Agefi, 2. Mai 2013, S. 2; ANDREAS ZÜRCHER/CLAUDIO KUSTER, Comparons les systèmes de vote électronique, Le Temps, 10. Mai 2013.

¹⁷⁰ Vgl. zu den hohen Anforderungen an den Verwaltungsrat Art. 701c OR-iGv (Fn. 98).

¹⁷¹ Vgl. zu etwaigen technischen Problemen Art. 701d OR-iGv (Fn. 98).

¹⁷² Vgl. INES PÖSCHEL, Elektronische Teilnahme, GesKR-Tagung «Entschädigungsrecht in kotierten Gesellschaften (post Minder)», 6. März 2013, Folie 8.

¹⁷³ So führten bspw. bereits Adecco, Nobel Biocare, Swiss Life, Swiss Re und Zurich Insurance Group über die Internet-Aktionärsplattform «Sherpany» Abstimmungen durch.

¹⁷⁴ Art. 14 Abs. 2^{bis} OR.

¹⁷⁵ Vgl. INES PÖSCHEL, Generalversammlung und Internet: Versuch einer Ent-Täuschung, in: Rolf Watter (Hrsg.): Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Zürich/St. Gallen 2010, 223, IV.C.2; KASPAR THEILER, Gedanken zur Zulässigkeit und Durchführbarkeit der virtuellen Generalversammlung de lege lata, AJP/PJA 1/2012, 69, 4.2.3.1.

Auch seien an den Nachweis der Aktionärseigenschaft keine übermässigen Hürden zu stellen (Art. 9 Abs. 4).

Auf der anderen Seite muss die systemische Wahrung des Stimmgeheimnisses durch den unabhängigen Stimmrechtsvertreter gegenüber der Gesellschaft durchwegs – technisch und personell – gewährleistet sein. Denn gerade bei Dienstanbietern, welche nicht auf einer unabhängigen Dritt-Plattform (Emittenten-übergreifende Plattform) basieren, sondern direkt in die Infrastruktur der Aktiengesellschaft (Emittenten-integrales Portal) oder zumindest des Aktienregister-Anbieters (Aktienregister-integrales Portal) implementiert sind¹⁷⁶, wohnt die latente Gefahr der Kollusion inne.

Die Gesellschaft darf so beispielsweise weder durch den Dienstanbieter noch den Stimmrechtsvertreter bereits *vor* der Generalversammlung in den Besitz oder nur schon die Hoheitsmacht der übermittelten Stimminstruktionen gelangen. Das elektronische Fernabstimmungssystem soll daher nicht vom gleichen Anbieter betrieben werden dürfen, welcher die Entschlüsselungen und Verarbeitung der Stimminstruktionen zwecks Berechnung der Stimmresultate durchführt¹⁷⁷.

Art. 9 Abs. 3 sowie Abs. 4 und 5 (neu)

³ Er [der Verwaltungsrat] stellt sicher, dass die Aktionäre dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter Vollmachten und Weisungen auch elektronisch oder in einer anderen Form, welche die Feststellung der Identität der Aktionäre ausreichend sicherstellt, erteilen können.

⁴ Der Nachweis der Aktionärseigenschaft darf lediglich solchen Anforderungen unterworfen werden, die zur Feststellung der Identität der Aktionäre erforderlich sind, und dies nur in dem Masse, wie sie diesem Zweck angemessen sind.

⁵ Ein System zur elektronischen Fernabstimmung muss in technischer und personeller Hinsicht die Wahrung des Stimmgeheimnisses durch den unabhängigen Stimmrechtsvertreter sicherstellen.

7. Verbot der Organ- und Depotstimmrechtsvertretung

Lit. a Satz 4 Halbsatz 2 [...] die Organ- und Depotstimmrechtsvertretung ist untersagt.	Art. 11 Unzulässige institutionelle Stimmrechtsvertretung Die Organ- und Depotstimmrechtsvertretung nach Artikel 689c und 689d OR sind unzulässig.
---	--

*Keine Anmerkungen.*¹⁷⁸

¹⁷⁶ Vgl. PÖSCHEL (Fn. 172), Anl. «Elektronisches Fernabstimmen von Aktionären – Übersicht über aktuelles Angebot» (<http://www.kellerhals.ch/upload/cms/user/IntegraleAktionaersportalevsunabhaengigeAktionaersplattformen.pdf>).

¹⁷⁷ So also ein Anbieter einer Aktienregister- oder Generalversammlungs-Software.

¹⁷⁸ Zur Verhinderung von Umgehungen vgl. hinten 13.2.

8. Verbotene Entschädigungsarten

8.1 Verbot von Abgangs- und ähnlichen Entschädigungen

Lit. b Satz 1 Die Organmitglieder erhalten keine Abgangs- oder andere Entschädigung [...].	Art. 20 Unzulässige Vergütungen in der Gesellschaft Folgende Vergütungen für Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates sind unzulässig: 1. Abgangsentschädigungen; [...]
--	--

Verboten sind nach Art. 95. Abs. 3 lit. b Satz 1 BV fortan für die Organmitglieder nicht nur Abgangsentschädigungen im engeren Sinne, also Zahlung ohne jegliche Gegenleistung. Die Verfassungsbestimmung sieht weiter ausdrücklich vor, auch «andere Entschädigungen» zu untersagen. Mit letzteren sind *ähnliche Entschädigung beim, nach oder im Zusammenhang mit dem Austritt* gemeint (verdeckte Abgangsentschädigungen).

Dieser bewusst sehr breit gefasste Begriff¹⁷⁹ findet derzeit jedoch keinen Eingang in die Verordnung. Unter den verbotenen «Abgangs- oder anderen Entschädigungen» sind jedoch insbesondere folgende Vergütungsarten zu verstehen:

- Abgangsentschädigungen i. e. S. nach Art. 663b^{bis} Abs. 2 Ziff. 5 OR¹⁸⁰;
- gesetzlich vorgeschriebene Abgangsentschädigungen¹⁸¹;
- nicht angemessene Karenzentschädigungen bei Konkurrenzverbotsabreden¹⁸², insbesondere bei «übermässigem Konkurrenzverbot»¹⁸³;
- nicht angemessene Vergütungen nach Art. 663b^{bis} Abs. 1 Ziff. 4 OR, «die die Gesellschaft direkt oder indirekt an frühere Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates ausgerichtet hat, sofern sie in einem Zusammenhang mit der früheren Tätigkeit als Organ der Gesellschaft stehen oder nicht marktüblich sind»^{184, 185};
- Kontrollwechselklauseln¹⁸⁶;
- übermässige Kündigungsfristen bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen¹⁸⁷;
- Lohnfortzahlungen bei Kündigung von langjährigen Arbeitsverträgen¹⁸⁸, wobei deren Beurteilung in der Lehre umstritten ist¹⁸⁹.

¹⁷⁹ So auch GLANZMANN (Fn. 21), III.2.3.

¹⁸⁰ Aufgehoben durch Art. 13 Abs. 1 VE-VgDA.

¹⁸¹ Art. 339b ff. OR. Nicht unter das Verbot fallen jedoch Entschädigungen bei missbräuchlicher Kündigung nach Art. 336a ff. OR.

¹⁸² Art. 340 ff. OR.

¹⁸³ Art. 340a Abs. 2 OR; vgl. SERGIO AIOLFI, Vasella reizt Aktionäre, NZZ, 18. Februar 2013, S. 17; Vgl. ANDREAS CASUTT, Geltungsbereich und Ausweichmöglichkeiten, GesKR-Tagung «Entschädigungsrecht in kotierten Gesellschaften (post Minder)», 6. März 2013, Folie 19.

¹⁸⁴ Wortlaut nach derogierendem Art. 14 Abs. 1 Ziff. 4 VE-VgDA.

¹⁸⁵ Vgl. SERGIO AIOLFI, Daniel Vasella grosszügig entlohnt, NZZ, 18. Juli 2013, S. 19.

¹⁸⁶ Vgl. Bericht, 3.9.2; vgl. auch den Swiss Code (Fn. 70), Anhang 1 Ziff. 6: «Das Entschädigungssystem schliesst goldene Fallschirme, die für den Fall eines Kontrollwechsels zugesichert werden [...] grundsätzlich aus.»

¹⁸⁷ CASUTT (Fn. 183), Folie 15: «lange Kündigungsfristen: [...] über 12 Monate: kritischer Bereich, da wohl eher nicht im Interesse der Gesellschaft»; vgl. auch den Swiss Code (Fn. 70), Anhang 1 Ziff. 5: «In den Arbeitsverträgen mit den Mitgliedern der Geschäftsleitung werden ohne besonderen Anlass unüblich lange Kündigungsfristen [...] vermieden.»; vgl. auch hinten 10.4.

Obschon der Bericht anerkennt, dass in Art. 95 Abs. 3 lit. b Satz 1 BV ein «umfassendes Verbot der Abgangsentschädigungen»¹⁹⁰ statuiert wird, verzichtet der Vorentwurf leider auf eine breite Definition dieses noch unbestimmten Rechtsbegriffs.

8.2 Verbot von Vergütung im Voraus

Lit. b Satz 1	Art. 20 Unzulässige Vergütungen in der Gesellschaft
Die Organmitglieder erhalten [...] keine Vergütung im Voraus [...].	Folgende Vergütungen für Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates sind unzulässig: [...] 2. Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden; [...]

Unter die Vergütungen im Voraus sollen auch Entschädigungen subsumiert werden, welche aufgrund verwirkter Ansprüche auf Leistungen eines ehemaligen Arbeitgebers ausbezahlt werden. Dies betrifft häufig gesperrte Anteile von variablen Entschädigungen, welche verfallen, falls der Berechtigte die Unternehmung vor Ende der Sperrfrist verlässt. Die Idee hinter aufgeschobenen Vergütungen ist augenscheinlich: Einerseits sollen damit die Mitarbeiter langfristig an die Unternehmung gebunden werden; andererseits sollen nicht primär kurzfristig erreichte Zeile, sondern langfristige und nachhaltige Leistungen belohnt und dazu motiviert werden.

Werden nun jedoch aufgeschobene und – weil vorzeitig die Unternehmung verlassen wurde – verwirkte Vergütungsbestandteile einfach vom nächsten Arbeitgeber kompensiert, so wird dieses eigentlich sinnvolle Incentivierungssystem geradezu pervertiert.

Beim Verbot von Vergütungen im Voraus schliesslich «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», wie der Bericht¹⁹¹ zu Recht begründet.

Analog müssen daher insbesondere auch Einstellungs-, Antritts-, Ablöse- und Willkommensprämien, Transferzahlungen, «Sing-in-Bonuses», «Golden Hellos», «Golden Handshakes» sowie vorgezogene Lohnzahlungstermine¹⁹² unter die «Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden» (nach Art. 20 Ziff. 2 VE-VgDA) fallen. Denn diese alle stellen Leistungen der Gesellschaft an das Organmitglied dar, obschon dafür gar keine effektive Gegenleistung erbracht wurde.

Ein «Verzicht» auf etwaige Ansprüche durch das Organmitglied kann schliesslich ebenso wenig geltend gemacht werden, weil jene variablen Lohnbestandteile stets bloss bedingt zugewiesen wurden. Es bestand gar nie ein absolutes Anrecht auf die gesperrten Anteile, weshalb auch nicht

¹⁸⁸ Betrifft nicht die Mitglieder des Verwaltungsrats, da diese aus diesem Grund eine einjährige Amtsdauer haben, vgl. vorne 4.2. sowie THOMAS MINDER/CLAUDIO KUSTER, Das Schreckgespenst der jährlichen Verwaltungsratswahl, NZZ, 24. Januar 2013, S. 15.

¹⁸⁹ Vgl. AMSTUTZ (Fn. 47), 4.6.3; VOGT/BASCHUNG (Fn. 47), II.2.5.d.; vgl. auch den Swiss Code (Fn. 70), Anhang 1 Ziff. 5: «In den Arbeitsverträgen mit den Mitgliedern der Geschäftsleitung werden ohne besonderen Anlass unüblich lange [...] Vertragsdauern vermieden.» (Gemäss den Erläuterungen gilt «als unüblich lang wohl im Regelfall eine feste Vertragsdauer von mehr als einem Jahr bis zu zwei Jahren»).

¹⁹⁰ Bericht, 3.9.2.

¹⁹¹ Bericht, 3.9.3.

¹⁹² Art. 323 Abs. 1 OR.

darauf verzichtet werden kann. Wenn die Bedingung (das Abwarten der Sperrfrist) dahin fällt, so eben per definitionem auch der Anspruch darauf.

Zuletzt zeigt auch der indirekte Gegenvorschlag, dass die Antrittsprämien unter die Vergütungen im Voraus zu subsumieren sind: Er hätte diese zwar nicht verboten, aber immerhin vorgesehen, «die Zulässigkeit von Antrittsprämien, deren Grundlagen und die Voraussetzungen für deren Ausrichtung» zwingend im Vergütungsreglement festzulegen.¹⁹³ Der Gegenvorschlag anerkannte also zumindest, dass dieses Anliegen aufzunehmen sei.

U.E. ist aus diesen Gründen eigentlich keine Anpassung der Verordnungsbestimmung in diesem Sinne nötig, da das Verbot auch Antrittsprämien umfasst. Andererseits, da die Interpretation augenscheinlich¹⁹⁴ auch von einer engeren Auslegung ausgehen könnte, ist im Sinne der Rechtssicherheit wohl dennoch eine explizite Klarstellung nötig:

Art. 20 Ziff. 2

Folgende Vergütungen für Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates sind unzulässig:

2. Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden oder die bedingte Ansprüche aus einem vorgängigen Arbeitsverhältnis entschädigen:

8.3 Verbot von Prämien für Firmenkäufe und -verkäufe

Lit. b Satz 1 Die Organmitglieder erhalten [...] keine Prämie für Firmenkäufe und -verkäufe [...].	Art. 20 Unzulässige Vergütungen in der Gesellschaft Folgende Vergütungen für Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates sind unzulässig: [...] 3. Provisionen für die Übernahme oder Übertragung von Unternehmen oder Teilen davon; [...]
--	---

*Keine Anmerkungen.*¹⁹⁵

9. Umgehungsverbote

9.1 Verbot von zusätzlichen Berater- oder Arbeitsverträgen

Lit. b Satz 1 Die Organmitglieder erhalten [...] keinen zusätzlichen Berater- oder Arbeitsvertrag von einer anderen Gesellschaft der Gruppe.	Art. 21 Unzulässige Vergütungen im Konzern Unzulässig sind Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates für Tätigkeiten in Unternehmen, die durch die Gesellschaft direkt oder indirekt kontrolliert werden, sofern diese Vergütungen: 1. dem Gesetz oder dieser Verordnung nicht entsprechen oder in den Statuten der Gesellschaft nicht vorgesehen sind; oder
--	---

¹⁹³ Art. 731d Abs. 2 Ziff. 7 OR-iGgv (Fn. 98).

¹⁹⁴ Bericht, 3.9.3.

¹⁹⁵ Kontrollwechselklauseln werden bereits durch das Verbot von Abgangsentschädigungen erfasst, vgl. vorne 8.1.

	2. von der Generalversammlung der Gesellschaft nicht genehmigt worden sind.
--	---

Materiell wird in Art. 21 VE-VgdA kein Verbot von «zusätzlichen Berater- oder Arbeitsverträgen an die Organmitglieder» postuliert, wie es Art. 95 Abs. 3 lit. b Satz 1 BV eigentlich verlangt. Im Sinne einer teleologischen Auslegung der Verfassungsbestimmung – das Verbot soll Umgehungsgeschäfte verhindern, während zusätzliche Arbeitsverträge der Organmitglieder mit Gruppengesellschaften an sich nicht stören würden – erscheint die vorgeschlagene Bestimmung jedoch opportun: Art. 21 VE-VgdA verlangt, dass alle Vergütungen an die Organmitglieder durch kontrollierte Gesellschaften konsolidiert werden müssen.

Hierauf muss jedoch zwingend gewährleistet sein, dass nicht nur Vergütungen aus zusätzlichen Arbeitsverhältnissen, sondern ebenso *Entschädigungen durch Beraterverträge* miteinbezogen werden. Ansonsten wäre das eigentliche Verbot solcher Aufträge tatsächlich zu erlassen. Der Begriff der «Vergütungen» soll daher diesen Sachverhalt explizit erwähnen:

Art. 14 Abs. 2 Ziff. 8

² Als Vergütungen gelten insbesondere:

8. sämtliche Leistungen für zusätzliche Arbeiten, insbesondere solche aus Beratungsmandaten.

9.2 Verbot der Delegation der Gesellschaftsführung an juristische Person

Lit. b Satz 2 Die Führung der Gesellschaft kann nicht an eine juristische Person delegiert werden.	Art. 6 Übertragung der Geschäftsführung Die Statuten können den Verwaltungsrat ermächtigen, die Geschäftsführung nach Massgabe eines Organisationsreglements ganz oder zum Teil an einzelne Mitglieder oder an andere natürliche Personen zu übertragen. Art. 12 [...] ² Zu ihrer Verbindlichkeit bedürfen der Aufnahme in die Statuten Bestimmungen über: [...] 4. die Ermächtigung zur Übertragung der Geschäftsführung auf einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates oder andere natürliche Personen; [...]
---	--

Keine Anmerkungen.

10. Notwendige Statuteninhalte

10.1 Höhe der Kredite, Darlehen und Renten

Lit. c Die Statuten regeln die Höhe der Kredite, Darlehen und Renten an die Organmitglieder	Art. 12 [...] ² Zu ihrer Verbindlichkeit bedürfen der Aufnahme in die Statuten Bestimmungen über:
--	--

[...].	1. die Höhe der Darlehen, Kredite und Renten für die Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates; [...] Art. 20 Unzulässige Vergütungen in der Gesellschaft Folgende Vergütungen für Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates sind unzulässig: [...] 4. Darlehen, Kredite, Renten [...], die in den Statuten nicht vorgesehen sind; [...]
--------	--

Es ist sinnvoll, die Regelungsgegenstände nach Art. 95 Abs. 3 lit. c BV als bedingt notwendige Statuteninhalte zu betrachten¹⁹⁶, zumal dank Art. 20 Ziff. VE-VgdA klargestellt ist, dass die Abwesenheit solcher Statutenbestimmung jene Vergütungsarten als unzulässig taxiert.

Mit der «Höhe» ist der nominale Höchstbetrag der jeweiligen Vergütungsarten gemeint.

10.2 Erfolgspläne und Beteiligungspläne

Lit. c Die Statuten regeln [...] deren [Organmitglieder] Erfolgs- und Beteiligungspläne [...].	Art. 12 [...] ² Zu ihrer Verbindlichkeit bedürfen der Aufnahme in die Statuten Bestimmungen über: [...] 2. die Grundsätze für die leistungsabhängigen Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates; 3. die Grundsätze für die Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten an Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates; [...] Art. 20 Unzulässige Vergütungen in der Gesellschaft Folgende Vergütungen für Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates sind unzulässig: [...] 4. [...] leistungsabhängigen Vergütungen, die in den Statuten nicht vorgesehen sind; 5. die Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten, die in den Statuten nicht vorgesehen ist.
---	---

Die Verfassungsbestimmung in Art. 95 Abs. 3 lit. c BV will die Erfolgspläne («Short Term Incentive Plans», kurzfristige Bonuspläne und Anreizsysteme) und die Beteiligungspläne («Long Term Incentive Plans», mittel- und längerfristige Beteiligungsprogramme) für die Organmitglieder in den Gesellschaftsstatuten regeln.

¹⁹⁶ Anderer Ansicht: PETER V. KUNZ, Statuten – Grundbaustein der Aktiengesellschaften, in: Rolf Watter (Hrsg.): Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Zürich/St. Gallen 2010, 55, II.B.2.c).

Gerade aus Aktionärssicht sind nicht nur die absoluten Beträge der Management-Entschädigungen wichtig, sondern insbesondere auch die dahinter liegenden Anreizsysteme und Motivationen. Überrissene Saläre entziehen der Unternehmung Kapital, doch Vergütungssysteme, die zu stark auf kurzfristigen und nicht-nachhaltigen Leistungen fussen, schädigen die Gesellschaft ebenso. Fehlanreize können – wie jüngst in der Finanzkrise bewiesen – Unternehmen nicht nur Bussen in Milliardenhöhe bescheren, sondern sie gar an den Rand des Ruins treiben.¹⁹⁷

10.2.1 Integrale Aufnahme

Diese Bestimmung hat leider kaum je grössere Beachtung gefunden, obschon sie nach Ansicht der Initianten im Kontext der Aktionärsdemokratie und der zu verhindernden Vergütungsexzesse fortan eine geradezu fundamentale Rolle einnehmen soll. Diese Ansicht werden auch die damaligen Befürworter des indirekten Gegenvorschlags¹⁹⁸ teilen, denn seine *Pièce de résistance* lag gerade in der Abstimmung über das Vergütungsreglement, welches mitunter die «Beteiligungsprogramme [und] Bonifikationen»¹⁹⁹ umfasste.

Die Intention war somit nicht, den Statuten bloss die *Grundsätze* der leistungsabhängigen Vergütung (Art. 12 Abs. 2 Ziff. 2 VE-VgDA) und der *Zuteilung* von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten (Art. 12 Abs. 2 Ziff. 3) zuzuweisen. Die Erfolgs- und die Beteiligungspläne sind viel mehr *integral in die Statuten* aufzunehmen.

Dass nicht nur vage Grundsätze, sondern die integralen Beteiligungspläne in die Statuten aufgenommen werden müssen, legte auch der Bundesrat in seinen Abstimmungserläuterungen dar: Die Volksinitiative beinhalte mitunter «die Vorschrift, dass zahlreiche Details zu den Vergütungen, wie beispielsweise die Beteiligungs-[...]pläne, in den Statuten festzulegen sind – und damit für die gesamte Öffentlichkeit einsehbar wären».²⁰⁰ In der Medienmitteilung im Vorfeld der Volksabstimmung legte der Bundesrat den Stimmberechtigten ebenso dar, dass die Volksinitiative eine «zwingende Regelung komplexer Details der Vergütungen in den Statuten»²⁰¹ umfasse. Diesen Versprechen an den Verfassungsgeber ist nun nachzukommen.

10.2.2 Gefäss: Statuten oder Statutenanhang

Teilweise wird moniert, «solche Pläne zeichnen sich üblicherweise durch eine gewisse Komplexität und damit auch durch einen gewissen Umfang aus»²⁰². Dem ist zwar so, doch fallen teilweise auch die in der Praxis gelebten Statuten nicht gerade durch Schlankheit und Ästhetik auf. Exemplarisch seien die Statuten der UBS AG, Zürich und Basel²⁰³, erwähnt, welche auf nicht weniger als neun Seiten diverse Mitarbeiterbeteiligungspläne, Pflichtwandelanleihen, Kapitalerhöhungen, Sacheinlagen und Sachübernahmen enthielten.

¹⁹⁷ Vgl. KURT SCHILTKNECHT, *Corporate Governance, Das subtile Spiel um Geld und Macht*, 2. A., Zürich 2009, 6.7.

¹⁹⁸ Vgl. Fn. 98.

¹⁹⁹ Art. 731d Abs. 2 Ziff. 3 OR-iGgv (Fn. 98).

²⁰⁰ Erläuterungen des Bundesrats zur Volksabstimmung vom 3. März 2013, S. 22.

²⁰¹ Medienmitteilungen des Bundesrats (Fn. 104).

²⁰² GLANZMANN (Fn. 21), III. 3.

²⁰³ Version vom 15. April 2009 (http://www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/alphabetisch/vdc/cont/Statuten_UBS_April09.pdf).

Doch anstatt die jeweiligen Pläne in die Statuten i. e. S. aufzunehmen, könnten sie formell durchaus auch als Statutenanhänge abgefasst werden.²⁰⁴ Wichtig dabei erscheint weniger, dass sie beziehungsweise ihre Änderungen «öffentlich beurkundet und ins Handelsregister eingetragen werden»²⁰⁵ (hier könnte eine Vereinfachung vorgesehen werden), sondern dass das *Änderungsverfahren* durch die Generalversammlung sinngemäss wie bei Statutenänderungen abgewickelt wird. Eine transparente, einfach zugängliche Publikation sollte derweil selbstverständlich sein.

10.2.3 Mindestinhalt

Als Mindestinhalt sollten je Erfolgs- und Beteiligungsplan wenigstens die folgenden, essenziellen Parameter in die Statuten aufgenommen werden:²⁰⁶

- Kreis der Begünstigten und maximale Höhe pro Begünstigtem;
- für den Plan reserviertes Kapital und die Herkunft der benötigten Aktien;
- Gesamtdauer des Plans;
- Sperrfristen, Bedingungen zur definitiven Zuteilung («Vesting») und Ausübungspreise;
- Leistungskriterien;
- Mögliche zusätzliche Zuteilungen am Ende der Halteperiode («Matching Shares»);
- Marktwerte der Aktien oder Optionen zum Zeitpunkt der Zuteilung;
- Mögliche Veränderung der Anzahl zugeteilter Aktien oder Optionen in Abhängigkeit vom Erreichen von Leistungszielen;
- der maximale Anteil der Vergütung am Basissalär;
- der Grad der Zielerreichung und die Anzahl der definitiv erworbenen Aktien oder Optionen;
- die Zuständigkeit zur Festlegung der Ziele und der Beurteilung der Zielerreichung bzw. Ausrichtung einer Vergütung (sofern nicht bereits in den Bestimmungen nach Art. 12 Abs. 1 Ziff. 3 VE-VgDA geregelt);
- «Change of Control»-Klauseln, insbesondere solche betreffend «Accelerated Vesting»;
- die Regelung der Steuern und Sozialabgaben, falls vom Gesetz abweichend.

10.3 Anzahl Mandate ausserhalb des Konzerns

Lit. c	Art. 12
Die Statuten regeln [...] deren [Organmitglieder] Anzahl Mandate ausserhalb des Kon-	¹ Die Statuten müssen Bestimmungen enthalten über: 1. die Anzahl der zulässigen Tätigkeiten der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates in den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen von Rechtseinheiten, die verpflichtet sind, sich

²⁰⁴ Ähnlich VOGT/BASCHUNG (Fn. 47), II.2.5.e., die für ein «von den Statuten getrenntes körperschaftliches Dokument» plädieren sowie DANIEL DAENIKER/FRANK GERHARD, Salärkompetenz der GV, GesKR-Tagung «Entschädigungsrecht in kotierten Gesellschaften <post Minder>», 6. März 2013, Folie 20; ebenso MAIZAR (Fn. 74), Folie 18 Ziff. 1.

²⁰⁵ Art. 647 OR (bzw. bei der Gründung Art. 629 Abs. 1 und Art. 631 Abs. 2 Ziff. 1 OR).

²⁰⁶ Vgl. Ethos Stiftung, Richtlinien zur Ausübung der Stimmrechte 2013, Anhang 3, Genf 2013 (http://www.ethosfund.ch/upload/publication/p435d_130122_Ethos_Richtlinien_zur_Ausubung_der_Stimmrechte_und_Grundstze_zur_Corporate_Governance.pdf); vgl. ROLF WATTER, Beteiligungspläne, GesKR-Tagung «Entschädigungsrecht in kotierten Gesellschaften <post Minder>», 6. März 2013, Folie 17 ff.

zerns [...].	ins Handelsregister eintragen zu lassen, und die nicht durch die Gesellschaft kontrolliert werden oder die Gesellschaft nicht kontrollieren; [...]
--------------	--

Die Verfassungsnorm hat zum Zweck, die Höchstzahl der zulässigen externen Mandate der Organmitglieder statutarisch zu regeln, wobei weder die externen Beschäftigungen an sich noch deren statutarische Bestimmung hierzu an der Schweizer Grenze Halt machen soll.

Der Beschränkung auf Entitäten, welche in einem Handelsregister einzutragen sind, ist prinzipiell beizustimmen, wobei sodann zu gewährleisten ist, dass auch solche umfasst werden, die ein Handelsregister eines anderen Staats betreffen:

Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1

¹ Die Statuten müssen Bestimmungen enthalten über:

1. die Anzahl der zulässigen Tätigkeiten der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates in den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen von Rechtseinheiten im In- und Ausland, die verpflichtet sind, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen, und die nicht durch die Gesellschaft kontrolliert werden oder die Gesellschaft nicht kontrollieren; [...]

Analog zur *Höhe der Darlehen, Kredite und Renten*²⁰⁷ könnte diese Vorschrift ebenso als bedingt notwendiger Statuteninhalt abgefasst werden. In jenem Fall dürften aber gleichsam keine externen Mandate angenommen werden, wenn eine derartige Statutenbestimmung fehlt. Die Statuierung der Obergrenze – die jedoch durchaus kategorisch und personell differenzieren können darf – ist indessen nicht delegierbar.

Weiter ist zu beachten, dass mit «Mandaten» nicht nur solche in Wirtschaftseinheiten gemeint sind, sondern ebenso (wichtige) Mandate in Stiftungen, Verbänden, politischen Parteien oder Ämtern, kulturellen, gesellschaftlichen oder sportlichen Organisationen usw. Solche sind ebenfalls miteinzubeziehen.²⁰⁸

10.4 Dauer der Arbeitsverträge der Geschäftsleitungsmitglieder

Lit. c Die Statuten regeln [...] die Dauer der Arbeitsverträge der Geschäftsleitungsmitglieder.	Art. 12 ¹ Die Statuten müssen Bestimmungen enthalten über: [...] 2. die Dauer der Arbeitsverträge für die Mitglieder der Geschäftsleitung; [...]
---	--

Liegt einem Arbeitsvertrag eine bestimmte Dauer zugrunde, so handelt es sich um ein befristetes Arbeitsverhältnis. Es können jedoch ebenso *unbefristete* Arbeitsverhältnisse eingegangen wer-

²⁰⁷ Vgl. vorne 10.1

²⁰⁸ Vgl. hierzu auch den indirekten Gegenvorschlag, der in Art. 731g Abs. 3 Ziff. 1 OR-iGv (Fn. 98) vorsah im Vergütungsbericht anzugeben: «Tätigkeiten in Führungs- und Aufsichtsgremien sowie Beiräten und ähnlichen Gremien von schweizerischen und ausländischen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des privaten und des öffentlichen Rechts».

den, wobei sodann eine vertragliche Kündigungsfrist in (nach oben) beliebiger Höhe abgeschlossen werden kann.²⁰⁹

Explizit wird die Statuierung einer etwaigen Kündigungsfrist für die Mitglieder der Geschäftsleitung in Art. 95 Abs. 3 lit. c BV zwar nicht verlangt, wie auch der Bericht darlegt²¹⁰. Gleichwohl anerkennt dieser jedoch, dass «die statutarische Höchstdauer der Arbeitsverträge nicht durch übermässige Kündigungsfristen umgangen» werden darf. Daher sollte kohärenterweise die Statutenbestimmung für solche Fällen ebenso die maximal zulässige Kündigungsfrist festlegen²¹¹:

Art. 12 Abs. 1 Ziff. 2

¹ Die Statuten müssen Bestimmungen enthalten über:²¹²

2. die Dauer und Kündbarkeit der Arbeitsverträge für die Mitglieder der Geschäftsleitung;²¹³

Eine solche Bestimmung ist auch im Lichte des (Umgehungs-)Verbots von «Abgangs- oder *anderen* Entschädigungen»²¹⁴ beim Austritt angezeigt.²¹⁵

11. Strafbestimmung bei Widerhandlung

Lit. 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. 24 Strafbarkeit der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates ¹ Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren wird bestraft, wer als Mitglied des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung oder des Beirates vorsätzlich: 1. Vergütungen bezieht oder ausrichtet, über die die Generalversammlung nicht abstimmen konnte oder deren Genehmigung sie verweigert hat (Art. 18); 2. unzulässige Vergütungen nach Artikel 20 oder 21 bezieht oder ausrichtet; 3. Tätigkeiten nach Artikel 12 Absatz 1 Ziffer 1 ausübt, die gemäss den Statuten nicht zulässig sind; 4. die Geschäftsführung ganz oder zum Teil an eine juristische Person überträgt (Art. 6); 5. eine Depot- oder Organvertretung oder eine andere als die von der Generalversammlung gewählte unabhängige Stimmrechtsvertretung (Art. 8) einsetzt; 6. verhindert, dass die Generalversammlung jährlich und einzeln die Mitglieder und den Präsidenten des Verwaltungsrates, die Mitglieder des Vergütungsausschusses sowie die unabhängige Stimmrechtsvertretung wählen kann (Art. 3, 4, 7 und 8);
---	--

²⁰⁹ Art. 335c Abs. 2 OR.

²¹⁰ Bericht, 3.6.1.

²¹¹ So auch OSER/MÜLLER (Fn. 47), S. 5.

²¹² Die Kündbarkeit der Arbeitsverträge könnte, im Ggs. zur Dauer, auch als bedingt notwendiger Statuteninhalt vorgesehen werden.

²¹³ Vgl. Art. 731d Abs. 2 Ziff. 4 OR-iGv (Fn. 98).

²¹⁴ Art. 95 Abs. 3 lit. b Satz 1 BV.

²¹⁵ Vgl. vorne 8.1.

	7. verhindert, dass die Generalversammlung jährlich über die Genehmigung der Vergütungen abstimmen kann (Art. 18); 8. verhindert, dass die Aktionäre der unabhängigen Stimmrechtsvertretung elektronisch Vollmachten und Weisungen erteilen können (Art. 9 Abs. 3); 9. verhindert, dass die Statuten die Bestimmungen nach Artikel 12 Absatz 1 enthalten. ² Mit der Freiheitsstrafe ist eine Geldstrafe zu verbinden. Das Gericht ist dabei nicht an die maximale Höhe des Tagessatzes nach Artikel 34 Absatz 2 Satz 1 des Strafgesetzbuches gebunden; die Geldstrafe darf jedoch sechs Jahresvergütungen nicht übersteigen. Art. 25 Strafbarkeit bei Vorsorgeeinrichtungen Mit der Geschäftsführung betraute Personen oder Mitglieder des obersten Organs einer dem FZG unterstellten Vorsorgeeinrichtung, die die Stimmpflicht nach Artikel 22 oder die Offenlegungspflicht nach Artikel 23 vorsätzlich verletzen, werden mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft.
--	---

11.1 Ausgestaltung als Officialdelikt

Es erscheint richtig, die Strafbestimmung als Officialdelikt auszugestalten. Nebst den im Bericht dargelegten Argumenten²¹⁶ sei zudem auf folgende Aspekte hingewiesen: Der Ingress von Art. 95 Abs. 3 BV zeigt, dass der Schutzbereich durch die nachfolgenden Bestimmungen nicht nur den pekuniären Interessen der Aktionäre und der Destinatäre im engeren Sinn dient, sondern ebenso in allgemeiner Weise auch «der Volkswirtschaft» und «im Sinne einer nachhaltigen Unternehmensführung».

Die Volksinitiative bezweckt also nicht nur den überhöhten Managersalären Einhalt zu gebieten und die soziale Kohäsion nicht zu überstrapazieren, sondern in ihrem Ursprung²¹⁷ auch die hiesige Volkswirtschaft, den Staat, den Fiskus, die Sozialwerke usw. vor nicht-nachhaltiger Unternehmensführung so weit möglich zu verschonen.

Zweitens enthält die Verfassungsnorm diverse Bestimmungen, welche die sog. rationale Apathie²¹⁸ der Eigentümer (und ebenso der Pensionskassen) adressieren. Unter diesem Gesichtspunkt ist es ebenso angebracht, von einem Officialdelikt auszugehen.

11.2 Gebotene Strafbarkeit für Vorsorgeeinrichtungen

Die Mitglieder des höchsten Organs der nach Art. 22 Abs. 1 VE-VgdA verpflichteten Vorsorgeeinrichtungen müssen, wie dies der Entwurf vorsieht, ebenfalls unter die Strafrechtsnorm fallen. Dies ergibt sich deutlich aus Art. 95 Abs. 3 lit. d, welcher mitunter verlangt, dass eine «Widerhandlung gegen die Bestimmungen nach [dem] Buchstaben a [...]» des gleichen Absatzes «mit

²¹⁶ Bericht, 3.11.6.

²¹⁷ Das Volksbegehren wurde symptomatischerweise bereits im Nachgang zum Swissair-Grounding 2001 und weiterer Schweizer wie auch internationaler Wirtschaftsskandale zu Beginn der letzten Dekade geboren.

²¹⁸ Vgl. MAX D. AMSTUTZ, Macht und Ohnmacht des Aktionärs, Zürich 2007, 7.1 f.

Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen bestraft» wird. Darunter fällt mitunter die Stimm- und Offenlegungspflicht durch die Vorsorgeeinrichtungen.²¹⁹

Wie gezeigt, ist es also verfassungsrechtlich vorgezeichnet und im Sinne einer generalpräventiven Wirkung sogleich geboten, vorsätzliche Widerhandlungen auch durch sekundäre Personen entsprechend zu bestrafen. Die vorgeschlagene Reduktion geht jedoch zu weit: Diesen personellen Täterkreis einer *reduzierten pekuniären Strafandrohung* zu unterstellen ist einerseits richtig²²⁰, dies ergibt sich aus der Geldstrafe, die «bis zu sechs Jahresvergütungen» umfasst: Offensichtlich zielt diese hohe (wenn auch individuelle) Summe auf den primären Personenkreis der Organmitglieder, die sich etwaig selbst bereichern.

Nebst der (reduzierten) pekuniären, gehört jedoch *ebenso die Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren* angedroht. Denn kein Destinatär würde es verstehen, wieso, «[w]er sich in einem Gastgewerbebetrieb beherbergen, Speisen oder Getränke vorsetzen lässt oder andere Dienstleistungen beansprucht und den Betriebsinhaber um die Bezahlung prellt, auf Antrag, *mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren* oder Geldstrafe bestraft [wird]»²²¹, ungleich weitreichendere Wirtschaftsdelikte jedoch nicht. Dem Verhältnismässigkeitsgebot²²² kann selbstverständlich weiterhin Rechnung getragen werden, was jedoch *Aufgabe der Justiz* darstellt – das nunmehr verankerte Strafmass stellt schliesslich nur das Höchstmass dar.

Zuletzt sei auch hier auf diverse Äusserungen²²³ im Vorfeld der Volksabstimmung hingewiesen, welche den aus ihrer Sicht vorteilhafteren indirekten Gegenvorschlag²²⁴ just deshalb beworben haben, weil jener – im Gegensatz zur Volksinitiative – *keine* strafrechtlichen Massnahmen für die Vorsorgeeinrichtungen vorgesehen hätte.

12. Inkrafttreten und Übergangsbestimmungen

UeBst Art. 197 Ziff. 10 BV (Volksinitiative «gegen die Abzockerei»)	Vorentwurf der Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA) [vom 22. November 2013] vom 14. Juni 2013 (VE-VgdA)
Art. 197 Ziff. 10 10. Übergangsbestimmung zu Art. 95 Abs. 3 Bis zum Inkrafttreten der gesetzlichen Bestimmungen erlässt der Bundesrat innerhalb eines Jahres nach Annahme von Artikel 95 Absatz 3 durch Volk	Art. 26 Anwendbares Recht im Allgemeinen ¹ Die Artikel 1-4 des Schlusstitels des Zivilgesetzbuches gelten für diese Verordnung, soweit die folgenden Bestimmungen nichts anderes vorsehen. ² Die Bestimmungen dieser Verordnung werden mit ihrem Inkrafttreten auf alle bestehenden Gesellschaften anwendbar. Art. 27 Anpassung von Statuten und Reglementen ¹ Gesellschaften, deren Statuten und Reglemente dieser Verordnung nicht entsprechen, müssen diese innerhalb von zwei Jahren ab Inkrafttreten dieser Verordnung den neuen Vorschriften anpassen.

²¹⁹ Art. 95 Abs. 3 lit. a Satz 3 BV.

²²⁰ Weitergehend jedoch WOLFGANG WOHLERS, Strafrechtliche Bestimmungen, GesKR-Tagung «Entschädigungsrecht in kotierten Gesellschaften (post Minder)», 6. März 2013, mündl. Aussage: Die Strafandrohung im Maximalrahmen gelte für *alle* Forderungen, keine reduzierte Maximalstrafen für «sekundäre Bestimmungen».

²²¹ Exemplarischer Art. 149 StGB, Zechprellerei (Hervorhebung durch die Verfasser).

²²² Art. 5 Abs. 2 BV.

²²³ Vgl. diverse Zitate vorne unter 5.1.1.5.

²²⁴ Vgl. Fn. 98.

und Stände die erforderlichen Ausführungsbestimmungen.	² Vorsorgeeinrichtungen, die dem FZG unterstellt sind, müssen innerhalb eines Jahres ab Inkrafttreten dieser Verordnung ihre Reglemente und ihre Organisation den Artikeln 22 und 23 anpassen. Art. 28 Anpassung von altrechtlichen Arbeitsverträgen Die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung bestehenden Arbeitsverträge sind innerhalb eines Jahres ab Inkrafttreten dieser Verordnung anzupassen. Nach Ablauf dieser Frist sind die Vorschriften der Verordnung auf alle Arbeitsverträge anwendbar. Art. 29 Wahl des Verwaltungsrates und des Vergütungsausschusses ¹ Die Artikel 3, 4 und 7 gelten ab der ersten ordentlichen Generalversammlung, die nach Inkrafttreten dieser Verordnung stattfindet. ² Bis zur statutarischen Festlegung der Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses (Art. 12 Abs. 1 Ziff. 3) werden diese durch den Verwaltungsrat bestimmt. Art. 30 Unabhängiger Stimmrechtsvertreter ¹ Der Verwaltungsrat bestimmt für die erste Generalversammlung nach Inkrafttreten dieser Verordnung den unabhängigen Stimmrechtsvertreter, sofern dieser nicht bereits durch die Generalversammlung gewählt wurde. ² Die elektronische Erteilung von Vollmachten und Weisungen an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter muss an der zweiten ordentlichen Generalversammlung, die nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung stattfindet, möglich sein. Art. 31 Genehmigungen durch die Generalversammlung ¹ Die Vorschriften zur Genehmigung der Gesamtbeträge der fixen Vergütung der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates gelten ab der zweiten ordentlichen Generalversammlung, die nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung stattfindet. ² Die Vorschriften zur Genehmigung der Gesamtbeträge der variablen Vergütung der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates gelten erstmals für das Geschäftsjahr, das mit oder nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung beginnt. Art. 32 Stimm- und Offenlegungspflicht Vorsorgeeinrichtungen, die dem FZG unterstellt sind, müssen ab dem 1. Januar 2015 ihre Stimmrechte ausüben und offenlegen, wie sie gestimmt haben. Art. 33 Diese Verordnung tritt am 1. Januar 2014 in Kraft.
---	---

12.1 Inkrafttreten der Verordnung

Mit Volksabstimmung vom 3. März 2013 wurde die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» von Volk und Ständen angenommen, die Verfassungsrevision²²⁵ trat am selben Tag in Kraft. Nach ebenfalls gleichzeitig erlassener Übergangsbestimmung muss der Bundesrat innerhalb eines Jahres, also bis am 3. März 2014, die erforderlichen Ausführungsbestimmungen erlassen. Der

²²⁵ AS 2013 1303 f.

Bundesrat schlägt ein Inkrafttreten per 1. Januar 2014 vor, was sinnvoll erscheint, um Inkrafttreten, Kalenderjahr und usanzgemässes Geschäftsjahr anzugleichen.

12.2 Direkte Anwendbarkeit

«Die [...] teilweise revidierte Bundesverfassung tritt in Kraft, wenn sie von Volk und Ständen angenommen ist»²²⁶, in casu also am 3. März 2013. Der Bericht²²⁷ nimmt nun leichthin an, dass Art. 95 Abs. 3 lit. d BV *nicht* direkt anwendbar sei. Zunächst geht er undifferenziert davon aus, dass sich lediglich entweder eine *komplette direkte Anwendbarkeit* oder aber eine *Nicht-Anwendbarkeit bis zum Erlass der Ausführungsbestimmung* ergebe. Es sind jedoch auch differenziertere Modelle nicht ausgeschlossen.

Zum einen könnte eine *teilweise* direkte Anwendbarkeit in Betracht gezogen werden. Im einem kürzlich publizierten Bundesgerichtsurteil²²⁸ wurde so im Kontext der angenommenen Ausschaffungs-Initiative²²⁹ wie folgt argumentiert: «Verfassungsbestimmungen können genügend bestimmt sein, um mit ihrem Inkrafttreten ohne ausführende Gesetzgebung – ganz oder *teilweise* – mit Wirkungen auch für Private unmittelbar Anwendung zu finden. [...] Ob dies der Fall ist, muss auslegungsmässig ermittelt werden [...]»²³⁰

Einige objektive Tatbestandsmerkmale sind sehr wohl «genügend genau formuliert, sodass der Einzelne sein Verhalten danach richten kann»²³¹. Das Verbot von Abgangsentschädigungen im engeren Sinne²³² beispielsweise ist hinreichend klar, womit nichts dagegen spricht, es direkt anzuwenden, gerade auch in Analogie zu mehreren anderen angenommenen Volksinitiativen, deren Verbote und Unverjährbarkeiten *sofort und direkt anwendbar* wurden.

Selbst ein expliziter verfassungsmässiger Gesetzgebungsauftrag ist kein hinreichender Grund, direkte Anwendbarkeit von vornherein auszuschliessen: «Dies²³³ schliesst die Vorrangigkeit bzw. zumindest teilweise direkte Anwendbarkeit der neuen Verfassungsnorm gegenüber dem restlichen Verfassungsrecht nicht zwingend aus.»²³⁴

In einem neuerlichen weiteren Bundesgerichtsurteil²³⁵ im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit der angenommenen Volksinitiative «Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!»²³⁶ wurden diese Erwägungen wiederaufgenommen²³⁷ und in diesem Fall die sofortige direkte Anwendbarkeit bejaht²³⁸. Weder der Gesetzgebungsauftrag²³⁹, noch die Übergangsbestimmung²⁴⁰

²²⁶ Art. 195 BV, vgl. Art. 15 Abs. 3 BPR.

²²⁷ Bericht, 3.11.1.

²²⁸ 2C_828/2011 vom 12. Oktober 2012.

²²⁹ AS 2011 1199.

²³⁰ 2C_828/2011 E. 4.2.3 (Hervorhebung durch die Verfasser).

²³¹ 2C_828/2011 E. 4.3.2.

²³² Nach Art. 663b^{bis} Abs. 2 Ziff. 5 OR.

²³³ Gemeint ist der Gesetzgebungsauftrag in Art. 121 Abs. 4 sowie die Übergangsbestimmung Art. 197 Ziff. 8 BV.

²³⁴ 2C_828/2011 E. 4.3.1.

²³⁵ 1C_646/2012 vom 22. Mai 2013.

²³⁶ AS 2012 3627.

²³⁷ 1C_646/2012, E. 8.

²³⁸ 1C_646/2012, E. 9.1.

²³⁹ Art. 75b Abs. 2 und Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV.

²⁴⁰ Art. 197 Ziff. 9 BV.

noch intertemporalrechtliche Vorgaben²⁴¹ seien geeignet, die etwaige direkte Anwendbarkeit *contrario* auszuschliessen.

«Unter dem Blickwinkel des Legalitätsprinzips» erkannte so das Bundesgericht hinsichtlich der direkten Anwendbarkeit der Zweitwohnungs-Initiative: «Die mögliche Rechtsänderung wurde schon lange im voraus publik und das sich daraus ergebende Verbot wurde breit diskutiert; die insoweit betroffenen Normadressaten waren bekannt. Der sofortigen Anwendbarkeit dieses «harten Kerns» der neuen, speziellen Verfassungsnorm steht daher nichts entgegen, auch wenn sie eine nicht unerhebliche Beschränkung der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) bedeutet.»²⁴²

Die Beurteilung, ob die Verfassungsbestimmung ganz oder teilweise direkt anzuwenden sei, obliegt letztlich dem Bundesgericht. Im Lichte der aktuellen Rechtsprechungspraxis hinsichtlich angenommener Volksinitiativen erscheint ein allzu voreiliges abschlägiges Urteil indessen nicht geboten. Der «harte Kern» auch dieser Verfassungsnorm Art. 95 Abs. 3 BV könnte so – da seit Jahren ebenso breit diskutiert – geradeso zur sofortigen Anwendung gelangen.

12.3 Übergangsbestimmungen

Gerade die Anpassungsfrist für die Statuten innerhalb von zwei Jahren erscheint zu lange, hält man sich den bloss temporären Charakter dieser Verordnung vor Augen. Nach dieser Frist, also Anfangs 2016, wird schon bald mit der eigentlichen Umsetzungsgesetzgebung zu rechnen sein.

Zu beachten sei auch die lange Vorlaufzeit, vom Abstimmungstag bis hin zum Termin des Inkrafttretens der Verordnung, welche den Unternehmungen ebenfalls bereits erlaubt, Vorkehrungen zu treffen – schliesslich sind die groben Parameter und zukünftigen Erfordernisse längst klar, gerade solche Bestimmungen betreffend, mit denen sowieso zu rechnen war, da sie *sowohl im indirekten Gegenvorschlag als auch in der Volksinitiative vorgesehen* waren.

Aus diesen Gründen ist beispielsweise auch die Stimm- und Offenlegungspflicht für die Vorsorgeeinrichtungen *unmittelbar mit Inkrafttreten* einzuführen, zumal seit längerer Zeit offensichtlich ist, dass diese in der einen oder anderen Form verlangt werden würde. Dies unterstreichen denn auch andere Autoren, so AMSTUTZ: «Für die Vorgaben zur Abstimmung besteht wohl keine Notwendigkeit der Stipulierung von Übergangsfristen.»²⁴³

Ähnlich auch GLANZMANN: «Übergangsrechtlich steht einer sofortigen Anwendbarkeit der entsprechenden Ausführungsbestimmungen grundsätzlich nichts im Weg. Anders kann es sich jedoch dann verhalten, wenn hinsichtlich der Offenlegung spezifische Vorgaben gemacht werden, die auf Seiten der Pensionskasse einen besonderen (erstmaligen) zeitlichen Umsetzungsaufwand hervorrufen.»²⁴⁴

Gleiches gilt für die «elektronische Erteilung von Vollmachten und Weisungen an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter», zumal wie gezeigt lediglich ein bereits auf dem Markt vorhandenes «Indirect Voting» gefordert wird. Dieses erfordert bei den Unternehmungen selbst nur wenig technische Nachrüstungen. Diese Dienstleistung als Software-Anwendung («Software as a Ser-

²⁴¹ Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV.

²⁴² 1C_646/2012, E. 10.5.

²⁴³ AMSTUTZ (Fn. 47), 4.7.

²⁴⁴ GLANZMANN (Fn. 21), IV.4.3.

vice») ist gut skalierbar, benötigt *keine* Statutenänderung und kann bewiesenermassen problemlos innert weniger Wochen implementiert werden²⁴⁵.

13. Weitere Bestimmungen der Verordnung

13.1 Erstellung und Veröffentlichung des Vergütungsberichts

Art. 5 Unübertragbare Aufgabe

Der Verwaltungsrat hat die unübertragbare und unentziehbare Aufgabe, den Vergütungsbericht zu erstellen.

Art. 13 Erstellung, Bekanntgabe und Veröffentlichung

¹ Der Verwaltungsrat erstellt jährlich einen schriftlichen Vergütungsbericht. Dieser ersetzt die Angaben im Anhang zur Bilanz nach Artikel 663b^{bis} OR.

² Für die Bekanntgabe und die Veröffentlichung des Vergütungsberichts sowie des Berichts der Revisionsstelle nach Artikel 17 finden die Artikel 696 und 958e Absatz 1 OR entsprechend Anwendung.

Art. 14 Vergütungen an den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat

¹ Im Vergütungsbericht sind anzugeben:

1. alle Vergütungen, die die Gesellschaft direkt oder indirekt an gegenwärtige Mitglieder des Verwaltungsrates ausgerichtet hat;
2. alle Vergütungen, die die Gesellschaft direkt oder indirekt an gegenwärtige Mitglieder der Geschäftsleitung ausgerichtet hat;
3. alle Vergütungen, die die Gesellschaft direkt oder indirekt an gegenwärtige Mitglieder des Beirates ausgerichtet hat;
4. alle Vergütungen, die die Gesellschaft direkt oder indirekt an frühere Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates ausgerichtet hat, sofern sie in einem Zusammenhang mit der früheren Tätigkeit als Organ der Gesellschaft stehen oder nicht marktüblich sind; ausgenommen sind Leistungen der beruflichen Vorsorge.

² Als Vergütungen gelten insbesondere:

1. Honorare, Löhne, Bonifikationen und Gutschriften;
2. Tantiemen, Beteiligungen am Umsatz und andere Beteiligungen am Geschäftsergebnis;
3. Dienst- und Sachleistungen;
4. die Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten;
5. Bürgschaften, Garantieverpflichtungen, Pfandbestellungen zugunsten Dritter und andere Sicherheiten;
6. der Verzicht auf Forderungen;
7. Aufwendungen, die Ansprüche auf Vorsorgeleistungen begründen oder erhöhen;
8. sämtliche Leistungen für zusätzliche Arbeiten.

²⁴⁵ TOBIAS HÄCKERMANN, Elektronisches Fernabstimmen als Chance, Economiesuisse-Informationsveranstaltung «Elektronisches Fernabstimmen nach Minder – was ist möglich?», 3. Juli 2013, Folie 10 (http://www.economiesuisse.ch/de/SiteCollectionDocuments/elekfernabstimmung_referate.pdf).

Art. 15 Darlehen und Kredite an den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat

¹ Im Vergütungsbericht sind anzugeben:

1. alle Darlehen und Kredite, die den gegenwärtigen Mitgliedern des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates gewährt wurden und noch ausstehen;
2. alle Darlehen und Kredite, die zu nicht marktüblichen Bedingungen an frühere Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates gewährt wurden und noch ausstehen.

² Die Angaben zu Vergütungen, Darlehen und Krediten müssen umfassen:

1. den Gesamtbetrag für den Verwaltungsrat und den auf jedes Mitglied entfallenden Betrag unter Nennung des Namens und der Funktion des betreffenden Mitglieds;
2. den Gesamtbetrag für die Geschäftsleitung und den höchsten auf ein Mitglied entfallenden Betrag unter Nennung des Namens und der Funktion des betreffenden Mitglieds;
3. den Gesamtbetrag für den Beirat und den auf jedes Mitglied entfallenden Betrag unter Nennung des Namens und der Funktion des betreffenden Mitglieds.

Art. 16 Vergütungen, Darlehen und Kredite an nahestehende Personen

¹ Im Vergütungsbericht sind gesondert anzugeben:

1. alle nicht marktüblichen Vergütungen, die die Gesellschaft direkt oder indirekt an Personen ausgerichtet hat, die den in Artikel 14 Absatz 1 Ziffer 1–4 genannten Personen nahestehen;
2. Darlehen und Kredite, die zu nicht marktüblichen Bedingungen an Personen, die den in Artikel 15 Absatz 1 Ziffer 1 und 2 genannten Personen nahestehen, gewährt wurden und noch ausstehen.

² Die Namen der nahestehenden Personen müssen nicht angegeben werden.

³ Im Übrigen finden die Vorschriften über die Angaben zu Vergütungen, Darlehen und Krediten an Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirates entsprechende Anwendung.

Art. 17 Prüfung durch die Revisionsstelle

Die Revisionsstelle prüft, ob der Vergütungsbericht dem Gesetz, dieser Verordnung und den Statuten entspricht. Sie erstattet der Generalversammlung schriftlich Bericht über das Ergebnis der Prüfung.

Die Pflicht des Verwaltungsrats, einen separaten Vergütungsbericht zu erstellen, ergibt sich implizit aus der Verfassungsbestimmung, da die Generalversammlung die neuerlichen Kompetenzen in Sachen Vergütungen nur durch eine Willensbildung *en connaissance de cause* vornehmen kann.

13.1.1 Individuelle Offenlegung der Vergütungen der Geschäftsleitung

Im Sinne einer verbesserten Transparenz für die Aktionäre sind die Angaben zu Vergütungen, Darlehen und Kredite der Mitglieder der Geschäftsleitung (Art. 15 Abs. 2 Ziff. 2 VE-VgdA) ebenfalls individuell auszuweisen.

Die bisherige Offenlegung in corpore ergab durchaus Sinn, weil die Generalversammlung bis anhin auch keinen Einfluss auf die Vergütungen der Mitglieder der Geschäftsleitung hatte. Da sie jedoch fortan die unübertragbare Befugnis zur Festlegung der Gesamtvergütung der Geschäftsleitung innehat, muss mit ihr eine detailliertere Bewertungsgrundlage einhergehen, um den Willensbildungsprozess der Aktionäre adäquat zu begleiten:

Art. 15 Abs. 2 Ziff. 2

² Die Angaben zu Vergütungen, Darlehen und Krediten müssen umfassen:

2. den Gesamtbetrag für die Geschäftsleitung und den auf jedes Mitglied entfallenden Betrag unter Nennung des Namens und der Funktion des betreffenden Mitglieds;

13.1.2 Weitere Offenlegungen

Sodann seien folgende Offenlegungen vorzusehen:

- Werden mit Organmitgliedern Karenzentschädigungen in Konkurrenzverbotsabreden vereinbart, so sind diese ebenfalls zu publizieren.²⁴⁶
- Einige Vergütungen müssen bloss offen gelegt werden, falls sie «nicht marktüblich» sind. Davon ist Abstand zu nehmen, da hierdurch allzu leicht überhöhte Vergütungen – da schon seit Jahren so ausgeschüttet – als «marktüblich» bezeichnet werden können.

13.2 Erteilung von Vollmachten und Weisungen an die unabhängige Stimmrechtsvertretung

Art. 9 Erteilung von Vollmachten und Weisungen

¹ Der Verwaltungsrat stellt sicher, dass die Aktionäre die Möglichkeit haben, dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu jedem in der Einberufung gestellten Antrag zu Verhandlungsgegenständen Weisungen zu erteilen.

² Er stellt sicher, dass die Aktionäre die Möglichkeit haben, dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu nicht angekündigten Anträgen zu Verhandlungsgegenständen sowie zu neuen Verhandlungsgegenständen gemäss Artikel 700 Absatz 3 OR allgemeine Weisungen zu erteilen.

[...]

Art. 10 Pflichten des unabhängigen Stimmrechtsvertreters

¹ Der unabhängige Stimmrechtsvertreter ist verpflichtet, die ihm von den Aktionären übertragenen Stimmrechte weisungsgemäss auszuüben.

² Hat er keine Weisungen erhalten, so enthält er sich der Stimme.

«[D]as Stimmrecht [ist] das wichtigste Instrument der Aktionäre, um Einfluss auszuüben. Diesen Zweck erfüllt es jedoch nur, wenn es den Aktionären ermöglicht, ihren Willen zum Ausdruck zu bringen, ganz im Sinne des verfassungsrechtlichen Anspruchs des Bürgers auf unverfälschte Willenskundgabe im Staat.^{247»²⁴⁸}

Formell schafft Art. 11 VE-VgDA die (heute verbreitete) institutionelle Organstimmrechts- und (rückläufige) Depotstimmrechtsvertretung ab.²⁴⁹ Um die Verfassungsnovelle²⁵⁰ jedoch nicht zu umgehen, ist es von grosser Wichtigkeit, gleichzeitig «auch die Modalitäten der institutionellen

²⁴⁶ Vgl. zu den Karenzentschädigungen auch vorne 8.1.

²⁴⁷ Vgl. Art. 34 Abs. 2 BV; ebenso Swiss Code (Fn. 70), Ziff. 7.

²⁴⁸ VOGT (Fn. 2), V.B.1.

²⁴⁹ Vgl. vorne 7.

²⁵⁰ Art. 95 Abs. 3 lit. a Satz 4 Halbsatz 2 BV.

Stimmrechtsvertretung [zu] reformieren», ansonsten das Verbot «dem Zweck des Gesetzgebungsauftrags nicht näher [käme]»²⁵¹.

DUBS geht gar so weit: «Verzichtet der Gesetzgeber auf eine Regelung der Ausgestaltung des Weisungsformulars, wird die Praxis Wege finden, den unabhängigen Stimmrechtsvertreter in das Gewande eines Organvertreters zu kleiden [...]»²⁵² Richtigerweise sieht daher die Verordnung einige – noch zu erweiternde – Massnahmen im Zusammenhang mit der nunmehr einzigen institutionellen, der *unabhängigen Stimmrechtsvertretung* vor.

13.2.1 Allgemeine Weisungen

«Allgemeinen Weisungen» nachzukommen – bei nicht angekündigten Anträgen und bei neuen Verhandlungsgegenständen²⁵³ – ist für den unabhängigen Stimmrechtsvertreter leider kaum praktikabel auszuführen. Dies zeigt die analoge Bestimmung *de lege lata* für den Depotvertreter, der bei nicht rechtzeitig erhältlichen Weisungen des Hinterlegers «das Stimmrecht nach einer allgemeinen Weisung des Hinterlegers aus[übt]»²⁵⁴. In der kurzen Zeit, womöglich gar wenigen Minuten, in welchen der unabhängige Stimmrechtsvertreter auf nicht angekündigte Anträge zu reagieren hat, können bei den Publikumsgesellschaften unmöglich die Tausenden²⁵⁵ von Formularen durchgesehen und willensgemäss in die Stimmabgabe einbezogen werden.

Auch wenn diese Regelung daher leider oftmals einer Farce entspricht²⁵⁶, so sollte man diese Willensausführung von «allgemeinen Weisung» gleichwohl sicherlich nicht verbieten, da solche auch lauten können: «immer zustimmen», «immer ablehnen», «immer enthalten», «immer gemäss Verwaltungsrat» oder «immer gegen Verwaltungsrat». Derlei klare Weisungen können, ja müssen – da vorab programmierbar – auch tatsächlich vom Stimmrechtsvertreter nach Art. 10 Abs. 1 VE-VgdA «weisungsgemäss aus[geübt]» werden.²⁵⁷

Um jedoch gleichsam zu verhindern, dass der unabhängige Stimmrechtsvertreter bei neuen (oder *nach* der Einladung oder an der Versammlung *abgeänderten*) Anträgen sowie neuen Verhandlungsgegenständen²⁵⁸ wieder zum (nunmehr verbotenen) Organvertreter verkommt, sollte Art. 10 Abs. 2 VE-VgdA womöglich wie folgt lauten:

Art. 10 Abs. 2

² Hat er keine oder nur allgemeine Weisungen erhalten, die er nicht zeitgerecht in seine Stimmabgabe einfliessen lassen kann, so enthält er sich der Stimme.

²⁵¹ HÄUSERMANN (Fn. 61), V.G.

²⁵² DIETER DUBS, Die institutionelle Stimmrechtsvertretung in der Aktienrechtsrevision, in: Rolf Watter (Hrsg.): Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Zürich/St. Gallen 2010, 169, III.D.1. (wobei dort noch zusätzlich im Kontext der Aktienrechtsrevision [Fn. 92], Art. 689c Abs. 4 E-OR).

²⁵³ Als neue Verhandlungsgegenstände kommen nach Art. 700 Abs. 3 Halbsatz 2 OR lediglich infrage: «Anträge auf Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung, auf Durchführung einer Sonderprüfung und auf Wahl einer Revisionsstelle infolge eines Begehrens eines Aktionärs».

²⁵⁴ Art. 689d Abs. 2 OR.

²⁵⁵ Die UBS AG hat beispielsweise 315 492 eingetragene Aktionäre (Stand 28. März 2013).

²⁵⁶ Vgl. DUBS (Fn. 252), III.D.2., hierzu: «Nach der hier vertretenen Auffassung geht es bereits aus praktischen Gründen nicht, dass die Aktionäre dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter individuell zugeschnittene Weisungen nach eigenem Gutdünken erteilen können. Für Weisungen solcher Art steht die individuelle, nicht aber die Massenvertretung zur Verfügung.»

²⁵⁷ Vgl. auch die Weisungsbefolgungspflicht nach Art. 689b Abs. 1 OR.

²⁵⁸ Nach Art. 700 Abs. 3 OR, vgl. Fn. 253.

13.2.2 Kein «unabhängiger Organvertreter»

Unerwünscht wäre zudem, wie im Bericht²⁵⁹ vorgeschlagen, auf dem Formular zur Stimmrechtsausübung an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter für die zusätzlichen Rubriken «Nicht angekündigte Anträge» und «Neue Verhandlungsgegenstände» nebst den sinnvollen Antwortmöglichkeiten «Annahme», «Ablehnung» und «Enthaltung» lediglich eine Stimmabgabe «Gemäss Verwaltungsrat» vorzusehen. Dies käme schliesslich der unerwünschten Wiedereinführung des Organstimmrechts gleich. Zumindest müsste auch die – gerade von den Pensionskassen gewünschte und praktizierte²⁶⁰ – gegenteilige Option verfügbar sein.²⁶¹

Dazu auch HÄUSERMANN: «Der Grundsatz *«in dubio pro administratione»* verzerrt die Willensbetätigung der Aktionäre zugunsten des Verwaltungsrates, denn er zwingt die Aktionäre, aktiv zu werden und eine Weisung zu erteilen, wenn sie einen Antrag des VR nicht unterstützen wollen.²⁶² Der Gesetzgeber sollte es deshalb dem Verwaltungsrat verbieten, bei der unabhängigen Stimmrechtsvertretung den Grundsatz *«in dubio pro administratione»* für anwendbar zu erklären, oder den Grundsatz auf unangekündigte Anträge beschränken, wie es der Gegenvorschlag vorsah^{263, 264}

13.2.3 Keine Dauervollmachten

Dauervollmachten an die unabhängige Stimmrechtsvertretung sollten, wie im indirekten Gegenvorschlag vorgesehen²⁶⁵, unterbunden werden:

Art. 9 Abs. 6 (neu)

⁶ Die Erteilung von Dauervollmachten zugunsten der unabhängigen Stimmrechtsvertretung durch den Aktionär ist nicht zulässig.

13.2.4 Vereinfachte Vertretung durch Dritte

Wie vorne dargelegt ist der unabhängige Stimmrechtsvertreter insbesondere als Massenvertretung konzipiert. Um dem Aktionär jedoch parallel dazu die Teilnahme an der Generalversammlung durch die nicht-institutionelle, also *individuelle Stimmrechtsvertretung*²⁶⁶ ein wenig zu erleichtern, sollte er damit jeden beliebigen Dritten betrauen können:²⁶⁷

Art. 11a (neu)

Der Aktionär kann seine Aktien in der Generalversammlung selbst vertreten oder durch einen Dritten vertreten lassen.

²⁵⁹ Bericht, 3.5.3.

²⁶⁰ Vgl. vorne 3.3.

²⁶¹ Vgl. DUBS (Fn. 252), IV., der plädiert für «Normierung von Regeln, wie die Gesellschaft das Weisungsformular zu gestalten hat, insbesondere gesetzliche Vorgaben, welche Weisungen die Gesellschaft für nicht angekündigte Anträge den Aktionären bereit zu stellen hat».

²⁶² Vgl. KARIM MAIZAR, Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften, Diss., Zürich 2012 (= SSHW, Bd. 308), 435-437.

²⁶³ Art. 689c Abs. 4 OR-iGgv (Fn. 98).

²⁶⁴ HÄUSERMANN (Fn. 61), V.G.

²⁶⁵ Vgl. Art. 689c Abs. 2 OR-iGgv (Fn. 98).

²⁶⁶ Art. 689 Abs. 2 OR.

²⁶⁷ So auch die Aktienrechtsrevision (Fn. 92), Art. 689 Abs. 2 E-OR sowie der indirekte Gegenvorschlag (Fn. 98), Art. 689 Abs. 2 OR-iGgv; ebenso GLANZMANN (Fn. 21), IV.2.

14. Weitere implizite Forderungen des Verfassungsartikels

14.1 Tiefere Traktandierungshürde

Die neuen Corporate Governance-Bestimmungen erlauben den Aktionären eine erweiterte Mitsprache. Um sich jedoch nicht nur zu Verhandlungsgegenständen des Verwaltungsrates äussern, sondern auch eigene Traktanden an die Generalversammlung einbringen zu können, ist eine Senkung der Traktandierungshürde zwingend vonnöten. Diese wurde sowohl bereits in der hängigen Aktienrechtsrevision²⁶⁸ wie auch im indirekten Gegenvorschlag²⁶⁹ vorgesehen. Das unbestrittene Anliegen ist daher hierin aufzunehmen.²⁷⁰

Die vereinfachte Traktandierungsmöglichkeit ist zwar kein explizit geschriebenes Erfordernis von Art. 95 Abs. 3 BV, entspringt jedoch seinem Ingress, dem eigentlichen Zweckartikel, den zur verstärkten Partizipation verpflichteten Vorsorgeeinrichtungen sowie den diversen neu eingebetteten – zwingenden oder bedingt notwendigen – statutarischen Bestimmungen, welchen eine erhöhte Abänderbarkeit zugesprochen werden sollte.

Die verfassungsmässigen Statuteninhalte nach Art. 95 Abs. 3 lit. c BV sollen schliesslich nicht nur nach Gunst des Verwaltungsrates überhaupt eingefügt oder revidiert werden können, sondern Änderungswünsche müssen – um der Intention einer verbesserten Aktionärsdemokratie nachzuleben – auch vereinfacht durch die Aktionäre selbst initiiert werden können:

Art. 12 Abs. 3 (neu)

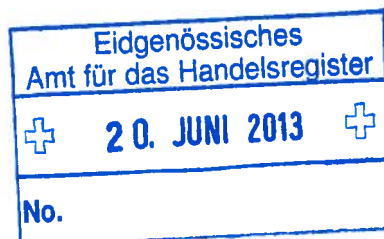
Aktionäre, die 0,25 Prozent des Aktienkapitals, 0,25 Prozent der Stimmen oder Aktien im Nennwert von einer Million Franken vertreten, können der Generalversammlung die Änderung von Statutenbestimmungen betreffend die Vergütungen beantragen. Das Begehren muss spätestens 50 Tage vor der Generalversammlung der Gesellschaft schriftlich eingereicht werden.

²⁶⁸ Art. 699a Abs. 1 Ziff. 1 E-OR (Aktienrechtsrevision [Fn. 92]).

²⁶⁹ Art. 731i Abs. 2 OR-iGv (Fn. 32).

²⁷⁰ Vgl. DAENIKER/GERHARD (Fn. 204), Folie 20.

Herr
Esra Mosbacher
Verena-Conzett-Strasse 32
8004 Zürich



Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für das Handelsregister
Sekretariat
Bundesrain 20
CH-3003 Bern

Zürich, 18. Juni 2013

Anhörung zur Verordnung gegen die Abzockerei

Sehr geehrte Damen und Herren

Ich beziehe mich auf die Medienmitteilungen vom 14.06.2013 "Anhörung zur Verordnung gegen die Abzockerei eröffnet".

Ich fühle mich nicht dazu berufen, materiell zur Verordnung Stellung zu nehmen. Was mich dennoch gewaltig stört: Der Titel des Erlasses "Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA)" übernimmt den marktschreierischen Titel der sog. Minder-Initiative: "Eidgenössische Volksinitiative vom 26.02.2008 «Gegen die Abzockerei»".

Die Phantasielosigkeit der Verordnungsredaktion erstaunt nicht wenig. Schliesslich wurde beispielsweise die "Verordnung vom 22. August 2012 über Zweitwohnungen"(SR 702) auch nicht "Verordnung gegen den uferlosen Bau von Zweitwohnungen" benannt, wie dies der Titel der Initiative "Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!" vorgeben würde.

Ich bin überzeugt, dass sich, auch im Wortlaut des Verfassungsartikels Art. 95 Abs. 3 BV, treffendere Titel finden lassen. Wie wäre es zum Beispiel mit "Verordnung über die kotierten Schweizer Aktiengesellschaften"?

Ich bitte Sie in diesem Sinne, die Titelwahl zu überdenken und einen sachlichen Titel zu wählen.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, reading 'Esra Mosbacher' in a cursive script.

Esra Mosbacher

Fachmann im Finanz- und Rechnungswesen mit eidg. Fachausweis

dipl. Treuhandexperte

Master of Advanced Studies FH in Treuhand und Unternehmensberatung

L'Office fédéral de la justice
Office fédéral du registre du commerce
Bundesrain 20
3003 Berne

N/réf. DG/onp/hra

Morges, le 26 juillet 2013

Avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives (ORab)

Monsieur le Directeur,
Mesdames et Messieurs,

Par la présente, nous avons l'avantage de vous faire part des remarques qu'appelle de notre part l'avant-projet susmentionné.

L'ordonnance à prendre par le Conseil fédéral est destinée à régir la période transitoire, jusqu'à la promulgation de la loi fédérale que doivent édicter les Chambres fédérales. Aussi, cette ordonnance ne saurait contenir plus de règles matérielles ou des règles plus contraignantes que celles figurant dans le texte qui a été adopté en votation populaire par le peuple et les cantons. De telles règles ne pourront être instituées à notre avis que par une loi au sens formel, à savoir une loi exposée au referendum.

Or, l'avant-projet mis en consultation prévoit des règles qui vont plus loin que l'article constitutionnel. Il en est ainsi :

- de l'élection par l'assemblée générale des suppléants du président du conseil d'administration ;
- de l'élection de plusieurs représentants indépendants ;
- de la révocation possible en cours de mandat du président et des suppléants, ainsi que des représentants indépendants ;
- de la possibilité de conférer des pouvoirs et de donner des instructions au représentant indépendant par voie électronique ;
- de l'obligation pour le représentant indépendant de s'abstenir, en l'absence d'instruction ;
- de la nécessité de définir dans les statuts les tâches et compétences du comité de rémunération ;
- de l'établissement d'un rapport de rémunération ;
- de l'obligation de faire réviser ce rapport de rémunération par l'organe de révision.

Ces règles doivent de notre point de vue être écartées de l'ordonnance d'exécution.

En outre, l'art. 762 CO offre la possibilité à l'assemblée générale de prévoir dans les statuts que certains administrateurs ne sont pas élus par l'assemblée générale, mais désignés par une corporation de droit public. C'est notamment le cas de notre société, dont les titres sont par ailleurs cotés à la bourse. L'article constitutionnel dispose toutefois que les membres du conseil d'administration doivent être élus annuellement par l'assemblée générale. Or, l'avant-projet d'ordonnance ne dit mot sur la relation qu'il y a entre une telle disposition statutaire fondée sur l'art. 762 CO et l'article constitutionnel. Est-ce qu'une telle disposition statutaire peut coexister avec l'article constitutionnel ou alors est-ce que ce dernier doit l'emporter sur une telle disposition statutaire ?

En vous remerciant d'avance de bien vouloir prendre note de ce qui précède, nous vous prions d'agréer, Monsieur le Directeur, Mesdames et Messieurs, l'expression de nos sentiments distingués.

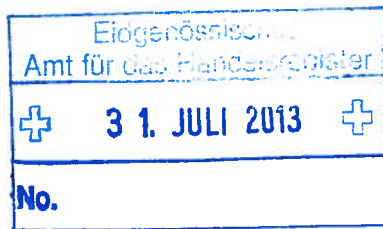
Romande Energie SA



Pierre-Alain Urech
Directeur général



Pierre Oberson
Secrétaire général



Per E-Mail | Per Post

Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für das Handelsregister
Bundesrain 20
3003 Bern

Dr. Oliver Triebold
Partner / Rechtsanwalt
D +41 44 215 5269
oliver.triebold@swlegal.ch

Marcel Jakob
Rechtsanwalt
D +41 44 215 3447
marcel.jakob@swlegal.ch

Verzeichnet im
kantonalen Anwaltsregister

28. Juli 2013

131352/02567247/MJA131352/02554774/MJA

Vernehmlassung zur Verordnung gegen die Abzockerei

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bitten Sie um Entgegennahme der vorliegenden spontanen Vernehmlassungsantwort zur Verordnung gegen die Abzockerei ("**VgdA**") und dem dazugehörigen Erläuternden Bericht ("**Bericht VgdA**")¹.

Es handelt sich bei den nachfolgenden Ausführungen um die Meinungen der Unterzeichneten, wobei Sie davon ausgehen können, dass wir gewisse Themen in internen Diskussionen und Gesprächen mit unseren Büropartnern erörtert haben und sich darum in den in dieser Vernehmlassungsantwort vertretenen Positionen oft auch deren Meinungen widerspiegeln.

Vorweg lässt sich im Sinne eines Gesamturteils festhalten, dass der vorgelegte Verordnungsentwurf in vielen Punkten überzeugt. Insbesondere erscheint uns der gewählte Weg zweckmässig, sämtliche Vorgaben von Art. 95 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft ("**BV**") in einer Verordnung zusammenzufassen.

Aus formaler Sicht generell weniger sinnvoll erachten wir die in Klammern enthaltenen Verweise "auf die gesetzlichen Bestimmungen, die einen direkten Bezug zur neuen Verordnungsbestimmung aufweisen"². Auch wenn diese Verweise für die Einordnung der neuen Bestimmungen innerhalb der bestehenden Rechtsordnung nützlich sein können, sind sie unseres Erachtens unüblich und beinhalten Potential für Verwirrungen und

¹ Bundesamt für Justiz, Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA), Erläuternder Bericht vom 14. Juni 2013 (zit: Bericht VgdA).

² Bericht VgdA, S. 10.

Auslegungsunsicherheit, da, wie Sie selbst ausführen, im Verordnungstext in der Regel nicht explizit klargestellt wird "in welchem konkreten Verhältnis eine Bestimmung der Verordnung zu ihrem Bezugspunkt im Gesetz steht"³. Auch wird nicht klar, welche Konsequenzen es im Rahmen der subjektiv-historischen Auslegung haben soll, wenn eine Bestimmung, die an und für sich einen direkten Bezug zur Verordnungsbestimmung hat, in dieser Klammer nicht genannt ist. Naturgemäss ist es auch kaum möglich auf alle mit einer Bestimmung der VgdA in einer Wechselwirkung stehenden Gesetzesnormen hinzuweisen und selbst wenn das gelingt, ist die Bedeutung eines solchen Verweises meist unklar, vor allem wenn er teilweise unter der Überschrift der einzelnen Artikel und teilweise unter den Abschnittstiteln (z.B. im 2. und 6. Abschnitt der VgdA) eingeordnet wird. Wir regen deshalb an, auf diese Klammerangaben zu verzichten.

Aufgrund der kurzen Vernehmlassungsfrist haben wir keine umfassende Kommentierung verfasst, sondern uns auf unseres Erachtens wesentliche Punkte beschränkt.

Zu Art. 1

Wir begrüssen im Grundsatz die Tatsache, dass der Geltungsbereich der VgdA sich entsprechend dem Wortlaut von Artikel 95 Absatz 3 BV auf Schweizerische Aktiengesellschaften mit kotierten Aktien beschränkt. Allerdings könnte es bei der Stimmbewölkerung auf Unverständnis stossen, dass aufgrund dieser Bezeichnung des Geltungsbereichs die Bestimmungen der Verordnung zwar unter anderem auf die Novartis Anwendung finden, nicht jedoch auf eine Gesellschaft, welche nur Genussscheine kotiert hat, wie z.B. die Roche. Insofern wäre eine Anknüpfung an den umfassenderen Begriff der kotierten Beteiligungspapiere allenfalls vertretbar gewesen. Dies vor allem auch, weil im einleitenden Satz von Art. 95 Abs. 3 BV wohl eher untechnisch von "Aktionärinnen und Aktionären" die Rede ist. Es lässt sich allerdings mit Fug und Recht auch argumentieren, dass die Grundstossrichtung der Initiative, nämlich die Kompetenzverschiebungen vom Verwaltungsrat zur Generalversammlung, nur Sinn machen, wenn Beteiligungspapiere, die in der Generalversammlung ein Stimmrecht vermitteln, kotiert sind. Schliesslich entspricht die Entscheidung auch der erklärten Vorgabe, sich eng an den Verfassungstext anzulehnen.

Bezüglich des Begriffs der "Börse" ist im Sinne der Rechtssicherheit eine Klarstellung mit Verweis auf die einschlägigen Gesetzesbestimmungen⁴ im Sinne der Ausführungen des Berichts zu VgdA zu wünschen⁵ (explizite Beschränkung auf "öffentlich regulierte (...) Einrichtungen" zum "Austausch von Angeboten unter mehreren Effektenhändlern").

³ vgl. Bericht VgdA, S. 10.

⁴ Konkret auf Art. 2 lit. b des BEHG.

⁵ vgl. Bericht VgdA, S. 9.

Zu Art. 2

Explizit positiv werten wir die Möglichkeit zur Wahl einer oder mehrerer Stellvertreter des Verwaltungsratspräsidenten. Allerdings sollte diese Möglichkeit auch bezüglich der Mitglieder des Vergütungsausschusses und hinsichtlich des unabhängigen Stimmrechtsvertreters bestehen. Dies sollte zur Klarstellung ergänzt werden.

Zu Art. 3

Die Bestimmung in der vorliegenden Form bewerten wir als positiv. Die Amtsdauer bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung stellt eine praktikable, mit dem Gedanken von Art. 95 Abs. 3 lit. a BV übereinstimmende Lösung dar. Art. 1 Abs. 2 VgdA stellt klar, dass die Verordnung nur widersprechenden Bestimmungen des OR vorgeht; insofern kann man auf den 2. Satz in Art. 3 Abs. 2 VgdA verzichten. Das dort Gesagte gilt auch innerhalb des Anwendungsbereichs dieser Verordnung aufgrund von Art. 710 Abs. 2 OR.

Zu Art. 4

Die Bestimmung ist in der vorliegenden Form zu begrüßen, insbesondere auch der klarstellende Hinweis auf das jederzeitige Abberufungsrecht.

Zu Art. 6

Da die allgemeine Zulässigkeit der Delegation an juristische Personen aufgrund von Art. 716b Abs. 1 OR umstritten ist, ist hier die Klarstellung zur Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 lit. b BV zu begrüßen.

Zu Art. 7

Es ist unseres Erachtens zweckmässig, dass als Mitglieder des Vergütungsausschuss nur Mitglieder des Verwaltungsrates wählbar sein sollen. Damit werden nicht nur unnötige Doppelspurigkeiten vermieden, sondern es erübrigen sich auch weitergehende Verordnungsbestimmungen bezüglich der Rechte und Pflichten der Mitglieder dieses Gremiums. Ebenfalls unsere Zustimmung findet die Tatsache, dass die Anforderungen an die Mitglieder des Vergütungsausschusses bewusst offen gelassen werden. Dies lässt den Betroffenen den notwendigen Spielraum, welcher durch die Verpflichtung zur Sorgfalt⁶ und letzten Endes auch durch die neue Genehmigungspflicht der Generalversammlung bezüglich der Gesamtvergütungen ausreichend begrenzt ist.

Die VgdA weist dem Vergütungsausschuss keinerlei Aufgaben zu, sondern überlässt dies den Statuten einer jeder Gesellschaft. Dies ist aus ordnungspolitischer Sicht begrüssenswert. Allerdings wird der Tätigkeitsbereich des Vergütungsausschuss durch verschiedene Bestimmungen der VgdA eingeschränkt. So wird insbesondere die Erstellung des Vergütungsberichts als unübertragbare Aufgabe dem Verwaltungsrat zugewiesen (vgl. Art. 5

⁶ Art. 717 Abs. 1 OR.

sowie Art. 13 Abs. 1) und auch die Antragsstellung bezüglich der Vergütung soll allein Sache des Verwaltungsrates sein (vgl. Art. 18 Abs. 1 und Abs. 2). Damit dürfte eine Beschlusskompetenz des Vergütungsausschusses im Bereich der Vergütungen, welche im Bericht VgdA als eine der Ausgestaltungsmöglichkeiten bezeichnet wird⁷, kaum zu verwirklichen sein.

Auch hier sollte ein klarstellender Hinweis auf das jederzeitige Abberufungsrecht der Generalversammlung und die Möglichkeit, Stellvertreter zu wählen, ergänzt werden.

Zu Art. 8

Die vorgeschlagene Bestimmung, insbesondere die Möglichkeit mehrere natürliche und/oder juristische Personen als unabhängige Stimmrechtsvertreter zu wählen, erachten wir als positiv. Auch der Hinweis auf das jederzeitige Abberufungsrecht ist hilfreich und opportun. Auch hier sollte jedoch ein klarstellender Hinweis auf die Möglichkeit, Stellvertreter zu wählen, ergänzt werden. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass zwischen der Möglichkeit, mehrere Stimmrechtsvertreter zu wählen und (zusätzlich) Stellvertreter zu wählen ein qualitativer Unterschied besteht. Während mehrere Stimmrechtsvertreter auf gleicher Stufe stehen, kommen Stellvertreter nur zum Einsatz, wenn der ursprüngliche Stimmrechtsvertreter sein Amt nicht ausüben kann.

Zu Art. 9

Es ist positiv zu werten, dass im Rahmen der Verordnung auf eine Pflicht zur Einführung der elektronischen Fernabstimmung an Generalversammlungen oder ähnlichen Regelungen („Live-Teilnahme“) verzichtet wurde. Solche Lösungen sind heute seitens der betroffenen Gesellschaften nur mit grossem Aufwand an Ressourcen und Kosten zeitnah und praktikabel umzusetzen und mit dem Risiko technischer Pannen behaftet.

Es sollte an geeigneter Stelle klargestellt werden, dass es dem Aktionär trotz Abs. 2 natürlich nach wie vor unbenommen ist, zu Anträgen zu Verhandlungsgegenständen, die zwar nicht angekündigt sind, die der Aktionär aber voraussieht, auch konkrete Weisungen zu erteilen. Das ist beispielsweise vorstellbar bei einem spontanen neuen Verwaltungsratsantrag zur Vergütung i.S.v. Art. 19 Abs. 2 VgdA.

Die vorgesehene Regelung, dass der Aktionär dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter "elektronisch Vollmachten und Weisungen erteilen" kann, bedarf zusätzlicher Spezifizierung. Die Verordnung sollte regeln, ob vom Aktionär erwartet wird, dass er sowohl Vollmacht als auch seine Weisungen mit einer elektronischen Signatur im Sinne des Bundesgesetz über die elektronische Signatur versieht.

⁷ vgl. Bericht VgdA, S. 13.

Zu Art. 10

Zunächst ist fraglich, ob Abs. 2 von der Verordnungskompetenz des Bundesrates gedeckt ist. Darüber hinaus darf zumindest bezweifelt werden, ob der wirkliche Wille der Aktionäre dann wirklich unverfälscht zum Ausdruck kommt, wenn der unabhängige Stimmrechtsvertreter sich mangels Weisungen der Stimme enthält⁸, da dies bekanntermassen einer Ablehnung des entsprechenden Antrages gleich kommt. Zumindest für den Fall der Abstimmungen über die Gesamtvergütungen wäre die Annahme einer stillschweigenden Zustimmung zu den Anträgen des Verwaltungsrates allerdings tatsächlich die zweifelhaftere Lösung.

Konsequenterweise wäre darüber nachzudenken, ob diejenigen Aktien, zu denen der unabhängige Stimmrechtsvertreter überhaupt keine Weisungen erhalten hat, als an der Generalversammlung nicht vertreten gelten sollen.

Zu Art. 12

Wir bewerten die von Abs. 1 Ziff. 1 getroffene Einschränkung der Mandate auf solche in den obersten Leitungs- und Verwaltungsorganen als positiv und zweckmässig. Hingegen erachten wir das Erfordernis des Handelsregistereintrages nicht als zweckmässig. Nach dem Sinn der Norm dürfte es sich dabei kaum um eine Einschränkung auf im Schweizerischen Handelsregister eingetragene Gesellschaften handeln, wobei dies die Folgefrage aufwirft, ob allenfalls gewichtige Mandate bei ausländischen Rechtsträgern ohne Handelsregistereintrag tatsächlich unbeschränkt zulässig sein sollen. Wir werten dieses Kriterium als einen Versuch, den Anwendungsbereich der Bestimmung im Hinblick auf die Strafbewehrung in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 VgdA klarer zu begrenzen. Der Handelsregistereintrag scheint uns aber nicht das richtige Kriterium zu sein.

Unseres Erachtens geht die von Abs. 1 Ziff. 2 VgdA verlangte zwingende Regelung der Dauer der Arbeitsverträge in den Gesellschaftsstatuten über das nach Art. 95 Abs. 3 BV Notwendige hinaus. Immerhin geht der Bericht davon aus, dass es sich dabei nur um die Höchstdauer handelt⁹, was allerdings aus dem Wortlaut nicht klar hervorgeht. Wir regen an, wenn dieses Sachgeschäft zwingend in den Statuten zu regeln ist, immerhin nur die Regelung der Grundsätze zur Dauer der Arbeitsverträge vorzuschreiben.

Ganz generell sollte aufgrund der Stufenordnung in Gesellschaftsstatuten nur das Notwendigste und soweit als möglich nur Grundsätze geregelt werden. Insofern ist es sehr zu begrüßen, dass die Regelungen zu den Themenbereichen von Abs. 2 nicht zwingend sondern nur soweit notwendig in die Statuten aufgenommen werden müssen. Auch die Beschränkung auf Grundzüge bei den Ziff. 2 und 3 des Abs. 2 werten wir als positiv. Allerdings sollte das gleiche Prinzip auch bezüglich der Ziff. 1 von Abs. 2 angewendet werden, denn auch hinsichtlich der

⁸ So die Argumentation im Bericht VgdA, S. 15.

⁹ Bericht VgdA, S. 16.

Höhe von Darlehen, Krediten und Renten ist es nicht nur sinnvoller sondern auch ausreichend, in den Statuten nur die Grundzüge zu regeln.

Zu Art. 13

Der Art. 95 Abs. 3 BV verlangt keinen Vergütungsbericht; dieser wurde offensichtlich aus dem indirekten Gegenvorschlag in die VgdA übernommen. Die grundsätzliche Notwendigkeit zur Schaffung klarer Verhältnisse im Vorfeld der Abstimmungen über die Vergütungen ist kaum von der Hand zu weisen. Allerdings darf zumindest bezweifelt werden, ob die vorliegende Norm überhaupt von der Verordnungskompetenz des Bundesrates gedeckt ist.

Durch die Verselbständigung des bisherigen Anhangs zur Jahresrechnung¹⁰ als Vergütungsbericht soll vermieden werden, "dass die Generalversammlung sowohl bei der Genehmigung der Jahresrechnung (...) als auch bei der Genehmigung der Gesamtbeträge der Vergütungen (...) die Vergütungen genehmigt"¹¹. Dadurch könne widersprüchlichen Abstimmungsergebnissen vorgebeugt werden¹². Unseres Erachtens ist dies so nicht korrekt. Wie der Bericht VgdA ebenso festhält, sind die von der Generalversammlung neuerdings zu genehmigenden Vergütungen Bestandteil der Aufwand- bzw. Rückstellungskonten der ordentlich geprüften Jahresrechnung¹³. Es lässt sich darum unseres Erachtens durch die Erstellung eines Vergütungsberichts nicht vermeiden, dass die Generalversammlung mit Genehmigung der Jahresrechnung faktisch auch die Höhe der von der Gesellschaft insgesamt auszurichtenden Vergütung bzw. die dafür gemachten Rückstellungen (erneut) genehmigt, wenn auch allenfalls nur implizit.

Zu Art. 15

Inhaltlich haben wir keinen Kommentar zu dieser Bestimmung. Wir erachten jedoch die Einordnung von Abs. 2 unter dem Titel des Artikels als systematisch nicht überzeugend. Logischer erschiene es uns, Abs. 2 gemeinsam mit Art. 16 Abs. 2 zu einem neuen, nach dem jetzigen Art. 16 einzufügenden Artikel zusammenzufassen.

Zu Art. 18

Generelles

Ein von der Verordnung nicht behandeltes, jedoch äusserst relevantes Thema betrifft das Zusammenspiel der Genehmigungskompetenz der Generalversammlung mit dem Arbeitsrecht

¹⁰ Art. 663b^{bis} OR.

¹¹ Bericht VgdA, S. 17.

¹² Bericht VgdA, S. 17.

¹³ Bericht VgdA, S. 20.

sowie der Vertretungsmacht des Verwaltungsrates, wobei wir hierzu nachfolgend illustrativ nur drei der sich in diesem Bereich stellenden Fragen aufwerfen möchten¹⁴.

1. Der Bericht VgdA hält fest, dass variable Vergütungen als echte Gratifikationen im Sinne von Art. 322d OR zu qualifizieren seien, auf die kein Rechtsanspruch bestehe¹⁵. Ob dies tatsächlich in jedem Fall so ist, darf aufgrund der geltenden Rechtslage zumindest bezweifelt werden, ist dies doch im Wesentlichen von der vertraglichen Ausgestaltung der variablen Vergütung abhängig¹⁶. Soll in diesem Punkt die Rechtslage im Sinne des Berichts VgdA geändert werden, bedarf dies unseres Erachtens einer ausdrücklichen Grundlage im Verordnungstext.
2. Des Weiteren wird die Frage, inwiefern der Verwaltungsrat einem neuen Geschäftsleitungsmitglied in Sachen Vergütungen gültige Zusicherungen abgeben kann, vollkommen offen gelassen. Zwar könnte man annehmen, der Verwaltungsrat sei in dieser Sache überhaupt nicht mehr vertretungsberechtigt (ausser bezüglich des Zusatzbetrages nach Art. 19). Dieser Ansicht ist jedoch nicht wirklich praxistauglich, denn ein neues Geschäftsleitungsmitglied wird wohl kaum einen (mehrjährigen) Arbeitsvertrag mit einer Schweizer Publikumsgesellschaft unterzeichnen ohne eine gewisse Rechtssicherheit zu haben, zumindest bezüglich der fixen Vergütung. Dies ist insbesondere auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass mit dem Abschluss eines neuen auch die Aufhebung eines bestehenden Arbeitsvertrages verbunden sein kann und aufgrund der neuen Stelle möglicherweise Vorbereitungshandlungen (z.B. Wohnortwechsel) notwendig sind.
3. Eine weitere Frage besteht darin, wie die Beteiligten zu verfahren haben, wenn die fixe Gesamtvergütung für die Geschäftsleitung z.B. im zweiten Jahr nicht genehmigt wird, obwohl die Arbeitsverträge den Statuten entsprechend auf drei Jahre befristet sind. Der Verwaltungsrat wird sich aufgrund der einschlägigen Strafbestimmung¹⁷ hüten, in einem solchen Fall weiterhin den Grundlohn auszuzahlen. Es kann aber auch kaum im Interesse der Gesellschaft sein, dass die gesamte Geschäftsleitung nun die Arbeit mangels Lohnzahlungen bis zur Genehmigung eines Betrages an einer späteren Generalversammlung einstellt, wozu die Mitglieder als Arbeitnehmer jedoch nach geltender Rechtslage berechtigt wären¹⁸.

Zusammenfassend besteht unseres Erachtens in verschiedenen Konstellationen das Risiko, dass (a) die Attraktivität von Schweizer Publikumsgesellschaften für Geschäftsleitungs-

¹⁴ vgl. dazu statt vieler auch VOGT/BASCHUNG, Wie weiter im Aktienrecht nach der Annahme der Volksinitiative "gegen die Abzockerei"?, GesKR 2013, S. 5 ff, S. 20 f.

¹⁵ Bericht VgdA, S. 20.

¹⁶ vgl. dazu statt vieler das aktuelle Urteil des Bundesgerichts 4A_520/2012 vom 26. Februar 2013, E 3.

¹⁷ Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 VgdA.

¹⁸ vgl. BGE 120 II 209; ob die Geschäftsleitungsmitglieder das Risiko eingehen würden und bezüglich ihrer Arbeitsleistung in Vorleistung gehen ist auf jeden Fall fraglich.

mitglieder massgeblich leidet, weil Geschäftsleitungsmitglieder bezüglich Lohnansprüchen schlechter gestellt werden als der normale Arbeitnehmer oder (b) die Gesellschaft aus dem Arbeitsrecht zu Leistungen verpflichtet wird, welche sie mangels Genehmigung durch die Generalversammlung nicht leisten darf. Letzteres würde aufgrund der bereits aktuellen zivil- und neuen strafrechtlichen Folgen für die Leitungsorgane von Gesellschaften wohl zu äusserst unangenehmen Dilemmata führen. Auf dieses Spannungsfeld gilt es im Rahmen des Erlasses der definitiven Version der VgDA einzugehen und soweit als möglich praxisgerechte Lösungen zu erarbeiten.

Der vorliegende Verordnungsentwurf und der Bericht VgDA thematisieren auch das Problem der Blockade von Vergütungen bzw. der Gesellschaft durch Anfechtungsklagen gegen die entsprechenden Genehmigungsbeschlüsse der Generalversammlung nicht¹⁹. Wir plädieren an dieser Stelle nicht für einen Ausschluss solcher Klagen im Zusammenhang mit Vergütungen, allerdings vermissen wir die kritische Auseinandersetzung mit der Frage, ob unter Umständen gewisse Einschränkungen notwendig sind, um das Risiko einer allenfalls sogar systematischen Blockade von Gesellschaften durch einzelne, aktivistische Aktionäre wenigstens zu mindern.

Zu Absatz 1

Die vorgeschlagene Lösung, über die Genehmigung von fixer prospektiver und variabler retrospektiver Gesamtvergütung separat abzustimmen, erscheint uns als praktikabel.

Im Sinne einer Klarstellung regen wir an, dass dem Wort "jährlich" das Wort "mindestens" vorangestellt wird. Damit soll verdeutlicht werden, dass eine neue, zusätzliche Abstimmung jederzeit möglich ist, beispielsweise falls an einer ausserordentlichen Generalversammlung ein zusätzliches Mitglied in den Verwaltungsrat gewählt wird und darum eine Erhöhung der fixen prospektiven Vergütung in Betracht gezogen werden muss.

Zu Absatz 2

Lehnt die Generalversammlung die vom Verwaltungsrat vorgeschlagenen Vergütungen ab, hat dies je nach Art der abgelehnten Vergütung unterschiedliche Folgen:

1. Ablehnung der prospektiven fixen Vergütung

In diesem Fall erachten wir die vorgesehene Möglichkeit der Einbringung eines neuen Antrages durch den Verwaltungsrat als sinnvoll, auch wenn der Einbezug des Vergütungsausschusses und des Vergütungsberichts in diese spontane Antragstellung unklar ist. Anderenfalls müsste bei jeder Ablehnung eine neue Generalversammlung durchgeführt werden, sofern denn auf die entsprechende Vergütung nicht verzichtet wird. Allerdings stellt sich die Frage, ob man in einem solchen Fall dem Verwaltungsrat nicht die Kompetenz zubilligen will, wahlweise über die Gesamtvergütung des betreffenden Gremiums oder sodann über die vorgesehenen Vergütungen der

¹⁹ vgl. hierzu statt vieler HÄUSERMANN, Auf dem Weg zur Aktionärsbürokratie?, in: Jusletter 19. März 2012, Rz 29.

einzelnen Mitglieder abstimmen zu lassen. Dies würde es unter Umständen den Aktionären erlauben, sich differenzierter auszudrücken und somit das Risiko der erneuten Ablehnung der Vergütung aller Gremiumsmitglieder und die damit verbundenen Probleme und Verzögerungen vermeiden. Ohne entsprechende statutarische Grundlage im Sinne von Abs. 3 wäre unseres Erachtens nicht klar, ob eine solche Einzelabstimmung in der zweiten Runde auf Basis Abs. 2 zulässig wäre.

Im Sinne einer liberalen Rechtsordnung unnötig ist die nach dem Wortlaut zwingend ausgestaltete Pflicht zur Einberufung einer neuen Generalversammlung innerhalb von drei Monaten im Falle einer zweimaligen Ablehnung des Antrages bezüglich der fixen Vergütung. Erstens sind Fälle denkbar, in denen es der Verwaltungsrat bei der Ablehnung bleiben lässt²⁰. Zweitens ergibt sich aus den allgemeinen Pflichten des Verwaltungsrates zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen bereits eine Einberufungspflicht²¹. Der Verwaltungsrat hat drittens ein eminentes Eigeninteresse, dass seine und/oder die Vergütung der übrigen Gremien für das kommende Jahr gesetzeskonform genehmigt wird. Eine fixe Frist anzusetzen erscheint uns unter diesen Umständen unnötig.

Sollten einzelne Mitglieder oder gar der gesamte Verwaltungsrat aufgrund der Ablehnung der für sie beantragten fixen Vergütung auf ihre Nomination verzichten bzw. die Wahlannahme verweigern, was als durchaus realistisches Szenario angesehen werden muss, ergibt sich unter Umständen eine für die Aktionäre unangenehme Situation. Eine solche Situation bzw. die Androhung eines solchen Handelns ist besonders aufgrund der zwingenden jährlichen Gesamterneuerungswahlen ein starkes Druckmittel, welches jedoch mit dem Art. 95 Abs. 3 lit. a BV schlicht einhergeht. Auch in diesem Fall hilft jedoch die vorgesehene Pflicht zur Einberufung einer Generalversammlung innert dreier Monate nichts, insbesondere in Ermangelung eines ordnungsgemäss besetzten Verwaltungsrates. Es wäre an den Aktionären den Verwaltungsrat zeitnah (und wohl nicht erst in drei Monaten) neu zu besetzen oder, alternativ, nach Art. 731b OR vorzugehen.

2. Ablehnung der retrospektiven variablen Vergütung

Die retrospektive Ablehnung der variablen Vergütung kann gemäss Botschaft zu Art. 95 Abs. 3 BV weitreichende Konsequenzen haben, indem in der Folge der Geschäftsbericht samt Jahresrechnung nicht genehmigt und auch kein Beschluss über die Gewinnverwendung gefasst werden kann²². Es ist zwar fraglich, ob dies zwingend in

²⁰ Beispielsweise lehnt die Generalversammlung die fixe Vergütung des vom Verwaltungsrat geschaffenen Beirates ab; nach Analyse des Stimmverhaltens kommt der Verwaltungsrat aber zum Schluss, auf die Fortführung dieses Gremiums zu verzichten.

²¹ Vgl. Art. 717 Abs. 1 OR; sofern eine neue Generalversammlung im Interesse der Gesellschaft notwendig ist, z.B. um die Geschäftsführung zu halten.

²² BBI 2009, S. 325.

jedem Fall so gelten muss, oder ob dies nicht gewisse Vorkehren verhindern können. Daran ändert streng genommen auch die nun vorgesehene Möglichkeit des Verwaltungsrates nichts, während der Generalversammlung einen neuen Antrag zur Vergütung zu stellen. Wird dieser angenommen, kann der Geschäftsbericht in der vorliegenden Form trotzdem nicht genehmigt und keine Dividende ausgeschüttet werden²³. Zudem wäre eigentlich der Vergütungsbericht gemäss Art. 13 VgDA entsprechend zu überarbeiten, neu zu revidieren und in korrekter Form bekannt zu geben. Immerhin hätte aber der Verwaltungsrat bei Annahme des neuen Antrages Gewissheit, auf welcher Basis diese Überarbeitung zu erfolgen hat. Die sich aus dem Zusammenspiel von Vergütungsgenehmigung, Genehmigung der Jahresrechnung und Gewinnverwendung ergebenden Probleme sollten unseres Erachtens unbedingt nochmals einer genauen Analyse unterzogen werden, mit dem Ziel, diesbezüglich eine ausgeglichene Lösung zu erarbeiten.

Zu Absatz 3

Wir erachten es als positiv, dass die Verordnung den betroffenen Aktiengesellschaften die Möglichkeit gewährt, eine eigene Lösung zu finden, wie beispielsweise rein prospektive Budgetabstimmungen. Diese Möglichkeit sollte unbedingt beibehalten werden, auch wenn sich die betroffenen Gesellschaften möglicherweise in einer ersten Phase aufgrund der Tendenz zu möglichst grosser Rechtssicherheit eher an die von der Verordnung vorgesehene Lösung halten werden.

Allerdings hätten wir uns gewünscht, dass die Vorgaben etwas offener gestaltet werden²⁴ und insbesondere auf Ziff. 2 des Artikel (gesonderte Abstimmung über die Gesamtbeträge der einzelnen Gremien) verzichtet wird, was nach Auslegung von Art. 95 Abs. 3 lit. a BV unseres Erachtens zulässig ist.

Zu Art. 19

Die vorgeschlagene Idee des Zusatzbetrages ist grundsätzlich begrüßenswert. Die Einschränkung der Verwendung (nur für später ernannte Mitglieder der Geschäftsleitung) ist

²³ Die Generalversammlung hat bis anhin nach einhelliger Meinung keine Kompetenz zur Änderung der Jahresrechnung, sondern nur eine Genehmigungskompetenz (BSK OR II, DUBS/TRUFFLER, Art. 698 N 19). Die Erstellung des Geschäftsberichts samt Jahresrechnung ist eine unerziehbare Kompetenz des Verwaltungsrates (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR i.V.m. Art. 662 Abs. 1 OR). Die entsprechend überarbeitete erstellte Jahresrechnung muss erneut vom Revisor geprüft werden (Art. 728a Abs. 1 Ziff. 1 OR). Wird kein neuer Revisionsbericht erstellt, ist ein trotzdem gefasster Genehmigungsbeschluss der Generalversammlung bezüglich der überarbeiteten Jahresrechnung nichtig (Art. 731 Abs. 1 OR). Mangels genehmigter Jahresrechnung kann auch kein Dividendenbeschluss gefällt werden kann, da der verwendbare Bilanzgewinn nicht abschliessend feststeht und es an einem situationsgerechten Prüfbericht des Revisors (vgl. Art. 728a Abs. 1 Ziff. 2 OR) fehlt.

²⁴ Es ist beispielsweise fraglich, ob der prüfenswerte Vorschlag von VOGT/BASCHUNG, die Generalversammlung jährlich über die Alimentierung eines Vergütungspools entscheiden zu lassen, auf Basis von Art. 18 Abs. 3 VgDA umgesetzt werden könnte (vgl. VOGT/BASCHUNG (Fn 14), S. 21).

jedoch fragwürdig und sollte nochmals überdacht werden. Erstens könnte (abhängig von der statutarischen Ausgestaltung) der Verwaltungsrat zwischen zwei ordentlichen Generalversammlungen auch neue Beiräte ernennen²⁵. Zweitens kann es auch innerhalb des Verwaltungsrates zu Wechseln kommen, welche keiner Generalversammlung bedürfen, jedoch nach einer höheren als der ursprünglich bewilligten Vergütungssumme verlangen. Diesbezüglich ist bspw. an eine längere Krankheit des Verwaltungsratspräsidenten zu denken, was eine Erhöhung der Pensen seiner beiden gewählten Stellvertreter zur Folge hat. Das Mittel des Zusatzbetrages sollte auch für solche unvorhergesehenen Fälle einsetzbar sein. Die Fixierung in den Statuten, die Tatsache, dass neue Verwaltungsratsmitglieder in jedem Fall den Segen der Generalversammlung benötigen und die aktienrechtliche Verantwortlichkeit schützen die Aktionäre ausreichend vor einem Missbrauch des Zusatzbetrages durch den Verwaltungsrat.

Aufgrund der statutarischen Verankerung gehen wir davon aus, dass ein einmal vorgesehener Zusatzbetrag jährlich erneut zur Verfügung steht, was einer pragmatischen und praxistauglichen Lösung entspricht. In diesem Zusammenhang ebenfalls zu begrüßen ist, dass der Zusatzbetrag nach der vorgesehenen Regelung abstrakt in Abhängigkeit zur genehmigten Gesamtvergütung für das jeweilige Gremium definiert werden kann, was der im Bericht VgdA formulierten Anforderung der Bestimmbarkeit aus Sicht der Aktionäre genügt²⁶.

Schliesslich wäre zu überlegen, ob im Sinne der Transparenz der Verwaltungsrat über die tatsächliche Verwendung des Zusatzbetrags im Vergütungsbericht (wenn man diesen denn einführen will) des Folgejahres Rechenschaft ablegen sollte.

Zu Art. 20

Bezüglich der Umsetzung des Verbots von Abgangsentschädigungen werten wir im Sinne der Rechtssicherheit den Verzicht auf die Übernahme des unbestimmten Begriffes "anderer Entschädigungen" aus Art. 95 Abs. 3 lit. b BV positiv. Ebenfalls können wir dem Bericht zustimmen, dass ein Verbot von Karenzentschädigungen für Konkurrenzverbote nicht von Art. 95 Abs. 3 BV gedeckt und damit unzulässig wäre²⁷. Wie der Bericht festhält ist der Begriff der „Abgangsentschädigung“ auslegungsbedürftig. Es ist weiterhin unklar, wann beispielsweise befristete langjährige Arbeitsverträge (was ist „langjährig“?), lange Kündigungsfristen (was ist eine „deutliche“ Verlängerung?) oder eine Karenzentschädigung (was ist eine „marktgerechte“ Entschädigung?) tatsächlich eine verdeckte, unzulässige Abgangsentschädigung darstellen

²⁵ Auch wenn dieses Gremium nicht plötzlich eine grosse Verbreitung finden wird, lässt die Verordnung immerhin richtigerweise offen, welches Gremium den Beirat bestimmt.

²⁶ Bericht VgdA, S. 23.

²⁷ Bericht VgdA, S. 25.

sollen²⁸. Solche Unklarheiten sind in Anbetracht dessen, dass sowohl dem Ausrichter als auch dem Empfänger solcher Entschädigungen harte Strafen drohen²⁹, unbefriedigend.

Ob das von Art. 95 Abs. 3 BV statuierte Verbot von Prämien für Firmenkäufe und -verkäufe wie nun vorgeschlagen Umstrukturierungen jeder Art (anscheinend auch konzerninterne) umfassen soll, bleibt offen; insbesondere vor der Tatsache, dass letztlich die Generalversammlung solche Vergütungen nach den neuen Bestimmungen per se zu genehmigen hat, hätte man sich auch eine weniger weitgehende Variante entscheiden können. Sofern jedoch weiterhin die Möglichkeit besteht, spezielle Leistungen der Gremien in diesem Zusammenhang im Rahmen der variablen Vergütung zu berücksichtigen (was allerdings nicht ganz klar ist)³⁰, wäre diese Einschränkung nicht von grosser Tragweite. Auch hier ist eine Klarstellung unseres Erachtens notwendig, gerade in Anbetracht der Strafbestimmungen,

Wir schliessen uns der im Bericht VgdA vertretenen Meinung an, dass das Verbot von Vergütungen im Voraus nicht auch Antrittsprämien bzw. Entschädigungen für nachgewiesene Nachteile aufgrund des Stellenwechsels umfassen soll und für ein Verbot solcher Zahlungen in Art. 95 Abs. 3 BV keine Grundlage zu erblicken ist³¹.

Offen bleibt aufgrund des Verordnungstextes auch, wann Antrittsprämien durch die Generalversammlung zu genehmigen sind. Die gleiche Frage stellt sich für erlaubte Karenzentschädigungen beim Abgang. In beiden Fällen kann es dazu kommen, dass sowohl die Leistung von Antrittsprämien als auch die Ausrichtung von Karenzentschädigungen unerwartet und während des Geschäftsjahres in Betracht gezogen werden müssen (z.B. bei Neubesetzung einer Position in der Geschäftsleitung). Offensichtlich wäre in einem solchen Fall die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung meist unverhältnismässig. Gleichzeitig ist nicht eindeutig, ob solche Vergütungen im Rahmen des nach Art. 19 bewilligten Zusatzbetrages ausbezahlt werden können³². Dies sollte unseres Erachtens explizit zugelassen werden.

Zu Art. 21

Inhaltlich stimmen wir der Regelung zu; vor allem der Verzicht auf ein Verbot von Berater- oder Arbeitsverträgen mit Konzerngesellschaften ist zu begrüßen. Allerdings erachten wir die Norm in redaktioneller Hinsicht als verbesserungsfähig:

²⁸ vgl. Bericht VgdA, S. 24 f.

²⁹ vgl. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 VgdA.

³⁰ Gemäss dem Bericht VgdA soll dies zulässig sein, vgl. S. 26; man könnte aber auch zum Schluss kommen, dies sei eine unzulässige Umgehung von Art. 20 Ziff. 3 VgdA.

³¹ Bericht VgdA, S. 26.

³² Weder der Gesetzestext noch der Bericht VgdA (vgl. S. 22 f) schliessen dies explizit aus, scheinen aber beim Mittel des Zusatzbetrages primär die in einem solchen Fall ebenfalls nötige zusätzliche fixe Vergütung als Anwendungsfall zu betrachten.

Erstens regen wir an, den Begriff der "Gesellschaft" bei der ersten und dritten Nennung durch denjenigen der "kотиerten Gesellschaft" zu ersetzen, um Verwirrungen vorzubeugen. Bei der zweiten Nennung des Begriffs der "Gesellschaft" stellt sich die Frage, ob damit die Konzernobergesellschaft, die entsprechende Tochtergesellschaft oder allenfalls (implizit) gar beide Gesellschaften gemeint sind. Dies ist im Sinne der Rechtsicherheit zu verdeutlichen, wobei unseres Erachtens nur die Statuten der kотиerten Konzernobergesellschaft massgeblich sein sollen, da nur diese von der Verordnungskompetenz umfasst sind. Darüber hinaus lassen sich damit administrative Leerläufe vermeiden. Schliesslich ist auch unklar, ob das auf die möglicherweise im Ausland domizilierten Tochtergesellschaften anwendbare Recht entsprechende Statutenbestimmungen überhaupt zulässt.

Zweitens ist unklar, auf welches "Gesetz" die Ziff. 1 Bezug nimmt. Hier scheint es, als habe man bei der Redaktion bereits einer Umsetzung auf Gesetzesstufe vorgreifen wollen. Der Verweis kann ohne Schaden ersatzlos gestrichen werden.

Drittens sind wir der Ansicht, dass es sich bei den genannten alternativen Negativbedingungen (Ziff. 1 und 2) tatsächlich um deren drei handelt, denn sämtliche Vergütungen des kотиerten Konzerns haben (so unser grundsätzliches Verständnis) sowohl der VgdA, als auch den Statuten der kотиerten Gesellschaft zu entsprechen und sind von der Generalversammlung zu genehmigen³³. Dementsprechend sprechen wir uns für eine Darstellung mit drei Ziffern aus.

Alle diese Klarstellungen stellen auch angesichts der auf diese Norm verweisenden Strafbestimmung³⁴ eine Notwendigkeit dar.

Zu Art. 22

Die Verfassung lässt hier in der Tat wenig Spielraum. Die vorgeschlagene Regelung ist zu begrüssen. Dies gilt insbesondere für die Beschränkung der Stimmrechtsausübung auf direkt gehaltene Aktien und die Möglichkeit der Stimmenthaltung oder des Verzichts auf eine Stimmabgabe, sofern dies dem Interesse der Versicherten entspricht.

Zu Art. 24

Generelles

Die Frage, ob bzw. in welchem Rahmen auf Basis von Art. 95 Abs. 3 BV in einer bundesrätlichen Verordnung Strafbestimmungen überhaupt erlassen werden dürfen, ist umstritten³⁵, soll hier jedoch offen bleiben.

Grundsätzlich erachten wir die gewählte Umsetzung durch Verdeutlichung und Ausdünnung des Strafenkataloges aufgrund der Unbestimmtheit von Art. 95 Abs. 3 lit. d BV als einzig

³³ So auch der Bericht VgdA, S. 27.

³⁴ Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 VgdA.

³⁵ vgl. dazu eingehend (und weitestgehend ablehnend) BRAND/WYSS/ZYSSET, Nulla Minder-poena sine lege, in: Jusletter 27. Mai 2013, passim.

gangbaren Weg. Allerdings stellt sich die Frage, ob gewisse Tathandlungen die nun unter Strafe gestellt werden sollen, nicht bereits von den bestehenden Straftatbeständen des StGB erfasst würden, insbesondere von Art. 158 StGB³⁶. Der Bericht VgdA äussert sich dazu leider nicht. In diesem Zusammenhang ist interessant, dass die vorliegende Umsetzung faktisch zu einer milderer Bestrafung einzelner Tathandlungen führt, als wenn diese unter bestehende Strafnormen subsumiert würden³⁷.

Sehr zu begrüßen ist die Beschränkung auf vorsätzliche Tatbegehungen, wobei diese in verschiedenen Punkten den Tatbeständen inhärent ist.

Auch die Ausgestaltung als Sonderdelikt erscheint uns positiv. Allerdings stellt sich die Frage, ob wirklich für sämtliche Tatbestände die Mitglieder aller drei Gremien als Täter in Frage kommen bzw. mit Strafe zu bedrohen sind. Dies gilt insbesondere für die Ziff. 6 bis 9. Des Weiteren ist im Sinne der Rechtssicherheit im Gesetz klarzustellen, wann ein Mitglied eines Gremiums für einen von diesem Gremium gefällten Entscheid strafbar sein soll und, dies ist insbesondere von Bedeutung, wann eben nicht³⁸.

Nicht übereinstimmen können wir mit der Entscheidung, die Tatbestände als Officialdelikte auszugestalten. Wenn dies im Wesentlichen mit der hohen Strafandrohung sowie der Möglichkeit eines „Freikaufens“ begründet wird³⁹, ist dies unverständlich, da die Strafandrohung von der Verordnung selbst für alle Tatbestände so hoch angesetzt wurde (vgl. unsere Kritik zu einer fehlenden Abstufung des Strafmasses sogleich) und die Möglichkeit eines Vergleichs nach Art. 316 StPO genau für solche Fälle sinnvoll ist, in welchen vom tatbestandsmässigen Handeln primär individuelle Interessen betroffen sind⁴⁰. Allenfalls wäre den Aktionären ausdrücklich ein Strafantragsrecht zuzugestehen⁴¹. Eine Ausgestaltung als Officialdelikt hat insbesondere negative Folgen für die Aktionäre, die sich mit ungewollten Strafuntersuchungen gegen die Organe ihrer Gesellschaft und damit verbundenen negativen Folgen für den Aktienkurs konfrontiert sehen könnten⁴².

Bezüglich des Strafmasses stellen wir fest, dass (im Gegensatz zu Art. 25) keinerlei Differenzierungen zwischen den einzelnen Tatbeständen und Tätern vorgenommen wurden,

³⁶ vgl. dazu eingehend HÄUSERMANN, Strafrechtliche Konsequenzen der „Abzocker“-Initiative, in: Jusletter 11. Februar 2013, Rz. 14 ff.

³⁷ So ist z.B. die Strafandrohung von Art. 158 StGB höher als die von Art. 95 Abs. 3 lit. d BV geforderte.

³⁸ Ist beispielsweise ein Verwaltungsratsmitglied, das bei der Vorbereitung der Generalversammlung für die Traktandierung der Abstimmung über die Jahresvergütung stimmt, strafrechtlich bereits aus dem Schneider, wenn das Gesamtgremium die Traktandierung ablehnt, oder sind seitens des zustimmenden Mitglieds weitergehende Massnahmen notwendig?

³⁹ Bericht VgdA, S. 34 f.

⁴⁰ Was der Bericht selber zugesteht und als Argument für die Ausgestaltung als Antragsdelikt aufführt, vgl. Bericht VgdA, S. 35.

⁴¹ Sofern nach geltendem Recht den Aktionären kein solches zukommt, was gemäss S. 35 des Berichts VgdA der Fall sein soll.

⁴² Auslöser solcher Strafuntersuchungen könnte beispielsweise ein kaufwilliger Nichtaktionär sein.

was nicht den Grundsätzen des Schweizerischen Strafrechts entspricht. Es gilt diesbezüglich auch zu beachten, dass einzelne potentielle Tathandlungen vielfach gleich mehrere Straftatbestände erfüllen könnten (wenn der Verwaltungsrat beispielsweise über eine Verschiebung der Generalversammlung nachdenkt, sieht er sich von Ziff. 6 und von Ziff. 7 bedroht). Es fragt sich in diesem Zusammenhang, ob durch Anwendung des Asperationsprinzips⁴³ in solchen Fällen gar eine Freiheitsstrafe von bis zu viereinhalb Jahren droht, denn die Frage der Konkurrenz zwischen den Tatbeständen bleibt aufgrund des Verordnungsentwurfs ungeklärt.

Zu Ziff. 1

Vorweg gehen wir davon aus, dass der in den Statuten vorgesehene Zusatzbetrag nach Art. 19 in jedem Fall als eine Vergütung gilt, „über die die der Generalversammlung abstimmen konnte“.

Wir haben in unserem Kommentar zu Art. 18 darauf hingewiesen, dass die neue Genehmigungspflicht der Generalversammlung für Vergütungen in verschiedener Hinsicht zu Spannungen mit dem Arbeitsrecht führen kann, welche im vorliegenden Verordnungsentwurf nicht thematisiert werden. Insbesondere auch wegen der Strafbestimmungen ist dieses Spannungsfeld zwingend aufzuheben, anderenfalls ein Verwaltungsrat unter gewissen Umständen in die Situation käme, dass er sich mit der Erfüllung eines Gerichtsurteils zu Gunsten eines (ehemaligen) Geschäftsleitungsmitglieds⁴⁴ nach Ziff. 1 strafbar machen könnte⁴⁵.

Zu Ziff. 2

Wie in unseren Kommentaren zu Art. 20 und Art. 21 dargelegt, lassen die entsprechenden Normtexte einige Fragen offen (z.B. wann ist eine Karrenzenschädigung übermässig und somit eine unzulässige, strafbewehrte Abgangsentschädigung? Wann liegt eine (erlaubte) Antrittsprämie und wann eine (verbotene) Vergütung im Voraus vor?). Einige dieser Fragen werden zwar im Bericht VgdA erörtert oder gar geklärt, dies genügt allerdings dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot nicht. Entsprechende Klarstellungen müssen in den Normtext aufgenommen werden, damit die potentiell betroffenen Personen ihr Handeln an klaren Vorgaben ausrichten können. Sofern über jedem Vergütungsentscheid das Damoklesschwert der Strafverfolgung hängt, werden auch die gemäss Bericht VgdA zulässigen Vorgehensweisen (z.B. Karrenzenschädigung) in der Praxis keine Anwender mehr finden, was äusserst bedenklich und schädlich für den Wirtschaftsstandort wäre.

⁴³ Art. 49 Abs. 1 StGB.

⁴⁴ z.B. auf Basis von Art. 322 OR.

⁴⁵ Selbstverständlich ist es denkbar, dass er auch die Auszahlung der gemäss Urteil geschuldeten Vergütung der Generalversammlung zur Genehmigung vorlegt, um einer Strafbarkeit zu entgehen. Lehnt die Generalversammlung die Auszahlung jedoch ab, steht der Verwaltungsrat vor einem unlöslichen Dilemma.

Zu Ziff. 3

Wir haben in unserem Kommentar auf die unseres Erachtens unglückliche weil unklare Formulierung von Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1 hingewiesen. Es ergibt sich hier die spezielle Situation, dass ein Verstoss gegen eine Norm unter Strafe gestellt werden soll, welche naturgemäss nicht abschliessend klar ist, weil sie die endgültige Ausgestaltung den Gesellschaftsstatuten überlässt. Dies, und die damit verbundene Tatsache, dass die Gesellschaftsstatuten faktisch mit als zur Grundlage für die Bestrafung dienen sollen, erachten wir im Lichte des Bestimmtheitsgebots als unzulässig. Auf Ziff. 3 ist darum ersatzlos zu verzichten.

Zu Ziff. 6-9

Sämtliche Ziffern stellen ein „Verhindern“ unter Strafe. Dieser Begriff ist jedoch mehr als unklar, insbesondere auch in Anbetracht des grossen Täterkreises. Es stellt sich auch die Frage, warum Beirat und Geschäftsleitung ebenfalls ins Auge gefasst werden, obwohl die entsprechenden Aufgaben (Vorbereitung und Durchführung der Generalversammlung, der Statutenrevision, etc.) nicht in ihren Wirkungskreis fallen.

Bezüglich Ziff. 8 erscheint es uns fraglich, Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Beirat unter eine Strafandrohung zu stellen, obwohl diesbezüglich wohl eine wesentliche Verantwortung beim unabhängigen Stimmrechtsvertreter selbst liegt (z.B. Schaffung und Unterhalt der notwendigen technischen Infrastruktur). Auch in Anbetracht der offenen Fragen zur Umsetzung von Art. 9 Abs. 3 (vgl. dazu unser Kommentar dort) erachten wir die Strafnorm als unverhältnismässig.

Bezüglich Ziff. 9 scheint es, als wolle man den Verwaltungsrat damit dazu bringen, innerhalb der Übergangsfrist von Art. 27 der Generalversammlung eine entsprechende Statutenrevision zu unterbreiten⁴⁶. Sofern dem so ist, sollte die Norm entsprechend klargestellt werden. Es stellt sich aufgrund der vorliegenden Formulierung insbesondere die Frage, wie sich der Verwaltungsrat strafrechtlich korrekt zu verhalten hätte, wenn die Generalversammlung seinen Statutenvorschlag kurz vor Ablauf der Übergangsfrist ablehnt⁴⁷.

Zu Art. 25

Auch hier begrüssen wir die Einschränkung auf eine vorsätzliche Tatbegehung. Somit wird beispielsweise der Fall einer Nichtabstimmung wegen fahrlässiger Fristverpassung (zurecht) nicht strafrechtlich erfasst. Ebenfalls halten wir die Anwendung eines reduzierten Strafmasses für vollkommen angebracht.

⁴⁶ vgl. die Äusserungen im Bericht VgdA, S. 45.

⁴⁷ Darf er sich beispielsweise dafür entscheiden, nicht sofort eine ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen um sich mehr Zeit für die Ausarbeitung eines neuen Vorschlags zu verschaffen, ohne sich strafbar zu machen?

Zu Art. 26

Aufgrund der potentiell daraus entstehenden Unklarheiten⁴⁸ erscheint es uns als nicht angebracht, für massgebliche Themenbereiche der Verordnung pauschal auf die Schlusstitel des ZGB zu verweisen. Aufgrund der Tragweite der Bestimmungen erschienen uns klare, verhältnismässige und praxisgerechte Übergangsbestimmungen für sämtliche Regelungsfelder mehr als angemessen.

In Absatz 2 ist klarzustellen, dass die Verordnung nur auf alle bestehenden Gesellschaften anwendbar ist, die die Voraussetzung von Art. 1 Abs. 1 VgDA erfüllen.

Zu Art. 27

Die Anpassungsfrist von zwei Jahren erscheint uns grundsätzlich angemessen. Weil aber gewisse gewichtige Regelungen vorher umgesetzt werden müssen⁴⁹ bzw. Abstimmungen vorher stattfinden müssen⁵⁰, führt dies faktisch zu einer unangemessenen Verkürzung der Umsetzungszeit (z.B. dürfte eine Anpassung der Arbeitsverträge ohne die Statutengrundlagen gem. Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 sowie Art. 12 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 kaum zweckmässig sein). Damit die Umsetzung geordnet erfolgen kann, plädieren wir dafür die Übergangsbestimmungen dahingehend anzupassen, dass seitens der Gesellschaften zuerst (innert einer angemessenen Frist) sämtliche statutarische Grundlagen geschaffen werden können, bevor weitergehende Massnahmen (z.B. Anpassung der Arbeitsverträge, Vergütungsabstimmungen, etc.) umgesetzt werden müssen. Anderenfalls haben die Gesellschaften die Wahl zwischen einem administrativ aufwendigen Flickenteppich⁵¹, der Potential für Ungewissheiten enthält und auch nicht im Sinne des Aktionariats sein dürfte, und einer massgeblich kürzeren Umsetzungszeit⁵².

Zu Art. 28

Die Anwendung der neuen Verordnungsbestimmungen auf bestehende Arbeitsverträge kommt einer grundsätzlich unzulässigen Rückwirkung⁵³ gleich. Der Verweis auf das Übergangsrecht des Arbeitsrechts⁵⁴ überzeugt als Begründung für dieses Vorgehen nur beschränkt, geht es

⁴⁸ Ist die Anwendung der VgDA auf Dauersachverhalte (z.B. Beraterverträge) aufgrund Art. 1 SchIT ZGB ausgeschlossen oder gilt hier Art. 4 SchIT ZGB? Wir gehen, das Rechtsmissbrauchsverbot vorbehalten, von Letzterem aus. Sind u.U. einzelne Bestimmungen der VgDA unter Art. 2 SchIT ZGB zu subsumieren? Unseres Erachtens nicht.

⁴⁹ z.B. Anpassung der Arbeitsverträge gem. Art. 28 VgDA.

⁵⁰ z.B. erstmalige Genehmigung der fixen Vergütung durch die Generalversammlung gem. Art. 31 VgDA.

⁵¹ Konkret die zeitnahe Einführung gewisser, für die Umsetzung faktisch notwendiger Statutenstimmungen kombiniert mit einer/mehreren späteren, umfangreicheren Statutenrevision(en).

⁵² Konkret die Durchführung einer umfassenden, alle Anpassungen beinhaltende Statutenrevision noch vor der ersten aufgrund der VgDA notwendigen Massnahme, d.h. wohl bis zum 31. Dezember 2014, da bis dann gem. Art. 28 sämtliche Arbeitsverträge anzupassen wären.

⁵³ Art. 1 SchIT ZGB.

⁵⁴ Bericht VgDA, S. 45.

doch nicht um eine Anwendung neuen Rechts mit Vor- und Nachteilen für beide Seiten sondern faktisch um eine einseitige Verschlechterung der Rechtsposition der Arbeitnehmer, deren Arbeitsleistung nicht mehr in der vertraglich zugesicherten Form vergütet werden soll. Gleichzeitig ist klar, dass bei einem vollständigen Verzicht auf die Anwendung der neuen Bestimmungen auf bestehende Verträge die praktische Umsetzung allenfalls noch Jahre oder Jahrzehnte andauern wird. Als Kompromiss plädieren wir für eine längere Übergangsfrist, welche analog zu Art. 27 mindestens zwei Jahre betragen sollte. Dies erscheint uns auch deshalb sinnvoll, weil damit nicht zu einem Zeitpunkt Arbeitsverträge neu ausgehandelt werden müssen, in welchem die entsprechende statutarische Basis möglicherweise noch nicht vorliegt (vgl. auch unser Kommentar zu Art. 27).

Zu Art. 29

Die Geltung von Art. 3 VgdA ab der ersten ordentlichen Generalversammlung nach Inkrafttreten der Verordnung führt zu einer schlagartigen Verkürzung der Amtsdauer aller für mehrere Perioden gewählter Verwaltungsräte. Es ist fraglich, ob sich diese grundsätzlich unzulässige Rückwirkung sachlich tatsächlich begründen lässt. Vor dem Hintergrund, dass es der Generalversammlung nach geltendem Recht frei steht, Mitglieder des Verwaltungsrates jederzeit abzurufen, erscheint ein solch starker Eingriff nicht notwendig. Vielmehr sollte die Übergangsbestimmung dahingehend lauten, dass nach Inkrafttreten der Verordnung Verwaltungsräte nur noch für die neue, einjährige Amtsperiode (neu oder wieder-)gewählt werden können. Sofern sie diesem Vorschlag nicht zustimmen, muss zumindest eine längere Übergangsfrist in Betracht gezogen werden; im Minimum zwei Jahre analog derjenigen zur Anpassung der Statuten gemäss Art. 27. Gleiches gilt auch für die Wahl des Verwaltungsratspräsidenten.

Zu Art. 30

Die Umsetzung der Bestimmungen zum unabhängigen Stimmrechtsvertreter erscheint zweckmässig. Der Verordnungstext macht – zumindest indirekt - auch klar, dass die Aktionäre in der letzten GV vor dem Inkrafttreten der Verordnung einen oder mehrere unabhängige Stimmrechtsvertreter „auf Vorrat“ wählen dürfen. Dies ist zweckmässig, obwohl dies unter geltendem Recht streng genommen eigentlich die zwingende VR-Kompetenz zur Vorbereitung der GV verletzt.

Es dürfte schliesslich klar sein, dass die vorliegende Norm der Strafbestimmung gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 5 vorgeht.

Zu Art. 31

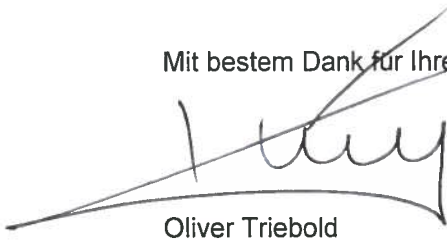
Aufgrund des Verordnungstextes wird es häufig dazu kommen, dass eine Gesellschaft an der zweiten Generalversammlung nach Inkrafttreten der Verordnung sowohl über die prospektive fixe als auch über die retrospektive variable Vergütung abstimmen muss, obwohl die fixe Vergütung für das zurückliegende Geschäftsjahr noch vom Verwaltungsrat festgesetzt werden konnte. Diese Spaltung der Kompetenz hinsichtlich der Vergütung für dasselbe Geschäftsjahr

erachten wir als sehr unglücklich; sie könnte zu heiklen Abgrenzungsfragen führen. Stattdessen sollte über die retrospektive variable Vergütung erst an der ordentlichen Generalversammlung abgestimmt werden, welche das Geschäftsjahr behandelt, für welches auch bereits die Generalversammlung die fixe Vergütung festgesetzt hat.

Schliesslich ist es nicht konsistent, dass aufgrund des vorliegenden Entwurfs über die Gesamtvergütung bereits zu einem Zeitpunkt abgestimmt werden soll, in dem gemäss Art. 27 noch keine Anpassung der Gesellschaftsstatuten hat stattfinden müssen⁵⁵. Diese Normen sind in dem Sinne aufeinander abzustimmen, dass Abstimmungen über die Vergütungen erst nach Einführung aller relevanter Statutenbestimmungen stattzufinden haben.

Wir bedanken uns im Voraus dafür, dass die voranstehenden Bemerkungen Eingang in die Überlegungen zur Endfassung der Verordnung finden. Für Fragen und Diskussionen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit bestem Dank für Ihre Kenntnisnahme und mit vorzüglicher Hochachtung

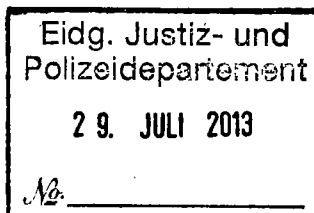
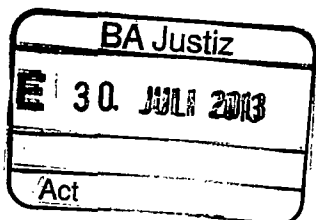


Oliver Triebold



Marcel Jakob

⁵⁵ Es ist z.B. aufgrund der Wechselwirkungen zwischen fixer und Variabler Vergütung fraglich die Generalversammlung zu einem Zeitpunkt über die fixe prospektive Vergütung abstimmen zu lassen, in welchem die Grundsätze der leistungsabhängigen Vergütung gem. Art. 12 Abs. 2 Ziff. 2 noch nicht zwingend in den Statuten geregelt sein müssen.



science**INDUSTRIES**
SWITZERLAND

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga
Bundeshaus West
3003 Bern

science**industries**
Wirtschaftsverband Chemie Pharma Biotech

Nordstrasse 15 · Postfach · 8021 Zürich
martin.pranjic@scienceindustries.ch
T +41 44 368 17 36
F +41 44 368 17 70

Zürich, 26. Juli 2013

Anhörung zur „Verordnung gegen die Abzockerei“ (VgdA)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga

scienceindustries ist der Schweizer Wirtschaftsverband Chemie Pharma Biotech. Mehr als 250 in der Schweiz tätige Unternehmen aus Chemie, Pharma, Biotech sind Mitglied von scienceindustries. Gerne äussern wir uns nachstehend zur oben erwähnten Anhörung.

Der Vorentwurf der Verordnung „gegen die Abzockerei“ (Vorentwurf) ist nach Ansicht von scienceindustries ausgewogen, bedarf in einzelnen Punkten jedoch Korrekturen.

Das wichtigste Anliegen im Zusammenhang mit den Ausführungsbestimmungen zur Minder-Initiative ist für uns eine angemessene Praktikabilität. Die Verordnung soll die Rechtssicherheit erhöhen, was möglichst klare Bestimmungen voraussetzt. Gleichzeitig müssen diese Bestimmungen für die Betroffenen im Rahmen des Zumutbaren liegen. Der neue Bundesverfassungsartikel darf nicht dazu führen, dass Unternehmen, Investoren und potentielle Arbeitskräfte durch übertriebene Bestimmungen abgeschreckt werden. Ohne Augenmass würde der Schweizer Volkswirtschaft auf verantwortungslose Weise Schaden zugefügt. Folglich sind nur die aus der Minder-Initiative hervorgehenden Forderungen umzusetzen; auf Sachfremdes ist entsprechend zu verzichten.

Vereinzelte Bestimmungen sind ausdrücklich zu begrüssen. So ist namentlich die Opting-out-Möglichkeit gemäss Art. 18 Abs. 3 Vorentwurf wichtig, um den betroffenen Unternehmen eine praktikable Alternative bei den Genehmigungen durch die Generalversammlung anzubieten. Ebenfalls begrüssenswert ist die Unterscheidung zwischen Vergütungen im Voraus und Antrittsprämien, wenngleich hierzu mehr Klarheit erwünscht ist (vgl. dazu unten).

Zu erwähnen sind folgende **grundsätzliche Bemerkungen**:

- Wir gehen davon aus, dass es sich beim Titel lediglich um einen Arbeitstitel handelt und für die endgültige Fassung der Verordnung ein angemessener, der gebotenen Sachlichkeit gebührender Titel gefunden wird.
- Bei der Umsetzung des neuen Verfassungsartikels sollte eine möglichst umfangreiche statutarische Offenheit gewährleistet bleiben. So sollen die Ausführungsbestimmungen vorwiegend den Rahmen abstecken, jedoch die Möglichkeit vorsehen, Einzelheiten, wo immer möglich, in den Statuten zu konkretisieren.
- Die Übergangsregelungen müssen logisch konsistent und angemessen sein. Bei einzelnen Vorgaben sind zum Teil Widersprüche auszumachen. Überdies sind die Übergangsbestimmungen so vorzusehen, dass die betroffenen Unternehmen ausreichend Zeit haben, die Compliance sicherzustellen.
- Vereinzelte Änderungsanregungen könnten gegebenenfalls in einer überarbeiteten Fassung des im Zuge der Anhörung veröffentlichten Erläuterungsberichts präzisiert werden. Dadurch liessen sich die Einheit des Vorentwurfes und dessen schlanke Ausgestaltung weitgehend bewahren.

Nachstehend sind einige für uns **zentrale Punkte** herausgegriffen:

- **Strafbestimmungen¹ (Art. 24 Vorentwurf)**

Die Strafbestimmungen bedürfen aus Sicht von scienceindustries der Überarbeitung. Die Verordnung darf nicht den Eindruck erwecken, Mitglieder von Verwaltungsräten und Geschäftsleitungen würden durch den neuen Verfassungsartikel kriminalisiert. Sind Strafbestimmungen vorgesehen, bedürfen diese einer gesetzlichen Grundlage, d.h. sie müssen mit dem Strafrecht abgestimmt sein. Unbefriedigend ist in dieser Hinsicht etwa das Fehlen konkreter Straftatbestände, die klare Unterscheidung zwischen Busse und Strafe resp. deren Anwendung sowie das Fehlen einer Bagatellklausel und die teils tiefen Strafbarkeitsschwellen. So sind Freiheitsstrafen bis zu drei Jahren und Geldstrafen bis zu sechs Jahresvergütungen im vorliegenden Kontext unverhältnismässig und sollten höchstens für schwere und vorsätzlich begangene Delikte erwogen werden. Zudem gilt es, die Haftung des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung auf ein gesundes Mass zu beschränken und unverhältnismässige Eintretens- und Überwachungspflichten nicht unter Strafe zu stellen. Es ist wichtig, dass Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder, die sich korrekt verhalten, keinen Strafprozess zu befürchten haben. Andernfalls wird es in Zukunft schwierig werden, qualifiziertes Personal für Leitungsfunktionen zu finden, wodurch die Qualität der Unternehmensführung zumindest in Frage gestellt wäre.

- **Folgen bei der Nicht-Genehmigung der Gesamtbeträge (Art. 18 Vorentwurf)**

Die im Vorentwurf vorgesehenen Folgen bei einer Nicht-Genehmigung von Anträgen lehnen wir ab. Die zwingende Vorgabe für den Verwaltungsrat, gleichsam einen Alternativantrag bereitzuhalten, würde die Abstimmung ad absurdum führen. Damit würde ein Anreiz geschaffen, den ersten Antrag bewusst abzulehnen, nur um den Alternativantrag einsehen zu können. Auch die Bestimmung, wo-

¹ Für detaillierte Ausführungen zu den Strafrechtbestimmungen verweisen wir auf die Stellungnahme unseres Partnerverbandes SwissHoldings.

nach infolge der Ablehnung des Alternativvorschlages innert drei Monaten eine neue Generalversammlung durchzuführen sei, ist nicht praktikabel und daher abzulehnen. Ein solcher starr vorgegebener Ablauf böte Angriffsfläche für mutwillige Sabotage. Stattdessen sollte analog der Ausnahmebestimmung unter Art. 18 Abs. 3 ein Opting-out vorgesehen werden, wonach die Statuten eine abweichende Regelung vorsehen können für den Fall, dass die Generalversammlung die Genehmigung verweigert. Dies wäre im Sinne der Freiheit der Aktionäre. Darüber hinaus ist wichtig zu klären, was bei Enthaltungen gilt. Wir orten hier ein Regelungsdefizit. Die vorgeschlagene Fassung im Vorentwurf würde im Falle von Spontanträgen zu zahlreichen Enthaltungen führen. Wären diese als Nein-Stimmen zu werten, würde dies die Abstimmungsergebnisse verzerren und Resultate hervorbringen, die nicht dem Willen der Generalversammlung entsprechen.

- **Zahlungen im Voraus (Art. 20ff Vorentwurf)**

Die im Vorentwurf ausgearbeiteten Bestimmungen sind zu präzisieren. Gemäss dem neuen Verfassungsartikel sind Vorauszahlungen für künftige Arbeitsleistungen unzulässig. Davon zu trennen und daher nicht zu umfassen sind indes Ansprüche gegenüber vormaligen Arbeitgebern sowie die Abgeltung des Zeitwerts von Anwartschaften und Vermögensvorteile bei selbigem (Verfall von Optionen). Trotz der Ausführungen dazu im erläuternden Bericht ist nicht umfassend klar, was gemäss Vorentwurf als erlaubt zu qualifizieren ist und was nicht (so etwa in Hinblick auf lange Kündigungsfristen). Um Rechtsunsicherheit zu vermeiden, regen wir daher eine zusätzliche Klarstellung an. Die Arten der Vergütungsbezüge sind deutlich voneinander zu unterscheiden, insbesondere in Hinblick auf ihre Zulässigkeit. Dies ist im internationalen Wettbewerb um Talente entscheidend. Blicke der Eindruck bestehen, dass jegliche Leistungen im Voraus verboten sind, würde es faktisch unmöglich, qualifiziertes Personal zum Stellenantritt in der Schweiz zu motivieren.

- **Fringe Benefits (Art. 18 Vorentwurf)**

Bei den Vergütungen regen wir eine Bagatellklausel an. Die Generalversammlung stimmt künftig über die Gesamtsumme aller Vergütungen der Geschäftsleitung ab. Diese Gesamtsumme hat fixe wie auch variable Vergütungen sowie Geld und Wert der Sachleistungen zum Inhalt. Die Abstimmung darüber soll prospektiv erfolgen und damit grundsätzlich in der Zukunft zu erbringende Leistungen autorisieren. Ohne klare Abgrenzung wären davon auch geringfügige Nebenleistungen erfasst, wie sie in der Geschäftswelt gebräuchlich sind (sogenannte „Fringe Benefits“). Zum einen sollen diese sozial üblichen Nebenleistungen auch weiterhin zulässig sein, zum anderen wird es in der Praxis kaum möglich sein, alle solche im laufenden Geschäftsjahr anfallenden Nebenleistungen vorab zu ermitteln. Eine Bagatellklausel oder Präzisierungen zu den in diesem Zusammenhang relevanten Begriffen und Bestimmungen sollen deshalb Klarheit schaffen.

- **Unabhängiger Stimmrechtsvertreter (Art. 8ff Vorentwurf)**

Die im Vorentwurf ausgearbeiteten Bestimmungen zum unabhängigen Stimmrechtsvertreter sind zum Teil impraktikabel und daher zu überarbeiten. Die Unabhängigkeit des Stimmrechtsvertreters darf nicht darauf schliessen lassen, dass dieser nicht auf die bei grossen Generalversammlungen übliche Unterstützung der Gesellschaft zurückgreifen kann. Darüberhinaus ergibt sich aus dem Initiativtext bzw. dem neuen Verfassungsartikel keine Notwendigkeit, die Weisungsordnung zu regeln.

Die im Vorentwurf angedachten Folgen der Weisungslosigkeit sind denn auch nicht praxistauglich. Nicht angekündigte Anträge können sich widersprechen, resp. zu vielen Enthaltungen führen. Wie im Vorentwurf vorgesehen, wären diese als Nein-Stimmen zu werten, was das Abstimmungsergebnis und damit den Willen der Generalversammlung verfälschte. Es handelt sich daher um einen unnötigen Eingriff in die Aktionärsrechte, die ja hier genau gestärkt werden sollen. Ferner erscheint eine Korrektur bei den Vorgaben zur Amtsdauer des unabhängigen Stimmrechtsvertreters sinnvoll. Bei der jetzigen Vorgabe, wonach ein unabhängiger Stimmrechtsvertreter jederzeit mit sofortiger Wirkung abberufen werden kann, läuft dieser unvermittelt Gefahr, die ihm für die noch folgenden Anträge übertragenen Stimmen nicht mehr ausüben zu können. Hier ist eine praktikable Lösung zu suchen.

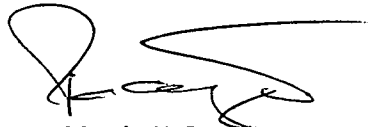
Angesichts der vergleichsweise kurzen Anhörungsfrist beschränkt sich die vorliegende Stellungnahme auf die dargelegte Auswahl für uns wichtiger Anliegen. Für detaillierte Ausführungen zum Vorentwurf und konkrete Änderungsanträge verweisen wir auf die Stellungnahmen von economiesuisse und SwissHoldings, denen wir uns anschliessen.

Für die Berücksichtigung unserer Anliegen danken wir Ihnen.

Freundliche Grüsse



Marcel Sennhauser
Mitglied der Geschäftsleitung



Martin N. Pranjic
Issue Manager

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister		
+	17. JULI 2013	+
No.		

Bundesamt für Justiz
EHRA
Herrn Olivier Blanc
Bundesrain 20
CH-3003 Bern

SIX Swiss Exchange AG
SIX Exchange Regulation
Selnastrasse 30
Postfach 1758
CH-8021 Zürich

www.six-exchange-regulation.com

Kontaktperson:
Rodolfo Straub
T +41 58 399 2910
rodolfo.straub@six-group.com

Zürich, 16. Juli 2013

**Anhörung betreffend den Vorentwurf zur
„Verordnung gegen die Abzockerei“**

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nehmen wir die Gelegenheit wahr, nachfolgend zu ausgewählten Punkten des Vorentwurfs zur Verordnung gegen die Abzockerei (VE VgdA) Stellung zu nehmen.

1. Sachlicher Anwendungsbereich der VgdA

Gemäss Art. 1 VE VgdA findet die Verordnung Anwendung auf die Gesellschaften nach den Art. 620 – 763 Obligationenrecht (OR), deren Aktien an einer Börse im In- oder Ausland kotiert sind. Ist es so, dass die VgdA in jedem Fall auf spezialgesetzliche Aktiengesellschaften mit Sitz in der Schweiz (wie beispielsweise die Banque Cantonale de Genève, die Banque Cantonale du Jura SA, die Zuger Kantonalbank AG, die Schweizerische Nationalbank oder die Swisscom AG) Anwendung findet oder kommt es auf allfällige entsprechende Verweise auf das OR im spezialgesetzlichen Erlass an? Für eine entsprechende Klarstellung im Begleitbericht wären wir Ihnen dankbar.

2. Systematik und Marginalien von Art. 14 und 15 VE VgdA

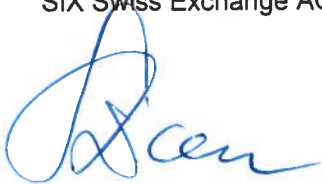
Bezüglich der im Vergütungsbericht zu machenden Angaben halten wir die Gliederung der Art. 14 und 15 VE VgdA, welche Art. 663b^{bis} OR ersetzen sollen, für unklar: Art. 14 Abs. 1 VE VgdA hält fest, welche Angaben im Vergütungsbericht zu den *Vergütungen* zu machen sind (Marginalie: „Vergütungen an den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat“). Art. 15 Abs. 1 VE VgdA hält fest, welche Angaben zu *Darlehen und Krediten* zu machen sind (Marginalie: „Darlehen und Kredite an den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat“).

Art. 15 Abs. 2 schreibt sodann vor, welche Angaben zu Vergütungen, Darlehen und Krediten zu machen sind. Die Bestimmung bezieht sich demnach entgegen dem Wortlaut der Marginalie und im Unterschied zu Abs. 1 von Art. 15 nicht nur auf Darlehen und Kredite sondern auch auf Vergütungen. Wir schlagen vor, die einzelnen Absätze neu zu gruppieren.

Wir bedanken uns für die wohlwollende Prüfung unserer Stellungnahme. Bei allfälligen Fragen zu den vorstehenden Ausführungen stehen Ihnen die Unterzeichnenden jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

SIX Swiss Exchange AG



Rodolfo Straub
Vorsitzender der Geschäftsleitung
SIX Exchange Regulation



Dr. Katharina Rüdlinger
Leiterin Corporate Disclosure
SIX Exchange Regulation



Bundesamt für Justiz (BJ)
Eidg. Amt für das Handelsregister
Bundesrain 20
3003 Bern

18.07.2013 Br

Anhörung: Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA)

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nehmen wir die Gelegenheit wahr, im Rahmen der Anhörung zum Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei Stellung zu nehmen.

Ausgangslage

Wir beziehen uns einzig auf die Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 lit.a Satz 3 BV: "...Die Pensionskassen stimmen im Interesse ihrer Versicherten ab und legen offen, wie sie gestimmt haben...".

Die Stellungnahme der Schweizerischen Kammer der Pensionskassen-Experten (SKPE), bezieht sich somit nur auf den Abschnitt 10, Stimm- und Offenlegungspflicht für Vorsorgeeinrichtungen und Art. 25 VdgA, Strafbarkeit bei Vorsorgeeinrichtungen.

Art. 22 Stimmpflicht

Abs. 1: Geltungsbereich

Der vorgesehene Geltungsbereich einzig für Vorsorgeeinrichtungen die dem FZG unterstehen, erscheint uns sinnvoll. Mit dem Bezug auf das FZG unterliegen patronale Wohlfahrtsfonds mit Ermessensleistungen sowie Finanzierungsstiftungen diesen Bestimmungen zu Recht nicht.

Gemäss Art. 1 Abs. 1 VgdA finden die Bestimmungen Anwendung auf Aktiengesellschaften nach den Art. 620-763 OR, deren Aktien an einer Börse im In- oder Ausland kotiert sind. Die VgdA konzentriert sich auf die von der PK direkt gehaltenen Aktien. Die Frage bez. kollektiver Anlagen oder Anteilen an Anlagestiftungen kann über eine VO Bestimmung nicht gelöst werden. Daran ändert die Tatsache, dass bereits heute einige Anlagestiftungen den Anlegern die Möglichkeit bieten, ihre Stimmpräferenz geltend zu machen, nichts.

Abs. 2/3: Stimmpflicht - Versicherteninteressen

Pensionskassen müssen ihr Stimmrecht immer im Interesse der Versicherten ausüben. Somit ist eine absolute Stimmpflicht nur dann verlangt, wenn Stimmapstinenz die Interessen der Versicherten verletzen würde. Auch eine Stimmenthaltung oder ein Stimmverzicht kann im Interesse der Versicherten liegen (Abs. 3 VdgA). Das ist beispielsweise bei kleinen Aktienpositionen der Fall.

Abs. 4: Das oberste Organ einer Vorsorgeeinrichtung

Das oberste Organ vertritt die Versicherten und ist verantwortlich für die Vorsorgeeinrichtung. Nur dieses Organ kann das Verfahren für die Wahrnehmung der Stimmrechte festlegen.

Art. 23 Offenlegungspflicht

An der Pflicht, mindestens einmal jährlich Rechenschaft über die Wahrnehmung der Stimmrechte abzulegen, ist nichts zu bemängeln. Eine häufigere Berichterstattung ist zulässig. Zu Recht bezieht sich die Offenlegungspflicht nur gegenüber den Versicherten und nicht den andern Aktionären oder weiteren Dritten.

Art. 25 Strafbarkeit bei Vorsorgeeinrichtungen

Da die neue Verfassungsbestimmung keine Ausnahmen vorsieht, sind auch Strafbestimmungen für Vorsorgeeinrichtungen vorgesehen. Diese tragen dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung, indem als mögliche Täter Personen, die über eine gewisse Entscheidungskompetenz verfügen (Geschäftsführung, Mitglieder des obersten Organs) in Frage kommen und die Handlungen (Verletzung der Stimm- und Offenlegungspflicht nach den Art. 22 und 23 VgdA) nur strafbar sind, wenn der Täter vorsätzlich handelt.

Fazit

Die Schweizerische Kammer der Pensionskassen-Experten (SKPE) begrüsst den vorliegenden Verordnungsentwurf, setzt er doch den Verfassungsartikel in ausgewogener Art und Weise um.

Freundliche Grüsse

Schweizerische Kammer der Pensionskassen-Experten (SKPE)



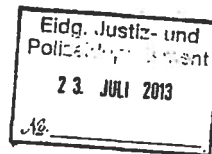
Stephan Wyss
Präsident



Urs Bracher
Sekretär

Brigitta Moser-Harder
Hinterdorfstr. 8
8194 Hüntwangen

brig.moser.harder@bluemail.ch
Tel. 044 869 03 59



EINSCHREIBEN

E J P D
Frau Bundesrätin S. Sommaruga
Bundeshaus West
3003 Bern

Hüntwangen, 20. Juli 2013

Anhörung zur Verordnung des Bundesrates gegen die Abzockerei (VgDA)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga

Nach eingehender Prüfung der obigen Verordnung empfehlen das Unterstützungskomitee „Abzockerinitiative JA“ und ich als Co-Initiantin der Volksinitiative folgende **Aenderungen/Ergänzungen (fett)**:

6. Abschnitt: Statutenbestimmungen

Art. 12
Absatz 1

2. die Dauer der Arbeitsverträge für die Mitglieder der Geschäftsleitung: **die Kündigungsfrist darf zwölf Monate nicht übersteigen**;

Begründung:

Längere Kündigungsfristen haben bei vorzeitiger Kündigung/Entlassung teure Zahlungen zur Folge.

8. Abschnitt: Genehmigung durch die Generalversammlung

Art. 18
Absatz 1

Die Generalversammlung stimmt jährlich **bindend und** gesondert über die Genehmigung der Gesamtbeträge ab, die der Verwaltungsrat beschlossen hat für:.....

Begründung:

Vor der Abstimmung wurde auch seitens der Politiker signalisiert, dass die Initianten die Abstimmung über die Vergütungen **bindend** wollen. Damit es keine Unsicherheiten/Diskussionen bei der Anwendung des Gesetzes gibt, muss das Wort „bindend“ auch aufgeführt sein.

-2-

Absatz 2

Verweigert die Generalversammlung die Genehmigung des Gesamtbetrags, so kann der Verwaltungsrat an der gleichen Versammlung einen neuen Antrag stellen. Stellt er keinen neuen Antrag oder wird auch dieser abgelehnt, **so behält der letztjährige Gesamtbetrag seine Gültigkeit.**
In den Statuten kann jedoch auch ein Zusatzbetrag für den Fall der Ablehnung des Gesamtbetrags an den Generalversammlungen vorgesehen werden.

Begründung:

Nach drei Monaten eine neue Generalversammlung einzuberufen, macht keinen Sinn, da eine Zustimmung nicht garantiert werden kann.

Absatz 3 ist zu streichen, da er unnötig ist. Zudem ist die bindende Abstimmung bereits unter Art. 18/Absatz 1 vorgeschrieben.

9. Abschnitt: Unzulässige Vergütungen

Art. 20

2. Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden; **dazu gehören auch jede Form von Antrittsprämien und Ablösesummen vor und nach Beginn der Anstellung;**

Begründung:

Gemäss dem erläuternden Bericht Seite 25/3.9.3 und Seite 26 soll in der Verordnung jede Form von Antrittsprämien/Ablösesummen (z.B. Entschädigungen für „goldene Fesseln“) weiter zugelassen bleiben, trotzdem die meisten Vorauszahlungen gerade die genannten Arten betreffen - als jüngstes Beispiel diejenige 2012 im Wert von 25 Millionen Franken für ein neues UBS-Geschäftsleitungsmitglied. Es sind u.a. aber genau diese ohne jede Leistung gewährten „Golden Handshakes“, die das Schweizervolk immer wieder empörten und mit ein Grund waren, dass die Abzocker-Initiative so wuchtig von den Stimmberechtigten angenommen wurde. Viele solch „vergoldeter“ Manager haben sich im Nachhinein zudem als Flop erwiesen und die Firma und Aktionäre somit finanziell doppelt geschädigt!
Vor der Abstimmung wurde seitens der Initianten zudem betont, dass der Initiativtext mit „keine Vergütung im Voraus“ keine Ausnahmen in welcher Form auch immer gestattet. Es ist zudem irrelevant, ob der Betrag vor oder nach Arbeitsbeginn bezahlt wird; auf das Wesen „Vergütung im Voraus“ kommt es an, nicht auf den Zeitpunkt des Geldflusses.

Antrittsprämien/Ablösesummen in jeder Form müssen gesetzlich verboten sein, ansonsten z.B. „goldene Fesseln“ eliminiert und die Schleusen für Vergütungsexzesse offen bleiben würden. Die betroffenen Manager könnten mit ihren intimen Kenntnissen die alte und neue Firma somit regelrecht erpressen, zum Schaden des Unternehmens, der Aktionäre, der gesellschaftlichen Moral und des sozialen Zusammenhalts.

Richtig wäre dagegen: auch Manager sollen loyal und Vorbild sein. Zudem sollte das Gesetz aus unternehmerischer Sicht Manager daran hindern, egoistisch, geldgierig und kurzfristig vorzugehen.

10. Abschnitt: Stimm- und Offenlegungspflicht für Vorsorgeeinrichtungen

Art. 22 Stimmpflicht

Absatz 3 ist zu streichen und wie folgt zu ersetzen:

Die Stimmpflicht der Vorsorgeeinrichtungen gilt an Generalversammlungen für alle im SMI kotierten Gesellschaften plus für die zehn grössten Beteiligungen von weiteren an in- und ausländischen Börsen kotierten Schweizer Unternehmen.

Begründung:

Auf die Stimmabgabe darf nicht verzichtet werden. Dies kann auch zugemutet werden, da keine physische Teilnahme an der Generalversammlung notwendig ist, können doch die Abstimmungsweisungen direkt dem Stimmrechtsvertreter elektronisch zugestellt werden. Auch sind in der heute bestens vernetzten Welt Firmeninformationen jederzeit abrufbar und werden die Jahres- und Vergütungsberichte immer transparenter. Zudem publizieren spezialisierte Firmen vor den Generalversammlungen Stimmrechtsempfehlungen.

Auch was die vermeintliche Kostenexplosion (ASIP, Economiesuisse) betrifft, so hielten verschiedene öffentlich rechtliche Kassen (z.B. Publica-PK des Bundes-Dieter Stohler, BLVK-bernische Lehrerversicherungskasse-Christoph Zürcher) vor der Abstimmung fest, dass die Kosten für die Stimmrechtsausübung moderat ausfallen würden.

Absatz 4

Das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung legt in einem Reglement fest, nach welchen Grundsätzen das Interesse ihrer Versicherten bei der Ausübung des Stimmrechts bestimmt wird. **Die Arbeitnehmervertreter in den Stiftungsräten sind für die Entscheidungen im Sinne der Versicherten massgebend.**

Begründung:

Vielfach wurde argumentiert, die Interessen der Versicherten herauszufinden, sei unmöglich, da man ja eine Umfrage bei den Versicherten machen müsste. Dies ist nicht zutreffend, da die in den Stiftungsräten vertretenen Arbeitnehmer dafür bestens qualifiziert sind.

Art. 23 Offenlegungspflicht

Vorsorgeeinrichtungen, die dem FZG unterstellt sind, müssen **spätestens einen Monat nach der Generalversammlung offenlegen, wie sie gestimmt haben. Sie publizieren dies auf ihrer Internetseite oder auf einer für alle Vorsorgeeinrichtungen offenstehenden Internetseite.**

Begründung:

Ein irgendwann im Jahr publizierte Zusammenfassung, wie der Stimmpflicht an den Generalversammlungen nachgekommen wurde, informiert die Versicherten zu spät und zu wenig transparent. Dass die Offenlegungspflicht kein Problem ist, zeigt in vorbildlicher Weise z.B. die BVK (PK des Kantons Zürich), die seit 2009 ihr Abstimmungsverhalten sogar im Voraus im Internet publiziert.

Wir danken Ihnen, sehr geehrte Frau Bundesrätin, für die Berücksichtigung unserer Einwendungen.

Freundliche Grüsse



Brigitta Moser-Harder

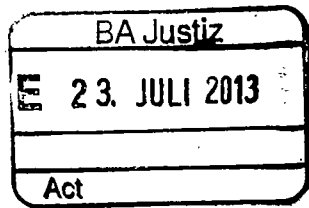
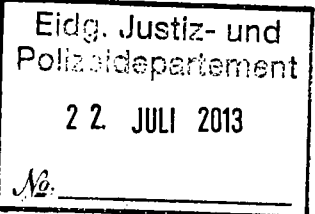
Co-Initiantin Volksinitiative „gegen die Abzockerei“

Unterstützungskomitee „Abzockerinitiative JA“

www.abzockerinitiativeja.ch


Marcel Hablützel
Karl Widmer
Martin Kunzi
Beda Düggelin

NESTLÉ S.A.



Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Frau Bundesrätin S. Sommaruga
Bundeshaus West
3003 Bern

Vevey, 18. Juli 2013

Anhörung zur Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA) – Stellungnahme von Nestlé S.A.

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga,

Besten Dank für die Gelegenheit zu einer Stellungnahme zum Vorentwurf der Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA). Wir unterstützen weitestgehend die Eingaben der Wirtschaftsverbände SwissHoldings und economiesuisse und beschränken uns deshalb auf einige wenige Punkte, die uns aufgrund unserer eigenen praktischen Erfahrungen speziell wichtig erscheinen.

Zunächst begrüssen wir es ausdrücklich, dass sich der Verordnungsentwurf eng an den Wortlaut der neuen Verfassungsbestimmung hält und damit den Volksentscheid respektiert. Er bemüht sich, deren Bestimmungen in einer Art und Weise umzusetzen, die einerseits den Zielsetzungen der Minder-Initiative gerecht wird und andererseits für die von den neuen Bestimmungen betroffenen Unternehmen und Vorsorgeeinrichtungen praktikabel ist.

Unsere Stellungnahme beschränkt sich denn auch auf zwei Punkte, für welche diese beiden Prinzipien u. E. nicht vollständig befolgt worden sind.

1. Strafbestimmungen (E-Art. 24 / 25)

Rechtssicherheit ist zentral für das künftige Vertrauen in den Unternehmensstandort Schweiz. Wir setzen uns deshalb dafür ein, dass Verwaltungsräte und Mitglieder der Geschäftsleitung, die sich integer verhalten und ehrlich versuchen, die Regeln einzuhalten, nicht trotzdem dauernd der Gefahr ausgesetzt sind, vor den Strafrichter gezogen zu werden. Solche Organe sollten weder von unzufriedenen Aktionären, aktivistischen Hedge Funds noch deren Anwälten mit Strafklagen unter Druck gesetzt werden können. Das stete Risiko von latenten Strafverfahren könnte sonst zu erheblichen Reputationsrisiken führen und fähige Führungskräfte davon abhalten, sich als Organe in schweizerischen Unternehmen zur Verfügung zu stellen. In einigen Punkten gehen die Strafbestimmungen zudem weiter, als vom Verfassungstext vorgegeben ist.

Wir setzen uns deshalb dafür ein, die Strafbestimmungen so zu überarbeiten, dass dieses Ziel der Rechtssicherheit für den gut geführten und integren Verwaltungsrat in best möglicher Weise erreicht wird. SwissHoldings hat diesbezüglich einen konkreten Vorschlag gemacht, den wir unterstützen. Wir sind selbstverständlich aber offen, wenn mit anderen Massnahmen der gleiche Zweck erreicht werden kann.

2. Nicht-Genehmigung von Vergütungsbeträgen durch die Generalversammlung – Neuregelung der Folgen (E-Art. 18)

Wir begrüssen ausdrücklich die Möglichkeit des Opting-out gemäss E-Art. 18 Abs. 3, da wir die von der E-VgDA vorgesehenen Folgen einer Nicht-Genehmigung (E-Art. 18 Abs. 2), aufgrund unserer eigenen Erfahrungen als unpraktikabel betrachten.

Viele Gesellschaften führen bereits im Vorfeld der Generalversammlung einen Dialog mit den wichtigsten Investoren. Die Möglichkeit eines alternativen Antrags des Verwaltungsrates erachten wir dafür als unpraktikabel. Würde der Alternativvorschlag vor der Generalversammlung bekanntgegeben, käme dies einer kaum erwünschten Auswahlendung gleich. Würde der Alternativvorschlag an der Generalversammlung präsentiert, nachdem der ursprüngliche Antrag des Verwaltungsrates abgelehnt wurde, wäre der nachfolgende Antrag des Verwaltungsrates ein nicht angekündigter Antrag zu einem bestehenden Traktandum. Aktionäre, die nicht selber an der Generalversammlung teilnehmen können – in aller Regel die überwiegende Mehrheit der Stimmen – geben nun aber erfahrungsgemäss für diesen Fall vielfach eine Instruktion zur Stimmenthaltung, da sie weder Ja noch Nein instruieren wollen zu einem Antrag, den sie noch gar nicht kennen. Einige Proxy Advisors empfehlen sogar grundsätzlich eine ablehnende Instruktion (Nein oder Enthaltung) zu allen nicht angekündigten Anträgen. Selbst wenn alle an der Generalversammlung persönlich oder via Vollmacht vertretenen Aktionäre für den zweiten Antrag des Verwaltungsrates stimmten, wäre demnach eine Zustimmung in praktisch allen Konstellationen ausgeschlossen.

Damit würde der Verordnungsentwurf in der Regel dazu führen, dass die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung innert drei Monaten unvermeidbar wäre. Neben den damit verbundenen logistischen Problemen und reputationsmässigen Risiken, würde den Unternehmen - und somit auch den Aktionären - daraus ein ganz erheblicher Aufwand an Kosten entstehen, und Ressourcen gebunden werden, die nicht anderweitig für das Tagesgeschäft eingesetzt werden können. Erfahrungsgemäss wäre es sehr schwierig, kurzfristig einen geeigneten Tagungsort für ca. 4000 Teilnehmer zu finden und die Generalversammlung ordnungsgemäss vorzubereiten.

Wir haben die Generalversammlung der Nestlé 2013 mit Blick auf die vorgeschlagene Regelung nachträglich analysiert.

Bei Beginn der Generalversammlung waren 2998 Aktionäre physisch präsent, die insgesamt rund 2.3% der vertretenen Aktien repräsentierten. Der Organvertreter der Nestlé vertrat im

Auftrag von Aktionären rund 14.2% dieser Aktien und der Unabhängige Stimmrechtsvertreter 83.5%.

Im Stimmmaterial der Nestlé konnten die Aktionäre dem Unabhängigen Stimmrechtsvertreter Vollmacht erteilen im Falle eines neuen oder geänderten Antrags durch einen Aktionär während der Generalversammlung dem Antrag des Verwaltungsrates zuzustimmen, den Antrag des Verwaltungsrates abzulehnen oder sich der Stimme zu enthalten. Von den Aktionären, die nicht an der Generalversammlung teilnehmen konnten und sich durch den Unabhängigen Stimmrechtsvertreter oder den Organvertreter vertreten liessen, haben rund 60% (bezogen auf die vertretenen Aktien) die Weisung erteilt, sich in einem solchen Fall der Stimme zu enthalten. Gemäss Statuten der Nestlé fassen die Aktionäre ihre Beschlüsse mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen. Somit wäre die Annahme eines zweiten Antrags schon im Vornherein aussichtslos gewesen, zumal bei der Berechnung des Absoluten Mehrs die Enthaltungen als Nein-Stimmen gelten.

Zumindest unter dem Opting-out gemäss E-Art. 18 Abs. 3 sollte die Generalversammlung deshalb die Möglichkeit haben, eine von E-Art. 18 Abs. 2 abweichende Regelung in die Statuten aufzunehmen. Beispielsweise könnte in einem solchen Fall der durch die Direktwahl erheblich gestärkte Vergütungsausschuss verantwortlich erklärt werden, die Vergütung interimistisch (bis zur nächsten Generalversammlung) unter Berücksichtigung des Entscheides der Generalversammlung festzulegen. Dabei wären die drei Voraussetzungen von E-Art 18 zu beachten und etwa sicherzustellen, dass die nächste ordentliche Generalversammlung in angemessener Weise wieder über die Vergütung befinden kann.

In diesem Zusammenhang setzen wir uns auch dafür ein, dass das Weisungswesen nicht verändert wird. Dies ginge über den Regelungsgegenstand von Art. 95 Abs. 3 BV hinaus, welcher sich diesbezüglich auf die Abschaffung des Organ- und Depotstimmrechts beschränkt. Mit der Regelung der Weisungserteilung an den Unabhängigen Stimmrechtsvertreter bei Spontanträgen und der Folgen der Weisungslosigkeit weicht der Vorentwurf vom Prinzip ab, sich auf die Verfassungsbestimmung zu beschränken. Die Regelungen gemäss E-Art. 9 Abs. 2 und 10 Abs. 2 könnten Generalversammlungsergebnisse verfälschen und zu (Zufalls-)Resultaten führen, die von der grossen Mehrheit der Aktionäre so gar nie gewollt gewesen wären.

3. Weitere Bemerkungen

Wir unterstützen weitestgehend die Übrigen in den Eingaben der Wirtschaftsverbände SwissHoldings und economiesuisse erwähnten Änderungsvorschläge. Wir begrüssen aber auch ausdrücklich die zahlreichen Regelungsvorschläge, bei denen es gelungen ist, die Volksinitiative in einer intelligenten und praxistauglichen Weise umzusetzen. Namentlich geht es dabei um folgende Bestimmungen:

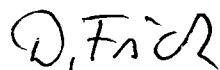
- 1. Opting-out Möglichkeit gemäss E-Art. 18 Abs. 3**
- 2. Zusatzbetrag für die Geschäftsleitung (E-Art. 19)**

3. Unterscheidung Vergütungen im Voraus / Antrittsprämien
4. Übertragung der Geschäftsführung – Bestätigung der jetzigen Rechtslage
5. Ausgestaltung der elektronischen Fernabstimmung
6. Stimm- und Offenlegungspflicht für Vorsorgeeinrichtungen

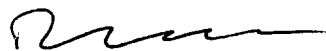
Wir danken Ihnen deshalb für die in vielerlei Hinsicht gelungene Umsetzung und die wohlwollende Prüfung unserer verbleibenden Anliegen. Wir stehen Ihnen und Ihrem Departement selbstverständlich jederzeit für Auskünfte zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Nestlé S.A.



David Frick



Michèle Burger

Prof. Dr. Peter Forstmoser, LL.M.
Dr. Peter R. Isler, LL.M.
Dr. Ernst Felix Schmid, LL.M.
Dr. François M. Bianchi, LL.M.
Dr. Peter C. Honegger, LL.M.
Dr. Gaudenz G. Zindel, LL.M.
Dr. Urs Pulver
Dr. Thomas Graf ^{1 2}
Dr. Dr. Thomas Sprecher, LL.M.
Dr. Thomas A. Frick, LL.M.
Dr. András Gurovits, MBA
Dr. Andreas Casutt, LL.M.
Dr. Philippe Weber, LL.M.
Füspr. Daniela Schmucki ¹
Lic. Philipp Haas, LL.M.
Lic. Daniel Eisele, LL.M.
Dr. Christoph Balsiger
Lic. Markus E. Kronauer ¹
Dr. Ulysses von Salis, LL.M.
PD Dr. Sandro Abegglen, LL.M.
Dr. Adrian W. Kammerer, M.M.
Lic. Andreas F. Vögeli
Lic. Nicolas Birkhäuser, LL.M.
Lic. Marco Häusermann, LL.M.

Lic. Thomas Brönnimann, LL.M.
Lic. et lic. oec. Daniel Bono, LL.M.
Dr. Ulrich Benz
Lic. Debra E. Davatz Hörler
Lic. Michaela Zehnder ²
Lic. Edith Kreis-Kolb
Lic. Catherine Grun Meyer, LL.M.
Lic. Manuel Werder, LL.M.
Dr. Valerie Meyer Bahar, LL.M.
Dr. Philipp Candreia, LL.M.
Lic. Andrea Nordin ^{1 2}
Lic. Andrea Huber, LL.M.
Lic. Patrick Schmutz, LL.M.
Lic. Brigitte Knecht, LL.M.
Dr. Patrik R. Peyer, LL.M.
Lic. Hansjürg Christoffel ¹
Lic. Allegra Sosso, LL.M.
Lic. Gian-Andrea Caprez, LL.M.
Lic. Dominic Studer
Dr. Bertrand G. Schott, LL.M.
Lic. Arie Gerszt, LL.M.
Mario Erni, MLaw ^{1 2}
Lic. Tamir Livschitz, LL.M.
Lic. René Fischer

Lic. Danièle Müller
Lic. Cinzia Catelli
Lic. Evelyn Schilter, LL.M.
Dr. Andreas W. Weiss
Dipl.-Jur. Caroline Schwarzer, LL.M.
Lic. Mirjam Vögeli
Dr. Christa Sommer
Dr. Daniel Sykora
Lic. Laurence Uttinger
Lic. Johanna Mösch
Lic. Mirjam Holdener De Simone
Dr. Daniela Frenkel
Lic. et lic. rer. publ. Rahel Egger
Roman Sturzenegger, MLaw
Dr. Goran Studen, LL.M.
Dr. Dominique Gross
Dr. Petra Caminada ²
Andreas Lehmann, MLaw
Dr. Andreas D. Blattmann
Dr. Thomas Coendet
Lic. Luca Bianchi
Lic. Katia Ziegler
Geneviève Radu, MLaw ²
Daniel Antognini, M.A. HSG

Lic. Urs Hofer
Teuta Imeraj, MLaw
Christina Del Vecchio, J.D. ⁴
Dr. Matthias Inderkum, LL.M.
Lic. Lukas Beeler
Yannick Wettstein, M.A. HSG
Lic. Juerg Bloch, LL.M.

Eingetragen im Anwaltsregister

¹ dipl. Steuerexperte

² nicht als Rechtsanwalt zugelassen

³ zugelassen an deutschen Gerichten

⁴ zugelassen an Gerichten in New York

Konsulenten

Dr. Stefan Kraft, LL.M.

Dr. Hans Niederer, LL.M.

Prof. Dr. Rolf Sethe, LL.M. ³

Dr. Hermann Walser

Prof. Dr. Dominique Jakob, M.I.L. ³

Vorab per E-Mail

Herr
Dr. Florian Zihler
Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
CH-3003 Bern

25. Juli 2013
PRP/aba

Anhörung zum Vorentwurf der Verordnung gegen die Abzockerei

Sehr geehrter Herr Dr. Zihler,
sehr geehrte Damen und Herren

Wir erlauben uns Ihnen in der Beilage unsere Stellungnahme zum Vorentwurf der Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA) zu unterbreiten.

Unsere Stellungnahme konzentriert sich auf diejenigen Punkte der VgdA, die aus Gründen der **Rechtssicherheit und Praktikabilität** oder zur **Klarstellung der Übergangsregelung** noch angepasst werden sollten.

Wir stellen Ihnen unsere Stellungnahme in Form einer tabellarischen Übersicht zu, auf welcher wir neben der Kolonne mit Kommentaren eine separate Kolonne mit **ausformulierten Anpassungsvorschlägen** angeführt haben.

Besonders hinweisen möchten wir auf die fünf folgenden **zentralen Punkte**:

1. Zunächst ist wesentlich klarzustellen, in welchem Verhältnis der Vergütungsbericht des Verwaltungsrates (Art. 13 VgDA) und die im Anhang zur Bilanz offenzulegenden Angaben (Art. 663b^{bis} OR) **übergangsrechtlich** zueinander stehen. In der Übergangsbestimmung von Art. 26 ist daher zu ergänzen, dass die Bestimmungen der Verordnung **für die Jahresabschlüsse 2013 nicht gelten**.
2. Zu begrüßen ist die in Art. 18 Abs. 3 VgDA vorgesehene Möglichkeit, durch statutarische Regelung ein für die Vertragspartner **verlässliches Vergütungsregime** zu etablieren. Es ist absehbar, dass aus Gründen der Praktikabilität und Planungssicherheit praktisch alle Gesellschaften dazu übergehen werden, jeweils im Voraus Anträge für fixe und variable Vergütungen für ein und dasselbe Geschäftsjahr zu stellen. Demzufolge ist vorzuziehen, dieses alternative Vergütungsregime in der Verordnung als **Normalfall** vorzusehen.
3. Sodann ist klarzustellen, was bei **Nichtgenehmigung** der Vergütungen **durch die Generalversammlung** zu erfolgen hat. Eine Festsetzung aufgrund eines neuen Antrages des Verwaltungsrates an derselben Generalversammlung ist nicht sinnvoll. Den Gesellschaften ist die Möglichkeit einzuräumen, eine **statutarische Auffangregelung** vorzusehen. Dabei ist in den Statuten der in diesen Fällen anzuwendende Mechanismus zur Bestimmung der Höhe der Vergütungen festzulegen, oder es sind in den Statuten die Kriterien festzulegen, nach welchen der – von der Generalversammlung gewählte – Vergütungsausschuss die Vergütungen ersatzweise zu bestimmen hat. Die Durchführung einer kurzfristig einzuberufenden ausserordentlichen Generalversammlung ist bei den kotierten Grossgesellschaften nicht praktikabel.
4. Von grosser praktischer Bedeutung ist ferner, die Unklarheit bezüglich der **Anpassung der bestehenden Arbeitsverträge** im Verordnungstext zu beseitigen. Die vor dem Inkrafttreten der Verordnung rechtsgültig vereinbarten Vergütungen sind von der Anwendung der Verordnung auszunehmen (unzulässige Rückwirkung). Aus Gründen der Praktikabilität ist zudem in den Statuten nicht die Dauer der Arbeitsverträge, sondern die maximale Kündigungsfrist anzugeben. Die vorgesehene Regelung geht von der unzutreffenden Vorstellung einer Ernennung der Mitglieder der Geschäftsleitung für eine bestimmte Amtszeit aus. Dieses deutsche Konzept wird von den Gesellschaften in der Schweiz nicht praktiziert.
5. Schliesslich sind die im Vorentwurf enthaltenen drakonischen Strafen wegen Verstössen gegen aktienrechtliche Vorschriften zufolge der **fehlenden Bestimmtheit des Straftatbestandes** ein vorrangiges Problem. Viele der strafbewehrten aktienrechtlichen Bestimmungen weisen aus Sicht der tangierten Aktionärsrechte einen geringen Schutzgehalt auf. Da diese Problematik in anderen Stellungnahmen eingehend erörtert wird, möchten wir uns dazu nicht weiter äussern. Wir unterstützen aber ausdrücklich die Vorbringen, wonach die Strafbestimmung als **Antragsdelikt** auszugestalten und nur **vorsätzliches Handeln** strafbar ist.

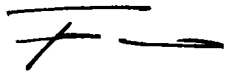
NKF

Wir hoffen, dass unsere Vorbringen angemessen berücksichtigt werden können und danken Ihnen für die Gelegenheit, zur VgdA Stellung nehmen zu dürfen.

Für die Besprechung einzelner Punkte stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Niederer Kraft & Frey AG



Peter Forstmoser



Peter R. Isler



Gaudenz G. Zindel



Patrik R. Peyer



Bertrand G. Schott

Beilage: Tabellarische Übersicht zu den einzelnen Bestimmungen des Vorentwurfs mit konkreten Anpassungsvorschlägen

NIEDERER KRAFT & FREY

Niederer Kraft & Frey Ltd

Bahnhofstrasse 13 · CH-8001 Zurich

Telephone +41 58 800 8000 · Telefax +41 58 800 8080

nkf@nkf.ch · www.nkf.ch

ANHÖRUNG – VORENTWURF ZUR VERORDNUNG GEGEN DIE ABZOCKEREI ("VGdA")

**Systematische Analyse der VgdA-Bestimmungen
und entsprechende Verbesserungsvorschläge**

NKF

VgDA-Best.	Regelungsinhalt	Kommentar	Vorschlag
Art. 1 Abs. 2	Geltungsbereich Verordnung Die VgDA sieht vor, dass die Bestimmungen der Verordnung widersprechenden Bestimmungen des OR vorgehen .	Das schweizerische Aktienrecht ist dem Paritätsprinzip verpflichtet, wonach jedem Organ bestimmte unentziehbare Aufgaben zukommen. Dieser Grundsatzentscheid hat unter anderem zu der in Art. 716a Abs. 1 OR enthaltenen Liste von unübertragbaren und unentziehbaren(!) Aufgaben des Verwaltungsrates geführt. Diese Liste bleibt verbindlich, soweit die neue Verfassungsbestimmung nicht etwas anderes vorschreibt. Unübertragbar ist danach "die Festlegung der Organisation" (Ziff. 2). Dazu gehört die eigene Organisation des Verwaltungsrates, weshalb etwa Art. 7 Abs. 4 VgDA anzupassen oder zu streichen ist.	Im Erläuterungsbericht ist zu ergänzen, dass die aktienrechtlichen Grundsätze, insbesondere das Paritätsprinzip , zur Auslegung der Bestimmungen der Verordnung heranzuziehen sind. <i>Beispiel</i> für eine unnötigerweise dem Paritätsprinzip widersprechende Vorschrift ist die Regelung von Art. 7 Abs. 4 VgDA, wonach die Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses in den Statuten zu regeln sind – und damit zu Unrecht in die Zuständigkeit der Generalversammlung gelegt werden (siehe dazu hiernach bei Art. 7).
Art. 2 Ziff. 1	Befugnisse Generalversammlung Die Bestimmung sieht vor, dass auch die Wahl allfälliger Stellvertreter des VR-Präsidenten zu den unübertragbaren Befugnissen der Generalversammlung zählt.	Die Bestimmung, wonach die Generalversammlung neben dem VR-Präsidenten auch den oder die Vizepräsidenten des Verwaltungsrates zu wählen hat, geht über die Erfordernisse der neuen Verfassungsbestimmung von Art. 95 Abs. 3 BV hinaus. Die vorgesehene Regelung widerspricht damit dem Selbstkonstituierungsrecht der aktienrechtlichen Organe, namentlich auch des Verwaltungsrates. Ein Eingriff in die Selbstkonstituierung ist nur dort gerechtfertigt, wo die Verfassungsbestimmung dies verlangt.	In Art. 2 Ziff. 1 VgDA ist die Ergänzung "und gegebenenfalls der Stellvertreter" mangels Grundlage in der Verfassungsbestimmung zu streichen . Siehe auch den Vorschlag zu Art. 4 Abs. 1 VgDA hiernach (Streichung der Ergänzung "und allfälliger Stellvertreter").

VgdA-Best.	Regelungsinhalt	Kommentar	Vorschlag
		Des Weiteren ist nicht geregelt, wie zu verfahren ist, wenn der durch den Verwaltungsrat zur Wahl vorgeschlagene VR-Präsident von der Generalversammlung nicht gewählt wird.	Für den Fall der Nichtwahl des vorgeschlagenen VR-Präsidenten, muss die Konstituierung des Verwaltungsrats bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung dem Verwaltungsrat überlassen werden.
Art. 4 Abs. 1	Wahl des VR-Präsidenten Die Bestimmung sieht hier (noch einmal) vor, dass auch die allfälligen Stellvertreter des VR-Präsidenten von der Generalversammlung zu wählen sind.	Art. 4 Abs. 1 VgdA stellt eine Wiederholung von Art. 2 Ziff. 1 VgdA dar. Siehe den Kommentar zum (überschiessenden) Erfordernis der Wahl des/der Vizepräsidenten des Verwaltungsrates durch die Generalversammlung bei Art. 2 Ziff. 1 hier-vor.	In Art. 4 Abs. 1 VgdA ist die Ergänzung "und allfällige Stellvertreter" mangels Grundlage in der Verfassungsbestimmung zu streichen . Siehe den entsprechenden Vorschlag bei Art. 2 Ziff. 1 VgdA hiavor.
Art. 4 Abs. 3	Abberufung des VR-Präsidenten und allfälliger Stellvertreter In Anlehnung an Art. 705 OR sieht die VgdA vor, dass die Generalversammlung berechtigt ist, den VR-Präsidenten und allfällige Stellvertreter abzuberufen.	Die Bestimmung stellt nicht klar, worauf sich die Abberufung durch die Generalversammlung bezieht. Richtigerweise wird im Erläuternden Bericht dazu ausgeführt, dass es sich um eine Abberufung "in dieser Funktion" handelt und die Abberufenen Mitglieder des Verwaltungsrates bleiben (Bericht Seite 11); es sei denn, sie werden gemäss Art. 705 Abs. 1 OR auch als Mitglieder des Verwaltungsrates abberufen. Um Unklarheiten zu vermeiden, sollte dies im Verordnungstext selbst festgehalten werden. Zu streichen ist der Zusatz, dass auch "all-	Diese Bestimmung ist aus Gründen der Rechtssicherheit wie folgt zu präzisieren: Formulierungsvorschlag: "Art. 4 ³ Die Generalversammlung ist berechtigt, dem Präsidenten des Verwaltungsrates die Präsidialfunktion zu entziehen."

Vgda-Best.	Regelungsinhalt	Kommentar	Vorschlag
		fällige Stellvertreter" abberufen werden können, weil bereits die Wahl derselben nicht in den Kompetenzbereich der Generalversammlung fallen sollte (vgl. die Bemerkungen oben zu Art. 2 Ziff. 1 und Art. 4 Abs. 1 Vgda). Dass Entschädigungsansprüche der Abberufenen vorbehalten bleiben, muss hier wohl nicht festgehalten werden, da dies gemäss Art. 705 Abs. 2 OR gilt.	
Art. 5	Vergütungsbericht Die Vgda sieht vor, dass der Verwaltungsrat die unübertragbare und unentziehbare Aufgabe hat, den "Vergütungsbericht zu erstellen".	Obwohl es bei den Schweizer kotierten Gesellschaft bereits gängiger Praxis entspricht, zuhanden der Aktionäre einen Vergütungsbericht zu verfassen, ist festzustellen, dass die auf Verordnungsebene neu geschaffene unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrats durch Art. 95 Abs. 3 BV nicht gedeckt ist. Zudem wird durch die Vgda dem Vergütungsausschuss die zentrale Aufgabe bei Vergütungsfragen zugewiesen, was im Widerspruch zu einer undelegierbaren Aufgabe des gesamten Verwaltungsrats stehen würde.	Diese Bestimmung ist daher zu streichen. (s. zudem unten zu Art. 13–17 Vgda)

VgdA-Best.	Regelungsinhalt	Kommentar	Vorschlag
Art. 7 Abs. 4	Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses Die VgdA sieht vor, dass die Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses in den Statuten bestimmt werden. Gemäss Übergangsregelung werden die Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses bis zur statutarischen Festlegung derselben vom Verwaltungsrat festgelegt (Art. 29 Abs. 2 VgdA).	Die Regelung der VgdA wird von der Verfassungsbestimmung nicht gefordert und widerspricht (unnötigerweise) dem Paritätsprinzip. Die Aufgabenteilung und -übertragung ist Ausfluss der Organisationsfreiheit (und Organisationspflicht) des Verwaltungsrates. Dazu gehört die Bildung von Ausschüssen und die Regelung der Aufgaben und Kompetenzen der Ausschüsse. Auch bei gemischten Ausschüssen (Vorbereitungsaufgaben <i>und</i> Entscheidkompetenzen) ist die Ermächtigung durch die Generalversammlung auf die <i>Bestellung</i> des Ausschusses beschränkt (statutarische Delegationsnorm), wogegen die Festlegung der <i>Kompetenzen</i> des Ausschusses dem Verwaltungsrat zusteht. Die Entscheidungsbefugnisse des Vergütungsausschusses sind daher im Organisationsreglement (und entgegen der VgdA nicht in den Statuten) zu regeln.	Aus Gründen der Praktikabilität und zur Wahrung des Paritätsprinzips ist diese Bestimmung wie folgt anzupassen: Formulierungsvorschlag: <i>"Art. 7 ⁴ Die Aufgaben und Zuständigkeiten [besser: Kompetenzen] des Vergütungsausschusses sind im Organisationsreglement oder in einem Vergütungsreglement festzulegen."</i>
Art. 8 Abs. 2	Unabhängigkeit des unabhängigen Stimmrechtsvertreters Die VgdA sieht vor, dass sich die Unabhängigkeit des/der unabhängigen Stimmrechtsvertreter nach Art. 728 OR richtet.	Die Unabhängigkeitsregelung des Art. 728 OR für die Revisionsstelle erweist sich für den unabhängigen Stimmrechtsvertreter als zu weit. Der breite Katalog von Art. 728	Die Verweisung in Art. 8 Abs. 2 VgdA auf die Unabhängigkeitsregelung von Art. 728 OR ist nicht sachgerecht. Da es kaum praktikabel ist, einzelne Punkte des Katalogs von

VgDA-Best.	Regelungsinhalt	Kommentar	Vorschlag
		Abs. 2 Ziff. 1–7 OR passt für die Anforderungen an die Unabhängigkeit des unabhängigen Stimmrechtsvertreters nur zum Teil (<i>Beispiel</i>: Halten einiger weniger Aktien der betreffenden kotierten Gesellschaft, etwa aus einer Erbschaft, zwischen Wahl und Zeitpunkt der Generalversammlung).	Art. 728 OR zu derogieren, ist ein anderer Ansatz mit der analogen Anwendbarkeit von Art. 729 OR (Unabhängigkeit der Revisionsstelle bei der <i>eingeschränkten Revision</i>) zu wählen.
Art. 8 Abs. 4	Abberufung des unabhängigen Stimmrechtsvertreters Die VgDA sieht vor, dass die Generalversammlung einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter jederzeit mit sofortiger Wirkung abberufen kann.	Die Bestimmung schweigt sich zu der im Falle einer Abberufung des unabhängigen Stimmrechtsvertreters wichtigen Frage aus, was mit den im Zeitpunkt der Abberufung von den Aktionären bereits erteilten Weisungen zu geschehen habe. Es ist klarzustellen, dass die bereits erteilten Weisungen nicht wirkungslos werden, sondern ihre Gültigkeit behalten und die betreffenden Aktienstimmen vom Ersatz-Stimmrechtsvertreter weisungsgemäss auszuüben sind. <u>Alternative</u>: Auf eine Abberufung des unabhängigen Stimmrechtsvertreters während der Generalversammlung ist zur Sicherstellung der Ausübung der von ihm zu vertretenden Aktienstimmen und der ihm bereits erteilten Weisungen zu verzichten.	Zur Klarstellung ist diese Bestimmung wie folgt zu ergänzen: Formulierungsvorschlag: <i>"Art. 8 ⁴ Die im Zeitpunkt der Abberufung bereits erteilten Weisungen behalten ihre Gültigkeit und sind vom nachfolgenden Stimmrechtsvertreter zu befolgen."</i> <i>Alternative</i>: Aus Gründen der Rechtssicherheit und Praktikabilität ist Art. 8 Abs. 4 VgDA zu streichen.

VgdA-Best.	Regelungsinhalt	Kommentar	Vorschlag
Art. 10 Abs. 2	Stimmenthaltung des unabhängigen Stimmrechtsvertreters Die VgdA sieht vor, dass sich der unabhängige Stimmrechtsvertreter, der keine Weisungen erhalten hat, der Stimme enthält .	Die Regelung der VgdA, wonach sich der unabhängige Stimmrechtsvertreter bei fehlenden Weisungen der Stimme zu enthalten habe, erweist sich solange als unzulänglich, als die im Rahmen der Aktienrechtsrevision vorgesehene neue Regelung von Art. 703 OR (Abstellen auf die <i>abgegebenen</i> statt auf die vertretenen Aktienstimmen) nicht in Kraft steht. Sachgerecht ist bis zu der für die Aktienrechtsrevision vorgesehenen Änderung von Art. 703 OR vielmehr der Ansatz, wonach die Aktienstimmen bei fehlenden Weisungen als nicht vertreten gelten.	Diese Bestimmung ist daher wie folgt anzupassen: Formulierungsvorschlag: <i>"Art. 10 ² Hat er keine Weisungen erhalten, so gelten diese Aktienstimmen als nicht vertreten."</i>
Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1	"Tätigkeiten" ausserhalb des Konzerns Die VgdA schreibt vor, dass die Statuten in Ergänzung zu Art. 626 OR als zwingend notwendigen Inhalt die Anzahl der zulässigen Tätigkeiten der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung in den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen von Rechtseinheiten, die nicht durch die Gesellschaft kontrolliert werden oder die Gesellschaft nicht kontrollieren, enthalten müssen.	Der Begriff der "Tätigkeit" ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, welcher (i) zu Missverständnissen führen kann und (ii) von Art. 95 Abs. 3 BV abweicht. Die Verfassungsbestimmung verwendet den gebräuchlichen Begriff "Mandate".	Anstelle des Begriffs der "Tätigkeit" ist der Begriff "Mandate" zu verwenden, welcher eindeutig auf bestehende Auftragsverhältnisse Bezug nimmt. Zudem wäre begrüssenswert, wenn auch der Begriff "Mandate" dahingehend präzisiert würde, dass nur Geschäftsleitungs- und Verwaltungsratsmandate (Aktiengesellschaften) oder Verwaltungsmandate (Genossenschaften) sowie entsprechende Mandate bei unternehmerisch tätigen Stiftungen davon erfasst werden. Formulierungsvorschlag:

Vgda-Best.	Regelungsinhalt	Kommentar	Vorschlag
			"Art. 12 ¹ Die Statuten müssen Bestimmungen enthalten über: 1. die Anzahl der zulässigen Mandate der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates in Gesellschaften und Verwaltungsräten (Aktiengesellschaften), Geschäftsführungen (GmbH) oder Verwaltungen (Genossenschaften) sowie bei unternehmerisch tätigen Stiftungen die nicht durch die Gesellschaft kontrolliert werden oder die Gesellschaft nicht kontrollieren; [...]".
Art. 12 Abs. 1 Ziff. 2	"Dauer" der Arbeitsverträge Die Vgda schreibt vor, dass die Statuten in Ergänzung zu Art. 626 OR als zwingend notwendigen Inhalt die Dauer der Arbeitsverträge der Mitglieder der Geschäftsleitung festlegen.	Dieser Regelung liegt offensichtlich – in Verknennung der Realität – die Annahme zu Grunde, dass in Schweizer Gesellschaften mit den Mitgliedern der Geschäftsleitungen befristete Arbeitsverträge abgeschlossen werden. In der Praxis werden in der Schweiz – anders als in Deutschland – mit den Geschäftsleitungsmitgliedern aber unbefristete Arbeitsverträge abgeschlossen, weshalb es keinen Sinn macht, in den Statuten eine Maximaldauer für diese Arbeitsverträge festzulegen. Die entgegenstehende Ansicht würde dazu führen, dass die Gesellschaften jeweils gezwungen würden, den Mitgliedern der Geschäftsleitung – unter Einhaltung der	Aufgrund der Tatsache, dass in Schweizer Gesellschaft mit den Mitgliedern der Geschäftsleitung unbefristete Arbeitsverträge abgeschlossen werden, ist in den Statuten für die Arbeitsverträge mit den Mitgliedern der Geschäftsleitung eine maximale Kündigungsfrist festzulegen, nicht aber die maximale Dauer. Formulierungsvorschlag: "Art. 12 ¹ Die Statuten müssen Bestimmungen enthalten über: 1. [...]; 2. die maximale Kündigungsfrist in den Arbeitsverträgen für die Mitglieder der Geschäftsleitung; [...]".

VgdA-Best.	Regelungsinhalt	Kommentar	Vorschlag
		massgebenden Kündigungsfrist – bei Erreichen der in den Statuten bestimmten maximalen Dauer der Arbeitsverträge zu kündigen oder das in Deutschland für Vorstandsmitglieder übliche Konzept der Bestellung für eine bestimmte Amtszeit zu übernehmen.	
Art. 12 Abs. 1 Ziff. 3 (s.a. Art. 7 Abs. 4)	Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses Die VgdA schreibt vor, dass die Statuten in Ergänzung zu Art. 626 OR als zwingend notwendigen Inhalt die Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses bestimmen müssen, d.h. die Generalversammlung soll die Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses festlegen.	Abzulehnen ist diese Regelung, weil sie eine Verletzung des Paritätsprinzips darstellt, indem mit dieser Bestimmung ein Eingriff in das Recht der Selbstorganisation des Verwaltungsrats erfolgt. Diese Kompetenzverschiebung hin zur Generalversammlung ist durch Art. 95 Abs. 3 BV nicht indiziert.	Primär ist eine Regelung anzustreben, bei welcher der Verwaltungsrat im Rahmen seiner Kompetenz zur Selbstorganisation die Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses im Organisationsreglement oder in einer sog. Committee Charter festlegen kann. Alternativ sollte angestrebt werden, dass lediglich die Grundsätze der Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses in die Statuten aufzunehmen sind und die Kompetenz zur Detailregelung beim Verwaltungsrat verbleiben soll. Weiter ist sicherzustellen, dass der Freiraum der Generalversammlung bei der Ausgestaltung der Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses dahingehend genutzt werden kann, dass eine Gesellschaft, welche eine im Sinne von Art. 18 Abs. 3 VgdA von Art. 18 Abs. 1 VgdA abweichende Regelung in den Statuten vorsieht, dem Vergütungsausschuss auch spezifische

Vgda-Best.	Regelungsinhalt	Kommentar	Vorschlag
			Auffangkompetenzen für den Fall der Verweigerung der Genehmigung der Gesamtvergütungen durch Generalversammlung zuerkennt. Siehe hierzu auch unten Kommentar und Vorschlag zu Art. 18 Abs. 2. Formulierungsvorschlag: "Art. 12 ¹ Die Statuten müssen Bestimmungen enthalten über: 1. [...]; 2. [...]; 3. die Grundsätze betreffend die Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses."
Art. 12 Abs. 2 Ziff. 1	Höhe der Darlehen, Kredite und Renten Die Vgda schreibt vor, dass die Statuten in Ergänzung zu Art. 627 OR als bedingt notwendigen Inhalt die Höhe der Darlehen, Kredite und Renten für die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung festlegen.	Auch bezüglich der Darlehen, Kredite und Renten kann es – gleich wie in den anschliessenden Ziff. 2 und 3 – nur darum gehen, die Grundsätze in den Statuten festzuhalten und nicht die Höhe im Einzelfall oder nach Kategorie. Eine Differenzierung ist in Art. 95 Abs. 3 lit. c nicht vorgesehen; vielmehr werden Kredite etc. und Erfolgs- und Beteiligungspläne in einem Atemzug genannt. Die wörtliche Übernahme von Art. 663b^{bis} Abs. 3 passt nicht, weil in jener Bestimmung des OR die nachträgliche Berichterstattung	Aus Gründen der Praktikabilität sind in den Statuten lediglich die Grundsätze zur Bestimmung der maximalen Höhe von Darlehen, Krediten und Renten und nicht deren konkrete maximale Höhe anzugeben. Formulierungsvorschlag: "Art. 12 ² Zu ihrer Verbindlichkeit bedürfen der Aufnahme in die Statuten Bestimmungen über: 1. die Grundsätze für die Höhe der Darlehen, Kredite und Renten [...]."

VgdA-Best.	Regelungsinhalt	Kommentar	Vorschlag
		geregelt ist, während es in Art. 12 Abs. 2 Ziff. 1 VgdA darum geht, die Basis für die künftigen Zuweisungen zu legen.	
Art. 12 Abs. 2 Ziff. 5 (s.a. Art. 19 Abs. 1)	Zusatzbetrag für Vergütungen von GL-Mitgliedern Die VgdA schreibt vor, dass die Statuten in Ergänzung zu Art. 627 OR als bedingt notwendigen Inhalt den Zusatzbetrag für die Vergütungen von Mitgliedern der Geschäftsleitung, die nach der Genehmigung der fixen Vergütungen ernannt werden, festlegen müssen.	Diese Bestimmung geht von der Annahme aus, dass in der betreffenden Gesellschaft der Genehmigungsmechanismus gemäss Art. 18 Abs. 1 VgdA zur Anwendung kommt. Dies zeigt sich darin, dass von Mutationen die Rede ist, welche erst nach der Genehmigung der fixen Vergütungen eintreten.	Zur Klärung ist die Bestimmung so zu fassen, dass eindeutig zum Ausdruck kommt, dass die statutarische Festlegung des Zusatzbetrags sowohl möglich ist, wenn in einer Gesellschaft der Genehmigungsmechanismus nach Art. 18 Abs. 1 VgdA zur Anwendung kommt, wie auch , wenn eine Gesellschaft eine abweichende statutarische Regelung der Genehmigung gemäss Art. 18 Abs. 3 VgdA gewählt hat. Überdies ist klarzustellen, dass im Falle einer statutarischen Regelung entsprechend Art. 18 Abs. 3 VgdA auch ein variabler Vergütungsteil im Voraus festgelegt werden kann. Die konkrete Formulierung hängt aber von der Umsetzung der unten postulierten Anpassungen zu Art. 18 VgdA ab.
Art. 13–17 (s.a. Art. 26)	Vergütungsbericht Wie bereits ausgeführt, auferlegt die Verordnung in Art. 5 VgdA dem Verwaltungsrat die neue, unübertragbare und unentziehbare Aufgabe , einen Vergütungsbericht zu erstellen. Art. 13 präzisiert, dass diese Berichtserstattung zu den Vergütungen	Wie bereits oben ausgeführt, ist die in Art. 5 VgdA vorgesehene Schaffung einer neuen unübertragbaren und unentziehbaren Aufgabe des Verwaltungsrats durch Art. 95 Abs. 3 BV nicht gedeckt und ist daher zu streichen.	Als Folge davon ist Art. 13 VgdA offener zu formulieren. Formulierungsvorschlag: <i>"Art. 13 ¹ Der Verwaltungsrat oder der Vergütungsausschuss erstellt jährlich einen schriftlichen</i>

VgdA-Best.	Regelungsinhalt	Kommentar	Vorschlag
	schriftlich zu erfolgen hat. Die weiteren Art. 14–17 stellen detaillierte Anforderungen an den Inhalt des Vergütungsberichts auf.		<i>Vergütungsbericht. [...]."</i>
Art. 14 Abs. 1 Ziff. 2	Vergütungsbericht: Vergütungen an die Geschäftsleitung Die VgdA sieht vor, dass im Vergütungsbericht alle Vergütungen, die die Gesellschaft direkt oder indirekt an gegenwärtige Mitglieder der Geschäftsleitung ausgerichtet hat, offenzulegen sind.	Die Bestimmung zur Offenlegung von Vergütungen an Mitglieder der Geschäftsleitung (Art. 14 Abs. 1 Ziff. 1) ist identisch formuliert wie die Bestimmung zur Offenlegung von Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrats (Art. 14 Abs. 1 Ziff. 1) und steht somit im Gegensatz zu Art. 663b^{bis} Abs. 4 Ziff. 1 und Ziff. 2 OR. Die Bestimmung suggeriert daher die Offenlegung der einzelnen Vergütungen aller Mitglieder der Geschäftsleitung und nicht bloss den Gesamtbetrag und den höchsten auf ein Mitglied entfallenden Betrag. Dies ist eine substantielle Erweiterung der Offenlegung im Vergleich zu Art. 663b^{bis} OR, welche in keiner Weise durch Art. 95 Abs. 3 BV indiziert ist.	Diese Bestimmung ist daher wie folgt zu präzisieren: Formulierungsvorschlag: <i>"Art. 14 ¹ Im Vergütungsbericht sind anzugeben: 2. der Gesamtbetrag der Vergütungen, die die Gesellschaft direkt oder indirekt an gegenwärtige Mitglieder der Geschäftsleitung ausgerichtet hat sowie den höchsten auf ein Mitglied der Geschäftsleitung entfallenden Betrag unter Nennung des Namens und der Funktion des betreffenden Mitglieds. [...]."</i>
Art. 18 Abs. 1 und Abs. 3	Genehmigungsmechanismus fixe/variable Vergütungen und statutarische Regelung eines von der VgdA abweichenden Genehmigungsmechanismus Die VgdA sieht vor, dass die Generalversammlung jährlich prospektiv über die fixen Vergütungen (bis zur näch-	Der Bundesrat lehnt sich bei der Ausgestaltung des Genehmigungsmechanismus in Art. 18 Abs. 1 VgdA an die ursprüngliche	Die Genehmigung eines Vergütungs-Budgets für das laufende oder – nach Wahl der Gesellschaft – das kommende Ge-

VgdA-Best.	Regelungsinhalt	Kommentar	Vorschlag
	sten GV) und retrospektiv über die variablen Vergütungen (abgeschlossenes Geschäftsjahr) der VR- und GL-Mitglieder abstimmt.	Regelung im indirekten Gegenvorschlag an. Dies ist durch Art. 95 Abs. 3 BV nicht indiziert. Im Gegenteil ist davon auszugehen, dass mit der Annahme der Minder-Initiative der indirekte Gegenvorschlag abgelehnt wurde und somit die dort enthaltene Regelung nicht mehr herangezogen werden darf. Obwohl diese Argumentation wohl zu weit gehen würde, ist nur schwer nachvollziehbar, weshalb der Verordnungsgeber diesen nicht von der neuen Verfassungsbestimmung gedeckten Genehmigungsmechanismus als Standard festlegt. Es ist davon auszugehen, dass nur die wenigsten Gesellschaften sich entscheiden werden, diesen Genehmigungsmechanismus zu implementieren, da es aus Überlegungen der Rechts- und Planungssicherheit der Betroffenen nicht sinnvoll ist, die variablen Vergütungen retrospektiv zu genehmigen.	schäftsjahr ist als Standard zu definieren.
Art. 18 Abs. 2	Zweiter Antrag bei Nichtgenehmigung einer Gesamtvergütung Verweigert die Generalversammlung die Genehmigung eines der Gesamtbeträge, so hat der Verwaltungsrat gemäss dieser Bestimmung die Möglichkeit, an derselben Generalversammlung einen neuen Antrag zu stellen, also wohl zumeist einen tiefe-	Ein Aktionär hat einen Anspruch darauf, dass er im Zeitpunkt, in dem er über einen Antrag abzustimmen hat, sämtliche im Zeitpunkt der Einladung bekannte Anträge, welche das gleiche Traktandum betreffen, kennt. Nur so kann er seine Meinung zu den Anträgen frei und vollständig informiert	Hingegen sollte in der Verordnung die Möglichkeit vorgesehen werden, dass eine Gesellschaft in den Statuten in einer Auffangbestimmung regeln kann, wie sich die Vergütung im Falle der Nichtgenehmigung durch die Generalversammlung bestimmen soll. Damit wäre sowohl das Mitspracherecht der

VgDA-Best.	Regelungsinhalt	Kommentar	Vorschlag
	ren Gesamtbetrag zur Abstimmung zu bringen.	bilden. Der Verwaltungsrat müsste daher neben seinem Hauptantrag auch noch den Eventualantrag im Voraus bekannt geben. Da dieser tiefer liegen dürfte, ist nicht einzusehen, weshalb der Hauptantrag überhaupt gestellt wird. Auch würde ein Verwaltungsrat seine Pflichten verletzen, wenn er einen Antrag in einer bestimmten Höhe stellt, obwohl er einen tieferen Betrag ebenfalls als ausreichend erachtet. Diese Regelung ist daher abzulehnen.	Aktionäre gewahrt als auch – im Sinne der Rechtssicherheit – dem Bedürfnis nach Planungssicherheit der Betroffenen VR- und GL-Mitglieder Rechnung getragen. <u>Formulierungsvorschlag:</u> <i>"Art. 18 ¹ [...] ² Die Statuten regeln den anwendbaren Mechanismus zur Bestimmung der Höhe der Vergütungen an den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat für den Fall der Verweigerung der Genehmigung eines Gesamtbetrags durch die Generalversammlung. ³ [...]."</i> Denkbar – und ebenfalls besser als ein zweiter Antrag des Verwaltungsrats – wäre zudem auch eine Regelung, dass bei einer Nichtgenehmigung durch die Generalversammlung auch gewisse Kompetenzen an den Vergütungsausschuss delegiert würden.
Art. 19 (s.a. Art. 12 Abs. 2 Ziff. 5)	Zusatzbetrag für Mutationen in der Geschäftsleitung Die VgDA sieht die Möglichkeit vor, dass die Statuten einer Gesellschaft einen Zusatzbetrag vorsehen können für die Vergütungen von Mitgliedern der Geschäftsleitung, die nach der Genehmigung der fixen Vergütun-	Diese Bestimmung ist im Grundsatz zu begrüssen. Sie geht aber von der Annahme aus, dass in der betreffenden Gesellschaft der Genehmigungsmechanismus gemäss Art. 18 Abs. 1 VgDA zur Anwendung kommt. Dies zeigt sich darin, dass von Mutationen	Zur Klärung ist die Formulierung dieser Bestimmung so anzupassen, dass eindeutig zum Ausdruck kommt, dass die statutarische Festlegung des Zusatzbetrags sowohl möglich ist, wenn in einer Gesellschaft der Genehmigungsmechanismus nach Art. 18

VgdA-Best.	Regelungsinhalt	Kommentar	Vorschlag
	gen ernannt werden. Der Zusatzbetrag dient somit zur vergütungsmässigen Überbrückung von Mutationen in der Geschäftsleitung zwischen zwei Generalversammlungen.	die Rede ist, welche erst nach der Genehmigung der fixen Vergütungen eintreten.	Abs. 1 VgdA zur Anwendung kommt wie auch, wenn eine Gesellschaft eine abweichende statutarische Regelung der Genehmigung gemäss Art. 18 Abs. 3 gewählt hat. Formulierungsvorschlag: <i>"Art. 19 ¹ Die Statuten können für die Vergütungen von Mitgliedern der Geschäftsleitung, die nach der Genehmigung der Vergütung im Sinne von Art. 18 Abs. 1 Ziff. 1 VgdA respektive Art. 18 Abs. 3 VgdA ernannt werden, einen Zusatzbetrag vorsehen. ² [...]"</i>
Art. 20 Ziff. 1	Unzulässige Vergütungen: Abgangsentschädigung Pauschale Abfindungssummen ohne direkte Gegenleistung sollten inskünftig verboten sein. Auch Lohnfortzahlungen während langen Kündigungsfristen sollen allenfalls als Abgangsentschädigung zu qualifizieren sein.	Abgangsentschädigungen können sich aus zwingenden gesetzlichen Vorschriften ergeben (Art. 339b OR) oder aus dem allenfalls anwendbaren ausländischen Recht. Auch bestehende vertragliche Regelungen sind einzuhalten. Ein Verstoss gegen solche Vorschriften würde ohne Weiteres eine Schadenersatzzahlung in mindestens gleicher Höhe nach sich ziehen.	Aus Gründen der Rechtssicherheit und Praktikabilität ist diese Bestimmung daher wie folgt zu präzisieren: Formulierungsvorschlag: <i>"Art. 20 [...] 1. Abgangsentschädigungen, soweit sie sich nicht aus zwingendem anwendbarem Recht oder aus rechtsgültiger Vertragspflicht ergeben; [...]."</i>

VgdA-Best.	Regelungsinhalt	Kommentar	Vorschlag
Art. 24 Abs. 1	Strafbarkeit der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates Diese Strafbestimmungen sind, ohne dass Art. 95 Abs. 3 BV dies vorschreibt, als Offizialdelikte ausgestaltet.	Gemäss dem Erläuternden Bericht stellt Art. 95 Abs. 3 lit. d BV "in diffuser Weise" Verstösse gegen aktienrechtliche Bestimmungen unter Strafe und erwähnt zu Recht, dass bei Widerhandlungen in erster Linie - korrekter ausschliesslich - die Mitwirkungsrechte und Vermögensinteressen der Aktionäre (und Versicherten) tangiert werden. Dies rechtfertigt die Ausgestaltung als Antragsdelikt, d.h. Aktionäre oder die Gesellschaft sollen nur antragsberechtigt sein, denn die Aktionäre können auch Widerhandlungen "verzeihen", indem sie bei Verstoss den handelnden Organen trotzdem Entlastung erteilen.	Der Ingress dieser Bestimmung ist wie folgt zu ergänzen: Formulierungsvorschlag: <i>"Art. 24 ¹ Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren wird auf Antrag von Aktionären, die mindestens 5% des Aktienkapitals halten, oder der Gesellschaft, bestraft, wer als Mitglied [...]."</i>
Art. 25	Strafbarkeit bei Vorsorgeeinrichtungen	Aus den gleichen Gründen ist auch hier anstelle des Offizialdelikts ein Antragsdelikt vorzusehen.	Formulierungsvorschlag: <i>"Art. 25 Mit der Geschäftsführung betraute Personen [...], werden auf Antrag von Aktionären, die mindestens 5% des Aktienkapitals halten, oder der Gesellschaft, mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft."</i>
Art. 26 Abs. 1 und 2	Übergangsbestimmungen: Vorbehalt von Art. 1-4 SchIT ZGB Art. 1 SchIT ZGB enthält den für das schweizerische Recht wichtigen Grundsatz der Nichtrückwirkung	Eine unzulässige Rückwirkung des neuen Rechts liegt insbesondere vor, wenn das neue Recht Anordnungen oder Vereinba-	Zur Klarstellung und Gewährleistung der Rechtssicherheit ist in Art. 26 VgdA ein neuer Abs. 3 einzufügen wie folgt:

VgdA-Best.	Regelungsinhalt	Kommentar	Vorschlag
	des neuen Rechts. Es ist unklar (und daher zu präzisieren), ob Art. 26 Abs. 1 VgdA von diesem Grundsatz überhaupt eine Ausnahme vorsehen will.	rungen, die unter dem alten Recht getroffen worden sind, ab Inkrafttreten nicht mehr respektieren will. Daher ist insbesondere zu präzisieren, dass die VgdA Bestimmungen nicht gelten: - Für den Jahresabschluss 2013, einschliesslich Vergütungsbericht, und deren Darstellung sowie die diesbezügliche Beschlussfassung an der ordentlichen Generalversammlung 2014. - Für Vergütungen gemäss Art. 20 VgdA, die vor dem 31.12.2013 rechtsgültig (und nicht in rechtsmissbräuchlicher Weise) vereinbart worden sind und zur Auszahlung fällig werden, bevor eine entsprechende Statutenbestimmung eingeführt ist. Dies ist in der Übergangsbestimmung von Art. 28 VgdA zu präzisieren.	Formulierungsvorschlag: <i>"Art. 26 ³ Die Bestimmungen dieser Verordnung gelten nicht für die Jahresabschlüsse 2013, einschliesslich der Vergütungsberichte."</i> Aus denselben Gründen ist Art. 28 VgdA wie folgt zu ergänzen: Formulierungsvorschlag: <i>"Art. 28 Ausgenommen sind vor Inkrafttreten dieser Verordnung vereinbarte und vor Anpassung der Statuten fällig werdende Vergütungen."</i> <i>Alternativ</i> sind die beiden Anpassungen bezüglich Jahresabschluss 2013 und vorbestehende vertraglich zugesicherte Vergütungen in eine <i>zusätzliche Übergangsbestimmung</i> (vor Art. 27 oder vor Art. 29) aufzunehmen.
Art. 27 Abs. 1	Anpassung von Statuten und Reglementen	Da die meisten Gesellschaften von der dispositiven Regelung von Art. 18 Abs. 3 VgdA abweichen und statutarisch die Festlegung eines Vergütungsbudgets im Voraus vorsehen werden, muss sichergestellt sein, dass eine solche Statutenbestimmung in der diese beschliessenden Generalversammlung unmittelbar anwendbar ist, also nicht bis zur Eintragung im Handelsregister zugewartet werden muss.	Zur Klarstellung und Gewährleistung der Praktikabilität ist diese Bestimmung wie folgt zu ergänzen: Formulierungsvorschlag: <i>"Art. 27 ¹ [...]. Statutenänderungen werden unmittelbar (und nicht erst mit dem Registereintrag) wirksam."</i>

VgdA-Best.	Regelungsinhalt	Kommentar	Vorschlag
Art. 31 Abs. 1 und 2	Genehmigungen der Gesamtbeträge der Vergütungen durch die Generalversammlung Diese Bestimmung setzt übergangsrechtlich die Regelung von Art. 18 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 um, wonach die GV die fixe Vergütung für das laufende Jahr und die variable Vergütung für das abgeschlossene Jahr genehmigt.	Diese Regelung widerspricht dem Bedürfnis der Gesellschaft nach Rechtssicherheit in Vergütungssachen, weshalb wohl praktisch alle Gesellschaften vom Recht gemäss Art. 18 Abs. 3 Vgda Gebrauch machen und in den Statuten die prospektive Genehmigung von fixer und variabler Vergütung für das laufende Geschäftsjahr vorsehen werden. Für diesen Regelfall ist eine Übergangsbestimmung in einem neuen Abs. 3 vorzusehen.	Zur Gewährleistung der Rechtssicherheit und Praktikabilität ist in Art. 31 ein Abs. 3 Vgda einzufügen wie folgt: Formulierungsvorschlag: <i>"Art. 31 ³ Sehen die Statuten der Gesellschaft gemäss Art. 18 Abs. 3 vor, dass die Generalversammlung die fixe und variable Vergütung für das laufende Geschäftsjahr genehmigt, hat die erste Beschlussfassung über diese Gesamtvergütungen erstmals an der zweiten ordentlichen Generalversammlung zu erfolgen, die nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung stattfindet."</i>

Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für das Handelsregister
Bundesrain 20
3003 Bern
Adresse électronique:
ehra@bj.admin.ch

Bern, 24. Juli 2013

***Anhörungsverfahren zum Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei
(VgdA)***

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, uns zu dieser Vorlage äussern zu können.

Das PK-Netz verfolgt das Ziel, die VertreterInnen der Arbeitnehmenden in den paritätischen Gremien der Vorsorgeeinrichtungen untereinander zu vernetzen, ihnen Ausbildungsangebote zu bieten und damit eine funktionierende Parität in der beruflichen Vorsorge zu fördern. Wir werden uns deshalb im Folgenden nur zu jenen Punkten der Verordnung äussern, die die Pensionskassen betreffen.

Art. 22 Stimmpflicht

Stimmpflicht nur für direkte Aktienanlagen (Art. 22 Abs. 1)

Grundsätzlich sind wir mit dieser vorgeschlagenen Regelung (Stimmpflicht für direkte Aktienanlagen) einverstanden. Die Wahrnehmung des Stimmrechts für die Vorsorgeeinrichtungen bei indirekten Anlagen wäre kaum praktikabel. Wir möchten aber trotzdem zu bedenken geben, dass mit dieser Verordnung der Trend zu kollektiven (indirekten) Anlagen sich noch beschleunigen wird. Dieser Tendenz stehen wir kritisch gegenüber.

Ungenügende Konkretisierung der Stimmpflicht (Art. 22 Abs. 2 und 3)

Wir erachten die vorgeschlagene Formulierung im Absatz 3 als wirkungslos. Der vorgeschlagene mögliche Verzicht bringt keine Veränderung zum heutigen Zustand: Die VE müssen zwar im Interesse ihrer Versicherten abstimmen (Abs. 2), können sich aber der Stimme enthalten oder auf eine Stimmabgabe verzichten, sofern „dies dem Interesse der Versicherten entspricht“ (Abs. 3).

Die verfassungsmässige vorgegebene Stimmpflicht wird hier unnötig verwässert, die Möglichkeit eines Verzichtes entspricht nicht dem Verfassungstext und ist für uns deshalb keine Option.

Wir anerkennen, dass kleine Pensionskassen einen (zu) grossen administrativen Aufwand haben würden, um all ihre Stimmrechte wahrnehmen zu können. Wir schlagen deshalb vor, den Anwendungsbereich der Stimmpflicht so zu definieren, dass die Situation der kleinen Pensionskassen berücksichtigt wird. Wir schliessen uns deshalb dem Vorschlag von KV Schweiz an und unterstützen eine Bagatellgrenze für die Stimmpflicht. Abs. 3 wäre entsprechend wie folgt zu ergänzen:

Sie dürfen sich der Stimme enthalten oder auf eine Stimmabgabe verzichten, sofern die Beteiligung weniger als x % des Aktienportefeuilles der VE oder weniger als y Franken beträgt.

Mit dem Zusatz wäre obigen Problem Rechnung getragen. In allen über dieser (Bagatell-) Grenze liegenden Fällen müsste die VE hingegen gemäss der Formulierung von Abs. 2 abstimmen, ein Verzicht wäre nicht mehr möglich.

Grundsätze für Stimmabgabe (Art. 22 Abs. 4)

Das oberste Organ der VE soll in einem Reglement festlegen, was „im Interesse der Versicherten“ liegt. Zwei Punkte, die auf Verordnungsstufe vorgegeben werden sollen: „Beachtung der mittel- und längerfristigen Interessen der Versicherten“ und Abschätzung arbeitsmarktlicher Auswirkungen“.

Art. 23 Offenlegungspflicht

Mit der hier vorgeschlagenen Regelung sind wir einverstanden.

Art. 24f Strafbarkeit bei Vorsorgeeinrichtungen

Für das PK-Netz geht die Strafbestimmung (Art. 25 VE VgdA) zu weit. Wir erachten die hohe Strafandrohung als zu hart und übertrieben. Gerade in kleineren VE würde es noch schwieriger werden VertreterInnen der Arbeitnehmenden zu finden.

Art. 32 Stimm- und Offenlegungspflicht

Mit der hier vorgeschlagenen Regelung sind wir einverstanden.

Wir danken für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse

PK-Netz 2. Säule



Christian Trunz
Geschäftsführender Sekretär



Urs Eicher
Präsident

prévoyance:ne

CAISSE DE PENSIONS DE LA FONCTION PUBLIQUE
DU CANTON DE NEUCHÂTEL

RUE DU PONT 23
CH-2300 LA CHAUX-DE-FONDS



Office fédéral de la justice
Madame la Conseillère fédérale
Simonetta Sommaruga
Bundesrain 20
3003 Berne

ehra@bj.admin.ch

Dossier traité par : nicole.laville@prevoyance.ne.ch
Ligne directe : 032 886 48 16

La Chaux-de-Fonds, le 26 juillet 2013

Ordonnance contre les rémunérations abusives (ORAb)

Madame la Conseillère fédérale,

Nous nous permettons de vous adresser nos présentes remarques relatives à l'audition sur l'ordonnance contre les rémunérations abusives (ORAb) dans le délai imparti échéant au 28 juillet prochain.

En liminaire, nous prenons acte que les dispositions dont il s'agit ne concernent que les sociétés suisses dont les actions sont détenues en direct. Même si le champ d'application est limité à ces entités, il n'en demeure pas moins important.

Comme le stipule l'ordonnance discutée, les institutions doivent se prononcer sur tous les points portés à l'ordre du jour lors des assemblées générales. Elles peuvent y renoncer, totalement ou partiellement, à condition que ce soit dans l'intérêt des assurés; intérêt devant être formalisé dans un règlement ad hoc.

Malheureusement, il est actuellement impossible de répondre à cette obligation sans devoir recourir à des ressources supplémentaires, qu'elles soient humaines, techniques ou financières. En effet, ne serait-ce que pour traiter l'ensemble des documents concernés, d'en avoir une appréciation éclairée jusqu'à l'organe paritaire compétent et d'en gérer les particularismes sous une contrainte de temps parfois extrêmement restreinte. Les ajustements commandés d'ici au 1^{er} janvier 2015 seront conséquents pour l'administration des caisses de pensions dans l'application de cette ordonnance.

Le but de la prévoyance professionnelle étant de compléter le 1^{er} pilier pour permettre aux retraités de conserver dans une large mesure leur niveau de vie antérieur (env. 60% du dernier salaire), un premier réflexe serait de maximiser les rendements tout en réduisant les coûts subséquents. Sans évoquer les hypothèses de rendement qu'une caisse doit être en mesure d'atteindre pour répondre à ses engagements, nous constatons aujourd'hui que les défis et enjeux auxquels la prévoyance professionnelle doit faire face sont nombreux. La pression



exercée sur les institutions de prévoyance concernant la gestion des coûts ne cesse de croître. Nous sommes ainsi perplexes de constater que la mise en application de cette nouvelle ordonnance engendrera des coûts indirects supplémentaires.

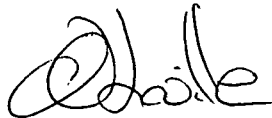
Dans ce contexte, nous nous interrogeons également sur les menaces pénales excipées pouvant être ressenties comme extrêmement dissuasives par un organe non-professionnel et paritaire. Qu'advient-il des investissements directs dans les sociétés suisses cotées en bourse sur sol helvétique ou étranger ?

De manière générale, il convient enfin de rappeler que la réglementation fédérale relative à la prévoyance professionnelle est déjà suffisamment détaillée et qu'elle vise déjà, à l'instar des organes paritaires des institutions et de leurs réglementations, à préserver l'intérêt des assurés.

Compte tenu de ce qui précède, nous prenons acte des nouvelles dispositions constitutionnelles et déplorons les coûts qu'elles engendreront inévitablement, ainsi que l'obligation d'une base réglementaire dont la formulation se révélera complexe et des sanctions pénales disproportionnées.

En vous remerciant de votre attention, nous vous adressons, Madame la Conseillère fédérale, nos salutations les meilleures.

Nicole Laville



Responsable des placements

Myriam Ofzky



Directrice adjointe





**MINISTÈRE PUBLIC
DU CANTON DE VAUD**

Le Procureur général

Av. de Longemalle 1
1020 Renens

Déterminations du Ministère public du Canton de Vaud

Avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives

A titre préliminaire, le Ministère public observe que, manifestement, le projet d'ordonnance a été élaboré dans l'urgence. Il en résulte des approximations. S'il ne s'agit pas de jeter la pierre à des services qui ont dû travailler très vite, il n'en faut pas moins relever que, sous l'angle de la clarté qui doit être celle de dispositions pénales, pour respecter le principe de la légalité de la sanction, les choix de l'avant-projet ne sont guère satisfaisants. Le praticien appartenant à une autorité de poursuite pénale ne peut pas ne pas être inquiet : même en les espérant rares, des affaires tombant sous le coup des dispositions envisagées seront très complexes en fait, et exigeront des enquêtes minutieuses et compliquées, avec à la clé des dispositions légales difficiles à interpréter et à appliquer.

A partir de ce constat préliminaire, on se limite à quelques remarques :

1. L'art. 24 al. 1 ch. 1 APO¹ renvoie à l'art. 18 APO. Cette dernière disposition fait référence aux statuts de l'entreprise, notamment en ce qui concerne les décisions prises par l'assemblée générale. Il faut à cet égard relever notamment :

- Que les termes « direction de l'entreprise » (cercle des personnes punissables), « conseil consultatif » (id.), et « rémunération » (élément objectif constitutif de l'infraction), par exemple, sont des notions juridiques indéterminées, malgré les définitions qui figurent aux art. 14 al. 2 et 20 APO ; tout pénaliste un tant soit peu expérimenté voit bien les problèmes qui peuvent résulter d'un tel flou ; On peut au passage regretter l'absence d'harmonisation entre les dispositions du

¹ APO = Avant-projet d'ordonnance.

CP (art. 29 CP) et l'art. 24 APO s'agissant du cercle des personnes punissables.

- L'art. 18 al. 3 APO, qui permet déroger aux art. 18 al. 1 APO et 18 al. 2 APO, renvoie à des normes statutaires indéterminées, pour l'adoption desquelles la personne morale dispose d'une certaine marge de manoeuvre. Or, la violation de cette disposition (art. 18 al. 3 APO) peut être sanctionnée pénalement (art. 24 APO); il est probable que ce système contrevienne au principe de la légalité, ce qui n'est pas acceptable. Une autre solution doit être trouvée.

2. L'art. 24 al. 2 APO, qui se fonde sur l'art. 95 al. 3 let. d Cst, prévoit que le juge doit prononcer une peine pécuniaire en plus de la peine privative de liberté. Cette disposition stipule par ailleurs que le juge n'est pas lié par le montant maximal du jour-amende prévu par le CP (sc. 3'000 francs) et que la peine pécuniaire ne peut pas excéder six rémunérations annuelles. Le texte proposé manque totalement de clarté (emboîtant le pas sur ce point, il est vrai, à la disposition constitutionnelle), notamment parce que le terme « rémunérations annuelles » n'est pas défini clairement. Or la peine-menace doit être exprimée avec précision dans la loi.

A tout le moins, s'agissant du maximum de la peine, conviendrait-il de préciser : «Le juge prononce une peine pécuniaire en plus de la peine privative de liberté. Il n'est pas lié par le montant maximal du jour amende fixé à l'art. 34 al. 2, 1^{ère} phrase CP.(3'000 francs); la peine pécuniaire ne peut toutefois pas excéder six années de rémunérations de la société concernée».

3. S'agissant de l'art. 25 APO (institutions de prévoyance), la solution proposée diffère de l'art. 95 al. 3 let. d Cst. En effet, les personnes soumises à la LFLP et qui violeraient les dispositions de l'art. 24 APO s'exposeraient à une peine pécuniaire de 180 jours au plus.

Les auteurs de l'ordonnance motivent ce choix par le principe de proportionnalité notamment : « les sanctions prévues doivent donc être échelonnées en fonction de l'importance de l'atteinte au bien juridique protégé et harmonisées avec les

autres normes pénales »². Concrètement, « les infractions commises dans le domaine des institutions de prévoyance sont subjectivement moins graves, car elles ne peuvent pas enrichir leur auteur »³. A ce sujet, il faut relever que :

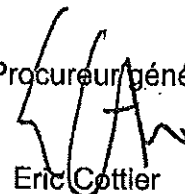
- Le juge doit fixer la peine conformément à la culpabilité de l'auteur dans tous les cas ; on ne voit pas dès lors en quoi le principe de proportionnalité justifierait ici la différenciation des sanctions proposée par l'APO.
- Le texte constitutionnel est limpide et dépourvu de toute ambiguïté ou lacune.
- La référence au principe de proportionnalité pourrait tout au plus être pertinente pour abaisser la peine maximale concernant la violation des dispositions suivantes :
 - 24 al. 1 ch. 3.
 - 24 al. 1 ch. 8.
 - 24 al. 1 ch. 9.

4. La Lex MINDER, et déjà l'ordonnance ici soumise à consultation, donneront probablement lieu à des séminaires de formation le moment venu. Compte tenu de la spécificité de cette matière, il serait judicieux que des procureurs vaudois puissent suivre une formation afin de se familiariser dans ce domaine.

Au moment de conclure, le Ministère public ne peut qu'observer qu'une tâche supplémentaire est confiée aux autorités judiciaires en général, et aux autorités de poursuite pénale en particulier. L'impact est difficile à prévoir. La complexité présumée des affaires est certaine. La charge de travail va à nouveau croître.

Renens, le 24 juillet 2013

Le Procureur général :



Eric Cottier

² OFJ, *Avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives*, Berne, p. 33

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Bern, 25. Juli 2013

Anhörung zur Verordnung gegen die Abzockerei

Sehr geehrte Frau Bundesrätin,
sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nutzen wir die Gelegenheit, im Rahmen der Anhörung zur Verordnung gegen die Abzockerei Stellung zu nehmen. Dabei beschränken wir uns auf die die Vorsorgeeinrichtungen betreffenden Bestimmungen des Vorentwurfs, d.h. auf die Artikel 22, 23, 25 und 27 Absatz 2.

Bereits heute obliegt es dem obersten Organ einer Vorsorgeeinrichtung, gestützt auf Artikel 49a Absatz 2 Buchstabe b BVV 2 Regeln für die Ausübung der Aktionärsrechte aufzustellen. Mit der Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV in der vorgesehenen Verordnung wird diese Pflicht konkretisiert.

Erfreut stellen wir fest, dass der Vorentwurf sich darauf beschränkt, die wesentlichsten Pflichten der Vorsorgeeinrichtungen festzulegen. Damit greift er einerseits nicht unnötig stark in den Autonomiebereich dieser Einrichtungen ein und verursacht ihnen andererseits keinen wesentlichen administrativen Mehraufwand, der sich - zumindest kostenseitig - auch zu Ungunsten der Versicherten und Rentenbeziehenden auswirken könnte.

Zu Artikel 22 Stimmpflicht

- Absatz 1:
Der Vorentwurf beschränkt die Anwendbarkeit der Bestimmungen auf diejenigen Vorsorgeeinrichtungen, welche dem FZG unterstellt sind. Wir erachten diese Beschränkung auf Vorsorgeeinrichtungen als zielführend und sinnvoll: Damit werden (nur) jene Vorsorgeeinrichtungen unterstellt, die gestützt auf Reglemente oder Statuten Leistungen versprechen, auf welche die versicherten Personen bei Austritt aus der Vorsorgeeinrichtung oder bei Eintritt eines Vorsorgefalles einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch haben.

Dass der Vorentwurf die Stimmpflicht der Vorsorgeeinrichtungen auf die von ihnen direkt gehaltenen Aktien gemäss Artikel 1 beschränkt, ist sinnvoll. Unseres Erachtens kann die Stimmpflicht für nicht direkt gehaltene Wertpapiere nicht auf Verordnungsstufe geregelt werden.

- Absätze 2 und 3:
Da die Vorsorgeeinrichtungen das ihnen anvertraute Vermögen der Versicherten und Rentenbeziehenden treuhänderisch verwalten, erscheint offensichtlich, dass sie das Stimmrecht in deren Interesse ausüben müssen. Es ist zu begrüssen, dass Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV nicht als absoluter Stimmzwang interpretiert wird und der Vorentwurf anerkennt, dass, je nach Situation, eine Stimmenthaltung durchaus auch im Interesse der Versicherten und Rentenbeziehenden liegen kann. Wir interpretieren diese Vorschriften so, dass dann eine Stimmpflicht besteht, wenn die Nicht-Wahrnehmung des Stimmrechts die Interessen der Versicherten und Rentenbeziehenden verletzen würde.
- Absatz 4:
Folgerichtig verzichtet der Vorentwurf darauf, das "Interesse der Versicherten" in generell-abstrakter Weise zu regeln, sondern er überlässt es dem obersten Organ jeder Vorsorgeeinrichtung, die entsprechenden Grundsätze unter Berücksichtigung der jeweiligen Situation der Vorsorgeeinrichtung bzw. der jeweiligen Anlagen festzulegen. Dass der Vorentwurf in diesem Punkt die Sozialpartnerschaft beachtet und es in ihre Verantwortung legt, die Grundsätze festzulegen, ist ebenfalls sehr zu begrüssen.

Zu Art. 23 Offenlegungspflicht

Es ist erfreulich, dass der Vorentwurf betreffend die Offenlegungspflicht "lediglich" Mindestvorschriften aufstellt und es dem Entscheid der Vorsorgeeinrichtungen überlässt, ob und gegebenenfalls in welcher Form sie ihre Versicherten und Rentenbeziehenden weitergehend informieren wollen. Dasselbe gilt betreffend die Regel, wonach die Vorsorgeeinrichtungen ihr Stimmverhalten gegenüber ihren Versicherten und Rentenbeziehenden offenzulegen haben. Eine darüber hinausgehende Offenlegungspflicht wäre unseres Erachtens weder sachgerecht noch durch den Wortlaut von Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV gedeckt.

Zu Art. 25 Strafbarkeit bei Vorsorgeeinrichtungen

Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe d BV fordert generell die Bestrafung bei Widerhandlungen und setzt den maximalen Strafrahmen fest. Der Vorentwurf trägt dem Unrechtsgehalt der strafbaren Verhaltensweisen durch unterschiedliche Strafandrohungen Rechnung, was wir sehr begrüssen. Die in Artikel 25 vorgeschlagene Regelung erachten wir als verhältnismässig.

Zu Art. 27 Absatz 2 Anpassung von Statuten und Reglementen

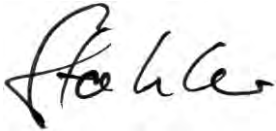
Die Pflicht zur Stimmrechtsausübung und zur Offenlegung gilt für die Vorsorgeeinrichtungen für Generalversammlungen nach dem 1. Januar 2015. Damit haben die Vorsorgeeinrichtungen bis Ende 2014 genügend Zeit, um die zur Wahrnehmung der Interessen der Versicherten im Sinne des Vorentwurfs notwendigen Anpassungen auf reglementarischer und/oder organisatorischer Stufe vorzunehmen.

Zusammenfassend halten wir fest, dass PUBLICA die die Vorsorgeeinrichtungen betreffenden Vorschriften des Vorentwurfs unterstützt. Sie ermöglichen es, den Besonderheiten der Vorsorgeeinrichtungen Rechnung zu tragen und im Rahmen der Sozialpartnerschaft praxistaugliche Lösungen zu finden, um ohne administrativen Overkill die Interessen der Versicherten und Rentenbeziehenden wahrzunehmen.

Wir danken Ihnen für Ihre Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse

Pensionskasse des Bundes PUBLICA



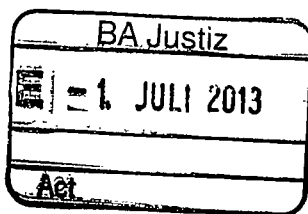
Dieter Stohler
Direktor

Corinne Geiser
Leiterin strategischer Rechtsdienst



Postfach 8468, 8036 Zürich

Schweizerische Eidgenossenschaft
Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern



**Stiftung Auffangeinrichtung BVG
Direktion**

Weststrasse 50

Postfach

8036 Zürich

+41 41 799 75 75 (Tel)

+41 44 468 22 99 (Fax)

www.chaeis.ch

POFICHBEXXX (SWIFT)

CH25 0900 0000 3017 0878 7 (IBAN)

Marco Bagutti

+41 44 468 22 31 (Tel direkt)

marco.bagutti@chaeis.ch

Zürich, 29. Juni 2013

Stellungnahme zur Verordnung gegen die Abzockerei

Sehr geehrte Damen und Herren

Die Geschäftsleitung der Stiftung Auffangeinrichtung BVG nimmt im Folgenden ausschliesslich zum Abschnitt 10 der Verordnung gegen die Abzockerei Stellung. Zu den übrigen Punkten äussern sich die im Stiftungsrat der Auffangeinrichtung vertretenen Arbeitnehmerorganisationen und Arbeitgeberverbände.

Dadurch, dass sich der Stimmzwang auf direkt gehaltene börsenkotierte Aktien von Schweizer Aktiengesellschaften beschränkt und Art. 22 Abs. 3 es erlaubt, auf die Stimmabgabe zu verzichten, wenn es im Interesse der Versicherten liegt (Bsp. zu hohe Umsetzungskosten), erachtet die Auffangeinrichtung das Einhalten dieser Bestimmung als problemlos. Auch der einmal jährlichen, zusammenfassenden Offenlegungspflicht über das Stimmverhalten nachzukommen, ist für eine Schweizer Vorsorgeeinrichtung relativ einfach möglich.

Die Geschäftsleitung der Stiftung Auffangeinrichtung BVG erachtet den Abschnitt 10 der Verordnung gegen die Abzockerei, Art. 22 + 23, als sinnvoll formuliert und gut umsetzbar.

Wir hoffen, mit dieser Stellungnahme zu dienen.

Freundliche Grüsse

Stiftung Auffangeinrichtung BVG
Direktion



Marco Bagutti
Leiter Kapitalanlage



Max Meili
Geschäftsführer

Kopie an

- Stiftungsratsausschuss

Schweizer Verband der Investmentgesellschaften (SVIG)

Grabenstrasse 25 · 6340 Baar · Tel. 041 761 51 71 · info@svig.org · www.svig.org

Per E-Mail

Bundesamt für Justiz BJ
Eidgen. Amt für das Handelsregister EHRA
Bundesrain 20
3003 Bern

Baar, 28. Juli 2013

Anhörungsverfahren zum Vorentwurf der Verordnung gegen die Abzockerei

Sehr geehrte Damen und Herren

Am 14. Juni 2013 hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (**EJPD**) die Anhörung zum Vorentwurf der Verordnung gegen die Abzockerei (**VgdA**) eröffnet. Gerne nimmt der Schweizer Verband der Investmentgesellschaften (**SVIG**) namens seiner Mitglieder Stellung zum vorgelegten Anhörungsvorentwurf. Für die Gelegenheit zur Meinungsäusserung danken wir Ihnen bestens.

Der SVIG ist ein im Handelsregister des Kantons Zug eingetragener Verband schweizerischen Rechts, welcher anfangs März 2004 gegründet worden ist und welcher gemäss seiner statutarischen Zielsetzung die Interessen der in der Schweiz ansässigen oder tätigen Investment-, Beteiligungs- und Holdinggesellschaften wahrnimmt. Dem SVIG gehören zurzeit rund 26 börsenkotierte und nicht-börsenkotierte Investment- oder Beteiligungsgesellschaften an. Die im SVIG organisierten Mitglieder machen unter dem Aspekt Marktkapitalisierung die überwiegende Mehrheit sämtlicher an der im Investment-Index der SIX Swiss Exchange kotierten Investmentgesellschaften aus. So sind von insgesamt 12 im Investment-Index der SIX Swiss Exchange kotierten Investmentgesellschaften mit einer Marktkapitalisierung von insgesamt CHF 2,11 Milliarden 11 Investmentgesellschaften mit einer Marktkapitalisierung von insgesamt rund CHF 2,05 Milliarden und damit ca. 97% des im Investment-Index investierten Kapitals durch den SVIG vertreten.

Der SVIG reicht hiermit eine Stellungnahme zu den Vorschlägen des Vorentwurfs der VgdA ein, die vom Vorstand des Verbandes verfasst wurde.

1. Vorbemerkungen

Wir begrüssen es sehr, dass seitens des Bundes rasch auf den durch das Volk geäusserten Willen eingegangen wird und mit der raschen Umsetzung der Initiative, insbesondere deren Konkretisierung – nun zunächst auf Verordnungsstufe – rechtliche Klarheit geschaffen wird. Offene Fragen und damit verbundener Klärungsbedarf sowie gewisse Änderungswünsche bestehen unseres Erachtens und aus Sicht unserer Mitglieder bzgl. den Bereichen „Übertragung der Geschäftsführung“ und „zulässige Tätigkeiten ausserhalb des Konzerns“.

2. Übertragung der Geschäftsführung

Art. 6 der Verordnung sieht – basierend auf Art. 95 Abs.3 lit. b BV – vor, dass die Geschäftsführung mittels eines Organisationsreglements nur an einzelne Mitglieder oder andere natürliche Personen übertragen werden kann. Auch wenn der Wortlaut von Art. 95 Abs.3 lit. b BV es verbietet die „Führung der Gesellschaft“ an juristische Personen zu delegieren, so ist es unserer Ansicht nach angebracht, zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit davon auch einzelne, klar bestimmte Ausnahmen vorzusehen, insbesondere in Bereichen, deren Regelung nicht das Ziel der Abzockerinitiative darstellte.

Dies gilt insbesondere im Hinblick auf Investmentgesellschaften, bei welchen – abgesehen von den nicht übertragbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates – heute regelmässig andere juristische Personen (der Asset- oder Investmentmanager) unter der Oberaufsicht des Verwaltungsrats die administrative Geschäftsführung auf Mandatsbasis wahrnehmen, wobei der Umfang der vom Asset oder Investmentmanager wahrgenommenen Aufgaben und der an ihn delegierten Entscheide von Fall zu Fall variiert.

Investmentgesellschaften mit festem Kapital (**SICAF**) gemäss Art. 110 ff. des Kollektivanlagengesetzes (**KAG**; SR 951.31) sind regulierte kollektive Kapitalanlagen, welche das Rechtskleid einer Aktiengesellschaft nach Obligationenrecht tragen. Börsenkotierte Investmentgesellschaften und Investmentgesellschaften für qualifizierte Anleger sind gemäss Art. 2 Abs. 3 KAG von der Regulierung des KAG ausgenommen worden, weil insbesondere bei börsenkotierten Investmentgesellschaften die speziellen Vorschriften der SIX Swiss Exchange einerseits für börsenkotierte Unternehmen im Allgemeinen und andererseits für Investmentgesellschaften im Besonderen diese bereits sehr weitgehend regulierten. Im Grunde genommen verfolgen diese jedoch – wie die SICAF und alle anderen kollektiven Kapitalanlagen nach KAG – den einzigen Zweck der kollektiven Kapitalanlage, was deren Geschäftstätigkeit dementsprechend hauptsächlich auf die Verwaltung von Vermögen mit allen dazugehörigen Nebentätigkeiten beschränkt. Diese sehr enge Zweckbestimmung und das dementsprechend eingeschränkte Geschäftstätigkeitsfeld unterscheidet Investmentgesellschaften und kollektive Kapitalanlagen im Generellen von normalen börsenkotierten Gesellschaften nach dem Obligationenrecht (**OR**).

Dieser Unterschied wirkt sich auch direkt auf die Struktur von Investmentgesellschaften und kollektiven Kapitalanlagen im Allgemeinen aus: Der Verwaltungsrat von Investmentgesellschaften beschränkt sich oftmals auf die Wahrnehmung der nach OR unentziehbaren Aufgaben, die Fassung ganz wesentlicher Entscheide über die Anlagepolitik sowie die Überwachung des externen Vermögensverwalters und delegiert die Investitions- und Vermögensverwaltungstätigkeit einerseits und den Grossteil der administrativen Funktionen andererseits – und damit faktisch den grössten Teil der bei einer Investmentgesellschaft anfallenden „Geschäftsführung“ – gesamthaft an einen externen Vermögensverwalter, wie dies auch bei anderen Formen der kollektiven Kapitalanlagen üblich – und vom Gesetzgeber explizit vorgesehen – ist. Schon das KAG und alle wichtigen ausländischen Regu-

lierungen von kollektiven Kapitalanlagen (EU, USA, Luxembourg, England, Liechtenstein, Deutschland, Singapur, etc.) sehen die Einsetzung eines externen Vermögensverwalters in Form einer juristischen Person als grundlegende Struktur bei kollektiven Kapitalanlagen vor. So sieht Art. 18 Abs. 1 Bst. a KAG explizit vor: „Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen mit Sitz in der Schweiz kann sein: [a.] eine juristische Person [...]“. Das KAG schliesst in Art. 18 sogar aus, dass eine natürliche Person eine Bewilligung als externe Vermögensverwalterin kollektiver Kapitalanlagen erlangen kann.

Da – wie bereits ausgeführt – bei kollektiven Kapitalanlagen und diesen in der Struktur, der Zweckbestimmung und der Geschäftstätigkeit grösstenteils sehr ähnlichen börsenkotierten Investmentgesellschaften und Investmentgesellschaften für qualifizierte Anleger die Geschäftsführung ganz hauptsächlich aus der Vermögensanlage- und -verwaltung besteht, würde ein Verbot der Delegation der Geschäftsführung an juristische Personen die in der schweizerischen und internationalen Regulierung von kollektiven Kapitalanlagen geltende Grundstruktur der Einsetzung eines externen Vermögensverwalters ausser Kraft setzen.

Zudem ist Ziel und Zweck des Verbots, die Geschäftsführung an eine juristische Person auszulagern, die Verhinderung der Umgehung der Transparenzbestimmungen. Investmentgesellschaften schaffen diese Transparenz jedoch bereits, indem sie in ihren Geschäftsberichten detailliert über die Aufgaben und die Höhe und die Komponenten der Vergütung des Asset- oder Investmentmanagers Rechenschaft ablegen.

Aus den oben genannten Gründen und aus Gründen der Gleichbehandlung von börsenkotierten Investmentgesellschaften mit allen anderen kollektiven Kapitalanlagen ist davon auszugehen, dass der Verfassungstext (wie auch wohl der Wortlaut des Verordnungsentwurfs) die spezifischen Delegationsverhältnisse bei börsenkotierten Investmentgesellschaften nicht adressieren und damit einschränken wollte. Auch aus den erläuternden Unterlagen zur Initiative wie auch aus den Abstimmungsunterlagen ist nicht ersichtlich, dass die Initianten die bei börsenkotierten Investmentgesellschaften üblicherweise gewählte Delegationsstruktur verbieten wollten, sondern es ist vielmehr daraus ersichtlich, dass diese Fragestellung schlicht ausser Acht gelassen worden war. Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit – namentlich auch vor dem Hintergrund der Strafbestimmung in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 VgdA und den dafür vorgesehenen drakonischen Strafen – ist es daher sehr empfehlens- und wünschenswert, dass entweder (i) börsenkotierte Investmentgesellschaften vom Verbot der Übertragung der Geschäftsführung nach Art. 6 und Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 VgdA explizit ausgenommen werden oder (ii) der Begriff der „Geschäftsführung“ in der VgdA explizit definiert und die Tätigkeit eines Asset- oder Investmentmanagers dabei ausdrücklich ausgenommen wird. Eine solche Lösung würde es auch unnötig machen, in der Praxis heikle und starke ermessensabhängige Beurteilungen vorzunehmen, welche Entscheide noch als Geschäftsführung und welche als untergeordnete Implementierungsentscheide gelten können.

3. Zulässige Tätigkeiten ausserhalb des Konzerns

Gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c BV haben die Statuten u.a. die Anzahl Mandate von Organmitgliedern ausserhalb des Konzerns zu regeln. Basierend auf dieser Bestimmung legt Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1 VgdA fest, dass die Statuten Bestimmungen über die Anzahl der zulässigen Tätigkeiten der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates in den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen von Rechtseinheiten, die verpflichtet sind, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen, und die nicht durch die Gesellschaft kontrolliert werden oder die Gesellschaft nicht kontrollieren, enthalten müssen.

Bei Investmentgesellschaften besteht ein grosses Bedürfnis Vertreter in ihren direkten/indirekten Investments Einsitz nehmen zu lassen, denn oftmals wollen – und bei einer gewissen Grösse sollen wohl – Investmentgesellschaften in den Verwaltungsräten der Gesellschaften (Portfoliogesellschaften), an denen sie zwar beteiligt sind, die sie jedoch nicht kontrollieren und die sie gemäss den International Financial Reporting Standards (**IFRS**) nicht konsolidieren können und müssen, durch ihre Organmitglieder zwecks Wahrnehmung der Aufsichtsfunktion über ihre Portfoliogesellschaften (und damit über ihre Investments) vertreten sein. Solche Vertretungen der Investmentgesellschaften in Verwaltungsräten kleinerer Portfoliogesellschaften machen insbesondere in der Private Equity Branche Sinn, denn solche Vertreter bringen aus ihrer Tätigkeit der Verwaltung diverser Portfoliogesellschaften grosse Erfahrung und vertieftes Know-how in der Gesellschaftsüberwachung ein, was gerade kleineren Portfoliogesellschaften ansonsten in ihren Verwaltungsräten fehlen dürfte.

Die Qualifikation einer solchen Vertretung in Portfoliogesellschaften als extern oder intern ist nicht eindeutig, der SVIG geht jedoch davon aus, dass solche Portfoliogesellschaften wohl als Gruppengesellschaften im weiteren Sinn qualifiziert werden dürften und deshalb solche Mandate als im weiteren Sinn „gruppenintern“ zu qualifizieren wären. Der Vorentwurf der VgDA äussert sich jedoch nicht eindeutig zur Qualifikation solcher Mandate bei Portfoliogesellschaften, weshalb gestützt darauf die Qualifikation als externes Mandat nicht ausgeschlossen werden kann. Sollte unter solchen Umständen die Anzahl externen Mandate zwangsweise beschränkt sein müssen, hätte dies gravierende Auswirkungen auf die Kerntätigkeit von Investmentgesellschaften (Investition von Kapital in Portfoliogesellschaften zwecks Erwirtschaftung von Kapitalerträgen), weil sie in den obersten Leitungs- und Verwaltungsorganen ihrer Investments nicht mehr vertreten sein könnten.

Implizit schwingt sowohl im Verfassungstext als auch im Verordnungstext die Erwartung mit, dass solche konzernexternen Mandate beschränkt werden sollen. Unseres Erachtens muss es aber auch möglich sein – und ist sowohl mit dem Wortlaut der Verfassung als auch der Verordnung vereinbar –, in den Statuten vorzusehen, dass die Anzahl solcher konzernexterner Mandate unbeschränkt ist, insbesondere vor dem Hintergrund, dass jede zahlenmässige Festlegung einer Grenze an externen Mandaten ohnehin rein willkürlich erfolgt. Schliesslich kann es ja auch gar nicht auf die Anzahl solcher externer Mandate ankommen, sondern auf die damit verbundene Belastung. Dies wird dann auch durch die Erläuterungen zur Verordnung selber hervorgehoben, in dem festgehalten wird, dass ein externes Mandat, selbst wenn die statutarische Beschränkung eingehalten wird, unzulässig sein kann, wenn damit eine zu hohe Belastung verbunden ist (vgl. Art. 717 OR). Wir ersuchen Sie daher, in der Verordnung – namentlich auch vor dem Hintergrund der jetzt vorgeschlagenen Strafbestimmung in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 VgDA und den dafür vorgesehenen drakonischen Strafen – eine entsprechende Klarstellung in diesem Sinne vorzunehmen. Auf die Einfügung der in Art. 93 Abs. 3 BV nicht vorgesehenen Strafbestimmung von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 VgDA ist zudem zu verzichten.

Sollte es wider Erwarten nicht möglich sein, in den Statuten generell festzuhalten, dass die Anzahl externer Mandate unbeschränkt ist, sollte zumindest eine Differenzierung zwischen Mandaten bei Gruppen- oder Portfoliogesellschaften und anderen externen Mandaten vorgenommen werden, wobei zumindest die Anzahl Mandate in Gruppen- oder Portfoliogesellschaften unbeschränkt sein können muss. Alles andere könnte dazu führen, dass das ganze Geschäftsmodell von Investmentgesellschaften generell erschwert wird, denn Investmentgesellschaften sind darauf angewiesen, dass sie Vertreter in ihre Gruppen- oder Portfoliogesellschaften, wo die ihnen zur Anlage anvertrauten Mittel direkt oder indirekt investiert sind, entsenden können.

Bei der weiteren Bearbeitung des vorliegenden Vorentwurfes sind wir Ihnen für die Berücksichtigung unserer oben dargestellten Anliegen aus unserer täglichen praktischen Erfahrung sehr verbunden,

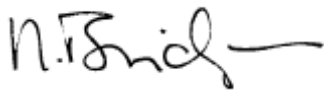
schliesslich liegt eine klare Rechtslage sowohl im Interesse aller Aktionäre als auch im Interesse aller anderen Anspruchsgruppen einer Gesellschaft.

Gerne stehen wir Ihnen für weitere Informationen jederzeit zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

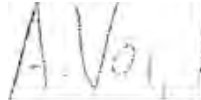
Schweizerischer Verband der Investmentgesellschaften (SVIG)

Der Präsident:

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. Bridge', followed by a horizontal line.

Michael Bridge

Der Sekretär:

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'A. Vogel', enclosed within a rectangular box.

Dr. Alexander Vogel

SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG DER RICHTERINNEN UND RICHTER SVR
ASSOCIATION SUISSE DES MAGISTRATS DE L'ORDRE JUDICIAIRE ASM
ASSOCIAZIONE SVIZZERA DEI MAGISTRATI ASM
ASSOCIAZIUN SVIZRA DALS DERSCHADERS ASD

Präsident **Peter Hodel, Oberrichter, Obergericht des Kantons Zürich, Hirschengraben 15, 8001 Zürich,**
 □ 041 257 91 91, E-Mail: peter.hodel@gerichte.zh.ch
Sekretariat **Jürg Steiger, Bundesverwaltungsrichter, Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen,**
 □ 058 705 25 37, E-Mail: juerg.steiger@bvger.admin.ch, info@svr-asm.ch; www.svr-asm.ch

Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für das Handelsregister
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 23. Juli 2013

Anhörung zum Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, uns zum Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei äussern zu können.

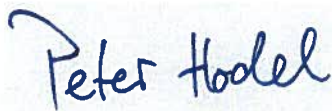
Aus der Sicht der SVR/ASM ist das vom Bundesrat vorgeschlagene Vorgehen, die erforderlichen Ausführungsbestimmungen zunächst auf Verordnungsstufe zu erlassen, angesichts der damit verbundenen Eingriffe in geltendes Gesetzesrecht zwar problematisch, jedoch angesichts des durch Artikel 197 Ziffer 10 BV vorgegebenen Zeitdrucks verständlich. Eine sorgfältige Umsetzung von Artikel 95 BV im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren wäre nicht fristgerecht realisierbar gewesen. Der Vorteil der Verordnungslösung liegt - wie im erläuternden Bericht - zutreffend festgehalten wird - sicherlich darin, dass alle Ausführungsbestimmungen in einem einzigen Rechtserlass zusammengefasst werden können.

Bezüglich der aktien- und vorsorgerechtlichen Bestimmungen (Artikel 2-23) ergeben sich aus unserer Sicht keine Bemerkungen. Die vorgeschlagene Regelung setzt die in Artikel 95 BV enthaltenen Vorgaben in angemessener Weise um. Dies sollte den Gesetzgeber jedoch nicht daran hindern, die einzelnen Bestimmungen im Rahmen der Umsetzung auf der formell-gesetzlichen Ebene nochmals sorgfältig zu prüfen.

Zu den vorgesehenen Strafbestimmungen möchten wir uns wie folgt äussern: Eine Strafe oder Massnahme darf nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt (Art. 1 StGB). Nach der Lehre ist ein formelles Gesetz mindestens dann erforderlich, wenn Freiheitsstrafen angedroht werden (Peter Popp/Anne Berkemeier, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2013, N. 28 zu Art. 1 StGB m.w.H.). Jede Strafe, die einen Freiheitsentzug mit sich bringt, stellt nämlich einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit dar. Für andere Strafen genügt dagegen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine Verordnung, die sich im Rahmen von Verfassung und Gesetz hält (BGE 124 IV 23 E. 1). Die Schweizerische Richtervereinigung ist daher der Auffassung, dass die in der vorgeschlagenen Verordnung enthaltenen Strafbestimmungen problematisch sind, insoweit sie nicht nur Geldstrafen sondern auch Freiheitsstrafen bis zu drei Jahren vorsehen. Wären nämlich Geldstrafen noch vertretbar (a.M. Patrick Brand/Karl-Marc Wyss/Pascal Zysset, Nulla Minder-poena sine lege, in: Jusletter 27. Mai 2013; heikel würde immerhin die Konstellation der Umwandlung gemäss Art. 36 Abs. 1 StGB bleiben), liegt in der unbestimmten Formulierung von Art. 95 Abs. 3 Bst. d BV keine genügend präzise Grundlage um Eingriffe in die persönliche Freiheit zu rechtfertigen (vgl. Art. 36 Abs. 1 BV). Bis zum Erlass einer formellen Strafnorm durch das Parlament, sollte man daher mindestens auf die Freiheitsstrafen im Sinne von Art. 24 Abs. 1 des Entwurfes verzichten.

Abschliessend danken wir nochmals für die Gelegenheit zur Stellungnahme und verbleiben mit freundlichen Grüssen.

SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG
DER RICHTERINNEN UND RICHTER



Peter Hodel, Präsident



Roy Garre, Vorstandsmitglied

Bundesamt für Justiz, Eidg. Amt für das Handelsregister
Bundesrain 20
3003 Bern



Per E-Mail: ehra@bj.admin.ch

Basel, 10. Juli 2013/MFU-DCA

Verordnung gegen die Abzockerei

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 14. Juni 2013 haben Sie uns eingeladen, zum Entwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei Stellung zu nehmen.

Als repräsentative Branchenorganisation¹ der kollektiven Kapitalanlagen und deren Manager danken wir Ihnen für die Gelegenheit, Stellung zu nehmen.

Dabei beschränken wir uns auf denjenigen Punkt, der die Stimmpflicht durch Vorsorgeunternehmen regelt, weil dieser auch den Bereich der Kollektivanlagen und des Asset Management indirekt tangiert.

Wir stellen mit Befriedigung fest, dass Art. 22 Abs. 1 des Vorentwurfes klarstellt, dass „die Vorsorgeeinrichtungen, die dem Freizügigkeitsgesetz vom 17. Dezember 1993 (FZG) unterstellt sind, das Stimmrecht der von ihnen gehaltenen Aktien an der Generalversammlung ausüben müssen“.

Damit ist klargestellt, dass allfällige, von Vorsorgeeinrichtungen gehaltene indirekte Anlagen in solche Aktien, insbesondere über Anlagefonds, nicht unter diese Stimmpflicht fallen.

Dies wird im Bericht auf Seite 28 betont: „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“.

¹ Die 1992 mit Sitz in Basel gegründete Swiss Funds & Asset Management Association SFAMA - ist die Branchenorganisation der Schweizer Fonds- und Asset Management-Wirtschaft. Ihr Mitgliederkreis umfasst alle wichtigen schweizerischen Fondsleitungen, zahlreiche Vertreter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen sowie Asset Manager kollektiver Kapitalanlagen. Diese decken mehr als 95% des in der Schweiz vertriebenen Fondsvermögens ab. Zudem gehören der SFAMA zahlreiche weitere Dienstleister an, welche im Bereich der kollektiven Kapitalanlagen tätig sind.

Allerdings möchten wir darauf hinweisen, dass im Bereich der Stimmrechtsausübung auch für derartige Kollektivanlagen im Einzelfall eigene Corporate-Governance-Grundsätze gelten. Deren Einhaltung wird von der jeweiligen Fondsleitung, Anlagestiftung bzw. Fondsgesellschaft überwacht.

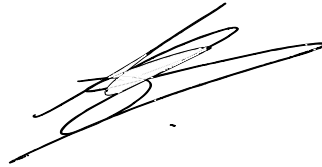
Wir danken Ihnen für die Aufmerksamkeit und stehen Ihnen für weitere Fragen zu Verfügung.

Freundliche Grüsse

Swiss Funds & Asset Management Association SFAMA



Markus Fuchs
Geschäftsführer



Delphine Calonne
Legal Counsel



Swiss-American Chamber of Commerce

Talacker 41, 8001 Zurich, Switzerland Phone: 043 443 72 00 Fax: 043 497 22 70
www.amcham.ch e-mail: info@amcham.ch

Bundesrätin
Simonetta Sommaruga
Vorsteherin EJPD
Bundeshaus West
CH-3003 Bern

Zürich, 23. Juli 2013

Sehr geehrte Frau Bundesrätin,

Wir bedanken uns herzlich für die Gelegenheit, zum Entwurf der Verordnung zur Umsetzung des Art. 95(3) der Schweizerischen Bundesverfassung Stellung nehmen zu dürfen.

Wir arbeiten mit einer Gruppe von Mitgliedern der Schweizerisch-Amerikanischen Handelskammer, die wegen ihrer spezifischen Voraussetzungen sehr besorgt sind über die geplante Umsetzung des neuen Art. 95(3) BV. Diese Firmen waren nie an einer Schweizerischen Börse kotiert und haben demzufolge nur eine vernachlässigbare Anzahl Schweizer Investoren. Sie haben ihren Firmensitz in den vergangenen Jahren in die Schweiz verlegt, dabei aber ihre Kotierung im Ausland (meist in New York, eine in London) beibehalten. Diese Firmen sind damit strikten Regularien unterstellt, gerade auch in Salärfragen. Diese spezielle Gruppe von Firmen zählt knapp zehn Mitglieder, fünf davon sind in den beigelegten Dokumenten namentlich aufgelistet. Die gesamte Gruppe der betroffenen Gesellschaften (ohne die nachfolgend erwähnte Noble Corp.) beschäftigt in der Schweiz knapp 2'000 Mitarbeiter, zahlt zusammen fast CHF 100'000'000 Steuern an Bund und Kantone und das Kader dieser Gesellschaften zahlt gegen CHF 50'000'000 an Einkommenssteuern – selbstverständlich zusätzlich noch AHV und die anderen Sozialabgaben. Mit ihrer Kotierung im Ausland finden sich diese Firmen in einer schwierigen Position, falls sie den neuen Art. 95 (3) umsetzen müssen und sie werden sich in vielen Fällen im Konflikt zwischen zwei juristischen Regimen finden.

Sie werden zwei angehängte Dokumente finden: das erste ist ein Brief der betroffenen Firmen, das zweite ein juristisches Gutachten von Prof. Dr. Watter, Bär & Karrer, der zum Schluss kommt, dass die neue Verfassungsnorm die Unterstellung der betroffenen Firmen nicht verlangt, ja ein Opt-out einer korrekten Auslegung der Verfassung besser entsprechen würde. Wir sind überzeugt, dass das erklärte Ziel des Verfassungstexts und der Geist der Initiative – Schutz der Schweizer Wirtschaft, des Privatbesitzes und der Investoren – mit dem Opt-out besser umgesetzt wird.

Im juristischen Gutachten werden wir die legalen und ökonomischen Konsequenzen beleuchten und vorschlagen, dass Art.1 folgendermassen ergänzt wird:

Aktionäre von Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz können in den Statuten vorsehen, dass sie auf die Anwendbarkeit dieser Verordnung verzichten (opting-out), falls kumulativ (a) die Gesellschaft ihren Sitz in die Schweiz verlegt oder verlegt hat, (b) vor ihrer Sitzverlegung, als Gruppe, den Hauptteil ihrer Geschäftstätigkeit im Ausland abgewickelt hat, (c) eine Kotierung ausserhalb der Schweiz hatte und eine solche Kotierung nach der Sitzverlegung aufrecht erhält oder aufrecht erhalten hat, ohne ihre Aktien in der Schweiz zu kotieren.



Swiss-American Chamber of Commerce

Talacker 41, 8001 Zurich, Switzerland Phone: 043 443 72 00 Fax: 043 497 22 70
www.amcham.ch e-mail: info@amcham.ch

Wir sind überzeugt, dass eine solche Lösung im Interesse der Schweizer Wirtschaft liegt. Ohne sie würde es für diese Gruppe von Firmen schwierig, ohne schwerwiegende Rechtskonflikte in der Schweiz zu verbleiben. Wie eben bekannt wurde, wird eine erste dieser Firmen, Noble Corp. aus Zug, ihren Aktionären den Umzug nach Grossbritannien vorschlagen. Die anderen, sich in derselben Situation befindlichen Firmen haben den klaren Wunsch, in der Schweiz zu bleiben, und haben darum die Swiss-American Chamber of Commerce gebeten, Ihnen diese Angelegenheit zu unterbreiten. Wir sind überzeugt, dass eine Berücksichtigung obiger Ergänzung den Standort Schweiz auch für weitere Zuzüge attraktiv behalten wird. So können nämlich Firmen, deren Aktionäre dies wünschen, unter den gleichen strikten Unternehmens- und Salarierungsregeln bleiben, unter denen sie erfolgreich wurden.

Ich bitte Sie um ein kurzes Treffen mit Vertretern einiger der genannten Firmen, um die offenen Fragestellungen und den gemachten Vorschlag praktisch zu diskutieren. Wir werden Ihr Vorzimmer in der Woche vom 4. August anrufen, um die Möglichkeiten für ein solches Treffen zu erörtern.

Herzlichen Dank für Ihre geschätzte Berücksichtigung
und mit den besten Grüßen

Martin Naville
CEO
martin.naville@amcham.ch

cc: Herr Prof. Dr. Luzius Mader, EJPD, BA für Justiz

Per E-Mail: BA für Justiz, Eidg. Amt für das Handelsregister (Stichwort: Verordnung gegen die Abzockerei): ehra@bj.admin.ch

ACE Limited
Bärengasse 32
8001 Zürich

Allied World Assurance
Company Holding Ltd.
Lindenstrasse 8
6340 Baar

Foster Wheeler AG
Lindenstrasse 10
6340 Baar

Garmin Ltd.
Mühlentalstrasse 2
8200 Schaffhausen

Pentair Ltd.
Freier Platz 10
8200 Schaffhausen

To Federal Councillor and Head of the
Federal Department of Justice and Police FDJP
Mrs. Simonetta Sommaruga
Federal Palace, West Wing
CH-3003 Bern

22 July 2013

Art. 95(3) of the Swiss Constitution / Implementing Legislation

Dear Federal Councillor Sommaruga:

Thank you for the opportunity to submit comments on the proposed ordinance (the "Draft Ordinance") to implement the recent amendment to the Swiss Federal Constitution in Article 95 (the "Minder Amendment"). We submit these comments as Switzerland-incorporated companies who are not and have not been listed on the Swiss stock exchange, and who are already governed by robust registration and corporate governance requirements of our jurisdiction of primary listing.

We urge the Federal Council to consider and adopt a provision in the ordinance to permit companies such as ours to put to our shareholders the question of whether or not this Swiss statutory framework will apply. Under this opt-out arrangement, our shareholders would be able to determine that only one set of relevant governance and executive compensation rules should apply – namely, the rules of the jurisdiction of primary listing. Such a regulation is compatible with Art. 95 of the Swiss Federal Constitution, is clearly in the interest of the Swiss economy, and reflects the spirit of the Minder Amendment which is in large part to protect the will of the shareholders by providing such shareholders a choice and thus decision power. This would apply not only to US-listed companies but those with primary listing in other countries as well.

Companies such as ours are already required by U.S. Securities and Exchange Commission ("SEC") rules to put executive management compensation to a shareholder vote and to provide shareholders with extensive executive and director compensation data and policy information. As a result, our shareholders already have the ability to express their views on executive compensation, and to have two separate votes on the same subject could put a company in a potentially unresolvable, and uninterpretable, position if shareholders were, for example, to approve one but not the other.

Moreover, unlike Swiss public companies with primary listing in Switzerland, companies such as ours are not able to present a modified proposal in relation to compensation at the general meeting of shareholders itself, which then – as a compromise – could be put to an immediate vote by shareholders as contemplated by the Draft Ordinance. Rather, such companies must convene a new general meeting of shareholders, which first requires them to reissue a written proxy solicitation statement, file it with the SEC which then takes time to review and comment on it, and solicit again proxies from shareholders for that modified proposal. To paralyze companies in this way and put at risk the ability of such companies to incentivize and retain its Board and management is not in the best interest of the affected shareholders or the Swiss business community (or public) in general.

Where a company is already governed by a regulatory framework similar in substance and strength in the jurisdiction in which it is publicly listed, we believe a strict imposition of Swiss law requirements is unnecessary and, further, would potentially impose conflicting requirements. The potential redundancy/conflicts of the Minder Amendment would present significant costs and enduring problems without adequate benefits, since relevant concerns are already addressed by the listing jurisdiction regulations. In addition to the practical concerns raised above, the duplicative and conflicting requirements would lead to uncertainty and inevitable technical non-compliance that is subject to criminal penalties. In situations like these, the local law should defer and not demand cumulative application, or should at least give the shareholders a choice.

We strongly believe that the interpretation requested here reflects both the spirit of the Minder Amendment as well as the long-standing place of Switzerland as an attractive place of incorporation. Switzerland has demonstrated a history of admirable restraint in exercising jurisdiction over public companies subject to foreign regulatory regimes, and we believe this has greatly contributed to Switzerland becoming the place of organization for many companies.

We recognize that the language of the Minder Amendment indicates application to Swiss corporations listed in Switzerland or abroad. We believe this provision was intended to prevent Swiss public companies with a primary listing in Switzerland from circumventing the requirements of the Minder Amendment by delisting from a Swiss exchange and immediately relisting on a foreign exchange. Our suggested interpretation will thus simultaneously deter Swiss-listed companies from moving away as well as encourage foreign public companies that wish to incorporate in Switzerland to do so.

We greatly appreciate Switzerland's current policy approach and body of laws, and have found Switzerland a vibrant country with an excellent, and flexible, legal and regulatory regime. We would like to remain in Switzerland and hope the current legal and regulatory regime continues to apply.

Again, thank you for your consideration of our comments on the Draft Ordinance. Should you have any questions regarding the subject matter of this letter, we would of course be pleased to share our thoughts with you at any time.

Yours sincerely,

The above named companies

Prof. Dr. Rolf Watter
Rechtsanwalt, LL.M.
+41 58 261 50 00
rolf.watter@baerkarrer.ch

**BÄR
& KARRER**

Zurich, 23. Juli 2013

387632/112/rw/x22808048.doc

**Gutachten
bezüglich des Anwendungsbereiches von Art. 95 Abs. 3 der Schweizeri-
schen Bundesverfassung und seine Umsetzung mittels einer Verordnung
und später einem Bundesgesetz**

Wir wurden von den in der Schweiz domizilierten Gesellschaften ACE Ltd., Allied World Assurance Company Holdings Ltd, Foster Wheeler Ltd., Garmin Ltd. und Pentair Ltd. (nachfolgend "**auslandkotierte Gesellschaften**") beauftragt, das vorliegende Gutachten bezüglich der rechtlichen Möglichkeiten der Umsetzung des neuen Art. 95 der Schweizerischen Bundesverfassung (SR 101, "**BV**") zu verfassen, insbesondere bezüglich der Frage, ob Art. 95 Abs. 3 BV Auslegungsspielraum lässt und so interpretiert werden kann (oder gar müsste), dass vom Bundesrat und später vom Parlament Gesellschaften wie die auslandkotierte Gesellschaften, welche (i) als etablierte Unternehmen ihren Sitz in die Schweiz verlegt haben und nun hier inkorporiert sind, (ii) nie an der Schweizer Börse kotiert waren und deshalb nur eine vernachlässigbare Anzahl schweizerischer Aktionäre haben, aber (iii) im Ausland (immer noch) an einer Börse unter einem System, welches einen umfassenden Schutz von Aktionären bietet, kotiert sind und (iv) einen relativ kleinen Anteil ihres weltweiten Umsatzes in der Schweiz erzielen, von der Anwendbarkeit von Art. 95 Abs. 3 BV ausgenommen werden.

A Einleitende Bemerkungen und Kurzzusammenfassung

- 1 Die Ausführungsbestimmungen zum von Thomas Minder vorgeschlagenen und durch eine Volksabstimmung am 3. März 2013 angenommenen Verfassungszusatz (nachfolgend "**Minder-Bestimmungen**") müssen deren Zielsetzung, Sinn und Geist – wie sie im Wortlaut des Textes der Minder-Bestimmungen zum Ausdruck gebracht werden – reflektieren; dieser Wortlaut hält fest, dass die Minder-Bestimmungen "**zum Schutz der Volkswirtschaft, des Privateigentums und der Aktionärinnen und Aktionäre sowie im Sinne einer nachhaltigen Unternehmungsführung**" in die BV eingeführt werden. Die Ausführungsbestimmungen müssen auch in den Gesamtrahmen der BV und der Schweizer Volkswirtschaft passen, also (a) mit den übrigen Verfassungsbestimmungen im Einklang stehen, (b) den freiheitlichen Geist des Schweizer Wirtschaftssystems im Allgemeinen (und Schweizer Gesellschaftsrechts im Besonderen) bewahren, (c) die Schweiz als interessanten Platz für ausländische Investitionen aufrechterhalten – einschliesslich der Offenheit für weitere Sitzverlegungen – und (d) einfach und kosteneffizient zu implementieren sein.
- 2 Dieses Gutachten will aufzeigen, dass mit der Zielsetzung, die Schweiz als attraktiven Wirtschaftsstandort, insbesondere für ausländische Investitionen (siehe Rz. 27), aufrechtzuerhalten und im Einklang mit dem oben zitierten Sinn und Geist der Minder-Bestimmungen, Gesellschaften wie die auslandkотиerten Gesellschaften, die ihren Sitz hierher verlegt haben, aber ausschliesslich im Ausland kotiert sind und damit kaum Schweizer Aktionäre haben, vom Anwendungsbereich der Minder-Bestimmungen wenigstens in dem Sinne ausgenommen werden können und sollten, als dass die Aktionäre solcher Gesellschaften diese Regelungen als für ihre Gesellschaft nicht anwendbar erklären können (*opting-out*), weil dies einem vernünftigen Verständnis von Art. 95 Abs. 3 BV besser entspricht.¹ Die Ausführungsbestimmungen sollten daher klarstellen, dass der Anwendungsbereich der Minder-Bestimmungen sich nur auf Gesellschaften mit einer historisch bedeutsamen Verbindung zur Schweiz (bspw. weil das Geschäft von hier aufgebaut wurde) bezieht und die (wegen der Kotierung) eine bedeutsame Anzahl von Schweizer Aktionären haben. In diesem Gutachten wird deshalb unter anderem dargelegt, dass der Wortlaut der Minder-Bestimmungen nur deshalb auch Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz umfasst, die im Ausland kotiert sind, weil verhindert werden sollte, dass Schweizer Gesellschaften der Regulierung ausweichen, indem sie lediglich ihre Kotierung ändern (siehe Rz. 18 unten).
- 3 Der derzeitige, am 14. Juni 2013² veröffentlichte Verordnungsentwurf sieht ohne weitere Präzisierungen oder Voraussetzungen eine Anwendung der neuen rechtlichen Bestimmungen auf in der Schweiz inkorporierte Gesellschaften mit einer Kotierung im Ausland vor. Wir schlagen einen Wortlaut vor, der es Gesellschaften

¹ Solche Abwahlmöglichkeiten sind in verschiedenen Gesetzen enthalten, im Falle von kotierten Gesellschaften bspw. für die Übernahmeregulierungen, siehe Art. 22 Abs. 2 und 3 des Bundesgesetzes über den Börsen und Effektenhandel ("BEHG").

² Verfügbar unter: <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2013/2013-06-141/vorentw-d.pdf>.

wie den auslandkотиerten Gesellschaften erlauben würde, falls deren Aktionäre dies wollen, von den zwingenden und anderen Bestimmungen der Minder-Bestimmungen ausgenommen zu werden, denn diese Bestimmungen stehen teilweise mit den Geschäftspraktiken derjenigen Orte im Widerspruch, wo die Gesellschaften einen Grossteil ihrer Geschäfte abwickeln, wo sich die grosse Mehrheit ihrer Aktionäre befindet und wo ein umfassendes regulatorisches Rahmenwerk zum Schutz der Aktionäre auf sie anwendbar ist, das teilweise mit den Minder-Bestimmungen nicht kompatibel ist. Dieser vorgeschlagene Wortlaut würde solchen Gesellschaften nicht nur die nötige Freiheit geben, um ihr Geschäft in der Weise auszuführen, an die sie gewohnt sind und mit der sie erfolgreich sind, es würde die Schweiz auch für **zukünftige Sitzverlegungen von Gesellschaften** mit einem vergleichbaren Set-up offen halten.

- 4 Der **vorgeschlagene Wortlaut** wäre der folgende:

Aktionäre von Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz können in den Statuten vorsehen, dass sie auf die Anwendbarkeit dieser Verordnung verzichten (opting-out), falls kumulativ (a) die Gesellschaft ihren Sitz in die Schweiz verlegt oder verlegt hat, (b) vor ihrer Sitzverlegung, als Gruppe, den Hauptteil ihrer Geschäftstätigkeit im Ausland abgewickelt hat, (c) eine Kotierung ausserhalb der Schweiz hatte und eine solche Kotierung nach der Sitzverlegung aufrecht erhält oder aufrecht erhalten hat, ohne ihre Aktien in der Schweiz zu kotieren.

- 5 Eine solche Bestimmung würde nicht nur dem **Geist der Minder-Bestimmungen** entsprechen, sondern auch aus einer *Corporate Governance-Perspektive* Sinn machen, weil dann die **grosse, wenn nicht fast ausschliesslich nicht-schweizerische Aktionärsbasis**, die weder für die Minder-Bestimmungen gestimmt hat, noch diese kennt, sondern auf den zusätzlichen Schutz der Minder-Bestimmungen verzichten kann, wenn sie der Ansicht ist, dass dies dem Geschäft wenig kompatibel ist, dem Aktionariat nichts bringt oder sogar Konflikte schafft. Indem nur eine Abwahlmöglichkeit (*opting-out*) vorgeschlagen wird, können Aktionäre solcher Gesellschaften (von denen es weniger als zehn gibt, wobei aber Gesellschaften, die inskünftig eine Sitzverlegung beschliessen, ebenso profitieren würden) **dasjenige Regime wählen, welches sie bevorzugen** – wobei dann, wenn keine Mehrheit dies wünscht, die Minder-Bestimmungen auch für die betreffende auslandkотиerte Gesellschaft gelten würden.
- 6 Damit würde der vorgeschlagene Wortlaut Gesellschaften und deren Aktionären helfen, **potentielle Konflikte** zwischen den verschiedenen auf Gesellschaften mit einem Sitz in der Schweiz und einer ausländischen Kotierung anwendbaren Rechtsordnungen zu vermeiden (siehe Rz. 21 und 27).
- 7 Anders gesagt wird gezeigt, dass **der vorgeschlagene Text die Ziele der Initiative, nämlich den Schutz der Volkswirtschaft und der Aktionärinnen und Aktionäre sowie eine nachhaltige Unternehmensführung besser erreicht**, indem (i) aus volkswirtschaftlicher Sicht die Schweiz Wegzüge von Fir-

men verhindert (eine erste auslandkotierte Gesellschaft, Noble Corporation, hat dies bereits angekündigt) und für Zuzüge weiter offen bleibt sowie (ii) den (ausländischen) Aktionären dieser Firmen eine Wahlmöglichkeit gibt, die es ihnen erlaubt, im Sinne einer nachhaltigen Unternehmensführung das Regime zu wählen, das ihnen besser zusagt.

B Begründung und detaillierte Antworten zu den Fragen

I Auslegungsmethoden für Gesetzestexte im Allgemeinen

1 Einführung

- 8 Die Frage, ob der Anwendungsbereich der Minder-Bestimmungen notwendigerweise Gesellschaften wie die auslandkotierte Gesellschaften abdeckt, hängt von der Auslegung von Art. 95 Abs. 3 BV ab, noch genauer von dessen vorliegend massgebendem Wortlaut, d.h. der Formulierung, dass diese Bestimmung auf die "im In- oder Ausland kotierten Schweizer Aktiengesellschaften" anwendbar ist (siehe Art. 95 Abs. 3 BV, Einleitungssatz).

2 Grammatikalische Auslegung

- 9 Die Ausgangslage einer jeden Auslegung ist die *grammatikalische Auslegung*, welche den allgemeinen wie auch den juristisch-technischen Sprachgebrauch berücksichtigt.³ Der Begriff "Schweizer Aktiengesellschaften" kann jede in der Schweiz inkorporierte Aktiengesellschaft meinen (was die allgemeine Bedeutung des Begriffes ist) oder kann so verstanden werden, dass es eine gewisse Verbindung zur Schweiz braucht, damit die Bestimmungen anwendbar sind.
- 10 Die wirkliche Bedeutung von "Schweizer Aktiengesellschaften" muss entweder anlässlich des Entwurfes der Verordnung oder des Bundesgesetzes oder durch die Gerichte und Vertreter der Lehre bei der Anwendung der Regelungen ermittelt werden; obwohl vorliegend nur indirekt relevant, ist darauf hinzuweisen, dass sich Bundesrätin Eveline Widmer-Schlumpf während der Debatte des Nationalrates mit Bezug zum zweiten verwendeten Begriff, d.h. "kотиert", dahingehend geäußert hat, dass die wirkliche Bedeutung von solchen offenen Rechtsbegriffen durch Lehre und Rechtsprechung festgelegt werden muss.⁴ Demzufolge, und weil der Wortlaut des Begriffes "Domizil" nicht ganz klar ist, muss der wirkliche Anwendungsbereich durch die Verwendung anderer Auslegungsregeln bestimmt werden.⁵

³ Für weitere Hinweise ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 91 ff.; PIERRE TSCHANNEN, § 9 Verfassungsauslegung, in: Thürrer/Aubert/Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2001, S. 149 ff., S. 153 f.

⁴ Siehe Abstimmung EVELINE WIDMER-SCHLUMPF, AB 2010 N 436 f.

⁵ BGE 131 II 697, E. 4.1.

- 11 Dass auch der Begriff "Domizil" auslegungsbedürftig ist, zeigt nämlich ein Präzedenzfall in der "anderen Richtung": Obwohl das Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel ("**BEHG**") in aArt. 22 Abs. 1 festhielt, dass seine Bestimmungen nur auf in der Schweiz domizilierte und kotierte (Ziel-)Gesellschaften anwendbar sind⁶, entschied die zuständige Regulierungsbehörde, die "Übernahmekammer der Eidgenössischen Bankenkommission" (heute FINMA, die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht), dass das BEHG auf das Übernahmeangebot auf die TAG Heuer International SA anwendbar sei, obwohl diese ihren Sitz in Luxemburg hatte. Begründet wurde dies damit, dass die vorherrschende Geschäftstätigkeit dieser Gesellschaft in der Schweiz war und sich die Gesellschaft selbst immer als schweizerische Gesellschaft betrachtet hatte.⁷ Mit anderen Worten entschied die Schweizer Regulierungsbehörde in dieser Entscheidung, dass die Verbindung zur Schweiz wichtiger war als der formelle Sitz. Eine analoge Betrachtung muss auch zugunsten der auslandkотиerten Gesellschaften gelten, wenigstens dergestalt, dass deren Aktionäre nicht gezwungen werden sollten, ein Regelwerk zu akzeptieren, welches sie möglicherweise nicht angewandt sehen wollen, weil es im Widerspruch zu denjenigen Bestimmungen steht, an welche die Gesellschaft und ihre Aktionäre gewohnt sind.
- 12 Neben der Auslegungsbedürftigkeit ist unter dem Titel "Wortlaut" der Minder-Bestimmungen auch darauf hinzuweisen, dass der Text nicht indiziert, dass die Ausführungsbestimmungen zwingend auf alle Gesellschaften Anwendung finden müssen. Deshalb wurde in der Lehre auch vertreten, man sollte kotierten Gesellschaften (bzw. ihren Aktionären) generell die Wahl einzuräumen, ob die Ausführungsbestimmungen auf sie anwendbar sein sollen oder nicht (*Opting-out*)⁸. Dies wurde vermutlich im vorliegenden Verordnungsentwurf deshalb nicht gemacht, weil anlässlich der Kampagne von vielen Wirtschaftsvertretern geltend gemacht wurde, die Bestimmungen seien zwingend – diese Aussagen bezogen sich unseres Wissens aber nie auf die auslandkотиerten Gesellschaften, sondern auf Gesellschaften, die immer in der Schweiz ansässig waren und wegen ihrer Managementvergütungen seit vielen Jahren im Fokus der Öffentlichkeit standen.

3 Systematische Auslegung

- 13 Die *systematische Auslegung* versucht die wirkliche Bedeutung einer Bestimmung auf der Grundlage ihres Kontextes im gleichen Erlass oder in der Rechtsordnung als Ganzes zu finden.⁹ Art. 95 Abs. 3 BV befindet sich in der BV im Abschnitt über die privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit und bei den Bestimmungen mit einer engen Verbindung zur Wirtschaft.¹⁰

⁶ Die Regeln haben im Jahre 2012 geändert.

⁷ Siehe EBK Bulletin 2000, S. 25 ff., verfügbar unter: <<http://www.finma.ch/archiv/ebk/f/publik/bulletin/pdf/bull139.pdf>>. Bezüglich der für die Regulierungsbehörde für die Erstellung der Regel wichtigen Elemente, siehe EBK Bulletin 2000, S. 28 ff.

⁸ DANIEL M. HÄUSERMANN, Aktienrechtliche Umsetzung der "Abzocker"-Initiative: Spielraum und Rechtstechniken, SJZ 108 (2012) Nr. 22, S. 537 ff., S. 543 f.

⁹ Für weitere Hinweise HÄFELIN/HALLER/KELLER, FN 4, Rz. 97 ff.; TSCHANNEN, FN 4, S. 154 f.

¹⁰ KLAUS A. VALLENDER, in: Ehrenzeller/Mastroradi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Vorbemerkungen zur Wirtschaftsverfassung Rz. 1.

- 14 Im eigentlichen Text von Art. 95 Abs. 3 BV findet sich der Begriff "Schweizer Aktiengesellschaften" nach einleitenden Worten, die erklären, dass die Regelung "zum Schutz der Volkswirtschaft, des Privateigentums und der Aktionärinnen und Aktionäre sowie im Sinne einer nachhaltigen Unternehmensführung" aufgestellt wird. Der Begriff "Schweizer Aktiengesellschaft" muss folglich mit Blick auf diese Zielsetzung interpretiert werden.
- 15 Im Hinblick insbesondere auf die Zielsetzung, die Volkswirtschaft zu schützen, sollte die Auslegung des Begriffes "Schweizer Aktiengesellschaften" nicht so erfolgen, dass bspw. Sitzverlegungen gegenüber heute erschwert werden; zumindest nicht, falls keine anderen Interessen, welche die Minder-Bestimmungen schützen wollen, gefährdet sind. Auch müssen unter diesem Titel Wegzüge (wie sie Noble Corporation plant) verhindert werden. Deshalb ist der vorgeschlagene Wortlaut eine bessere Umsetzung von einem ganzheitlich gelesenen Art. 95 Abs. 3 BV, weil er sowohl verhindert, dass Gesellschaften wegen der auf sie eventuell nicht passenden Minder-Bestimmungen das Land verlassen – insbesondere würde er auch ein liberales Umfeld für zukünftige Sitzverlegungen aufrechterhalten. Damit setzt der Vorschlag die BV besser um, als der derzeitige Entwurf, weil die Wirtschaft durch die vorgeschlagene Bestimmung besser geschützt ist.

4 Historische Auslegung

- 16 Die *historische Auslegung* fragt nach dem Sinn der Bestimmung zur Zeit ihrer Entstehung.¹¹ Die Materialien zu den Minder-Bestimmungen sind allerdings unklar, was die Bedeutung des Wortlautes "im In- oder Ausland kotierten Schweizer Aktiengesellschaften" ist oder was die Überlegungen waren. Zudem ist die Bedeutung der Materialien für die Auslegung von Art. 95 Abs. 3 BV aufgrund der Tatsache, dass es eine Volksinitiative war und die Bestimmung nicht vom Gesetzgeber entworfen wurden, beschränkt.¹²
- 17 Wir glauben demzufolge, dass die historische Auslegung keine spezifischen Erkenntnisse bezüglich der massgeblichen Frage liefert und sicher die mittels systematischer Auslegung gewonnenen Erkenntnisse nicht ändert.

5 Teleologische Auslegung

- 18 Eine weitere Auslegungsmethode besteht darin, nach der Zweckvorstellung bzw. der Zielsetzung hinter der betreffenden Bestimmung zu fragen (*teleologische Auslegung*).
- 19 Die Zielsetzung des Initiativkomitees (welche sich auch im Text von Art. 95 Abs. 3 BV spiegelt, siehe einleitenden Satz) war, wie gesagt, die Volkswirtschaft, das Privateigentum und die Aktionärinnen und Aktionäre zu schützen sowie Regelungen im Sinne einer nachhaltiger Unternehmensführung aufzustellen. Das Ziel war es, auf Schweizer Gesellschaften mit einer Kotierung in der Schweiz oder im

¹¹ Für weitere Hinweise HÄFELIN/HALLER/KELLER, FN 4, Rz. 101 ff.; TSCHANNEN, FN 4, S. 155 f.

¹² HÄFELIN/HALLER/KELLER, FN 4, Rz. 107.

Ausland abzu zielen, und nicht auf ausländische Gesellschaften mit einer Kotierung in der Schweiz – jene Gesellschaften sind nicht verpflichtet, sich an die Bestimmungen zu halten.¹³ Dies führt zur ersten Schlussfolgerung, dass nicht jede Gesellschaft mit einer gewissen Auswirkung auf Schweizer Aktionäre und auf die Schweizerische Volkswirtschaft sich an die neue Regelung halten muss. Falls die erwartete Auswirkung auf die Schweiz geringfügig ist (wie es namentlich der Fall ist, falls die grosse Mehrheit der Aktionäre im Ausland lebt), oder wenn die Gesellschaften weitgehend unter einer anderen Rechtsordnung agieren (wie es bei ausländischen Gesellschaften, die in der Schweiz kotiert sind, der Fall ist), sind die Bestimmungen nicht anwendbar, auch wenn Gesellschaften mit einer wichtigen Geschäftstätigkeit in der Schweiz formell ihren Sitz im Ausland haben (wie es bei TAG Heuer der Fall war). Eine ähnliche Schlussfolgerung ist zwingend für in der Schweiz inkorporierte Gesellschaften zu ziehen, die im Ausland kotiert sind, aber nur eine vergleichsweise geringe Anzahl von Arbeitnehmern in der Schweiz und eine überwältigend grosse Anzahl ausländischer Aktionäre haben.

- 20 Die Tatsache, dass die Minder-Bestimmungen auch auf in der Schweiz inkorporierte Gesellschaften mit einer Kotierung im Ausland anwendbar sind, kann damit erklärt werden, dass verhindert werden sollte, dass Schweizer Gesellschaften dem neuen Erlass dadurch ausweichen, dass sie sich einzig von der hiesigen Börse dekotieren und an einer ausländischen Börse erneut kotieren (was ja nicht einmal einer Zustimmung durch die Aktionäre bedürfte). Die Bestimmung zielte also nach ihrem Zweck nicht auf die auslandkotierte Gesellschaften. Damit ist aus der Perspektive einer teleologischen Auslegung eine Regel, welche solchen Gesellschaften bzw. ihren Aktionären erlaubt, im Sinne eines *Opting-out* das für sie adäquate Recht zu wählen, stimmiger, gerade auch aus einer *Corporate Governance-Perspektive* und dem damit verbundenen Schutz der Aktionäre, weil diese so Konflikte zum System, an das sie gewohnt sind, und dem "ihre" Gesellschaft unterliegt, vermeiden können.
- 21 Folglich würde eine Umsetzung der Minder-Bestimmungen, welche die Schweiz für Sitzverlegungen attraktiv erhielte (und hierhergezogenen Gesellschaften den Anreiz nimmt, weiter zu ziehen), wie hierin vorgeschlagen, die Schweizer Volkswirtschaft besser schützen und besser für die Aktionäre sein (welche ein Wahlrecht erhalten) und damit auch von einem Corporate Governance-Gesichtspunkt besser, als der Entwurf der Verordnung.
- 22 Es bestehen deshalb sehr starke Argumente um die Anwendbarkeit von Art. 95 Abs. 3 BV auf Gesellschaften mit einer historischen und/oder einer engen Verbindung zur Schweiz zu beschränken – bzw. den Aktionären von hierhergezogenen Gesellschaften wenigstens die Möglichkeit eines *opting-out* von den Minder-Bestimmungen zu geben.

¹³ Siehe die Hinweise des Initiativkomitees zu den Minder Bestimmungen, verfügbar unter: <<http://www.abzockerinitiativeja.ch/wp-content/uploads/Erlaeuterungen.pdf>>.

6 Besondere Regeln für die Verfassungsauslegung

- 23 Obwohl die Auslegung der Bundesverfassung mehr oder weniger den gleichen Grundsätzen wie die Auslegung von Gesetzesbestimmungen folgt,¹⁴ sind Besonderheiten zu beachten.
- 24 Erstens muss berücksichtigt werden, dass Bestimmungen in der Verfassung nur die grundsätzlichen Prinzipien beinhalten, welche dann durch den Gesetzgeber anlässlich des Entwerfens der ausführenden Gesetzesbestimmungen oder durch das Gericht ausgelegt werden müssen.¹⁵ Obwohl Art. 95 Abs. 3 BV mit Bezug auf die in Bst. a-d enthaltenen Grundsätze detailliert ist, ist, wie oben gezeigt wurde, die Formulierung "die im In- oder Ausland kotierten Schweizer Aktiengesellschaften" auslegungsbedürftig. Aufgrund der Tatsache, dass bei einer Änderung der BV auf der Grundlage einer Volksabstimmung die künftige Anwendung einer Bestimmung nur teilweise voraussehbar ist, ist eine massgebliche Frage bezüglich der Auslegung von Art. 95 Abs. 3 BV, ob ein Bewusstsein für die Probleme existierte, die entstehen, falls die Minder-Bestimmungen auf Gesellschaften wie die betroffenen Gesellschaften anwendbar sind.
- 25 In der Schweiz inkorporierte Gesellschaften wie die auslandkotierte Gesellschaften, die im Ausland kotiert sind (vorliegend alle in den USA), sind für gewöhnlich in der Rechtsordnung ihrer (Primär-)Kotierung sehr soliden Registrierungs- und Corporate Governance-Anforderungen unterworfen. Wenn diese Bestimmungen Grundsätze, wie sie die Minder-Bestimmungen anvisieren, auf eine ganzheitliche Art und Weise regeln (wie bspw. Vergütungen der Gesellschaftsleitung und damit verbundene Offenlegungen; Stimmabgabe mittels eines schriftlichen Abstimmungssystems, dem sog. Proxy Voting, das berücksichtigt, dass die grosse Mehrheit der Aktien von einem Nominee gehalten werden – was nebenbei gesagt auch mit der Regel der Minder-Bestimmungen betreffend dem "unabhängigen Stimmrechtsvertreter" schlecht kompatibel ist), kann dies zu doppelten oder sich widersprechenden Anforderungen und deshalb zu Unsicherheit und technischer Nichteinhaltung führen. Konflikte zwischen Rechtsordnungen sind generell schwierig zu lösen und sind für die betroffenen Gesellschaften eine erhebliche Herausforderung. Wir konnten keinen Hinweis darauf finden, dass man sich dieses Problems von sich in Einzelbereichen widersprechenden Rechtsordnungen während des parlamentarischen Prozesses oder während der Kampagne bewusst war. Deshalb sollte Art. 95 Abs. 3 BV nicht eng ausgelegt werden, sondern vielmehr nach den hier vorgeschlagenen Grundzügen, welche Aktionären von Gesellschaften, falls diese mehrheitlich im Ausland sind, eine Wahl lässt.

¹⁴ BGE 2C_828/2011 12. Oktober 2012, E. 4.1; BGE 131 I 74, E. 4.1; HÄFELIN/HALLER/KELLER, FN 4, Rz. 75; TSCHANNEN, FN 4, S. 149.

¹⁵ HÄFELIN/HALLER/KELLER, FN 4, Rz. 77.

- 26 Darüber hinaus muss jede Auslegung einer Verfassungsbestimmung unter Einschluss aller anderen Verfassungsbestimmungen mit Relevanz für die zu beantwortenden Fragen geschehen.¹⁶ Dies bedeutet, dass im vorliegenden Fall Art. 27 und 94 BV berücksichtigt werden müssen, weil die Minder-Bestimmungen die Wirtschaftsfreiheit von Gesellschaften, welche in den Anwendungsbereich der neuen Regelung fallen, beschränken. Grundsätzlich sind die Bestimmungen der BV gleichrangig, falls der Verfassungsgeber es nicht anders bestimmt. Dass eine Bestimmung gegenüber einer anderen einen Vorrang genießt, sollte nicht leicht hin angenommen werden¹⁷ und im Gegensatz bspw. zu Art. 100 Abs. 3 BV bestimmt Art. 95 Abs. 3 BV nicht ausdrücklich, dass der Bund falls nötig vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen kann. Bei der Entscheidung spezifischer Fragen muss deshalb die Ausführungsgesetzgebung den inneren Zusammenhang der Verfassung gewährleisten und es ist eine Interessenabwägung vorzunehmen:¹⁸ Das öffentliche Interesse an der Anwendung der Minder-Bestimmungen ist für Gesellschaften wie die auslandkотиerten Gesellschaften klein. Andererseits ist die Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit durch die Minder-Bestimmungen, besonders mit Bezug auf den Einfluss, welchen Art. 95 Abs. 3 BV auf den Wettbewerb zwischen kotierten Gesellschaften mit ihrem Sitz in der Schweiz und deren ausländischen Pendants sowie gegenüber nicht-kotierten Schweizer Gesellschaften hat, beträchtlich. Deshalb müssen die Interessen der Wirtschaft in Fällen, wie dem vorliegenden, überwiegen und im konkreten Fall für die auslandkottierten Gesellschaften wie vorgeschlagen gelöst werden.¹⁹

7 Schlussfolgerung

- 27 Im Sinne einer Schlussfolgerung kann festgehalten werden, dass starke rechtliche Gründe (abgesehen von den sogar noch überzeugenderen wirtschaftlichen) dafür bestehen, dass die wirkliche Zielsetzung der Minder-Bestimmungen nur war, Gesellschaften, welche an der Schweizer Börse kotiert sind oder waren, und/oder welche eine bedeutende schweizerische Aktionärsbasis haben, zu regeln. Die Tatsache, dass ausländische Kotierungen auch erfasst sind, wurde nur eingefügt, um zu vermeiden, dass diese Gesellschaften der Regulierung durch eine Neukotierung im Ausland ausweichen können. Gesellschaften mit den hierin beschriebenen Charakteristika und einer sehr kleinen Anzahl von Schweizer Aktionären sind hingegen von den zwingenden Minder-Bestimmungen auszunehmen, zumindest in den Fällen, in denen Aktionäre bereit sind, einem *opting-out* zuzustimmen.

¹⁶ TSCHANNEN, FN 4, S. 159.

¹⁷ BGE 2C_828/2011 12. Oktober 2012, E. 4.2.1 f.; siehe auch TSCHANNEN, FN 4, S. 152 f.

¹⁸ TSCHANNEN, FN 4, S. 159.

¹⁹ A.M. HANS-UELI VOGT/MANUEL BASCHUNG, Wie weiter im Aktienrecht nach der Annahme der Volksinitiative gegen die Abzockerei?, GesKR 2013, S. 5 ff., S. 9 f., wonach Art. 95 Abs. 3 BV Vorrang hat.

II Ausnahmen von der Anwendbarkeit von Art. 95 Abs. 3 BV aufgrund eines Konflikts mit anwendbarem ausländischen Recht

- 28 Falls ein Konflikt zwischen schweizerischem und ausländischem Recht besteht und beide Rechtsordnungen in einem bestimmten Fall ihre Anwendbarkeit vorsehen, kann dies zu Konflikten zwischen den betroffenen Systemen führen, insbesondere im Fall von zwingenden Bestimmungen.²⁰ Aus dieser Perspektive erscheint es aus einer schweizerischen Sicht zumindest fragwürdig, den auslandkотиerten Gesellschaften Bestimmungen aufzuzwingen, mit welchen ihre Aktionäre unter Umständen nicht einverstanden sind. Deshalb und aufgrund des bedeutenden negativen Einflusses, welcher ein solcher Konflikt haben kann, sollte Schweizer Recht nicht anwendbar sein, falls (i) gestützt auf eine Interessenabwägung die Interessen des ausländischen Rechts an der Anwendung seiner Bestimmungen die schweizerischen Interessen überwiegen oder falls (ii) die Interessen gleichrangig sind und die folgenden drei Voraussetzungen erfüllt sind: (a) das ausländische Recht verletzt den schweizerischen *ordre public* nicht, (b) das ausländische Recht hat eine ähnliche Zielsetzung, und (c) es besteht eine starke Verbindung des Sachverhalts mit dem fremden Rechtssystem.²¹
- 29 Mit Bezug auf die auslandkотиerten Gesellschaften ist festzuhalten, dass US-amerikanisches Recht bezüglich des Schutzes der Volkswirtschaft, des Privateigentums, der Aktionärsrechte und Garantien für eine nachhaltige Unternehmensführung in Gehalt und Form dem schweizerischen Recht ähnlich ist. An einer US-amerikanischen Börse primärkотиerte Gesellschaften müssen bspw. ihre Aktionäre über die Managementvergütungen, inklusive die individuellen Vergütungen der obersten Geschäftsleitungsmitglieder, zwingend abstimmen lassen (allerdings konsultativ). Das US-amerikanische System der Stimmrechtsvertretung macht es weiter viel schwieriger, eine Stimmempfehlung zu ändern bzw. diese neu abzugeben, falls Aktionäre je einen Vorschlag ablehnen sollten (es müssten eines neues sog. *Proxy Statement* bei der SEC eingereicht und den Aktionären zugesandt werden). Weitere Bestimmungen, die nur schwer in Übereinstimmung zu bringen sind, sind gewisse von den Minder-Bestimmungen verbottene Zahlungen, die aber in anderen Ländern, wo die auslandkотиerten Gesellschaften geeignetes Personal rekrutieren, üblich sind – und schliesslich lässt sich die grosse Bedeutung, welche die Minder-Bestimmungen dem sogenannten unabhängigen Stimmrechtsvertreter beimessen, schlecht mit dem US-amerikanischen System der Stimmrechtsvertretung in Einklang bringen, da alle Aktien durch einen Nominee gehalten werden. Auch aus diesem Blickwinkel sollten die Minder-Bestimmungen folglich nicht zwingend auf die auslandkотиerten Gesellschaften angewandt werden. Mit der hierin vorgeschlagenen Vorgehensweise kann ein (potentieller) Konflikt zwischen unterschiedlichen anwendbaren Rechtsordnungen verhindert werden, falls es die Aktionäre so wollen.

²⁰ TIFFANY ENDER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Die Risiken des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs aus dem Blickwinkel des schweizerischen Aufsichtsrechts, Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 11. Januar 2010, SZW 6/201, S. 506 ff., S. 514.

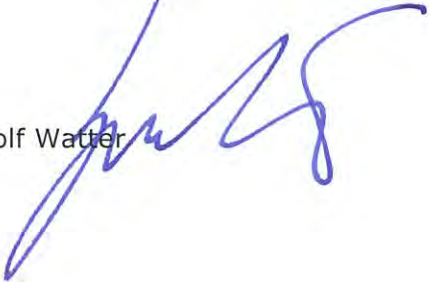
²¹ ENDER/VON DER CRONE, FN 20, S. 514.

- 30 Sollte dem hierin vorgebrachten Vorschlag gefolgt werden, kann die Schweiz verhindern, dass auslandkotierte Gesellschaften (welche hierzulande Steuern zahlen) ihren Sitz in eine andere Rechtsordnung verlegen (wie es die Noble Corporation tun will, gemäss ihrem Proxy Statement, und zwar gerade auch (wenigstens teilweise) wegen der Minder-Bestimmungen) und es kann – noch wichtiger – sichergestellt werden, dass die Schweiz weiterhin für Sitzverlegungen offen bleibt.

* * *

Freundliche Grüsse

Prof. Dr. Rolf Watter



19. Juli 2013

Bundesamt für Justiz
Eidg. Handelsregisteramt
Bundesrain 20
3003 Bern

Anhörung zur Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA) – Stellungnahme von SwissHoldings

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga

Mit Schreiben vom 14. Juni 2013 haben Sie uns den Vorentwurf der Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA) und den erläuternden Bericht dazu zugestellt. Gerne unterbreiten wir Ihnen hiermit unsere Stellungnahme zum Verordnungsvorentwurf.

SwissHoldings, der Verband der Industrie- und Dienstleistungskonzerne in der Schweiz, umfasst 57 der grössten Konzerne in der Schweiz, die zusammen rund 70% der gesamten Börsenkapitalisierung der SIX Swiss Exchange ausmachen. Die meisten Mitgliedfirmen von SwissHoldings sind börsenkotiert und daher vom neuen Art. 95 Abs. 3 BV und dessen Umsetzung ganz besonders betroffen. Unsere Stellungnahme ist mit den Firmenvertretern in unserer Rechtskommission abgesprochen.

Haltung von SwissHoldings

Die Hauptanliegen

1. Überarbeitung der Strafbestimmung (E-Art. 24 VdgA)

- Differenziertere Ausgestaltung der Straftatbestände von E-Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 betr. der subjektiven Tatbestandsmerkmale (Erfordernis des direkten Vorsatzes in gewissen Fällen) und Notwendigkeit einer Bagatellklausel **S. 6 ff.**
- Mildere Strafandrohung für E-Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 bis 9 aufgrund des Verfassungsgrundsatzes der Verhältnismässigkeit **S. 4 ff.**
- Streichung von E-Art. Ziff. 3, weil die Bestimmung durch die neue Verfassungsbestimmung nicht abgedeckt ist **S. 4**
- Neuformulierung des Maximalrahmens für Geldstrafen **S. 9**

2. Neuregelung der Folgen bei Nicht-Genehmigung von Vergütungsbeträgen durch die Generalversammlung (E-Art. 18 VgdA) **S. 9 f.**

3. Klärung und Präzisierung der Übergangsregelung in verschiedenen Punkten **S. 10 f.**

Weitere Anliegen **S. 12 ff.**

Ausdrückliche Unterstützung von vorgeschlagenen Regelungen **S. 14 f.**

A. Grundsätzliche Bemerkungen

Volk und Kantone haben am 3. März 2013 der Minder-Initiative und damit einer neuen Verfassungsbestimmung (Art. 95 Abs. 3 BV) zugestimmt. Der Bundesrat wird verpflichtet, innerhalb eines Jahres seit Annahme der Initiative die erforderlichen Ausführungsbestimmungen zu erlassen. Mit der in die Anhörung gegebenen Verordnung «gegen die Abzockerei» (VgdA) sollen diese Ausführungsbestimmungen geschaffen werden.

Der Verordnungsentwurf hält sich richtigerweise eng an den Wortlaut der neuen Verfassungsbestimmung. Er bemüht sich, deren Bestimmungen grundsätzlich in einer Art und Weise umzusetzen, die einerseits den Zielsetzungen der Minder-Initiative gerecht wird und andererseits für die von den neuen Bestimmungen betroffenen Unternehmen und Vorsorgeeinrichtungen praktikabel ist.

Gewisse Verbesserungen und Adjustierungen der vorgeschlagenen Bestimmungen sind aus unserer Sicht dennoch nötig. **Zentrales Anliegen** ist, wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, eine möglichst **hohe Rechtssicherheit für die Rechtsanwender** zu erreichen und sicher zu stellen, dass die Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 BV im **Einklang mit der bestehenden Rechtsordnung** erfolgt. Unsere Ausführungen möchten wir wie folgt gliedern: Unter Bst. B werden wir unsere Hauptanliegen vorbringen und begründen. Unter Bst. C dann auf eine Reihe von weiteren – teilweise auch eher technischen – Aspekte hinweisen, die bei einer Überarbeitung des Verordnungsentwurfs oder allenfalls auch im Rahmen eines überarbeiteten und dann veröffentlichten Erläuternde Berichts berücksichtigt werden sollten. Unter Bst. D schliesslich möchten wir auf Regelungen und Bestimmungen verweisen, die unbedingt in der vorgeschlagenen Form beibehalten werden sollten.

Wir würden es sehr **begrüssen**, wenn der **Erläuternde Bericht** im Zuge der Vernehmlassung überarbeitet und schliesslich **im Sinne von Materialien zur Verordnung veröffentlicht würde**. In einem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren übernimmt die Botschaft des Bundesrates diese Funktion. Es scheint uns sehr wichtig, dass auch bei einem so wichtigen Erlass wie es die VgdA darstellt, entsprechende Materialien zur Verfügung stehen. Die Aufdatierung und Veröffentlichung des Erläuternden Berichts kann in vielerlei Hinsicht auch das Rechtssetzungsverfahren vereinfachen, weil dies erlaubt gewisse Präzisierungen und Klarstellungen im Rahmen des Erläuternde Berichts vorzunehmen, anstatt sie (u.U. umfangreich und umständlich) in den Verordnungstext einzufügen.

B. Die Hauptanliegen von SwissHoldings

1. Überarbeitung der Strafbestimmung (E-Art. 24)

Generelle Bemerkungen

Offenbar folgt der Bundesrat der Meinung, dass auch eine Verordnung, die sich direkt auf die Verfassung stützt, mit Freiheitsstrafen bewehrte Strafbestimmungen enthalten darf, ohne dass der Grundsatz „Nulla Poena Sine Lege“ verletzt wird. Auch in künftigen Initiativen – aus welchem politischen Spektrum auch immer solche kommen mögen – können wiederum beliebige Strafnormen gefordert werden. Wir erachten es daher als wichtig, dass bei der Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 Bst. d BV ein klares Zeichen gesetzt wird, dass solche Verfassungsbestimmungen unter

Beachtung des gesamten Verfassungsrechts und unter Wahrung einer möglichst hohen **praktischen Konkordanz mit dem bestehenden Strafrecht** umgesetzt werden müssen. Nur so ist es möglich, ein in sich einigermaßen stimmiges Rechtssystem zu wahren.

Die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung hat sich selbstverständlich strikte an die Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns zu halten. Wie nachstehend dargelegt wird ist dabei insbesondere der **Verfassungsgrundsatz der Verhältnismässigkeit** zu beachten.

Eine rechtlich korrekte und verhältnismässige Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 Bst. d BV ist denn auch zentral für das künftige **Vertrauen in den Unternehmensstandort Schweiz**. Dieser Aspekt ist aus verschiedenen Gründen von grösster Bedeutung.

- Verwaltungsräte und Mitglieder der Geschäftsleitung, die sich **integer verhalten und ehrlich versuchen, die Regeln einzuhalten**, müssen darauf zählen können, dass sie nicht trotzdem aus irgendwelchem – ev. gar vorgeschobenem – Grund vor den Strafrichter gezogen werden. Das Vertrauen dieser „**Massfiguren**“ ginge verloren, wenn Strafbarkeits-schwellen zu tief wären und Unternehmen dauernd von unzufriedenen Aktionären, aktivistischen Hedge Funds und deren Anwälten mit Strafklagen unter Druck gesetzt werden könnten. Dies hätte auch die negative Folge, dass fähige Führungsleute nicht mehr bereit sein könnten, das stete Risiko von latenten Strafverfahren einzugehen und sich für Leitungsfunktionen in schweizerischen Unternehmen zur Verfügung zu stellen. Die Absicht der neuen Regelung, die Qualität der Unternehmensführung zu verbessern, würde damit unterminiert und die Unternehmen, deren Stakeholder und letztlich auch die schweizerische Volkswirtschaft wären die Leidtragenden.
- Investoren befürchten, dass **unverhältnismässige Strafverfahren** gegen Mitglieder der Unternehmensführung die **Unternehmen destabilisieren** könnten und damit unnötig Unternehmenswerte verloren gingen. Solche Bedenken werden bis anhin vor allem von ausländischen Investoren geäussert. Inländische Investoren sind aber genauso betroffen. Diese Bedenken müssen ernst genommen werden. Ist der Ruf des Standortes angekratzt, **leidet in der Schweiz über die Anlagen der Pensionskassen praktisch jedermann an den negativen Folgen**. Zum Vertrauen der Investoren in den Unternehmensstandort Schweiz muss daher unbedingt Sorge getragen werden.
- Bekanntermassen kennen auch andere Länder wie etwa die USA scharfe Strafbestimmungen für die Verletzung von Wirtschaftsrecht – allerdings nur für schwerste Delikte. Die Tatsache, dass der Entwurf der VgdA **zum Teil auch Bagatellfälle einer massiven Strafan-drohung unterstellt**, birgt eine zusätzliche Gefahr der Schädigung des Rufes des Wirtschaftsstandortes Schweiz und damit des Vertrauensverlustes.
- Zu guter Letzt gilt es auch unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes dafür zu sorgen, dass die VgdA-Strafbestimmungen **nicht über den durch die neue Verfassungsbestimmung vorgegebenen Rahmen** hinausgehen. Diese Thematik stellt sich insbesondere in Bezug auf E-Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 und Ziff. 8, aber eigentlich auch in Bezug auf Ziff. 1. (vgl. unten).

Wir möchten mit unseren Vorschlägen daher erreichen, dass ein gut geführter, subjektiv rechtstreu und vernünftig handelnder Verwaltungsrat nicht laufend dem Risiko von Strafklagen ausgesetzt ist. Wir schlagen zu diesem Zweck eine Kombination von Änderungen vor, sind

selbstverständlich aber offen, wenn mit anderen Massnahmen der gleiche Zweck erreicht werden kann. Konkret sieht unser **Lösungsvorschlag** folgende Änderungen vor:

- Streichung von E-Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3, weil diese Bestimmung durch die neue Verfassungsbestimmung nicht abgedeckt ist;
- Mildere Strafandrohung für E-Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 bis 9, aufgrund der Anwendung des Verfassungsgrundsatzes der Verhältnismässigkeit;
- Differenziertere Ausgestaltung der Straftatbestände von E-Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 betr. der subjektiven Tatbestandsmerkmale und wegen der Notwendigkeit einer Bagatellklausel;
- Präzisierungen in E-Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4, Ziff. 8 und betr. „verhindert“ in Ziff. 6 – 9
- Neuformulierung des Maximalrahmens für Geldstrafen (E-Art. 24 Abs. 2) zur Wahrung der praktischen Konkordanz mit dem geltenden Strafrecht

E-Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 – von der neuen Verfassungsbestimmung nicht abgedeckt

Der Erläuternde Bericht hält unter Ziff. 1 „Ausgangslage und neue Verfassungsbestimmung“ zu Recht fest, dass sich die VgdA eng an den Wortlaut des Verfassungstextes zu halten habe. Leider hat sich der Entwurf der VgdA in Bezug auf Ziff. 3 von E-Art. 24 Abs. 1 nicht an diese Vorgabe gehalten.

Art. 95 Abs. 3 Bst. d BV in Verbindung mit Bst. c dieser Bestimmung verlangt nämlich lediglich, dass die Widerhandlung gegen die Verpflichtung auf statutarischer Ebene, die Anzahl Mandate ausserhalb des Konzerns zu regeln, unter Strafe zu stellen ist. Dieser verfassungsmässigen Vorgabe wird mit dem Erlass von E-Art. 24 Abs. 1 Ziff. 9 nachgekommen.

Darüber hinaus auch die **eigentliche Ausübung von Tätigkeiten** ausserhalb der „erlaubten“ Anzahl von Mandaten **unter Strafe zu stellen**, ist **von der neuen Verfassungsbestimmung nicht abgedeckt** und im Übrigen auch unverhältnismässig. Es kommt dazu, dass der Geltungsbereich der Bestimmung sehr offen ist (vgl. unten Bst. C, Ziff. 6) und damit grosse Rechtsunsicherheit geschaffen würde. Als Sanktionsmechanismus genügt, dass ein Verwaltungsrat, der Tätigkeiten über die Anzahl der „erlaubten“ Mandate hinaus ausübt oder es erlaubt, dass Mitglieder der Geschäftsleitung zusätzliche Mandate wahrnehmen, von der Generalversammlung mit Nicht-Wiederwahl bestraft werden kann.

► Wir **beantragen** daher, E-Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 ersatzlos zu streichen.

Verhältnismässigkeitsprinzip – mildere Strafandrohungen für E-Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 – 9

Es dürfte unbestritten sein, dass der Bundesrat beim Erlass einer sog. selbständigen Verordnung – als welche die VgdA zu qualifizieren ist (Prof. T. Jaag und RA Dr. M. Rüssli werden sich dazu in einem Artikel äussern, der noch im Juli 2013 in der NZZ erscheinen soll) – gleich wie der Bundesgesetzgeber an die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns gebunden ist. Das bedeutet, dass bei der Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 zwingend die in Art. 5 BV statuierten Grundsätze des

rechtsstaatlichen Handelns berücksichtigt werden müssen. Von Art. 5 BV erfasst ist u.a. das Verhältnismässigkeitsprinzip, das im vorliegenden Kontext von besonderer Bedeutung ist.

Die zwingende Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes bedeutet bei der Schaffung einer Strafnorm, dass der Unrechtsgehalt der Tat und das angedrohte Strafmass in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen und der Unwert der Tat und die Strafobergrenze aufeinander abgestimmt sein müssen. In Bezug auf die Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 Bst. d BV heisst dies, dass der Verordnungsgeber verpflichtet ist, die **Strafen für die einzelnen Straftatbestände ihrer Verwerflichkeit entsprechend festzulegen** oder umgekehrt ausgedrückt, es nicht angeht, eine einheitliche Strafandrohung für alle von der neuen Verfassungsbestimmung erfassten Tatbestände vorzusehen, ohne dem jeweiligen unterschiedlichen Unwertgehalt der strafbaren Handlungen Rechnung zu tragen. So wie das Strafgesetzbuch für seine Straftatbestände je nach Schwere des verpönten Handelns unterschiedliche Strafraumen vorsieht, so sind auch die einzelnen Straftatbestände der VgdA differenziert zu behandeln (vgl. den erwähnten Artikel Jaag / Rüssli, wenn er erschienen ist).

Der Erläuternde Bericht zur VgdA anerkennt die Anwendbarkeit des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes (S. 33f.) und räumt ein, dass die von Art. 95 Abs. 3 lit. d BV stipulierte Strafandrohung nicht tel quel auf alle von der neuen Verfassungsbestimmung erfassten Straftatbestände Anwendung finden darf. Der **VgdA-Entwurf setzt diese Erkenntnis leider jedoch nur ungenügend um**, in dem er lediglich für Widerhandlungen im Bereich der Vorsorgeeinrichtungen (E-Art. 25) eine mildere Strafandrohung vorsieht. Die mildere Strafandrohung in E-Art. 25 VgdA wird insbesondere damit begründet, dass von E-Art. 25 erfasste Täter sich nicht bereichern könnten.

Im Umkehrschluss geht die VgdA von einem einheitlichen Unwert der Tathandlungen unter E-Art. 24 aus. Zu Unrecht, denn den **Ziff. 4 – 9 liegen ausschliesslich organisationsrechtliche Vorschriften** zugrunde, bei denen es um die Wahrung der Aktionärsrechte geht – **nicht wesentlich anders als die Verpflichtungen, die E-Art. 25 zugrunde liegen**. Die Möglichkeit, dass sich die von Ziff. 4 – 9 erfassten Täter bereichern können, ist ebenso gering wie bei Tätern, die unter E-Art. 25 fallen. Es ist zudem absolut stossend, dass bspw. ein Verwaltungsratspräsident, den bei einer unbestrittenen Wiederwahl von Verwaltungsräten die Generalversammlung in globo abstimmen lassen, mit einer Strafandrohung von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe konfrontiert wäre. Mit dem Unrechtsgehalt bspw. bei einer wissentlichen Auszahlung von unzulässigen Entschädigungen (Ziff. 2) ist dieser Fall in keiner Weise zu vergleichen.

Die Maximalstrafe muss deshalb für die am schwersten wiegenden Straftatbestände reserviert bleiben (vgl. den erwähnten Artikel Jaag / Rüssli, wenn er erschienen ist), d.h. für den Kernbereich des Anliegens von Art. 95 Abs. 3 Bst. d BV und damit der Strafbestimmung von E-Art. 24. Zentrales Anliegen der Initiative war, die ungerechtfertigte Bereicherung („Abzockerei“) der Unternehmensführungsorgane von börsenkotierten Unternehmen zu verhindern. Dies ergibt sich bereits aus dem Titel der Initiative. Auch der in die Anhörung gegebene Titel der Umsetzungsverordnung will dies offensichtlich so zum Ausdruck bringen. Dementsprechend darf der Kernbereich der Strafbestimmung sicher nicht über die vorgeschlagenen Ziff. 1 und 2 von E-Art. 24 hinausgehen und wird auch dort betr. Strafandrohung noch einzugrenzen sein (vgl. unten). Die übrigen Ziffern der Bestimmung (Ziff. 4 – 9) sind, wie bereits dargelegt, bezüglich Verwerflichkeit auf einer klar anderen Ebene einzustufen und müssen, **um dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu genügen, mit einer bedeutend geringeren Strafandrohung versehen werden**.

► Wir **beantragen** daher einen milderen Strafraum für E-Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 – 9. Dieser sollte sich auf die Androhung einer Geldstrafe beschränken.

Differenziertere Ausgestaltung der Straftatbestände von E-Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 nötig

- Vorbemerkung: Ziff. 1 müsste an sich gestrichen werden

Nach Art. 95 Abs. 3 Bst. a BV stimmt die Generalversammlung jährlich über die Gesamtsumme aller Vergütungen des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats ab. Gemäss Art. 95 Abs. 3 Bst. d BV muss eine Widerhandlung gegen diese Bestimmung bestraft werden. Das bedeutet, dass diejenigen Personen zu bestrafen sind, welche ihre Verantwortung dafür nicht wahrnehmen, dass die Generalversammlung über die erwähnten Vergütungen abstimmen kann. Darüber hinaus auch den Bezug resp. das Ausrichten von nicht-genehmigten Vergütungen unter Strafe zu stellen, ist **durch die neue Verfassungsbestimmung nicht abgedeckt**. Aus rein rechtlichen Überlegungen müsste daher Ziff. 1 gestrichen werden. Wird aus politischen Überlegungen dennoch an ihr festgehalten, sind wir der Ansicht, dass **zumindest dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz besser Rechnung getragen werden muss** als dies der Vorentwurf tut. Dies insbesondere dadurch, dass in Ziff. 1 und 2 eine Differenzierung betreffend des verlangten Vorsatzes vorgesehen wird (vgl. nachstehend).

- Differenzierung bezüglich des verlangten Vorsatzes

Mit Strafe bedroht ist unter Ziff. 1 und 2 von E-Art. 24 einerseits der Bezug und das Ausrichten von gemäss E-Art. 18 genehmigungspflichtigen Vergütungen, über die die Generalversammlung nicht abgestimmt oder deren Genehmigung sie verweigert hat und andererseits der Bezug oder das Ausrichten von unzulässigen Vergütungen gemäss E-Art. 20 und 21.

Der Erläuternde Bericht zur VgDA zeigt nun, dass **keineswegs immer klar ist, was erlaubt und was nicht erlaubt ist**. Gerade in Bezug auf unzulässige Vergütungen fehlen klare Abgrenzungen. Bspw. wird in Bezug auf Abgangsentschädigungen offen gelassen, wann überlange Kündigungsfristen bei unbefristeten Verträgen oder eine überlange Dauer von befristeten Arbeitsverträgen als verdeckte Abgangsentschädigungen erachtet würden. Wenn bspw. im Rahmen des Erläuternden Berichts hier noch zusätzliche Rechtssicherheit geschaffen werden könnte, würden wir dies sehr begrüßen (vgl. unten Bst. C Ziff. 10). Andererseits sind wir uns bewusst, dass kaum denkbar ist, eine generell-abstrakte Regelung zu finden, die allen Einzelfällen und möglichen Sachverhalten gerecht wird.

Für Unternehmensführungsorgane, die Vergütungen ausrichten oder beziehen, **besteht damit eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit, ob sie sich strafbar machen oder nicht**. Dazu kommt, dass mit diesen Straftatbeständen eine sehr hohe Strafandrohung verbunden ist. Diese soll in Bezug auf die mögliche Geldstrafe gar über das hinaus, was das Strafgesetzbuch heute maximal zulässt (vgl. dazu unten zu „E-Art. 24 Abs. 2 – Maximalrahmen für Geldstrafe“)

In dieser Situation ist aus Gründen der Verhältnismässigkeit angezeigt, die **maximale Strafandrohung nur dann vorzusehen, wenn ein direkter Vorsatz und damit eine bewusste ungerechtfertigte Bereicherung vorliegt**. Dementsprechend schlagen wir vor, den Bezug oder die Ausrichtung von nicht-genehmigten oder unzulässigen Vergütungen nur dann mit der maximalen Strafandrohung von Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren und einer Geldstrafe bis zu sechs Jahresver-

gütungen (zur Berechnung siehe unten „E-Art. 24 Abs. 2 – Maximalrahmen für Geldstrafe“) zu beweisen, wenn die Tathandlungen wider besseres Wissen erfolgen.

Die **qualifizierte Form von Vorsatz „Wider besseres Wissen“** findet sich bereits heute in verschiedenen Straftatbestandskonstellationen – nicht nur in Ehrverletzungsdelikten und Delikten gegen die Rechtspflege, sondern bspw. auch unter Art. 128bis StGB (Falscher Alarm).

Mit dem Erfordernis des qualifizierten Vorsatzes „wider besseres Wissen“ kann **vermieden werden, dass in diesen, wie dargelegt, unscharf abgegrenzten Straftatbeständen, lediglich eine eventualvorsätzliche Begehung genügt**, um bereits der maximalen Strafandrohung zu unterliegen. Nimmt man wiederum das Beispiel „Abgangsentschädigungen“ darf es u.E. nicht sein, dass jemand in Grenzfällen bezügl. Länge der Kündigungsfristen oder Länge von befristeten Verträgen mit der Maximalstrafe bedroht wird, nur weil der Person vorgeworfen wird, sie habe es in Kauf genommen, die VgDA zu verletzen. Ein „In Kauf nehmen“ ist in solchen Grenzfällen kaum bestimmbar und darf jedenfalls nicht mit Freiheitsstrafe und Geldstrafe bewehrt sein.

- Bagatellklausel nötig

Es kann immer wieder vorkommen – selbstverständlich nicht nur in kotierten Unternehmen –, dass neben den ordentlichen Gehaltsleistungen unter dem Jahr relativ **geringfügige geldwerte Nebenleistungen** ausgerichtet werden, sog. Fringe Benefits. Solche im Geschäftsleben übliche Nebenleistungen ergeben sich typischerweise „rollend“, sie sind jedenfalls am Anfang eines Jahres nicht alle bekannt. Selbstverständlich kann im von der Generalversammlung genehmigten Vergütungsbetrag ein Posten für solche Fringe Benefits vorgesehen werden. Um Diskussionen im Einzelfall zu vermeiden, ob nun wirklich auch noch diese oder jene Gehaltsnebenleistung vom genehmigten Betrag erfasst sei oder nicht, beantragen wir eine Bagatellklausel für die Straftatbestände von E-Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 aufzunehmen.

Solche **Bagatellklauseln finden sich bereits im geltenden Strafrecht** für vergleichbare Fallkonstellationen. So sieht Art. 322octies StGB für die Straftatbestände des neunzehnten Titels des Strafgesetzbuches (Bestechung) vor, dass geringfügige sozial übliche Vorteile keine ungebührlichen Zahlungen darstellen. In gleicher Weise sollte auch für Ziff. 1 und 2 von E-Art. 24 Abs. 1 festgehalten werden, dass der Bezug und die Ausrichtung von geringfügigen, sozial üblichen Vorteilen keine strafbaren Handlungen darstellen, auch wenn sie nicht von der Generalversammlung genehmigt wurden.

Aus Rechtssicherheitsgründen würden wir es im Übrigen sehr begrüßen, wenn zumindest im Erläuternden Bericht klargestellt würde, dass **Dienstleistungen, welche in direktem Zusammenhang mit der Erbringung der Tätigkeiten der Organmitglieder geleistet werden** (wie z.B. Transport-, Sekretariats-, Sicherheits-, Outplacement-, Beratungskosten, etc.), von E-Art. 24 Abs. 1 Ziffer 1 und 2 nicht erfasst werden, resp. **keine Vergütung** i.S.v. E-Art. 14 Abs. 2 darstellen.“

► Wie **beantragen** daher, dass in den Straftatbeständen von E-Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 und 2

- die Strafandrohung differenziert wird:

Wer die strafbaren Handlungen wider besseres Wissen begeht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und mit Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen bestraft.

Wer dagegen die strafbaren Handlungen „lediglich“ vorsätzlich begeht, wird mit [Varianten: a) Geldstrafe / b) Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe] belangt.

- eine Bagatellklausel in folgendem Sinne aufgenommen wird:
Der Bezug und die Ausrichtung von geringfügigen sozial üblichen Vorteilen stellt keine strafbare Handlung dar, auch wenn solche Leistungen nicht von der Generalversammlung genehmigt wurden.
- eine Klärung im Erläuternden Bericht, dass Dienstleistungen, welche im unmittelbaren Zusammenhang mit der Erbringung der Tätigkeiten der Organmitglieder geleistet werden, keine Vergütungen i. S. von E-Art. 14 Abs. 2 darstellen

Präzisierungen in E-Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4, Ziff. 8 und betr. „verhindert“ in Ziff. 6 – 9

- E-Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 – Verweis auf Art. 6 nötig
► Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit **beantragen** wir, dass klargestellt wird, dass sich nur strafbar macht, wer entgegen E-Art. 6 die Geschäftsführung ganz oder zum Teil auf eine juristische Person überträgt. Der Wortlaut von Ziff. 4 sollte dementsprechend lauten: „.... die Geschäftsführung entgegen der Vorschrift von Art. 6 ganz oder zum Teil an eine juristische Person überträgt.“

- E-Art. 24 Abs. 1 Ziff. 8 – Tatbestand muss enger gefasst werden
Ziff. 8 sieht vor, dass sich strafbar macht, wer verhindert, dass die Aktionäre der unabhängigen Stimmrechtsvertretung elektronische Vollmachten oder Weisungen erteilen können. Dieser Wortlaut lässt darauf schliessen, dass Verwaltungsrat und Geschäftsleitung **als Garanten** generell sicherstellen müssen, dass die elektronische Vollmachten- und Weisungserteilung möglich ist. Sie müssten unter dieser Sichtweise den Aktionären nicht nur generell die Möglichkeit geben, ihre Stimmrechtsausübung elektronisch über den unabhängigen Stimmrechtsvertreter auszuüben, sondern auch sicherstellen, dass eine solche im konkreten Fall möglich ist.

Der unabhängige Stimmrechtsvertreter selber wird (richtigerweise) vom Tatbestand nicht erfasst und wird strafrechtlich nicht belangt, wenn er die elektronische Vollmachten- oder Weisungserteilung verhindert. Unter der vorgeschlagenen Bestimmung könnte der Eindruck entstehen, dass Verwaltungsrat und Geschäftsleitung für dessen Fehlverhalten einzustehen hätten, wenn sie dieses hätten abwenden können. Die **Haftung des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung wird durch die vorgeschlagene Bestimmung sehr weit ausgedehnt** und auferlegt der Unternehmensführung überrissene und unverhältnismässige Überwachungspflichten, die über die Zielsetzung von Art. 95 Abs. 3 Bst. d hinausgehen.

- Wir **beantragen** daher eine Neuformulierung von E-Art. 24 Abs. 1 Ziff. 8, die bspw. wie folgt lauten könnte: „die geeigneten und zumutbaren organisatorischen Vorkehren dafür nicht trifft, dass die Aktionäre der unabhängigen Stimmrechtsvertretung elektronisch Vollmachten und Weisungen erteilen können“.

- E-Art. 24 Abs. 1 Ziff. 6 – 9 betr. „verhindert“ – Präzisierung nötig
Es ist zu wenig klar, welche Verhaltensweisen unter „verhindert“ erfasst werden. Dies birgt die Gefahr erhebender Rechtsunsicherheit.

- Wir sind daher der Ansicht und **beantragen**, dass klargestellt wird, dass der Täter sich nur dann strafbar macht, wenn er absichtlich bzw. aktiv das betreffende Ereignis bzw. den betr. Er-

folg verhindert. Dies müsste dadurch erfolgen, dass in den jeweiligen Tatbeständen „verhindert“ durch „aktiv verhindert“ ersetzt wird.

E-Art. 24 Abs. 2 – Wahrung der praktischen Konkordanz mit dem geltenden Strafrecht bezüglich des Maximalrahmens für Geldstrafen

Mit E-Art. 24 Abs. 2 wird der geltende Maximalrahmen für Geldstrafen derogiert. Dies, weil er Geldstrafen zulässt, die über den durch Art. 34 Abs. 2 Satz 1 StGB vorgesehenen Rahmen hinausgehen. Zwar lässt auch Art. 333 Abs. 5 StGB für das Nebenstrafrecht einen Bussenrahmen zu, der über Art. 34 StGB hinausgeht. Im geltenden Nebenstrafrecht finden sich allerdings nur ausnahmsweise Bussen, die den vom Strafgesetzbuch vorgegebenen Rahmen sprengen. Art. 89 Abs. 2 KEG stellt ein Beispiel dafür dar. Diese Bestimmung sieht einen maximalen Bussenrahmen von 5 Millionen Franken vor. Allerdings handelt sich bei diesem Straftatbestand um ein **Verbrechen** und die Busse kann lediglich **alternativ** (und nicht kumulativ wie unter der VgDA vorgesehen) zu einer Freiheitsstrafe verhängt werden.

Der in E-Art. 24 Abs. 2 vorgesehene Maximalrahmen für Geldstrafen geht damit weit über das hinaus, was bisher im schweizerischen Recht verankert ist. Es scheint uns wichtig, auch in diesem Zusammenhang eine möglichst hohe praktische Konkordanz (BGE 139 I 16 E. 4.2.2.) mit dem geltenden Rechtssystem anzustreben. Wie bereits dargelegt, kann nur durch die Befolgung dieses Grundsatzes auf die Dauer sichergestellt werden, dass das Rechtssystem in sich stimmig bleibt und nicht durch unabgestimmte und unausgewogene Normen und Wertungen willkürlich erscheint. Im vorliegenden Fall würde für eine einzige Kategorie von Delikten ein neuer massiv höherer Geldstrafenrahmen vorgesehen, der nota bene zwingend neben dem Aussprechen von Freiheitsstrafen zur Anwendung käme und dies erst noch „nur“ auf Verordnungsebene unter Ausschaltung des Parlaments. Wenn trotzdem über den geltenden Rahmen des Strafgesetzbuches für Geldstrafen hinausgegangen werden soll, scheint uns **zumindest nötig, die Höchstzahl der Tagesansätze, bspw. auf 720, zu begrenzen**. Bei Nicht-Bezahlung der Geldstrafen drohten ansonsten Ersatzfreiheitsstrafen, die völlig unverhältnismässig wären.

► Wir **beantragen**, die Regelung dem Parlament zu überlassen oder die maximale Höhe der Geldstrafe wie folgt festzulegen: „Die Geldstrafe darf sechs Jahresvergütungen nicht übersteigen. Die maximale Höhe des Tagesansatzes nach Art. 34 Abs. 2 Satz 1 StGB ist zu beachten. Die Anzahl Tagessätze beträgt höchstens [720].“

2. Nicht-Genehmigung von Vergütungsbeträgen durch die Generalversammlung – Neuregelung der Folgen (E-Art. 18)

SwissHoldings begrüsst ausdrücklich die Möglichkeit des Opting-out gemäss E-Art. 18 Abs. 3, d.h. von der grundsätzlich vorgesehenen Regelung zur Genehmigung der VR-, GL- und Beiratsvergütungen durch die Generalversammlung gemäss E-Art. 18 Abs. 1 statutarisch abweichen zu können.

Aus Sicht unserer Mitglieder unpraktikabel sind hingegen die von der E-VgDA **vorgesehenen Folgen einer Nicht-Genehmigung** (E-Art. 18 Abs. 2 – wenn ein Antrag des Verwaltungsrats von der Generalversammlung abgelehnt wird, soll dieser einen zweiten Antrag stellen und wenn auch

dieser abgelehnt wird, muss innert drei Monaten eine neue Generalversammlung durchgeführt werden).

Die Aktionäre würden diesfalls von Anfang an wissen wollen, welchen **zweiten Antrag** der Verwaltungsrat in der „Hinterhand“ hat (viele Gesellschaften führen bereits im Vorfeld einen Dialog mit den wichtigsten Investoren). Damit würde dessen **Wert und Funktion praktisch von Beginn weg beseitigt**. Mit dem Erfordernis eine **zweite Generalversammlung** abhalten zu müssen, würde den Unternehmen zudem ein **unverhältnismässiger und kaum tragbarer Kosten- und Ressourcenaufwand** auferlegt. Der Führung einer börsenkotierten Gesellschaft würde in einem solchen Fall die eigentliche Führungsarbeit längere Zeit verunmöglicht (Gefahr der Lähmung des Unternehmens). Sie müsste sich vorwiegend mit der Erarbeitung von neuen Entschädigungsvorschlägen und deren Erörterung mit Kernaktionären beschäftigen. Aktivistische Aktionäre könnten dieses Instrument zur Schwächung der Führung zu Lasten einer zukunftsgerichteten Wertschöpfung missbrauchen. Dies liegt nicht im Interesse einer wertschaffenden Corporate Governance. In der Praxis dürfte es zudem für grössere börsenkotierte Gesellschaften kaum möglich sein, innert der vorgegebenen kurzen Frist einen geeigneten und genügend grossen Tagungsort zu finden und die Versammlung vorzubereiten.

Zumindest unter dem Opting-out gemäss E-Art. 18 Abs. 3 sollte die Generalversammlung deshalb die Möglichkeit haben, eine von E-Art. 18 Abs. 2 **abweichende Regelung in den Statuten** vorsehen zu können. Denkbar wäre etwa, wie von Initianten selbst vorgeschlagen, dass die bisherige von der Generalversammlung genehmigte Vergütungssumme weiterhin massgebend bleibt. Für den Fall, dass dies zu störenden Resultaten führen würde (bspw. weil sich die Geschäftsergebnisse verschlechtern), könnte der **Vergütungsausschuss** beauftragt werden, interimistisch (bis zur nächsten Generalversammlung) Korrekturen an der Vergütungssumme vorzunehmen. Art. 95 Abs. 3 BV und die VgDA machen den Vergütungsausschuss zu einem speziellen „Agent“ der Generalversammlung. Das legitimiert ihn, eine besondere Rolle im Falle von Nichtgenehmigungen von Vergütungsbeträgen zu übernehmen. Der Vergütungsausschuss hätte dabei den Meinungen in der Generalversammlung Rechnung zu tragen. Weil er sich im nächsten Jahr der Generalversammlung zur Wiederwahl stellen muss, wäre auch sichergestellt, dass er dies tut. Strafbar bleiben würde selbstverständlich die Ausrichtung und der Bezug von Vergütungen über den vom Vergütungsausschuss festgesetzten Betrag hinaus.

► Wir **beantragen** daher:

- Eine Anpassung von E-Art. 18 Abs. 3 wie folgt: „Die Statuten können eine von den Absätzen 1 und 2 abweichende Regelung vorsehen. ...“
- Eventualiter: Bei Nicht-Genehmigung: Stipulierung der Weitergeltung des bisherigen Vergütungsbeschlusses mit der Möglichkeit/Verpflichtung des Vergütungsausschusses interimistisch Korrekturen vorzunehmen (vgl. Ausführungen oben).

3. Klärung und Präzisierung der Übergangsregelung

Unter der vorgeschlagenen Übergangsregelung sind verschiedene – teilweise technische – Punkte zu klären. Diese bedürfen der Klärung und Präzisierung.

- Übergangsregelung bei einem Opt-out gemäss E-Art. 18 Abs. 3

E-Art. 27 gibt den Gesellschaften für die Anpassung der Statuten und Reglemente eine Frist von zwei Jahren, ab Inkrafttreten dieser Verordnung, d.h. bis 31. Dezember 2015. Gemäss E-Art. 31 haben bereits an der Generalversammlung 2015 die ersten Abstimmungen über die Genehmigungen der Vergütungen der Organmitglieder zu erfolgen. Entscheidet sich eine Gesellschaft allerdings für das **Opting-out gemäss E-Art. 18 Abs. 3** entsteht ein **Widerspruch zwischen den Regelungen von E-Art. 27 und E-Art. 31**.

► Wir **beantragen** daher, dass beim Opting-out gemäss EArt. 18 Abs. 3 die erste Abstimmung über die Genehmigungen der Vergütungen der Organmitglieder erst im Jahr 2016 stattfinden muss.

- Genehmigungen der variablen Vergütungen an den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat

Gemäss E-Art. 28 sind die bestehenden Arbeitsverträge innerhalb eines Jahres ab Inkrafttreten dieser Verordnung anzupassen, d.h. bis 31. Dezember 2014. E-Art. 31 Abs. 2 schreibt vor, dass über die variablen Vergütungen erstmals für das Geschäftsjahr abzustimmen ist, das mit oder nach Inkrafttreten dieser Verordnung beginnt, d.h. für das Geschäftsjahr 2014, sofern das Geschäftsjahr am 1. Januar 2014 beginnt. Folglich wird an der Generalversammlung 2015 über die variablen Vergütungen für das Geschäftsjahr 2014 abgestimmt, mithin für eine Periode, in der die Arbeitsverträge noch nicht angepasst werden mussten. **Die Regelungen von E-Art. 28 und E-Art. 31 Abs. 2 stehen im Widerspruch.**

► Wir **beantragen** daher, dass die Übergangsfrist von Art. 31 Abs. 2 um ein Jahr verlängert wird.

- Vergütungsbericht

Eine ausdrückliche Übergangsbestimmung zum Vergütungsbericht (E-Art. 13 ff.) fehlt. Gemäss der Zusammenstellung des Bundesamts für Justiz zu den Übergangsbestimmungen / Anwendbarkeit der Verordnung gegen die Abzockerei ist gestützt auf E-Art. 26 bereits für die ordentliche Generalversammlung 2014 ein Vergütungsbericht zu erstellen. Der Vergütungsbericht ist retrospektiv. Müsste bereits für die ordentliche Generalversammlung 2014 ein Vergütungsbericht nach der neuen Verordnung erstellt werden, würde dieser über die Vergütungen im Geschäftsjahr 2013 Rechenschaft ablegen. Dies würde zu einer **Rückwirkung** führen, was gemäss E-Art. 26 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 SchlT ZGB unzulässig ist. Zudem müsste die Revisionsstelle gemäss E-Art. 17 überprüfen, ob der Vergütungsbericht "dem Gesetz, dieser Verordnung und den Statuten" entspricht. Für 2013 ist eine solche **Prüfungsbestätigung gar nicht möglich**.

► Wir **beantragen** daher, dass für die Erstellung des Vergütungsberichts nach den Bestimmungen der Verordnung eine angemessene Übergangsbestimmung geschaffen wird.

C. Weitere Anliegen

1. Neuer Titel der Verordnung

Der vorgeschlagene Titel der Verordnung erscheint sehr aufreisserisch und entspricht nicht der nüchternen und seriösen Rechtssetzungstradition der Schweiz.

► Wir **beantragen**, dass dieser geändert wird, bspw. in „Verordnung über Vergütungen für die Organe börsenkotierter Aktiengesellschaften“.

2. Wahl von Stellvertretern für das Verwaltungsratspräsidium (E-Art. 2 Ziff. 2 und 4 Abs. 1)

Die in E-Art. 4 Abs. 1 vorgesehene Wahl eines oder mehrerer Stellvertreter für das Verwaltungsratspräsidium durch die Generalversammlung geht über die Vorgaben von Art. 95 Abs. 3 BV hinaus. Es kann und soll aus unserer Sicht der Selbstkonstituierung des Verwaltungsrats überlassen werden, für den Fall des Ausscheidens eines Verwaltungsratspräsidenten eine Interimsregelung bis zur nächsten Generalversammlung zu treffen.

► Wir **beantragen**, in E-Art. 2 Ziff. 2 und E-Art. 4 Abs. 1 den Verweis auf die Wahl von Stellvertretern zu streichen.

3. Umschreibung der Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses (E-Art. 7 Abs. 4)

Es sollte klargelegt sein und ist im Übrigen auch sachgerecht, dass die Statuten die Umschreibung der Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses an das Organisationsreglement weiterdelegieren können. Dies umso mehr, weil Art. 95 Abs. 3 BV eine Bestimmung in der Form von E-Art. 7 Abs. 4 gar nicht verlangt.

► Wir **beantragen**, dass dies im Erläuternden Bericht ausdrücklich erwähnt wird.

4. Amtsdauer des UNAB (E-Art. 8 Abs. 3)

Zur Vermeidung von Unsicherheiten muss präzisiert werden, dass die Amtsdauer des Unabhängigen Stimmrechtsvertreters am Ende der nächsten Generalversammlung endet. Im Übrigen sollte die Abberufung analog Art. 705 OR geregelt werden. Bei einer Abberufung mit sofortiger Wirkung, wie dies der Entwurf vorsieht, könnte der Unabhängige Stimmrechtsvertreter nach dem Traktandum „Abwahl des unabhängigen Stimmrechtsvertreters“ die ihm für die nachfolgenden Traktanden übertragenen Stimmen nicht mehr ausüben.

► Wir **beantragen** daher, in E-Art. 8 Abs. 3 zu präzisieren, dass die Amtsdauer am Ende der nächsten ordentlichen Generalversammlung endet und in E-Art. 8 Abs. 4 „jederzeit mit sofortiger Wirkung“ zu streichen.

5. Weisungserteilung an den UNAB (E-Art. 9 Abs. 2) und Folgen der Weisungslosigkeit (E-Art. 10 Abs. 2)

Aus Art. 95 Abs. 3 BV ergibt sich keine Notwendigkeit, die Weisungserteilung an den Unabhängigen Stimmrechtsvertreter bei Spontananträgen und die Folgen der Weisungslosigkeit in der VgdA zu regeln. Hier weicht der Vorentwurf leider von der Vorgabe ab, sich auf den Inhalt der Verfassungsbestimmung zu beschränken. Da sich widersprechende Spontananträge gestellt werden können, ist die vorgeschlagene Regelung denn auch kaum praktikabel, resp. würde zu vielen Enthaltungen führen. Die Regelung gemäss E-Art. 10 Abs. 2 würde in dieser Situation Generalversammlungsresultate klar verfälschen und könnte zu (Zufalls-)Resultaten führen, die von der Gesamtheit der Aktionäre so gar nie gewollt gewesen wären.

► Wir **beantragen** daher, E-Art. 9 Abs. 2 und 10 Abs. 2 zu streichen.

6. Anzahl Tätigkeiten ausserhalb des Konzerns – präzisere Regelung (E-Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1)

Ziel der Minder-Initiative war, eine Kumulation von Mandaten in börsenkotierten Gesellschaften zu verhindern. Die in E-Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1 gewählte Formulierung geht weit über das hinaus. Nicht nur wird mit „Rechtseinheiten die verpflichtet sind, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen“ ein Begriff verwendet, der viele Fragen offenlässt (sind auch Rechtseinheiten erfasst, die nicht Unternehmen sind, bspw. im Handelsregister eingetragene Stiftungen? Sind auch ausländische Handelsregister erfasst?). Die Bestimmung erfasst Situationen, die auch sonst ausserhalb der Zielsetzung von Art. 95 Abs. 3 liegen. Bspw. werden auch Mandate umfasst, die in Ausübung der arbeitsvertraglichen Pflichten („ex officio“) wahrgenommen werden müssen (etwa Einsitznahme in Organe von Joint Venture Gesellschaften, an denen der Arbeitgeber keine Mehrheit hält), was in grossen Unternehmen relativ oft vorkommen kann.

► Wir **beantragen** daher, die Bestimmung auf Mandate in börsenkotierten Gesellschaften zu beschränken, eventualiter im Erläuternden Bericht zumindest festzuhalten, dass Mandate, die „ex officio“ wahrgenommen werden müssen, nicht unter die Regelung fallen.

7. Umschreibung „Höhe der Darlehen und Kredite“ (E-Art. 12 Abs. 2 Ziff. 1)

► Wir **beantragen**, dass im Erläuternden Bericht klargestellt wird, dass die Höhe von Darlehen und Krediten nicht nur mit konkreten Zahlen sondern auch in bestimmbarer Weise umschrieben werden kann.

8. Vergütungsbericht und dessen Prüfung durch die Revisionsstelle (E-Art. 13ff.)

Wir gehen davon aus, dass der bisher **geltende Materialitätsgrundsatz** sowohl für die Offenlegung der Vergütungen wie auch für deren Prüfung durch die Revisionsstelle weiterhin Geltung hat.

► Aus Gründen der Rechtssicherheit **beantragen** wird, dass dies im Erläuternden Bericht so ausdrücklich festgehalten wird.

9. Zusatzbetrag für Geschäftsleitung – präzisere Formulierung der Bestimmung (E-Art. 19 Abs. 1)

In der Formulierung von E-Art. 19 Abs. 1 wurde der Möglichkeit nicht Rechnung getragen, dass ein Unternehmen ein Opt-out gemäss E-Art. 18 Abs. 3 machen kann.

► Wir **beantragen** daher folgende Präzisierung von E-Art. 19 Abs. 1: „...die nach der Genehmigung der Vergütung nach Art. 18 Abs. 1 Ziff. 3 oder Art. 18 Abs. 3 ernannt werden“

10. Unzulässige Vergütungen – Abgrenzungsschwierigkeiten verringern (E-Art. 20/21)

Wie bereits erwähnt, besteht insbesondere in Bezug auf Abgangsentschädigungen eine grosse Rechtsunsicherheit, welche Zahlungen darunter fallen und welche nicht. Es ergeben sich **in der Praxis zahlreiche Abgrenzungsschwierigkeiten**. Wir würden es daher sehr begrüssen, wenn zumindest im Rahmen des Erläuternden Berichts klarere Leitplanken verankert werden, was erlaubt ist und was nicht. Es stellt sich zudem die Frage, wie die Situation zu beurteilen ist, wenn ein Arbeitsvertrag eines Geschäftsleitungsmitglieds ausländischem Recht untersteht und das betreffende Land unter seinem Recht bei der Auflösung von Arbeitsverträgen bspw. die zwin- gende Ausrichtung von Abgangsentschädigungen vorsieht. Auch diesbezüglich wäre – zumal mit Blick auf die strafrechtlichen Sanktionen - eine Klärung wichtig.

D. VgdA-Bestimmungen/Regelungen, die von SwissHoldings ausdrücklich begrüsst werden

1. Opting-out Möglichkeit gemäss E-Art. 18 Abs. 3

Das Bestehen dieser Möglichkeit ist sehr wichtig, weil sie den Unternehmen eine praktikable Alternative zu den Abstimmungen unter E-Art. 18 Abs. 1 bietet. Vgl. auch oben B. Ziff. 2.

2. Zusatzbetrag für die Geschäftsleitung (E-Art. 19)

Wir begrüssen die Klärung im Erläuternde Bericht (S. 23), dass die Statuten auch einen bestimm- baren Zusatzbetrag vorsehen können.

3. Unterscheidung Vergütungen im Voraus / Antrittsprämien

Wir begrüssen die Klärung im Erläuternde Bericht (S. 25). Aus Sicht der Wirtschaft ist vital, dass Vergütungen im Voraus und Antrittsprämien klar unterschieden werden.

4. Übertragung der Geschäftsführung – Bestätigung der jetzigen Rechtslage

Wir begrüssen die Klärung im Erläuternden Bericht (S. 12), dass E-Art. 6 die jetzige Rechts- lage bestätigt und bedeutet, dass juristische Personen nicht als Mitglied der Leitungs- und Verwaltungsorgane in das Handelsregister eingetragen werden dürfen. Um jegliche Missver- ständnisse zu vermeiden, wäre allenfalls gar vorzuziehen, direkt den Wortlaut von Art. 95 Abs. 3 lit. b BV zu verwenden: „Die Führung der Gesellschaft kann nicht an eine juristische Person delegiert werden“

5. Ausgestaltung der elektronischen Fernabstimmung

Wir begrüssen, dass kein „direct voting“ verlangt wird und dass die Gesellschaften in der Ausgestaltung der elektronischen Identifikations- und Kommunikationssysteme grundsätzlich frei sind.

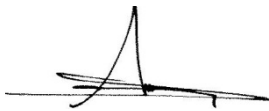
6. Stimm- und Offenlegungspflicht für Vorsorgeeinrichtungen

Die vorgeschlagenen Regelungen werden klar unterstützt. Sie respektieren den Volkswillen, sind praxistauglich und entsprechen weitgehend den Richtlinien für institutionelle Investoren, die Wirtschaftsverbände, zusammen mit den Vorsorgeeinrichtungen und institutionellen Anlegern erlassen haben.

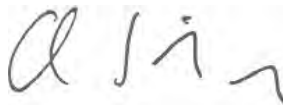
Wir hoffen sehr, dass unsere Vorbringen angemessen berücksichtigt werden können. In diesem Sinne, danken wir Ihnen, sehr geehrte Frau Bundesrätin, für die wohlwollende Prüfung unserer Anliegen und stehen Ihnen und den zuständigen Stellen in Ihrem Departement selbstverständlich jederzeit für allfällige Fragen zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

SwissHoldings



Michel Demaré
Präsident



Christian Stiefel
Direktor

cc

- SH-Vorstand
- David Frick, Vorsitzender der SH-Fachgruppe Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Zürich, 15. Juli 2013

**Stellungnahme zum Vorentwurf betreffend die
Strafbestimmungen der Verordnung gegen die
Abzockerei (VgdA)**

(vom 22. November 2013)

von

Prof. Dr. Andreas Donatsch

Ordentlicher Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht

an der Universität Zürich

Widenbüelstrasse 24

8103 Unterengstringen

Inhaltsverzeichnis

A)	Gutachtensauftrag	2
B)	Gutachtliche Stellungnahme	3
I.	Ausgangslage und rechtliches Umfeld	3
1.	Umsetzung der Verfassungsnorm	3
1.1	<i>Verfassungsrecht</i>	3
1.2	<i>Wortlaut von Art. 24 f. VgDA</i>	4
1.3	<i>Besonderheiten der Normsetzung</i>	5
2.	Rechtliche Rahmenbedingungen und Zielsetzung der Verordnung	5
II.	Beurteilung der Strafbestimmungen der VgDA im Allgemeinen	6
1.	Bestimmung des Unrechtsgehalts von Straftatbeständen	6
2.	Gewichtung von strafrechtlich erfassten bzw. zu erfassenden Verhaltensweisen	7
2.1	<i>Gewichtung gemäss VGdA</i>	7
2.2	<i>Unterschiedliche Unrechtsgehalte der in Art. 24 und 25 VgDA umschriebenen Verhaltensweisen</i>	7
2.21	<i>Unterschiedliche Strafandrohungen in Art. 24 und 25 VgDA</i>	7
2.22	<i>Unterschiedliche Strafandrohungen innerhalb von Art. 24 VgDA</i>	7
3.	Beurteilung der einzelnen Tatbestände gemäss Art. 24 Abs. 1 VgDA	9
3.1	<i>Allgemeines zu Ziff. 1 und Ziff. 2</i>	9
3.11	<i>Umschreibung der Tatbestände</i>	9
3.12	<i>Fehlende Regelung für geringfügige Widerhandlungen</i>	9
a)	<i>Ausgangslage</i>	9
b)	<i>Anwendung von Art. 52 f. StGB?</i>	10
c)	<i>Antragsdelikt?</i>	10
d)	<i>Ausschluss geringfügiger, sozialüblicher Vorteile?</i>	11
3.2	<i>Ziff. 1</i>	
3.3	<i>Ziff. 3 (vor der Streichung von Ziff. 1)</i>	12
3.4	<i>Ziff. 4 (vor der Streichung von Ziff. 1 und Ziff. 3)</i>	13
3.5	<i>Ziff. 5 bis Ziff. 9 (vor der Streichung von Ziff. 1 und Ziff. 3)</i>	13
3.6	<i>Ziff. 8 (vor der Streichung von Ziff. 1 und Ziff. 3)</i>	14
3.7	<i>Ziff. 9 (vor der Streichung von Ziff. 1 und Ziff. 3)</i>	14
III.	Beurteilung der Sanktionen	14
1.	Die Sanktion «Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe»	14
2.	Unterschiedliche Sanktionen für die Tatbestände gemäss Art. 24 VgDA	15
3.	Höhe der Geldstrafe nach Art. 24 Abs. 2 VgDA	15
C)	Schlussfolgerungen	17
D)	Literaturverzeichnis	18

A) Gutachtensauftrag

Wie ist die Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 BV mit Bezug auf die Strafbestimmungen einzuschätzen?

Bei der Stellungnahme ist davon auszugehen, dass der Bundesrat befugt ist, die Strafbestimmungen in einer Verordnung zu umschreiben und dass er zufolge des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht generell, d.h. für alle Tatbestände, an die in Art. 95 Abs. 3 BV vorgesehene Strafandrohung gebunden ist.

B) Gutachtliche Stellungnahme

I. Ausgangslage und rechtliches Umfeld

1. Umsetzung der Verfassungsnorm

1.1 Verfassungsrecht

Am 3. März 2013 haben Volk und Stände der Volksinitiative «gegen die Abzockerei zugestimmt».

Der neu in die BV¹ aufgenommene Art. 95 Abs. 3 lautet folgendermassen:

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

- a. Die Generalversammlung stimmt jährlich über die Gesamtsumme aller Vergütungen (Geld und Wert der Sachleistungen) des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates ab. Sie wählt jährlich die Verwaltungsratspräsidentin oder den Verwaltungsratspräsidenten und einzeln die Mitglieder des Verwaltungsrates und des Vergütungsausschusses sowie die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder den unabhängigen Stimmrechtsvertreter. Die Pensionskassen stimmen im Interesse ihrer Versicherten ab und legen offen, wie sie gestimmt haben. Die Aktionärinnen und Aktionäre können elektronisch fernabstimmen; die Organ- und Depotstimmrechtsvertretung ist untersagt.
- b. Die Organmitglieder erhalten keine Abgangs- oder andere Entschädigung, keine Vergütung im Voraus, keine Prämie für Firmenkäufe und -verkäufe und keinen zusätzlichen Berater- oder Arbeitsvertrag von einer anderen Gesellschaft der Gruppe. Die Führung der Gesellschaft kann nicht an eine juristische Person delegiert werden.
- c. Die Statuten regeln die Höhe der Kredite, Darlehen und Renten an die Organmitglieder, deren Erfolgs- und Beteiligungspläne und deren Anzahl Mandate ausserhalb des Konzerns sowie die Dauer der Arbeitsverträge der Geschäftsleitungsmitglieder.
- d. Widerhandlung gegen die Bestimmungen nach den Buchstaben a–c wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen bestraft.»

Die Übergangsbestimmungen der Bundesverfassung wurden mit Art. 197 Ziff. 10 wie folgt ergänzt:

«10. Übergangsbestimmung zu Art. 95 Abs. 3

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.»

¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

1.2 Wortlaut von Art. 24 f. VgdA

In der Folge hat das Bundesamt für Justiz den Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei² sowie einen erläuternden Bericht³ dazu vorgelegt. Diese Bestimmungen haben den folgenden Wortlaut:

«Art. 24 Strafbarkeit der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates

¹ Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren wird bestraft, wer als Mitglied des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung oder des Beirates vorsätzlich:

1. Vergütungen bezieht oder ausrichtet, über die die Generalversammlung nicht abstimmen konnte oder deren Genehmigung sie verweigert hat (Art. 18);
2. unzulässige Vergütungen nach Artikel 20 oder 21 bezieht oder ausrichtet;
3. Tätigkeiten nach Artikel 12 Absatz 1 Ziffer 1 ausübt, die gemäss den Statuten nicht zulässig sind;
4. die Geschäftsführung ganz oder zum Teil an eine juristische Person überträgt (Art. 6);
5. eine Depot- oder Organvertretung oder eine andere als die von der Generalversammlung gewählte unabhängige Stimmrechtsvertretung (Art. 8) einsetzt;
6. verhindert, dass die Generalversammlung jährlich und einzeln die Mitglieder und den Präsidenten des Verwaltungsrates, die Mitglieder des Vergütungsausschusses sowie die unabhängige Stimmrechtsvertretung wählen kann (Art. 3, 4, 7 und 8);
7. verhindert, dass die Generalversammlung jährlich über die Genehmigung der Vergütungen abstimmen kann (Art. 18);
8. verhindert, dass die Aktionäre der unabhängigen Stimmrechtsvertretung elektronisch Vollmachten und Weisungen erteilen können (Art. 9 Abs. 3);
9. verhindert, dass die Statuten die Bestimmungen nach Artikel 12 Absatz 1 enthalten.

² Mit der Freiheitsstrafe ist eine Geldstrafe zu verbinden. Das Gericht ist dabei nicht an die maximale Höhe des Tagessatzes nach Artikel 34 Absatz 2 Satz 1 des Strafgesetzbuches gebunden; die Geldstrafe darf jedoch sechs Jahresvergütungen nicht übersteigen.

² Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei vom 22. November 2013 (VgdA).

³ Erläuternder Bericht zum Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA) vom 14. Juni 2013.

Art. 25 Strafbarkeit bei Vorsorgeeinrichtungen

Mit der Geschäftsführung betraute Personen oder Mitglieder des obersten Organs einer dem FZG unterstellten Vorsorgeeinrichtung, die die Stimmpflicht nach Artikel 22 oder die Offenlegungspflicht nach Artikel 23 vorsätzlich verletzen, werden mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft».

1.3 Besonderheiten der Normsetzung

Der Initiativ- und damit der einschlägige Verfassungstext zeichnen sich durch einen sehr hohen Detaillierungsgrad aus. Das hat zur Folge, dass der Gesetzgeber, d.h. das eidgenössische Parlament, mit Blick auf die Regelung dieser Materie weitgehend verdrängt bzw. «ausgehebelt» wird.

Das kann dazu führen, dass bei der Umsetzung des Verfassungsauftrags im Gesamtzusammenhang erkennbar werdende Wertungswidersprüche im Rahmen der Gesetzgebung nur schwer oder überhaupt nicht in befriedigender Weise gelöst werden können.

2. Rechtliche Rahmenbedingungen und Zielsetzung der Verordnung

Sämtliche Vorgaben der Bestimmung von Art. 95 Abs. 3 BV sollen umgesetzt werden. Auf direkte Eingriffe ins OR⁴, BVG⁵ sowie das StGB⁶ wird verzichtet⁷.

Daraus folgt, dass die Umsetzung der Verfassungsbestimmung derart erfolgen soll, dass sich die VgdA als Ganze sowie die einzelnen Bestimmungen im Besonderen unter Berücksichtigung des verfassungsmässig vorgegebenen Rahmens in die bestehende Rechts- und Werteordnung einzufügen hat. Eine Auslegung von Art. 95 Abs. 3 BV, mit welcher dem verfassungsrechtlichen Gesamtkontext nicht Rechnung getragen würde, und welche den Willen des Initianten in den Vordergrund rücken würde, wäre nicht zulässig. Anders würde es sich nur dann verhalten, wenn Art. 95 Abs. 3 BV zu entnehmen wäre, dass er sich im Sinne einer verfassungsrechtlichen Kollisionsregel eindeutig den Vorrang zu den anderen betroffenen Verfassungsvorgaben zuweisen würde. Das ist nicht ersichtlich. Im Übrigen kommt dem Umstand allein, dass Art. 95 Abs. 3 BV jüngeren Datums ist als die anderen zu beachtenden Verfassungsbestimmungen, keine ausschlaggebende Bedeutung zu⁸.

⁴ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220.

⁵ Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG), SR 831.40.

⁶ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

⁷ Bericht (Fn. 3), 6.

⁸ BGE 139 I 24 f.; HANGARTNER/KLEY, 840 ff.

Angesichts der übrigen Verfassungsbestimmungen betreffend die Grundsätze der Wirtschaftsordnung ist somit davon auszugehen, dass bei der Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 BV die Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft – wie sie insbesondere in Art. 94 Abs. 2 BV sowie in der Pflicht des Bundes und der Kantone zur Gewährleistung günstiger Rahmenbedingungen gemäss Art. 94 Abs. 3 BV verankert sind – mit berücksichtigt werden.

Zudem sind die in Art. 5 BV verankerten Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns – dazu gehören namentlich die Wahrung des öffentlichen Interesses sowie die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und von Treu und Glauben – zu respektieren.

In diesem Sinne ist bei der Ausgestaltung der Verordnung – soweit sich dies mit den Vorgaben von Art. 95 Abs. 3 BV vereinbaren lässt und sofern gemäss den Ausführungsbestimmungen nach Art. 197 Ziff. 10 BV nicht unzweifelhaft das Gegenteil erforderlich ist – darauf zu achten, dass ein rechtstreu und vernünftig handelndes Mitglied eines Verwaltungsrats, einer Geschäftsleitung sowie eines Beirats die zu statuierenden Vorschriften im geschäftlichen Alltag einhalten kann; diese gedachte «Massfigur» soll bei ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit nicht ständig Gefahr laufen, gegen einzelne oder mehrere Vorschriften zu verstossen und sich strafbar zu machen.

II. Beurteilung der Strafbestimmungen der VgdA im Allgemeinen

1. Bestimmung des Unrechtsgehalts von Straftatbeständen

Der Unwert bzw. das Unrecht, welches einem bestimmten (in einem strafrechtlichen Tatbestand umschriebenen bzw. zu umschreibenden) Verhalten zukommt, lässt sich in erster Linie aus der Höhe der für den Verletzungsfall angedrohten Sanktion ableiten⁹. Da beispielsweise die vorsätzliche Tötung gemäss Art. 111 StGB mit Freiheitsstrafe zwischen fünf und zwanzig Jahren zu sanktionieren ist, wird dem betreffenden Verhalten (und dem entsprechenden Erfolg) ein grösseres Unrecht beigemessen als beispielsweise einem Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB) oder dem Missbrauch von Lohnabzügen (Art. 159 StGB), für welche Delikte das Gesetz «Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe» vorsieht. Noch weniger schwer wiegende Verstösse werden als Übertretungen erfasst, für welche ausschliesslich Busse angedroht wird (Art. 103 StGB).

Entscheidet der Gesetzgeber, welche Sanktion für ein bestimmtes Verhalten angemessen sei, so muss er bestimmen, welcher Unwert bzw. welches Unrecht mit diesem Verhalten und/oder dem damit bewirkten Erfolg verbunden ist. Dabei orientiert er sich insbesondere an vergleichbaren Verhaltensweisen, welche bereits in Strafnormen umschrieben sind. Mit zu berücksichtigen ist stets der Grundsatz der Verhältnismässigkeit¹⁰.

⁹ Vgl. dazu, DONATSCH/TAG, § 18 Ziff. 2; STRATENWERTH, AT I, § 8 N 10, § 10 N 1.
¹⁰ Vgl. Bericht (Fn. 3), 33.

2. Gewichtung des Unwerts bzw. Unrechts der gemäss Art. 95 Abs. 3 BV strafbaren Verhaltensweisen

2.1 Gewichtung gemäss VGdA

Der Bundesrat hat bei der Ausarbeitung des Vorentwurfs zum VGdA richtigerweise das Verhältnismässigkeitsprinzip zur Anwendung gebracht. Gestützt darauf hat er für Art. 24 und 25 VGdA unterschiedliche Strafandrohungen vorgeschlagen¹¹. Die in Art. 24 VGdA angeführten Verhaltensweisen sollen mit «Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe», die in Art. 25 VGdA umschriebene Handlung mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft werden.

Damit hat der Verordnungsgesetzgeber (richtigerweise) zum Ausdruck gebracht, dass es mit Art. 95 Abs. 3 BV vereinbar ist, die Sanktionshöhe dem Unwert der dort angeführten Verhaltensweisen anzupassen.

2.2 Unterschiedliche Unrechtsgehalte der in Art. 24 und 25 VGdA umschriebenen Verhaltensweisen

2.21 Unterschiedliche Strafandrohungen in Art. 24 und 25 VGdA

Zunächst ist die Entscheidung, für die in Art. 25 VGdA erfassten Handlungen die Sanktion der Geldstrafe vorzusehen, als angemessen zu qualifizieren.

2.22 Unterschiedliche Strafandrohungen innerhalb von Art. 24 VGdA

In Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 2 VGdA werden diejenigen Verhaltensweisen erfasst, welche zu recht mit «Abzockerei» in Verbindung gebracht werden können und welche nach dem Sinn und Zweck von Art. 95 Abs. 3 BV als schwere Rechtsverstösse qualifiziert werden müssen. Die in den erwähnten Ziffern umschriebenen Verhaltensweisen dürften mit Blick auf ihren Unrechtsgehalt mit dem Unrecht der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 [Absicht unrechtmässiger Bereicherung] StGB) vergleichbar sein. In beiden Fällen schädigt der treuepflichtige Täter das Unternehmen in pflichtwidriger Weise, indem er dessen Vermögenswerte in seinem eigenen Nutzen (oder zum Nutzen eines anderen) verwendet.

Art. 158 Ziff. 1 StGB lautet:

Wer aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrages oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, Vermögen eines andern zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, und dabei unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

¹¹ Bericht (Fn. 3), 34.

Wer als Geschäftsführer ohne Auftrag gleich handelt, wird mit der gleichen Strafe belegt.

Handelt der Täter in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, so kann auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren erkannt werden.

Obschon in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 VgDA eine Absicht unrechtmässiger Bereicherung nicht verlangt wird (und entsprechend – zumindest theoretisch – «Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren *oder* Geldstrafe» vorgesehen werden könnte), ist es nach hier vertretener Auffassung in Anwendung von Art. 95 Abs. 3 BV jedenfalls nicht unvertretbar, für diese beiden Tatbestände Freiheitsstrafe *und* Geldstrafe vorzusehen.

Anders verhält es sich bei den in den Ziff. 3 bis 9 umschriebenen Tatbeständen. Bei diesen Verhaltensweisen geht es nicht darum, dass der Täter sich aus dem Vermögen «seiner» Gesellschaft bedient, d.h. nicht um «Abzockerei» im eigentlichen Sinne, sondern um Widerhandlungen im Vorfeld, welche geeignet sind, die «Abzockerei» zu ermöglichen. Die Konstellation ist mit derjenigen der ungetreuen Geschäftsbesorgung ohne Absicht unrechtmässiger Bereicherung vergleichbar, weil auch diese Bestimmung ein gegen die Unternehmung gerichtetes, pflichtwidriges Verhalten verlangt, wobei der Täter nicht die Absicht hat, sich selbst oder einen anderen zu bereichern. Für dieses Verhalten wird in Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB «Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren *oder* Geldstrafe» angedroht.

Im Übrigen wird auch im Bericht im Zusammenhang mit den Bemerkungen zu Art. 25 VgDA davon ausgegangen, für Widerhandlungen im Rahmen dieser Bestimmung rechtfertige sich eine mildere Sanktion – ausschliesslich Geldstrafe – weil sich der Täter nicht bereichern könne¹².

Entsprechend erscheint es in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips angezeigt, für die Verhaltensweisen gemäss den Ziff. 3 bis 9 deshalb weniger schwere Strafandrohungen vorzusehen als für die Handlungen gemäss Ziff. 1 und 2, weil mit den ersteren weniger schweres Unrecht verwirklicht wird als mit den letzteren.

Da für die Straftaten nach Ziff. 1 und Ziff. 2 als Sanktionen «Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren *und* Geldstrafe» vorgesehen ist, liegt es nahe, für die Tatbestände von Ziff. 3 bis 9 «Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren *oder* Geldstrafe» oder – analog zu Art. 25 VGdA – ausschliesslich «Geldstrafe» anzudrohen. Diese Sanktionen wären mit dem Wertsystem des StGB vereinbar. Die Strafdrohung «Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren *oder* Geldstrafe» entspräche beispielsweise der Sanktion der arglistigen Vermögensschädigung gemäss Art. 151 StGB und – wie bereits erwähnt – derjenigen der ungetreuen Geschäftsbesorgung ohne Absicht unrechtmässiger Bereicherung nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB. Bei diesen Delikten entsteht zwar ein Schaden, jedoch bereichert sich der Täter nicht aus diesem. Insofern bestehen gewisse Parallelen zu den Tatbeständen gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 bis 9 VgDA.

¹² Bericht (Fn. 3), 34.

3. Beurteilung der einzelnen Tatbestände gemäss Art. 24 Abs. 1 VgdA

3.1 Allgemeines zu Ziff. 1 und Ziff. 2

3.11 Umschreibung der Tatbestände

Der Wortlaut der beiden Bestimmungen ist hinreichend klar.

Man kann sich fragen, ob nur bestraft werden soll, wer nicht nur um die objektiven Merkmale des Tatbestandes weiss und diese auch direkt verwirklichen will oder ob eventualvorsätzliches Handeln eingeschlossen sein soll. Für die Formulierung «wider besseres Wissen» würde sprechen, dass mit dem Begriff der «Abzockerei» wohl ein direkter Vorsatz suggeriert wird. Zudem wäre die Unterscheidung zwischen klar unzulässiger Ausrichtung bzw. Entgegennahme von Vergütungen einerseits und der Ausrichtung bzw. Entgegennahme von vermögenswerten Leistungen, die als solche nicht direkt erkennbar sind (bei denen aber gesagt werden kann, der Täter habe angesichts der konkreten Umstände in Kauf genommen, eine Vergütung im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 VgdA auszurichten bzw. entgegenzunehmen), andererseits, einfach möglich. Gegen eine solche Argumentation spricht, dass bei den Vermögensdelikten des StGB regelmässig kein direkter Vorsatz verlangt wird, sondern einfacher Vorsatz – und damit gemäss Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB auch Eventualvorsatz – genügt.

3.12 Fehlende Regelung für geringfügige Widerhandlungen

a) Ausgangslage

Der VgdA lässt sich nicht entnehmen, wie vorzugehen ist, falls die Vergütungen, welche bezogen oder ausgerichtet werden, geringfügig und/oder allgemein üblich sind. Zu denken ist etwa daran, dass einem Geschäftsführer das Firmenauto für eine Fahrt überlassen wird, obschon er einen Pauschalbetrag für Spesen erhält, welche im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit anfallen. Mit Bezug auf dieses Verhalten könnte die Auffassung vertreten werden, der Geschäftsführer habe in unrechtmässiger Weise eine Vergütung bezogen. Analog verhält es sich bei weiteren ähnlichen Sachverhalten.

Möglich wäre in einer derartigen Situation, den Täter, dessen Verhalten sich unter Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 2 VgdA subsumieren lässt, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe zu sanktionieren. Diese Konsequenz erscheint mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip kaum vereinbar.

b) *Anwendung der Art. 52 f. StGB?*

Denkbar wäre es, auf die mögliche Anwendung von Art. 52 und 53 StGB, welche gestützt auf Art. 333 Abs. 1 StGB anwendbar sind¹³, hinzuweisen. Zu beachten ist jedoch, dass bei Art. 52 f. StGB durch das Strafverfolgungsorgan Wertungen vorzunehmen sind. Gestützt darauf *kann* «von der Strafverfolgung einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung» abgesehen werden. Dass im Falle der Geringfügigkeit und/oder der Sozialüblichkeit einer Vergütung keine Strafverfolgung und Bestrafung erfolgt, ist gestützt auf Art. 52 f. StGB zwar möglich, nicht aber sichergestellt¹⁴.

c) *Antragsdelikt?*

Die Verfolgung geringfügiger Widerhandlungen gegen Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 VgDA könnte nicht aufgrund der Offizialmaxime von Amtes wegen durchgeführt, sondern von der Stellung eines Strafantrags abhängig gemacht werden¹⁵. Eine derartige Regelung würde derjenigen der geringfügigen Vermögensdelikte gemäss Art. 172^{ter} Abs. 1 StGB entsprechen¹⁶. Gegen eine solche Regelung spricht, dass richtigerweise nicht unmittelbar die Aktionäre, sondern die Aktiengesellschaft in ihren rechtlichen geschützten Interessen betroffen ist¹⁷. Demnach wäre der Verwaltungsrat oder die Geschäftsleitung für die Antragstellung zuständig. Eine derartige Lösung wäre nicht zielführend. Zwar wäre es denkbar, das Strafantragsrecht gesetzlich ausdrücklich den Aktionären zukommen zu lassen. Dies könnte die Gefahr mit sich bringen, dass die Leitung der Unternehmung – gerade sehr grosser Unternehmen – häufig in Strafverfahren verwickelt wäre, auch wenn diese schlussendlich mit Freisprüchen endeten. Dem Ansehen der Unternehmung wären derartige Strafverfahren nicht förderlich; die Verwaltungsräte sowie die Mitglieder der Geschäftsführung müssten zudem ihre Kapazitäten – oftmals unnötigerweise – für derartige Strafverfahren einsetzen. Sie könnten dies immerhin dadurch verhindern, dass sie mit den Antragstellern Vergleiche abschliessen, was den Anreiz für andere Aktionäre, ebenfalls Strafanträge zu stellen, fördern könnte. Überdies könnten sich Personen, welche eine Verurteilung tatsächlich befürchten müssten, auf diese Weise freikaufen¹⁸. Aus diesen Gründen kann die Einführung des Strafantrags nicht empfohlen werden.

¹³ Davon, dass der Allgemeine Teil des StGB im Falle des VgDA anwendbar ist, obschon es sich bei diesem um eine Verordnung und nicht – wie in Art. 333 Abs. 1 StGB statuiert – um ein Bundesgesetz handelt, wird hier ohne einlässliche Abklärung ausgegangen.

¹⁴ Vgl. dazu z.B. SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, Strafrecht II, § 5 Ziff. 2.2.

¹⁵ Vgl. dazu im Allgemeinen Bericht (Fn. 3), 34 f.

¹⁶ Vgl. DONATSCH, Strafrecht III, § 5 Ziff. 4.3; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 25 N 4 ff.

¹⁷ Bericht (Fn. 3), 35.

¹⁸ Bericht (Fn. 3), 35.

d) *Ausschluss geringfügiger, sozialüblicher Vorteile?*

Geht man vom Verhältnismässigkeitsgrundsatz aus sowie davon, dass gemäss der Zielsetzung die «Abzockerei» bestraft werden soll und nicht das an sich rechtstreu und vernünftig handelnde Mitglied der Geschäftsleitung, so erscheint es nicht nur unangemessen, derartige geringfügige Vergütungen unter die schwere Sanktion der Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe zu stellen, sondern, sie überhaupt zu sanktionieren. Bei dieser Sachlage empfiehlt sich eine Regelung, welche sich an diejenige der Korruptionsdelikte anlehnt (Art. 322^{octies} Ziff. 2 StGB und Art. 4a Abs. 2 UWG¹⁹). Danach fallen «geringfügige, sozialübliche Vorteile» nicht unter die Bestechungstatbestände²⁰.

Genau wie bei Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 VgdA handelt es sich im Übrigen auch bei den Bestechungstatbeständen gemäss Art. 322^{ter} ff. StGB um schwerwiegende Delikte. Die Tatbestände des Bestechens und des Sich-Bestechen-Lassens (Art. 322^{ter} und 322^{quater} StGB) sind als Verbrechen ausgestaltet, die Vorteilsgewährung und die Vorteilsannahme (Art. 322^{quinquies} und 322^{sexies} StGB sowie die Privatbestechung (Art. 4a Abs. 1 in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 UWG) werden mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe sanktioniert. Trotzdem hat der Strafgesetzgeber richtigerweise entschieden, bei allen Bestechungstatbeständen neben den dienstrechtlich erlaubten die «geringfügigen, sozialüblichen» nicht als «nicht gebührende Vorteile» zu erfassen (Art. 322^{octies} StGB).

Entsprechend wäre auch in der VgdA eine Norm vorzusehen, wonach Art. 24 VgdA im Falle «geringfügiger, sozialüblicher Vergütungen» nicht zur Anwendung gelangen würde.

3.2. Ziff. 1

Nach Art. 95 Abs. 3 lit. a BV «stimmt die Generalversammlung jährlich über die Gesamtsumme aller Vergütungen (Geld und Wert der Sachleistungen) des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates ab». Gestützt auf Art. 95 Abs. 3 lit. d BV wird eine Widerhandlung gegen diese Bestimmung mit «Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen» bestraft. Daraus folgt, dass an sich die Generalversammlung bzw. deren Mitglieder zu bestrafen wären, falls nicht über die erwähnten Vergütungen abgestimmt würde. Die zitierte Bestimmung lässt sich sinnvollerweise auch so auslegen, dass diejenigen Personen bestraft werden, welche ihre Verantwortung dafür nicht wahrnehmen, dass die Generalversammlung bzw. deren Mitglieder über die erwähnten Vergütungen abstimmen können.

In Art. 18 Abs. 1 VgdA wird gestützt auf die soeben erwähnte verfassungsmässige Grundlage festgelegt, die Generalversammlung müsse die Gesamtbeträge der fixen (Ziff. 1, 3 und 5) sowie der variablen (Ziff. 2, 4 und 6) Vergütungen genehmigen.

¹⁹ Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb, SR 241.

²⁰ DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, § 131 Ziff. 5.2 und § 137 Ziff. 3.19; STRATENWERTH/BOMMER, BT II, § 60 N 8.

Aus dem soeben Ausgeführten folgt, dass in Art. 95 Abs. 3 lit. a und d BV keine gesetzliche Grundlage dafür besteht, ein Mitglied des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung oder des Beirats dafür zu bestrafen, dass es «Vergütungen bezieht oder ausrichtet, über die die Generalversammlung nicht abstimmen konnte oder deren Genehmigung sie verweigert hat». Ein entsprechendes Verbot wird im Übrigen auch nicht in Art. 18 VgdA statuiert (was gestützt auf die erwähnte Verfassungsbestimmung ebenfalls nicht zulässig wäre).

Entsprechend findet die Pönalisierung der Verhaltensweisen gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 VgdA in 95 Abs. 3 lit. a und lit. d BV keine unmittelbare Grundlage.

Da die VgdA sich direkt auf die Verfassungsbestimmung von Art. 95 Abs. 3 BV stützt und Gesetzesfunktion übernimmt, dürfen dem Bürger durch diese keine Pflichten auferlegt werden, welche nicht ausdrücklich in der betreffenden Verfassungsbestimmung enthalten sind²¹.

Daraus ergibt sich, dass Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 VgdA zu streichen ist.

Die Verletzung der Pflichten, welche im Zusammenhang mit der jährlichen Abstimmung der Generalversammlung über die Vergütungen gemäss Art. 18 VgdA sanktioniert werden sollen, wird im Übrigen in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 7 umschrieben.

3.3 Ziff. 3 (vor der Streichung von Ziff. 1)

In Art. 95 Abs. 3 BV findet sich keine entsprechende Regelung.

Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1 VgdA schreibt vor, dass die Statuten Bestimmungen betreffend die zulässigen Tätigkeiten der Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats der obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane enthalten müssen. Eine Vorschrift, wonach das Ausüben von über die Statuten hinausgehenden Tätigkeiten den einzelnen natürlichen Personen untersagt ist, findet sich in Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1 VgdA nicht.

Da die VgdA sich – wie bereits unter Ziff. 3.2. ausgeführt – direkt auf die Verfassungsbestimmung von Art. 95 Abs. 3 BV stützt und Gesetzesfunktion übernimmt, dürfen dem Bürger durch diese keine Pflichten auferlegt werden, welche nicht ausdrücklich in der betreffenden Verfassungsbestimmung enthalten sind²².

Die Regelungsmaterie von Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1 VgdA ist im Übrigen in Art. 24 Ziff. 9 (vor der Streichung von Ziff. 1 und Ziff. 3) VgdA erfasst.

Daraus folgt, dass Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 VgdA (vor der Streichung von Ziff. 1) ersatzlos zu streichen ist.

²¹ BGE 130 I 149; vgl. auch HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, N 1860.

²² Vgl. Fn. 21.

3.4 Ziff. 4 (vor der Streichung von Ziff. 1 und Ziff. 3)

Grundsätzlich ist es zivilrechtlich erlaubt, die Geschäftsführung auf natürliche Personen zu übertragen, welche einer juristischen Person angehören, beispielweise einer Management AG. Was zivilrechtlich erlaubt ist, darf strafrechtlich grundsätzlich nicht verboten sein.

Der Tatbestand ist nicht eindeutig formuliert. Aus dem Gesamtkontext ergibt sich, dass sich diese Bestimmung auf Art. 6 VgdA bezieht. Danach darf die Geschäftsführung ausschliesslich an natürliche Personen delegiert werden.

Damit in dieser Hinsicht keine Zweifel aufkommen, sollte die Formulierung lauten: «...die Geschäftsführung entgegen der Vorschrift von Art. 6 ganz oder zum Teil an eine juristische Person überträgt».

3.5 Ziff. 5 bis Ziff. 9 (vor der Streichung von Ziff. 1 und Ziff. 3)

In diesen Tatbeständen wird die Tathandlung mit «verhindern» umschrieben.

Dieser Begriff wird auch im Kernstrafrecht verwendet, so z.B. beim Versuch nach Art. 23 StGB, bei der Strafbarkeit des Unternehmens nach Art. 102 Abs. 2 StGB, beim Tatbestand der kriminellen Organisation nach Art. 260^{ter} Ziff. 2 StGB sowie im Zusammenhang mit Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit gemäss Art. 264k Abs. 1 StGB. In diesen Bestimmungen wird gegenüber dem Täter der Vorwurf erhoben, er habe sich nicht bemüht bzw. nicht ausreichende Massnahmen getroffen, oder es wird im zugutegehalten, er habe sich bemüht, einen bestimmten Erfolg bzw. eine bestimmte Tätigkeit zu verhindern. Es geht in diesen Konstellationen also darum, dass vom Täter erwartet wird, sich in angemessener Weise für oder gegen eine bestimmte Entwicklung einzusetzen²³.

Demgegenüber soll nach den Ziff. 5 bis 9 (vor der Streichung von Ziff. 1 und Ziff. 3) derjenige bestraft werden, dessen Verhalten als ursächlich für den Nichteintritt eines Ereignisses oder Zustandes zu erachten ist. Daraus folgt, dass der Begriff «Verhindern» im Zusammenhang mit Art. 24 VgdA in einer anderen Bedeutung verwendet wird als im Kernstrafrecht.

In diesem Zusammenhang ist unklar, welche Verhaltensweisen unter Strafe gestellt werden sollen:

- Zum einen ergibt sich aus dem Wortlaut der Tatbestände nicht, ob es sich bei diesen um Tätigkeits- oder Erfolgsdelikte handelt. Im erstgenannten Fall wäre der Tatbestand beispielsweise bei Verwaltungsrat A erfüllt, wenn er sich im Gremium gegen die Einführung der elektronischen Abstimmung stemmt, dabei aber überstimmt wird. Im zweitgenannten Fall wäre er wegen Versuchs zu bestrafen.

²³ Vgl. dazu DONATSCH/TAG, Strafrecht I, § 37 Ziff. 2; NIGGLI, Basler Kommentar, Art. 102 N 254 ff.

- Sodann ist der Inhalt der Pflicht auslegungsbedürftig. Verhindert nur, wer sich dagegen ausspricht oder – je nach Ausgang der Abstimmung – auch derjenige, der sich der Stimme enthält oder nicht an der Abstimmung teilnimmt?

Es wäre zu prüfen, ob der betreffende Tatbestand nicht präziser umschrieben werden kann.

Das Problem dürfte sich entschärfen lassen, wenn vorausgesetzt würde, dass der Täter das betreffende Ereignis bzw. den betreffenden Erfolg «aktiv verhindert».

3.6 Ziff. 8 (vor der Streichung von Ziff. 1 und Ziff. 3)

Bei diesem Tatbestand stellt sich die Frage, welche Bedeutung dem Begriff «Verhindern» zukommen soll, besonders deutlich. Verhindert ein Mitglied des Verwaltungsrats die elektronische Erteilung von Vollmachten und Weisungen, wenn es zwar die technischen Voraussetzungen dafür einrichtet, das System aber aus irgendeinem Grund zur fraglichen Zeit ganz oder während einer gewissen Zeit nicht funktioniert? Es dürfte nicht die Auffassung des Gesetzgebers sein, die verantwortlichen Personen im Falle einer technischen Panne mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu sanktionieren.

Hier würde es sich – analog zu den erwähnten Bestimmungen im Kernstrafrecht – empfehlen, die Tathandlung folgendermassen zu umschreiben:

«... die erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren dafür nicht trifft, dass die Aktionäre der unabhängigen Stimmrechtsvertretung elektronisch Vollmachten und Weisungen erteilen können».

3.7 Ziff. 9 (vor der Streichung von Ziff. 1 und Ziff. 3)

Es kann auf die Ausführungen zu Ziff. 3 verwiesen werden.

III. Beurteilung der Sanktionen

1. Die Sanktion «Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe»

Nach Art. 10 Abs. 2 StGB liegt ein Verbrechen vor, wenn Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren angedroht ist. Gemäss Art. 10 Abs. 3 StGB sind Vergehen Taten, bei welchen die Sanktion auf Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe lautet.

Gestützt auf Art. 333 Abs. 2 lit. b StGB wird nach der Revision des AT StGB, welche am 1.1.2007 in Kraft trat, die bisherige Strafe «Gefängnis» durch «Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe» ersetzt.

Im Kernstrafrecht existieren für Vergehen nur ausnahmsweise Sanktionen, mit welchen «Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe» angeordnet werden²⁴. Vielmehr lautet die analoge Sanktion regelmässig auf «Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe», allenfalls Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe mit einem Mindesttagessatz²⁵.

Daraus folgt, dass die gemäss Art. 24 Abs. 1 und 2 VgdA (vor der Streichung von Ziff. 1) vorgesehene Sanktion Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, obligatorisch verbunden mit einer Geldstrafe, ansonsten im Strafrecht in aller Regel nicht vorgesehen ist. Sie passt auch nicht richtig in die gesetzlich vorgesehene Unterscheidung zwischen Verbrechen und Vergehen.

2. Unterschiedliche Sanktionen für die Tatbestände gemäss Art. 24 VgdA

Wie bereits ausgeführt, kann die Sanktion «Freiheitsstrafe und Geldstrafe» nach hier vertretener Auffassung ausschliesslich für die Tatbestände nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 VgdA (vor der Streichung von Ziff. 1) als nicht unangemessen erachtet werden.

Für die Tatbestände gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 bis 9 VgdA (vor der Streichung von Ziff. 1 und 3) wird die Strafandrohung von «Freiheitsstrafe oder Geldstrafe» bzw. ausschliesslich «Geldstrafe» als sachgerecht vorgeschlagen.

3. Höhe der Geldstrafe nach Art. 24 Abs. 2 VgdA

Nach dem Allgemeinen Teil des Strafrechts lautet die Geldstrafe – sofern es das Gesetz nicht anders bestimmt²⁶ – auf maximal 360 Tagessätze (Art. 34 Abs. 1 StGB). Nach Art. 34 Abs. 2 StGB beträgt der Tagessatz maximal 3000 Franken.

An diese maximale Höhe des Tagessatzes ist das Gericht gemäss Art. 24 VgdA nicht gebunden. Die maximale Höhe der Geldstrafe soll sechs Jahresvergütungen nicht übersteigen. An sich scheint eine solche Regelung als *lex specialis* zu Art. 34 Abs. 1 und 2 StGB zulässig.

Allerdings passt sie nicht optimal ins System des StGB. Immerhin wird aber in Art. 333 Abs. 5 StGB, in welchem die Anwendung des Allgemeinen Teils des StGB auf andere Bundesgesetze im Zusammenhang mit dessen Revision geregelt wird, festgehalten, dass in den Fällen, in welchen der Maximaltagessatz höher ist als 3000 Franken (die Geldstrafe maximal also höher ist als 1'080'000 Franken) der maximale Bussengeldbetrag geteilt durch

²⁴ Art. 135 Abs. 3 StGB, Art. 197 Ziff. 4 StGB und Art. 229 Abs. 1 StGB

²⁵ Beim Tatbestand des Menschenhandels – bei diesem handelt es sich um ein Verbrechen – wird nicht Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren angedroht, sondern in Art. 182 Abs. 1 StGB «Freiheitsstrafe oder Geldstrafe». In dessen Abs. 3 wird allerdings festgehalten, es sei in jedem Fall eine Geldstrafe auszusprechen.

²⁶ Damit besteht die Möglichkeit, eine höhere Maximalzahl an Tagessätzen festzulegen. So ist für den schweren Fall der Geldwäscherei gemäss Art. 305bis Ziff. 2 eine Höchstzahl von 500 Tagessätzen vorgesehen.

3000 die Höchstzahl der Tagessätze ergibt. Daraus ergibt sich, dass 1'080'000 Franken übersteigende Bussenhöchstbeträge möglich sind.

Würde diese Regel auf Art. 24 Abs. 2 VgDA angewandt, so wären – bei sechs Jahresvergütungen beispielsweise à je 1'000'000 Franken – 6'000'000 Franken durch 3000 zu teilen, was ergäbe, dass 2000 Tagessätze ausgesprochen werden könnten.

Das ist eine enorm hohe Zahl an Tagessätzen, wenn man bedenkt, dass die Höchstzahl der Tagessätze gemäss dem Allgemeinen Teil des StGB auf 360 festgelegt ist und dass hier ein Vergehen sanktioniert werden soll.

Würde eine Person zu 2000 Tagessätzen verurteilt und würde sie die Geldstrafe nicht bezahlen, so müsste sie – jedenfalls in Anwendung von Art. 36 Abs. 1 StGB – bei Anwendung von Art. 333 Abs. 5 StGB für 2000 Tage ins Gefängnis, was mehr als fünf Jahre Freiheitsstrafe bedeuten würde, und dies – wohlgemerkt – zusätzlich zur gleichzeitig ausgesprochenen Freiheitsstrafe. Dabei ist zu beachten, dass die Ersatzfreiheitsstrafe immer unbedingt zu vollziehen ist²⁷.

Eine derartige Regelung findet sich in ähnlicher, etwas weniger weitgehender Weise, auch im *Verbrechenstatbestand* nach Art. 89 Abs. 2 KEG²⁸, nach welchem (in Verbindung mit Art. 333 Abs. 5 StGB) neben der Freiheitsstrafe zusätzlich Geldstrafe bis zu 5 Millionen Franken angedroht ist (was 1666 Tagen Ersatzfreiheitsstrafe entsprechen würde).

Die Sanktionsdrohung des Art. 24 VgDA ist sehr problematisch. Zum einen wird damit auf dem Verordnungsweg – unter Ausschluss des für die Gesetzgebung an sich zuständigen Parlamentes – eine für das Strafrecht in dieser Form unübliche Strafdrohung umschrieben. Die in Art. 24 VgDA vorgesehene Regelung ist zum andern nur schwer mit den Wertungen des Strafrechts zu vereinbaren. Während nämlich bei einem Verbrechen – wie es der Tatbestand von Art. 89 Abs. 2 KEG darstellt – grundsätzlich eine maximale Freiheitsstrafe von 20 Jahren möglich ist – in concreto wird eine solche von zehn Jahren angedroht – beträgt die maximale Freiheitsstrafe bei einem Vergehen – Art. 24 VgDA ist als solches ausgestaltet – drei Jahre (Art. 9 Abs. 3 StGB). Daraus erhellt ohne weiteres, dass sich das Verhältnis von maximaler Freiheitsstrafe und Ersatzfreiheitsstrafe bei Art. 89 Abs. 2 KEG deutlich weniger gravierend auswirkt (zehn Jahre Freiheitsstrafe und maximal 1666 Tage Ersatzfreiheitsstrafe) als bei Art. 24 VgDA (drei Jahre Freiheitsstrafe und eine praktisch unbeschränkte Anzahl Tage Ersatzfreiheitsstrafe [in unserem Beispiel 2000 Tage Ersatzfreiheitsstrafe]).

Angesichts dieser Zusammenhänge ist zu prüfen, ob die maximale Höhe der Geldstrafe in dem Sinne zu limitieren ist, dass die maximale Ersatzfreiheitsstrafe begrenzt wird. Denkbar wäre etwa, eine Geldstrafe von maximal sechs Jahresvergütungen vorzusehen, wobei die Ersatzfreiheitsstrafe auf ein Jahr zu begrenzen wäre.

²⁷ DOLGE, Basler Kommentar, Art. 36 N 12; STRATENWERTH, AT II, § 2 N 27.

²⁸ Kernenergiegesetz vom 21. März 2003, SR 732.1.

C) Schlussfolgerungen

Es ist problematisch, dass es dem eidgenössischen Gesetzgeber verwehrt ist, die Strafbestimmungen der VgdA dem bestehenden strafrechtlichen Wertesystem anzupassen.

Zufolge ihres unterschiedlichen Unrechtsgehalts wird empfohlen, für die Tatbestände gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 2 VgdA (vor der Streichung von Ziff. 1) zwar die Sanktion «Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe» beizubehalten, für die übrigen Tatbestände dieser Bestimmung (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 bis 9 [vor der Streichung von Ziff. 1 und 3]) jedoch die Sanktion «Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe» oder «Geldstrafe» vorzusehen.

Geringfügige Verstösse gegen Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 2 VgdA (vor der Streichung von Ziff. 1) sollten nicht sanktioniert werden. Eine Lösung wie sie für die Bestechungstatbestände vorgesehen ist, wäre nach hier vertretener Auffassung sachgerecht. Entsprechend wäre in der VgdA eine Norm vorzusehen, wonach Art. 24 VgdA im Falle «geringfügiger, sozialüblicher Vergütungen» nicht zur Anwendung gelangen würde.

Da die Regelungsmaterien der vorgesehenen Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 3 in Art. 95 Abs. 3 BV keine Grundlage finden, sind jene Ziffern ersatzlos zu streichen.

Es wird empfohlen, Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 (vor der Streichung von Ziff. 1 und 3) präziser zu formulieren.

Bei den Tatbeständen nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 bis 9 (vor der Streichung von Ziff. 1 und 3) ist nicht klar, ob es sich um Tätigkeits- oder Erfolgsdelikte handelt. Überdies sind diese präziser zu formulieren. Für die Tatbestände der Ziff. 4, 5, 6, 7 und 9 (vor der Streichung von Ziff. 1 und 3) wird vorgeschlagen, das tatbestandsmässige Verhalten mit «aktiv verhindert» zu umschreiben. Für Ziff. 8 (vor der Streichung von Ziff. 1 und 3) wird folgende Formulierung vorgeschlagen: «... die erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen dafür nicht trifft, dass die Aktionäre der unabhängigen Stimmrechtsvertretung elektronisch Vollmachten und Weisungen erteilen können».

Es ist zu prüfen, ob die maximale Höhe der Geldstrafe limitiert werden kann, zumindest in dem Sinne, dass die maximale Ersatzfreiheitsstrafe auf beispielsweise ein Jahr begrenzt wird.

D) Literaturverzeichnis

- DOLGE ANNETTE, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz, hrsg. von M. A. Niggli und H. Wiprächtiger, 3. Aufl., Basel 2013
- DONATSCH/ANDREAS/TAG BRIGITTE, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 9. Aufl., Zürich 2013
- DONATSCH ANDREAS, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 9. Aufl., Zürich 2008
- DONATSCH ANDREAS/WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 4. Aufl., Zürich 2011
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich 2012
- HANGARTNER YVO/KLEY ANDREAS, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000
- NIGGLI MARCEL, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz, hrsg. von M. A. Niggli und H. Wiprächtiger, 3. Aufl., Basel 2013
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/HUG MARKUS/JOSITSCH DANIEL, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8. Aufl., Zürich 2007
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006
- STRATENWERTH GÜNTER/JENNY GUIDO/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Aufl., Bern 2010
- STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 6. Aufl., Bern 2008.



TEMENOS

The Banking Software Company

TEMENOS Group AG

2 rue de l'Ecole-de-Chimie
1205 Geneva
Switzerland

T: +41 22 708 1150

F: +41 22 708 1160

www.temenos.com

LSI | Par e-mail

Département fédéral de justice et police

Office fédéral du registre du commerce

Bundesrain 20

3003 Berne

Le 25 juillet 2013

Avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives (AP-ORAb)

Madame la Conseillère Fédérale, Mesdames et Messieurs,

Dans votre lettre du 14 juin 2013, vous invitez les parties intéressées à transmettre leurs commentaires sur l'avant-projet de l'Ordonnance contre les rémunérations abusives (**AP-ORAb**). Nous voudrions vous exprimer notre reconnaissance pour nous avoir donné l'opportunité de vous soumettre notre proposition et de vous faire part de nos préoccupations et de nos observations.

A. Aperçu

Fondé en 1993 et coté à la bourse suisse sur le marché principal (SWX: TEMN), le Groupe Temenos AG est le principal fournisseur de systèmes bancaires intégrés pour les banques de détail, commerciales, universelles, islamiques, de microfinance et locales, pour les gestionnaires de fortune ainsi que les institutions financières. Basée à Genève, avec 59 bureaux dans le monde, les logiciels Temenos ont fait leur preuve dans le déploiement de plus de 1'500 applications client présents dans plus de 140 pays à travers le monde.

Nous vous soumettons les propositions suivantes:

1. Il serait souhaitable que la sécurité juridique de l'Ordonnance contre les rémunérations abusives soit renforcée, particulièrement concernant la délimitation des versements admissibles dans le cadre de la fin d'une relation de travail, par rapport à ceux expressément interdits;
2. Les paiements et autres rémunérations de nature impérative en vertu de lois étrangères applicables aux rapports contractuels avec certains dirigeants devraient rester admissibles;
3. L'Ordonnance devrait permettre aux statuts de régir de manière plus complète les effets d'un vote négatif des actionnaires sur les rémunérations; en particulier, il est souhaitable qu'une en-

entreprise continue à verser – comme limite supérieure – un montant équivalent au montant de la dernière indemnité approuvée par les actionnaires;

4. Les dispositions pénales relatives à la rémunération devraient être limitées à des actes en lien avec lesquels le dirigeant était conscient que la rémunération était réellement interdite; les actes pour lesquels la rémunération n'était qu'éventuellement ou potentiellement interdite et où la direction ou le conseil d'administration a agi de bonne foi en croyant qu'elle était bien licite, ne devraient pas être sanctionnés pénalement;
5. Le montant additionnel qui pourrait être accordé selon les statuts devrait également couvrir une rémunération variable; et
6. Le vote sur les rémunérations à l'assemblée générale annuelle (**AGA**) de 2015 devrait – dans le cas où l'entreprise opérerait pour un régime d'approbation différent dans ses statuts (i.e. vote prospectif sur les rémunérations fixes et variables)– uniquement porter sur la période de l'indemnité prévue par les statuts (p.ex. AGA 2015 à AGA 2016); aucun vote additionnel ne devrait être nécessaire pour la rémunération variable payée durant l'exercice 2014.

B. Rémunérations interdites (art. 20 AP-ORAb)

Nous regrettons que l'AP-ORAb ne parvienne pas à résoudre spécifiquement de nombreux problèmes d'une grande importance pratique. Particulièrement à la lumière des dispositions pénales, nous proposons donc que l'art. 20 AP-ORAb soit amendé en prévoyant une zone de sécurité (*safe harbor*), afin que les formes de rémunérations autorisées soient clairement délimitées de celles qui sont interdites et par conséquent constitutives d'un comportement criminel. Dans le cas où l'établissement d'une zone de sécurité (*safe harbor*) ne devait pas être réalisable, nous proposons que des clarifications soient fournies dans un rapport complémentaire au rapport explicatif.

Nous suggérons de lever les plus grandes incertitudes de la manière suivante:

1. Délais de résiliation/période de préavis prolongés

L'interdiction des indemnités de départ ne vise pas à interdire de payer une rémunération jusqu'au terme du délai de résiliation, mais vise plutôt les paiements effectués postérieurement à ce terme.¹ Les délais de résiliation ne sont pas visés par l'art. 95 al. 3 de la Constitution fédérale, sous réserve des cas d'abus manifeste.² Nous considérons qu'il n'y a en général pas d'abus si une entreprise pré-

¹ Voir le vote du sénateur MINDER, OG 2012, 197 ("Nous ne parlons pas de paiements de salaire continus pendant et jusqu'à la fin de la période de préavis, mais plutôt de tous montants versés à la suite de l'expiration de cette dernière.").

² La déclaration figurant dans le rapport explicatif selon laquelle une "prolongation considérable du délai de résiliation ordinaire" apparaît "problématique" et pourrait, dans certaines circonstances, être qualifiée d'indemnité de départ interdite, devrait ainsi être révisée. Une lecture littérale de cette déclaration aboutirait à ce qu'un délai de résiliation contractuel de deux mois pourrait être qualifié d'indemnité de départ cachée, étant donné qu'il prolongerait considérablement le délai légal d'un mois (durant la première année de service), soit de 100%. Nous pensons qu'une telle interprétation serait trop restrictive.

voit des délais de résiliation des rapports de travail avec ses membres de la direction conformes aux *pratiques habituelles du marché*.³

Les rémunérations versées durant le délai de résiliation peuvent par conséquent constituer des indemnités de départ "cachées" uniquement:

- (i) si le délai de résiliation s'étend au-delà des pratiques habituelles du marché (en particulier, les standards actuels du marché montrent que les délais de résiliation prolongés pour les membres de la direction sont justifiés par d'autres raisons que la volonté de contourner une interdiction de payer des indemnités de départ, étant donné que, par principe, les indemnités de départ sont actuellement permises); ou
- (ii) lorsque les faits et circonstances pris dans leur ensemble démontrent clairement qu'il n'y a absolument aucune justification à la prolongation d'un délai de résiliation, de sorte que la seule raison de convenir d'un tel délai prolongé était de contourner l'interdiction des indemnités de départ.

2. Maintien du versement de la rémunération durant le délai de résiliation | Paiements forfaitaires au lieu du versement de la rémunération tout au long du délai de résiliation

Comme mentionné, l'interdiction constitutionnelle des indemnités de départ ne vise pas à imposer une interdiction du règlement ordinaire de la fin des rapports de travail, mais vise le paiement des indemnités consécutivement à l'expiration du délai de résiliation.⁴ En règle générale, cela signifie que la rémunération peut encore être payée pendant le délai de résiliation, y compris dans le cas où un membre de la direction est dispensé de l'obligation de fournir sa prestation de travail (*garden leave*). Par conséquent, les paiements forfaitaires au lieu du versement de l'indemnité durant le délai de résiliation devraient continuer à être permis.

Les types de rémunérations suivantes, qu'elles soient versées durant le délai de résiliation ou en tant que paiement forfaitaire à la place d'un versement tout au long de la période de préavis, devraient ainsi rester admissibles:

- Rémunération pouvant être qualifiée de salaire; des paramètres objectifs ainsi qu'une période représentative de référence devraient constituer la base en vertu de laquelle une rémunération variable est fixée; dans le cas où des critères de performance doivent être remplis dans le futur, l'on peut établir des hypothèses raisonnables; et
- "Gratification" (prime discrétionnaire) qui est proportionnelle à la gratification accordée les années précédentes ou qui est comparable en termes de montant versé.

³ Cf. le critère des pratiques habituelles du marché adopté par le rapport explicatif en relation avec les clauses de non-concurrence admissibles (p. 25).

⁴ Voir le vote du conseiller aux Etats MINDER, OG 2012, 197 ("Nous ne parlons pas de paiements de salaire continus pendant et jusqu'à la fin de la période de préavis, mais plutôt de tous montants versés à la suite de l'expiration de cette dernière.").

3. Acquisition anticipée de droits (*accelerated vesting*)

Conformément aux "meilleures pratiques" (*best practice*), une part significative de la rémunération des dirigeants de Temenos est soumise à des restrictions. Temenos rémunère fréquemment les membres de la direction, les cadres supérieurs et les employés licenciés par le biais d'un paiement forfaitaire au lieu de verser la rémunération durant tout le délai de résiliation. C'est pourquoi Temenos octroie parfois une acquisition (anticipée) d'options, d'actions ou d'autres droits patrimoniaux pour la date de la fin du contrat.

La question de savoir si les acquisitions anticipées de tels droits pourraient devenir sujettes à l'interdiction des "indemnités de départ" n'est pas entièrement claire. Les acquisitions anticipées pourraient, dans certaines circonstances, faire bénéficier les employés d'un avantage économique. Cependant, le but de l'art. 95 al. 3 de la Constitution fédérale n'est pas, même indirectement, de dissuader les entreprises de différer le versement des rémunérations, ce qui est économiquement et socialement souhaitable, en interdisant leur règlement – courant – dans les cas où les rapports de travail prennent fin.

Il convient en outre de souligner que, dans le contexte des offres publiques d'achat, il peut être nécessaire que l'acquisition des droits liés aux options émises, aux actions ou d'autres droits similaires se fasse de manière anticipée afin qu'ils puissent être exercés et que les actions (correspondantes) puissent être présentées à l'offre. A défaut d'une telle possibilité, le rachat complet serait impossible.

Nous proposons ainsi que les acquisitions anticipées soient de manière générale considérées comme des rémunérations admissibles.

4. Dispositions impératives de droit étranger

Les contrats de travail de 4 dirigeants de Temenos sur 5 sont soumis au droit anglais. L'ORAb ne peut pas rendre inopérantes les indemnités prévues par des dispositions impératives de droit étranger. Le conseil d'administration de Temenos ainsi que la direction se trouveraient face au choix de violer le droit étranger ou de commettre une infraction pénale en vertu du droit suisse. Par conséquent, nous proposons qu'il ne soit pas illicite de se conformer aux dispositions impératives de droit étranger applicables aux contrats de travail des membres de la direction.

C. Approbation du montant global des rémunérations par l'assemblée générale (art. 18 AP-ORAb)

Nous nous réjouissons du fait que l'avant-projet de l'ordonnance permette aux entreprises d'adopter un régime d'autorisation sur mesure dans leurs statuts. La règle proposée traitant des conséquences d'un refus du montant global des rémunérations proposées par le conseil d'administration est toutefois inappropriée:

- La compétence légale accordée au conseil d'administration d'effectuer une nouvelle proposition à l'AGA elle-même, sans annonce préalable à l'invitation à l'AGA, ne prend pas suffisamment en considération les réalités des assemblées générales d'aujourd'hui. De nombreux actionnaires chargeront leur représentant de s'abstenir de voter. Etant donné les statuts de Temenos, le résultat de la votation en relation avec la proposition *ad hoc* serait, dans une large mesure,

déterminée par le comportement électoral du petit nombre d'actionnaires présents physiquement lors de l'AGA.

- La règle qu'une assemblée générale extraordinaire doit être convoquée si les actionnaires refusent la proposition du conseil d'administration afin de voter sur une proposition modifiée crée une insécurité juridique considérable. Si le vote sur la rémunération est effectué sur une base prospective, l'entreprise a l'interdiction de payer toute rémunération aux membres de son conseil d'administration ou sa direction pour une période d'environ 4 mois. Une période d'incertitude aussi longue n'est ni dans l'intérêt de la société ni dans celui de ses actionnaires.
- Enfin, tenir une assemblée générale extraordinaire engendre des coûts considérables ainsi qu'une mobilisation des ressources de l'entreprise afin d'exécuter les préparatifs nécessaires qui sont considérables. Il convient également de ne pas ignorer les conséquences financières directes pour les actionnaires, en particulier la pression probablement significative sur le cours de l'action de l'entreprise étant donné la longue phase d'incertitude.

Pour ces raisons, nous proposons que les entreprises puissent régler dans leurs statuts les conséquences d'un vote négatif, dans le respect des exigences suivantes:

1. La plus récente rémunération approuvée sert de limite maximale ou de "budget".⁵ Si la somme globale des rémunérations proposée (mais refusée) était inférieure à la somme globale des rémunérations approuvée dernièrement par une assemblée générale, ce montant inférieur sert de limite maximale; et
2. Le comité de rémunération et/ou le conseil d'administration, selon les cas, doivent, lorsqu'ils déterminent la rémunération:
 - a) tenir compte des raisons pour lesquelles les actionnaires ont refusé la proposition du conseil d'administration (si celle-ci est connue); et
 - b) appliquer les principes et paramètres qui sous-tendent la plus récente rémunération approuvée par l'assemblée générale.

D. Dispositions pénales (art. 24 et 25 AP-ORAb)

Etant donné la difficulté à distinguer les rémunérations permises de celles qui sont interdites, une responsabilité pénale ne devrait s'appliquer que dans les cas d'*illégalité claire*. Ainsi, les dispositions pénales concernant les rémunérations interdites devraient se limiter aux actes dont l'auteur avait conscience du fait que la rémunération était réellement interdite; les actes visant des rémunérations qui ne sont qu'éventuellement ou potentiellement interdites et dont le conseil d'administration ou la direction a agi de bonne foi en croyant qu'elle était bien licite, ne devraient pas être sanctionnés pénalement.

⁵

Cf. conseiller aux Etats MINDER dans le "*Sonntagszeitung*" en date du 16 juin 2013, p. 47 ("*Dann gilt einfach der Status quo.*").

E. Montant complémentaire pour la direction (art. 19 AP-ORAb)

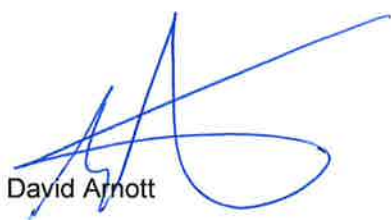
La formulation actuelle de l'art. 19 al. 1 AP-ORAb pourrait être interprétée de telle manière que le montant complémentaire se rapporterait uniquement aux rémunérations fixes. Compte tenu de la règle contenue à l'art. 18 al. 3 AP-ORAb, nous pensons que ce montant complémentaire devrait s'appliquer aussi bien aux rémunérations fixes qu'aux rémunérations variables.

F. Dispositions transitoires: approbations des rémunérations (art. 31 AP-ORAb)

Pour les entreprises qui ont – sur la base de l'art. 18 al. 3 AP-ORAb – choisi de voter sur les rémunérations variables et fixes de manière prospective, ce qui implique que les statuts révisés devraient être approuvés lors de l'AGA 2014, il devrait être possible pour les actionnaires de voter sur les rémunérations lors de l'AGA 2015, en conformité avec le mode de vote prévu par les statuts, sans devoir approuver *en plus* les rémunérations variables, de manière rétrospective pour l'exercice 2014 et cela afin d'éviter de susciter la confusion chez les actionnaires avec trop de votes sur les rémunérations et sur les composantes fixes et variables, pour des années différentes et avec des incertitudes dans le cas où par exemple une compensation pour 2015 serait approuvée mais pas une compensation rétrospective pour 2014.

Nous vous remercions de bien vouloir prendre en considération les préoccupations décrites dans la présente et restons bien évidemment à votre entière disposition pour répondre à toute question ou demande de clarification

Nous vous prions de bien vouloir croire, Madame la Conseillère fédérale, Mesdames et Messieurs, à l'expression de notre plus haute considération.



David Arnott

CEO



Ariel Boussiba

Secrétaire général

Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für das Handelsregister
Bundesrain 20
3003 Bern

Per Email: ehra@bj.admin.ch

Zürich, 26. Juli 2013

Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA)

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf das Schreiben von Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga vom 14. Juni 2013 und danken Ihnen für die gebotene Stellungnahme zum Vorentwurf zur "Verordnung gegen die Abzockerei" (VE-VgdA).

Die TREUHAND-KAMMER ist der Spitzenverband der Treuhand- und Revisionsbranche mit den Fachbereichen Wirtschaftsprüfung sowie Wirtschafts- und Steuerberatung. Als schweizweit tätiger Verband mit über 5.000 Einzelmitgliedern sowie rund 950 grossen, mittelgrossen und kleinen Treuhandunternehmen aus den Bereichen Wirtschaftsprüfung, Wirtschafts- und Steuerberatung nehmen wir unsere gesamtschweizerische Verpflichtung wahr und leisten aktiv einen Beitrag zu einer funktionierenden Wirtschaft. Insbesondere im Bereich der Corporate Governance kann und will die Kammer mithelfen, zukunftsgerichtete Lösungen zu erarbeiten. Der Berufsstand der Wirtschaftsprüfer ist in diesem Zusammenhang bereit, seinen Beitrag zu einer pragmatischen, aber auch dem Volkswillen entsprechenden Umsetzung der Volksinitiative "gegen die Abzockerei" zu erbringen.

1. Zusammenfassung der Stellungnahme der Treuhand-Kammer

- **Wir begrüssen die vorgeschlagene Verpflichtung des Verwaltungsrats zur Erstellung eines separaten, jährlichen und der Prüfung durch die Revisionsstelle unterliegenden Vergütungsberichts.**
- **Der Inhalt des der Prüfung unterliegenden Vergütungsberichts soll auf jene Angaben beschränkt sein, die in der Verordnung ausdrücklich verlangt werden.**
- **In den Übergangsbestimmungen sollte präzisiert werden, für welches Geschäftsjahr der Verwaltungsrat erstmals den separaten Vergütungsbericht erstellen muss.**

- Die statutarische Flexibilität bei der Genehmigung der Vergütungen durch die Generalversammlung ist zu begrüßen.
- Sachverhalte wie ein Vesting von Long Term Incentive-Plänen bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses oder bei einem Kontrollwechsel gelten nach unserem Verständnis richtigerweise nicht als unzulässige Vergütung.
- Mit Bezug auf die Qualifizierung einer Vergütung als "fix" oder "variabel" ist die Notwendigkeit von Konkretisierungen zu prüfen.
- Die Bezeichnung "Verordnung gegen die Abzockerei" sollte durch eine sachliche Bezeichnung ersetzt werden. Eine pauschale Stigmatisierung sämtlicher Führungskräfte von börsenkotierten Unternehmen in der Schweiz wäre der Ansiedlung von Unternehmen in unserem Land kaum förderlich.

2. Zum Vergütungsbericht

2.1. Inhalt und Prüfung des gesonderten Vergütungsberichts (Art. 13 und 17 VE-VgdA)

Wir begrüßen den Vorschlag im Vorentwurf zur VgdA, wonach der Verwaltungsrat jährlich einen eigenständigen schriftlichen Vergütungsbericht zu erstellen hat (Art. 13 Abs. 1 VE-VgdA), welcher der Prüfung durch die Revisionsstelle unterliegen soll (Art. 17 VE-VgdA).

Dieser Vergütungsbericht ersetzt laut Art. 13 VE-VgdA die bisherigen Angaben im Anhang zur Jahresrechnung nach Artikel 663b^{bis} OR. Dies bedeutet in der Konsequenz, dass der Vergütungsbericht nicht Bestandteil des Geschäftsberichts ist, welcher gemäss gesetzlicher Definition die Jahresrechnung (Bilanz, Erfolgsrechnung und Anhang) sowie den Lagebericht umfasst.

Aus unserer Sicht ist damit ein gesonderter schriftlicher Bericht der Revisionsstelle zu diesem Vergütungsbericht nötig; mit andern Worten erfolgt die gemäss Art. 17 VE-VgdA erforderliche Berichterstattung nicht im zusammenfassenden Bericht der Revisionsstelle an die Generalversammlung (Art. 728b Abs. 2 OR), sondern separat in einem eigenständigen Bericht an die Generalversammlung.

Wichtig ist uns auch der Hinweis, dass der Vergütungsbericht - welcher der Prüfung unterliegt - ausschliesslich die von der Verordnung geforderten Angaben enthalten sollte. Zusätzliche, nicht objektiv überprüfbare Aussagen des Verwaltungsrates, etwa zur Konkurrenzfähigkeit oder zur Motivationswirkung der Salärpolitik, sollten nicht in diesem qua Verordnung geforderten Vergütungsbericht enthalten sein, sondern vom Verwaltungsrat an anderer Stelle und separiert von den zu prüfenden Informationen präsentiert werden.

Wir schlagen deshalb in Art. 13 Abs. 1 VE-VgdA folgende Präzisierung vor:

„Der Verwaltungsrat erstellt jährlich einen schriftlichen Vergütungsbericht *mit den Angaben gemäss Art. 14-16 dieser Verordnung*...“.

Die Treuhand-Kammer wird zeitgerecht im Rahmen der Selbstregulierung über das konkrete Prüfungsvorgehen sowie die notwendige Berichterstattung entscheiden und diese berufsständischen Vorgaben - sofern angezeigt - innerhalb der beteiligten Kreise und Interessengruppen in die Vernehmlassung geben.

2.2. Übergangsbestimmungen

Gemäss Art. 33 VE-VgdA soll die Verordnung am 1. Januar 2014 in Kraft treten. Gemäss Art. 27 VE-VgdA haben Gesellschaften ihre Statuten innerhalb von zwei Jahren ab Inkrafttreten der Verordnung den neuen Vorschriften anzupassen. Eine Bestimmung, für welches Geschäftsjahr der Verwaltungsrat erstmals einen schriftlichen Vergütungsbericht nach Art. 13ff. VE-VgdA zu erstellen hat, fehlt.

Zur Verhinderung einer unzulässigen Rückwirkung muss die Jahresrechnung für das am 31. Dezember 2013 abzuschliessende Geschäftsjahr nach wie vor die nach geltendem Recht erforderlichen Bestimmungen des Art. 663bbis OR erfüllen. Demzufolge muss für das Geschäftsjahr 2013 noch kein von der Revisionsstelle nach Art. 17 VE-VgdA zu prüfender Vergütungsbericht nach Art. 13 VE-VgdA vorliegen.

Wir schlagen deshalb vor, einen zusätzlichen Artikel oder Absatz in die Übergangsbestimmungen einzufügen wie folgt:

„Der Vergütungsbericht ist erstmals für das Geschäftsjahr zu erstellen, das mit oder nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung beginnt.“

3. Weitere Punkte zum Inhalt der Verordnung

Im Weiteren erlauben wir uns einige Bemerkungen zu möglichen Schwierigkeiten bei der konkreten Anwendung der Verordnung und zu unserem heutigen Verständnis dazu.

3.1 Zur Genehmigung durch die Generalversammlung (Art. 18 VE-VgdA)

Art. 18 VE-VgdA soll dazu dienen, den Aktionären mehr Mitsprache zu verschaffen, während der Zweck des Vergütungsberichts in der Transparenz liegt. Mit der in Art. 18 Abs. 1 VE-VgdA vorgeschlagenen Vorgehensweise wird ein anderes Konzept (Abstimmung über zukünftige fixe Vergütung bis zur nächsten Generalversammlung und vergangene variable Vergütung des abgelaufenen Geschäftsjahrs) angewendet, als jenes, das für die Erstellung des Vergütungsberichts (zugewiesene Vergütungen im vergangenen Geschäftsjahr) verwendet wird. Aufgrund dieser verschiedenen Konzepte und Periodizitäten wird somit zwangsläufig über andere Beträge abgestimmt, als im Vergütungsbericht ausgewiesen werden.

Falls Art. 18 Abs. 1 VE-VgdA in der vorliegenden Form beibehalten werden soll, sollten die Begriffe „fix“ und „variabel“ näher definiert werden.

Wir befürworten die Regelung von Art. 18 Abs. 3 VE-VgdA, die den Unternehmen mehr Flexibilität gewährt, die anwendbaren Konzepte auf die unternehmensspezifischen Bedürfnisse und Gegebenheiten auszurichten.

3.2 Zu den unzulässigen Vergütungen (Art. 20 f. VE-VgdA)

3.2.1 Abgrenzung zu Abgangsentschädigungen (Art. 20 Ziff. 1 VE-VgdA)

Viele „Long Term Incentive“ (LTI) Pläne sehen bei gewissen Fällen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (z.B. ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber, Pensionierung, o.ä.) ein pro-rata oder gar vollständiges „Vesting“ der ausstehenden Instrumente vor. Ein solches „Vesting“ ist nicht als Abgangsentschädigung zu verstehen.

3.2.2 Abgrenzung zu Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden (Art. 20 Ziff. 2 VE-VgdA)

Antrittsprämien sind gemäss erläuterndem Bericht möglich, müssen aber von der Generalversammlung genehmigt werden. Unklar ist für uns, ob solche Prämien gemäss Art. 18 Abs. 1 VE-VgdA als fix oder variabel zu qualifizieren sind.

3.2.3 Abgrenzung zu Provisionen für die Übernahme oder Übertragung von Unternehmen oder Teilen davon (Art. 20 Ziff. 3 VE-VgdA)

Gemäss Art. 20 Ziff. 3 VE-VgdA sind auch Provisionen für die Übernahme oder Übertragung von Unternehmen oder Teilen davon nicht erlaubt. Viele LTI Pläne sehen vor, dass bei einem Kontrollwechsel die ausstehenden Instrumente sofort „vesten“ und der Inhaber dieser Instrumente somit darüber verfügen kann. Gemäss unserem Verständnis sind solche Klauseln (sogenanntes „accelerated vesting“) auch künftig möglich, da es sich dabei nicht um Provisionen im Sinne des Arbeitsrechtes handelt.

4. Zur Bezeichnung der Verordnung

Die Volksinitiative und ihre Annahme haben auch im Ausland grosse Beachtung gefunden. Wir gehen davon aus, dass auch die Umsetzung der Initiative im Ausland mit Interesse verfolgt wird und die künftige Regelung im Einzelfall auch bei Unternehmensansiedlungen in der Schweiz von gewisser Bedeutung sein mag. Aus diesem Grund erachten wir es als angezeigt, den Titel der Verordnung zu ändern. Auch wenn die Bezeichnung der Verordnung unmittelbar dem Titel der Volksinitiative entnommen ist, hat der Ausdruck „Abzockerei“ doch eine tendenziöse Wirkung bzw. führt ganz generell zu einer gewissen Stigmatisierung des von dieser Regelung betroffenen Personenkreises. Wir schlagen daher vor, den Titel in „Verordnung über die Regulierung von Vergütungen in Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind“ zu ändern.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Ausführungen und Anliegen bei der weiteren Behandlung dieses Geschäfts. Für eine Diskussion oder für Rückfragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
TREUHAND-KAMMER



Urs Furrer
Mitglied der Geschäftsleitung



Dr. Lukas Imark
Präsident Kommission für Rechtsfragen

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Herr Olivier Blanc
Herr Florian Zihler
Bundeshaus West
3003 Bern

Zug, 23. Juli 2013

Anhörung zur Verordnung gegen die Abzockerei

Sehr geehrter Herr Blanc, sehr geehrter Herr Zihler

zCapital ist ein als unabhängig konstituierter Vermögensverwalter von kollektiven Kapitalanlagen der Aufsicht der FINMA unterstellt. Als Aktionärsdienstleister erstreckt sich unser Tätigkeitsgebiet zudem auf die Beurteilung der Corporate Governance von Schweizer Börsengesellschaften. In diesem Zusammenhang möchten wir gerne zum Vorentwurf der Verordnung gegen die Abzockerei (Vgda) und zum erläuternden Bericht vom 14. Juni 2013 Stellung nehmen.

Im Grossen und Ganzen erachten wir die Verordnung als ausgewogene Umsetzung der «Abzockerinitiative». Dennoch möchten wir zu folgenden Artikeln Stellung beziehen.

Art. 7 Vergütungsausschuss

Die Verordnung verzichtet explizit darauf, sich zu den Unabhängigkeitsanforderungen der Mitglieder zu äussern. Stattdessen wird im Erläuterungsbericht auf die Empfehlungen des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (Swiss Code) hingewiesen. Dieser empfiehlt lediglich, dass dem Vergütungsausschuss keine Mitglieder angehören dürfen, die in einer Kreuzverflechtung stehen. Alle anderen Formen von Abhängigkeiten werden ausgeklammert. Der Unabhängigkeitsbegriff ist zu wenig eng gefasst. Wir würden es begrüssen, wenn in der Verordnung klare Anforderungen an die Unabhängigkeit der Mitglieder gestellt würden. Ebenfalls soll die Mehrheit des Vergütungsausschusses unabhängig sein. Der Unabhängigkeitsbegriff könnte nach dem Vorbild der Independence Policy der New York Stock Exchange (NYSE) ausgestaltet werden. Darin werden klare Anforderungen an die Unabhängigkeit der Verwaltungsräte postuliert.

Art. 8-11 Unabhängiger Stimmrechtsvertreter

Der Erläuterungsbericht hält fest, dass sich die Unabhängigkeit des unabhängigen Stimmrechtsvertreter an den Unabhängigkeitsanforderungen der Revisionsstelle orientiert, was grundsätzlich zu begrüssen ist. Da die Wahl des/der unabhängigen Stimmrechtsvertreter/s eine unübertragbare Kompetenz der Generalversammlung ist, sollte der Aktionär über die notwendigen Informationen verfügen,

um eine Beurteilung des Vertreters vornehmen zu können. Eine von uns durchgeführte Umfrage unter den unabhängigen Stimmrechtsvertretern der GV-Saison 2012 zeigte, dass die grosse Mehrheit bereit wäre, im Rahmen der Wahl durch die Generalversammlung entsprechende Informationen offenzulegen. 76% der unabhängigen Stimmrechtsvertreter würden einen detaillierten Lebenslauf zuhanden der Aktionäre abgeben. Weitergehende Informationen würden dann aber von deutlich weniger Stimmrechtsvertretern offengelegt werden. zCapital würde es begrüssen, wenn die Verordnung diesbezüglich ergänzt würde. Der Generalversammlung soll vorgängig ein detailliertes CV, vergangene und aktuelle Geschäftsbeziehungen zur Gesellschaft, als auch Beziehungen zu einzelnen Mitgliedern des Verwaltungsrates sowie die geplante Honorierung offengelegt werden. Dies kann im Geschäftsbericht oder mit der Einladung zur Generalversammlung erfolgen.

Die Verordnung äussert sich in Art. 10 zu den Pflichten des unabhängigen Stimmrechtsvertreters. So ist vorgesehen, dass er sich bei fehlenden Weisungen der Stimme enthält. Bisher gab es im Fall von fehlenden Weisungen keine gesetzlichen Vorschriften. Die grosse Mehrheit der Gesellschaften machen die Aktionäre bereits im Einladungsschreiben auf den Grundsatz «in dubio pro administratione» aufmerksam. Demnach übt der unabhängige Stimmrechtsvertreter das Stimmrecht bei fehlenden Instruktionen seitens des Aktionärs im Sinne der Anträge des Verwaltungsrates aus. Unsere Analyse zeigt, dass die grosse Mehrheit von 95% der Gesellschaften den Aktionär im Einladungsschreiben auf diesen Grundsatz hinweist. Durchschnittlich rund ein Viertel der Stimmrechtsvollmachten werden ohne Weisungen retourniert.

Die Verordnung beabsichtigt, dass sich der unabhängige Stimmrechtsvertreter bei fehlenden Weisungen der Stimme enthalten soll. Dies ist grundsätzlich zu begrüssen. Eine ungewollte Nebenwirkung ist jedoch, dass die Stimmenthaltung einem Stimmrechtsausschluss für weisungslose Vollmachten gleichkommt und die Beschlussquoten entsprechend senkt. Die Stimmrechtsbasis reduziert sich dabei je nach Umfang der weisungslosen Stimmrechtsvollmachten, wodurch Beschlüsse der Generalversammlung mit deutlich weniger Stimmen möglich wären.

Es drängt sich folglich eine Lösung auf, welche die weisungslosen Stimmrechtsvollmachten zu vermindern vermag. Grundsätzlich darf vom Aktionär erwartet werden, dass er die Stimmrechtsunterlagen unterschrieben retourniert und seine Weisung durch entsprechendes Ankreuzen klar zum Ausdruck bringt. Die Gesellschaft selber hat im Sinne ihrer Pflicht zur Vorbereitung einer Generalversammlung die erforderlichen Massnahmen zu treffen, um den Aktionären die Stimmabgabe über den Stimmrechtsvertreter zu erleichtern. Insbesondere sollte das Weisungsformular so gestaltet sein, das die Aktionäre auf einfache Art und Weise ihre Weisungen erteilen können.

Art. 15 Abs. 2 Ziff. 2 Vergütungsbericht / Art. 19 Gebunde Reserve

Die Verordnung verlangt, dass nur der höchste auf ein Mitglied der Geschäftsleitung fallende Betrag unter Nennung des Namens und der Funktion offengelegt werden muss. zCapital bemängelt diese einseitige Betrachtung auf die höchste Entschädigung in Verbindung mit Art. 19. Der Zusatzbetrag (die

«gebundenen Reserve») für die Geschäftsleitung kann nur dann annäherungsweise adäquat bestimmt und durch die Aktionäre genehmigt werden, wenn die einzelnen Vergütungen der Geschäftsleitung bekannt sind. zCapital würde es begrüßen, wenn die Vergütungen aller Mitglieder der Geschäftsleitung offengelegt würden.

Art. 22-23 Stimm- und Offenlegungspflicht für Vorsorgeeinrichtungen

Die Verordnung sollte in Art. 22 Abs. 1 um Aktien ergänzt werden, die über ein Anlagevehikel gehalten werden, das von der Vorsorgeeinrichtung kontrolliert wird (z.B. Eisanlegerfonds). Ansonsten besteht die Gefahr einer möglichen Umgehung dieser Bestimmung durch von Vorsorgeeinrichtungen errichtete und kontrollierte Anlagevehikel.

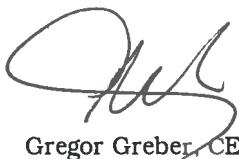
Die Verordnung lässt in Art. 22 Abs. 3 ein Hintertürchen zum Verzicht der Stimmabgabe offen. Pensionskassen dürfen somit auf die Stimmabgabe verzichten, sofern dies dem Interesse des Versicherten entspricht. Dies entspricht bereits der gängigen Praxis und widerspricht klar dem Volkswillen. Es dürfte wohl nicht schwer fallen, mehr oder weniger sinnvolle Begründungen für das Fernbleiben an der Generalversammlung zu finden. Zahlreiche Pensionskassen verfolgen bereits heute ein passives Abstimmungsverhalten, indem sie in ihren Reglementen festhalten, dass sie ihre Stimmrechte entweder gar nicht oder immer im Sinne des Verwaltungsrates ausüben. Diese Haltung wird der treuhänderischen Verantwortung nicht gerecht. Mit dieser Grundhaltung kann auch nicht von der Wahrung der Interessen der Versicherten gesprochen werden. Ausser bei Routinegeschäften kann ohne detaillierte Analyse der Traktandenliste nicht festgestellt werden, ob ein Traktandum eine wirtschaftliche Tragweite hat oder nicht. Ein Verzicht der Stimmabgabe kann somit nicht im Interesse der Versicherten liegen.

Ebenfalls kritisieren wir die geplante Prioritätenliste zum Abarbeiten der Einladungen/ Traktandenlisten bzw. hinsichtlich der (Nicht-)Teilnahme an den Generalversammlungen. Der Arbeitsaufwand ist gegeben. Unsere Erfahrungen zeigen jedoch, dass mit einem gut organisierten Prozess und klaren Entscheidungskompetenzen die Aktionärsrechte mit zumutbarem Aufwand wahrgenommen werden können. Auch hier ist festzuhalten, dass zur Erstellung solcher Prioritätenlisten mittels Abgleich von Kriterienkatalogen auch eine Analyse einzelner Traktanden zu erfolgen hat und mit Aufwand verbunden ist. Wir befürchten, dass aufgrund einer allfälligen Prioritätenliste gerade bei Nebenwerteaktien ein negativer Effekt auf die Präsenzquoten an den Generalversammlungen entstehen könnte. Vorwiegend bei diesen Aktien sind institutionelle Schweizer Anleger wie etwa Pensionskassen proportional grössere Aktionäre.

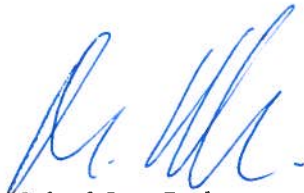
Betreffend der Offenlegungspflicht in Art. 23 mittels eines jährlich zusammenfassenden Berichts empfehlen wir, einen minimalen Detaillierungsgrad vorzuschreiben, um die Aussagekraft des Rechenschaftsberichts sicherzustellen. Unter minimalen Berichtsanforderungen verstehen wir bspw. die Auflistung einzelner Themenkategorien, wie die Genehmigung des Jahresberichts, Erteilung der Dechargé etc. Selbstverständlich soll es den Pensionskassen offenstehen, noch detaillierter Bericht zu erstatten.

Für allfällige Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'GG'.

Gregor Greber, CEO

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'M. Otte'.

Michael Otte, Prokurist

Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für das Handelsregister
Bundesrain 20
3003 Bern

Vorab per E-Mail:

Datum 26. Juli 2013

Anhörung betreffend Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei (VE-VgdA)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga, sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 14. Juni 2013 haben Sie zur Stellungnahme zum Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei (**VE-VgdA**) eingeladen. Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Zurich Insurance Group (**Zurich**) ist ein global tätiger Versicherungskonzern. Als Unternehmen mit Sitz in der Schweiz und Kotierung an der SIX Swiss Exchange sind wir von der VgdA direkt betroffen. Wir erlauben uns daher, drei für die Zurich zentrale Anliegen einzubringen.

1. Zusammenfassung
 - a. Folgen einer negativen Vergütungsabstimmung

Die Folgen einer negativen Vergütungsabstimmung sollten – unter Einhaltung gewisser in der Verordnung festgelegter Grundsätze – in den Statuten geregelt werden können.

Ist das Resultat der Vergütungsabstimmung negativ, kann der Verwaltungsrat gemäss Art. 18 Abs. 2 VE-VgdA sofort einen neuen Antrag stellen. Wird der neue Antrag auch abgelehnt, muss zwingend eine ausserordentliche Generalversammlung einberufen werden.

Die praktische Umsetzung dieser Regelung ist für die Zurich nicht ganz unproblematisch:

- Nicht traktandierte Anträge finden an Generalversammlungen nur ganz selten eine Mehrheit. Wir müssen deshalb davon ausgehen, dass ein neuer Antrag fast immer abgelehnt werden wird, und dass entsprechend bei negativem Ausgang der Vergütungsabstimmung zwingend eine ausserordentliche Generalversammlung einberufen werden muss.
- Kosten und Aufwand für Organisation und Durchführung einer ausserordentlichen Generalversammlung sind erheblich. Bei Publikumsgesellschaften wie der Zurich muss man hier mit Kosten im siebenstelligen Bereich rechnen. Leidtragender ist hier schlussendlich der Aktionär, der ja eigentlich durch die Minder Initiative vor unverantwortlichem Umgang mit Unternehmensressourcen geschützt werden sollte.
- Eine zweite Abstimmung an einer ausserordentlichen Generalversammlung hat zur Folge, dass der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung ihre Ressourcen für dieses Thema einsetzen müssen. Aus Sicht des Aktionärs ist es unserer Ansicht nach keine

Zurich Insurance Company Ltd

Mythenquai 2
Postfach
CH-8022 Zürich

Telefon +41 (0)44 625 25 25
<http://www.zurich.com>

Tel. direkt +41 (44) 625 38 20
Fax direkt +41 (44) 625 18 20
Yannick.Hausmann@zurich.com

gute Lösung, wenn Verwaltungsrat und Geschäftsleitung überproportional viel Zeit für die Organisation der ausserordentlichen Generalversammlung aufwenden müssen, anstatt sich den strategischen und operativen Aufgaben zu widmen, die schlussendlich für den Erfolg der Zurich massgebend sind.

Aus Sicht der Zurich ist es möglich diese praktischen Probleme mit einer anderen als im VE-VgdA vorgeschlagenen Regelung zu lösen, ohne dass die grundlegenden Anliegen der Initianten und des Stimmvolks beeinträchtigt werden. Zu wünschen wäre hier eine Lösung wonach Gesellschaften die Folgen einer negativen Vergütungsabstimmung in den Statuten regeln können.

b. Definition des Begriffs Abgangsentschädigung

Der Begriff der Abgangsentschädigung sollte zwecks erhöhter Rechtssicherheit klar definiert werden. Für die praktische Umsetzung wäre zu begrüessen, wenn folgende Punkte geklärt werden:

- ***Welche Kündigungsfristen sind erlaubt? (bis 12 Monate unproblematisch, 12 bis 24 Monate in begründeten Fällen)***
- ***Eine vorzeitige Aufhebung oder Beschleunigung von Ausübungs- bzw. Sperrfristen für Aktien und/oder Optionen bei Beendigung von Arbeitsverhältnissen ist keine Abgangsentschädigung***
- ***Die Bezahlung von Boni und Gratifikationen bei Beendigung von Arbeitsverhältnissen mit Freistellung ist keine Abgangsentschädigung***
- ***Die Anwendung im Ausland üblicher und marktkonformer Praktiken (wie bspw. die fristlose Beendigung von Arbeitsverhältnissen in Verbindung mit einer Entschädigungszahlung anstelle einer längeren Kündigungsfrist) stellt keine Abgangsentschädigung dar***

Abgangsentschädigungen sind gemäss Art. 20 Abs. 2 VE-VgdA verboten, allerdings wird dieser Begriff nirgends genauer definiert. In der Praxis führt dies zu zahlreichen schwierigen Abgrenzungsfragen, die angesichts der Strafbarkeitsnormen heikel in der Umsetzung sind.

Hilfreich wäre in diesem Zusammenhang eine genaue Definition, welche Kündigungsfristen erlaubt sind. Im heutigen Zeitpunkt marktübliche Kündigungsfristen müssen weiterhin erlaubt sein. Aus unserer Sicht sind Kündigungsfristen von bis zu 12 Monaten bei Verträgen mit Top-Managern marktüblich, in begründeten Fällen wie z.B. bei Krisensituationen sind auch Kündigungsfristen von bis zu 24 Monaten anzutreffen. Eine Klarstellung dahingehend, dass Kündigungsfristen von bis zu 12 Monaten unproblematisch sind, und dass in begründeten Fällen auch Kündigungsfristen zwischen 12 und 24 Monaten erlaubt sind, wäre für Unternehmen bei der praktischen Umsetzung des Verbots der Abgangsentschädigungen hilfreich.

Zu begrüessen wäre auch, wenn dahingehend Klarheit geschaffen werden könnte, dass nur signifikante pauschale Zahlungen ohne Gegenleistung nach Ablauf der Kündigungsfrist und ohne Pendant in der vorherigen Entlohnung als Abgangsentschädigung anzusehen sind. Im Rahmen der bisherigen Entlohnung geleistete Zahlungen während der Kündigungsfrist bzw. in deren Abgeltung sind nicht erfasst, auch wenn dem Arbeitnehmer dadurch gewisse finanzielle Vorteile erwachsen können.

Mit einer solchen Präzisierung würde klaggestellt, dass eine vorzeitige Aufhebung oder Beschleunigung von Ausübungs- bzw. Sperrfristen für Aktien und/oder Optionen

(accelerated vesting provisions) generell vom Begriff der Abgangsentschädigung ausgenommen sind, und dass Boni und Gratifikationen auch bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Freistellung ausbezahlt werden dürfen.

- c. Keine Wahl des Stellvertreters des Verwaltungsratspräsidenten durch die Generalversammlung

Im Falle einer Vakanz sollte der Verwaltungsrat bestimmen können wer als Verwaltungsratspräsident ad interim eingesetzt wird.

Der Verfassungstext sieht nicht vor, dass auch Stellvertreter des Verwaltungsratspräsidenten durch die Generalversammlung gewählt werden müssen. Wir würden es begrüßen, wenn die Verordnung hier nicht weitergeht und die entsprechenden Bestimmung in den Artikeln 2 und 4 VE-VgdA ersatzlos gestrichen werden. Angesichts der maximal einjährigen Amtsdauer des Präsidenten ist es unserer Ansicht nach vertretbar, dass der Verwaltungsrat bei einer Vakanz einen Präsidenten ad interim wählt, der bis zur nächsten Generalversammlung im Amt bleibt.

2. Ausführungen im Einzelnen

- a. Genehmigung der Gesamtvergütung (Art. 18 VE-VgdA)

Wir begrüßen die Möglichkeit, in den Statuten ein die Eigenheiten des Unternehmens berücksichtigendes Genehmigungsregime festlegen zu können. Die vorgeschlagene Regelung betreffend der Folgen einer Ablehnung des Genehmigungsantrags stellt die Zurich vor praktische Probleme bei der Umsetzung:

- In der Praxis erteilen durch den unabhängigen Stimmrechtsvertreter vertretene Aktionäre für neue, nicht angekündigte Anträge die Weisung, sich der Stimme zu enthalten oder diese abzulehnen. Kommt das dispositive Recht zur Anwendung, das auf die vertretenen Stimmen abstellt und somit Stimmenthaltungen wie Nein-Stimmen wirken, findet ein solcher Antrag ohne vorherige Ankündigung keine Mehrheit. Ist das Beschlussquorum wie bei der Zurich statutarisch auf die abgegebenen Stimmen festgesetzt und hat die Mehrheit der nicht persönlich vertretenen Aktionäre sich der Stimme enthalten, kommt den wenigen persönlich vertretenen Aktionären übermässiges Gewicht zu.
- Die Pflicht zur Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung zwecks Genehmigung der Vergütung schafft erhebliche Rechtsunsicherheit. Wird beispielsweise die prospektive Genehmigung der (fixen) Vergütung abgelehnt, kann das Unternehmen während rund 4 Monaten dem Verwaltungsrat und / oder der Geschäftsleitung *keinen* Lohn ausbezahlen ohne sich der Gefahr der Strafbarkeit auszusetzen.
- Eine ausserordentliche Generalversammlung verursacht erhebliche Kosten. Ausserdem schädigt der aufgrund der Ungewissheit entstehende Druck auf den Aktienkurs des betroffenen Unternehmens die Aktionäre und Pensionskassen, was nicht im Sinne der Initiative ist.
- Die jetzige Regelung gibt ausserdem *Corporate Raiders* übergrosses Gewicht, da sie durch Obsiegen mit dem pauschalen Antrag, die Vergütung abzulehnen, faktisch auch den gesamten Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung zum Rücktritt bewegen können.

Aus diesen Gründen wäre eine Lösung vorzuziehen, mit welcher **die Folgen einer bindenden Ablehnung statutarisch geregelt** werden:

Aus Sicht der Zurich wäre es wünschenswert, dass Art. 18 und Art. 12 Abs. 2 Ziff. 6 VE-VdgA entsprechend ergänzt werden. Anzupassen wäre auch die Strafrechtsbestimmung in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 VE-VdgA, wonach die Ausrichtung der in diesem Rahmen vom Verwaltungsrat und / oder Vergütungsausschuss festgesetzten Vergütung nicht strafbar ist.

b. Unzulässige Vergütungen, insbesondere Abgangsentschädigungen (Art. 20 Ziff. 1 VE-VdgA)

Wir begrüssen grundsätzlich den Entscheid des Verordnungsgebers, sich für die unzulässigen Vergütungen an den Verfassungswortlaut zu halten. Insbesondere halten wir es für richtig den völlig unbestimmten Begriff "andere Entschädigung" nicht in die Verordnung aufzunehmen und, in Bezug auf Vergütungen im Voraus, den Willen des Verfassungsgebers (*Lex Corti*) zu respektieren und nicht weitere Vergütungen zu untersagen.

Die Zurich arbeitet bereits jetzt daran das Verbot der Abgangsentschädigungen fristgerecht umzusetzen. In diesem Zusammenhang stellen sich zahlreiche praxisrelevante Einzelfragen, die im VE-VgdA nicht geregelt sind. Zumindest der Erläuterungsbericht sollte zu den offenen Fragen Stellung nehmen.

Der Begriff "Abgangsentschädigung" ist weder in der Verordnung noch im Erläuterungsbericht definiert (exemplarisch werden "pauschale Abfindungssummen ohne direkte Gegenleistung" aufgeführt). Aus praktischer Sicht wäre es hilfreich, wenn nur signifikante pauschale Zahlungen ohne Gegenleistungen nach Ablauf der Kündigungsfrist und ohne Pendant in der vorherigen Entlohnung als Abgangsentschädigung qualifiziert werden. Weiterhin erlaubt bleiben sollten im Rahmen der bisherigen Entlohnung geleistete Zahlungen während der Kündigungsfrist beziehungsweise in deren Abgeltung, auch wenn dem Arbeitnehmer dadurch gewisse finanzielle Vorteile erwachsen können. Beispielsweise sollen daher für Geschäftsleitungsmitglieder mit unter ausländischem Recht abgeschlossenen Arbeitsverträgen die nachstehenden, in gewissen lokalen Arbeitsmärkten üblichen Praktiken zulässig bleiben:

- die sofortige (kündigungsfristlose) Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Verbindung mit einer entsprechenden Zahlung einer Entschädigung (erfolgend vor oder nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Einmal- oder Ratenzahlung) anstelle der eben fehlenden, u.a. in der Schweiz üblichen, längeren Kündigungsfrist, oder
- die Abgeltung von vereinbarten Kündigungsfristen durch entsprechende Zahlungen – „payments in lieu of notice“ - (erfolgend vor oder nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Einmal- oder Ratenzahlung), resultierend in eine Kürzung oder gänzliche Wegbedingung der Kündigungsfrist.

Für die praktische, gesetzeskonforme Umsetzung der Forderungen der Initianten wäre es aus Sicht von Unternehmen wünschenswert, dass – im Einklang mit dem Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance – Klarstellungen in diesem Bereich erfolgen:

c. Verlängerung der ordentlichen Kündigungsfristen

Die Ausführungen des Erläuterungsberichts, dass eine "deutliche Verlängerung der ordentlichen Kündigungsfristen" "problematisch" erscheine, da eine solche vertragliche Abrede eine unzulässige versteckte Abgangsentschädigung darstellen könne, sind zu undifferenziert. Die ordentlichen Kündigungsfristen betragen zwischen einem Monat im ersten Dienstjahr bis zu drei Monaten ab dem zehnten Dienstjahr.

Allerdings wird es in der Schweiz kaum einen Arbeitsvertrag eines Geschäftsleitungsmitglied einer börsenkotierten Firma geben, der innert der ordentlichen gesetzlichen Kündigungsfristen kündbar ist. Marktüblich sind hier Kündigungsfristen zwischen 6 bis 12 Monate, und in begründeten Fällen wie beispielsweise Krisensituation von bis zu 24 Monaten. Entsprechend stossend wäre es hier auf die gesetzlichen Kündigungsfristen abzustellen. Relevant müssen die bereits heute im Markt üblichen Kündigungsfristen sein.

Im Sinne einer Präzisierung wäre hier zu wünschen, dass sich Unternehmen an einer klaren Regelung orientieren können, welche Kündigungsfristen erlaubt sind. Angesichts der heutigen Praxis wäre es wünschenswert, wenn Kündigungsfristen bis zu 12 Monaten immer unproblematisch sind und in begründeten Ausnahmefällen Kündigungsfristen von bis zu maximal 24 Monaten vereinbart werden können. Solche verlängerten Kündigungsfristen drängen sich z.B. in Krisensituationen auf, wo es schlussendlich zum Vorteil des Unternehmens ist, wenn z.B. ein CEO sich für einen gewissen Mindestzeitraum verpflichtet.

d. Vorzeitige Aufhebung / Beschleunigung der Ausübungs- bzw. Sperrfristen für Aktien und/oder Optionen

Die Zurich erklärt wie zahlreiche andere Unternehmen gewisse Vergütungsbestandteile für bedingt, schiebt sie zeitlich auf oder unterwirft sie während einer gewisser Zeit Verkaufsrestriktionen. Wird ein Arbeitsverhältnis beendet, räumen die Vergütungspläne der Zurich dem Arbeitnehmer in gewissen Situationen das Recht ein, solche bedingte oder aufgeschobene Rechte vorzeitig auszuüben und / oder heben Verkaufsrestriktionen auf. Arbeitsrechtlich kann dies sogar zwingend erforderlich sein (vgl. Art. 339 OR).

Wegen des Zeitwerts des Geldes kann einem Geschäftsleitungsmitglied durch das Recht auf *vorzeitige* Ausübung unter Umständen ein wirtschaftlicher Vorteil entstehen. Es besteht das Risiko, dass dieser Vorteil als Abgangsentschädigung qualifiziert werden könnte. Andererseits ist eine Diskontierung von zahlreichen Annahmen abhängig und daher auch nicht zwingend richtig; überdies ist unklar, ob dies arbeitsrechtlich überhaupt zulässig wäre.

Aus den oben genannten Gründen wäre es wünschenswert, wenn die vorzeitige Aufhebung oder Beschleunigung der Ausübungs- bzw. Sperrfristen für Aktien und/oder Optionen (insbesondere sog. *accelerated vesting provisions*) generell vom Begriff der Abgangsentschädigung (wie auch vom Begriff der „Provisionen für die Übernahme oder Übertragung von Unternehmen oder Teilen davon“) ausgenommen werden.

e. Lohnfortzahlung während der Kündigungsfrist

Der Verordnungsgeber geht davon aus, dass für die Restvertragsdauer beziehungsweise Dauer der Freistellung der Lohn ausgerichtet werden kann. Soweit ein ausbezahlter Bonus jedoch rechtlich als Gratifikation eingestuft wird, besteht das Risiko, dass dessen Auszahlung als Abgangsentschädigung qualifiziert werden könnte und damit strafbar wäre. Da die Zurich signifikante Teile der Vergütung rechtlich als Gratifikation und nicht als Lohn qualifiziert, um möglichst flexibel zu bleiben, erachten wir es als stossend, während der Freistellung diese Boni-Anteile in keinem Fall mehr ausrichten zu können.

Für die praktische Umsetzung der im VE-VgdA enthaltenen Forderungen wäre es hilfreich zu wissen, dass die Ausrichtung von folgenden Leistungen während der Kündigungsfrist weiterhin zulässig bleibt:

- Vergütungen, die als Lohn qualifizieren; bei der Festsetzung der variablen Vergütungen ist, soweit bestehend, auf objektive Parameter, ansonsten auf eine repräsentative Referenzperiode abzustellen; und

- Gratifikationen, die sich im Rahmen der Kriterien bewegen, die den Gratifikationen in den Vorjahren zugrunde lagen, beziehungsweise die bei Fehlen solcher Kriterien betragsmässig vergleichbar sind.

f. Aufhebungsvereinbarungen

In der (bisherigen) Praxis wurden Arbeitsverhältnisse oft durch Aufhebungsvereinbarungen beendet, beziehungsweise die Folgen der Beendigung häufig mittels eines Abwicklungsvertrages geregelt.

Diese Verträge beinhalten oft Kompromisse über unklare Ansprüche oder gewähren über gesetzliche oder vertragliche Ansprüche hinausgehende Leistungen im Gegenzug des Verzichts des Arbeitnehmers auf andere Ansprüche. Wegen des strafrechtlich sanktionierten, aber wenig konturierten Verbots von Abgangsentschädigungen sind solche Verträge nun faktisch in Frage gestellt, da über die dem Arbeitnehmer während der Vertragsdauer zustehende Ansprüche hinausgehende Leistungen zu strafrechtlichen Sanktionen führen könnte. Sowohl Arbeitgebern als auch Arbeitnehmern wird damit die Möglichkeit genommen, sich Klarheit über die Modalitäten der Beendigung des Arbeitsvertrags zu verschaffen und allenfalls streitige Ansprüche einfach zu klären. Gerade mit Bezug auf die oft umstrittenen und rechtlich noch nicht restlos geklärten Ansprüche auf Boni und Gratifikationen ist dies bedauernswert.

Wir betrachten es daher als wünschenswert, dass klargestellt wird, dass Vergütungen beziehungsweise "Entschädigungen" im Rahmen der ordnungsgemässen Abwicklung bestehender Verpflichtungen eines Arbeitsverhältnisses einschliesslich der Zahlung von Boni und Gratifikationen (im Rahmen der unter 1.11.e dargelegten Kriterien) für die vertragliche Restdauer des Arbeitsverhältnisses nicht als Abgangsentschädigungen qualifizieren. Bei Fehlen dieser Regelung müsste der Verwaltungsrat nämlich, um sich nicht dem Risiko der Strafbarkeit auszusetzen, die Ansprüche des Arbeitnehmers gerichtlich feststellen lassen.

g. Zwingende ausländische Rechtsvorschriften

Arbeitsverträge mit Geschäftsleitungsmitgliedern können aufgrund der in der Regel limitierten Rechtswahlmöglichkeiten des IPR zwingend ausländischem Recht unterstehen. Dieses kann zwingende Leistungen vorsehen. Deren Ausrichtung muss generell für zulässig erklärt werden.

h. Wahl von Stellvertretern des Verwaltungsratspräsidenten

Gemäss Art. 2 Ziff. 1 und Art. 4 Abs. 1 VE-VdG wählt die ordentliche Generalversammlung "allfällige" Stellvertreter, beziehungsweise "gegebenenfalls" Stellvertreter.

Das Institut des von der Generalversammlung gewählten Stellvertreters ist aus mehreren Gründen abzulehnen:

- Art. 95 Abs. 3 BV sieht die Wahl eines Stellvertreters nicht vor.
- Art. 95 Abs. 3 BV schliesst die Wahl eines Verwaltungsratspräsidenten *ad interim* für den Fall einer – ohnehin nur in absoluten Ausnahmefällen (z.B. Tod, plötzliche und dauernde Handlungsunfähigkeit) eintretenden – Vakanz nicht aus. Art. 95 Abs. 3 lit. a BV weist einzig die Kompetenz zur jährlichen Wahl des Verwaltungsratspräsidenten an die ordentliche Generalversammlung zu. Hintergrund war, der Generalversammlung die Möglichkeit zu geben, diese wichtige Funktion im Regelfall selbst besetzen zu können. Die Initiative wollte aber keine unpraktikable Regelung

schaffen, die den Verwaltungsrat der Möglichkeit beraubt, in Ausnahmesituationen flexibel eine Vakanz schliessen zu können.

- Das Institut des Stellvertreters, dessen Funktionen weder in der Verordnung noch im Obligationenrecht definiert sind, steht im Konflikt mit dem Vize-Präsidenten. Zudem führt es zu einem weiteren unerwünschten Machtgefälle im Verwaltungsrat zwischen dem Präsidenten und seinen Stellvertretern auf der einen und den normalen Mitgliedern auf der anderen Seite, indem es den Stellvertreter als Nachfolger präjudiziert. Der Verwaltungsrat wird der Möglichkeit beraubt, die Nachfolge ausserhalb der Medienaufmerksamkeit sorgfältig zu planen und allenfalls junge Mitglieder oder externe Kandidaten als Nachfolger aufzubauen.
- Die Wahl eines Stellvertreters löst das Problem eines Organisationsmangels nicht in jedem Fall. Was ist, wenn die Stellvertreter in der Ausnahmesituation einer Vakanz z.B. aus zeitlichen Gründen nicht zur Verfügung stehen, oder das Amt aus anderen Gründen nicht antreten wollen? Was ist, wenn der Verwaltungsratspräsident aus wichtigen Gründen abberufen werden musste, und nicht der Stellvertreter, sondern ein anderer Verwaltungsrat in der spezifischen Krisensituation als am besten geeignet erscheint, das Vertrauen der Aktionäre und der Öffentlichkeit wiederherzustellen?

Wir schlagen daher vor, den Stellvertreter ersatzlos zu streichen. Der Verwaltungsrat ist damit berechtigt, im Sinne der Selbstkonstituierung für den Ausnahmefall einer Vakanz bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung einen Präsidenten *ad interim* zu wählen.

Wir danken Ihnen, sehr geehrte Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren, vielmals für die wohlwollende Berücksichtigung unserer Anliegen. Bei Fragen stehen wir Ihnen gerne für ergänzende Erläuterungen zur Verfügung.



Yannick Hausmann
Group General Counsel



Paul Sutton
Head of Group Total Rewards



VERTRAULICH UND VORAB PER E-MAIL

Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für das Handelsregister
Vernehmlassung "Verordnung gegen die
Abzockerei"
Bundesrain 20
3003 Bern

Swiss Re AG
Mythenquai 50/60
Postfach
8022 Zürich
Schweiz
Telefon +41 43 285 2121
Fax +41 43 285 2999
www.swissre.com

25. Juli 2013

Anhörung betreffend Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei ("VgdA-E") – Stellungnahme der Swiss Re AG

Sehr geehrte Damen und Herren

Anlässlich der Medienkonferenz vom 14. Juni 2013 in rubrizierter Angelegenheit hat Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga zur Stellungnahme bis zum 28. Juli 2013 eingeladen. Für diese Gelegenheit der Meinungsäusserung danken wir herzlich.

Unsere Stellungnahme erfolgt aus Sicht eines in der Schweiz börsenkotierten, global tätigen Unternehmens, welches dieses Jahr sein 150-jähriges Bestehen feiern darf. Dies nicht zuletzt, weil wir in all dieser Zeit ein stabiles und liberales rechtliches und regulatorisches Umfeld vorgefunden und die Politik und der Gesetzgeber es verstanden haben, die Standortattraktivität zu gewährleisten.

In diesem Lichte erfolgen zunächst allgemeine Bemerkungen zum Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei ("VgdA-E" oder der "Entwurf"). Konkrete Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen der VgdA-E bilden den zweiten Teil dieser Stellungnahme.

Allgemeine Bemerkungen

Swiss Re erachtet es als äusserst wichtig, dass die Umsetzung der am 3. März 2013 angenommenen Volksinitiative "gegen die Abzockerei" Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen und Personen schafft. Diese Rechtssicherheit bewahrt den Standortvorteil, den die Schweiz im internationalen Vergleich geniesst und bis jetzt genossen hat. In diesem Sinne wäre es zu begrüßen, wenn gewisse Aspekte im Entwurf noch geklärt werden. Dies gilt in besonderem Mass für die Strafbestimmungen. Hier ist es aus unserer Sicht zwingend, dass eine sinnvolle und sich am Legalitätsprinzip, am Bestimmtheitsgebot und an der Verhältnismässigkeit orien-

tierende Regelung in den Entwurf einfließt. Ansonsten besteht die Gefahr, dass der Wirtschaftsstandort Schweiz an Attraktivität verliert.

Die Umsetzung muss zudem auch den betroffenen Unternehmen die nötige Flexibilität gewähren, damit auf sich ändernde Verhältnisse schnell und unbürokratisch reagiert werden kann. Starre oder impraktikable Lösungen stehen dieser Vorgabe entgegen und bedürfen ebenfalls der Klärung.

Der Titel der Verordnung ist aus Sicht eines international tätigen Unternehmens nicht sachgerecht. Die Wahl des Begriffes "Abzockerei" im Titel führt zu einer ungerechtfertigten Pauschalierung. Die Titelwahl scheint uns aus Standortsüberlegungen auch nicht sinnvoll, sondern schädigend.

Zuletzt erlauben wir uns darauf hinzuweisen, dass die Kosten der Umsetzung der Minder Initiative beträchtlich sind.

Konkrete Bemerkungen

1. Strafbestimmungen (Art. 24 und 25 VgdA-E)

Durch die Annahme der Volksinitiative wurde Art. 95 Abs. 3 lit. d BV neu in der Verfassung verankert. Danach werden Widerhandlungen gegen die Bestimmungen des Art. 95 Abs. 3 lit. a bis c BV mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen bestraft. Der Bundesrat setzt diese Verfassungsvorgabe in Art. 24 und 25 VgdA-E um.

Zunächst gilt es festzuhalten, dass mit Blick auf das im Schweizerischen Strafgesetzbuch verankerte Legalitätsprinzip die doch sehr schwerwiegende Sanktion in Form von Freiheitsstrafe samt Geldstrafe in einem Gesetz im formellen Sinn zu erlassen ist; dies lediglich auf Verordnungsstufe vorzunehmen, ist unangemessen. Des Weiteren muss sich der Gesetzgeber an das vom Legalitätsprinzip abgeleitete Bestimmtheitsgebot halten. Danach muss eine Strafnorm hinreichend bestimmt und das Gesetz muss so präzise formuliert sein, dass ein Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann (BGE 138 IV 13, Erw. 4.1 m.w.H.). Da die vorgeschlagene Strafbestimmung auf Bestimmungen Bezug nimmt, die selber auslegungsbedürftig sind, sind Präzisierungen notwendig (z.B. der Begriff Abgangsentschädigung, vgl. nachstehend Abschnitt 6). Zwar gilt das Bestimmtheitsgebot nicht absolut. Die in der Bundesverfassung und dem Entwurf vorgesehenen Sanktionen stellen aber erhöhte Anforderungen an die Bestimmtheit.

Der Bundesrat hat bei der Ausgestaltung des Delikts darauf geachtet, dass die Tat nur vorsätzlich begangen werden kann. Um die Rechtssicherheit in diesem Bereich zusätzlich zu erhöhen, ist klarzustellen, dass mit "vorsätzlich" nur diejenigen Fälle erfasst werden, bei denen die Täter wissen, dass sie die einschlägigen Regeln verletzen. Fälle von Unsicherheit, inwiefern z.B. die Handlung widerrechtlich ist oder nicht, sollten dem gegenüber nicht zur Strafbarkeit führen. Mit anderen Worten, strafbar ist nur derjenige, der positiv weiss, dass er z.B. eine verbotene Ent-

schädigungszahlung ausrichtet; wer in guten Treuen davon ausging, dass seine Leistung zulässig war, soll nicht der Strafbarkeit unterstehen.

Ferner ist eine Abstufung nach Art der Widerhandlung aus Verhältnismässigkeitsgründen unumgänglich. Der Entwurf sieht keine derartige Differenzierung vor. Es ist wohl unbestritten, dass eine direkt vorsätzlich geleistete verpönte Zahlung unter dem VgdA-E einen schwerwiegenderen Unrechtsgehalt aufweist, als wenn z.B. ein Mitglied des Verwaltungsrates ein Mandat zu viel bei einer anderen Gesellschaft innehat.

Diese Klarstellungen sind aus unserer Sicht absolut notwendig, um die Rechtssicherheit zu gewährleisten. Ein global tätiges Unternehmen wie die Swiss Re ist darauf angewiesen, dass auf Stufe Verwaltungsrat und Geschäftsleitung erfahrene Führungskräfte aus dem Ausland in diese Gremien Einsitz nehmen können. Rechtsunsicherheit sowie eine dem Legalitätsprinzip und dem Bestimmtheitsgebot widersprechende und unverhältnismässige Regelung bei den Strafbestimmungen verunmöglichen die Rekrutierung geeigneter Kandidaten und führen letztlich zu einem kompetitiven Nachteil im internationalen Vergleich mit daraus folgenden Konsequenzen.

2. Vergütungen an den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat (Art. 18 VgdA-E)

Swiss Re begrüsst ausdrücklich die vorgeschlagene Alternative in Art. 18 Abs. 3 VgdA-E, wonach Unternehmen unter anderem die sog. Budgetlösung bei Einhaltung der darin aufgeführten Voraussetzungen einführen können. Nach dieser Lösung könnten die Statuten vorsehen, dass alljährlich über ein "Bonusbudget" abgestimmt wird, das nur dem Maximalbetrag nach bestimmt ist.

Unseres Erachtens wird die Budgetlösung – wie auch der gesamte Artikel 18 VgdA-E – durch den vorgeschlagenen Abs. 2 derselben Bestimmung jedoch praxisuntauglich. Dass der Verwaltungsrat an derselben Generalversammlung einen zweiten Antrag stellen soll, wenn die Genehmigung des ersten Antrages verweigert wird, verkennt die Art und Weise, wie in der Schweiz börsenkotierte Gesellschaften Generalversammlungen vorbereiten und abhalten.

Das Aktionariat der Swiss Re besteht aus über 60'000 Aktionärinnen und Aktionären, wovon viele institutionelle Investoren sind. Im Vorfeld jeder Generalversammlung wird der Kontakt mit Aktionärinnen und Aktionären und Stimmrechtsberatern gesucht und wichtige Anliegen besprochen. Die meisten institutionellen Investoren lassen sich an der Generalversammlung vertreten und erteilen im Vorfeld ihren Vertretern schriftliche Stimmrechtsinstruktionen, die sich vielfach auf die Stimmrechtsempfehlungen der Stimmrechtsberater abstützen (*Proxy Voting*). An der Generalversammlung selber ist deshalb nur ein sehr kleiner Anteil der Aktionärinnen und Aktionäre anwesend (in unserem Fall machten die an der Generalversammlung 2013 anwesenden Aktionärinnen und Aktionäre lediglich wenige Prozente aus).

Die Einbringung eines zweiten Antrages bei Ablehnung des Ersten ist in diesem Verfahren der Meinungsäusserung untauglich. Der komplexe Vorgang des Einholen der Stimmen im Rahmen des Proxy Votings in einem weltweiten Aktionariat – wie es die Swiss Re hat – erlaubt es zeitlich nicht, die Aktionärinnen und Aktionäre zu diesem zweiten Antrag zu konsultieren und ihre Zustimmung einzuholen, weil diese an der Generalversammlung gar nicht anwesend sind. Der

vorgeschlagene aktionärsunfreundliche Absatz 2 nimmt einem Grossteil des Aktionariats damit die Möglichkeit abzustimmen, was unweigerlich zu einer Ablehnung oder – im besten Fall – zu einer Enthaltung führt. Sodann haben viele unserer institutionellen Investoren Richtlinien, wonach sie Neuanträgen nicht zustimmen dürfen oder sich bei solchen zu enthalten haben, und es kann nicht einfach davon ausgegangen werden, dass die übrigen Aktionärinnen und Aktionäre bei Zusatz – oder Spontanabstimmungen automatisch die Instruktion erteilt haben, den Antrag des Verwaltungsrates zu unterstützen.

Bedenkt man, dass Enthaltungen sich wie Nein-Stimmen auswirken, wird der in Absatz 2 vorgeschlagene zweite Antrag zur Makulatur und die Folge wäre eine zwingende Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung mit allen Kostenfolgen für die jeweilige Gesellschaft.

Daher ist es wichtig, dass der Entwurf eine praktikable Lösung für den Fall der Nichtgenehmigung vorsieht.

3. Zusatzbetrag (Art. 19 VgdA-E)

Wir begrüssen die Flexibilität, einen Zusatzbetrag vorsehen zu können, ausdrücklich. Die Bestimmung muss aber auch für die sog. Budgetabstimmung gemäss Art. 18 Abs. 3 VgdA-E gelten. Entsprechend schlagen wir vor, dass diese Bestimmung klar zum Ausdruck bringt, dass die statutarische Festlegung des Zusatzbetrages auch für den Fall gilt, wenn die Gesellschaft eine abweichende statutarische Regelung gemäss Art. 18 Abs. 3 VgdA-E gewählt hat. Sodann ist klarzustellen, dass der Zusatzbetrag sich sowohl auf die fixe als auch auf die variable Entschädigung beziehen kann.

4. Statutenbestimmungen (Art. 12 VgdA-E)

Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1 VgdA-E schreibt vor, dass die Statuten zwingend eine Bestimmung enthalten müssen über die Anzahl der zulässigen Tätigkeiten der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates in obersten Leitungs- und Verwaltungsorganen von Rechtseinheiten, die verpflichtet sind, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen und die nicht durch die Gesellschaft kontrolliert werden oder die Gesellschaft nicht kontrollieren. Es ist zwingend notwendig, diese Bestimmung auf Mandate (nicht Tätigkeiten) bei anderen börsenkotierten Gesellschaft zu beschränken. Mandate in nicht börsenkotierten Gesellschaften wie auch eigenen Konzerngesellschaften sollten vom Anwendungsbereich dieser Bestimmung ausgeschlossen sein. Andernfalls ist die Rekrutierung geeigneter Kandidaten für den Verwaltungsrat – auch aus Sicht der Nachfolgeplanung – erschwert (wenn nicht gar unmöglich), weil die vorgeschlagene Regelung *de facto* zu einem Ausschluss ganzer Gruppen hochqualifizierter Verwaltungsratskandidaten führt.

Art. 12 Abs. 2 VgdA-E sieht sodann vor, dass zu ihrer Verbindlichkeit u.a. die Grundsätze für die leistungsabhängigen Vergütungen und für die Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten an Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates der Aufnahme in die Statuten bedürfen.

Wir begrüßen den prinzipienbasierten Ansatz des Art. 12 Abs. 2 VgdA-E. Bei der Höhe der Darlehen, Kredite und Renten gemäss Art. 12 Abs. 2 Ziff. 1 VgdA-E sind unseres Erachtens aus Gründen der Praktikabilität lediglich die Grundsätze zur Bestimmungen der Höhe und nicht die konkrete maximale Höhe anzugeben. Art. 12 Abs. 2 Ziff. 5 VgdA-E sollte sich auf Art. 18 Abs. 1 und 3 VgdA-E beziehen. Zudem scheint eine Koordination mit den Handelsregisterämtern in Zusammenhang mit Art. 12 VgdA-E besonders angebracht, damit nicht vorgeschlagene Statutenklauseln wider Erwarten abgelehnt werden.

5. Vergütungsbericht (Art. 13 VgdA-E)

Gemäss dieser Bestimmung erstellt der Verwaltungsrat jährlich einen schriftlichen Vergütungsbericht. Im Zusammenspiel mit den Übergangsbestimmungen (Art. 26 ff. VgdA-E) bleiben aber noch offene Fragen, die unbedingt geklärt werden müssen.

Nimmt man Art. 13 Abs. 1 VgdA-E i.V.m. Art. 26 VgdA-E wörtlich, so muss der Verwaltungsrat bereits im Jahr 2014 einen Vergütungsbericht gemäss der VgdA-E erstellen. Unklar bleibt aber, ob dieser Vergütungsbericht bereits die Angaben im Anhang zur Bilanz nach Art. 663b^{bis} OR zu enthalten hat oder nicht. Da der Vergütungsbericht im Jahr 2014 das Geschäftsjahr 2013 abdeckt, kann es unseres Erachtens nicht die Meinung sein, dass ein "altrechtliches" Geschäftsjahr bereits durch neue Regeln erfasst wird. Dies käme einer unzulässigen Rückwirkung gleich. Entsprechend wäre der Entwurf dahingehend zu präzisieren, dass der VgdA-E konforme Vergütungsbericht erstmals anlässlich der Generalversammlung 2015 vorliegen muss (mithin an der Generalversammlung 2014 über Vergütungsfragen für das Geschäftsjahr 2013 nach bisherigem Regime abgestimmt werden kann).

Ferner besteht eine Unsicherheit, wann der neue Vergütungsbericht im Falle der sog. Budgetabstimmung gemäss Art. 18 Abs. 3 VgdA-E vorzuliegen hat. Wir regen eine Präzisierung für diesen Fall an.

6. Klarstellung des Begriffes Abgangsentschädigungen (Art. 20 Ziff. 1 VgdA-E) und Zulässigkeit von Antrittsprämien (Art. 20 Ziff. 2 VgdA-E)

Art. 20 Ziff. 1 VgdA-E erklärt Abgangsentschädigungen als unzulässig. Der Entwurf schweigt sich jedoch darüber aus, was unter dem Begriff zu verstehen ist.

Tatsache ist, dass in der Lehre z.T. verschiedene Meinungen bestehen, wann eine Entschädigung als Abgangsentschädigung zu qualifizieren ist (vgl. BSK OR II-WATTER/MAIZAR, Art. 663b^{bis} N 56 m.w.H.). Der erläuternde Bericht des Bundesamtes für Justiz erklärt sodann selber, dass es sich beim Begriff der Abgangsentschädigung bereits um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt (S. 24 des Erläuternden Berichts des Bundesamtes für Justiz vom 14. Juni 2013 (der "Erläuternde Bericht")). Erhöht wird die Unsicherheit zudem durch die Beurteilung des Bundesamtes für Justiz, wonach die deutliche Verlängerung der ordentlichen Kündi-

gungsfristen (Art. 335b f. OR) ähnlich problematisch erscheint wie befristete, langjährige Arbeitsverträge, die faktisch auf die Einführung von (unzulässigen) Abgangsentschädigungen hinauslaufen (S. 24 unten und S. 25 oben des Erläuternden Berichts). So ist unklar, ob die im Arbeitsmarkt durchaus häufig anzutreffende einjährige Kündigungsfrist für Spitzenkader bereits als deutliche Verlängerung der ordentlichen Kündigungsfristen gewertet werden muss.

Berücksichtigt man die drakonischen Sanktionen und das Bestimmtheitsgebot, so fordern wir eine Klarstellung, welche Entschädigungen als unzulässige Abgangsentschädigungen zu qualifizieren sind. Insbesondere ist festzuhalten, dass eine marktübliche Kündigungsfrist von 12 Monaten nicht als deutliche Verlängerung der Kündigungsfrist zu werten ist und damit keine unzulässige Abgangsentschädigung darstellt.

Nicht zuletzt schreiben ausländische Rechtsordnungen zwingend die Zahlung von Abgangsentschädigungen vor. Gemäss dem Grundsatz *pacta sunt servanda* gilt es zudem bestehende vertragliche Vereinbarungen einzuhalten, vor allem wenn diese nicht schweizerischem Recht unterstehen. Eine Verletzung solcher ausländischer Vorschriften respektive des angeführten Grundsatzes führt ggf. zu Schadenersatzpflicht. Bleiben diese beiden Aspekte unberücksichtigt, wird zudem die Anstellung von geeigneten ausländischen Führungskräften verunmöglicht. Art. 20 Ziff. 1 VgdA-E ist entsprechend zu präzisieren.

In Bezug auf Antrittsprämien sind wir mit dem Erläuternden Bericht des Bundesamtes für Justiz der Meinung, dass sog. sign-on Boni sowie die Entschädigung von Vorteilen, die durch den Wechsel von einem früheren Arbeitgeber verlustig gehen, weiterhin zulässig sein sollen. Es ist für uns als global tätiges Unternehmen notwendig, Talente rekrutieren zu können. Ein Verbot solcher Zahlungen würde die Realität verkennen.

7. Allfällige Stellvertreter (Art. 4 VgdA-E)

Art. 4 Abs. 1 VgdA-E sieht vor, dass die Generalversammlung neben dem Verwaltungsratspräsidenten gegebenenfalls auch Stellvertreter wählt. Es sei an dieser Stelle festgehalten, dass ein solches Erfordernis in der Verfassungsbestimmung des Art. 95 Abs. 3 BV so nicht vorgesehen ist und daher der Grundlage entbehrt. Wir befürworten weiterhin das Konstituierungsrecht des Verwaltungsrates bei der Wahl des Vizepräsidenten oder Stellvertreters des Verwaltungsratspräsidenten.



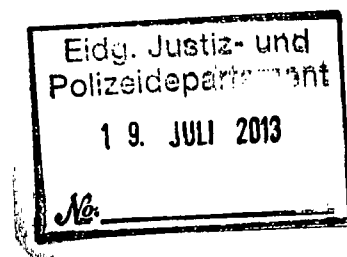
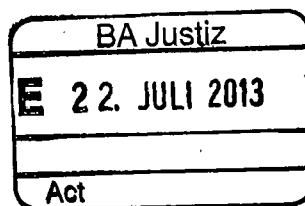
Für die wohlwollende Prüfung unserer Stellungnahme bedanken wir uns bereits jetzt ganz herzlich und sollten Rückfragen bestehen, stehen wir für weitere Gespräche gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Swiss Re AG

Walter B. Kielholz
Präsident des Verwaltungsrates

Felix Horber
Generalsekretär



Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
(EJPD)
Bundeshaus West
CH-3003 Bern

15. Juli 2013

Anhörung zur Verordnung gegen die Abzockerei (Vgda-E)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga,
Sehr geehrte Damen und Herren,

Im titelerwähnten Anhörungsverfahren übermitteln wir Ihnen fristgerecht unsere, mit einem speziellen Fokus auf die aus unserer Sicht wichtigsten Aspekte der Vgda-E, insbesondere betreffend den Folgen der Nicht-Genehmigung von Vergütungsbeiträgen durch die Generalversammlung (E-Art. 18 Abs. 2), betreffend des Opting-out (E-Art. 18 Abs. 2), sowie betreffend der Strafbestimmungen (E-Art. 24 f.).

Mit Hauptsitz in Basel, ist Roche ein führendes, forschungsorientiertes Unternehmen, spezialisiert auf die beiden Geschäftsbereiche Pharma und Diagnostics. Als weltweit grösstes Biotech-Unternehmen entwickelt Roche klinisch differenzierte Medikamente für die Onkologie, Infektionskrankheiten, Entzündungs- und Stoffwechselkrankheiten sowie neurologische Erkrankungen. Wir sind führend im Diabetesmanagement und auch der weltweit bedeutendste Anbieter von In-vitro-Diagnostik und gewebebasierten Krebstests. Medikamente und Diagnostika, welche die Gesundheit, die Lebensqualität und die Überlebenschancen von Patienten entscheidend verbessern, sind das strategische Ziel der personalisierten Medizin von Roche.

2012 beschäftigte Roche weltweit über 82'000 Mitarbeitende und investierte mehr als 8 Milliarden Franken in die Forschung und Entwicklung. Der Konzern erzielte einen Umsatz von 45,5 Milliarden Franken. Roche belegt gemäss einer kürzlich von Ernst&Young veröffentlichten Studie der nach der Börsenkapitalisierung gemessenen, weltweit 100 grössten Unternehmen Rang 13 und ist nach diesem Kriterium zugleich das grösste schweizerische und europäische Unternehmen (Beilage: „Roche in Europa das teuerste Unternehmen“, Basler Zeitung vom 4. Juli 2013, S. 30).

Als in der Schweiz börsenkotiertes Unternehmen sind wir vom neuen VgDA-E speziell betroffen, weshalb wir Ihnen gerne, in Ergänzung zu den Eingaben von SwissHoldings und economiesuisse, auf welche wir hiermit ausdrücklich verweisen, folgende Punkte unterbreiten möchten:

1. Nicht-Genehmigung von Vergütungsbeträgen durch die Generalversammlung (E- Art. 18 Abs. 2)

- A. Aufgrund des im schweizerischen Aktienrechts bestehenden Unmittelbarkeitsprinzips der Generalversammlung, welches von einer gemeinsamen Kommunikation, Meinungsbildung und anschliessender Entscheidung der Aktionäre nach einer möglichen Frage- und Antragstellung an den Verwaltungsrat anlässlich der Generalversammlung ausgeht, erscheint der Lösungsansatz von E-Art. 18 Abs. 2 bei einer verweigerten Genehmigung nicht praktikabel.
- Der Verwaltungsrat muss bei verschiedenen Anträgen von Aktionärsseite zum traktandierten Gegenstand der Genehmigung der Vergütungen die Aktionäre entsprechend darüber abstimmen lassen und zugleich aber auch die Möglichkeit besitzen, Anträgen entsprechende Gegenanträge des Verwaltungsrates entgegenzustellen. Deshalb steht die Beschränkung auf lediglich einen neuen Antrag gemäss Vorschlag von E-Art. 18 Abs. 2 dem individuellen Antragsrecht und dem Unmittelbarkeitsprinzip diametral entgegen.
- Solange in einer Generalversammlung das Traktandum „Vergütung“ nicht abgehandelt ist, sind nach heutigem Recht weitere Anträge möglich und es kann darüber weiter abgestimmt werden. Es könnte durchaus der Gesellschaft obliegen, den Aktionären gegenüber die Möglichkeit einzuräumen, dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter Weisungen dergestalt zukommen zu lassen, dass ein Beschluss über die Vergütung auch entgegen dem ursprünglichen Antrag des Verwaltungsrates möglich wird.
- B. Die in E-Art. 18 Abs. 2 beschriebene Folge der Durchführung einer vollständig neuen Generalversammlung ist zudem aus verschiedenen Gründen nicht realisierbar. Aus Sicht der Erarbeitung eines neuen Antrags ist der Zeitraum von 3 Monaten unter Berücksichtigung der zeitlichen Verfügbarkeit der Verwaltungsräte, der Berücksichtigung der Einberufungsfrist und - wie zudem im Erläuterungsbericht festgehalten - einer allfällig teilweisen Erneuerung des Verwaltungsrates zeitlich nicht zu bewältigen.
- Aus rein praktischen Gründen ist im Hinblick auf die Durchführung einer Generalversammlung ein Tagungsort ab einer gewissen Grösse eines Unternehmens nur unter rechtzeitiger Vorreservation von geeigneten Räumlichkeiten überhaupt erhältlich. So hat Roche beispielsweise für die ordentlichen Generalversammlungen bereits Vorreservationen bis ins Jahr 2017 vornehmen müssen.
- C. Aus diesen Gründen schlagen wir vor, den Art. 18 Abs. 2 ersatzlos zu streichen.

2. Strafbestimmungen gemäss (E- Art. 24 f.)

- A. Vorweg erachten wir es aus rechtsstaatlichen Überlegungen und Gesichtspunkten – nicht zuletzt auch im Hinblick auf künftige Verfassungsinitiativen - als gefährlich, auf dem Verordnungsweg –

trotz verfassungsrechtlicher Grundlage - mit Freiheitsstrafen bewährte Strafnormen zu implementieren.

- B. Die Strafbestimmungen gemäss vorliegendem Verordnungsentwurf sind einerseits teilweise durch die Verfassungsvorlage von Art. 95 Abs. 3 Bst. d BV nicht abgedeckt und andererseits im Vergleich zum strafbewährten Sachverhalt und verletztem Rechtsgut eindeutig als unverhältnismässig zu beurteilen.

Deshalb befürworten wir ausdrücklich die vorgeschlagenen Korrekturmassnahmen wie Sie von SwissHoldings, als auch von economiesuisse in der Detailanalyse der Strafbestimmungen festgehalten werden:

- Streichung von E-Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 (da durch Verfassungsbestimmung nicht abgedeckt);
- Mildere Strafandrohung für E-Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 bis 9, aufgrund der Anwendung des Verfassungsgrundsatzes der Verhältnismässigkeit;
- Differenziertere Ausgestaltung der Straftatbestände von E-Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 betr. der subjektiven Tatbestandsmerkmale und wegen der Notwendigkeit einer Bagatellklausel;
- Präzisierungen in E-Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4, Ziff. 8 und betr. „verhindert“ in Ziff. 6 – 9
- Neuformulierung des Maximalrahmens für Geldstrafen (E-Art. 24 Abs. 2) zur Wahrung der praktischen Konkordanz mit dem geltenden Strafrecht.

- C. In E-Art. 24 Abs.1 Ziff. 5 wird eine Strafbarkeit verfügt, falls ein Verwaltungsrat eine „Depotvertretung“ „einsetzt“. In der Tat ist bei Inhaberaktien die Möglichkeit gegeben, dass eine Bank, die in ihrem Depot durch einen Kunden deponierten Inhaberaktien an einer Generalversammlung vertritt. Dies erfolgt aber nicht durch ein „Einsetzen“ durch den Verwaltungsrat. Entsprechend müsste die Strafdrohung nicht gegen den eine Generalversammlung organisierenden Verwaltungsrat gerichtet sein, sondern gegen den Depotverwahrer. Somit müsste eine zusätzliche Strafbestimmung in die Verordnung aufgenommen werden. Die Gesellschaft resp. deren Verwaltungsrat hat keinerlei Möglichkeit nachzuprüfen, ob eine das Stimmrecht wahrnehmende Bank dies aufgrund des Eigenbesitzes der Aktien oder in Ausnützung einer Depotsituation vornimmt. Sollte sich Letzteres allerdings ergeben und dies offenkundig werden, so müsste die das Stimmrecht verbotenerweise ausübende Person oder Bank strafbar gemacht werden.
- D. In Ergänzung dazu ist es fragwürdig, dass die in der Verordnung vorliegenden Strafnormen in Form von Officialdelikten ausformuliert sind. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit wäre es korrekt, die Strafbestimmungen als Antragsdelikte auszugestalten. Im Gegensatz zu einer einfachen Anzeige und der Aktivierung der Strafverfolgungsbehörde bzw. der damit verbundenen Inanspruchnahme der Officialmaxime, bildet der Strafantrag gemäss Art. 303 StPO eine Prozessvoraussetzung, und dies sollte dem Gedanken der Initianten folgend, den Aktionären als Eigentümer zustehen. Bloss „interessierte Kreise“ oder die breite Öffentlichkeit sollten von der Wahrnehmung dieses Rechtes ausgeschlossen sein.

Es lässt sich durchaus denken, dass gerade bei Verhältnissen, bei denen ein bedeutender Aktionär auch Einsitz im Verwaltungsrat nimmt, die übrigen Aktionäre bei kleinen Vergehen aus eigenem Interesse heraus von einer Strafverfolgung absehen möchten. Dies in erster Linie um dem

Hauptaktionär nicht sein Engagement „zu verleiden“, der dann mit dem Verkauf seiner Aktien den Kurs des Titels massiv negativ beeinflussen könnte. Dies nur als ein mögliches Beispiel, andere Überlegungen könnten aber ähnliche Auswirkungen haben, weshalb es den Aktionären überlassen sein sollte, ob sie Antrag stellen wollen oder nicht.

Es steht ausser Zweifel, dass u.a. auch unverhältnismässige Strafnormen nicht nur die einzelnen Unternehmen gefährden, sondern – wie wir bereits in Gesprächen mit ausländischen Unternehmen und Investoren feststellen – dadurch auch das Vertrauen in den Wirtschaftsstandort Schweiz infrage gestellt wird.

3. Erläuternder Bericht Ziff. 3.9.3

- A. Im erläuternden Bericht wird unter Ziff. 3.9.3 auf Seite 26 ausgeführt, dass auch Antrittsprämien „im Vergütungsbericht offengelegt und durch die Generalversammlung genehmigt werden“ müssen. Ein gemäss dieser Ausführung gewähltes Vorgehen würde bedeuten, dass eine Anstellung eines Geschäftsleitungsmitgliedes erst nach erfolgter Genehmigung durch die Generalversammlung erfolgen könnte, was in vielen Fällen unpraktisch ist. Es müsste möglich sein, durch das Festlegen eines gewissen Rahmens, der auch für den Fall eines Ausscheidens und des Neueinstellens eines neuen Mitgliedes entsprechenden Raum bietet und durch die Generalversammlung genehmigt wird, „Antrittsprämien“ einzuschliessen, womit es keine weitere ausdrückliche Genehmigung solcher Antrittsprämien benötigte. Darauf scheint Artikel 19 Bezug zu nehmen, doch müsste dies im erläuternden Bericht klargestellt werden.
- B. In Ziff. 3.10.2 des erläuternden Berichtes wird betreffend Stimmpflicht der Vorsorgeeinrichtungen auf Seite 29 angenommen, dass bei „mehrschichtigen Sachverhalten“ eine Vorsorgeeinrichtung die Aktien der Arbeitgeber AG in der Generalversammlung vertreten und das Stimmrecht wahrnehmen würde. Da in der Regel die Vorsorgeeinrichtung eines Arbeitgebers durch den Arbeitgeber dominiert wird (Präsident des paritätischen Stiftungsrates wird üblicherweise vom Arbeitgeber bestimmt), scheint eine solche Wahrnehmung der Vertretung der Aktien kaum realistisch und sollte im Grunde genommen ausgeschlossen werden. Dies auch der Logik folgend, dass Organvertretungen ausgeschlossen sind.

4. Wahl und Amtsdauer des Verwaltungsratspräsidenten (E-Art. 4)

In E-Art. 4 ist der dritte Absatz im Grunde überflüssig, da die Abberufbarkeit sowohl des Präsidenten als auch allfälliger Stellvertreter der allgemeinen Abberufungsmöglichkeit von Verwaltungsräten gegeben ist. Diese Ziffer kann ersatzlos gestrichen werden.

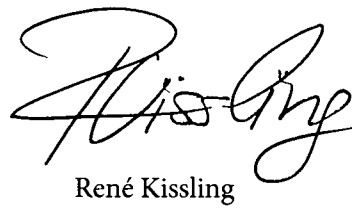
Wir danken Ihnen, sehr geehrte Frau Bundesrätin und sehr geehrte Damen und Herren, für Ihre wohlwollende Berücksichtigung unserer Anliegen.

Mit freundlichen Grüßen

F. Hoffmann-La Roche AG

A handwritten signature in black ink, appearing to read "G. Keller".

Dr. Gottlieb Keller

A handwritten signature in black ink, appearing to read "René Kissling".

René Kissling

Beilage

Fondation Ethos
Place Cornavin 2
Case postale
CH-1211 Genève 1
T +41 (0)22 716 15 55
F +41 (0)22 716 15 56
www.ethosfund.ch

Office fédéral de la justice OFJ
Office fédéral du registre du commerce OFRC
Bundesrain 20
CH-3003 Berne

Genève, le 25 juillet 2013

Commentaires de la Fondation Ethos relatifs à l'avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives

A. INTRODUCTION

La Fondation Ethos regroupe actuellement 143 investisseurs institutionnels suisses dont la majorité est formée de caisses de prévoyance suisses soumises à la Loi sur la Prévoyance Professionnelle (LLP). En ce sens, la Fondation Ethos est particulièrement concernée par la mise en œuvre de l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives ».

Dans le cadre de la procédure d'audition de l'avant-projet d'ordonnance ouverte par le Département Fédéral de Justice et Police (DFJP), la Fondation Ethos émet les commentaires ci-dessous.

B. COMMENTAIRES DE LA FONDATION ETHOS

Articles 1 à 6

Pas de commentaire

Article 7 – Comité de rémunération

alinéa 2

L'alinéa 2, à savoir que seuls les membres du conseil d'administration sont éligibles, est très important. En effet, c'est le conseil d'administration qui a l'attribution intransmissible et inaliénable notamment de nommer et révoquer les personnes chargées de la gestion, ainsi que d'établir le rapport de rémunération. Il a donc un ensemble de responsabilités liées à la fixation des rémunérations des instances dirigeantes. Il ne serait donc pas souhaitable d'étendre à d'autres personnes la possibilité d'être élues au comité de rémunération.

Article 8

Pas de commentaire

Article 9 – Octroi des pouvoirs et instructions

L'alinéa 2 prévoit que les actionnaires aient la possibilité de donner des instructions générales au représentant indépendant sur les propositions non annoncées. En l'occurrence, dans le rapport explicatif du DFJP, il est prévu qu'ils puissent donner l'instruction d'accepter ces propositions, de les refuser, de s'abstenir ou de voter comme le conseil d'administration.

Pour Ethos, la possibilité de donner au représentant indépendant l'instruction de voter comme le conseil d'administration n'est pas acceptable. En effet, cela revient à réintroduire en quelque sorte la possibilité d'être représenté par un membre des organes, un point qui est clairement proscrit par l'art. 95, al. 3, let. a Cst. La volonté est de ne pas permettre une telle représentation, y compris pour les propositions non annoncées. Au vu de l'importance que va prendre le représentant indépendant dans le futur, il est nécessaire d'empêcher qu'il puisse voter sur instruction « comme le conseil d'administration », sous peine de biaiser significativement le résultat des votes.

Article 10 – Obligations du représentant indépendant

Au vu de la grande proportion de voix qui est aux mains du représentant indépendant, il est essentiel que celui-ci ne communique pas au conseil d'administration les positions de vote qu'il détient avant le vote en assemblée générale. En effet, cela permettrait au Conseil d'adapter sa communication et sa stratégie par exemple en réaction à un nombre important de votes critiques. Il y aurait ainsi asymétrie d'information sur le vote des actionnaires, ceci avant l'assemblée générale.

Ethos propose donc d'ajouter un alinéa supplémentaire aux obligations du représentant indépendant :

^{3/} Le représentant indépendant garde la confidentialité des votes exprimés, y compris vis-à-vis des organes de la société.

Article 11

Pas de commentaire

Article 12 – Dispositions statutaires

alinéa 1, chiffre 1

L'art. 95, al. 3, let. c Cst. prévoit que le nombre maximal de mandats soit fixé dans les statuts afin de limiter les situations où un membre d'un conseil d'administration a trop de mandats externes et par conséquent plus suffisamment de temps à consacrer à la société. Pour pouvoir apprécier le nombre de mandats d'une personne, il faut impérativement préciser qu'il s'agit des mandats au sein de sociétés suisses ou étrangères.

Ethos propose de compéter le chiffre 1 de la manière suivante :

1. *le nombre de fonctions admises (...) d'entités juridiques suisses et non suisses qui ont l'obligation de s'inscrire au registre du commerce ou au registre étranger correspondant, et qui ne sont pas contrôlées par la société (...).*

alinéa 2, chiffre 3

L'art. 95, al. 3, let. c Cst. prévoit de manière explicite que les statuts règlent « les plans de bonus et de participation ». La formulation proposée par l'ordonnance est insuffisante puisqu'elle prévoit uniquement que les statuts règlent « les principes de l'octroi de titres de participation ». En effet, « régler les plans » signifie de pouvoir en maîtriser le fonctionnement. Au vu de la complexité de ces plans, il est impossible de les maîtriser en étant informé uniquement des « principes de l'octroi de titres de participation ».

Afin de donner aux actionnaires la compétence prévue par l'initiative et souhaitée par le souverain, Ethos propose d'adopter l'une des deux solutions suivantes pour la formulation du chiffre 3 :

1) Solution 1 :

3. *L'intégralité des différents plans de bonus et de participation (en annexe aux statuts).*

2) Solution 2 :

3. *Les caractéristiques suivantes de chacun des plans de bonus ou de participation :*
 - *L'éligibilité, à savoir les catégories de bénéficiaires du plan.*
 - *Le type d'attribution (espèces, actions, options).*
 - *La part du capital réservé au plan.*
 - *La durée totale du plan et la période de blocage.*
 - *Les conditions de performance, les conditions d'attribution définitive (vesting) et le prix d'exercice.*
 - *Les éventuelles attributions supplémentaires à la fin de la période de blocage (matching shares).*
 - *Les limites individuelles d'attribution.*
 - *Le potentiel de variation du nombre d'actions ou d'options attribuées en fonction de la réussite d'objectifs de performance.*

Le libellé du chiffre 3 est d'autant plus important qu'une très grande part (souvent même la majorité) de la rémunération des instances dirigeantes des sociétés cotées correspond à des titres de participation. Il est donc particulièrement crucial que les actionnaires puissent se prononcer sur le fonctionnement de ces plans.

Finalement, il est intéressant de relever que le contre-projet indirect à l'initiative populaire avait également prévu des dispositions spécifiques sur ce sujet. En l'occurrence, il prévoyait que les actionnaires puissent se prononcer sur le règlement de rémunération, celui-ci comprenant une présentation détaillée des différents plans de bonus et de participation.

Article 13

Pas de commentaire

Article 14 – Indemnités versées

alinéa 1, chiffre 4

L'objectif de cette disposition est de rendre transparente les rémunérations versées aux anciens membres des organes, afin de mettre en lumière les conflits d'intérêt éventuels. Pour éviter tout problème d'interprétation quant aux indemnités versées aux anciens membres des instances dirigeantes (notamment en cas de mandats de consultant), Ethos propose la formulation simplifiée suivante :

4. *toutes les indemnités que la société a versées directement ou indirectement aux anciens membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif ~~lorsqu'elles sont en relation avec leur ancienne activité d'organe de la société ou lorsqu'elle ne sont pas conformes aux conditions du marché~~ ; les prestations de prévoyance professionnelles ne sont pas visées.*

Articles 15 à 17

Pas de commentaire

Article 18 – Rémunérations

alinéa 2

Si un montant global de rémunération n'était pas approuvé, il est prévu que le conseil d'administration puisse immédiatement soumettre une nouvelle proposition aux actionnaires lors de la même assemblée générale.

Ethos est opposé à cette possibilité. En effet, la grande majorité des investisseurs institutionnels (qui détiennent habituellement la majorité du capital) n'assistent pas directement aux assemblées générales, mais se font représenter par le représentant indépendant. Au vu de la complexité des systèmes de rémunération, il n'est pas possible de donner une instruction générale nuancée au représentant indépendant pour que celui-ci puisse voter de manière cohérente dans le cas d'une deuxième proposition du conseil d'administration. En réalité, les institutionnels n'ont pas d'autre choix que de donner l'instruction de voter systématiquement contre toute nouvelle proposition du conseil d'administration. La possibilité d'un deuxième vote sur un montant global alternatif n'engendrerait donc que de la confusion.

Article 19 – Montant complémentaire

Le rapport explicatif du DFJP précise que les statuts peuvent prévoir notamment un montant supplémentaires concret ou « au moins clairement calculable par les actionnaires ».

Cette formulation n'est pas satisfaisante. En effet, en ce qui concerne les indemnités de la Direction, l'initiative prévoit que l'assemblée générale vote sur le montant global, à savoir un montant concret. Il n'y a donc pas de raison d'être plus souple pour un éventuel montant complémentaire au sens de l'article 19.

Ethos propose que le rapport explicatif précise que tout montant supplémentaire doit impérativement être défini dans les statuts de manière concrète.

Articles 20 et 21

Pas de commentaire

Article 22 – Obligation de voter

i) Obligation de vote

L'initiative populaire impose sans ambiguïté l'obligation de vote pour les institutions de prévoyance. Or, la formulation proposée par l'avant-projet d'ordonnance ne respecte pas la volonté populaire exprimée dans l'art. 95, al. 1, let. a Cst. En effet, la formulation actuelle permet aisément à une institution de prévoyance de contourner l'obligation de vote. Il suffit que le conseil de fondation définisse de manière restrictive ce qu'il entend par « l'intérêt des assurés » en lien avec le vote, afin de pouvoir renoncer au vote.

L'exemple suivant permet d'illustrer cette faille dans l'obligation de vote. Imaginons que le conseil de fondation définisse que l'institution doit détenir au minimum 0,1% du capital d'une société pour que ce soit dans « l'intérêt des assurés » qu'elle exerce ses droits de vote. Sachant que la capitalisation globale des sociétés comprises dans l'indice SPI est approximativement de CHF 1'000 milliards, cela signifierait qu'un actionnaire devrait détenir un milliard de francs d'actions suisses pour avoir 0,1% du capital des sociétés cotées en Suisse. Sachant que les institutions de prévoyance détiennent en général environ 10% de leur fortune en actions suisses, cela signifierait que pour détenir un milliard de francs d'actions suisses, il faudrait avoir une fortune d'au moins CHF 10 milliards. On constate aisément que la « règle du 0,1% » permettrait à la très grande majorité des institutions de prévoyance de renoncer à l'exercice des droits de vote « dans l'intérêt des assurés ».

Il faut préciser que l'actionnariat des sociétés cotées en bourse est souvent très atomisé. C'est la raison pour laquelle il est important que tous les actionnaires ayant la même approche orientée à long terme exercent leurs droits de vote, même si leur poids individuel semble relativement faible à certains. Cette volonté a été clairement formulée dans l'initiative populaire et Ethos considère que l'ordonnance doit en tenir compte.

Dans cet esprit, Ethos propose que la définition de ce que l'on entend par « l'intérêt des assurés » soit précisée dans l'ordonnance elle-même et non pas laissée à la discrétion du conseil de fondation des institutions de prévoyance. Cela garantirait une application uniforme du concept, ce qui présente davantage d'équité pour les assurés qui ne peuvent pas choisir leur caisse de prévoyance. Ethos propose de compléter l'alinéa 2 de la manière suivante et de supprimer les alinéas 3 et 4 :

2/ Elles votent dans l'intérêt des assurés, à savoir l'intérêt à long terme, financier et non financier, des actionnaires de la société et de ses autres parties prenantes. S'il n'existe aucun motif significatif pour approuver ou refuser un point à l'ordre du jour, elles s'abstiennent.

3/ supprimé

4/ supprimé

ii) Placement collectifs

Par ailleurs, une part significative des investissements en actions des institutions de prévoyance sont effectués par le biais de placements collectifs. Dans ce cas, l'investisseur n'a, en principe, pas le contrôle des droits de vote pour la part d'actions qu'il détient de manière indirecte.

Néanmoins, Ethos est d'avis qu'il faut traiter de manière distincte les placements collectifs effectués au sein de fondations de placement qui sont constituées conformément à l'art. 53g ss LPP. En effet, ces fondations de placement ont été créées spécifiquement pour servir la prévoyance professionnelle. L'organe faîtière de ces fondations, la KGAST (Conférence des administrateurs de Fondation de placement) communique que la fortune gérée par ses membres s'élève à CHF 88 milliards au 31.12.2012, soit près de 15% du deuxième pilier suisse. Au vu de l'importance de ces fondations de placement et de leur orientation spécifique pour la prévoyance professionnelle, Ethos est d'avis que l'obligation de vote doit être étendue à ces institutions. A cet effet, Ethos propose de compléter l'art. 22, alinéa 1 comme suit :

^{1/} les institutions de prévoyance soumises à la loi du 17.12.1993 sur le libre passage et les fondations de placement constituées conformément à l'art. 53g ss LPP doivent exercer les droits de vote liés aux actions qu'elles détiennent lors de l'assemblée générale.

iii) Prêts de titres

L'obligation de vote implique que l'institution de prévoyance renonce à prêter ses titres (securities lending) en période d'assemblée générale. Si une institution de prévoyance a octroyé un mandat de prêt de titres, il est nécessaire qu'elle donne l'instruction d'interrompre le prêt de titres autour de la date d'enregistrement prise en compte pour calculer le nombre de titres donnant un droit de vote. A ce sujet, Ethos propose le nouvel alinéa 3 suivant :

^{3/} Le prêt de titres est interdit s'il empêche l'exercice des droits de vote dans l'intérêt des assurés.

Article 23 – Obligation de communiquer

L'art. 95, al. 3, let. a Cst. demande de manière explicite que les institutions de prévoyance communiquent ce qu'elles ont voté. En effet, il est considéré comme légitime que les assurés aient connaissance de la manière dont les droits de vote qu'ils détiennent indirectement à travers leur avoir de prévoyance ont été exercés. A cet effet, il est indispensable de communiquer les positions de vote pour chaque point de l'ordre du jour de chaque assemblée générale. Une telle information peut aisément être fournie par le biais d'internet et n'engendrera pas une charge disproportionnée pour les institutions de prévoyance. Cette exigence de transparence doit également s'appliquer aux fondations de placement (voir article 22, commentaire ci-dessus).

La formulation proposée par l'avant-projet d'ordonnance ne satisfait pas l'exigence de transparence complète, puisqu'elle ne requiert qu'un rapport synthétique en la matière. Ethos propose de modifier l'article 23 de la manière suivante :

Les institutions de prévoyance soumises à la LFLP et les fondations de placement constituées conformément à l'art. 53g ss LPP informent leurs assurés et leurs membres une fois par an au moins dans un rapport ~~synthétique~~ détaillé de la manière dont elles ont rempli leur obligation de voter.

Articles 24 à 32

Pas de commentaire



Bundesamt für Justiz,
Eidg. Amt für das Handelsregister
Bundesrain 20
3003 Bern

Schweizerischer Pensionskassenverband
Association suisse des Institutions de prévoyance
Associazione svizzera delle Istituzioni di previdenza
Kreuzstrasse 26
8008 Zürich

Telefon 043 243 74 15/16
Telefax 043 243 74 17
E-Mail info@asip.ch
Website www.asip.ch

ehra@bj.admin.ch

Zürich, 19. Juli 2013

Anhörung: Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA)

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nehmen wir die Gelegenheit wahr, im Rahmen der Anhörung zum Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei Stellung zu nehmen.

Ausgangslage

Gemäss aktuellen Statistiken (u.a. BfS 2010/2011) halten die Pensionskassen innerhalb ihres Gesamtvermögens von rund CHF 625 Mia. Schweizer Aktien im Wert von rund CHF 60 Mia. Gemessen an der Gesamtmarktkapitalisierung (SPI) von rund CHF 963 Mia. ist dies ein Anteil von gegen 6,5% am Aktienmarkt Schweiz. Die Schweizer Pensionskassen vereinen somit weitaus weniger Stimmenmacht auf sich als allgemein wahrgenommen wird. Trotzdem fordert(e) der ASIP seine Mitglieder immer wieder auf, die Aktionärsrechte aktiv wahrzunehmen. Aus Sicht des ASIP hat das Führungsorgan nämlich die Pflicht, die Aktionärsrechte der Pensionskasse treuhänderisch im Sinne der Versicherten wahrzunehmen (Sorgfaltspflicht) - das Inkasso der Dividende gehört ebenso dazu wie die verantwortungsbewusste Ausübung der Stimmrechte. Vor diesem Hintergrund verlangt der Gesetzgeber seit dem 1.1.2002 von den Führungsorganen der Pensionskassen zu Recht, Regeln zur Ausübung der Aktionärsrechte aufzustellen (vgl. Art. 49a Abs.2 lit. b BVV 2).

Vorliegend konzentrieren wir uns auf die Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 lit. a Satz 3 BV: "...Die Pensionskassen stimmen im Interesse ihrer Versicherten ab und legen offen, wie sie gestimmt haben...". Dieser Satz ist wie jede andere Verfassungsbestimmung nach den klassischen Methoden, wie Wortlaut, Systematik, Zweck und Entstehungsgeschichte, auszulegen.

Art. 22 Stimmpflicht

Abs. 1: Geltungsbereich

Es stellt sich vorliegend die Frage nach dem Geltungsbereich: Welche Pensionskassen sind von dieser Vorschrift überhaupt betroffen? Die vorgesehene Verweisung auf das FZG erscheint uns sinnvoll zu sein. Das entscheidende Kriterium ist somit die Frage, ob die Begünstigten bei Eintritt eines Vorsorgefalles gegenüber der Vorsorgeeinrichtung (VE) einen festen, einklagbaren Leistungs-Anspruch haben. Mit dem Bezug auf das FZG unterliegen patronale Wohlfahrtsfonds diesen Bestimmungen zu Recht nicht. Gleichzeitig wird auch der AHV-Ausgleichsfonds, der im Übrigen seine Stimmrechte schon weitgehend wahrnimmt, von der Verfassungsbestimmung nicht erfasst.

Gemäss Art. 1 Abs. 1 VgdA finden die Bestimmungen Anwendung auf Aktiengesellschaften nach den Art. 620-763 OR, deren Aktien an einer Börse im In- oder Ausland kotiert sind. Die VgdA bezieht sich auf die von der PK direkt gehaltenen Aktien. Die Frage bez. kollektiver Anlagen oder Anteile an Anlagestiftungen kann über eine VO-Bestimmung nicht gelöst werden. Daran ändert die Tatsache, dass bereits heute einige Anlagestiftungen den Anlegern die Möglichkeit bieten, ihre Stimmpräferenz geltend zu machen, nichts.

Abs. 2/3: Stimmpflicht - Versicherteninteressen

Aufgrund des Verfassungstextes lässt sich aus Sicht des ASIP für Pensionskassen keine absolute Stimmpflicht ableiten. Vielmehr verknüpft der Text zwei Ideen miteinander: Einerseits müssen Pensionskassen abstimmen, andererseits müssen sie aber ihr Stimmrecht immer im Interesse der Versicherten ausüben. Somit ist eine absolute Stimmpflicht (absoluter Stimmzwang) nur dann verlangt, wenn Stimmmabstänze die Interessen der Versicherten verletzen würde (gl. M. L. Glanzmann in GesKR 1/2013). In deren Interesse können jedoch auch eine Stimmenthaltung oder ein Stimmmverzicht liegen (Abs. 3 VgdA). Das ist beispielsweise speziell bei kleinen Positionen einer Vorsorgeeinrichtung im Small-Cap-Bereich des SPI zu begrüssen.

Richtigerweise hält der erläuternde Bericht fest (S. 28/29), dass sich die Vorgabe, „im Interesse ihrer Versicherten abzustimmen“, nicht in generell-abstrakter Weise und im Voraus regeln lässt. Der ASIP stimmt der vorliegenden Fassung in Abs. 2 zu.

Abs. 4: Zuständigkeit für Willensbildung

Zu Recht wird in Abs. 4 das oberste Organ als verantwortlich für die Willensbildung erklärt. Das sozialpartnerschaftlich zusammengesetzte oberste Organ ist am besten geeignet, das Verfahren für die Wahrnehmung der Stimmrechte zu definieren und festzulegen, nach welchen Grundsätzen das Interesse ihrer Versicherten - der Aktiven und Rentenbeziehenden - bestimmt werden soll.

Art. 23 Offenlegungspflicht

Die Pflicht, mindestens einmal jährlich in einem zusammenfassenden Bericht Rechenschaft über die Wahrnehmung der Stimmrechte abzulegen, stellt eine sinnvolle Grundlage dar. Wie zu Recht im erläuternden Bericht festgehalten wird (S. 30), handelt es sich um Mindestvorgaben. Eine häufigere, detailliertere Berichterstattung ist zulässig, aber nicht Pflicht. Aus Sicht des ASIP geht die generelle Forderung nach einer Information über jede

einzelne Gesellschaft sowie zu jedem einzelnen Traktandum zu weit. Eine solche umfassende Informationsverpflichtung lässt sich insbesondere auch nicht aus dem Wortlaut der Verfassungsbestimmung ableiten.

Zu Recht besteht die Offenlegungspflicht nur gegenüber den Versicherten und nicht gegenüber den andern Aktionären oder weiteren Dritten. Im Sinne dieser Erwägung können auch nur die Versicherten der betroffenen VE entsprechende Rechte ableiten.

Art. 25 Strafbarkeit bei VE

Da die neue Verfassungsbestimmung keine Ausnahmen vorsieht, sind auch Strafbestimmungen für Vorsorgeeinrichtungen vorgesehen. Diese tragen dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit dadurch Rechnung, dass als mögliche Täter lediglich Personen, die über eine gewisse Entscheidungskompetenz verfügen (u.a. Mitglieder des obersten Organs), in Frage kommen und die Handlungen (Verletzung der Stimm- und Offenlegungspflicht nach den Art. 22 und 23 VgdA) nur dann strafbar sind, wenn der Täter vorsätzlich handelt.

Art. 27 Abs. 2 Anpassung der Reglemente und Organisation

Die Bestimmungen für Vorsorgeeinrichtungen gelten ab 1.1.2015. Das gibt den Führungsorganen genügend Zeit, um eigenverantwortlich die Grundsätze des Stimmrechtsverhaltens im Interesse der Versicherten reglementarisch zu regeln.

Fazit

Für den ASIP steht eine effiziente, praxisgerechte und im Interesse der Versicherten liegende Umsetzung im Vordergrund. Der vorliegende Entwurf trägt diesen Überlegungen weitgehend und in ausgewogener Art und Weise Rechnung. Die massgebenden Bestimmungen untermauern richtigerweise die Gestaltungsverantwortung der Pensionskassen-Verantwortlichen in Bezug auf die Ausübung der Mitwirkungsrechte bei Aktiengesellschaften. Zu hoffen ist somit, dass diese Teile des Vorentwurfes der Verordnung gegen die Abzockerei nach der laufenden Anhörung so in Kraft gesetzt werden können. In diesem Sinn danken wir Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Mit freundlichen Grüssen

ASIP

Schweizerischer Pensionskassenverband



Christoph Ryter
Präsident



Hanspeter Konrad
Direktor

Office fédéral de la justice
Office fédéral du registre du commerce
Bundesrain 20
3003 Berne

Paudex, le 25.07.2013
PAS/bn

Avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives

Madame, Monsieur,

Nous avons pris connaissance avec intérêt de l'objet cité sous rubrique, qui a retenu toute notre attention, et nous permettons de vous faire part de notre position sur ce sujet.

On relèvera en préambule que, même si cela tient sans doute à la difficulté qu'il y a à mettre en œuvre les exigences de l'initiative au moyen d'un texte réglementaire unique, la structure de l'avant-projet n'est pas optimale sous l'angle de la technique législative, ce qui rend sa compréhension ardue pour qui n'est pas versé dans la matière.

A côté de cette observation générale, nous formulons ci-dessous quelques remarques spécifiques.

1. Vote de l'assemblée générale sur les rémunérations de la direction

Le vote de l'assemblée générale sur la rémunération de la direction pose de grandes difficultés sous l'angle du droit du travail, que l'avant-projet ne résout pas.

Cette exigence de l'initiative ne saurait être mise en œuvre sans que les conséquences d'un refus de l'assemblée générale soient réglées. Il ne saurait évidemment être question qu'un vote négatif de cette dernière prive les membres de la direction de toute rémunération fixe. Il est donc important de déterminer quelles peuvent être leurs prétentions salariales au cours des trois mois séparant les deux assemblées générales et en cas de nouveau refus lors de la seconde. En vertu de l'art. 322 al. 1 du Code des obligations (CO), «l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective». On peut imaginer que, lors de l'engagement, le salaire convenu le soit à titre conditionnel, de sorte qu'un refus de l'assemblée générale engendrerait l'obligation d'accorder le salaire usuel. Mais le problème n'est pas réglé si le montant refusé par l'assemblée générale correspond précisément au salaire usuel.

Le rapport précise que «l'indemnité fixe génère une sécurité juridique pour la société et pour ses organes, dans la mesure où les montants globaux sont définitifs pour le conseil d'administration, la direction et le conseil consultatif». Cette affirmation est inexacte, puisque l'assemblée générale doit se prononcer chaque année. L'indemnité fixe n'est donc pas définitive. Si, l'année suivante, l'assemblée générale refuse un montant global plus élevé que le précédent, il est envisageable d'interpréter son vote comme une opposition à

l'augmentation. Les membres des organes devraient alors pouvoir continuer à bénéficier de leur traitement précédent, ce qui ne pose pas de difficulté sous l'angle du droit du travail, puisqu'il n'existe pas de droit à une augmentation. On doit toutefois aussi envisager l'hypothèse, même si elle est sans doute très théorique, du refus d'un montant global identique à celui de l'année précédente. Au problème de la détermination du salaire auquel peuvent prétendre les membres de la direction s'ajoute celui du respect des contrats, qui s'oppose à ce qu'un changement en défaveur du collaborateur intervienne sans qu'ait été respectée la procédure de congé-modification. La rémunération refusée par l'assemblée générale devrait ainsi malgré tout être maintenue pendant le délai de congé.

Par ailleurs, concernant les indemnités variables, la situation n'est pas aussi simple que le prétendent les auteurs du rapport. Ces derniers affirment ce qui suit: «Lorsqu'il existe un rapport de travail, les indemnités variables doivent être qualifiées de gratifications au sens de l'art. 322d CO et elles ne fondent donc pas un droit.» Il est vrai que le versement d'un montant qui dépend exclusivement du bon vouloir de l'employeur doit en principe être qualifié de gratification. Cependant, le Tribunal fédéral a aussi rappelé à plusieurs reprises (voir notamment ATF 4A_172/2012) que «la gratification se distingue du salaire par son caractère accessoire; elle ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur. Un montant très élevé en comparaison du salaire annuel, égal ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être considéré comme un élément de salaire variable, alors même que l'employeur en a réservé le caractère facultatif.» Or, il n'est pas rare que les «bonus» représentent une part proportionnellement très importante du salaire annuel. En conséquence, si on prétend malgré tout les qualifier de gratifications au sens de l'art. 322d CO, il ne suffit pas de l'indiquer dans le rapport explicatif; une disposition expresse est nécessaire.

L'avant-projet doit ainsi être complété afin de tenir compte des impératifs du droit du travail, voire d'y déroger, solution qui serait toutefois fort insatisfaisante sous l'angle de la cohérence du droit des obligations.

2. Obligation de voter et publication du vote des caisses de pensions

Les dispositions prévues à l'art. 22 de l'avant-projet rencontrent notre approbation. Il est en particulier opportun de limiter l'obligation de vote aux institutions soumises à la loi sur le libre passage et aux actions qu'elles détiennent directement. La précision selon laquelle il est possible de ne pas voter ou de s'abstenir est également judicieuse, puisque l'intérêt des assurés peut précisément commander ce choix. C'est enfin à juste titre que la compétence de déterminer les principes régissant l'intérêt des assurés est laissée à l'appréciation de l'organe suprême.

L'art. 23, régissant l'obligation pour les institutions de prévoyance de communiquer la manière dont elles ont voté, est aussi approprié. La précision selon laquelle l'information doit figurer dans un rapport «synthétique» doit ainsi pouvoir être interprétée en ce sens qu'il n'est nul besoin de mentionner le détail des votes pour chaque point de l'ordre du jour de chaque assemblée générale. Les institutions de prévoyance doivent ainsi pouvoir se contenter d'indiquer à quelles assemblées générales elles ont respectivement suivi les recommandations du conseil d'administration, sont allées à l'encontre, ont renoncé à voter et se sont abstenues.

3. Dispositions pénales

S'agissant du cercle des auteurs d'infractions prévu aux chiffres 1 et 2 de l'art. 24 al. 1, celui qui reçoit une rémunération contrevenant aux dispositions de l'ordonnance doit en être exclu. Il paraît en effet excessif de punir pénalement une personne dont l'attitude n'a été que passive et dont le montant perçu est par ailleurs peut-être conforme aux engagements contractuels que la société a pris à son égard. Concernant plus spécifiquement le chiffre 1, on relèvera en outre que, l'assemblée générale ne devant se prononcer que sur les montants globaux, il est délicat de déterminer quelles sont les rémunérations individuelles – et ainsi les membres des organes en infraction pour les avoir perçues – tombant sous le coup de cette disposition.

A côté de cela, en application du principe de la proportionnalité, les auteurs du projet ont décidé – il faut s'en réjouir – de s'écarter, à l'égard des caisses de pensions, de la peine prévue dans l'initiative pour «toute violation» de ses dispositions. Ils relèvent en particulier ce qui suit: «La nouvelle norme constitutionnelle vise, comme l'indique le titre de l'initiative populaire, à empêcher le versement d'indemnités et autres rémunérations excessives dans les sociétés anonymes et à renforcer les droits des actionnaires (...). Mais les infractions commises dans le domaine des institutions de prévoyance sont subjectivement moins graves, car elles ne peuvent pas enrichir leur auteur. Cela justifie une peine moins sévère.» Or, dans la mesure où on admet que le législateur n'est en l'occurrence pas tenu de respecter la lettre de l'initiative, il y a alors lieu de pousser le raisonnement plus loin et d'exclure purement et simplement les caisses de pension du champ d'application des dispositions pénales. Il faut en effet avoir à l'esprit que la part des actions suisses détenues par les caisses de pension est de l'ordre 6,5% seulement du marché des actions en Suisse. Cela signifie qu'elles ne disposent généralement pas du poids nécessaire pour faire pencher la balance dans un sens ou dans un autre. En d'autres termes, qu'elles votent ou non, et qu'elles le fassent ou non dans l'intérêt des assurés, le résultat final sera très probablement le même. Dans la mesure où les obligations imposées aux caisses de pension n'ont en réalité qu'un rapport très éloigné avec le but de l'initiative (la lutte contre les rémunérations excessives), il ne se justifie pas de prévoir des sanctions pénales spécifiques à leur égard. Le raisonnement vaut aussi *mutatis mutandis* s'agissant de la possibilité de donner des instructions au représentant indépendant par voie électronique.

Si des dispositions pénales devaient néanmoins être adoptées à l'égard des caisses de pension, la peine de cent huitante jours-amende resterait trop sévère. Le rapport indique qu'elle correspond à la sanction prévue à l'art. 76 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle (LPP) (six mois d'emprisonnement ou 30'000 francs d'amende au plus). Or une infraction à l'obligation de voter dans l'intérêt des assurés, et, a fortiori à l'obligation de communiquer, ne saurait objectivement être considérée, au vu de l'absence de réelles conséquences, comme plus grave que les contraventions visées à l'art. 75 LPP (arrêts ou amende de 10'000 francs au plus). C'est donc bien plutôt cette disposition qui devrait inspirer une éventuelle disposition pénale à l'égard des institutions de prévoyance.

Par ailleurs, compte tenu de la difficulté à déterminer objectivement l'intérêt des assurés, le champ des infractions éventuellement punissables devrait être limité à l'obligation d'exercer le droit de vote (sauf renonciation ou abstention pour un motif légitime). Le fait pour les caisses de pension de ne pas avoir édicté des dispositions réglementaires spécifiques sur la manière de voter dans l'intérêt des assurés ne doit en tout état de cause pas être compris dans le champ des infractions punissables. L'initiative n'exige rien de tel et les caisses de pension sont parfaitement à même de voter «dans l'intérêt des assurés» même en l'absence de réglementation. La fonction de cette dernière doit essentiellement être de faciliter l'administration des preuves au moment de déterminer si la caisse de pension a voté conformément à ses obligations: si elle s'est conformée aux principes contenus dans son règlement, elle est présumée avoir voté dans l'intérêt des assurés et inversement.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente prise de position, nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'expression de notre considération distinguée.

Centre Patronal



Sophie Paschoud

Prof. Dr. Rolf Watter
Rechtsanwalt, LL.M.
+41 58 261 50 00
rolf.watter@baerkarrer.ch

Prof. Dr. Rashid Bahar
Rechtsanwalt, LL.M.
+41 58 261 50 00
rashid.bahar@baerkarrer.ch

**BÄR
& KARRER**

Vorab per E-mail

Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für das Handelsregister
Vernehmlassung "Verordnung gegen die
Abzockerei"
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 26. Juli 2013

359585/209/sol/new master _26 juli 2013_1645h.doc

Vernehmlassung zur Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA)

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nehmen wir zum Vorentwurf der Verordnung gegen die Abzockerei
("VE VgdA") innert Frist Stellung.

Die nachfolgenden Ausführungen bilden ein Gemeinschaftswerk von Anwältinnen
und Anwälten unserer Kanzlei. Für generelle Rückfragen können Sie sich an Prof.
Dr. Rolf Watter (rolf.watter@baerkarrer.ch) oder Prof. Dr. Rashid Bahar (ras-
hid.bahar@baerkarrer.ch) wenden.

Folgende Personen haben Teile redigiert und können für spezifische Fragen kon-
taktiert werden:

- i) Anwendungsbereich (Art. 1, 26 und 33 VE VgdA): Prof. Dr. Rolf Watter
(rolf.watter@baerkarrer.ch) und Prof. Dr. Rashid Bahar
(rashid.bahar@baerkarrer.ch) (S. 4 ff.);
- ii) Verbotene Zahlungen (Art. 20 und 21 VE VgdA): Dr. Ralph Malacrida
(ralph.malacrida@baerkarrer.ch) (S. 10 f.);

- iii) Generalversammlung, Salärbestimmungen generell (Art. 2, 18, 19, 28 und 31 VE VgdA): Prof. Dr. Rashid Bahar (rashid.bahar@baerkarrer.ch) und Dr. Cédric Chapuis (cedric.chapuis@baerkarrer.ch) (S. 11 ff.);
- iv) Statuten (Art. 6, 12 und 27 VE VgdA): Prof. Dr. Rolf Watter (rolf.watter@baerkarrer.ch) (S. 16 f.);
- v) Vergütungsbericht (Art. 5, 13 und 14-17 VE VgdA): Dr. Katja Roth Pellanda (katja.rothpellanda@baerkarrer.ch) und Urs Brügger (urs.bruegger@baerkarrer.ch) (S. 17 ff.);
- vi) Strafrecht (Art. 24 und 25 VE VgdA): Dr. Urs Kägi (urs.kaegi@baerkarrer.ch) (S. 19 ff.);
- vii) Wahlen und Stimmrechtsvertreter (Art. 3, 4, 7, 8-11, 29 und 30 VE VgdA): Dr. Dieter Dubs (dieter.dubs@baerkarrer.ch) (S. 27 ff.); und
- viii) Vorsorgeeinrichtungen (Art. 22, 23 und 32 VE VgdA): Dr. Till Spillmann (till.spillmann@baerkarrer.ch) (S. 32).

Die vorliegende Stellungnahme ist wie folgt aufgebaut:

A	Allgemeines.....	3
B	Einzelne Bestimmungen	3
I	Titel und französische Abkürzung der Verordnung	3
II	Anwendungsbereich (Art. 1, 26 und 33 VE VgdA)	4
III	Definitionen.....	7
IV	Verbotene Zahlungen (Art. 20 und 21 VE VgdA).....	10
V	Generalversammlung, Salärbestimmungen generell (Art. 2, 18, 19, 28 und 31 VE VgdA)	11
VI	Statuten (Art. 6, 12 und 27 VE VgdA)	16
VII	Vergütungsbericht (Art. 5, 13 und 14-17 VE VgdA).....	17
VIII	Strafrecht (Art. 24 und 25 VE VgdA).....	19
IX	Wahlen und Stimmrechtsvertreter (Art. 3, 4, 7, 8-11, 29 und 30 VE VgdA)	27
X	Vorsorgeeinrichtungen (Art. 22, 23 und 32 VE VgdA).....	32

A Allgemeines

- 1 Nachfolgend werden konkrete Vorschläge zum VE VgdA gemacht. Vorab soll indes kurz dargelegt werden, gestützt auf welche Überzeugung und mit welcher Denkrichtung diese Vorschläge gemacht werden:
- 2 Die Ausführungsbestimmungen zum von Thomas Minder vorgeschlagenen und durch eine Volksabstimmung am 3. März 2013 angenommenen Art. 95 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft ("**BV**") (nachfolgend auch "**Minder-Bestimmungen**") müssen unzweifelhaft die Zielsetzung und den Geist des Verfassungstextes wiedergeben, dabei ist aber auch zu beachten, dass die Zielsetzung bereits im Verfassungstext enthalten ist, indem festgehalten wird, dass die Minder-Bestimmungen "*zum Schutz der Volkswirtschaft, des Privateigentums und der Aktionärinnen und Aktionäre sowie im Sinne einer nachhaltigen Unternehmungsführung*" eingeführt werden.
- 3 Die umsetzende Gesetzgebung (zunächst Verordnung, später Bundesgesetz) muss dieser Zielsetzung entsprechen und unseres Erachtens gleichzeitig (a) mit den übrigen Verfassungsbestimmungen im Einklang stehen, (b) den freiheitlichen Geist des Schweizer Wirtschaftssystems im Allgemeinen und Schweizer Gesellschaftsrechts im Besonderen bewahren, (c) die Schweiz als interessanten Platz für ausländische Investitionen offenhalten – einschliesslich für weitere Sitzverlegungen – und (d) einfach und kosteneffizient zu implementieren sein. Zu Einfachheit und Kosteneffizienz gehören namentlich auch das Schaffen von Rechtssicherheit, sollten doch beispielsweise unnötige Verfahren vermieden werden.
- 4 In diesem Sinn erlauben wir uns, folgende Vorschläge zu machen (wo französischsprachliche Aspekte im Vordergrund stehen, ist der Text gleich in Französisch gehalten):

B Einzelne Bestimmungen

I Titel und französische Abkürzung der Verordnung

- 5 Wir erachten vorab den Titel der Verordnung für verfehlt. Es genügt vollkommen, von einer Art. 95 Abs. 3 BV implementierenden Verordnung zu sprechen. Reissende Begriffe, die im Abstimmungskampf ihre Berechtigung haben mögen, haben in einer Rechtsordnung nichts verloren. Nicht jeder Bezüger eines hohen Salärs ist ein "Abzocker".
- 6 Le titre abrégé de l'ordonnance ("**ORab**") est un choix peu judicieux aux oreilles d'un francophone qui peut, en faisant preuve d'un peu d'espièglerie, y deviner une invitation à faire travailler les administrateurs et dirigeants au rabais.

II Anwendungsbereich (Art. 1, 26 und 33 VE VgdA)

Art. 1 VE VgdA:

Art. 1 VE VgdA

[...]

**Art. 1 VE VgdA
(Vorschlag Bär & Karrer AG)**

[...]

^{1bis} Die Bestimmungen dieser Verordnung sind unter Einhaltung der Voraussetzungen von Art. 763 OR nicht auf Gesellschaften und Anstalten anwendbar, die durch besondere kantonale Gesetze gegründet worden sind und unter Mitwirkung öffentlicher Behörden verwaltet werden.

² Sie geht widersprechenden Bestimmungen des OR vor.

² Sie geht widersprechenden Bestimmungen des OR vor, ausser betreffend das i.S.v. Art. 762 Abs. 1 OR in den Statuten einer Gesellschaft eingeräumte Recht von Körperschaften des öffentlichen Rechts, Vertreter in den Verwaltungsrat abzuordnen.

³ Aktionäre von Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz können in den Statuten festlegen, dass diese Verordnung für ihre Gesellschaft nicht anwendbar ist (opt-out), falls kumulativ (a) die Gesellschaft ihren Sitz in die Schweiz verlegt oder hierher verlegt hat, (b) vor ihrer Sitzverlegung konsolidiert betrachtet den Hauptteil ihres Geschäftes im Ausland abgewickelt hat und (c) eine Kotierung ausserhalb der Schweiz gehabt hat und eine solche Kotierung nach der Sitzverlegung aufrecht erhält oder aufrecht erhalten hat, ohne ihre Aktien in der Schweiz zu kotieren.

- 7 Wir begründen den Vorschlag in Art. 1 Abs. 1 und 2 VE VgdA wie folgt: Gemäss Art. 763 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) ("**OR**") kommen die Bestimmungen des Obligationenrechts auf Gesellschaften und Anstalten, die aufgrund von besonderen kantonalen Gesetzen gegründet worden sind und unter Mitwirkung öffentlicher Behörden verwaltet werden, nicht zur Anwendung, sofern der Kanton die subsidiäre Haftung für deren Verbindlichkeiten übernimmt. Art. 763 Abs. 2 OR sieht darüber hinaus ein *grandfathering* zugunsten von Gesellschaften und Anstalten vor, die vor dem 1. Januar 1883 durch besondere kantonale Gesetze gegründet worden sind. Solche Gesellschaften und Anstalten sind

eigentlich keine Aktiengesellschaften, sondern eher Körperschaften und Anstalten des kantonalen Rechts, auch wenn dieses subsidiär auf die Bestimmungen des Obligationenrechts verweist. Ein Beispiel einer Gesellschaft in dieser Kategorie wäre etwa die Genfer Kantonalbank.

- 8 Solche Gesellschaften und Anstalten sind dementsprechend nicht durch die verfassungsrechtliche Bestimmung erfasst. Folglich sollte die VgdA für diese Gesellschaften und Anstalten auch nicht zur Anwendung kommen. Jede andere Schlussfolgerung würde die kantonale Hoheit in diesem Bereich einschränken. Wäre der Bundesrat hingegen der Auffassung, dass Art. 95 Abs. 3 BV auch Aktiengesellschaften, die durch besondere Gesetze gegründet worden sind, erfasst, so müssten auch die spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften des Bundesrechts (z.B. die Schweizerische Nationalbank) erfasst werden (übrigens ist in der jetzigen Fassung der VgdA beispielsweise auch die Swisscom AG nicht erfasst). Diese breite Anwendbarkeit von Art. 95 Abs. 3 BV wurde im Rahmen des Abstimmungskampfs jedoch nie thematisiert und durch die Initianten befürwortet. Ebenso ergibt sich aus der systematischen Auslegung und der Zielsetzung von Art. 95 Abs. 3 BV, dass nur privatrechtliche Aktiengesellschaften erfasst sind. Darüber hinaus bestehen für solche Institute des öffentlichen Rechts andere, wirksamere Instrumente zur Vermeidung von Auszahlungen exzessiver Entschädigungen. Klarheitshalber schlagen wir deshalb vor, diese Ausklammerung explizit festzuhalten. Alternativ könnte diese Schlussfolgerung durch eine entsprechende Bemerkung in einem erläuternden Bericht festgehalten werden.
- 9 In ähnlicher Weise räumt Art. 762 Abs. 1 OR für Körperschaften des öffentlichen Rechts das Recht ein, aufgrund einer statutarischen Ermächtigung Vertreter in den Verwaltungsrat zu ernennen, wenn sie ein öffentliches Interesse an einer Aktiengesellschaft haben. Diese Möglichkeit würde nach dem Wortlaut des VE VgdA für eine Aktiengesellschaft, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, nicht mehr zur Verfügung stehen. Eine solche Eingrenzung entspricht aber weder Sinn noch Zweck der neuen Verfassungsbestimmung, die beabsichtigt, der rechtlichen und faktischen Handlungsfreiheit des Verwaltungsrats entgegenzuwirken, um die Aktionäre vor exzessiven Entschädigungen der Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats zu schützen. Dieses Risiko besteht im Zusammenhang mit Vertretern der öffentlichen Hand nicht, da diese nicht durch den Verwaltungsrat bzw. den Nominationsausschuss zur Wahl vorgeschlagen werden, sondern unmittelbar durch die öffentlichen Behörden ernannt werden und der öffentlichen Hand zur Rechenschaft verpflichtet sind. Deshalb schlagen wir vor, diese Ermächtigung weiterhin aufrecht zu erhalten. Betroffen von dieser Regel ist nach unserem Wissen beispielsweise der Flughafen Zürich.
- 10 Betreffend Art. 1 Abs. 3 VE VgdA begründen wir die vorgeschlagene Opt-out Möglichkeit folgendermassen: Zwar erfasst der Wortlaut von Art. 95 Abs. 3 BV auch Schweizer Gesellschaften mit Kotierung im Ausland; unseres Erachtens ist der gewählte Wortlaut aber darauf zurückzuführen, dass verhindert werden sollte, dass historisch hier ansässige Unternehmen den Minder-Bestimmungen ausweichen, indem sie einfach hierzulande dekotieren und ihre Aktien beispielsweise

in London, Frankfurt oder New York zum Handel zulassen – dies wäre tatsächlich stossend, umso mehr, als im Schweizer Recht der Verwaltungsrat einen solchen Entscheid allein, ohne Involvierung der Generalversammlung treffen könnte.

- 11 In der Diskussion vor der Volksabstimmung ist eine spezifische Kategorie von Unternehmen kaum diskutiert worden: Diese verlegten aus diversen Gründen ihren Holdingsitz in die Schweiz (typischerweise auch mit einigen Konzernfunktionen), üben aber das Schwergewicht ihrer Tätigkeit anderswo aus, sind seit jeher (schon vor der Sitzverlegung) anderswo kotiert und haben deshalb kaum Schweizer Aktionäre. Sie unterliegen den Regeln der Börse, an denen sie kotiert sind, gerade auch für Salärfragen.
- 12 Konkret gehören etwa 10 Gesellschaften in diese Kategorie, namentlich etwa ACE Limited; Allied World Assurance Company Holdings, Ltd; Foster Wheeler AG; Garmin Ltd. und Pentair.
- 13 Der hier gemachte Vorschlag setzt den Verfassungstext besser um, als dies der Fall ist, wenn diese Gesellschaften mit den hier kotierten Gesellschaften "in einen Topf" geworfen werden, was folgendermassen begründet werden kann:
 - 13.1 Es ist volkswirtschaftlich von Vorteil, wenn die Schweiz als Holdingstandort attraktiv bleibt. Aus praktischer Erfahrung wissen wir, dass insbesondere die Strafbestimmungen Gesellschaften und deren Organe abschrecken werden, in die Schweiz zu kommen – gerade auch deshalb, weil das künftig geltende Prozedere der Bestimmung von Salären für sie (a) ungewohnt, (b) nicht konform mit den bisherigen lokalen Begebenheiten ist und (c) teilweise den Vorgaben des lokalen Börsenrechts widerspricht (dies gilt beispielsweise für die Möglichkeit, eine zweite Generalversammlung einzuberufen, aber auch für die Position des unabhängigen Stimmrechtsvertreters, der v.a. mit dem US-amerikanischen Proxy-System nicht kompatibel ist). Mit der vorgeschlagenen Opt-out Möglichkeit können Aktionäre solcher Gesellschaften, die erwägen, den Sitz zu verlegen oder das schon gemacht haben, wählen, welchem Recht sie unterstehen. Kommt das notwendige Quorum nicht zustande, würde die VgDA voll zur Anwendung kommen.
 - 13.2 Dieser Vorschlag schützt damit das Privateigentum und die Aktionärinnen und Aktionäre solcher Gesellschaften besser (was ja die im Text der Minder-Bestimmungen erklärte Absicht ist), denn es wird ihnen eine Wahl überlassen.
 - 13.3 Endlich ist dieser Vorschlag auch im Sinne nachhaltiger Governance, indem die Aktionäre, die das wünschen, Konflikte zwischen zwei Systemen vermeiden können.
- 14 Anders gesagt, sprechen die Grundsätze der Verfassungsinterpretation nicht gegen diese Lösung – im Gegenteil, sie fordern sie. Es sei zudem angemerkt, dass auch das Schweizer Recht, wenigstens im umgekehrten Fall, eher auf das "Umweltrecht" als auf Formalien abstellt: Obwohl beispielsweise das Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel ("**BEHG**") in aArt. 22 Abs. 1 fest-

hielt, dass seine Bestimmungen nur auf in der Schweiz domizilierte und kotierte (Ziel)Gesellschaften anwendbar sind, entschied die damalige zuständige Übernahmekammer der Eidgenössischen Bankenkommission, dass das BEHG auf die TAG Heuer International SA anwendbar sei, obwohl letztere Gesellschaft ihren Sitz in Luxemburg hatte. Begründet wurde dieser Entscheid damit, dass die vorherrschende Geschäftstätigkeit dieser Gesellschaft in der Schweiz war und sich die Gesellschaft selbst immer als schweizerische Gesellschaft betrachtet hatte. Mit anderen Worten entschied die Schweizer Behörde in diesem Fall, dass die Verbindung zur Schweiz wichtiger war als der formelle Sitz. Die gleiche Überlegung muss vorgenommen werden, falls sich der Schwerpunkt der Tätigkeit in einem anderen Land befindet: Eine solche Gesellschaft sollte nicht als "schweizerisch" i.S.v. Art. 95 Abs. 3 BV angesehen werden – oder zumindest dann nicht, wenn ihre Aktionäre das bisherige Regelwerk bevorzugen.

- 15 Zusammenfassend gesagt, würde dieser Vorschlag nicht nur besser ins verfassungsrechtliche Korsett passen, sondern die Schweiz auch offen halten für ökonomisch wichtige Neuansiedlungen – dies zum Vorteil der Volkswirtschaft und ohne, dass Schweizer Aktionäre geschädigt würden, denn solche gibt es bei diesen hiezulande nicht gehandelten Titeln kaum.

III Definitionen

Neuer Art. 1a VE VgDA:

**Neuer Art. 1a VE VgDA
(Vorschlag Bär & Karrer AG)**

Begriffe

¹ Im Sinne dieser Verordnung gelten als:

a. Geschäftsleitung: Das gemäss Organisationsreglement oberste Gremium unterhalb des Verwaltungsrats mit Beschlusskompetenz, deren Mitglieder vom Verwaltungsrat mit der Geschäftsführung betraut wurden. Besteht kein solches Gremium, umfasst die Geschäftsleitung alle vom Verwaltungsrat entsprechend bezeichneten Personen, mindestens aber die drei wichtigsten Führungskräfte. Ohne eine solche Bezeichnung gelten alle direkt vom Verwaltungsrat ernannten Personen als Geschäftsleitung.

b. Beirat: Ein durch Statuten oder Organisationsreglement geregeltes Amt oder Gremium, mit Ausnahme der Revisionsstelle und von Gremien, die sich aus Mitgliedern des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung oder aus der Geschäftsleitung unterstellten Personen zusammensetzen.

² [Entspricht Art. 14 Abs. 2:] Als Vergütungen gelten insbesondere:

1. Honorare, Löhne, Bonifikationen und Gutschriften;

2. Tantiemen, Beteiligungen am Umsatz und andere Beteiligungen am Geschäftsergebnis;
3. Dienst- und Sachleistungen;
4. die Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten;
5. Bürgschaften, Garantieverpflichtungen, Pfandbestellungen zugunsten Dritter und andere Sicherheiten;
6. der Verzicht auf Forderungen;
7. Aufwendungen, die Ansprüche auf Vorsorgeleistungen begründen oder erhöhen;
8. sämtliche Leistungen für zusätzliche Arbeiten.

³ Nicht als Vergütungen gelten insbesondere:

1. Geschäftsmässig begründete Spesen;
2. Prämien für Versicherungen, die kraft Gesetz durch die Gesellschaft zu bezahlen sind oder zumindest teilweise im unmittelbaren Interesse der Gesellschaft aufgewendet werden (z.B. D&O-Versicherungen, Taggeldversicherungen);
3. Geringfügige, sozial übliche Vorteile.

- 16 Wir begründen den Vorschlag eines neuen Art. 1a VE Vgda wie folgt: Es ist von hoher Bedeutung, Kernbegriffe der Vgda klar zu definieren. Der VE Vgda verwendet derzeit teilweise unbestimmte, schwammige Begriffe, die gerade angesichts der hohen Strafandrohungen, aber auch etwa durch drohende zivilrechtliche Nichtigkeit und Rückforderbarkeit von Vergütungen zu Unsicherheit führen. Bessere Definitionen werden somit bereits durch das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot verlangt; für die Kohärenz der Vgda ist es jedoch vorteilhaft, die Begriffe nicht nur im Rahmen der Strafbestimmungen, sondern für die gesamte Verordnung zu regeln.
- 17 Hinzu kommt, dass der VE Vgda in Einzelbestimmungen gewisse Definitionen enthält (Art. 2 Ziff. 4, Art. 14 Abs. 2); dabei bleibt aber unklar, ob die Definitionen auch sonst gelten soll oder nicht. Es rechtfertigt sich deshalb, die Definitionen zentral zu Beginn zu regeln, wie es heute guter Gesetzgebung entspricht.
- 18 Im Einzelnen sind die Definitionen wie folgt zu begründen:
- 19 Der Begriff der "Geschäftsleitung" wird im geltenden Recht nicht verwendet, mit Ausnahme des Art. 663b^{bis} OR. Die hier vorgeschlagene Definition stützt sich auf formelle Kriterien ab: Geschäftsleitung ist in der Regel das als solches bezeichne-

te Organ. Wo – wie teilweise bei amerikanisch geprägten Gesellschaften – einfach ein "Management" unter der Leitung eines starken Chief Executive Officer ("CEO") steht, ohne dass eine eigentliche Beschlussfassung in einem separaten Gremium stattfindet, sollte es auf die Bezeichnung durch den Verwaltungsrat ankommen. Um Umgehungen zu vermeiden, sollten in diesem Fall wenigstens die drei wichtigsten "Manager" der Geschäftsleitung angehören (in der Regel Chief Financial Officer, CEO und Chief Operating Officer, die meist auch am besten bezahlt sind).

- 20 Demgegenüber ist die jetzige Definition in Art. 2 Ziff. 4 VE VgDA sehr missverständlich, da sie als materielle bzw. funktionale Definition aufgefasst werden könnte. Es kann aber nicht Sinn und Zweck der VgDA sein, etwa eine Bank oder einen externen Berater, der in einem Verantwortlichkeitsprozess als faktisches Organ der Gesellschaft qualifiziert wird, zu erfassen. Zudem würde es zu grösster Rechtsunsicherheit führen, wenn auch das mittlere Management von einem Gericht als "Geschäftsleitung" qualifiziert würde, nur weil z.B. der Verwaltungsrat in einem Fall direkt einen Auftrag an eine Person erteilt hat.
- 21 Der Begriff des "Beirats" wird ebenfalls bloss von Art. 663b^{bis} OR verwendet, ohne dass klar ist, was damit gemeint ist. Nach dem hier gemachten Vorschlag muss einerseits eine Institutionalisierung durch Statuten oder Organisationsreglement bestehen; andererseits stellen die Revisionsstelle sowie durch Verwaltungsrat oder Management gebildete Ausschüsse keinen Beirat dar. Wichtig ist, dass hier u.U. auch Mitglieder der mittleren Management-Ebene in solchen Ausschüssen sitzen dürfen (z.B. in einem Disclosure Committee), ohne dass dies zur Qualifikation als Beirat führt.
- 22 Der Begriff der "Vergütung" wird bereits in Art. 14 Abs. 2 VE VgDA konkretisiert, ohne dass klar ist, ob dies auch für andere Bestimmungen gelten soll. Aufgrund der zentralen Stellung dieses Begriffs, der über Strafbarkeit und Nichtigkeit von Leistungen entscheidet, ist eine Konkretisierung für die gesamte Verordnung unabdingbar, weshalb sie hier vorangestellt wird. Wichtig ist zudem, in einem neuen Absatz auch eine Negativdefinition einzuführen, damit gewisse Leistungen, die nach heutigen Marktgepflogenheiten in der Regel nicht als eigentliche Vergütungen betrachtet werden, nach wie vor möglich sind. Im einzelnen geht es um Folgendes:
- Spesen sind keine Vergütungen, was aber klarzustellen ist;
 - Gewisse Versicherungsprämien muss der Arbeitgeber von Gesetzes wegen bezahlen, z.B. Unfallversicherung, obligatorische Arbeitgeberbeiträge an AHV/IV, ALV und BVG. Solche Leistungen werden nicht vom Zweck von Art. 95 Abs. 3 BV erfasst. Dasselbe gilt für gewisse Versicherungen, die regelmässig vom Arbeitgeber bezahlt werden, da er sich davon auch einen eigenständigen Nutzen verspricht; es ist diesfalls unerheblich, ob die Versicherung auch dem Arbeitnehmer zugutekommt bzw. er selbst auch versichert ist. Zu denken ist hier etwa an Taggeldversicherungen oder D&O-

Haftpflichtversicherungen. Eine Ausgrenzung eines Privatanteils ist hier regelmässig nicht durchführbar und wird auch von den Steuerbehörden nicht verlangt.

- Schliesslich sind geringfügige, sozial übliche Vorteile, insbesondere sog. *Fringe Benefits*, ebenfalls auszunehmen (z.B. Vergünstigungen in der Mitarbeiterkantine, kleine Weihnachtsgeschenke an die Mitarbeiter, etc.).

IV Verbotene Zahlungen (Art. 20 und 21 VE VgDA)

Art. 20 VE VgDA:

Art. 20 VE VgDA

Unzulässige Vergütungen in der Gesellschaft

Folgende Vergütungen für Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates sind unzulässig:

1. Abgangsentschädigungen;

[...]

Art. 20 VE VgDA

(Vorschlag Bär & Karrer AG)

Unzulässige Vergütungen in der Gesellschaft

¹ Folgende Vergütungen für Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates sind unzulässig:

1. Abgangsentschädigungen, wobei Vergütungen bei Beendigung eines Mandats- oder Anstellungsverhältnisses im Rahmen der Abwicklung marktgerechter Vereinbarungen und Vergütungen für Gegenleistungen, die über die Beendigung des Mandats- oder Anstellungsverhältnisses hinaus wirken, zulässig sind.

[...]

² Vorbehalten bleiben Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung oder des Beirates, welche aufgrund von zwingenden Bestimmungen des ausländischen Rechts geschuldet sind.

- 23 Wir begründen den Vorschlag in Art. 20 (Abs. 1) Ziff. 1 und den neu eingefügten Art. 20 Abs. 2 VE VgDA wie folgt: Der Begriff "Abgangsentschädigungen" ist ein unbestimmt Rechtsbegriff und als solcher abzugrenzen von Zahlungen bei Been-

digung eines Arbeits- oder Mandatsverhältnisses, die weiterhin zulässig sein müssen und teilweise sogar im Interesse des Unternehmens und damit letztlich auch im Interesse der Aktionäre geboten sind.

- 24 So müssen Zahlungen, die als Folge der Auflösung eines Arbeits- oder Mandatsvertrags mit üblicher Kündigungsfrist oder Laufzeit geleistet werden, zulässig bleiben, auch wenn die betroffene Person sofort freigestellt wird; auch ist es oft geboten, dass in solchen Konstellationen nicht definitiv zugeteilte Bonusansprüche oder Ansprüche aus Beteiligungsplänen definitiv zugeteilt werden können.
- 25 Analoges gilt, wenn im Rahmen eines Arbeits- oder Mandatsverhältnisses für den Fall einer Vertragsbeendigung ein Konkurrenz- oder Abwerbverbot statuiert wird: auch dann muss die entsprechende Unterlassungspflicht entschädigt werden können.
- 26 Schliesslich ist eine Klarstellung erforderlich für den Fall, dass schweizerische gesellschaftsrechtliche Zahlungsverbote mit zwingenden arbeitsrechtlichen oder sonstigen Vorschriften im Ausland kollidieren. Zumal davon auszugehen ist, dass solche Vorschriften in der jeweiligen ausländischen Jurisdiktion kollisionsrechtlich zwingend anwendbar sind, schlagen wir zwecks Vermeidung einer Normenkollision auf internationaler Ebene einen Vorbehalt zugunsten zwingender Bestimmungen des ausländischen Rechts vor.

V Generalversammlung, Salärbestimmungen generell (Art. 2, 18, 19, 28 und 31 VE VgDA)

Art. 2 VE VgDA:

Art. 2 VE VgDA

Die Generalversammlung hat die folgenden unübertragbaren Befugnisse:

1. die Wahl des Präsidenten des Verwaltungsrates und gegebenenfalls der Stellvertreter;

[...]

4. die Genehmigung der Vergütungen des Verwaltungsrates, der Personen, die vom Verwaltungsrat ganz oder zum Teil mit der Geschäftsführung betraut sind (Geschäftsleitung) und des Beirates.

Art. 2 VE VgDA

(Vorschlag Bär & Karrer AG)

Die Generalversammlung hat die folgenden unübertragbaren Befugnisse:

1. die Wahl des Präsidenten des Verwaltungsrates ~~und gegebenenfalls der Stellvertreter;~~

[...]

4. die Genehmigung der Vergütungen des Verwaltungsrates, der Personen, ~~die vom Verwaltungsrat ganz oder zum Teil mit der Geschäftsführung betraut sind~~ {Geschäftsleitung} und des Beirates.

- 27 Wir begründen den Vorschlag in Art. 2 Ziff. 1 VE VgdA wie folgt: Das Bestreben, Organisationmängel nach Art. 731b OR zu vermeiden, ist zu begrüßen. Wir erachten jedoch eine Wahl der Stellvertreter des Präsidenten durch die Generalversammlung als nicht zielführend. Stellvertretungen müssen derart erfolgen, dass sie den Umständen entsprechend eine reibungslose Weiterführung der Geschäfte ermöglichen. Bei sporadischen Verhinderungen des Präsidenten sollten dessen Aufgaben im Allgemeinen durch im Voraus ernannte Stellvertreter/Stellvertreterinnen übernommen werden können (beispielsweise wenn es um die Leitung einer Verwaltungsratssitzung geht). Es kann aber durchaus auch vorkommen, dass ein Präsident über längere Zeit verhindert ist (z.B. wegen Unfall oder Krankheit). In solchen Fällen ist keineswegs sicher, dass die ursprünglich vorgesehenen Stellvertreter, insbesondere bei stark belastenden Präsidialaufgaben, die Stellvertretung zeitlich oder von den Kompetenzen her übernehmen können. Der Verwaltungsrat muss in einer solchen Situation die nötige Flexibilität behalten, um eine angemessene Lösung zu finden, und letztere kann durchaus auch in der interimistischen Ernennung eines ursprünglich nicht vorgesehenen Stellvertreters liegen. Auch muss sichergestellt werden, dass für die Wahrnehmung der Präsidialaufgaben im Falle eines Ausfalls sowohl des Präsidenten als auch der Stellvertreter während einer Übergangszeit bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung eine andere Stellvertretung eingesetzt werden kann, ohne hierfür unbedingt eine ausserordentliche Generalversammlung durchführen zu müssen.
- 28 Da die Wahl eines Stellvertreters des Verwaltungsratspräsidenten durch die Generalversammlung in Art. 95 Abs. 3 BV selbst gar nicht vorgesehen ist, überschreitet unseres Erachtens die in Art. 2 VE VgdA vorgeschlagene Wahl der Stellvertreter durch die Generalversammlung die autonome gesetzgeberische Kompetenz des Bundesrats. Unser Vorschlag entspricht zudem dem aktienrechtlichen Prinzip, dass der Verwaltungsrat sich selbst konstituiert. Art. 712 Abs. 2 OR sieht denn auch einzig vor, dass der Verwaltungsratspräsident durch die Generalversammlung gewählt werden kann.
- 29 Betreffend Art. 2 Ziff. 4 VE VgdA begründen wird die vorgeschlagene Änderung wie folgt: Der Wortlaut der Bestimmung kann vereinfacht werden, da der Begriff "Geschäftsleitung" bereits im vorgeschlagenen Art. 1a Abs. 1 lit. a VE VgdA definiert wird.

Art. 18 VE VgdA:

Art. 18 VE VgdA

Vergütungen an den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat

[...]

³ Die Statuten können eine von Absatz 1 abweichende Regelung vorsehen. Die

Art. 18 VE VgdA

(Vorschlag Bär & Karrer AG)

Vergütungen an den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat

[...]

³ Die Statuten können eine von den Absätzen Absatz 1 und 2 abweichende

folgenden Voraussetzungen müssen Regelung vorsehen. Die folgenden Voraussetzungen müssen erfüllt sein:

[...]

[...]

- 30 Wir begründen den Vorschlag in Art. 18 Abs. 3 VE VgdA wie folgt: Wir begrüssen die Flexibilität von Art. 18 Abs. 3 VE VgdA und sind der Auffassung, dass die Möglichkeit einer anderen, abweichenden statutarischen Regelung nicht nur für die Gestaltung der Abstimmungen über die Vergütungen gemäss Art. 18 Abs. 1 VE VgdA zur Verfügung stehen sollte, sondern auch für das Vorgehen im Falle einer Verweigerung der Genehmigung eines Gesamtbetrags nach Art. 18 Abs. 1 Ziff. 1 bis 6 VE VgdA. Die Statuten könnten etwa, immer im Rahmen der Schranken von Art. 18 Abs. 3 VE VgdA, eine längere Frist für eine Neuabstimmung vorsehen, was beispielsweise erlauben würde, die Neuabstimmung im Rahmen einer aus sonstigen Gründen vorzunehmenden ausserordentlichen Generalversammlung durchzuführen und entsprechende Kosten zu sparen. Denkbar wäre auch, dass die Statuten für den Fall der Ablehnung der Vergütungen ein zweistufiges Verfahren vorsehen: So könnte beispielsweise in einer ersten Phase über einen Minimalbetrag (Vergütungssockel) abgestimmt werden, um dann anlässlich einer folgenden Generalversammlung wiederum über einen Gesamtbetrag abzustimmen. Oder die Generalversammlung könnte in einer ersten Phase einen globalen Maximalbetrag festlegen, der dann in einer weiteren Generalversammlung nach Gremien aufgeteilt gutzuheissen wäre. Aus unserer Sicht besteht kein Grund, die Gestaltungsfreiheit der Aktiengesellschaft einzuschränken, soweit die Voraussetzungen von Art. 18 Abs. 3 VgdA und damit von Art. 95 Abs. 3 lit a. BV erfüllt bleiben.

Art. 19 VE VgdA:

Art. 19 VE VgdA

Zusatzbetrag für die Geschäftsleitung

¹ Die Statuten können für die Vergütungen von Mitgliedern der Geschäftsleitung, die nach der Genehmigung der fixen Vergütung ernannt werden, einen Zusatzbetrag vorsehen.

[...]

Art. 19 VE VgdA

(Vorschlag Bär & Karrer AG)

Zusatzbetrag für die Geschäftsleitung

¹ Die Statuten können für die Vergütungen von Mitgliedern der Geschäftsleitung, die nach der Genehmigung der fixen Vergütungen ernannt werden, einen Zusatzbetrag vorsehen.

[...]

- 31 Wir begründen den Vorschlag in Art. 19 Abs. 1 VE VgdA wie folgt: Die Möglichkeit nach Art. 19 VE VgdA, einen Zusatzbetrag zur Verfügung zu stellen, ist zu begrüssen. Sie sollte aber nicht nur für diejenigen Gesellschaften gelten, welche die vom VE VgdA vorgeschlagenen Modelle anwenden, sondern auch für jene, die sich für eine andere statutarisch vorgesehene Lösung entscheiden, und beispielsweise gestützt auf Art. 18 Abs. 3 VE VgdA mit einer prospektiven Budgetlösung für die variablen Vergütungskomponenten operieren. Art. 19 VE VgdA sollte

daher nicht explizit und ausschliesslich auf die Genehmigung der fixen Vergütungen verweisen, sondern auf die Genehmigung von Vergütungen im Allgemeinen.

Art. 28 VE VgdA:

Art. 28 VE VgdA

Anpassung von altrechtlichen Arbeitsverträgen

Die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung bestehenden Arbeitsverträge sind innerhalb eines Jahres ab Inkrafttreten dieser Verordnung anzupassen. Nach Ablauf dieser Frist sind die Vorschriften der Verordnung auf alle Arbeitsverträge anwendbar.

Art. 28 VE VgdA

(Vorschlag Bär & Karrer AG)

Anpassung von altrechtlichen Arbeitsverträgen

Die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung bestehenden Arbeitsverträge sind innerhalb eines Jahres von zwei Jahren ab Inkrafttreten dieser Verordnung anzupassen. Nach Ablauf dieser Frist sind die Vorschriften der Verordnung auf alle Arbeitsverträge anwendbar.

- 32 Wir begründen die Änderung in Art. 28 VE VgdA wie folgt: Die Gesellschaften haben gemäss Art. 18 Abs. 3 VE VgdA die Möglichkeit, in ihren Statuten Bestimmungen aufzunehmen, die von den Regelungen der Vergütungsgenehmigungen von Art. 18 Abs. 1 (und nach dem hiesigen Vorschlag auch von Art. 18 Abs. 2) VE VgdA abweichen. Solche Bestimmungen sind innerhalb von 2 Jahren ab Inkrafttreten der Verordnung aufzunehmen (Art. 27 VE VgdA), also per ordentlicher Generalversammlung 2015. Dagegen sieht Art. 28 VE VgdA für die Anpassung von altrechtlichen Arbeitsverträgen lediglich eine Frist von einem Jahr ab Inkrafttreten der Verordnung vor. Da die einschlägigen Statutenbestimmungen für die Anpassung der Arbeitsverträge von hoher Relevanz sein können, schlagen wir vor, die Übergangsfrist für die Anpassung der Arbeitsverträge auf zwei Jahre, d.h. bis Ende 2015 auszudehnen, um den Gesellschaften zu erlauben, die Anpassung im Einklang mit den einschlägigen Statutenbestimmungen vorzunehmen.

Art. 31 VE VgdA:

Art. 31 VE VgdA

Genehmigungen durch die Generalversammlung

¹ Die Vorschriften zur Genehmigung der Gesamtbeträge der fixen Vergütung der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates gelten ab der zweiten ordentlichen Generalversammlung, die nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung stattfindet.

Art. 31 VE VgdA

(Vorschlag Bär & Karrer AG)

Genehmigungen durch die Generalversammlung

¹ Die Vorschriften zur Genehmigung der Gesamtbeträge der fixen Vergütung der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates gelten ab der ordentlichen Generalversammlung, die der Anpassung der Statuten gemäss Art. 27 folgt, spätestens aber ab der zweiten dritten ordentlichen Generalversamm-

lung, die nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung stattfindet.

² Die Vorschriften zur Genehmigung der Gesamtbeträge der variablen Vergütung der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates gelten erstmals für das Geschäftsjahr, das mit oder nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung beginnt.

~~² Die Vorschriften zur Genehmigung der Gesamtbeträge der variablen Vergütung der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates gelten erstmals für das Geschäftsjahr, das mit oder nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung beginnt~~

- 33 Wir begründen den Vorschlag in Art. 31 Abs. 1 und die Streichung von Abs. 2 VE VgdA wie folgt: Die Gesellschaften haben gemäss Art. 18 Abs. 3 VE VgdA die Möglichkeit, in ihren Statuten Bestimmungen aufzunehmen, die von den Regelungen der Vergütungsgenehmigungen von Art. 18 Abs. 1 (und nach dem hiesigen Vorschlag auch von Art. 18 Abs. 2) VE VgdA abweichen. Solche Bestimmungen sind innerhalb von 2 Jahren ab Inkrafttreten der Verordnung aufzunehmen (Art. 27 VE VgdA), also vor Ende 2015. Da sich die Genehmigung der Vergütungen nach diesen, allenfalls von der Regelung des Art. 18 Abs. 1 VE VgdA abweichenden, Statutenbestimmungen richten müssen, erscheint es sinnvoll, die Genehmigungspflicht erst dann einzuführen, wenn die relevanten Statutenbestimmungen in Kraft sind. Entsprechend schlagen wir vor, die Übergangsfrist für die Genehmigungspflicht mit derjenigen für die Anpassung der Statuten abzustimmen. Würde es eine Gesellschaft versäumen, ihre Statuten innert der zweijährigen Frist anzupassen, wäre sie nach unserem Vorschlag dennoch verpflichtet, die Genehmigungen ab dem Folgejahr anzuwenden.
- 34 Ganz grundsätzlich erachten wir eine zwingende Abstimmung im Jahre 2015 über die variable Vergütung des Geschäftsjahrs 2014 in zeitlicher Hinsicht als problematisch. Wie oben ausgeführt, sollte den Gesellschaften ermöglicht werden, statutarische Bestimmungen aufzunehmen, die von den Regelungen der Vergütungsgenehmigungen von Art. 18 Abs. 1 VE VgdA abweichen, und die Genehmigung der Vergütungen sollte unter Einbezug und auf der Grundlage der entsprechenden Bestimmungen erfolgen können. In Anbetracht dessen, dass die endgültige Fassung der Verordnung voraussichtlich erst Ende November 2013 verabschiedet werden dürfte, wird es für Gesellschaften, die ihre ordentliche Generalversammlung jeweils in den ersten Wochen des Kalenderjahres durchführen, ausserordentlich knapp werden, bereits an der ordentlichen Generalversammlung 2014 über allfällige Statutenänderungen zu befinden. Solche Gesellschaften müssten daher im Jahre 2015 über die variablen Vergütungen des Geschäftsjahres 2014 retrospektiv abstimmen, obwohl sie eigentlich (zur Verhinderung rückwirkender Entscheidungen) mit einer prospektiven Budgetlösung operieren möchten. Auch aus diesem Grund schlagen wir vor, über die fixen und die variablen Vergütungen erst in demjenigen Jahre zwingend abzustimmen, das einer allfälligen Statutenänderung folgt, spätestens jedoch ab dem Jahre 2016 (in welchem die Generalversammlung also in jedem Fall bereits über die variable Vergütung des Geschäftsjahres 2015 zu befinden hätte).

VI Statuten (Art. 6, 12 und 27 VE VgDA)

Art. 12 VE VgDA:

Art. 12 VE VgDA

¹ Die Statuten müssen Bestimmungen enthalten über:

1. die Anzahl der zulässigen Tätigkeiten der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates in den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen von Rechtseinheiten, die verpflichtet sind, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen, und die nicht durch die Gesellschaft kontrolliert werden oder die Gesellschaft nicht kontrollieren;

[...]

² Zu ihrer Verbindlichkeit bedürfen der Aufnahme in die Statuten Bestimmungen über:

1. die Höhe der Darlehen, Kredite und Renten für die Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates;

[...]

Art. 12 VE VgDA (Vorschlag Bär & Karrer AG)

¹ Die Statuten müssen Bestimmungen enthalten über:

1. die Anzahl der zulässigen Tätigkeiten der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates in den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen von ~~Rechts-~~einheiten, ~~die verpflichtet sind, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen~~ in- oder ausländischen Handelsgesellschaften, ~~und~~ die nicht durch die Gesellschaft kontrolliert werden oder die Gesellschaft nicht kontrollieren;

[...]

² Zu ihrer Verbindlichkeit bedürfen der Aufnahme in die Statuten Bestimmungen über:

1. die Höhe der Darlehen, Kredite und von der Gesellschaften ausgerichteten oder versprochenen Renten für die Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates;

[...]

- 35 Wir begründen den Vorschlag in Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1 VE VgDA wie folgt: Der vorgeschlagene Text ist einerseits zu weit, andererseits zu eng. Zu eng, weil er nur auf Tätigkeiten in Schweizer Gesellschaften abzielt, was kaum dem Willen des Verfassungsgebers entspricht, zu weit, weil er auch rein karitative Aufgaben in Stiftungen trifft. Mit dem vorgeschlagenen Text wird dies korrigiert.

- 36 Der Vorschlag in Art. 12 Abs. 2 Ziff. 1 VE VgdA kommt daher, dass hier nur Renten gemeint sein können, welche die Gesellschaft selbst ausrichtet – nicht aber ihre Pensionskasse oder Versicherung. Klar ist, dass Aufwendungen an solche Rechtsträger eine Vergütung darstellen, dies nach Art. 14 Abs. 2 Ziff. 7 VE VgdA.
- 37 Betreffend Art. 27 VE VgdA haben wir eine Anregung auf Stufe Erläuternder Bericht: Unseres Erachtens wird die Absicht des Verordnungsgebers, was den bedingten Statuteninhalt betrifft, mit dieser Übergangsfrist nicht klar geregelt. So fragt sich beispielsweise, ob ein Darlehen schon ab 1. Januar 2014 nicht mehr gewährt werden kann (sondern erst ab Aufnahme einer entsprechenden Klausel in die Statuten), oder ob sich die Gesellschaft auch hier 2 Jahre Zeit lassen (und in der Zwischenzeit Darlehen gewähren) kann. Wir glauben, dass nur die zweite Lesung richtig sein kann, was schon daraus folgt, dass in dieser Übergangsfrist auch Beteiligungsrechte begeben werden dürfen. Es drängt sich aber aus Gründen der Rechtssicherheit eine Klarstellung im Bericht auf.

VII Vergütungsbericht (Art. 5, 13 und 14-17 VE VgdA)

Art. 14 VE VgdA:

Art. 14 VE VgdA

*Vergütungen an den Verwaltungsrat,
die Geschäftsleitung und den Beirat*

[...]

² Als Vergütungen gelten insbesondere:

1. Honorare, Löhne, Bonifikationen und Gutschriften;
2. Tantiemen, Beteiligungen am Umsatz und andere Beteiligungen am Geschäftsergebnis;
3. Dienst- und Sachleistungen;
4. die Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten;
5. Bürgschaften, Garantieverpflichtungen, Pfandbestellungen zu-

Art. 14 VE VgdA

(Vorschlag Bär & Karrer AG)

*Vergütungen an den Verwaltungsrat,
die Geschäftsleitung und den Beirat*

[...]

² [in den neuen Art. 1a Abs. 2 VE VgdA verschieben]

gunsten Dritter und andere Sicherheiten;

6. der Verzicht auf Forderungen;

7. Aufwendungen, die Ansprüche auf Vorsorgeleistungen begründen oder erhöhen;

8. sämtliche Leistungen für zusätzliche Arbeiten.

- 38 Die Änderung in Art. 14 Abs. 2 VE VgdA begründen wir wie folgt: Unseres Erachtens sollte Art. 14 Abs. 2 VE VgdA in den vorgeschlagenen Art. 1a VE VgdA verschoben werden (vgl. hierzu S. 7 ff.), damit klar ist, dass die Konkretisierung der "Vergütung" für die gesamte Verordnung gilt.

Art. 17 VE VgdA:

Art. 17 VE VgdA

*Prüfung durch die Revisionsstelle
(Art. 728a und 728b OR)*

Die Revisionsstelle prüft, ob der Vergütungsbericht dem Gesetz, dieser Verordnung und den Statuten entspricht. Sie erstattet der Generalversammlung schriftlich Bericht über das Ergebnis der Prüfung.

Art. 17 VE VgdA

(Vorschlag Bär & Karrer AG)

*Prüfung durch die Revisionsstelle
(Art. 728a und 728b OR)*

Die Revisionsstelle prüft, ob ~~der vergütungsbericht~~ die Angaben gemäss Art. 14-16 VE VgdA im Vergütungsbericht dem Gesetz, dieser Verordnung und den Statuten ~~entspricht~~ entsprechen. Sie erstattet der Generalversammlung schriftlich Bericht über das Ergebnis der Prüfung.

- 39 Den Vorschlag in Art. 17 VE VgdA begründen wir wie folgt: Die Änderungen hinsichtlich des Vergütungsberichts werden insofern begrüsst als die im Bereich der Vergütungen bereits heute durch Art. 663b^{bis} OR geforderte Transparenz neu in einem separaten Vergütungsbericht und nicht als Anhang zur Bilanz zu erfolgen hat, so dass die Beschlussfassung der Generalversammlung über den Jahresbericht und die finanzielle Berichterstattung unberührt von Salär-Diskussionen erfolgen kann. Eine Pflicht zur Beschlussfassung der Generalversammlung über den Vergütungsbericht wird in der VE VgdA nicht vorgesehen und ist unseres Erachtens auch nicht erforderlich. Es ist jedoch davon auszugehen, dass der Verwaltungsrat mit dem Vergütungsbericht (zumindest implizit) seine Anträge an die Generalversammlung betreffend den Genehmigungsbeschluss über die Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates begründen wird, was zu einer indirekten Genehmigung des Vergütungsberichts führt. An dieser Stelle ist auch daran zu erinnern, dass die betroffenen Gesellschaften neben den in Art. 14 bis 17 VE VgdA enthaltenen Transparenzvor-

schriften wie bisher auch die Offenlegungsvorschriften gemäss der Richtlinie der SIX Swiss Exchange AG betreffend Informationen zur Corporate Governance einhalten müssen. Unseres Erachtens kann es durchaus sinnvoll sein, die Offenlegungsvorschriften gemäss der Richtlinie der SIX Swiss Exchange AG betreffend Informationen zur Corporate Governance mit den Angaben zum Inhalt und Festsetzungsverfahren (ebenso wie Ausführungen zur fixen Vergütung für die Dauer bis zur nächsten Generalversammlung bzw. Ausführungen über eine Budgetlösung, sofern eine solche gestützt auf Art. 18 Abs. 3 VE VgdA gewählt wird) in den Vergütungsbericht gemäss VE VgdA zu integrieren, so dass sämtlichen Transparenzvorschriften im Entschädigungsbereich in einem Dokument nachgekommen wird und alle relevanten Informationen an einem Ort greifbar sind. Wir möchten jedoch klarstellen, dass wir mit diesen Ausführungen nicht eine Ausdehnung des zwingenden Inhalts des Vergütungsberichts vorschlagen. Indessen dürfte es sinnvoll sein, in Art. 17 VE VgdA klarzustellen, dass die Prüfungspflicht der Revisionsstelle nur die gesetzlich vorgeschriebenen Angaben betrifft.

Neuer Artikel vor Art. 31 VE VgdA:

**Neuer Artikel vor Art. 31 VE VgdA
(Vorschlag Bär & Karrer AG)**

Erstellen des Vergütungsberichts

Die Vorschriften zur Erstellung des Vergütungsberichts gelten erstmals für das Geschäftsjahr, das nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung beginnt.

- 40 Das Einfügen eines neuen Artikels vor Art. 31 VE VgdA begründen wir wie folgt: Eine besondere Übergangsbestimmung zum Vergütungsbericht fehlt, weshalb nach der allgemeinen Bestimmung von Art. 26 VE VgdA bereits für die ordentliche Generalversammlung 2014 ein Vergütungsbericht gemäss Art. 13 VE VgdA erstellt werden müsste, mit welchem über die Vergütungen im Geschäftsjahr 2013 Rechenschaft abzulegen wäre. Auch wenn der neue Vergütungsbericht gemäss VE VgdA materiell wenig Neues bringt, würde dies zu einer unzulässigen Rückwirkung führen (siehe Art. 1 SchlT ZGB), weshalb wir die Aufnahme einer spezifischen Übergangsbestimmung befürworten, in welcher festgehalten wird, dass der Vergütungsbericht gemäss VE VgdA erstmals für das Geschäftsjahr 2014 vorliegen muss. Dies macht auch deshalb Sinn, weil der neue Vergütungsbericht auf die neue Beschlussfassung der Generalversammlung über die Vergütungen abgestimmt werden sollte, welche ihrerseits erstmals an der Generalversammlung im Frühling 2015 zu erfolgen hat.

VIII Strafrecht (Art. 24 und 25 VE VgdA)

- 41 Im Sinne von Vorbemerkungen zur Verfassungswidrigkeit und Unverhältnismässigkeit der vorgeschlagenen Strafbestimmungen sei auf Folgendes hingewiesen: Trotz ausführlicher Vorbemerkungen zur Legitimation der vorgeschlagenen Strafbestimmungen übersieht der Begleitbericht entscheidend, dass in Art. 93 Abs. 3

BV, Ingress steht: "[...] *das Gesetz [regelt] [...] nach folgenden Grundsätzen [...]*". Nirgends ist davon die Rede, dass der in der Initiative formulierte Grundsatz als ausnahmslose Regel sklavisch umzusetzen ist oder gar bedingungslos durch Verordnung umgesetzt werden darf. Daran anschliessend bestehen folgende Kritikpunkte:

- Der VE VgdA verletzt die verfassungsmässigen Delegationsgrundsätze für Strafrechtsnormen in einer durch Art. 93 Abs. 3 i.V.m. Art. 197 Ziff. 8 BV nicht gerechtfertigten Weise – es besteht keine klare Grundlage in einem formellen Gesetz. Zu Recht erkennt der Begleitbericht, dass die Strafnorm von Art. 95 Abs. 3 BV zu wenig bestimmt ist, um direkt anwendbar zu sein. Verfassungsrechtlichen Rang haben aber auch die Prinzipien und Schranken für die Delegation bei gesetzesvertretenden Verordnungen. Diese sind im Strafrecht äusserst streng zu handhaben; die Grundlage von Freiheitsstrafen oder schweren Geldstrafen kann nicht in Verordnungen geschaffen werden, sondern ist einem formellen Gesetz vorbehalten (Art. 36 Abs. 1 BV, Art. 164 BV, Art. 1 StGB). Art. 197 Ziff. 8 BV ist keine ausreichende Grundlage, um von diesen Prinzipien abzuweichen: Derartige Strafen gehören nicht zu den "erforderlichen" Ausführungsbestimmungen. Der Zweck der Übergangsbestimmungen lässt sich auch durch Übertretungstatbestände erreichen, und ohne eine ausdrücklich andere Regelung darf nicht davon ausgegangen werden, dass der Verfassungsgeber von zentralen rechtsstaatlichen Grundsätzen abweichen wollte. Anders wäre nur zu urteilen, wenn die Strafnormen in Verfassung (oder Gesetz) direkt anwendbar wären, aber z.B. die nähere Tatbestandsumschreibung oder die Regelung von "safe harbours" einer Verordnung überlässt. Dies ist aber hier – wie der Begleitbericht richtig feststellt – nicht der Fall. Leider übersieht der Begleitbericht aber das Anschlussproblem der Zulässigkeit der Gesetzesdelegation: Ob die Grundsatznorm in der BV "ausreichend demokratisch legitimiert" ist, steht nicht in Frage und ist nicht entscheidend, sondern vielmehr, ob – trotz Wahrung des Delegationsrahmens – derartige Straftatbestände überhaupt an den Verordnungsgeber delegierbar sind. Dies ist zu verneinen (gl.M. etwa CHRISTOPH B. BÜHLER, Vergütungsrecht «ad interim»: Übergangsfristen und Sofortmassnahmen, Übergangsrechtliche Überlegungen zur Umsetzung der Verfassungsgrundsätze «gegen die Abzockerei», ST 2013/5, S. 332 ff., S. 336).
- Gerade im Bereich der Strafbestimmungen ist es besonders wichtig, dass die Ausführungsbestimmungen dem – ausdrücklichen – Grundsatzcharakter der Initiative Rechnung tragen und den Verhältnismässigkeitsgrundsatz konsequent anwenden. Dies wurde im Begleitbericht zwar eigentlich erkannt, aber leider nur sehr zögerlich umgesetzt, nämlich bloss in Bezug auf die Regelung von Art. 25 VE VgdA.

42 Daraus ergeben sich folgende Vorschläge:

- Die Art. 24 f. VE VgdA dürfen nur als Übertretungsbestimmungen ausgestaltet werden. Sollte der Bundesrat dies nicht tun, müssten die Bestimmungen durch akzessorische Normenkontrolle gerichtlich aufgehoben werden (es besteht keine Massgeblichkeit der Verordnung nach Art. 190 BV); eine "Teilnichtigkeit" durch Reduktion auf das zulässige Mass kommt unseres Erachtens nicht in Frage, da damit das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot verletzt wäre.
- Zumindest müssen aber die Strafbestimmungen verhältnismässiger ausgestaltet werden – die Höchststrafe kommt nur für den Kernbereich der Verbotstatbestände in Frage. Darauf wird im Folgenden im Einzelnen eingegangen (unter der Annahme, dass der Bundesrat dem vorangehend gemachten Einwand nicht folgen wird, auch wenn das von uns bedauert würde).
- Die Straftatbestände müssen äusserst sorgsam und genau formuliert werden, da die Strafandrohungen sonst im Verbund mit ungenauen Formulierungen zu einem bedenklichen "chilling effect" auf die Wirtschaftsfreiheit führen: Sie hätten sonst zur Folge, dass von allen möglichen Auslegungsvarianten meist die vorsichtigste genommen werden würde. Das wäre für den Wirtschaftsstandort Schweiz äusserst schädlich.

Art. 24 VE VgdA:

Art. 24 VE VgdA

Strafbarkeit der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates

¹ Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren wird bestraft, wer als Mitglied des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung oder des Beirates vorsätzlich:

1. Vergütungen bezieht oder ausrichtet, über die die Generalversammlung nicht abstimmen konnte oder deren Genehmigung sie verweigert hat (Art. 18);

Art. 24 VE VgdA

(Vorschlag Bär & Karrer AG)

Strafbarkeit der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates

¹ Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren wird bestraft, wer als Mitglied des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung oder des Beirates vorsätzlich und mit der Absicht, sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern:

1. Nach Art. 18 genehmigungspflichtige Vergütungen bezieht oder ausrichtet, über die die Generalversammlung nicht abstimmen konnte oder deren Genehmigung sie verweigert hat;

[...]

3. Tätigkeiten nach Artikel 12 Absatz 1 Ziffer 1 ausübt, die gemäss den Statuten nicht zulässig sind;
4. die Geschäftsführung ganz oder zum Teil an eine juristische Person über-trägt (Art. 6);
5. eine Depot- oder Organvertretung oder eine andere als die von der Generalversammlung gewählte unabhängige Stimmrechtsvertretung (Art. 8) einsetzt;
6. verhindert, dass die Generalversammlung jährlich und einzeln die Mitglieder und den Präsidenten des Verwaltungsrates, die Mitglieder des Vergütungsausschusses sowie die unabhängige Stimmrechtsvertretung wählen kann (Art. 3, 4, 7 und 8);
7. verhindert, dass die Generalversammlung jährlich über die Genehmigung der Vergütungen abstimmen kann (Art. 18);
8. verhindert, dass die Aktionäre der unabhängigen Stimmrechtsvertretung elektronisch Vollmachten und Weisungen erteilen können (Art. 9 Abs. 3);
9. verhindert, dass die Statuten die Bestimmungen nach Artikel 12 Absatz 1 enthalten.

² Mit der Freiheitsstrafe ist eine Geldstrafe zu verbinden. Das Gericht ist dabei nicht an die maximale Höhe des Tagessatzes nach Artikel 34 Absatz 2 Satz 1 des Strafgesetzbuches⁹ gebunden; die Geldstrafe darf jedoch sechs Jahresvergütungen nicht übersteigen.

[...]

[Ziff. 3 - 9 nach unten verschieben bzw. im Fall von Ziff. 4 und 9 streichen]

³ Mit Geldstrafe bis zu [180] Tagessätzen wird bestraft,

1. wer als Täter nach Abs. 1 ohne Bereicherungsabsicht handelt,

2. wer, ohne die Tätereigenschaften nach Abs. 1 zu erfüllen, an einer Tat nach Abs. 1 teilnimmt,

3. wer als Mitglied des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung oder des Beirates vorsätzlich:

a. [Entspricht Abs. 1 Ziff. 3:] Tätigkeiten nach Artikel 12 Absatz 1 Ziffer 1 ausübt, die gemäss den Statuten nicht zulässig sind;

b. [angepasster Abs. 1 Ziff. 5:] eine Depot- oder Organvertretung oder eine andere als die von der Generalversammlung gewählte unabhängige Stimmrechtsvertretung (Art. 8) einsetzt als institutionelle Stimmrechtsvertretung zulässt;

c. [entspricht Abs. 1 Ziff. 6:] verhindert, dass die Generalversammlung jährlich und einzeln die Mitglieder und den Präsidenten des Verwaltungsrates, die Mitglieder des Vergütungsausschusses sowie die unabhängige Stimmrechtsvertretung wählen kann (Art. 3, 4, 7 und 8);

d. [entspricht Abs. 1 Ziff. 7:] verhindert, dass die Generalversammlung jährlich über die Genehmigung der Vergütungen abstimmen kann (Art. 18);

e. [angepasster Abs. 1 Ziff. 8:] es absichtlich unterlässt, ein System einzuführen, das zur elektronischen Erteilung von Vollmachten und Weisungen an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter geeignet ist (Art. 9 Abs. 3).

⁴ In leichten Fällen wird der Täter mit Busse bestraft. Als leichter Fall gilt namentlich eine Tat, die sich nur auf einen geringen Vermögenswert oder auf einen geringen Schaden richtet, insbesondere wenn der Vermögenswert oder Schaden weniger als [2%] der Summe der von der Generalversammlung genehmigten Gesamtbeträge der Vergütungen (Art. 18) beträgt.

⁵ In einer irrigen Vorstellung über den Sachverhalt (Art. 13 StGB) handelt namentlich, wer aufgrund einer Rechtsauskunft durch externe oder interne Rechtsberaterinnen und Rechtsberater darauf vertraut, dass eine Vergütung nach überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht genehmigungspflichtig ist oder nicht unter Art. 20 oder 21 fällt.

- 43 Wir begründen den Vorschlag betreffend Art. 24 Abs. 1, 3 und 4 VE VgdA wie folgt: Die Maximalstrafandrohung ist auf die Kernverbotstatbestände zu beschränken; weniger strafwürdige Verhaltensweisen sind in Abs. 3 weniger streng zu regeln. Ein Kernverbot ist zudem – im Einklang mit dem allgemeinen Vermögensstrafrecht – nur verletzt, wenn auch eine Bereicherungsabsicht vorliegt; ohne Bereicherungsabsicht muss milder bestraft werden (neu Art. 24 Abs. 3 Ziff. 1 VE VgdA). Auch der Begleitbericht, S. 49, erkennt die Bedeutung der Bereicherung, leider ohne die richtigen Schlüsse daraus zu ziehen.
- 44 Sodann ist nach allgemeinem Strafrecht (Art. 333 i.V.m. 26 StGB) auch der sog. extraneus, der nicht in den Täterkreis nach Abs. 1 fällt, strafbar – zu denken ist etwa an Mitarbeiter unterer Chargen, ohne Änderung der jetzigen (verfehlten) Formulierung aber auch ein Aktionär, der gegen die Statuten stimmt oder einen Depotvertreter einsetzt. Angesichts der drakonischen Strafdrohungen ist die allgemeine Vorschrift, dass die Bestrafung in diesen Fällen "milder" auszufallen hat, nicht ausreichend – vielmehr muss ein deutlich milderer Strafraum für den extraneus ausdrücklich geregelt werden (neu Art. 24 Abs. 3 Ziff. 2 VE VgdA).
- 45 Im Einklang mit dem allgemeinen Vermögensstrafrecht (vgl. Art. 172^{ter} StGB) muss in geringfügigen Fällen eine Reduktion auf Busse erfolgen können (neu Art. 24 Abs. 4 VE VgdA). Als Vergleichsmassstab bieten sich die aggregierten, von der Generalversammlung genehmigten Gesamtbeträge der Vergütungen nach Art. 18 VE VgdA an; vorgeschlagen wird als Geringfügigkeitsschwelle 2%.
- 46 Den Vorschlag betreffend Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 VE VgdA begründen wir wie folgt: Selbstverständlich dürfen die Gesellschaftsorgane Vergütungen ohne Genehmigung ausrichten, wenn diese gar nicht genehmigungspflichtig sind, z.B. Vergü-

- tungen an einfache Mitarbeiter oder im Fall des Art. 19 VE VgdA. Dies ist richtig zu formulieren.
- 47 Die Änderung im Zusammenhang mit Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 VE VgdA begründen wir wie folgt: Dieser Tatbestand ist (1) nicht strafwürdig bzw. selbst wenn, (2) in der jetzigen Formulierung verfehlt. (1) Den Minder-Bestimmungen geht es allein darum, zu verhindern, dass als formelle Geschäftsführung im Handelsregister eine juristische Person eingetragen werden kann. Art. 6 VE VgdA verunmöglicht bereits eine solche Eintragung, ohne dass ein Straftatbestand erforderlich ist. (2) Demgegenüber werden juristische Personen nach Rechtsprechung und Lehre teilweise von Rechts wegen zu sog. materiellen Organen, wenn Organpersonen von anderen juristischen Personen als Geschäftsführer eingesetzt werden (z.B. einer konzerninternen Management-Gesellschaft; vgl. Art. 722 OR/Art. 55 ZGB i.V.m. Art. 754 OR). Einen solchen Einsatz lässt der VE VgdA – mit Recht – explizit zu (vgl. Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1 VE VgdA), weshalb ein entsprechender Tatbestand verfehlt ist.
- 48 Wir begründen den Vorschlag betreffend Art. 24 Abs. 1 Ziff. 5/neu Art. 24 Abs. 3 Ziff. 3 lit. b VE VgdA: Verboten sind diese Formen der Vertretung nur als institutionelle Stimmrechtsvertretung. Gerade nach dem Regelungszweck von Art. 95 Abs. 3 BV muss es jedem Aktionär freistehen, z.B. seine Depotbank oder einen beliebigen unabhängigen Vertreter als individuellen Vertreter für seine Aktien durch Vollmacht einzusetzen, und der Verwaltungsrat hat solche Vertreter grundsätzlich zuzulassen, was der VE VgdA aber wörtlich genommen zu pönalisieren scheint.
- 49 Den Vorschlag betreffend Art. 24 Abs. 1 Ziff. 8/neu Art. 24 Abs. 3 Ziff. 3 lit. e VE VgdA begründen wir wie folgt: Die bisherige Formulierung ist zu schwammig. Es kann nicht darauf ankommen, ob im Einzelfall eine elektronische Weisung verhindert wird – hier gibt es keinen Unterschied zwischen der Verhinderung einer elektronischen Weisung und derjenigen einer Weisung auf Papier. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob die Gesellschaftsorgane es absichtlich unterlassen, ein geeignetes "indirect voting"-System einzuführen.
- 50 Wir begründen die Änderung in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 9 VE VgdA wie folgt: Dieser Tatbestand ist verfehlt, da er – wörtlich genommen – Aktionäre bestraft, die gegen einen Antrag des Verwaltungsrates zur Änderung der Statuten stimmen, z.B. weil sie der Ansicht sind, dass der Antrag des Verwaltungsrates zu viele Verwaltungsratsmandate oder zu lange Arbeitsverträge erlaubt. Genügend dafür wäre, dass z.B. ein unabhängiges Verwaltungsratsmitglied die Opposition anführt; die übrigen Aktionäre machen sich dann als extranei (Art. 26 StGB) strafbar. Statt eines Straftatbestands sollte vielmehr in den Übergangsbestimmungen – als neuer Art. 27 Abs. 1a VE VgdA – folgende dispositive Regelung aufgenommen werden:

Neuer Art. 27 Abs. 1a VE VgdA:

**Neuer Art. 27 Abs. 1a VE VgdA
(Vorschlag Bär & Karrer AG)**

Anpassung von Statuten und Reglementen

^{1a} Entsprechen die Statuten Art. 12 Abs. 1 innerhalb dieser Frist nicht, gilt Folgendes:

1. Die Anzahl der zulässigen Tätigkeiten gemäss Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1 beträgt eins;
2. Die Dauer der Arbeitsverträge gemäss Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1 beträgt maximal 6 Monate;
3. Für die Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses ist der Swiss Code of Best Practice entsprechend anwendbar;
4. Statutarische Erschwerungen der Beschlussfassung (Präsenzquoren, Mehrheitserfordernisse) gelten für Änderungen der Statuten nach Art. 12 Abs. 1 nicht, bis die Statuten entsprechend angepasst sind.

- 51 Art. 24 Abs. 5 VE VgdA begründen wir wie folgt: Um einem bedenklichen "chilling effect" entgegenzuwirken (vgl. N 42), muss es den Gesellschaftsorganen möglich sein, sich auf Rechtsauskünfte durch Rechtsberater zu verlassen, und dies selbst dann, wenn die Rechtsauskunft ausführlich ist und auf eine nicht völlig geklärte Rechtslage hinweist. In praxi macht dabei die Abgrenzung zwischen Sachverhaltsirrtum und Rechtswidrigkeitsirrtum (Art. 13 bzw. 21 StGB) immer wieder Probleme – sie ist schwammig. Im Ergebnis qualifizieren Rechtsprechung und überwiegende Lehre Irrtümer über durch das Zivilrecht bestimmte Tatbestandselemente meist als Sachverhaltsirrtum (Irrtum über normatives Tatbestandselement; vgl. etwa nur BGE 129 IV 238, m.w.Hw.). Obwohl sich der neue Art. 24 Abs. 5 VE VgdA somit bereits aus Art. 333 i.V.m. 13 StGB ergibt, ist eine entsprechende Klarstellung wichtig. Zudem ist entscheidend, dass sich die Annahme gestützt auf die Auskunft auf eine überwiegende Wahrscheinlichkeit beziehen muss, d.h. die Rechtsauskunft auch aufzeigen darf, dass die Frage allenfalls unklar ist, etwa weil es noch keine Präjudizien gibt. Ansonsten haben die Gesellschaftsorgane einen Anreiz, die Frage gar nicht gründlich abzuklären, sondern ihrem Bauchgefühl zu vertrauen, da der fahrlässige Irrtum (Art. 13 Abs. 2 StGB) in diesem Fall nicht strafbar ist.
- 52 Schliesslich kann auf die Aufnahme einer Bagatellklausel nur für das Strafrecht verzichtet werden, wenn der Begriff der Vergütung wie vorgeschlagen bereits in Art. 1a VE VgdA entsprechend (negativ) definiert wird (vgl. hierzu S. 7 ff.). Sollte diesem Vorschlag nicht gefolgt werden, müsste eine dem vorgeschlagenen Art. 1a Abs. 3 VE VgdA entsprechende Ausnahme wenigstens für das Strafrecht geschaffen werden.

Art. 25 VE VgdA:**Art. 25 VE VgdA***Strafbarkeit bei Vorsorgeeinrichtungen*

Mit der Geschäftsführung betraute Personen oder Mitglieder des obersten Organs einer dem FZG¹⁰ unterstellten Vorsorgeeinrichtung, die die Stimmpflicht nach Artikel 22 oder die Offenlegungspflicht nach Artikel 23 vorsätzlich verletzen, werden mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft.

Art. 25 VE VgdA**(Vorschlag Bär & Karrer AG)***Strafbarkeit bei Vorsorgeeinrichtungen*

Mit der Geschäftsführung betraute Personen oder Mitglieder des obersten Organs einer dem FZG¹⁰ unterstellten Vorsorgeeinrichtung, die die Stimmpflicht nach Artikel 22 oder die Offenlegungspflicht nach Artikel 23 vorsätzlich verletzen, werden mit Busse bestraft.

- 53 Wir begründen den Vorschlag in Art. 25 VE VgdA wie folgt: Das vorgeschlagene Strafmass ist zu hoch; ein Übertretungstatbestand genügt. Dies auch deshalb, weil Vorsorgeeinrichtungen durch Art. 95 Abs. 3 BV und die VgdA ohnehin schon schlechter als andere institutionelle Anleger gestellt werden, ohne dass für diese Ungleichbehandlung triftige Gründe bestünden.

IX Wahlen und Stimmrechtsvertreter (Art. 3, 4, 7, 8-11, 29 und 30 VE VgdA)

Art. 3 VE VgdA:**Art. 3 VE VgdA**

Wahl und Amtsdauer der Mitglieder des Verwaltungsrates
(Art. 710 OR)

[...]

² Die Amtsdauer endet an der nächsten ordentlichen Generalversammlung. Wiederwahl ist möglich.

Art. 3 VE VgdA**(Vorschlag Bär & Karrer AG)**

Wahl und Amtsdauer der Mitglieder des Verwaltungsrates
(Art. 710 OR)

[...]

² Die Amtsdauer endet an unmittelbar nach Ablauf der nächsten ordentlichen Generalversammlung. Wiederwahl ist möglich.

- 54 Wir begründen den Vorschlag in Art. 3 Abs. 2 VE VgdA wie folgt: Die Präzisierung in Abs. 2 stellt sicher, dass der bestehende Verwaltungsrat während der gesamten Dauer der Generalversammlung im Amt bleibt, um allenfalls während der Generalversammlung erforderliche Beschlüsse fassen zu können.

Art. 4 VE VgdA:**Art. 4 VE VgdA**

Wahl und Amtsdauer des Verwaltungsratspräsidenten
(Art. 712 OR)

¹ Die Generalversammlung wählt den Präsidenten des Verwaltungsrates und allfällige Stellvertreter.

² Die Amtsdauer endet an der nächsten ordentlichen Generalversammlung. Wiederwahl ist möglich.

³ Die Generalversammlung ist berechtigt, den Präsidenten des Verwaltungsrates und allfällige Stellvertreter abzu-berufen.

Art. 4 VE VgdA**(Vorschlag Bär & Karrer AG)**

Wahl und Amtsdauer des Verwaltungsratspräsidenten
(Art. 712 OR)

¹ Die Generalversammlung wählt den Präsidenten des Verwaltungsrates ~~und~~ allfällige Stellvertreter.

² Die Amtsdauer endet ~~an~~ unmittelbar nach Ablauf der nächsten ordentlichen Generalversammlung. Wiederwahl ist möglich.

³ Die Generalversammlung ist berechtigt, den Präsidenten des Verwaltungsrates ~~und allfällige Stellvertreter~~ mit sofortiger Wirkung abzu-berufen.

55 Wir begründen die Änderungen in Art. 4 Abs. 1, 2 und 3 VE VgdA wie folgt: Die Bestimmung des Vizepräsidenten des Verwaltungsrats gehört zum Selbstorganisationsrecht des Verwaltungsrats, in welchen Art. 95 Abs. 3 BV in Bezug auf die Bezeichnung des Vizepräsidenten nicht eingreift (siehe auch N. 27-28).

56 Die Aktionäre müssen die Möglichkeit haben, den Verwaltungsratspräsidenten mit sofortiger Wirkung abzuwählen. Sofern der Wahlbeschluss keine anderslautende Regelung in Bezug auf die zeitlich Wirkung des Abwahlbeschlusses enthält, muss der Präsident die Versammlungsleitung auch sofort niederlegen resp. abgeben. Wird der Verwaltungsratspräsident abgewählt und nicht unmittelbar daran anschliessend ein neuer Verwaltungsratspräsident von den Aktionären gewählt, ist der Verwaltungsrat in Anwendung des Selbstorganisationsrechts kompetent, den Verwaltungsratspräsidenten aus seiner Mitte zu bezeichnen. Gleiches gilt, wenn der Präsident während der Amtszeit zurücktritt oder aus anderen Gründen sein Amt nicht mehr ausüben kann.

Art. 7 VE VgdA**Art. 7 VE VgdA**

¹ [...]

² [...].

Art. 7 VE VgdA**(Vorschlag Bär & Karrer AG)**

³ Die Amtsdauer endet an der nächsten ordentlichen Generalversammlung. Wiederwahl ist möglich.

⁴ Die Statuten bestimmen die Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses.

³ Die Amtsdauer endet unmittelbar nach Ablauf der nächsten ordentlichen Generalversammlung. Wiederwahl ist möglich.

⁴ Die Statuten bestimmen die Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses oder können festlegen, dass diese Aufgaben und Zuständigkeiten ganz oder teilweise im Organisationsreglement festgelegt werden.

- 57 Wir begründen den Vorschlag in Art. 7 Abs. 4 VE VgdA wie folgt: Gemäss dem vorgeschlagenen Abs. 4 soll es den Aktionären überlassen werden, auf welcher Ebene in welchem Detailierungsgrad die Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses geregelt werden. Damit ist die bei solchen Regelungen erforderliche Flexibilität und Gestaltungsautonomie gewährleistet.

Art. 8 VE VgdA:

Art. 8 VE VgdA

Wahl und Amtsdauer

¹ Die Generalversammlung wählt einen oder mehrere unabhängige Stimmrechtsvertreter.

[...]

³ Die Amtsdauer endet an der nächsten ordentlichen Generalversammlung. Wiederwahl ist möglich.

⁴ Die Generalversammlung kann einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter jederzeit mit sofortiger Wirkung abberufen.

Art. 8 VE VgdA

(Vorschlag Bär & Karrer AG)

Wahl und Amtsdauer

¹ Die Generalversammlung wählt einen oder mehrere unabhängige Stimmrechtsvertreter. Einen Wahlantrag kann neben den Aktionären auch der Verwaltungsrat stellen.

[...]

³ Die Amtsdauer endet an unmittelbar nach Ablauf der nächsten ordentlichen Generalversammlung. Wiederwahl ist möglich.

⁴ Die Generalversammlung kann einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter jederzeit mit sofortiger Wirkung abberufen. Erfolgt eine Abberufung an der Generalversammlung, an welcher der unabhängige Stimmrechtsvertreter Aktionärstimmen vertreten soll, können nach der Abberufung keine weiteren Beschlüsse gefasst werden.

- 58 Wir begründen den Vorschlag in Art. 8 Abs. 1, 3 und 4 VE VgDA wie folgt: Mit der in Abs. 1 vorgeschlagenen Ergänzung soll klargestellt werden, dass der unabhängige Stimmrechtsvertreter von den Aktionären und/oder vom Verwaltungsrat vorgeschlagen werden kann (und es sich mithin nicht um eine ausschliessliche Kompetenz der Aktionäre oder des Verwaltungsrats handelt).
- 59 Die jederzeitige Abberufungsmöglichkeit mit sofortiger Wirkung in Abs. 4 ist zweckmässig; denn die Aktionäre müssen die Möglichkeit haben, unkorrektes Verhalten des unabhängigen Stimmrechtsvertreters zu sanktionieren. Eine Abberufung soll auch ohne sachlichen Grund erfolgen können und mithin im alleinigen Ermessen der Aktionäre liegen. Allerdings stellt sich im Falle der Abberufung vor der "ersten" Beschlussfassung oder während einer Generalversammlung die Frage, was gelten soll, wenn danach kein unabhängiger Stimmrechtsvertreter mehr amten kann. Deswegen soll eine Abberufung mit sofortiger Wirkung in der Regel nur an einer ausserordentlichen Generalversammlung möglich sein oder anderenfalls, sofern die Abberufung während einer Generalversammlung erfolgt, sind nach dem Abberufungsbeschluss keine weiteren Beschlussfassungen an dieser Generalversammlung mehr möglich.

Art. 9 VE VgDA:

Art. 9 VE VgDA

Erteilung von Vollmachten und Weisungen
(Art. 689a Abs. 1 OR)

[...]

² Er stellt sicher, dass die Aktionäre die Möglichkeit haben, dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu nicht angekündigten Anträgen zu Verhandlungsgegenständen sowie zu neuen Verhandlungsgegenständen gemäss Artikel 700 Absatz 3 OR allgemeine Weisungen zu erteilen.

[...]

Art. 9 VE VgDA

(Vorschlag Bär & Karrer AG)

Erteilung von Vollmachten und Weisungen
(Art. 689a Abs. 1 OR)

[...]

~~² Er stellt sicher, dass die Aktionäre die Möglichkeit haben, dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu nicht angekündigten Anträgen zu Verhandlungsgegenständen sowie zu neuen Verhandlungsgegenständen gemäss Artikel 700 Absatz 3 OR allgemeine Weisungen zu erteilen.~~ Für den Erlass der Weisungsordnung im Hinblick auf eine Generalversammlung ist der Verwaltungsrat zuständig.

[...]

- 60 Wir begründen den Vorschlag in Art. 9 Abs. 2 VE VgDA wie folgt: Art. 95 Abs. 3 BV regelt die institutionelle Stimmrechtsvertretung lediglich in Bezug auf zwei Aspekte: Einerseits ist die unabhängige Stimmrechtsvertretung die ausschliessliche Art der institutionellen Stimmrechtsvertretung ("Die Organ- und Depotstimmrechtsvertretung ist untersagt"), und andererseits ist der unabhängige Stimmrechtsvertreter jährlich durch die Generalversammlung zu wählen. Abge-

sehen von diesen beiden Reglungsaspekten bleibt das Aktienrecht gemäss dem Obligationenrecht unverändert in Kraft. Unverändert durch Art. 95 Abs. 3 BV bleiben somit namentlich die Regelungen in Art. 702 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 716a Ziff. 6 OR ("Vorbereitung der Generalversammlung"). Die Ausgestaltung der Weisungsordnung für die unabhängige Stimmrechtsvertretung war und bleibt die ausschliessliche Kompetenz des Verwaltungsrates. Bei der Rechtsfrage, welche Weisungsmöglichkeiten dem Aktionär bereitgestellt werden, wenn er seine Stimmrechte über den unabhängigen Stimmrechtsvertreter ausüben möchte, ist ein Anwendungsfall des Art. 702 Abs. 1 OR. Mit der Aufstellung der Weisungsordnung trifft der Verwaltungsrat eine für die Feststellung der Stimmrechte erforderlichen Anordnungen.

- 61 Der vorgeschlagene Abs. 2 legt die Kompetenz zur Aufstellung der Weisungsordnung im Hinblick auf eine Generalversammlung fest. Mit dieser Regelung soll sichergestellt werden, dass nicht die Aktionäre beim Wahlgeschäft eventuell auf Antrag des unabhängigen Stimmrechtsvertreters die Weisungsregeln selbst beschliessen oder der gewählte unabhängige Stimmrechtsvertreter sich die Kompetenz anmasst, die Weisungsordnung selbst zu erlassen. Folglich ist die Wahlkompetenz der Aktionäre nach Art. 8 Abs. 1 VE VgDA eine blosse Wahlkompetenz (und insb. keine eigentliche Ernennungskompetenz, welche auch die Festlegung der Weisungsordnung beinhalteten könnte, die der zu wählende unabhängige Stimmrechtsvertreter selbst "erlassen" hätte).

Art. 10 VE VgDA:

Art. 10 VE VgDA

Pflichten des unabhängigen Stimmrechtsvertreters

[...]

² Hat er keine Weisungen erhalten, so enthält er sich der Stimme.

Art. 10 VE VgDA

(Vorschlag Bär & Karrer AG)

Pflichten des unabhängigen Stimmrechtsvertreters

[...]

[Ersatzlose Streichung von Abs. 2]

- 62 Wir begründen den Vorschlag in Art. 10 Abs. 2 VE VgDA wie folgt: Die Statuierung der Weisungsordnung fällt in die Kompetenz des Verwaltungsrats. Art. 95 Abs. 3 BV kann keine Reflexwirkung auf die Ausgestaltung resp. Stimmverhalten des unabhängigen Stimmrechtsvertreters haben. Unklar wäre aber sowieso, welche Tatbestände als "keine Weisung" im Sinne von Art. 10 Abs. 2 VE VgDA zu gelten hätten; bereits aus diesem Grund ist die Streichung vorzunehmen; denn es ist nicht zweckmässig, mit vereinzelt Regelungen auf Verordnungsebene in die Weisungsordnung einzugreifen resp. eine lückenhafte Ordnung auf der Verordnungsebene aufzustellen.

Art. 11 VE VgdA:**Art. 11 VE VgdA**

*Unzulässige institutionelle Stimmrechts-
vertretung*
(Art. 689c und 689d OR)

[...]

Art. 11 VE VgdA
(Vorschlag Bär & Karrer AG)

*Unzulässige institutionelle Stimm-
rechtsvertretung*
(Art. 689c und 689d OR)

[...]

² Die einzelnen Mitglieder des Verwal-
tungsrats können im Falle der ent-
sprechenden Bevollmächtigung ande-
re Aktionäre vertreten.

- 63 Wir begründen die Änderung in Art. 11 VE VgdA wie folgt: Der vorgeschlagene Abs. 2 soll die Organvertretung durch den Verwaltungsrat von der persönlichen Stellvertretung von Aktionären durch einzelne Mitglieder des Verwaltungsrats abgrenzen. Die Erteilung einer Vollmacht an ein Mitglied des Verwaltungsrats zur Vertretung der Aktionärsrechte muss zulässig bleiben.

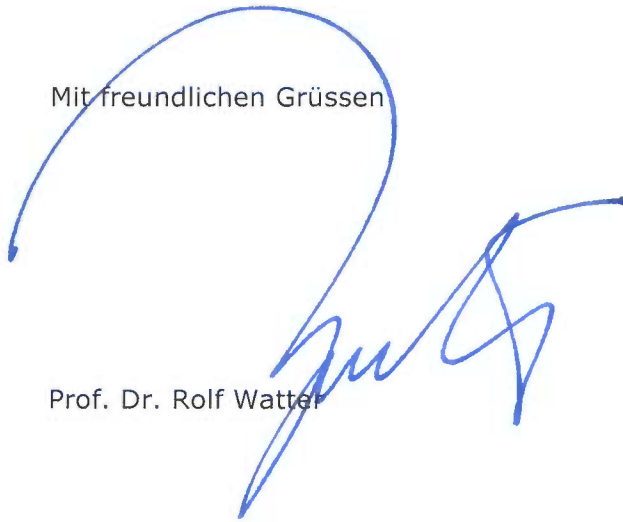
X Vorsorgeeinrichtungen (Art. 22, 23 und 32 VE VgdA)

- 64 Wir begrüßen die vorgeschlagenen Regelungen zur Stimm- und Offenlegungspflicht der Vorsorgeeinrichtungen einschliesslich der im Erläuterungsbericht enthaltenen ergänzenden Ausführungen und sind überzeugt, dass diese in dieser Form in der Praxis auch mit vertretbaren Kosten umsetzbar sind.

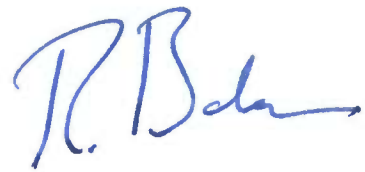
* * * * *

- 65 Die Verfasserinnen und Verfasser der vorliegenden Vernehmlassung stehen im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsprozesses gerne zur Verfügung, um die gesetzgebenden Behörden zu unterstützen.

Mit freundlichen Grüssen



Prof. Dr. Rolf Watter



Prof. Dr. Rashid Bahar

BLACKROCK®**Fax**

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister	
+	29. JULI 2013
No.	

12 Throgmorton Avenue
London EC2N 2DL
Tel 020 7743 3000
Fax 020 7743 1000
www.blackrock.co.uk

Attention: MONSIEUR OLIVIER BLANC**Organisation: OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE****Fax Number: +41 31 322 44 83****Cc: /****From: ANAHIDE PILIBOSSIAN****Phone Number: +44 (0)20 7743 2619****Sender's Fax Number: +44 (0)20 7743 1000****Date: 26 JULY 2013****No of Pages: 3**

Subject: BlackRock's BlackRock's response to the consultation on the Swiss draft ordinance on corporate governance provisions

Dear Mr. Blanc,

Please find attached BlackRock's response to the public consultation on the draft ordinance on corporate governance provisions.

BlackRock welcomes the opportunity to address and comment on the issues raised in this consultation. We are prepared to assist the Federal Department of Justice and Police in any way we can, and welcome continued dialogue on these important issues.

Please contact the undersigned if you have comments or questions regarding BlackRock's views.

Kind regards,

Anahide Pilibossian on behalf of

Amra Balic
Director
Head of Corporate Governance
and Responsible Investment EMEA
+44 (0)20 7743 5281
amra.balic@blackrock.com
12 Throgmorton Avenue
London, EC2N 2DL
United Kingdom

Julia B. Wittenburg
Vice President
Corporate Governance and
Responsible Investment EMEA
+44 (0)207 743 3714
julia.wittenburg@blackrock.com
12 Throgmorton Avenue
London, EC2N 2DL
United Kingdom

BlackRock Investment Management (UK) Limited
Registered in England No. 2020394. Registered office: 12 Throgmorton Avenue, London EC2N 2DL.
Authorised and regulated by the Financial Services Authority.

BLACKROCK®

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern
Switzerland

26 July 2013

Dear Sirs,

We are pleased to have the opportunity to respond to this public consultation on the draft ordinance seeking to implement the proposals included in the Minder Initiative.

BlackRock is one of the world's preeminent asset management firms and a premier provider of global investment management, risk management and advisory services to institutional clients around the world. As of June 30, 2013 BlackRock's assets under management totalled \$3.85 trillion across equity, fixed income, cash management, alternative investment and multi-asset and advisory strategies including the industry-leading iShares® exchange traded funds. Our client base includes corporate, public, multi-employer pension plans, insurance companies, third-party and mutual funds, endowments, foundations, charities, corporations, official institutions, banks and individuals. BlackRock represents the interests of its clients by acting in every case as a fiduciary. It is from this perspective that we engage on all matters of public policy. BlackRock supports policy changes and regulatory reform globally where it increases transparency, protects investors, facilitates responsible growth of capital markets and, based on thorough cost-benefit analyses, preserves consumer choice.

Overall, BlackRock believes that the proposed changes introduced by the Minder Initiative will contribute to the enhancement of the corporate governance framework in Switzerland as well as to the general advancement of shareholder rights. We believe that many of the proposed changes represent a positive evolution of existing best practices and regulations in Switzerland. We consider however that the impact and consequences of the enforcement provisions (articles 24 and 25) included in the draft ordinance are uncertain and would need further clarification.

We outline our views and opinions on key aspects of the draft proposals below and hope you will find our feedback helpful:

Board elections

BlackRock firmly believes that the performance of the board is critical to the economic success of the company and to the protection of shareholders' interest. Board members serve as agents of shareholders in overseeing the operation and strategic direction of the company. For this reason, BlackRock focuses on directors in many of its engagements with companies and sees the election of directors as one of its most important responsibilities in the proxy voting context. BlackRock believes that directors should stand for re-election on a regular basis. As such we support the introduction of annual board elections (article 3) at the shareholder meetings of Swiss companies. We believe that this will further increase the board's accountability to shareholders by providing a strong oversight mechanism at the annual meeting.

We examine the relevant credentials of individual directors in order to evaluate the qualifications and experience of an individual nominee. We agree that directors should ensure they are not overcommitted and we scrutinize the number and nature of board positions a nominee holds when considering director appointments and re-election. Time commitment is only one of many factors that affect a director's ability to contribute to the work of the board (article 12). Further, limiting board service would have the effect of reducing the supply of directors. As such, we believe that the chairman of the board, and where relevant the nominating committee, is best placed to determine whether a director is able to commit sufficient time to his or her duties at a company.

BLACKROCK®

In our view, as a matter of good practice, the time commitment expected of a director should be specified (and thus agreed) in the letter of appointment and directors should be required to notify the chairman of their current significant additional commitments and any changes to these over time. The situation should be reviewed annually as part of the board evaluation process, as should board meeting attendance, contribution to discussions and preparedness.

All external commitments of directors, including service on other corporate boards, executive positions, consultancy and charity work, and industry body roles should be disclosed in the biographical notes on each director in the annual report. This would help shareholders assess whether the time individual directors are able to commit seems sufficient.

Remuneration

BlackRock expectations are for a company's board of directors to put in place a compensation structure that incentivizes and rewards executives appropriately and is aligned with shareholder interests. We therefore believe that disclosure and transparency of a company's remuneration arrangements (articles 13-16) is an important component in allowing shareholders to exercise oversight over companies' remuneration practices, ensuring pay for performance alignment and providing for a remuneration system that provides a strong link with strategy, execution of strategy and shareholder interests. BlackRock is not supportive of one-off or special bonuses unrelated to company or individual performance. Equally, we believe that remuneration committees should guard against contractual arrangements that would entitle executive to material compensation for early termination of their contract.

As such we are supportive of the draft proposal asking companies to produce a separate remuneration report (article 13), which provides for information on remuneration, directly and indirectly, attributable to members of the board of directors and executive board, while proposing to eliminate certain other pay practices (article 20). Ultimately however, we expect boards to make the link between remuneration structures and strategic objectives in the forward looking part of the report and to performance achieved in the retrospective part. Furthermore, we hold members of the remuneration committee accountable for poor remuneration practices or structures.

In this context and keeping the above considerations in mind, we believe that an annual vote by shareholders on remuneration practices will more likely result in plans that are more closely aligned with shareholder interests. Our preference is for shareholders to vote on new incentive plans and remuneration policies as well as on existing policies if they have been materially revised or if the board or remuneration sub-committee has used discretion outside the bounds of the policy. However we do envisage some unintended consequences of the annual vote (article 18) as it is likely to create a lot of activity but not necessarily a higher level of accountability. It also poses the risk of crowding out discussion of governance issues that have a much closer link to long-term performance, such as succession planning, board performance and risk management.

We also question the need for a vote to be binding (article 18) versus advisory vote. In our view a binding vote does not necessarily improve shareholders' ability to hold companies to account on pay and performance. Although a binding vote may theoretically add further pressure on the Remuneration Committee to structure its compensation arrangement in line with shareholder interest, the evidence that such a vote would prove more effective needs to be determined. Furthermore, we believe that the legal consequences of a negative outcome on a binding remuneration vote (article 18) could come at a non-negligible logistical and monetary cost to the company and hence to its shareholders and may entail other unintended consequences.

Enforcement

As a major global investor, BlackRock is keenly interested to ensure a robust corporate governance regime in the markets in which we invest. This regime would demonstrate itself in sound corporate governance practices that protect the interests of our clients as long-term shareholders and ensure there is sufficient information in the public domain to enable investors to hold boards and management to account.

BLACKROCK®

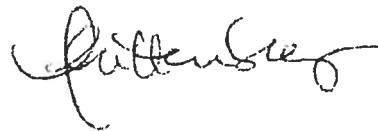
The articles outlined in the draft ordinance considerably strengthen the oversight mechanisms provided to shareholders in holding management and the board accountable. However we are concerned that the ordinance is overly restrictive with respect to its enforcement provisions, which may, in some cases, lead to unintended consequences. In particular we believe that the bylaw changes (article 12) that companies will have to undertake to be compliant with the draft ordinance may limit the board's appointment decisions and pay-setting process unnecessarily and increase the administrative burden on the company, given that any such amendment will require the convening of a shareholder meeting to become effective. Furthermore, we are concerned that the applicable penalties for non-compliance may represent a risk to the competitiveness of Swiss companies in retaining and attracting qualified executives and board members. Finally, it is our belief that business, and therefore corporate governance, practices are not static, and we therefore prefer a flexible framework that enables adaptation as circumstances dictate and an enforcement mechanism without the implications of criminal charge.

We appreciate the opportunity to address and comment on the issues raised in this consultation. We are available to assist in any way we can, and welcome continued dialogue on these important issues. Please contact any of the undersigned if you have any comments or questions regarding BlackRock's view.

Sincerely,



Amra Balic
Director
Head of Corporate Governance
and Responsible Investment EMEA
+44 (0)20 7743 5281
amra.balic@blackrock.com
12 Throgmorton Avenue
London, EC2N 2DL
United Kingdom



Julia B. Wittenburg
Vice President
Corporate Governance
and Responsible Investment EMEA
+44 (0)207 743 3714
julia.wittenburg@blackrock.com
12 Throgmorton Avenue
London, EC2N 2DL
United Kingdom

P.P. CH-3003 Bern, BA, RD

Per E-Mail an:
ehra@bj.admin.ch

Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für das Handelsregister
Bundesrain 20
3003 Bern

Stv. Leiter Rechtsdienst:	Marco Abbühl
Rechtskonsulent des Bundesanwalts:	Alexander Medved
Verfahrensnummer:	RD.13.0057-ABMA
Bern, 26. Juli 2013	

Eröffnung des Anhörungsverfahrens

Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA)

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihre Einladung zur Stellungnahme vom 14. Juni 2013. Die Bundesanwaltschaft schliesst sich in diesem Zusammenhang grundsätzlich der konsolidierten Stellungnahme der Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz (KSBS) an.

Aus unserer Sicht gilt es insbesondere die folgenden Punkte hervorzuheben:

- Art. 95 Abs. 3 lit. d BV sieht vor, dass Widerhandlungen gegen Art. 95 Abs. 3 lit. a – c BV mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen bestraft werden. Die Verletzung mässig bedeutsamer obligatorischer Pflichten wird hier mit einer der schweizerischen Rechtsordnung ansonsten nicht innewohnenden Härte bestraft. Obschon es das Recht des Souveräns ist, seinem Zorn über gewisse Entschädigungspraktiken mit ernstzunehmenden Strafnormen Ausdruck zu verleihen, hätten die fraglichen Normverstösse jedoch auch mittels zivilrechtlicher Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit und damit milder bestraft werden können. Auch eine Sanktionierung mittels Übertretungstatbeständen wäre unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit angemessen gewesen.
- Je härter eine strafrechtliche Sanktion angelegt ist, desto höher sind grundsätzlich auch die Anforderungen an die gesetzgeberische Qualität der Strafnormen. Durch den in der Verordnung enthaltenen gesetzgeberischen Verweis aus der in Art. 24 VE VgdA enthalte-

nen Strafnorm heraus, in eine Norm, die Verfahrensabläufe definiert (Art. 18 VE VgdA), und von dort in völlig unbestimmtes statutarisches Recht (Art. 18 Abs. 3 VE VgdA) sollen unbestimmte, durch Statuten definierte Vorgänge zu Vergehenstatbeständen gemacht werden. Dies vermag dem in Art. 5 Abs. 1 BV verankerten Legalitätsprinzip nicht zu genügen, zumal ein staatlicher Akt sich insbesondere auf eine materiellrechtliche Grundlage stützen muss, die hinreichend bestimmt ist. Mindestens mit Blick auf Art. 18 Abs. 3 VE VgdA sollte deshalb eine andere Lösung gefunden werden. Eine ähnliche Problematik stellt sich unseres Erachtens auch beim Verweis von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 auf Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1 VE VgdA. Auch hier wird am Ende privatautonom definiertes, statutarisches Recht zur Grundlage von Vergehenstatbeständen gemacht, welche angesichts ihrer hohen Strafdrohung eine Verankerung auf einer höheren, gesetzgeberisch legitimierten Normstufe verlangen würden, welche dem Bestimmtheits- und Gleichbehandlungsgebot entspricht.

Darüber hinaus haben wir keine Bemerkungen zum vorgelegten Vorentwurf anzubringen und bedanken uns für die uns eingeräumte Gelegenheit zur Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Bundesanwaltschaft BA



Alexander Medved

Rechtskonsulent des Bundesanwalts



Von: Luca Schenk [Luca.Schenk@berne-x.com]
Gesendet: Samstag, 27. Juli 2013 18:27
An: BJ-EHRA
Cc: Peter Heller; Zulassung
Betreff: Verordnung gegen die Abzockerei

Sehr geehrte Damen und Herren

die BX Berne eXchange (Berner Börse) fokussiert auf die Kotierung wachstumsorientierter Schweizer KMU und fördert dabei Anlegerschutz, angemessene Transparenz und verhältnismässige Eintrittsbarrieren zum Kapitalmarkt.

Gerne nehmen wir zum Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei folgendermassen Stellung:

A. Einleitende Bemerkungen

Art. 95 Abs. 3 BV führt Neuerungen ein "zum Schutz der Volkswirtschaft, des Privateigentums und der Aktionärinnen und Aktionäre sowie im Sinne einer nachhaltigen Unternehmensführung":

1. Schutz der Volkswirtschaft

Aus volkswirtschaftlicher Sicht, sollte das Gedeihen der KMU gefördert werden und deren Börsenkotierung zweckmässig sein:

- dem Unternehmensbedarf an Wachstumskapital;
- dem Anlegerbedarf für wertschaffende Investitionsgelegenheiten.

Dies bedingt, dass insbesondere für wachstumsorientierte KMU, die auch auf Grund der Unternehmensphase ein erhöhtes Potential zur Wertschaffung für Aktionäre und Volkswirtschaft weisen, angemessene Eintrittsbarrieren zum Kapitalmarkt geschaffen werden sollten. Ein wirksamer Kapitalmarkt für KMU bedingt auch, dass Investoren, insbesondere Pensionskassen, motiviert werden in diese Anlageklasse zu investieren.

2. Nachhaltige Unternehmensführung

Eine nachhaltige Unternehmensführung kann nicht absehen von:

- den Interessen aller Stakeholders (nicht nur Aktionärinnen und Aktionäre);
- der positiven Entwicklung des Unternehmens selbst.

Dies bedingt, dass den Organen gewährt werden:

- eine angemessene Freiheit für die Umsetzung langfristig orientierter Strategien (unter Berücksichtigung der Sorgfaltspflicht);
- ein Schutz vor missbräuchlicher "Aktionärsmanöver" und die Möglichkeit die Interessen von Minderheitsaktionären zu schützen;
- die Möglichkeit sich auf das ordentliche Geschäft und der Wertschaffung zu konzentrieren (Management Attention).

Die Verantwortung für das Unternehmen und die Mitarbeiter tragen schliesslich die Organe und nicht die Aktionäre.

3. Aufsichtspflicht der Börsen

Wir gehen davon aus, dass die Vgda den Börsen keine zusätzlichen Aufsichts- oder meldepflichten aufbürdet.

B. Bedenken zur aktuellen Fassung

1. Geltungsbereich bei KMU oder Unternehmen mit geringerer Streuung des Aktionariats

Der auf kotierte Aktien beschränkte Geltungsbereich könnte entgegen der Anlegerinteressen dazu führen, dass vorzüglich nur Partizipationsscheine kotiert werden oder in der Kapitalstruktur verstärkt Stimmrechtsaktien eingesetzt werden. Weiter haben höhere Aufwendungen eine negative Auswirkung auf die Bereitschaft von KMU zur Publikumsöffnung oder gar Dekotierungen verursachen (an der BX haben sich dieses Jahr schon zwei Unternehmen mit dieser Begründung dekotieren lassen).

2. Verhältnismässigkeit für KMU

Wachstumsorientierte KMU, die sich zur Kapitalbeschaffung dem Kapitalmarkt öffnen wollen oder haben, sehen sich konfrontiert mit:

- **Pensionskassen**, die Aufgrund deren erhöhten Pflichten (somit Investitionskosten) noch mehr vor Investitionen in KMU absehen (insbesondere für die Rechenschaft über die Ausübung von Stimmrechten) oder vor Record Date grössere Volumina abstossen und eine korrekte Preisbildung verhindern, insbesondere bei den i.d.R. weniger liquiden Aktien von KMU;
- **zusätzlichen Aufwendungen** für Statuten- und Prozessanpassungen, Vergütungsbericht, Revisionskosten, elektronische Fernabstimmung, Befürchtung von Strafmassnahmen und Ablenkung der Management Attention;
- **Schwäche** gegenüber feindlich orientierter bzw. angreifender Aktionäre die z.B. den vorgesehenen Prozess zur Genehmigung der fixen Vergütungen ("2x2" Chancen) missbrauchen könnten (Art. 18 Abs 2 Vgda). Dies könnte sogar zu unverhältnismässige Verweigerungen der Eintragung der Aktionäre degradieren.
- **Beschränkung der Handlungsfähigkeit**, da der Zusatzbetrag für die Geschäftsleitung (Art. 19 Vgda), die Dauer der Arbeitsverträge für die Mitglieder der Geschäftsleitung und leistungsabhängiger Vergütungen (Art. 12 Vgda) in einer raschen Expansionsphase des Unternehmens oft schwer angemessen, annehmbar und diskret (Konkurrenten kennen neu die Einschränkungen) definiert oder in den Statuten aufgenommen werden kann.

C. Anpassungsvorschläge

Wir möchten folgende Anpassungen beliebt machen (wobei bei der Definition von KMU die üblichen Parameter herangezogen werden könnten):

- (Artt. 22 u. 23 Vgda) den Pensionskassen eine Erleichterung für Investitionen unter einen Mindestbetrag (z.B. 2 MCHF) oder in KMU gewähren;
- (Artt. 27 u. 28 Vgda) für KMU die Fristen für die Anpassung von Statuten, Reglementen und altrechtlichen Arbeitsverträgen (z.B. um zwei Jahre) verlängern. Damit könnten weitere mögliche Änderungen gebündelt und Kosten sowie Anstrengungen eingespart bzw. auf verschiedene Berichtsjahre verteilt werden;
- (Art. 30 Abs. 2 Vgda) für KMU die Frist zur Einrichtung eines Systems für die Übermittlung von elektronischen Vollmachten oder Weisungen (z.B. um zwei Jahre) verlängern. Bis dahin sollte sich ein Wettbewerb zwischen Plattformen für das "electronic voting" etabliert haben;
- (Art. 18 Vgda) eine unzumutbare Zurückhaltung der Genehmigung der Vergütungen durch die GV unterbinden (z.B. wenn die vorgeschlagenen Vergütungen weniger als 50% der Vergütungen im Vorjahr sind);
- (Art. 19 Vgda) KMU erlauben in begründeten Fällen den Zusatzbetrag für die Geschäftsleitung (z.B. um 100%) zu "überziehen", die Dauer der Arbeitsverträge (z.B. maximal um 2 Jahre) zu verlängern oder bei fehlender statutarischen Bestimmung leistungsabhängige Vergütungen zu bestimmen (mit Vorbehalt der nachträglichen Genehmigung durch die -sowie Auszahlung nach der- Generalversammlung).

In der Hoffnung der Berücksichtigung unserer Ausführungen, stehen wir Ihnen gerne für Fragen zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

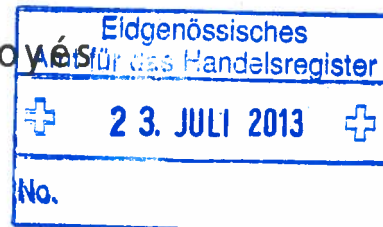
Luca Schenk

Dr. Luca Schenk | Geschäftsführer
BX Berne eXchange | Berner Börsenverein

Aarberggasse 36 | CH-3011 Bern
T +41 (0)31 329 40 40 | F +41 (0) 31 311 53 09
O office@berne-x.com | D luca.schenk@berne-x.com
www.berne-x.com

This message contains information which may be confidential. It is intended for the addressee(s) only. Unless you are a named addressee (or authorised by an addressee who received this message), access to this e-mail, or any disclosure or copying of its contents, or any action taken (or not taken) in reliance on it is unauthorised and may be unlawful. If you have received this e-mail in error, please inform the sender immediately and delete this e-mail and any copy or content from your system.

BX Berne eXchange cannot guarantee that e-mail communications are secure or error-free, as information could be intercepted, corrupted, amended, lost, destroyed, arrive late or incomplete, or contain viruses.



Office fédéral de la justice
Office fédéral du registre du commerce
Bundesrain 20
3003 Berne

Zurich, le 18 juillet 2013

Procédure d'audition – Avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives

Madame la Conseillère fédérale,

En tant qu'organisation de défense des employés implantée au niveau national, nous avons fait la demande d'être consulté lors des procédures d'audition et de consultation. Nous regrettons de ne pas avoir été invités à donner notre avis dans le cas présent. Nous nous permettons donc de prendre part à la procédure d'audition sur l'avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives ouverte le 14 juin 2013.

Tout d'abord, Employés Suisse salue le fait que le Conseil fédéral édicte rapidement une ordonnance et que celle-ci entrera en vigueur le 1er janvier 2014. Nous souhaitons ensuite faire diverses remarques générales et sur le texte de loi.

Article 18

Employés Suisse demande que l'article 18 al. 3 ch. 1, 2, 3 soit précisé. Il est actuellement difficile de savoir si les trois conditions sont cumulatives ou ne le sont pas.

Article 20

Nous considérons que le texte de l'article 20 ch. 1 et 2 n'est pas suffisamment clair ce qui pourrait conduire à des abus. Certes, dans son rapport, le Conseil fédéral donne quelques précisions sur ce que sont des indemnités, mais cet aspect reste très flou pour Employés Suisse. A notre avis, il est important de définir dans le texte de loi ce qu'on entend par indemnités de départ et anticipée afin d'éviter que des entreprises puissent verser de telles indemnités sous une autre dénomination. Employés Suisse regrette aussi que le terme « les autres indemnités », listé dans l'article de la Constitution (art. 95 al. 3) n'ait pas été repris dans le texte de l'ordonnance. L'explication donnée par le Conseil fédéral dans son rapport, à savoir que le terme « autres indemnités » est trop imprécis, ne se justifie pas. En effet, le Conseil fédéral aurait pu rédiger une liste plus complète d'indemnités existantes. En outre, nous regrettons que le Conseil fédéral n'inclue pas les primes d'embauche et laisse au Parlement le choix de décider. Pour conclure sur ce point, Employés Suisse critique le fait que le Conseil fédéral liste que certaines indemnités dans l'article 20 et que dans un cas, il laisse au Parlement de décider. Cela manque quelque peu de cohérence.

Article 22

Pour Employés Suisse, l'article 22 est problématique. En effet, les alinéas 1 et 3 sont contradictoires. D'un côté, les institutions de prévoyance ont l'obligation de voter, mais d'un autre côté, elles peuvent y renoncer dans l'intérêt des assurés. Nous demandons donc que

le lien entre les deux alinéas soit clarifié et que les deux alinéas soient rendus plus compréhensibles. La notion d' « intérêt des assurés » est trop vague et peut être sujette à discussion et interprétation. Les assurés auront un contrôle après coup des votes des institutions de prévoyance, car celles-ci doivent informer leurs assurés sur leurs votes. Mais que se passe-t-il si l'institution de prévoyance n'a pas voté dans l'intérêt de ses assurés ? Que peuvent exiger les assurés dans une telle situation ? Pour résumer, l'article 22 doit être reformulé.

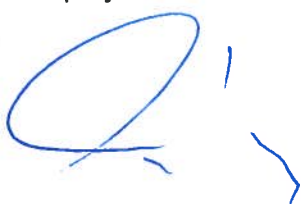
Nous considérons comme positif le fait que les dispositions pénales aient été quelque peu assouplies tout en respectant la volonté de l'initiative de sanctionner les abus de manière stricte. En outre, l'entrée en vigueur progressive est à saluer. Le délai de deux ans paraît raisonnable et permet aux sociétés anonymes concernées de s'adapter et de ne pas devoir supporter une charge administrative plus importante d'un seul coup.

Nous saluons aussi le fait que les statuts aient désormais plus d'importance.

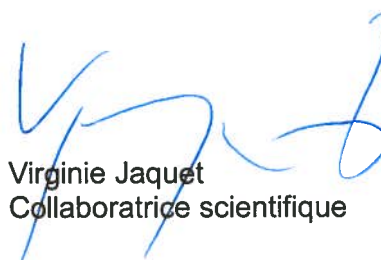
Pour conclure, Employés Suisse tient à préciser que les nouvelles dispositions ne vont pas résoudre le problème des très hauts salaires face auquel les citoyens suisses ont montré leur insatisfaction. L'action rapide du Conseil fédéral, le renforcement des droits des actionnaires ainsi que le projet de révision du droit des sociétés anonymes et du droit comptable entamé sont à voir de manière positive et montre aussi que le Conseil fédéral a entendu le mécontentement des citoyens. Cependant, d'autres mesures doivent encore être prises à d'autres niveaux et non pas seulement au niveau des actionnaires pour limiter les très hauts salaires.

En vous remerciant de prendre en considération nos remarques, nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, nos salutations distinguées.

Employés Suisse



Stefan Studer
Directeur d'Employés Suisse



Virginie Jaquet
Collaboratrice scientifique



Secrétariat général

sandrine.favre@bfm.admin.ch

Office fédéral de la Justice
Quellenweg 6
3003 BERN

Genève, le 26 juillet 2013

FER-20/2013

Ordonnance contre les rémunérations abusives

Madame,

Notre Fédération s'est opposée à l'initiative sur les rémunérations abusives dite Minder, en raison notamment des extrêmes complications et de la rigidité de son application pour les entreprises cotées en bourse. Elle craignait également le coût que celle-ci pouvait entraîner pour les caisses de pension, et donc pour les assurés. Elle lui préférerait le contre-projet issu du Parlement, à son sens beaucoup plus clair dans sa rédaction, et directement applicable. Elle a pris acte avec regret du soutien très clair du peuple à l'initiative et par-là même la non entrée en vigueur du contreprojet.

L'initiative demande que les dispositions d'exécution entrent en force une année au plus tard après l'acceptation du texte par le peuple. Le Conseil fédéral ne dispose donc que de très peu de temps pour traduire dans les faits un texte qui laisse un certain nombre de questions ouvertes et sans réponse. Un exercice peu aisé, que le gouvernement semble toutefois relevé avec succès. Notre Fédération souligne en effet toute la difficulté et la délicatesse à concrétiser une initiative qui exprime certes un clair sentiment de colère mais dont la rédaction manque à certains égards de précision. Il s'agissait de respecter à la fois la volonté de son auteur et le cadre légal dans lequel l'initiative s'inscrit. Il apparaît que le projet proposé par le Conseil fédéral y parvient.

Pour le surplus, nous vous prions de trouver ci-après les commentaires par section.

Commentaire par section

Titre

Notre Fédération aurait préféré un titre plus en phase avec notre dispositif législatif. En ce sens, celle-ci soutient la proposition formulée par l'Union patronale Suisse, à laquelle elle adhère par ailleurs dans son ensemble, qui

privilégie le titre suivant : Ordonnance sur les rémunérations des organes des sociétés anonymes cotées en bourse ».

Section 2 Assemblée générale

Nous aurions préféré que l'ordonnance retienne les titres de vice-présidents, tels que contenus dans l'initiative, plutôt que de suppléants (al. 1). Par ailleurs, l'initiative précise que l'assemblée générale doit approuver la somme globale des rémunérations. Il conviendrait par conséquent d'intégrer cette notion de globalité (al. 4).

Section 3 Conseil d'administration

Article 5

Au terme de cet article, la rédaction incombe au Conseil d'administration, de manière inaliénable et intransmissible. Cette exigence n'apparaît pas à la lecture de l'initiative, et aucune justification n'est apportée par rapport à ce choix.

Section 4 Comité de rémunération

Si notre Fédération adhère au Code de bonne conduite publié en 2007, elle s'étonne que les autorités fédérales s'en réclament, comme s'il s'agissait d'un document officiel.

Section 6 Dispositions statutaires

Note Fédération s'interroge sur le choix du terme « fonction » plutôt que « mandat », tel que défini dans l'initiative.

Section 7 Rapport de rémunération

Alors que l'initiative était muette sur ce point, le projet d'ordonnance permet de combler cette importante lacune, en précisant le principe et le contenu du rapport de rémunération.

Par ailleurs, notre Fédération approuve la non reprise de la notion de « autre indemnité », trop floue et sujette à interprétation.

Section 9 indemnités interdites

La FER relève que l'initiative n'interdit pas a priori les rentes, crédits, prêts et bonus, alors que la formulation retenue par le Conseil fédéral les interdit de fait, s'ils ne sont pas prévus par les statuts. Elle aurait préféré une formulation plus souple.

Section 10 Obligation de voter et de communiquer des institutions de prévoyance

Notre Fédération relève avec satisfaction que la question du vote des institutions de prévoyance a été abordée avec pragmatisme et dans la perspective de limiter les coûts qui découlent de ces nouvelles obligations. Elle salue notamment la possibilité de ne pas participer au vote ou de s'abstenir, si cela va dans le sens de l'intérêt des assurés.

La détermination dans un règlement des intérêts des assurés constitue également une proposition positive. Il est toutefois regrettable que l'ordonnance ne donne pas davantage d'éclairage à ce sujet, même si nous reconnaissons – et c'était précisément l'une des faiblesses de l'initiative – que la définition des intérêts des assurés est fort délicate.

Section 11 Dispositions pénales

Notre Fédération avait dénoncé la criminalisation de l'article 95, al. 3, lettre d proposé par l'initiative. Cette disposition acceptée, elle doit entrer en vigueur. La FER souligne dans ce domaine également la sagesse de la proposition du Conseil fédéral, notamment dans le domaine des institutions de prévoyance sociale.

Section 12 Dispositions transitoires

Notre Fédération souscrit aux propositions formulées.

La FER estime que le projet d'ordonnance permet de respecter la volonté de l'auteur de l'initiative comme du peuple tout en comblant dans la mesure du possible les imprécisions de ce texte. Notre Fédération y adhère donc dans sa globalité.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à ces quelques considérations, nous vous prions de recevoir, Madame, l'expression de notre parfaite considération.



Stéphanie Rueggsegger

Déléguée

Von: peter.gebhardt@bluewin.ch
Gesendet: Sonntag, 28. Juli 2013 21:21
An: BJ-EHRA
Betreff: Verordnung gegen die Abzockerei

Antrag:

im Artikel 22 "Stimmpflicht" ist Absatz 3 ersatzlos zu streichen (Sie dürfen sich der Stimme enthalten oder auf eine Stimmabgabe verzichten...)

Begründung:

1. im Absatz 2, resp 4 genügend geregelt
2. Die Verordnung wird so einfacher und klarer; auch weniger kompliziert.
3. in teilweisem Widerspruch zu Artikel 25 (Strafbarkeit der Vorsorgeeinrichtungen) und 32 (Stimm- und Offenlegungspflicht)
4. unklar was "Im Interesse .. überhaupt bedeutet; kann als einfacher Entschuldigungsgrund nicht abzustimmen, eingesetzt werden. Nicht im Sinne der Verordnung.
5. Die Vorsorgeeinrichtungen können immer noch leer einlegen, wenn ein Traktandum nicht relevant oder nicht "in ihrem eigenen Interesse" ist.

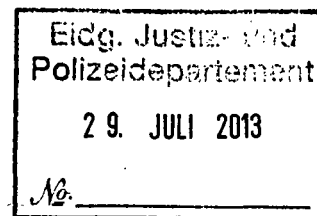
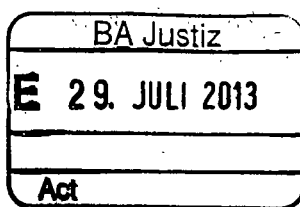
Mit freundlichen Grüßen und bestem Dank

Peter Gebhardt
Kapfstrasse 14
8608 Bubikon
Tel 055 243 22 16
Fax 055 263 18 01
peter.gebhardt@bluewin.ch

Direction

Case postale 2251
1211 Genève 2

Téléphone +41 (0)58 211 21 00
E-mail info@bcge.ch
www.bcge.ch



Département Juridique

Fax direct : 022.809.25.77

Nos références PMA

Courrier A

Département fédéral de justice et police
Service d'information DFJP
Palais fédéral ouest
3003 Berne

A l'attention de M. Olivier Blanc

Genève, le 26 juillet 2013

Audition sur l'avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives

Monsieur,

Dans le délai fixé par votre communication du 14 juin 2013, nous vous prions de bien vouloir trouver ci-dessous notre détermination que nous limitons à trois points.

1/

L'ordonnance est intitulée "Ordonnance contre les *rémunérations abusives*". Alors même qu'elle se limite essentiellement à mettre en place différentes règles précisant les modalités d'élection des membres du conseil d'administration et l'approbation du régime de rémunération par l'assemblée générale, le titre de l'ordonnance donne à penser que toutes les rémunérations sont, dans leur essence, abusives ce qui ne correspond pas à la réalité et n'est pas acceptable. Certes le mot "abusif" est moins fort que le mot allemand "Abzocker" duquel il est traduit, mais nous sommes d'avis que ce terme (tout comme le terme "Abzocker" dans la version allemande) ne doit pas figurer dans le titre de l'ordonnance.

2/

La mesure dans laquelle l'avant-projet s'applique aux sociétés constituées sous le régime des art. 762 et 763 CO n'est pas claire. A notre avis, et afin d'éviter toute ambiguïté, l'ordonnance doit réserver l'application des compétences de délégation de représentants au sein du conseil d'administration par les corporations publiques (art. 762), respectivement des compétences de gestion de l'autorité publique prévues par les lois cantonales (art. 763 CO), sous peine de vider de tout leur sens ces dispositions.

Dans le cadre de l'art. 763 CO et en vertu du principe constitutionnel de subsidiarité, la faculté d'organisation des cantons doit être préservée dans la mesure où elle ne contredit ni le texte ni l'esprit du nouvel art. 95 al. 3 Cst féd, qui vise à protéger la propriété privée. Concrètement, et au minimum, les cantons devraient toujours pouvoir prévoir qu'ils nomment un ou plusieurs administrateurs, désignent le président du conseil d'administration, voire les membres du comité de rémunération et déterminent la durée des mandats et la fréquence de leur renouvellement.

A défaut d'une disposition dans l'ordonnance, le rapport explicatif devrait à tout le moins aborder cette problématique.

3/

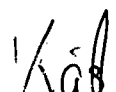
L'art. 7 al. 4 de l'avant-projet prévoit que "les *statuts* déterminent les tâches et les compétences du comité de rémunération". Cette exigence va au-delà des exigences du nouvel art. 95 al. 3 de la Constitution fédérale qui ne prévoit rien de tel et complique inutilement l'organisation des sociétés concernées. Les tâches et les compétences des comités d'un conseil d'administration sont usuellement fixées dans un règlement du conseil d'administration (Cf. ch. 21 du Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise) et le rapport explicatif ne justifie pas de manière satisfaisante pourquoi il faudrait déroger à cette pratique.

Nous vous remercions de l'attention que vous porterez à ce qui précède et vous prions d'agréer, Monsieur, nos salutations distinguées.

Banque Cantonale de Genève



Philippe Marti
Directeur



Daniel Käslin
Directeur adjoint



Philippe Leuba
Conseiller d'Etat

Rue Caroline 11
1014 Lausanne

Chef du Département de l'économie et du sport

Office fédéral de la justice
Office fédéral du registre du commerce
Bundesrain 20
3003 Berne

Lausanne, le 23 juillet 2013

Procédure de consultation – Avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives

Madame, Monsieur,

Avec l'accord de principe du Conseil d'Etat, je me permets de vous soumettre la détermination du département de l'économie et du sport du Canton de Vaud dans le cadre de la consultation citée en titre, quand bien même les autorités cantonales n'ont pas directement été appelées à se prononcer.

La présente position émane d'un groupe de travail interdépartemental ad hoc chargé de l'analyse de l'avant projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives, représentant le Ministère public central, le service juridique et législatif, le secrétariat général du département des finances, ainsi que le secrétariat général du département de l'économie et du sport.

Le Canton de Vaud est attentif à la réglementation d'application de l'initiative Minder dans la mesure où celle-ci pourrait avoir des conséquences importantes notamment sur la manière dont l'Etat désigne ses représentants au sein de Conseils d'administration (ci-après CA) de sociétés anonymes de droit privé ou public (art. 762 et 763 CO), et plus précisément sur la loi organisant la Banque Cantonale Vaudoise (ci-après BCV), dont l'Etat est actionnaire majoritaire. C'est dès lors sous cet angle d'analyse particulier que le projet d'ordonnance a été appréhendé.

Remarques d'ordre général :

1) Se pose essentiellement la question du champ d'application de l'avant-projet d'ordonnance. Le cas particulier de l'article 762 CO (*participation de corporations de droit public dans une SA*) et celui de l'article 763 CO (*Institutions de droit public*) pour lequel les dispositions du droit de la société anonyme ne s'appliquent pas, ne sont pas réglés par l'ordonnance.

La problématique réglée par l'article 762 CO et sa mise en concordance avec l'ORAb ne va pas de soi. L'absence de quelque commentaire que ce soit à ce propos dans le rapport explicatif laisse à penser que ce cas de figure a été purement et simplement oublié. Il est indispensable de pallier cette lacune afin de clarifier la situation.

Concernant l'article 763 CO : à première vue, le texte de l'initiative Minder ne visait que les sociétés anonymes suisses cotées en bourse soumises au droit de la société anonyme. Or, sans être clair, l'avant-projet semble étendre le champ d'application de l'initiative à des sociétés non assujetties aux dispositions du CO.

Sans même approfondir la question de savoir si l'article 95 al. 3 Cst. recouvre pleinement l'article premier de l'avant-projet d'ordonnance, nous ne sommes pas convaincus de la nécessité d'étendre le champ d'application de l'ORAb aux cas particuliers des articles 762 et 763 CO.

Sur la forme, elle génère une insécurité juridique insatisfaisante qu'il y a en tous les cas lieu de lever.

Sur le fond, elle suppose qu'une corporation de droit public doive renoncer au droit que lui confère la loi de désigner ses représentants au sein du CA d'une société anonyme, notamment de droit public, lorsque celle-ci est cotée en bourse. Or force est de constater que la mise en œuvre de l'initiative Minder n'impose pas un tel abandon de compétences. Selon notre analyse, l'initiative Minder exige l'élaboration d'une loi civile de la Confédération. Il est fortement contestable que celle-ci puisse porter atteinte aux compétences des cantons en matière de droit public.

On pourrait certes arguer d'une volonté d'harmoniser le mode d'élection des membres d'un CA. Néanmoins, lorsque la corporation de droit public actionnaire détient la majorité des voix, elle pourra toujours imposer son choix. De ce fait, le système prévalant dans le Canton de Vaud en particulier par le biais de la loi sur la BCV a le mérite de la transparence vis-à-vis des actionnaires qui distinguent clairement les membres du CA nommés par l'assemblée générale, de ceux dont la nomination incombe à l'Etat. En l'occurrence, il est à noter que le représentant de l'Etat à l'assemblée générale, en sa qualité d'actionnaire majoritaire, s'abstient de voter pour l'élection des membres du CA désignés par l'assemblée générale.

Proposition :

Nous demandons l'adjonction, à l'article premier, d'un nouvel alinéa qui introduise expressément une réserve générale par rapport aux articles 762 et 763 CO. A tout le moins, nous recommandons que cette question soit analysée et cas échéant clairement spécifiée dans le cadre de l'avant-projet d'ordonnance, actuellement flou sur ce point.

2) Nous n'avons pas de commentaire à formuler quant au choix de mettre en application les dispositions de l'article 95 al. 3 Cst par le biais d'une seule ordonnance qui sera, à terme, remplacée par une loi formelle. Nous soulignons au contraire l'intérêt de pouvoir nous référer à un dispositif légal de mise en application, à la condition bien entendu que ce dispositif réponde aux questions posées par la mise en œuvre de l'article constitutionnel topique, sans en poser d'autres.

3) Concernant les dispositions pénales (article 24 et 25 ORAb), nous vous renvoyons aux déterminations du Ministère public du Canton de Vaud jointes en annexe, celles-ci faisant partie intégrante de la présente prise de position.

Remarques particulières, sur les articles ayant retenu notre attention :

Article 4 alinéas 1 et 3

Par souci de simplification d'un processus d'élections déjà complexe, et considérant que l'assemblée générale désigne chaque année, individuellement, les membres du CA et son

président, nous sommes perplexes quant à l'utilité de faire élire les « éventuels suppléants » du Président du CA par l'assemblée générale.

Nous relevons en effet que l'article 95 al.3 Cst. ne prévoit pas l'obligation d'un tel vote. De plus, nous référant au texte de l'article 24 ORAb, la question se pose de savoir si le fait de contrevenir à cette règle (désignation d'éventuels suppléants) serait sujet à sanction pénale. Ceci paraîtrait déraisonnable au vu de la portée secondaire de cette désignation.

Proposition :

Supprimer la mention « éventuels suppléants » aux alinéas 1 et 3 de l'article 4.

Article 7 alinéa 4 :

Une fois encore, l'avant-projet d'ordonnance va au-delà des exigences posées par l'art. 95 al. 3 Cst. Le fait de fixer les tâches et compétences du comité de rémunération dans les statuts est inutilement formaliste et compliqué, sachant que dans la pratique, cet exercice incombe au CA lui-même. Ce procédé facilite et l'adoption et la modification de ce qui prend la forme d'un règlement du CA.

De surcroît, le commentaire de l'article 7 alinéa 4 figurant dans le rapport explicatif mentionne que les membres du comité de rémunération doivent être indépendants, au sens du « Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise ». Tout porte à croire qu'il ne s'agit que d'une recommandation, mais le doute plane quant au fait de savoir si les statuts doivent le prévoir ou pas. Ceci n'est pas satisfaisant, compte tenu du fait que sa violation pourrait in extenso être rendue punissable pénalement (articles 12 al. 1 ch. 3 et 24 al. 1 ch. 9 ORAb).

Proposition :

Supprimer l'alinéa 4 de l'article 7.

Article 8 :

L'ORAb précise les conditions d'éligibilité du représentant indépendant, en renvoyant par analogie à l'article 728 CO (indépendance de l'organe externe). Cela va au-delà de l'article 95 al.3 Cst. qui ne vise que la compétence de nomination du représentant indépendant, non pas les qualités de son éligibilité. Il appartient en fin de compte à l'assemblée générale de choisir si le candidat répond ou pas à ses attentes et d'en proposer un autre, cas échéant. Cela est d'autant plus vrai que la marge d'appréciation du représentant indépendant est quasi nulle, puisqu'il exécute strictement les instructions de vote qui lui ont été transmises par les actionnaires.

Cet ajout, dépourvu de base légale ou constitutionnelle, est d'autant plus problématique que sa violation pourrait être punissable pénalement en cas d'interprétation un peu extensive de l'article 24 al. 1 ch. 6 ORAb.

Proposition :

Supprimer la seconde phrase de l'article 8 al. 2 « L'indépendance du représentant est régie par analogie par l'art. 728 CO ».

Article 9 alinéa 3 :

Nous saluons le fait que les instructions puissent être données au représentant indépendant par la voie électronique.

Article 12 alinéa 1:

Chiffre 1 :

Proposition :

Modifier le texte, à savoir : « le nombre de fonctions admises **pouvant être** occupées par... » en lieu et place de « le nombre de fonctions admises occupées par... ».

Toujours sous chiffre 1 : nous nous interrogeons sur le sens et l'utilité de préciser la typologie des entités juridiques dans lesquelles un membre du CA, de la direction ou du conseil consultatif peut occuper des fonctions dirigeantes. Pourquoi le choix précis des entités juridiques obligées de s'inscrire au registre du commerce ? Ce point pourrait être laissé à l'appréciation des actionnaires, d'autant que le critère essentiel restera le nombre - librement déterminable - de fonctions occupées.

Proposition : supprimer « qui ont l'obligation de s'inscrire au registre du commerce ».

Chiffre 2 : la portée de cette disposition n'est pas claire, le rapport explicatif n'étant par ailleurs d'aucune aide sur ce point. Il nous paraît en effet impensable que l'ORAb puisse avoir pour conséquence d'imposer des contrats de travail de durée déterminée aux membres de la direction, alors que ceux-ci bénéficient actuellement et légitimement de contrat de durée indéterminée.

Proposition : préciser le sens et l'objectif visé.

Chiffre 3 :

Proposition :

Dans la droite ligne du commentaire formulé en regard de l'article 7 alinéa 4, auquel nous vous renvoyons, supprimer le chiffre 3 de l'article 12 alinéa 1.

Article 12 alinéa 2 :

Chiffre 1 : cette disposition est problématique à deux égards : premièrement, nous peinons à imaginer qu'elle puisse viser l'octroi de prêts, crédits ou rentes aux conditions dites du marché (non préférentielles). Si tel est le cas, les sociétés dont l'un des buts statutaires est d'accorder des prêts, crédits ou rentes risqueraient d'être illégitimement restreintes dans le choix des personnes pouvant occuper des fonctions au sein de leur CA, de leur direction ou de leur conseil consultatif.

Deuxièmement, il est juridiquement délicat de fixer un montant. Il serait en revanche plus judicieux d'indiquer des critères (ratios, garanties, etc.). A tout le moins, il y a lieu de préciser la portée de ce montant : doit-il être compris comme une limite individuelle, par opposition à la possibilité de disposer d'une enveloppe pouvant servir à octroyer des prêts à l'ensemble des personnes visées ?

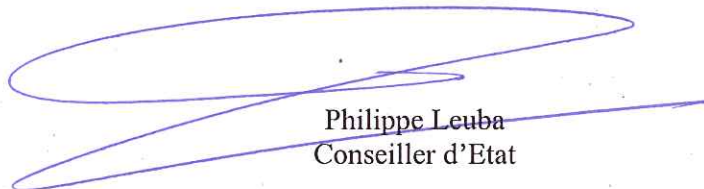
Proposition :

Clarifier la portée de cette disposition et remplacer le principe d'un montant par celui de critères limitatifs.

Pour le reste des dispositions, de nature très technique et propre à la gouvernance d'une société, nous nous rallions à la détermination qui vous sera adressée par la BCV, que nous appuyons sans réserve.

Je vous prie de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de mes sentiments les meilleurs.

Le Chef du département



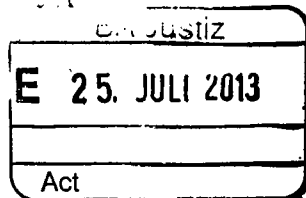
Philippe Leuba
Conseiller d'Etat

Annexe : ment.



Genève, le 24 juillet 2013

Le Conseil d'Etat
5646-2013



Madame Simonetta SOMMARUGA
Conseillère fédérale
Département fédéral de justice et police
Palais Fédéral Ouest
3003 Berne

Concerne : Audition sur l'ordonnance contre les rémunérations abusives (ORab)

Madame la Conseillère fédérale,

Notre Conseil a pris connaissance tardivement de l'ouverture d'une procédure d'audition concernant le projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives, procédure à laquelle les cantons ne sont pas associés.

Nous souhaitons néanmoins faire valoir un point de vue qui nous paraît digne d'intérêt, par rapport aux banques cantonales et au champ d'application de l'ordonnance.

Il apparaît à la lecture de votre projet que les sociétés anonymes de droit public répondant à la définition de l'article 763 CO, à savoir exclues de l'application du CO, tomberaient en revanche dans le champ d'application de l'ordonnance, dont le but est de déroger au code des obligations.

Nous pensons que l'on doit notamment s'interroger sur la capacité des cantons-actionnaires de pouvoir continuer à nommer le président du conseil d'administration et les autres membres du conseil.

Nous attirons également l'attention du Conseil fédéral sur l'article 762 CO, qui prévoit que les statuts peuvent déléguer à une corporation de droit public qui est partie prenante dans une société anonyme le droit de déléguer des représentants au conseil d'administration, même si elle n'est pas actionnaire.

Nous comprenons qu'édicter la législation d'application d'une initiative constitutionnelle rédigée de manière isolée et sans travaux préparatoires n'est pas chose aisée, mais il nous apparaît que le but du nouvel alinéa 3 de l'article 95 Cst-Féd, de même que l'alinéa 1 déjà existant, est de légiférer sur les activités lucratives *privées*. Cela n'inclut pas à notre avis la compétence de légiférer sur les sociétés anonymes de droit public ou, à tout le moins, sur le mode de désignation des administrateurs régi par le droit cantonal.

Ces points n'étant pas abordés dans votre rapport explicatif, nous pensons qu'il serait utile de consulter les cantons, voire l'Association des banques cantonales, sur cette question spécifique, par exemple parallèlement à la consultation des commissions des affaires juridiques des deux Chambres fédérales.

Cela nous paraît d'autant plus important que, si nous comprenons bien la procédure, l'ordonnance adoptée à titre transitoire selon l'article 197 chiffre 10 Cst-Féd serait ensuite transposée dans une loi formelle, sans que cela ne soit forcément précédé par une procédure de consultation.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'expression de notre haute considération.

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :



Anja Wyden Guelpa

Le président :



Charles Beer