

zu 10.443

**Parlamentarische Initiative  
Indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative  
«gegen die Abzockerei»**

**Bericht vom 25. Oktober 2010 der Kommission für Rechtsfragen  
des Ständerates**

**Stellungnahme des Bundesrates**

vom 17. November 2010

---

Sehr geehrte Frau Ständeratspräsidentin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Zum Bericht vom 25. Oktober 2010 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates betreffend Indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» nehmen wir nachfolgend gemäss Artikel 112 Absatz 3 des Parlamentsgesetzes vom 13. Dezember 2002 Stellung.

Wir versichern Sie, sehr geehrte Frau Ständeratspräsidentin, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

17. November 2010

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Die Bundespräsidentin: Doris Leuthard

Die Bundeskanzlerin: Corina Casanova

# Stellungnahme

## 1 Ausgangslage

### 1.1 Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts

Der Bundesrat verabschiedete am 21. Dezember 2007 die Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht).<sup>1</sup> Diese Revision verfolgte vier Hauptziele: die Verbesserung der Corporate Governance, die flexiblere Ausgestaltung der Kapitalstrukturen, die Modernisierung der Bestimmungen zur Generalversammlung sowie die umfassende Neuregelung des sachlich veralteten Rechnungslegungsrechts.

Die Problematik exzessiver Vergütungen ging der Entwurf einerseits mit der zwingenden einjährigen Amtsdauer des Verwaltungsrates an. Darüber hinaus stellte der Entwurf klar, dass die Generalversammlung berechtigt ist, Bestimmungen betreffend die Entschädigungen an den Verwaltungsrat und einen Genehmigungsvorbehalt zu ihren Gunsten in den Statuten vorzusehen.

Schliesslich sei zu erwähnen, dass der Bundesrat bezüglich der Tantiemenlösung Stellung nehmen wird, sobald entsprechende parlamentarische Vorschläge vorliegen.

### 1.2 Volksinitiative «gegen die Abzockerei»

Am 26. Februar 2008 wurde die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» (im Folgenden «die Volksinitiative») mit 114 260 gültigen Unterschriften eingereicht.<sup>2</sup> Sie will den von den Initiantinnen und Initianten als überhöht empfundenen Vergütungen des obersten Managements von börsenkotierten Aktiengesellschaften Einhalt gebieten. Dieses Ziel wird primär durch die Verbesserung der Corporate Governance angestrebt. Die Aktionärinnen und Aktionäre sollen bei börsenkotierten Gesellschaften vermehrt auf die Vergütungspolitik des obersten Kaders Einfluss nehmen können.

Am 5. Dezember 2008 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)<sup>3</sup> und beantragte dem Parlament, die Volksinitiative Volk und Ständen mit der Empfehlung auf Ablehnung zur Abstimmung zu unterbreiten.

Gleichzeitig unterbreitete er dem Parlament einen indirekten Gegenvorschlag, nämlich eine Revision des Obligationenrechts (OR)<sup>4</sup>. Diese Vorlage ist als Zusatzbotschaft zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts (Botschaft des Bundesrates vom 21. Dezember 2007) ausgestaltet. Darin wurden dem Parlament weitergehende Gesetzesänderungen unterbreitet, die eine angemessene Antwort auf

<sup>1</sup> BBl 2008 1589

<sup>2</sup> BBl 2008 2577

<sup>3</sup> BBl 2009 299

<sup>4</sup> SR 220



Als Konsequenz des Beschlusses zur nun vorliegenden parlamentarischen Initiative beschloss der Ständerat am 1. Juni 2010 ohne Gegenstimmen, der Nationalrat am 2. Juni 2010 mit 98 zu 91 Stimmen, die Frist zur Behandlung der Volksinitiative um ein Jahr zu verlängern (Art. 105 Abs. 1 ParlG). Die Bundesversammlung hat damit bis am 26. August 2011 darüber zu beschliessen, ob sie die Volksinitiative Volk und Ständen zur Annahme oder Ablehnung empfiehlt. Diese Frist kann von der Bundesversammlung um höchstens ein weiteres Jahr verlängert werden, wenn ein mit der Volksinitiative eng zusammenhängender Erlassentwurf in der Form des Bundesgesetzes noch in der Differenzbereinigung steht (Art. 105 Abs. 1<sup>bis</sup> ParlG).

Aufgrund der geänderten Ausgangslage beschloss die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates am 3. September 2010, die Behandlung der gesamten Vorlage zur Revision des Aktienrechts (Vorlage 1 des Geschäfts Nr. 08.011) zu sistieren, bis die Räte definitiv über den vorliegenden indirekten Gegenvorschlag beschlossen haben.

## **2 Stellungnahme des Bundesrates**

### **2.1 Aktienrechtliche Bestimmungen**

Der Bundesrat hat bereits in seiner Botschaft zur Volksinitiative darauf hingewiesen, dass die Frage der Regelung der Vergütungspolitik eines Unternehmens nicht allein der Selbstregulierung überlassen bleiben kann. Er anerkennt daher den Gesetzgebungsbedarf im Bereich der aktienrechtlichen Vergütungen der Organmitglieder bei börsenkotierten Gesellschaften und begrüsst grundsätzlich den Entwurf der Kommission.

Der Entwurf der Kommission übernimmt in grossen Teilen Bestimmungen der bundesrätlichen Vorlage zur Revision des Aktienrechts, so insbesondere in Bezug auf die Stimmrechtsvertretung, die Verwendung elektronischer Mittel im Rahmen der Vorbereitung und Durchführung von Generalversammlungen, die Transparenz von Vergütungen sowie die Grundkonzeption der neuen Bestimmungen zu den Managementvergütungen (verschärfte Rückerstattungsklage, konkretisierte Sorgfaltspflicht, Vergütungsreglement, Vergütungsbericht, prospektive Genehmigung der Grundvergütung und retrospektive Genehmigung der zusätzlichen Vergütung).

Der Bundesrat begrüsst auch, dass die Bestimmungen zu den Managementvergütungen in der Regel an das Kriterium der Börsenkotierung anknüpfen. Nicht börsenkotierte Aktiengesellschaften basieren regelmässig auf dem Grundsatz der Selbstorganschaft. Aufgrund der daraus resultierenden Identität zwischen Aktionären als Eigentümern und Organen als Vertretern der Gesellschaft bestehen auch die bei börsenkotierten Gesellschaften systembedingten Probleme in Bezug auf die Festsetzung der Vergütungen nicht. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der Entwurf der Kommission, anders als der Entwurf des Bundesrates vom 5. Dezember 2008, die konkretisierte Sorgfaltspflicht in Bezug auf die Festlegung der Vergütungen gemäss Artikel 731e nur für börsenkotierte Gesellschaften vorsieht. Dadurch könnte der Eindruck erweckt werden, dass bei nicht börsenkotierten Gesellschaften keine Sorgfaltspflicht in Bezug auf die Festlegung der Managementvergütungen besteht. Sofern die konkretisierte Sorgfaltspflicht über die Generalklausel in Artikel 717 Absatz 1 OR ohnehin auch für nicht börsenkotierte Gesellschaften Anwendung finden sollte, wäre es aus gesetzgeberischer Sicht zu bevorzugen, die konkretisierte

Sorgfaltspflicht in Bezug auf die Festlegung von Managementvergütungen in Artikel 717 Absatz 1<sup>bis</sup> für alle Gesellschaften vorzusehen.

Der Bundesrat begrüsst ausdrücklich, dass die Kommission das Augenmerk nicht nur auf die materiellen Bestimmungen zu den Vergütungen gerichtet hat, sondern ebenfalls den sehr zentralen Punkt der Stimmrechtsvertretung klar und im Sinne des Bundesrates geregelt hat. Um die Aktionärinnen und Aktionäre wirksam in den Prozess der Festlegung der Vergütungen von Organmitgliedern mit einzubeziehen, ist es unabdingbar, dass eine unverfälschte Willensbildung in der Generalversammlung gewährleistet ist. Der Bundesrat unterstreicht daher die Wichtigkeit, die institutionelle Stimmrechtsvertretung von Gesetzes wegen zwingend auf die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder den unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu beschränken. Dadurch wird klar gestellt, dass andere Formen wie die Organ-, Depot- oder Nomineevertretung im Sinne des Ständerates gemäss dem indirekten Gegenvorschlag nicht mehr möglich sein werden.

Insbesondere die Mitglieder der Geschäftsleitung werden in der Regel neben ihrem organschaftlichen Verhältnis zur Gesellschaft auch einen Arbeitsvertrag besitzen. Der Bundesrat bedauert es daher, dass im Bericht der Kommission das Verhältnis der vorgeschlagenen aktienrechtlichen Vergütungsbestimmungen zum Arbeitsrecht nicht näher geprüft wurde. So steht der Bundesrat der Möglichkeit, ein Bonus-Malus-System einzuführen, wie es vom Entwurf in Artikel 731d Absatz 2 Ziffer 5 vorgesehen wird, grundsätzlich wohlwollend gegenüber; es wäre jedoch aufschlussreich gewesen, wenn diese Bestimmung u.a. auf ihre Kompatibilität mit Artikel 321e OR geprüft worden wäre.

Der Entwurf der Kommission enthält aber auch gewisse problematische Bestimmungen, die es nach der Ansicht des Bundesrates unbedingt zu streichen gilt.

Artikel 731k Absatz 2 und Artikel 731l Absatz 2 des Entwurfs sehen eine Sonderregel für den Fall vor, dass die Generalversammlung die Genehmigung des beantragten Gesamtbetrags der Grundvergütung für den Verwaltungsrat, den Beirat oder die Geschäftsleitung verweigert. In diesem Fall soll das Vergütungsreglement vorsehen können, dass die an der letzten Generalversammlung beschlossene Genehmigung der Grundvergütung für die Dauer bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung weiter gilt.

Diese Bestimmung ist nicht praktikabel und kann zu ungewollten Resultaten führen, die mit einer guten Corporate Governance nicht vereinbar sind.

Zur Veranschaulichung des Problems kann als Beispiel der folgende Fall aufgeführt werden. Der Verwaltungsrat beantragt der Generalversammlung für seine Grundvergütung weniger als noch im Jahr zuvor (an der Generalversammlung im Jahr 2013 wurde ihm eine Gesamtsumme der Grundvergütung von 10 Millionen Franken genehmigt, an der Generalversammlung im Jahr 2014 beantragt er eine Gesamtsumme der Grundvergütung von 8 Millionen Franken), bspw. weil die Anzahl der Verwaltungsratsmitglieder reduziert wurde oder aber weil sich die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft massiv verschlechtert hat. Wenn nun die Generalversammlung die beantragte Gesamtsumme der Grundvergütung (im Beispiel 8 Millionen Franken) dennoch als zu hoch erachtet, wird sie diese ablehnen. Aufgrund des Automatismus von Artikel 731k Absatz 2 des Entwurfs würde dies nun aber dazu führen, dass der Verwaltungsrat noch mehr bekäme, als er selbst beantragt hat (nämlich 10 Millionen Franken anstelle der beantragten 8 Millionen Franken). Die Aktionärinnen und Aktionäre könnten in diesen Prozess nicht eingreifen, da sie

gemäss dem Entwurf nur die beantragten Vergütungen genehmigen oder ablehnen können, nicht aber selber konkrete Anträge in Bezug auf die Höhe der Vergütungen stellen können. Gemäss dem Konzept des Entwurfs obliegt der Beschluss über die Festlegung der Vergütung alleine dem Verwaltungsrat, die Generalversammlung beschliesst nur über die Genehmigung dieser Vergütung. Im obigen Beispiel wäre die Generalversammlung in einem Dilemma: entweder sie genehmigt die an sich als zu hoch empfundene Vergütung, oder sie verweigert die Genehmigung, was aber dazu führen würde, dass der Verwaltungsrat eine noch höhere Vergütung erhalten würde.

Dieser Mechanismus in Artikel 731*k* Absatz 2 und Artikel 731/ Absatz 2 des Entwurfs führt zu einer nicht gerechtfertigten Beibehaltung der letztmals genehmigten Grundvergütung. Die Genehmigung der Grundvergütung sollte immer im konkreten Fall durch eine klare Willensäusserung der Aktionärinnen und Aktionäre erfolgen. Auf einen gesetzlichen Automatismus, der gewisse Vergütungen für die Zukunft absichert und zu absurden Resultaten führen kann, sollte daher verzichtet werden.

Weiter betont der Bundesrat, dass eine operable Rückerstattungsklage für eine gute Corporate Governance von grosser Bedeutung ist und auch die Rückforderung von exzessiven Vergütungen erleichtert. Das Kriterium des «offensichtlichen» Missverhältnisses in Artikel 678 Absatz 2 stellt jedoch eine Hürde dar, die vom Kläger nur schwer zu überwinden sein wird. Der Begriff des Missverhältnisses bringt bereits zum Ausdruck, dass zwischen Leistung und Gegenleistung ein beträchtliches Ungleichgewicht bestehen muss. Der Wert der Gegenleistung der Empfängerin oder des Empfängers muss schon aufgrund der Voraussetzung eines Missverhältnisses weiterhin klar und zweifelsfrei unter dem Wert der Leistung der Gesellschaft liegen. Auf den Zusatz, dass das Missverhältnis «offensichtlich» sein muss, sollte daher verzichtet werden.

## 2.2 Strafrechtliche Bestimmung

Die Kommission will im indirekten Gegenvorschlag zur Volksinitiative eine neue Strafbestimmung (Art. 326<sup>quinquies</sup> E StGB) einführen. Verstossen Verwaltungsratsmitglieder einer börsenkotierten Gesellschaft vorsätzlich gegen das Vergütungsreglement, so soll dies auf Antrag mit Busse bestraft werden, sofern der Gesellschaft durch den Verstoss ein Schaden entstanden ist. Unter die neue Strafbestimmung sollen diejenigen Widerhandlungen fallen, die nicht bereits unter die bestehenden Straftatbestände wie beispielsweise ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB), Veruntreuung (Art. 138 StGB), Betrug (Art. 146 StGB) oder Urkundenfälschung (Art. 251 StGB) subsumiert werden können.

Der Bundesrat ist aus folgenden Gründen der Ansicht, dass es dieser neuen Strafbestimmung nicht bedarf.

Im Strafrecht gilt der Grundsatz der Subsidiarität; d.h. eine neue Strafbestimmung sollte nur dann eingeführt werden, wenn alle anderen Massnahmen (z.B. zivil- oder verwaltungsrechtlicher Natur) oder sozialpolitische Mittel zur Unterbindung des verpönten Verhaltens versagen oder von vornherein nicht in Frage kommen. Unbestritten ist, dass die in der vergangenen Zeit publik gewordenen Vergütungsexzesse in der breiten Gesellschaft auf Unverständnis stossen. Es fragt sich aber zum einen, ob es Aufgabe des Strafrechts ist, solche Exzesse zu unterbinden, und zum

anderen, ob das Strafrecht ein taugliches Mittel hierfür ist. Diese Fragen stellen sich umso mehr, als das geltende Aktienrecht bereits diverse adäquate Instrumente zur Verhinderung bzw. Ahndung von Missachtungen des Vergütungsreglements zur Verfügung stellt und deren Anwendung im Rahmen des vorliegenden indirekten Gegenvorschlags nun noch griffiger ausgestaltet werden soll (z.B. die Rückerstattungsklage gem. Art. 678 OR).

Verstösst beispielsweise ein Verwaltungsratsmitglied gegen das Vergütungsreglement, so kann die Generalversammlung die fehlbare Person abwählen (Art. 705 OR). Wurden Leistungen zu Unrecht bezogen, so steht hierfür die Rückerstattungsklage zur Verfügung (Art. 678 OR). Schädigt der Verwaltungsrat die Gesellschaft am Vermögen, indem er das Vergütungsreglement missachtet, so kommt eine Verantwortlichkeitsklage in Betracht (Art. 754 OR). Weiter sieht der indirekte Gegenvorschlag vor, dass die Revisionsstelle den Vergütungsbericht, der sich unter anderem über die Einhaltung des Vergütungsreglements äussert, prüfen muss. Stellt die Revisionsstelle Verstösse gegen das Vergütungsreglement fest, so sind diese dem Verwaltungsrat oder, bei Wesentlichkeit des Verstosses, sogar der Generalversammlung zu melden (Art. 728c).

Nach der Auffassung des Bundesrates ist fraglich, welche Verstösse gegen das Vergütungsreglement letztlich unter diese geplante Strafbestimmung fallen würden, die nicht bereits durch das geltende Strafrecht sanktioniert werden. Verstösst ein Mitglied des Verwaltungsrates nämlich vorsätzlich gegen das Vergütungsreglement und schädigt dadurch die Gesellschaft am Vermögen, so dürfte aufgrund dieser Sorgfaltpflichtverletzung bereits der Straftatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) erfüllt sein. Verstösst ein Verwaltungsratsmitglied vorsätzlich gegen das Vergütungsreglement und kaschiert dies, indem es z.B. den Vergütungsbericht manipuliert, so kämen unter Umständen sogar Urkundenfälschung und Betrug in Frage (Art. 251 und 146 StGB).

Sollte es dennoch Verstösse gegen das Vergütungsreglement geben, die nicht bereits unter die bestehenden Straftatbestände subsumiert werden können, so wären diese – nach Ansicht des Bundesrats – nicht strafwürdig.

Immerhin ist jedoch zu bemerken, dass die Strafandrohung hier relativ mild ausgestaltet ist (Busse bis max. 10 000 Franken) und das Delikt nur auf Antrag verfolgt werden soll, womit die Geschädigten über die Verfolgung entscheiden könnten und allfällige solche Straftaten nicht von Amtes wegen verfolgt werden müssten; dies erschiene, wenn man schon eine zusätzliche Strafnorm schaffen würde, als sachgerecht.

Aus Sicht des Bundesrates stellen die im indirekten Gegenvorschlag vorgeschlagenen aktienrechtlichen Neuerungen sowie die geplanten Verbesserungen des geltenden Aktienrechts hinreichende und adäquate Massnahmen zur Bekämpfung von Vergütungsexzessen dar. Er bezweifelt, dass das Strafrecht hier noch als flankierende Massnahme notwendig ist.

## 2.3

### **Bestimmung zur beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung**

Der Entwurf sieht eine Sonderregel für Pensionskassen vor. Den Aktionärinnen und Aktionären steht es grundsätzlich frei zu entscheiden, ob sie ihre Aktionärsrechte ausüben wollen oder nicht. Den Vorsorgeeinrichtungen wird hingegen die Pflicht auferlegt, ihre Stimmrechte in schweizerischen Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien auszuüben. Diese Stimmpflicht erachtet der Bundesrat als unterstützungswürdig, da den Pensionskassen als grossen institutionellen Investorinnen in Bezug auf die Ausübung der Aktionärsrechte eine wichtige Rolle zukommt. Es ist folglich richtig, dass der Entwurf die Vorsorgeeinrichtungen in den Prozess der Verbesserung der Corporate Governance mit einbezieht.

Im Bereich der kollektiven Kapitalanlagen besteht gemäss Botschaft bei allen Traktanden, welche die Interessen der Anlegerinnen und Anleger nachhaltig tangieren können, eine Stimmpflicht für die Bewilligungsträger (d.h. alle Personen, die kollektive Kapitalanlagen verwalten oder aufbewahren) und ihre Beauftragten.<sup>6</sup> Zu überlegen bliebe, ob für eine umfassende Verbesserung der Corporate Governance die explizite gesetzliche Stimmpflicht gemäss Entwurf auf kollektive Kapitalanlagen ausgedehnt werden sollte.

Problematisch ist hingegen die Vorschrift, dass die Ausübung der Stimmrechte durch die Vorsorgeeinrichtungen im Interesse der Destinatäre zu erfolgen hat. Zum einen ist es fraglich, ob sich das Interesse der Destinatäre ohne Weiteres bestimmen lässt. Zum anderen wird dadurch auch Unklarheit geschaffen in Bezug auf eine allfällige Haftung der Organe der Vorsorgeeinrichtungen. Die Organe müssen bei der Ausübung ihrer Funktion stets die Interessen der Gesellschaft wahren. Diese allgemeine Pflicht wird nun in Bezug auf die Ausübung der Stimmrechte von börsenkotierten Aktien modifiziert. Dies kann dazu führen, dass die Organe unsorgfältig handeln, wenn sie zwar im Interesse der Destinatäre, nicht aber im Interesse der Vorsorgeeinrichtung abstimmen. Eine solche widersprüchliche und für die Organe haftungsrelevante Bestimmung sollte unbedingt vermieden werden.

## 3

### **Anträge des Bundesrates**

Der Bundesrat begrüsst die parlamentarische Initiative der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates und unterstützt die Stossrichtung in sehr weiten Teilen. Einerseits wird dadurch der Volksinitiative ein revidiertes Aktienrecht als indirekter Gegenvorschlag gegenübergestellt und nicht eine äusserst detaillierte Verfassungsnorm. Andererseits entspricht der Inhalt in weiten Teilen dem indirekten Gegenvorschlag des Bundesrates und führt gewisse Regelungen im Sinne des Bundesrates weiter.

Die Stellungnahme hat aber bereits darauf hingewiesen, dass der Entwurf noch gewisser punktueller Änderungen bedarf.

<sup>6</sup> Botschaft zum Bundesgesetz vom 23. September 2005 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagegesetz), BBl 2005 6446.

Der Bundesrat stellt daher folgende Anträge:

a. *Artikel 678 Absatz 2 E OR*

Sie sind auch zur Rückerstattung anderer Leistungen der Gesellschaft verpflichtet, soweit diese in einem Missverhältnis zur erbrachten Gegenleistung stehen.

b. *Artikel 717 Absatz 1<sup>bis</sup> E OR*

Sie müssen insbesondere bei der Festlegung der Vergütungen dafür sorgen, dass diese sowohl mit der wirtschaftlichen Lage als auch mit dem dauernden Gedeihen des Unternehmens im Einklang stehen und in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben, Leistungen und der Verantwortung der Empfänger stehen.

*Artikel 731e E OR  
streichen*

c. *Artikel 731k Absatz 2 E OR  
streichen*

d. *Artikel 731l Absatz 2 E OR  
streichen*

e. *Artikel 326<sup>quinquies</sup> E StGB  
streichen*

f. *Artikel 71a Absatz 2 E BVG  
streichen*

