

10.443

**Parlamentarische Initiative
Indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative
«gegen die Abzockerei»
Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates**

vom 25. Oktober 2010

Sehr geehrte Frau Präsidentin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit diesem Bericht unterbreiten wir Ihnen den Entwurf zu einer Änderung des Obligationenrechts (Vergütungen bei börsenkotierten Gesellschaften sowie weitere Änderungen im Aktienrecht). Gleichzeitig erhält der Bundesrat Gelegenheit zur Stellungnahme.

Die Kommission beantragt, dem beiliegenden Entwurf zuzustimmen.

25. Oktober 2010

Im Namen der Kommission
Der Präsident: Hermann Bürgi

Übersicht

In den letzten Jahren wurden in gewissen Schweizer Unternehmen Vergütungen an das oberste Management ausgerichtet, deren Höhe sich nach Ansicht der Kommission in keiner Weise mit der erbrachten Leistung der Empfänger legitimieren lässt. Diese Entwicklung ist geeignet, schädliche gesellschaftliche und volkswirtschaftliche Wirkungen hervorzurufen. Sie hat in der Öffentlichkeit eine grosse Unzufriedenheit ausgelöst, derer sich die Kommission bewusst ist.

Vor diesem Hintergrund wurde die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» eingereicht. Wie die Initiantinnen und Initianten ist auch die Kommission der Ansicht, dass den überhöhten Vergütungen Einhalt geboten werden muss. Sie anerkennt die Forderung der Volksinitiative nach einer Stärkung der Aktionärsrechte im Grundgesetz. Zudem ist sie zur Einsicht gelangt, dass die Selbstregulierung der Wirtschaft nicht die nötigen Wirkungen gezeigt hat, weshalb gesetzgeberisch vorgegangen werden muss.

Die Volksinitiative weist nach Ansicht der Kommission jedoch Mängel auf. Mit inhaltlich zu weit gehenden Forderungen, die für sämtliche börsenkotierten Aktiengesellschaften gelten würden, stellt sie die liberale Grundhaltung, welche dem Schweizer Gesellschaftsrecht zugrunde liegt und nach Ansicht der Kommission unbedingt erhalten bleiben muss, grundsätzlich in Frage. Ihre Annahme würde den für die Schweizer Volkswirtschaft bedeutsamen börsenkotierten Aktiengesellschaften erheblichen Schaden zufügen. Zudem ist es problematisch, Bestimmungen mit dem von der Volksinitiative vorgesehenen Detaillierungsgrad auf Verfassungsstufe zu verankern.

Aufgrund dieser Mängel hat die Kommission – wie auch der Ständerat – die Volksinitiative zur Ablehnung empfohlen. Der Problematik soll vielmehr mit neuen griffigen Bestimmungen auf Gesetzesstufe begegnet werden. Diese sollen möglichst rasch in Kraft gesetzt werden. Gleichzeitig will die Kommission aber die Flexibilität des Aktienrechts, welche entscheidend zur Attraktivität des Wirtschaftsstandortes Schweiz beiträgt, beibehalten.

Inhaltsverzeichnis

Übersicht	8254
1 Entstehungsgeschichte	8256
1.1 Politischer Kontext	8256
1.2 Parlamentarische Initiative	8257
1.3 Arbeiten der Kommission und der Subkommission	8257
2 Grundzüge der Vorlage	8258
3 Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen	8260
3.1 Obligationenrecht	8260
3.1.1 Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen	8260
3.1.2 Stimmrechtsvertretung	8263
3.1.3 Modernisierung der Generalversammlung	8269
3.1.4 Wahl des Verwaltungsrates	8272
3.1.5 Regelung der Vergütungen	8273
3.1.5.1 Geltungsbereich	8273
3.1.5.2 Sorgfaltspflicht bei der Festlegung der Vergütungen	8274
3.1.5.3 Vergütungsreglement	8276
3.1.5.4 Vergütungsbericht	8279
3.1.5.5 Genehmigungen durch die Generalversammlung	8282
3.1.5.6 Unzulässige Vergütungen	8290
3.1.6 Übergangsbestimmungen	8292
3.2 Änderungen weiterer Erlasse	8294
3.2.1 Zivilprozessordnung	8294
3.2.2 Strafgesetzbuch	8294
3.2.3 Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge	8295
4 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	8296
5 Verhältnis zum europäischen Recht	8296
6 Rechtliche Grundlagen	8299
6.1 Verfassungsmässigkeit	8299
6.2 Erlassform	8299
Anhang: Synopse	
Vergleich Volksinitiative «gegen die Abzockerei» – indirekter Gegenvorschlag der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 25. Oktober 2010	8300
Verzeichnis der Gesetzesbestimmungen	8305
Obligationenrecht (Vergütungen bei börsenkotierten Gesellschaften sowie weitere Änderungen im Aktienrecht) (Entwurf)	8307

Bericht

1 Entstehungsgeschichte

1.1 Politischer Kontext

Am 26. Februar 2008 wurde die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» (im Folgenden «die Volksinitiative») mit 114 260 gültigen Unterschriften eingereicht¹. Sie will von den Initiantinnen und Initianten als überhöht empfundenen Vergütungen des obersten Managements von börsenkotierten Aktiengesellschaften Einhalt bieten. Dieses Ziel wird primär durch die Verbesserung der Corporate Governance angestrebt. Die Aktionärinnen und Aktionäre sollen vermehrt auf die Vergütungspolitik des obersten Kaders Einfluss nehmen können.

Der Bundesrat beantragte dem Parlament in seiner Botschaft vom 5. Dezember 2008 (08.080)², 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)³. Diese Vorlage ist als Zusatzbotschaft zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts (08.011; Botschaft des Bundesrates vom 21. Dezember 2007⁴) ausgestaltet. In mehreren Punkten stimmen der Entwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts einschliesslich der Anträge, die in der Zusatzbotschaft enthalten sind (ergänzter Entwurf) und Volksinitiative überein. Wo Abweichungen bestehen, ist der ergänzte Entwurf insgesamt massvoller und weniger rigoros. Insbesondere verzichtet er auf einengende Statutenbestimmungen, Verbote und Strafen.

Am 11. Juni 2009 nahm der Ständerat mit 26 zu 8 Stimmen bei 5 Enthaltungen die vom Bundesrat beantragte Änderung des OR (Entwurf vom 21. Dezember 2007 einschliesslich der neuen Anträge vom 5. Dezember 2008) als indirekten Gegenvorschlag zur Volksinitiative an; allerdings mit gewissen vom (ergänzten) Entwurf inhaltlich abweichenden Beschlüssen. Der Ständerat beschloss zudem mit 26 zu 10 Stimmen die Volksinitiative Volk und Ständen zur Ablehnung zu empfehlen.

Am 17. März 2010 nahm der Nationalrat einen direkten Gegenentwurf an. Dieser nimmt einen Grossteil der in der Volksinitiative enthaltenen Forderungen auf. Geregelt werden zusätzlich die Ausrichtung von Bonifikationen sowie die Rückerstattungsklage. Indem der direkte Gegenentwurf in diversen Punkten die Möglichkeit abweichender Regelungen in den Statuten vorsieht, lässt er den Gesellschaften jedoch mehr Handlungsspielraum als die Volksinitiative. Der Nationalrat beschloss mit 66 zu 62 Stimmen bei 56 Enthaltungen Volk und Ständen sowohl den direkten Gegenentwurf als auch die Volksinitiative zur Annahme zu empfehlen.

Der Nationalrat hat die Vorlage zur Revision des Aktienrechts noch nicht behandelt. Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates beschloss am 26. März 2010 mit 12 zu 10 Stimmen bei 2 Enthaltungen, alle die Corporate Governance betreffen-

¹ BBl 2008 2577

² BBl 2009 299

³ SR 220

⁴ BBl 2008 1589

Der vorliegende Entwurf übernimmt wesentliche Forderungen der Volksinitiative.⁶ Wo die Kommission von diesen abweicht, ist sie der Meinung, dass die Volksinitiative in zu starkem Mass in die Wirtschaftsfreiheit eingreift bzw. keine tauglichen Mittel zur Lösung der Problematik bietet. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass der indirekte Gegenvorschlag zusätzliche Bestimmungen enthält, die von der Volksinitiative nicht gefordert werden. Der Entwurf beinhaltet insbesondere die folgenden Regelungen:

– *Vergütungsreglement*

Bei Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind (börsenkotierte Gesellschaften), erlässt der Verwaltungsrat ein Reglement über die Vergütungen für die Mitglieder des Verwaltungsrates, für die Personen, die er ganz oder zum Teil mit der Geschäftsführung betraut hat (Geschäftsleitung), und für die Mitglieder des Beirates (Vergütungsreglement). Der Verwaltungsrat unterscheidet dabei zwischen der Grundvergütung und einer allfälligen zusätzlichen Vergütung und legt das maximal zulässige Verhältnis zwischen diesen fest. Er unterbreitet der Generalversammlung das Vergütungsreglement zur Genehmigung.

– *Vergütungsbericht*

Bei börsenkotierten Gesellschaften erstellt der Verwaltungsrat jährlich einen schriftlichen Vergütungsbericht. Darin legt er Rechenschaft ab über die Einhaltung des Gesetzes, des Vergütungsreglements und gegebenenfalls der Statuten. Im Vergütungsbericht sind zudem die Vergütungen an den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat offenzulegen (vgl. den geltenden Artikel 663b^{bis} OR).

– *Vergütungen an den Verwaltungsrat und den Beirat*

Bei börsenkotierten Gesellschaften beschliesst die Generalversammlung jährlich über die Genehmigung des Gesamtbetrags, den der Verwaltungsrat für seine eigene Vergütung sowie die Vergütung des Beirates beschlossen hat.

– *Vergütungen an die Geschäftsleitung*

Bei börsenkotierten Gesellschaften beschliesst die Generalversammlung jährlich über die Genehmigung des Gesamtbetrags, den der Verwaltungsrat für die Vergütung der Geschäftsleitung beschlossen hat. Die Statuten können allerdings vorsehen, dass der Verwaltungsrat abschliessend über die Geschäftsleitungsvergütungen beschliesst.

⁶ Siehe dazu als Anhang den Vergleich Volksinitiative «gegen die Abzockerei» – indirekter Gegenvorschlag der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 25. Oktober 2010.

- *Unzulässige Vergütungen*
Bei börsenkotierten Gesellschaften sind Abgangsentschädigungen und Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden, an Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates grundsätzlich untersagt. Der Verwaltungsrat kann der Generalversammlung Ausnahmen beantragen, sofern diese im Interesse der Gesellschaft sind.
- *Konkretisierung der Sorgfaltspflicht*
Bei börsenkotierten Gesellschaften wird die Sorgfaltspflicht der Mitglieder des Verwaltungsrates sowie Dritter, welche mit der Geschäftsführung befasst sind (Art. 717 OR), in Bezug auf die Festlegung der Vergütungen konkretisiert.
- *Anzeigepflichten der Revisionsstelle*
Die Anzeigepflichten der Revisionsstelle (Art. 728c OR) werden in Bezug auf Verstösse gegen das Vergütungsreglement erweitert.
- *Rückerstattungsklage*
Die Regelung der Rückerstattungsklage (Art. 678 OR) wird griffiger ausgestaltet. Neu sollen neben den Mitgliedern des Verwaltungsrates auch die mit der Geschäftsführung befassten Personen sowie die Mitglieder des Beirates zur Rückerstattung verpflichtet sein. Voraussetzung für die Rückerstattungsklage gemäss Artikel 678 Absatz 2 OR ist fortan nur noch das offensichtliche Missverhältnis zwischen der Leistung der Gesellschaft und der erbrachten Gegenleistung. Das Erfordernis des offensichtlichen Missverhältnisses zwischen der Leistung und der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft wird gestrichen.
- *Wahl des Verwaltungsrates*
Bei börsenkotierten Gesellschaften werden die Mitglieder des Verwaltungsrates jährlich durch die Generalversammlung gewählt. Allerdings sollen die Statuten auch eine längere – bis zu drei Jahre dauernde – Amtsdauer vorsehen können. Eine mehr als einjährige Amtsdauer kann nach Ansicht der Kommission – insbesondere unter dem Aspekt der personellen Kontinuität und der langfristigen Ausrichtung der Verwaltungsratsentscheide – gerechtfertigt sein. Die Wahl erfolgt für jedes Mitglied einzeln. Wiederwahl ist möglich.
- *Stimmrechtsvertretung*
Bei börsenkotierten Gesellschaften darf eine institutionelle Stimmrechtsvertretung nur durch unabhängige Stimmrechtsvertreter erfolgen. Diese werden jährlich von der Generalversammlung gewählt. Die Organ- und Depotstimmrechtsvertretung ist untersagt.
- *Elektronische Generalversammlung*
Den Unternehmen wird ermöglicht, bei der Durchführung der Generalversammlung elektronische Mittel zu nutzen.

– *Stimm- und Offenlegungspflicht der Vorsorgeeinrichtungen*

Die Vorsorgeeinrichtungen sind verpflichtet, ihre Stimmrechte in schweizerischen börsenkotierten Gesellschaften auszuüben. Die Ausübung hat im Interesse der Destinatäre zu erfolgen. Zudem legen die Vorsorgeeinrichtungen offen, wie sie gestimmt haben.

– *Strafbestimmung*

Ein Mitglied des Verwaltungsrates einer börsenkotierten Gesellschaft, welches vorsätzlich gegen das Vergütungsreglement verstösst und dadurch die Gesellschaft schädigt, wird, auf Antrag der Gesellschaft oder eines Aktionärs, mit Busse bestraft. Diese Strafbestimmung ist als Ergänzung zu den verschärften zivilrechtlichen Instrumenten zu verstehen. Letztere sollen nach Ansicht der Kommission im Vordergrund stehen. Eine weitergehende Strafbestimmung im Sinne der Volksinitiative erscheint der Kommission als nicht vereinbar mit den allgemeinen Prinzipien des schweizerischen Strafrechts.

3 Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen

3.1 Obligationenrecht

Die nachfolgenden Erläuterungen werden in thematische Gruppen zusammengefasst, innerhalb welcher sie in der Reihe der Artikelnummerierung behandelt werden.

3.1.1 Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen

Art. 678 Rückerstattung von Leistungen

Eine griffige und operable Regelung der Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen, welche für börsenkotierte wie auch nicht börsenkotierte Gesellschaften gilt, ist für eine gute Corporate Governance von grosser Bedeutung, da dadurch ein ungerechtfertigter Mittelabfluss des Gesellschaftsvermögens rückgängig gemacht werden kann. Diese Bestimmung schützt folglich die Eigentumsrechte der Aktionärinnen und Aktionäre und liegt letztlich auch im Interesse der Gläubigerinnen und Gläubiger der Gesellschaft. Durch die Verbesserung der Rückerstattungsklage soll auch die Rückforderung von exzessiven Vergütungen erleichtert werden.

Der Entwurf weitet den Kreis der rückerstattungspflichtigen Personen auf mit der Geschäftsführung befasste Personen aus. Durch diese Formulierung wird zum Ausdruck gebracht, dass durch Artikel 678 nicht nur die formellen (Mitglieder des Verwaltungsrates) und die materiellen (Direktorinnen und Direktoren, Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer usw.), sondern auch die faktischen Organe erfasst werden. Neu gehören auch allfällige Mitglieder des Beirates zu den rückerstattungspflichtigen Personen.

Absatz 2 regelt die sogenannten verdeckten Gewinnausschüttungen, welche unter anderem vorliegen, wenn die Gesellschaft zu hohe Vergütungen für Arbeits- oder sonstige Dienstleistungen entrichtet.⁷ Diese Vergütungen beruhen zwar auf einem rechtsgültigen Vertrag, der jedoch zu nicht marktkonformen Konditionen abgeschlossen wurde.

Wie bereits im Vorentwurf des Bundesrates zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts vom 2. Dezember 2005 wird auf das Erfordernis verzichtet, dass die Leistung in einem Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage resp. Ertragslage des Unternehmens steht. Eine ungerechtfertigte Leistung soll auch dann zurückgefordert werden können, wenn es der Gesellschaft finanziell gut geht. Die wirtschaftliche Situation des Unternehmens vermag ein offensichtliches Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung nicht zu rechtfertigen. Es genügt neu, dass ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht.

Das geltende Recht nennt das Kriterium der Bösgläubigkeit nur in Artikel 678 Absatz 1 OR. In der Lehre führte dies zu Kontroversen, ob sich der böse Glaube nur auf Absatz 1 oder auch auf Absatz 2 bezieht.⁸ Diese Kontroverse wird nun beendet. Der Entwurf – wie bereits schon der Entwurf des Bundesrates (Botschaft vom 21. Dezember 2007; Zusatzbotschaft vom 5. Dezember 2008) – verzichtet gänzlich auf das Erfordernis der Bösgläubigkeit der Empfängerin oder des Empfängers der Leistung. Der böse Glaube ist als innerer, subjektiver Sachverhalt meist kaum nachzuweisen. Ob eine sachlich ungerechtfertigte Leistung zurückzuerstatten ist, darf daher nicht vom Nachweis der Bösgläubigkeit abhängig gemacht werden, wenn die Rückerstattungsklage nicht von vornherein ins Leere laufen soll. Wie bereits die Botschaft vom 21. Dezember 2007 ausführte, gibt es mit Blick auf den Schutz des Eigentums der Gesellschaft keinen Grund, bei der Rückerstattungsklage nach Artikel 678 OR von den allgemeinen Regeln zur ungerechtfertigten Bereicherung abzuweichen, die ebenfalls vorsehen, dass die zu Unrecht bereicherte Person grundsätzlich auch dann zur Rückerstattung verpflichtet ist, wenn sie die Leistung in gutem Glauben empfangen hat (Art. 62 Abs. 1 OR).⁹ Durch Absatz 3 wird nun aber die gutgläubige Empfängerin oder der gutgläubige Empfänger insoweit geschützt, als dass sie oder er die Leistung nur dann zurückerstatten muss, wenn sie oder er im Zeitpunkt der Rückforderung noch bereichert ist. Die beiden Kriterien des «guten Glaubens» sowie der «nicht mehr vorhandenen Bereicherung» können wie folgt beschrieben werden:

Guter Glaube: Artikel 3 Absatz 2 des Zivilgesetzbuchs (ZGB)¹⁰ sieht vor, dass wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte, nicht berechtigt ist, sich auf den guten Glauben zu berufen. In Bezug auf die Rückerstattungsklage ist nur diejenige Empfängerin oder derjenige Empfänger gutgläubig, die oder der nicht wusste oder hätte wissen müssen, dass der erlangte Vermögensvorteil ohne Rechtsgrund erfolgte.

⁷ Peter Kurer, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 3. Aufl., Basel 2008, Art. 678 N 15.

⁸ Roger Dürr, Die Rückerstattungsklage nach Artikel 678 Absatz 2 OR im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerungen: unter besonderer Berücksichtigung übermässiger Entschädigungen an Mitglieder des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung, Diss. Zürich 2005, § 6 N 14.

⁹ BBl 2008 1589, 1663 f.

¹⁰ SR 210

Aufgrund von Artikel 3 Absatz 1 ZGB ist der gute Glaube zu vermuten, was dazu führt, dass unter dem geltenden Recht die Klägerin oder der Kläger die Bösgläubigkeit der Empfängerin oder des Empfängers nachzuweisen hat. Durch Absatz 3 wird die Klage nun insofern erleichtert, als dass nicht die klagende Partei die Bösgläubigkeit beweisen muss, sondern die beklagte Empfängerin oder der beklagte Empfänger ihre oder seine Gutgläubigkeit und die Tatsache, dass sie oder er nicht mehr bereichert ist.

Nicht mehr vorhandene Bereicherung: Absatz 3 wie auch Artikel 64 OR wollen verhindern, dass die Rückerstattungspflicht zu einer Schädigung der gutgläubigen Bereicherten oder des gutgläubigen Bereicherten führt, da diese oder dieser aufgrund der Rückerstattungspflicht nicht schlechter gestellt werden soll, als wenn die Zuwendung an sie oder ihn nie erfolgt wäre.¹¹

Die Einrede der nicht mehr vorhandenen Bereicherung kann geltend gemacht werden, wenn die gutgläubige Empfängerin oder der gutgläubige Empfänger die ohne Rechtsgrund erhaltene Leistung für etwas verwendet hat, das sie oder er ohne das Erhaltene nicht vorgenommen hätte, so z.B. dass sie oder er ohne die unzulässige Dividende oder Vergütung eine Ferienreise nicht unternommen hätte oder eine Schenkung nicht ausgerichtet hätte.¹²

Der Entwurf hält neu ausdrücklich fest, dass die Generalversammlung beschliessen kann, dass die Gesellschaft die Klage auf Rückerstattung erheben muss (Abs. 5).¹³ Dies ermöglicht es den Aktionärinnen und Aktionären, eine Klage auf Leistung an die Gesellschaft in die Wege zu leiten, ohne dass sie selber das Prozesskostenrisiko tragen müssen. Um allfällige Interessenkonflikte zu vermeiden kann die Generalversammlung mit der Prozessführung anstelle des Verwaltungsrates eine Vertreterin oder einen Vertreter betrauen.¹⁴ Zur Sachverhaltsfeststellung können die Aktionärinnen und Aktionäre unter anderem ihr Auskunftsrecht geltend machen und eine Sonderuntersuchung beantragen.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass eine Genehmigung der Vergütungen des Verwaltungsrates und des Beirates nach Artikel 731*k* resp. der Geschäftsleitung nach Artikel 731*l* einer allfälligen Rückforderungsklage nicht entgegen steht. Die von der Generalversammlung genehmigte Grundvergütung und die zusätzliche Vergütung können gestützt auf Artikel 678 Absatz 2 zurückgefordert werden, sofern sie in einem Missverhältnis zur erbrachten Gegenleistung steht. Die Generalversammlung genehmigt zwar den Gesamtbetrag der Vergütungen des Verwaltungsrates sowie des Beirates und grundsätzlich auch der Geschäftsleitung, spricht sich aber weder über die interne Verteilung dieses genehmigten Betrags auf die einzelnen Mitglieder noch über die Angemessenheit der einzelnen Vergütungen in Bezug auf die erbrachte Gegenleistung der jeweiligen Mitglieder aus. Die Überprüfung des Kriteriums des Missverhältnisses muss folglich stets möglich bleiben.

¹¹ BGE 73 II 109; BGE 82 II 439.

¹² Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 694.

¹³ Dies geht für die Verantwortlichkeitsklage bereits implizit aus Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR und für die Rückerstattungsklage auch aus Art. 693 Abs. 3 Ziff. 5 des bundesrätlichen Entwurfs vom 21. Dezember 2007 hervor.

¹⁴ Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 36 N 18 ff.

Eine materielle Neuerung findet sich in Ziffer 5: Auch bei Klagen auf Rückerstattung von ungerechtfertigten Leistungen (Art. 678) soll sich das Stimmrecht zwingend nach dem Nennwert der Aktien richten. Die erhöhte Stimmkraft der Stimmrechtsaktionärinnen und Stimmrechtsaktionäre muss sachrichtigerweise – gleich wie bei der Verantwortlichkeitsklage (Art. 756 OR) und bei der Klage auf Einsetzung einer Sonderuntersuchung (Art. 697a OR) – entfallen.

Art. 756 Abs. 2 Schaden der Gesellschaft; Ansprüche ausser Konkurs

Die in Artikel 693 Absatz 3 Ziffer 4 OR bereits implizit enthaltene Möglichkeit, wonach die Generalversammlung beschliessen kann, dass die Gesellschaft die Verantwortlichkeitsklage erheben muss, wird entsprechend zur Rückerstattungsklage ausdrücklich positivrechtlich geregelt (s. dazu auch die Ausführungen zu Art. 678 Abs. 5).

3.1.2 Stimmrechtsvertretung

Der Entwurf sieht basierend auf dem Entwurf des Bundesrates vom 21. Dezember 2007¹⁵ eine Neuregelung der Vertretung in der Generalversammlung vor. Die bereits heute bestehende Unterscheidung zwischen der sog. gewillkürten (oder bürgerlichen) Stellvertretung und der sog. institutionellen Stimmrechtsvertretung wird beibehalten.

Bei der *gewillkürten Stellvertretung* bevollmächtigt eine Aktionärin oder ein Aktionär individuell eine Privatperson mit der Vertretung in der Generalversammlung. Es kommen die allgemeinen Regeln des Auftragsrechts zum Zug (Art. 394 ff. OR). Bei der *institutionellen Stimmrechtsvertretung* dagegen handelt es sich um gesetzlich vorgesehene Sonderformen der Stellvertretung, die spezifisch für die Vertretung zahlreicher Aktionärinnen und Aktionäre in der Generalversammlung konzipiert wurden. Neben den auftragsrechtlichen Vorschriften kommen hier spezifische aktienrechtliche Bestimmungen zur Anwendung. Das geltende Recht kennt drei Formen der institutionellen Stimmrechtsvertretung: die Organ-, die Depot- und die unabhängige Stimmrechtsvertretung (Art. 689c ff. OR).

Die heutige Regelung der Stimmrechtsvertretung vermag unter dem Blickwinkel der Corporate Governance nicht zu überzeugen. Dies gilt insbesondere für die institutionelle Stimmrechtsvertretung bei börsenkotierten Gesellschaften. Aber auch bei privaten Gesellschaften besteht ein Handlungsbedarf.

Die Revision des Aktienrechts von 1991¹⁶ hat die institutionelle Stimmrechtsvertretung (Organvertretung/unabhängige Stimmrechtsvertretung/Depotvertretung) neu geregelt (Art. 689c f. OR). Mit der Pflicht der Banken zur Einholung von Weisungen konnte eine Verbesserung erzielt werden. Dennoch bleibt die gesetzliche Regelung des Depotstimmrechts sachlich unbefriedigend. Aktionärinnen und Aktionäre sind sich häufig nicht bewusst, dass sie im Rahmen eines Depotvertrags der Bank eine Vertretungsvollmacht einräumen. Das Ersuchen der Banken um Weisungen für die Ausübung des Stimmrechts (Art. 689d Abs. 1 OR) bleibt in der Praxis oftmals

¹⁵ BBI 2008 1770 ff.

¹⁶ AS 1992 733 786; BBI 1983 II 745

unbeantwortet. Bei der Organvertretung und der unabhängigen Stimmrechtsvertretung fehlt zudem jegliche gesetzliche Bestimmung zum Einholen von Weisungen. Ein Teil der Lehre geht deshalb davon aus, dass die Stimmrechtsvertreterin oder der Stimmrechtsvertreter ohne Weisungen wie der Depotvertreter gemäss den Anträgen des Verwaltungsrates zu stimmen hat. Die Stimmrechtsunterlagen des Unternehmens enthalten häufig einen entsprechenden Passus. Formulare zur Vollmachtserteilung sehen sogar vor, dass die Organvertreterin oder der Organvertreter stets gemäss den Anträgen des Verwaltungsrates abzustimmen hat.

Probleme mit der Stimmrechtsvertretung ergeben sich auch bei Kleingesellschaften, wenn die Aktionärinnen und Aktionäre zerstritten sind und das Vertretungsrecht auf Mitaktionärinnen bzw. Mitaktionäre beschränkt ist. Unter gewissen Voraussetzungen bejaht die Rechtsprechung diesfalls schon heute einen Anspruch auf eine unabhängige Stimmrechtsvertretung.¹⁷

Im Hinblick auf diese unbefriedigende Situation sieht der Entwurf folgende Neuordnung vor (Art. 689c f.):

- Die Vertretung kann neu nur noch in Privatgesellschaften auf andere Aktionärinnen und Aktionäre beschränkt werden.
- Ist dies der Fall, so muss auf Verlangen einer Aktionärin oder eines Aktionärs eine unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder ein unabhängiger Stimmrechtsvertreter bezeichnet werden.
- Die Depot- und die Organvertretung werden sowohl im Hinblick auf börsenkotierte als auch auf nicht börsenkotierte Gesellschaften abgeschafft.
- Börsenkotierte Gesellschaften müssen eine unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter einsetzen. Diese oder dieser wird durch die Generalversammlung gewählt.
- Erhält die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder der unabhängige Stimmrechtsvertreter keine Weisungen, so enthält sie oder er sich der Stimme. Bei nicht angekündigten Anträgen stimmt sie oder er – mangels einer besonderen Weisung – gemäss den Empfehlungen des Verwaltungsrates.

In der Vernehmlassung zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005 wurde bereits die Befürchtung geäussert, dass insbesondere die Abschaffung der Organvertretung in Verbindung mit der Neuregelung des Weisungsrechts der Gesellschaft schaden könne. Sie begünstige Zufallsentscheidungen und benachteilige die schweigende Mehrheit der zufriedenen Aktionärinnen und Aktionäre.¹⁸ Diese Argumentation

¹⁷ Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 26. Januar 2001, ZBGR 2002 Nr. 43.

¹⁸ Ergebnisbericht betr. die Vernehmlassungsergebnisse zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom Februar 2007, S. 17 f., abrufbar im Internet unter:
<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision/ve-res-d.pdf>.

vermag indessen nicht zu überzeugen.¹⁹ Eine unverfälschte Willensbildung in der Generalversammlung ist nur dann gewährleistet, wenn alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter, welche eine Person mit der Vertretung beauftragen, klare Angaben zur Ausübung des Stimmrechts machen. Die Qualität der Willensbildung wird nicht dadurch verbessert, dass Personen Vollmachten erteilen, ohne die Vertreterin oder den Vertreter zumindest durch einfaches Ankreuzen auf dem Vollmachtenformular anzuweisen, gemäss den Anträgen des Verwaltungsrates zu stimmen. Für den Fall, dass an einer Generalversammlung nicht angekündigte Anträge gestellt werden, sieht der Entwurf jedoch neu eine Sonderregelung zugunsten der Empfehlungen des Verwaltungsrates vor.

Durch den Entwurf soll bei der Generalversammlung der unverfälschte Wille der Aktionärinnen und Aktionäre zum Ausdruck kommen. Deshalb werden insbesondere bei börsenkotierten Gesellschaften Dauervollmachten wie auch gesetzliche Automatismen, die dazu führen, dass die institutionellen Stimmrechtsvertreterinnen und -vertreter in Ermangelung einer anderslautenden Weisung den Anträgen des Verwaltungsrates folgen, untersagt.

Art. 689 Abs. 2 Teilnahme an der Generalversammlung; Grundsatz

Artikel 689 Absatz 2 hält als Grundsatz fest, dass die Aktionärinnen und Aktionäre entweder selber an der Generalversammlung teilnehmen oder sich vertreten lassen können.

Art. 689c Vertretung des Aktionärs in Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien

Artikel 689c regelt die institutionelle Stimmrechtsvertretung bei börsenkotierten Gesellschaften. Der Entwurf schafft die Organ- und die Depotvertretung ab (Abs. 1 und 5). Neu gibt es nur noch eine Form der institutionellen Stimmrechtsvertretung, die sog. unabhängige Stimmrechtsvertretung. Absatz 5 stellt dies ausdrücklich klar.

Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien sind nach Absatz 1 verpflichtet, für jede Generalversammlung mindestens eine unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter einzusetzen. Diese werden durch die Generalversammlung im Voraus für die nächste Generalversammlung gewählt. Bei der ersten Generalversammlung nach Inkrafttreten der neuen Bestimmungen, wird die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder der unabhängige Stimmrechtsvertreter durch den Verwaltungsrat bestimmt, sofern nicht bereits vorgängig ein unabhängiger Stimmrechtsvertreter durch die Generalversammlung bestimmt wurde (Art. 4 der Übergangsbestimmungen). Falls die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Einladung keine unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder keinen unabhängigen Stimmrechtsvertreter hat, bspw. weil sie zurückgetreten oder verstorben sind, so werden diese ausnahmsweise durch den Verwaltungsrat bestimmt.

¹⁹ S. dazu auch Gaudenz Zindel, Stimmrechtsvertretung an Generalversammlungen von Publikumsgesellschaften, Insbesondere Stimmrechtsausübung ohne Weisungen, in: Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, herausgegeben von Gaudenz G. Zindel/Patrik R. Peyer/Bertrand Schott, Zürich/St. Gallen 2008, S. 198.

Da die Unabhängigkeit für das Vertrauen der Aktionärinnen und Aktionäre wesentlich ist, muss neben der inneren, subjektiven (für Dritte kaum feststellbaren) Unabhängigkeit auch der äussere, objektive Anschein der Unabhängigkeit gegeben sein.²⁰

Nach Absatz 2 ist die Erteilung von Dauervollmachten an die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder den unabhängigen Stimmrechtsvertreter bei börsenkotierten Gesellschaften unzulässig. Diese Anordnung gewährleistet, dass eine Vertretung nicht automatisch und ohne den aktuellen und klaren Willen der Aktionärinnen und Aktionäre erfolgt, sich an einer bestimmten Generalversammlung vertreten zu lassen. Demgegenüber sind Dauervollmachten bei der gewillkürten Stellvertretung durch Privatpersonen möglich und können dort auch sinnvoll sein (so bspw. die dauerhafte Stellvertretung der Mutter durch ihre Tochter).

Damit der wirkliche Wille der Aktionärinnen und Aktionäre bei der Entscheidung der Gesellschaft möglichst unverfälscht zum Ausdruck kommt, sieht Absatz 3 vor, dass die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder der unabhängige Stimmrechtsvertreter sich der Stimme enthalten muss, wenn sie oder er bei angekündigten Anträgen von der Vollmachtgeberin oder vom Vollmachtgeber keine Weisungen zur Stimmabgabe erhalten hat. Bisher stimmte die institutionelle Stimmrechtsvertreterin oder der institutionelle Stimmrechtsvertreter bei Fehlen spezifischer Weisungen in der Regel gemäss den Anträgen des Verwaltungsrates; dies entspricht jedoch nicht ohne Weiteres dem wirklichen Willen der vertretenen Personen.

Um der neuen Regelung von Absatz 3 Rechnung zu tragen, wird Artikel 703 OR modifiziert. Neu beschliesst die Generalversammlung mit der absoluten Mehrheit der abgegebenen Aktienstimmen, wobei Enthaltungen nicht als abgegebene Stimmen gerechnet werden. Dies hat zur Folge, dass Enthaltungen für den Ausgang von Abstimmungen anders als bisher nicht mehr von Bedeutung sind.

Wenn unabhängige Stimmrechtsvertreterinnen und -vertreter, die keine Weisung erhalten haben, sich der Stimme generell enthalten müssten, wäre dies im Hinblick auf nicht angekündigte Anträge, die erst in der Generalversammlung gestellt werden, nicht unproblematisch. Eine zwingende Stimmenthaltung könnte dazu führen, dass in der Generalversammlung gezielt neue Anträge eingereicht würden, um die Mehrheitsverhältnisse zu verändern. Absatz 4 sieht daher vor, dass die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder der Stimmrechtsvertreter bei nicht angekündigten Anträgen grundsätzlich dem Verwaltungsrat zustimmt. Es steht den Aktionärinnen und Aktionären jedoch offen, der unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter für nicht angekündigte Anträge explizit Weisungen zu erteilen, die der Regelung von Absatz 4 vorgehen. Unter nicht angekündigten Anträgen im Sinne des Entwurfs sind sämtliche Anträge zu verstehen, die in der Einladung zur Generalversammlung nicht aufgeführt werden.

Im Hinblick auf den Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Aktionärinnen und Aktionären und der unabhängigen Stimmrechtsvertreterin beziehungsweise dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter erscheint es als sinnvoll, dass die Vollmacht mit den Weisungen direkt der Vertreterin oder dem Vertreter zugeschickt wird und nicht vorgängig der Gesellschaft zugestellt werden muss.

²⁰ Für Einzelheiten s. auch die Ausführungen zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle in der Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl **2004** 3969, 3999 f.

Es wird ferner darauf hingewiesen, dass das Verbot der Organ- und Depotvertretung nicht auf dem Weg einer gewillkürten Stellvertretung umgangen werden darf. So würde beispielsweise die Vertretung von Depotkundinnen und -kunden durch Banken gestützt auf eine Dauervollmacht und ohne konkrete Weisung gegen Absatz 2 verstossen.

Art. 689d Vertretung des Aktionärs in Gesellschaften ohne börsenkotierte Aktien

Private Aktiengesellschaften haben gestützt auf Absatz 1 nach wie vor die Möglichkeit, in ihren Statuten vorzusehen, dass sich die Aktionärinnen und Aktionäre nur durch eine Mitaktionärin oder einen Mitaktionär vertreten lassen können. Diese Regelung dient der Durchsetzung der statutarischen Vinkulierung: Sie ermöglicht es, die Einflussnahme von Personen auszuschliessen, an welche die Aktien gemäss den statutarischen Vinkulierungsbestimmungen nicht übertragen werden können.

Macht die Gesellschaft von dieser Möglichkeit Gebrauch, so wird sie nach Absatz 2 künftig verpflichtet, auf Verlangen einer Gesellschafterin oder eines Gesellschafters eine unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu ernennen. Dadurch wird gewährleistet, dass die Aktionärinnen und Aktionäre sich in jedem Fall durch eine neutrale Person vertreten lassen können. Diese Regelung ist insbesondere in Gesellschaften mit nur wenigen Aktionärinnen und Aktionären von Bedeutung, da sich diese sonst gezwungen sehen könnten, sich durch Personen vertreten zu lassen, die ihre Ansichten nicht teilen.

Aktionärinnen und Aktionäre haben nach Absatz 3 ein Gesuch um Bezeichnung einer unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters bis spätestens 14 Tage vor der Generalversammlung bei der Gesellschaft einzureichen. Diese Frist berücksichtigt, dass die Einladung spätestens 20 Tage vor der Generalversammlung erfolgt (Art. 700 Abs. 1); das Gesuch nach Absatz 2 und 3 kann selbstverständlich schon vor der Einladung zur Generalversammlung eingereicht werden. Die Gesellschaft ihrerseits muss den Namen der unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder des unabhängigen Stimmrechtsvertreters nach Absatz 4 spätestens 8 Tage vor der Generalversammlung allen Aktionärinnen und Aktionären schriftlich bekannt geben.

Es steht der Gesellschaft zudem frei, schon anlässlich der Einladung zur Generalversammlung eine unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu bezeichnen. Sie kann aber auch auf die Ernennung einer unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters verzichten und in Kauf nehmen, dass sich die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller diesfalls nach Absatz 5 durch eine beliebige Drittperson vertreten lassen darf. So ist es insbesondere auch möglich, dass eine Aktionärin oder ein Aktionär der Gesellschaft mitteilt, dass sie oder er an der Teilnahme an der Generalversammlung verhindert ist und sich durch eine bestimmte Person vertreten lassen möchte, die nach den Statuten nicht zur Vertretung zugelassen ist, weil sie nicht Aktionärin ist (s. Abs. 1). Wenn die Gesellschaft damit einverstanden ist (was der Regelfall sein dürfte), so kann sie einfach auf die Bezeichnung einer unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters verzichten (s. Abs. 5). Diese einfache Lösung ist auch für kleine und mittlere Unternehmen (im Folgenden «KMU») praxistauglich.

Im Unterschied zu börsenkotierten Gesellschaften können Aktionärinnen und Aktionäre der unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter eine Dauervollmacht erteilen (vgl. Art. 689c Abs. 2 für Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien). Dies soll namentlich den administrativen Aufwand in KMU verringern.

Art. 689e Abs. 1 erster Satz sowie Abs. 2 erster Satz Bekanntgabe

Die Regelung der Bekanntgabe der institutionellen Stimmrechtsvertretung in der Generalversammlung muss der Neuregelung in Artikel 689c und 689d angepasst werden.

Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2a (neu) Unübertragbare Befugnisse

Der Entwurf stellt klar, dass bei börsenkotierten Gesellschaften die Wahl der unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder des unabhängigen Stimmrechtsvertreters grundsätzlich eine unübertragbare Aufgabe der Generalversammlung darstellt.

Ausnahmen vom Grundsatz, dass bei börsenkotierten Gesellschaften die unabhängige Stimmrechtsvertretung zwingend von der Generalversammlung zu wählen ist, finden sich lediglich in Artikel 689c Absatz 1 zweiter Satz sowie in Artikel 4 der Übergangsbestimmungen.

Art. 702 Abs. 2 und 3 Vorbereitende Massnahmen; Protokoll

Die Revision von Artikel 702 betreffend den Inhalt des Protokolls der Generalversammlung trägt der Neuregelung der Stimmrechtsvertretung Rechnung (Abs. 2 Ziff. 1, s. Art. 689 ff.). Im Protokoll wiederzugeben sind u.a. die Beschlüsse und Wahlergebnisse unter Angabe der Stimmverhältnisse. Weitere Änderungen stehen in Zusammenhang mit der Zulassung elektronischer Medien bei der Durchführung der Generalversammlung (Art. 701a ff.). So muss das Protokoll Angaben enthalten über die allfällige Verwendung elektronischer Mittel, die Anzahl elektronisch abgegebener Stimmen und das Auftreten technischer Probleme bei der Durchführung der Generalversammlung (Abs. 2 Ziff. 5 und 7). Wird auf einen räumlichen Tagungsort verzichtet und eine elektronische Generalversammlung durchgeführt, so ist im Protokoll festzuhalten, dass die Zustimmung aller Aktionärinnen und Aktionäre bzw. ihrer Vertreterinnen oder Vertreter vorliegt (Abs. 2 Ziff. 6).

Ferner stellt Absatz 2 Ziffer 3 klar, dass Auskunftsbegehren und die darauf erteilten Antworten nur im Protokoll aufzuführen sind, wenn die Fragen in der Generalversammlung behandelt wurden.

Für das Einsichtsrecht der Gesellschafterinnen und Gesellschafter ins Protokoll der Generalversammlung ist den technischen Entwicklungen Rechnung zu tragen: Den Aktionärinnen und Aktionären ist das Protokoll innert 20 Tagen nach der Durchführung der Generalversammlung entweder auf elektronischem Weg zugänglich zu machen, oder es ist Ihnen auf ihren Wunsch hin zuzustellen. Die Versendung kann gegebenenfalls auch per E-Mail erfolgen. Die Gesellschaft trägt die Kosten (Abs. 3).

Artikel 703 wird im Hinblick auf die Neuregelung des Weisungsrechts bei der institutionellen Stimmrechtsvertretung (Art. 689c f.) geändert: Massgebend sind nicht mehr die vertretenen, sondern die abgegebenen Aktienstimmen. Der neue Absatz 2 ist *zwingender Natur*: Enthaltungen werden nie zu den abgegebenen Aktienstimmen gezählt.

3.1.3 Modernisierung der Generalversammlung

Die Bestimmungen zur Modernisierung der Generalversammlung entsprechen denjenigen des Entwurfs des Bundesrates vom 21. Dezember 2007.²¹

Art. 689a Abs. 1^{bis} (neu) Berechtigung gegenüber der Gesellschaft

Neu kann der Verwaltungsrat vorsehen, dass anstelle einer schriftlichen Vertretungsvollmacht eine elektronische Vollmacht eingereicht werden darf (Art. 689a Abs. 1^{bis}). Voraussetzung ist jedoch, dass diese mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen wird (Art. 14 Abs. 2^{bis} OR).²² Generalversammlungsbeschlüsse, die unter Beteiligung ungenügend bevollmächtigter Personen gefasst werden, unterliegen der Anfechtung nach Artikel 691 Absatz 3 OR.

Mit Rücksicht auf die Bedürfnisse von Kleingesellschaften wird einerseits vorgesehen, dass der Verwaltungsrat nicht verpflichtet ist, elektronische Vollmachten entgegenzunehmen. Artikel 689a Absatz 1^{bis} stellt in dieser Hinsicht eine *lex specialis* zur allgemeinen Regel von Artikel 14 Absatz 2^{bis} OR dar. Andererseits dürfen die Aktionärinnen und Aktionäre auch nicht gezwungen werden, eine elektronische Vollmacht zu verwenden, sondern sie können weiterhin eine eigenhändig signierte Vollmacht in Papierform einreichen (Art. 14 Abs. 1 OR).

Art. 700 Einberufung und Traktandierung der Generalversammlung; Form

Um der fortschreitenden Informatisierung Rechnung zu tragen, schlägt der Entwurf in Absatz 1 vor, dass Gesellschaften die Einladung zur Generalversammlung und weitere Unterlagen den Aktionärinnen und Aktionären auf elektronischem Weg zukommen lassen können. Zulässig ist auch die Übermittlung via Telefax. Voraussetzung ist allerdings das Einverständnis der betreffenden Aktionärin oder des betreffenden Aktionärs, da niemand gezwungen werden soll, sich im Kontakt mit der Gesellschaft elektronischer Mittel zu bedienen.

Die erforderliche Einwilligung der Aktionärinnen und Aktionäre kann auf verschiedene Weise eingeholt werden. Enthalten die Statuten keine entsprechenden Bestimmungen, so legt der Verwaltungsrat nach Absatz 4 die Modalitäten fest.

²¹ BBl 2008 1770 und 1778 ff.

²² Artikel 2 und 7 des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 2003 über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur (Bundesgesetz über die elektronische Signatur, ZertES), SR 943.03.

Die Gesellschaft trägt die Verantwortung für eine korrekte elektronische Übermittlung der Unterlagen. Treten Mängel auf, so kann das Teilnahmerecht der Aktionärinnen und Aktionäre verletzt sein (Art. 691 Abs. 3, 706 OR).

Absatz 3 sieht vor, was in der Einladung zur Generalversammlung aufgeführt sein muss. Die Bestimmung wird im Interesse der Verständlichkeit neu gegliedert. Ferner wird ausdrücklich festgehalten, dass bei Anträgen von Aktionärinnen und Aktionären eine Zusammenfassung der Begründung in der Einladung enthalten sein muss (Ziff. 3). Bei Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien ist in der Einladung zudem die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder der unabhängige Stimmrechtsvertreter sowie der prozentuale Anteil von Dispoaktien²³ am Aktienkapital anzugeben (Ziff. 4). Damit soll die Transparenz betreffend die Stimmrechtsverhältnisse in der Generalversammlung verbessert werden.

Die Absätze 5 und 6 entsprechen den bisherigen Absätzen 3 und 4.²⁴ Die Bestimmungen bleiben unverändert.

Art. 701a (neu) Verwendung elektronischer Mittel; Ausübung der Aktionärsrechte

Aktionärinnen und Aktionäre sollen inskünftig mittels elektronischer Medien aus Distanz an der Generalversammlung teilnehmen können, sofern die Statuten dies ausdrücklich zulassen. Angesprochen wird damit in erster Linie die Übertragung der Generalversammlung vom Tagungsort übers Internet oder auf andere Weise, so dass ortsabwesende Personen auf elektronischem Weg aktiv an der Generalversammlung teilnehmen können. Denkbar ist auch die Durchführung einer Versammlung unter Nutzung von Bildtelefonen. Der Einsatz dieser neuen Technologien trägt unter anderem der verstärkten Globalisierung des Aktionariats Rechnung.

Die Voten der aus Distanz teilnehmenden Aktionärinnen und Aktionäre müssen an den Tagungsort übertragen werden (Ziff. 3). Zudem muss sichergestellt sein, dass die Identität der teilnehmenden und der votierenden Personen eindeutig feststeht und die Abstimmungsergebnisse nicht verfälscht werden (Art. 701c). Der Verwaltungsrat trägt dafür die Verantwortung und haftet im Schadensfall (Art. 754 OR).

Die Gesellschaften sind nicht verpflichtet, die Teilnahme an der Generalversammlung aus Distanz zuzulassen. Die Verwendung der entsprechenden elektronischen Mittel sowie die Gewährleistung einer ausreichenden Identifikation von ortsabwesenden Aktionärinnen und Aktionäre ist mit einem gewissen Aufwand verbunden, dies namentlich für Unternehmen mit einem grossen Aktionariat. Es soll deshalb den Gesellschaften überlassen bleiben zu entscheiden, inwieweit sie sich der neuen Kommunikationsmittel bedienen wollen.

Art. 701b (neu) Elektronische Generalversammlung

Auch die Durchführung einer rein elektronischen Generalversammlung soll möglich sein. Darunter ist eine sogenannte virtuelle oder Cyber-Generalversammlung zu verstehen, bei der kein räumlicher Tagungsort mehr besteht. Auch hier sind die Vorgaben von Artikel 701c einzuhalten. Alle Teilnehmerinnen und Teilnehmer

²³ Zum Begriff der Dispoaktie vgl. die Botschaft des Bundesrates vom 21. Dezember 2007 zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, BBl 2008 1589, 1619.

²⁴ Fassung vom 16. Dezember 2005 (BBl 2005 7323), in Kraft am 1. Januar 2008.

müssen in der Lage sein, die Voten der anderen Beteiligten mitzuverfolgen. Zudem setzt die Durchführung einer solchen Generalversammlung voraus, dass sämtliche Aktionärinnen und Aktionäre oder deren Vertreterinnen oder Vertreter zustimmen. Eine elektronische Generalversammlung ist allerdings ausgeschlossen, wenn die zu fassenden Beschlüsse öffentlich zu beurkunden sind. Die Grundprinzipien der öffentlichen Beurkundung lassen eine Verurkundung ohne räumlichen Tagungsort nicht zu (dies folgt namentlich aus den Prinzipien der Einheit des Beurkundungsakts und der Einheit des Orts²⁵).

Sehen die Statuten keine Regelung vor, so ist es am Verwaltungsrat zu bestimmen, wie und in welcher Form die Zustimmung der Aktionärinnen und Aktionäre zur Durchführung einer elektronischen Generalversammlung eingeholt wird. Fehlt es an der erforderlichen Einwilligung und wird dadurch das Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung verletzt, so sind die Beschlüsse nichtig (Art. 706b Ziff. 1 OR).

In der Vernehmlassung zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005 wurde der Wunsch geäussert, dass die Durchführung einer elektronischen Generalversammlung nicht an die Zustimmung aller Aktionärinnen und Aktionäre geknüpft wird.²⁶ Ein qualifiziertes Mehr solle genügen. Zwar würde dies Gesellschaften mit einem grossen Aktionariat ermöglichen, auf einen räumlichen Tagungsort zu verzichten. Das Teilnahmerecht an der Generalversammlung gehört aber zu den absolut zentralen Aktionärsrechten. Es erscheint daher nicht vertretbar, Aktionärinnen und Aktionäre ohne Zugang zum Internet von der Partizipation an der Generalversammlung auszuschliessen.

Art. 701c (neu) Voraussetzungen für die Verwendung elektronischer Mittel

Diese Bestimmung regelt die Voraussetzungen der Verwendung elektronischer Mittel bei der Durchführung der Generalversammlung. Gemäss dem Unmittelbarkeitsprinzip sollen sich die Aktionärinnen und Aktionäre ihre Meinung gestützt auf die Voten des Verwaltungsrates und der Mitaktionärinnen und Mitaktionäre bilden können. Es muss daher sichergestellt werden, dass jede Teilnehmerin und jeder Teilnehmer sich aktiv an der Generalversammlung beteiligen und Anträge stellen kann (Ziff. 2).

Art. 701d (neu) Technische Probleme

Kann die Generalversammlung aufgrund von technischen Problemen nicht in der vom Gesetz oder den Statuten vorgesehenen Form durchgeführt werden, ist sie zu wiederholen (Abs. 1). Die in Artikel 700 Absatz 1 vorgesehene Frist zur Einladung zur Generalversammlung ist diesfalls nicht zu beachten. Es genügt, wenn das Datum für die Generalversammlung so angesetzt wird, dass die Mehrheit der Aktionärinnen und Aktionäre nicht von vornherein von der Teilnahme ausgeschlossen ist.

Verhandlungsgegenstände, die vor dem Auftreten der technischen Schwierigkeiten behandelt wurden, müssen nicht nochmals traktandiert werden. Die entsprechenden

²⁵ S. Christian Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, Rz. 2047 ff.; Peter Ruf, Notariatsrecht, Langenthal 1995, Rz. 1477 ff.

²⁶ Ergebnisbericht betr. die Vernehmlassungsergebnisse zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom Februar 2007, S. 22.

Beschlüsse sind grundsätzlich rechtsgültig zustande gekommen (Abs. 2); eine allfällige Anfechtung bleibt dabei vorbehalten.

Sind technische Probleme aufgetreten, so muss die Abstimmung oder Wahl in jedem Fall wiederholt werden. Die Gesellschaft kann sich von dieser Pflicht nicht mit dem Nachweis befreien, dass die technischen Probleme keinen Einfluss auf das Abstimmungs- oder Wahlergebnis gehabt haben. Das Aktionariat hat einen unverzichtbaren Anspruch darauf, dass die im Gesetz vorgesehenen Abstimmungen und Wahlen auch wirklich durchgeführt werden.

3.1.4 Wahl des Verwaltungsrates

Art. 710 Wahl und Amtsdauer

Nach dem geltenden Recht werden die Mitglieder des Verwaltungsrates auf drei Jahre gewählt, sofern die Statuten nichts anderes bestimmen. Die Amtsdauer darf jedoch sechs Jahre nicht übersteigen.

Der Entwurf unterscheidet neu bei der Amtsdauer zwischen Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien und solchen ohne börsenkotierte Aktien. Bei börsenkotierten Gesellschaften besteht eine dispositive Amtsdauer von einem Jahr. Die Wiederwahl bleibt selbstverständlich möglich (Abs. 4). Die Statuten können aber eine Verlängerung der Amtsdauer auf maximal drei Jahre vorsehen. Dadurch wird dem Anliegen der Wirtschaft nach Kontinuität im Verwaltungsrat und der Möglichkeit der Staffe- lung der Wahlen entgegengekommen.

Es ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass trotz einer mehrjährigen Amtsdauer die Generalversammlung gestützt auf Artikel 705 OR berechtigt bleibt, die Mitglieder des Verwaltungsrates jederzeit abzuberufen.

Bei Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, bleibt es in Bezug auf die Amtsdauer bei der Regelung des geltenden Rechts (Abs. 2).

Bei allen Aktiengesellschaften wird neu vorgeschrieben, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates einzeln zu wählen sind; eine Wahl *in corpore* wird dadurch ausgeschlossen.

Im Gegensatz zur Volksinitiative verzichtet der Entwurf hingegen darauf, dass die Generalversammlung zwingend einen Vergütungsausschuss des Verwaltungsrates wählen muss. Die heute in der Praxis der börsenkotierten Gesellschaften weit verbreiteten Vergütungsausschüsse²⁷ werden durch das neue Konzept des Entwurfs an Bedeutung verlieren. Zum einen stellen die Beschlüsse des Verwaltungsrates über die Festlegung der Vergütungen (Art. 731k Abs. 1 und Art. 731l Abs. 1) unübertragbare und unentziehbare Aufgaben des Verwaltungsrates dar (s. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR). Der Verwaltungsrat kann gemäss Artikel 716a Absatz 2 OR die Festlegung der Vergütungen nur zum Zweck der Vorbereitung, Ausführung und Über-

²⁷ Vgl. dazu Guy M. Gächter, Managementvergütungen: Grundlagen, Kompetenzen und Verfahren, Diss. St. Gallen 2008, S. 128 ff.; Katja Roth Pellanda, Organisation des Verwaltungsrates, Zusammensetzung, Arbeitsteilung, Information und Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 2007, N 616 ff.

wachung an einen Vergütungsausschuss delegieren. Zum andern ist gemäss dem Entwurf die Generalversammlung für die Genehmigung der Managementvergütungen zuständig, weshalb nicht zwingend auf einen «unabhängigen» Vergütungsausschuss abgestellt werden muss.

Art. 712 Präsident und Sekretär

Der Entwurf unterscheidet auch bei der Zuständigkeit zur Bestimmung der Präsidentin oder des Präsidenten des Verwaltungsrates zwischen Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien und solchen ohne börsenkotierte Aktien. Bei börsenkotierten Gesellschaften wird in Absatz 1 dispositiv vorgesehen, dass die Generalversammlung das Präsidium des Verwaltungsrates wählt. Die Statuten können jedoch vorsehen, dass der Verwaltungsrat seine Präsidentin oder seinen Präsidenten selber bestimmt.

In Bezug auf Gesellschaften ohne börsenkotierte Aktien (Abs. 2) sowie auf die Bezeichnung der Sekretärin oder des Sekretärs des Verwaltungsrates (Abs. 3) wird am geltenden Recht festgehalten.

3.1.5 **Regelung der Vergütungen**

In den Artikeln 731*c* bis 731*m* werden sowohl Aufgaben des Verwaltungsrates als auch Befugnisse der Generalversammlung geregelt. Aus diesem Grund wurde im dritten Abschnitt zur Organisation der Aktiengesellschaft ein neuer Gliederungstitel mit dem Buchstaben E eingefügt, der nicht an den Normadressat, sondern an das Objekt der Vergütungen bei börsenkotierten Gesellschaften anknüpft.

3.1.5.1 **Geltungsbereich**

Art. 731c (neu) Geltungsbereich

Artikel 731*c* definiert den Geltungsbereich der Bestimmungen von Artikel 731*d* bis Artikel 731*m*. Diese gelten nur für Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind. Anknüpfungspunkte sind folglich weder die Publikumsgesellschaften (s. Art. 727 Abs. 1 Ziff. 1 OR), noch die börsenkotierten Beteiligungspapiere (s. Art. 663*e* Abs. 3 Ziff. 1 OR; darunter fallen neben den Aktien auch Partizipations- und Genussscheine sowie «weitere Beteiligungspapiere»²⁸), sondern lediglich börsenkotierte Namen- oder Inhaberaktien.

Sowohl die Volksinitiative als auch der Entwurf bestimmen den Geltungsbereich der angestrebten vergütungsrechtlichen Bestimmungen über das Kriterium der Börsenkotierung.

Die Anknüpfung gewisser Sonderregeln an das Kriterium der Börsenkotierung – ein Begriff, der im Obligationenrecht nicht definiert ist – ist nichts Neues und besteht

²⁸ Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl 2004 3969, 4011.

bereits im geltenden Recht, bspw. in Bezug auf die Offenlegung der Vergütungen in Art. 663b^{bis} OR oder in Bezug auf die Vinkulierung in Art. 685d OR.

Gemäss Artikel 2 Buchstabe b des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG)²⁹ gelten alle Einrichtungen des Effektenhandels, die den gleichzeitigen Austausch von Angeboten unter mehreren Effekthändlern sowie den Vertragsabschluss bezwecken, als Börsen. Nach Artikel 2 Buchstabe c BEHG ist unter dem Begriff der Kotierung die Zulassung zum Handel an der Haupt- oder Nebenbörse zu verstehen. Als Börsen kommen dabei sowohl schweizerische als auch ausländische Börsen in Betracht.³⁰

Unter dem Begriff der Börsenkotierung in Artikel 731c ist schliesslich nur auf die Kotierung abzustellen, die auf Veranlassung der Gesellschaft selbst herbeigeführt wurde. Nicht als börsenkotiert im Sinne von Artikel 731c gelten Aktien, deren Börsenhandel sich ohne die Mitwirkung der Gesellschaft, deren Aktien gehandelt werden, gebildet hat (bspw. auf Initiative eines «market makers», d.h. einer Effekthändlerin oder eines Effekthändlers, die oder der gemäss Artikel 3 Absatz 4 der Verordnung vom 2. Dezember 1996³¹ über die Börsen und den Effektenhandel (Börsenverordnung, BEHV) gewerbsmässig für eigene Rechnung kurzfristig mit Effekten handelt und öffentlich dauernd oder auf Anfrage Kurse für einzelne Effekten stellt).³²

3.1.5.2 Sorgfaltspflicht bei der Festlegung der Vergütungen

Art. 731e (neu) Sorgfaltspflicht

Zusätzlich zur allgemeinen Sorgfaltspflicht nach Artikel 717 Absatz 1 OR konkretisiert der neue Artikel 731e für börsenkotierte Gesellschaften die spezifische Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrates und der mit der Geschäftsführung befassten Personen³³ in Bezug auf die Festlegung der Vergütungen. Sie haben dafür zu sorgen, dass die von ihnen festgelegten Vergütungen sowohl mit der wirtschaftlichen Lage als auch mit dem dauernden Gedeihen des Unternehmens im Einklang stehen. Zudem müssen die Vergütungen auch in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben, Leistungen und der Verantwortung der Empfängerinnen und Empfänger stehen. Diese Regelung lehnt sich stark an § 87 des revidierten Deutschen Aktiengesetzes an.³⁴

Artikel 731e verdeutlicht, dass der Verwaltungsrat und die mit der Geschäftsführung befassten Personen im Rahmen einer Verantwortlichkeitsklage ersatzpflichtig werden können, wenn sie durch Unsorgfalt bei der Festlegung der Vergütungen die Gesellschaft schädigen. Marktkonforme Vergütungen des Managements, die auf-

²⁹ SR 954.1

³⁰ Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl 2004 3969, 4011.

³¹ SR 954.11

³² Vgl. Matthias Oertle/Shelby du Pasquier, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, 3. Aufl., Basel 2008, Art. 685d N 1.

³³ S. dazu auch die Ausführungen in Ziffer 3.1.1 zu Art. 678.

³⁴ Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütungen (VorstAG) vom 31. Juli 2009, in Kraft seit dem 5. August 2009.

grund des fehlenden Missverhältnisses zur erbrachten Gegenleistung nicht der Rückerstattungsklage nach Artikel 678 Absatz 2 unterliegen, können trotzdem zu einer Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates führen, wenn diese Vergütungen nicht mit der wirtschaftlichen Lage oder dem dauernden Gedeihen des Unternehmens im Einklang stehen resp. nicht in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben, Leistungen und der Verantwortung der Empfängerinnen und Empfänger stehen.

Artikel 731e sieht vor, dass bei der sorgfältigen Festlegung von Vergütungen insbesondere drei Kriterien zwingend zu berücksichtigen sind: erstens die wirtschaftliche Lage des Unternehmens, zweitens das dauernde Gedeihen des Unternehmens und drittens das angemessene Verhältnis der Vergütung zu den Aufgaben, Leistungen und der Verantwortung der Empfängerinnen und Empfänger.

Das Kriterium der wirtschaftlichen Lage bringt zum Ausdruck, dass die Vergütungen auch mit dem aktuellen Geschäftsgang des Unternehmens (als Kriterien fallen unter anderem die Kapitaldeckung, der Verschuldungsgrad, die Ertragslage oder der Cash Flow in Betracht) vereinbar sein müssen. So wäre es beispielsweise unsorgfältig, wenn der Verwaltungsrat oder die mit der Geschäftsführung befassten Personen Vergütungssysteme einführen, die selbst in Verlustsituationen den dafür verantwortlichen Personen noch eine «leistungsabhängige» zusätzliche Vergütung gewähren.

Die Konkretisierung der Sorgfaltspflicht bei Vergütungen durch den Bezug auf die wirtschaftliche Lage des Unternehmens steht nicht im Widerspruch dazu, dass auf dasselbe Kriterium bei der Rückerstattungsklage nach Artikel 678 Absatz 2 neu verzichtet wird. Bei Artikel 678 geht es um den Schutz des Gesellschaftsvermögens. Dieses ist ungeachtet der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens vor verdeckten Gewinnentnahmen zu schützen. Demgegenüber verpflichtet Artikel 731e den Verwaltungsrat und die mit der Geschäftsführung befassten Personen zur Sorgfalt bei der Festlegung der Vergütungen. Es ist sachgerecht, dass sich diese konkrete Sorgfaltspflicht an der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens auszurichten hat.

Der Begriff des dauernden Gedeihens des Unternehmens ist dem schweizerischen Aktienrecht nicht unbekannt (s. Art. 669 Abs. 3 und Art. 674 Abs. 2 Ziff. 2 OR). In Bezug auf die Sorgfaltspflicht bei der Festlegung der Vergütungen soll damit zum Ausdruck gebracht werden, dass durch die Vergütungspolitik keine kurzfristige Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft gefördert werden soll. Vielmehr soll durch diese Politik ein nachhaltiger, im langfristigen Interesse der Gesellschaft liegender Gewinn angestrebt werden.

Die Vergütungen sind u.a. dann sorgfältig festgelegt worden, wenn sie mit der wirtschaftlichen Lage und dem dauernden Gedeihen des Unternehmens *im Einklang stehen*. Dem Verwaltungsrat und den mit der Geschäftsführung befassten Dritten steht bei der Festlegung der Vergütungen demnach ein Ermessensspielraum zu; die Vergütungen müssen somit nicht starr gewissen wirtschaftlichen Kennzahlen folgen. Es sind beispielsweise auch Situationen denkbar, in denen es trotz schlechter wirtschaftlicher Lage angezeigt sein kann, attraktive Löhne zu gewähren, um hoch qualifizierte Führungs- und Fachkräfte halten oder rekrutieren zu können.

Mit dem Kriterium des angemessenen Verhältnisses der Vergütung zu den Aufgaben, Leistungen und der Verantwortung der Empfängerinnen und Empfänger wird schliesslich klar gestellt, dass für die Beurteilung der Frage der sorgfältigen Festlegung der Vergütung nicht nur auf gesamtunternehmerische Kriterien der Gesellschaft abgestellt werden muss, sondern auch auf individuelle Elemente der Vergü-

tungsempfängerinnen und -empfänger. Dadurch wird sichergestellt, dass die Vergütungen auch bei guter wirtschaftlicher Lage und langfristiger Ausrichtung nicht beliebig festgelegt werden dürfen, sondern immer auch durch Aufgaben, Leistungen und Verantwortung der Empfängerinnen und Empfänger gerechtfertigt sein müssen. Durch dieses zusätzliche Kriterium kann auf die von gewissen Kreisen geforderte staatlich festgelegte absolute oder relative Lohnobergrenze (z.B. eine Maximalvergütung von einer Million Franken resp. einem Verhältnis zwischen der niedrigsten und höchsten Vergütung von maximal 1 zu 20) verzichtet werden.

Das Abstellen auf die Angemessenheit der Vergütungen ist kein Novum im schweizerischen Gesellschaftsrecht. Dieses Kriterium wurde bereits in Artikel 679 aOR³⁵ verwendet und besteht für Genossenschaften heute noch in Artikel 904 OR. Es ist dabei nicht auf eine absolute Höhe der Vergütung abzustellen, sondern es muss im Einzelfall anhand der Aufgaben, Leistungen und Verantwortung der Empfängerin oder des Empfängers geprüft werden, ob diese noch angemessen ist.³⁶

Die Vergütungen sind nur dann sorgfältig festgelegt, wenn sie die in Artikel 731e aufgeführten Kriterien kumulativ erfüllen.

Die konkretisierte Sorgfaltspflicht gemäss Artikel 731e bedeutet schliesslich nicht, dass Vergütungen, die von dieser Bestimmung nicht betroffen sind (z.B. bei börsenkotierten Gesellschaften Vergütungen an das untere Kader oder Vergütungen bei nicht börsenkotierten Gesellschaften), unsorgfältig und entgegen dem Gesellschaftsinteresse festgelegt werden dürfen.

3.1.5.3 Vergütungsreglement

Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2a (neu) Unübertragbare Aufgaben

Der Verwaltungsrat ist für eine angemessene Vergütungspolitik verantwortlich (vgl. Art. 731e). Gestützt auf Artikel 716a Absatz 1 Ziffer 2a wird das Folgende klar gestellt: Börsenkotierte Gesellschaften haben zwingend ein Vergütungsreglement zu erlassen (Art. 731d) und einen Vergütungsbericht zu erstellen (Art. 731f). Der Verwaltungsrat erlässt das Vergütungsreglement und erstellt den Vergütungsbericht. Der Erlass des Vergütungsreglements sowie die Erstellung des Vergütungsberichts gehören zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates. Diese Pflicht zur Erstellung des Vergütungsreglements und des Vergütungsberichts kann somit weder der Geschäftsleitung, einem Verwaltungsratsausschuss oder einzelnen Mitgliedern des Verwaltungsrates noch der Generalversammlung zugewiesen werden. Das vom Verwaltungsrat erlassene Vergütungsreglement muss jedoch von der Generalversammlung genehmigt werden (Art. 731j).

Art. 731d (neu) Vergütungsreglement

Der Verwaltungsrat von börsenkotierten Gesellschaften erlässt gemäss Absatz 1 ein schriftliches Vergütungsreglement, welches die Basis für die Festsetzung der Vergü-

³⁵ AS 1937 185, 216 und 345; in Kraft bis 30. Juni 1992.

³⁶ Vgl. Wolfhart Bürgi, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, b/1: Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660-697), Zürich 1957, Art. 679 aOR N 9.

tungen der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates bildet. Nur die Vergütungen dieser Organmitglieder müssen durch das Vergütungsreglement geregelt werden. Es bleibt dem Verwaltungsrat aber unbenommen, den persönlichen Anwendungsbereich des Vergütungsreglements auch auf andere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Gesellschaft auszudehnen.

Der Begriff der Vergütungen ist umfassend zu verstehen und wird in Artikel 731g Absatz 2 definiert. Insbesondere gehören auch Bonifikationen, Tantiemen, Aktien- und Optionszuteilungen aus Beteiligungsprogrammen, Abgangsschädigungen und Antrittsprämien zu den Vergütungen. Darlehen und weitere Kredite, die an gegenwärtige oder frühere Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates gewährt werden, sind zwar im Vergütungsbericht anzugeben (Art. 731h Abs. 1), sie bilden jedoch keine Vergütungen, solange sie marktüblichen Bedingungen entsprechen. Verzichtet der Verwaltungsrat hingegen auf eine Rückzahlungsforderung, so liegt eine Vergütung vor (Art. 731g Abs. 2 Ziff. 7).

Der Verwaltungsrat hält im Vergütungsreglement gemäss Absatz 2 Ziffer 1 die Zuständigkeiten und das Verfahren zur Festlegung der Grundvergütung und der zusätzlichen Vergütung fest. Er muss insbesondere offenlegen, welche Mitglieder des Verwaltungsrates (unabhängige/abhängige, exekutive/nicht exekutive) und gegebenenfalls welche weiteren Personen (z.B. Mitglieder der Geschäftsleitung und des Beirates oder externe Beraterinnen und Berater) in welcher Form vorbereitend an der Entscheidungsfindung mitwirken und über welche Teilnahme- und Mitspracherechte die Empfängerinnen und Empfänger der Vergütungen verfügen. Namen einzelner Personen müssen nicht genannt werden, da es auf Stufe des Vergütungsreglements um die detaillierte Darlegung der funktionalen Abläufe geht.³⁷ Im Vergütungsreglement sind Massnahmen zu ergreifen, um potenziellen Interessenkonflikten vorzubeugen.

Der Entwurf schreibt die Bildung eines Vergütungsausschusses nicht zwingend vor. Falls eine Gesellschaft dennoch einen Vergütungsausschuss vorsieht, so sind im Vergütungsreglement seine Zusammensetzung (z.B. Mehrheit an unabhängigen und nicht exekutiven Mitgliedern des Verwaltungsrates) und seine Aufgaben festzulegen.

In den Grundlagen gemäss Absatz 2 Ziffer 2 hält der Verwaltungsrat fest, welche Ziele er für die Ausgestaltung der Vergütungen berücksichtigt (z.B. Umsatz- und Ertragsziele, Kennzahlen, Lohnvergleiche, Aktienkursentwicklung, persönliche Ziele). Sodann gibt er an, wie er diese Ziele gewichtet und anhand welcher Beurteilungsmassstäbe die Zielerreichung gemessen wird. Das Vergütungssystem und als Folge davon das Vergütungsreglement müssen klar und nachvollziehbar sein.

Das Vergütungsreglement enthält gemäss Absatz 2 Ziffer 3 Angaben über die einzelnen Elemente der Vergütungen. Der Verwaltungsrat legt dabei insbesondere fest, welche Arten von Vergütungen in der Gesellschaft angewandt werden sollen (vgl. Art. 731g Abs. 2).

Allfällige Beteiligungsprogramme zählen ebenfalls zu den Elementen der Vergütungen. Aufgrund der Verwässerungsgefahr, der zum Teil komplexen Ausgestaltung, der damit geschaffenen Anreize und der mehrjährigen Auswirkungen werden die

³⁷ Vgl. SIX-Kommentar vom 20. September 2007 zur Corporate Governance-Richtlinie, Ziffer 5.1. Im Internet abrufbar unter: http://www.six-exchange-regulation.com/obligations/governance_de.html.

Beteiligungsprogramme in Absatz 2 Ziffer 3 separat erwähnt. Der Verwaltungsrat hat im Vergütungsreglement besonders genau festzuhalten, welche Arten von Beteiligungs-, Wandel- und Optionsrechten als Vergütungen vorgesehen sind und welche Voraussetzungen für die Zuteilung und die konkrete Ausgestaltung der Modalitäten berücksichtigt werden.

Gemäss Absatz 2 Ziffer 4 sind im Vergütungsreglement auch die Grundsätze, nach denen die Dauer und Kündbarkeit der Verträge, die den Vergütungen zugrunde liegen (vgl. Art. 731g Abs. 1 Ziff. 2), festzulegen. Die Aktionärinnen und Aktionäre erhalten dadurch die Möglichkeit, nicht nur von der Art und Höhe der Vergütungen, sondern auch von der Dauer der Verpflichtungen Kenntnis zu erhalten und darauf Einfluss zu nehmen (s. Art. 731j).

Im Vergütungsreglement muss der Verwaltungsrat die Möglichkeit, zusätzliche Vergütungen nachträglich herabzusetzen (Bonus-Malus-System³⁸), festlegen oder begründen weshalb er auf eine nachträgliche Herabsetzungsmöglichkeit verzichtet (Abs. 2 Ziff. 5).

Im Gegensatz zu Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden (s. Art. 731m), sind Antrittsprämien grundsätzlich zulässig, da diese durchaus im Interesse der Gesellschaft sein können. Antrittsprämien stellen Vergütungen dar (Art. 731g Abs. 2 Ziff. 5) und unterliegen – zusammen mit allen weiteren Vergütungen – als Teil der Gesamtvergütung auch der Genehmigungspflicht durch die Generalversammlung. Der Entwurf sieht hingegen keine gesonderte Offenlegung der Antrittsprämien vor. Um eine willkürliche Festsetzung solcher Antrittsprämien zu vermeiden, muss der Verwaltungsrat gemäss Absatz 2 Ziffer 6 die Zulässigkeit von Antrittsprämien, deren Grundlage und die Voraussetzungen für deren Ausrichtung im Vergütungsreglement festlegen.

Aufwendungen, die Ansprüche auf Vorsorgeleistungen begründen oder erhöhen, stellen ebenfalls Vergütungen dar (Art. 731g Abs. 2 Ziff. 8), die der Genehmigungspflicht durch die Generalversammlung unterliegen. Die Aktionärinnen und Aktionäre haben aber in der Regel keine Kenntnis über die Höhe und Ausgestaltung dieser Vorsorgeleistungen, die z.T. weit über die gesetzlich vorgesehenen Arbeitgeberbeiträge hinaus gehen.³⁹ Um Missbräuche zu verhindern und den Aktionärinnen und Aktionären auch in diesem wichtigen Bereich alle nötigen Informationen bereit zu stellen, muss der Verwaltungsrat gemäss Absatz 2 Ziffer 7 auch die Grundsätze, nach denen die Höhe der Vorsorgeleistungen festgelegt werden, im Vergütungsreglement festlegen.

Die Vergütungen teilen sich gemäss Absatz 3 in die Grundvergütung und die allfällige zusätzliche Vergütung auf. Die Grundvergütung soll das fixe Grundgehalt darstellen. Da dieses prospektiv für das kommende Jahr genehmigt wird, wissen die Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates, was ihnen für die zu leistende Arbeit mindestens zusteht. Die zusätzliche Vergütung beinhaltet leistungs- und erfolgsabhängige Komponenten. Sie ist jedoch grundsätzlich keine Gewinnverwendung im Sinne des Artikels 677 OR und ist dementsprechend bereits in den entsprechenden Aufwandkonten der von der Revisionsstelle ordentlich

³⁸ Vgl. Rundschreiben 2010/1 der Eidg. Finanzmarktaufsicht, Vergütungssysteme, Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten, N 48 ff., abrufbar im Internet unter: <http://www.finma.ch/d/regulierung/Documents/finma-rs-2010-01-d.pdf>.

³⁹ Guy Gächter, Managementvergütungen: Grundlagen, Kompetenzen und Verfahren, Diss. St. Gallen 2008, S. 28.

geprüften Jahresrechnung enthalten. Abgangsentschädigungen gelten als zusätzliche Vergütung. Der Genehmigungsvorbehalt der Generalversammlung bezüglich der zusätzlichen Vergütung hat zur Folge, dass in den vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Mitgliedern des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung sowie des Beirates und der Gesellschaft jene Elemente der Vergütungen suspensiv bedingt sein müssen, die als zusätzliche Vergütung nach Artikel 731k Absatz 1 Ziffer 2 und 4 und Artikel 731f Absatz 1 Ziffer 2 zu qualifizieren sind.

Der Entwurf verzichtet schliesslich darauf, das maximal zulässige Verhältnis zwischen Grundvergütung und zusätzlicher Vergütung festzulegen, da dieses insbesondere von der Branche, Grösse und Ausrichtung des Unternehmens abhängen kann. Der Verwaltungsrat erhält jedoch die Pflicht, dieses maximal zulässige Verhältnis im Vergütungsreglement festzulegen. Die Gesellschaft hat es somit in der Hand, eine ihren Verhältnissen angemessene Regelung einzuführen.

3.1.5.4 Vergütungsbericht

Art. 728a Abs. 1 Ziff. 4 (neu) Aufgaben der Revisionsstelle; Gegenstand und Umfang der Prüfung

Im geltenden Recht müssen die Managementvergütungen im Anhang zur Bilanz offen gelegt werden (Art. 663b^{bis} OR). Da der Anhang gemäss Artikel 662 Absatz 2 OR ein Teil der Jahresrechnung ist, werden die Angaben zu den offengelegten Vergütungen durch die Revisionsstelle auf Übereinstimmung mit Gesetz und Statuten überprüft (Art. 728a Abs. 1 OR).

Der Entwurf verschiebt nun die offen zu legenden Vergütungen vom Anhang zur Bilanz in den Vergütungsbericht (s. dazu die Ausführungen zu Art. 731g ff.). Die Transparenz von Vergütungen ist allerdings nur dann gewährleistet, wenn die entsprechenden gesetzlichen Vorschriften auch wirksam durchgesetzt werden können.⁴⁰ Da der Vergütungsbericht nicht Teil der revisionspflichtigen Jahresrechnung darstellt, sind die Aufgaben der Revisionsstelle dementsprechend zu präzisieren. Artikel 728a Absatz 1 Ziffer 4 sieht daher vor, dass die Revisionsstelle bei börsenkotierten Gesellschaften zu prüfen hat, ob der Vergütungsbericht den gesetzlichen Vorschriften und den Statuten entspricht. Gegenstand der Prüfung ist die Vollständigkeit und Richtigkeit der erfassten Geschäftsvorfälle. Bei unzutreffenden Angaben über die Vergütungen der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates wird gestützt auf Artikel 728c Absatz 2 Ziffer 1 OR regelmässig die Generalversammlung zu benachrichtigen sein (zu den Anzeigepflichten der Revisionsstelle bei Verstössen gegen das Vergütungsreglement s. die Ausführungen zu Art. 728c Abs. 1 und 2^{bis}).⁴¹

Die Revisionsstelle hat im Revisionsbericht an die Generalversammlung auch eine Stellungnahme zum Ergebnis der Prüfung des Vergütungsberichts zu publizieren (s. Art. 728b Abs. 2 Ziff. 1 OR).

⁴⁰ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung) vom 23. Juni 2004, BBl 2004 4471, 4484.

⁴¹ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung) vom 23. Juni 2004, BBl 2004 4471, 4484.

Die Prüfung der Revisionsstelle beschränkt sich gemäss Absatz 1 Ziffer 4 auf die Offenlegung der Vergütungen im Vergütungsbericht. Der Rechenschaftsteil des Vergütungsberichts (Art. 731f) unterliegt somit nicht der Revisionspflicht.

Art. 731f (neu) Vergütungsbericht im Allgemeinen

Der Vergütungsbericht umfasst einen Rechenschaftsteil (Art. 731f) sowie einen Transparenzteil, in dem die Managementvergütungen offen gelegt werden (Art. 731g ff.).

Gemäss Absatz 1 erstellt der Verwaltungsrat jährlich den schriftlichen Vergütungsbericht. Er stellt darin die konkrete und detaillierte Umsetzung der Vorgaben des Gesetzes, des Vergütungsreglements (s. Art. 731d) und gegebenenfalls der Statuten dar.

Der Vergütungsbericht bezieht sich sowohl auf die zusätzliche Vergütung für das abgeschlossene Geschäftsjahr, als auch auf die zukünftige Grundvergütung (zu diesen Begriffen s. Art. 731k und 731l). Er unterscheidet zudem zwischen den Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates.

Der Verwaltungsrat erläutert im Vergütungsbericht die konkrete Umsetzung des Vergütungsreglements. Je komplexer die Vergütung und ihre Modalitäten sind, desto eingehender hat sich der Verwaltungsrat dazu zu äussern. Dies gilt insbesondere für die konkrete Umsetzung von Beteiligungsprogrammen, wo er alle Modalitäten detailliert darzulegen hat (insbesondere Basiswert, Zuteilungskriterien, allfällige Sperrfristen; zusätzlich bei Wandel- und Optionsplänen: Laufzeiten, Bezugsverhältnis, Ausübungspreis/-periode).⁴²

Der Verwaltungsrat erläutert im Vergütungsbericht sämtliche Vergütungen und legt darin insbesondere Rechenschaft ab über die konkrete Umsetzung der Vorgaben des gesamten «generell-abstrakten» Vergütungsreglements.⁴³ Der Vergütungsbericht stellt dadurch sicher, dass die Aktionärinnen und Aktionäre ihre Rechte in voller Kenntnis der Sachlage ausüben können. In dieser Hinsicht liegt ein präziser und nachvollziehbarer Vergütungsbericht auch im Interesse des Verwaltungsrates.

Der Vergütungsbericht dient als fundierter Rechenschaftsbericht und im Hinblick auf die Vergütungen der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates zudem als qualifizierte Begründung des Antrags an die Generalversammlung gemäss Art. 731k und 731l.

Die Bestimmungen über die Bekanntgabe des Geschäftsberichts (Art. 696 Abs. 1 und 2 OR) finden gemäss Absatz 2 auf die Bekanntgabe des Vergütungsberichts entsprechend Anwendung. Spätestens 20 Tage vor der Generalversammlung ist der Vergütungsbericht den Aktionärinnen und Aktionären am Gesellschaftssitz zur Einsicht aufzulegen. Eine Aktionärin oder ein Aktionär kann verlangen, dass ihr oder ihm unverzüglich eine kostenlose Ausfertigung des Vergütungsberichts zugestellt wird. Namenaktionärinnen und -aktionäre sind hierüber durch schriftliche Mitteilung zu unterrichten, Inhaberaktionärinnen und -aktionäre durch Bekanntgabe

⁴² SIX-Kommentar vom 20. September 2007 zur Corporate Governance-Richtlinie, Ziffer 5.1.

⁴³ Olivier Blanc/Florian Zihler, Die neuen aktienrechtlichen Vergütungsregeln gemäss dem Entwurf vom 5. Dezember 2008, Die grosse Aktienrechtsrevision als indirekter Gegenschlag zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei», GesKR 2009, S. 71.

im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) sowie in der von den Statuten vorgeschriebenen Form (Art. 696 Abs. 2 OR).

Jede Aktionärin und jeder Aktionär kann noch während eines Jahres nach der Generalversammlung von der Gesellschaft die kostenlose Zustellung des Vergütungsberichts in der von der Generalversammlung genehmigten Form verlangen (Art. 696 Abs. 3 OR).

Art. 731g, 731h und 731i (neu) Transparenz der Vergütungen

Die Artikel 731g, 731h und 731i entsprechen grundsätzlich dem bisherigen Artikel 663^{bis} OR⁴⁴. Sie regeln die Offenlegung der Vergütungen des obersten Managements bei börsenkotierten Gesellschaften.

Die Regelung der Transparenz der Vergütungen gemäss Artikel 663^{bis} OR wird neu in drei Bestimmungen aufgeteilt und in die Artikel 731g, 731h und 731i verschoben. Die Vergütungen werden somit nicht mehr im Anhang zur Bilanz, sondern im Vergütungsbericht offen gelegt, wodurch dem Grundsatz der Einheit der Materie in Bezug auf Vergütungen bei börsenkotierten Gesellschaften Rechnung getragen wird. Der Vergütungsbericht untersteht aber nach wie vor der Revisionspflicht (s. Art. 728a Abs. 1 Ziff. 4).

Die Bestimmungen werden zudem punktuell ergänzt: Um die Transparenz zu verbessern, werden die Gesellschaften verpflichtet, die vereinbarte Dauer der Verträge (insbesondere Arbeitsverträge und Aufträge) bekannt zu geben, die den Vergütungen zu Grunde liegen (Art. 731g Abs. 1 Ziff. 2; s. auch Art. 731d Abs. 2 Ziff. 4).

Um eine allfällige Regelungslücke zu vermeiden, wird klar gestellt, dass Antrittsprämien (sog. «golden hellos») als Vergütungen gelten (Art. 731g Abs. 2 Ziff. 5). Diese sind im Übrigen klar von den Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden, zu unterscheiden (s. dazu die Ausführungen zu Art. 731m).

Abgangschädigungen und Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden, sind nur ausnahmsweise zulässig und bedürfen der Genehmigung durch die Generalversammlung (Art. 731m). Angesichts dieser rechtlichen Sonderstellung ist auch die gesonderte Offenlegung des Gesamtbetrags der Abgangschädigungen und der Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden, angezeigt (Art. 731h Abs. 2 Ziff. 4).

Schliesslich müssen im Vergütungsbericht die weiteren Mandate der Mitglieder des Verwaltungsrates sowie der Geschäftsleitung offen gelegt werden (Art. 731h Abs. 3). Diese Bestimmung übernimmt die entsprechende Offenlegungspflicht der Mitglieder der eidgenössischen Räte nach Artikel 11 Absatz 1 Buchstaben b und d des Bundesgesetzes vom 13. Dezember 2002⁴⁵ über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG).

Eine *Minderheit der Kommission (Zanetti, Janiak, Savary, Recordon, Stadler Markus)* sprach sich dafür aus, dass auch die Vergütungen von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern offenzulegen sind, wenn diese höher sind als die niedrigste Vergütung eines Geschäftsleitungsmitglieds. Dadurch sollten auch Mitarbeiterinnen und Mitar-

⁴⁴ Eingeführt durch Ziff. I des Bundesgesetzes vom 7. Oktober 2005 (Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung), in Kraft seit 1. Januar 2007 (AS 2006 2629, 2632; BBl 2004 4471).

⁴⁵ SR 171.10

beiter unterer Hierarchiestufen der Offenlegungspflicht unterstellt werden, da diese in gewissen Branchen z.T. wesentlich höhere Vergütungen erhalten als ihre Vorgesetzten. Die Kommission entschied jedoch, in diesem Bereich beim geltenden Recht zu bleiben und die Transparenz der Vergütungen nicht auch auf untere Hierarchiestufen auszudehnen.

Aufgrund der Neuregelung der Offenlegung der Vergütungen in Artikel 731g ff. wird Artikel 663b^{bis} OR aufgehoben.

In Bezug auf die periodengerechte Abgrenzung der Vergütungen muss zwischen dem Rechenschaftsteil (Art. 731f) und dem Transparenzteil (Art. 731g ff.) unterschieden werden. Der Rechenschaftsteil dient als qualifizierte Begründung der vom Verwaltungsrat beschlossenen und beantragten Vergütungen. Dieser enthält folglich den Gesamtbetrag der Grundvergütungen für die Dauer bis zur nächsten Generalversammlung (Art. 731k Abs. 1 Ziff. 1 und 3 sowie Art. 731l Abs. 1 Ziff. 1) sowie den Gesamtbetrag der zusätzlichen Vergütungen für das abgeschlossene Geschäftsjahr (Art. 731k Abs. 1 Ziff. 2 und 4 sowie Art. 731l Abs. 1 Ziff. 2).

Massgeblich für die Pflicht zur Offenlegung der Vergütungen im Vergütungsbericht ist hingegen – wie bereits im geltenden Recht – der Zeitpunkt, in dem diese in der Rechnungslegung erfasst werden.⁴⁶ Der Offenlegungsteil des Vergütungsberichts stellt somit auf das vergangene Geschäftsjahr ab.

In Bezug auf die zusätzlichen Vergütungen decken sich die Referenzperioden des Offenlegungsteils und des Antrags des Verwaltungsrates an die Generalversammlung. In Bezug auf die Grundvergütung sind die Referenzperioden jedoch unterschiedlich. Die Aktionäre müssen sich dort auf den Antrag stützen, können jedoch den Offenlegungsteil u.U. als Referenzwert heranziehen.

3.1.5.5 Genehmigungen durch die Generalversammlung

Art. 627 Ziff. 15 (neu) Statuten; Weitere Bestimmungen

Ziffer 15 präzisiert, dass vom Gesetz abweichende Regelungen in Bezug auf die Genehmigung der Vergütungen der Geschäftsleitung gemäss Artikel 731l Absatz 1 zum bedingt notwendigen Statuteninhalt gehören.

Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4a (neu) Unübertragbare Befugnisse

Der Entwurf stellt klar, dass bei börsenkotierten Gesellschaften die Genehmigung des Vergütungsreglements sowie der Vergütungen der Mitglieder des Verwaltungsrates und des Beirates unübertragbare Aufgaben der Generalversammlung darstellen. Durch die Einführung dieser zwingenden Aktionärsrechte wird die Corporate Governance im Bereich der Managementvergütungen entscheidend verbessert.

Da die Statuten von der Genehmigung der Vergütungen der Mitglieder der Geschäftsleitung absehen können (Art. 731l Abs. 1 erster Teilsatz), handelt es sich

⁴⁶ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung) vom 23. Juni 2004, BBl 2004 4471, 4491.

dabei nicht um eine unübertragbare Kompetenz der Generalversammlung im Sinne von Artikel 698 Absatz 2 OR.

Art. 706 Abs. 1 Anfechtung des Vergütungsbeschlusses

Der Entwurf sieht vor, dass die Generalversammlung sowohl das generell-abstrakte Vergütungsreglement (Art. 731j), als auch die individuell-konkreten Vergütungen (Art. 731k ff.) genehmigen muss. Aufgrund dieser doppelten Genehmigungskompetenz der Generalversammlung besteht die Gefahr, dass die Aktionärinnen und Aktionäre (an derselben oder auch an verschiedenen Generalversammlungen) widersprüchliche Beschlüsse treffen, bspw. indem sie zuerst das Vergütungsreglement genehmigen, das für die Verwaltungsratsmitglieder explizit eine fixe Grundvergütung vorsieht, daraufhin aber die entsprechend beantragten Grundvergütungen ablehnen. Denkbar ist aber auch, dass die Mehrheit der Aktionärinnen und Aktionäre vergütungsreglementswidrige Vergütungen genehmigen.

Beschlüsse der Generalversammlung über die Managementvergütungen, welche die gesetzlichen Vergütungsregeln verletzen (so z.B. ein Beschluss der Generalversammlung, der die zusätzlichen Vergütungen der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates prospektiv für die Dauer bis zur nächsten Generalversammlung genehmigt; s. Art. 731k Abs. 1 Ziff. 2 und 4 sowie Art. 731l Abs. 1 Ziff. 2) können auch gestützt auf den heutigen Artikel 706 OR angefochten werden. Generalversammlungsbeschlüsse, die zwar nicht das Gesetz, jedoch das Vergütungsreglement verletzen, können gestützt auf Artikel 706 OR nicht angefochten werden.

Das Vergütungsreglement wird durch die Genehmigung durch die Generalversammlung der rechtlichen Stellung der Statuten angeglichen. Es rechtfertigt sich daher, die Anfechtungsmöglichkeit in Artikel 706 OR auch auf Verletzungen des Vergütungsreglements auszudehnen. Dies setzt sowohl die Minderheitsaktionärinnen und -aktionäre als auch die Vergütungsempfängerinnen und -empfänger in die Lage, sich gegen Generalversammlungsbeschlüsse zur Wehr zu setzen, die dem genehmigten Vergütungsreglement nicht Rechnung tragen.

Aufgrund der vielfältigen und unterschiedlichen Anwendungsfälle verzichtet der Entwurf auf die Ergänzung des Katalogs der konkreten Tatbestände, ergänzt dafür aber die Generalklausel im Einleitungssatz, indem neu auch die Verletzung des Vergütungsreglements als Anfechtungsgrund aufgeführt wird.

Das Klagerecht steht nie den einzelnen Verwaltungsräten individuell zu, sondern immer nur dem Verwaltungsrat als Gesamtorgan. Da bei börsenkotierten Gesellschaften die dem Vergütungsreglement unterstehenden Personen (d.h. die Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates) aber in der Regel auch Aktionäre der Gesellschaft sind, kann wohl in der Praxis dennoch jede vom Generalversammlungsbeschluss betroffene Person die Anfechtungsklage erheben.

Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 Unübertragbare Aufgaben

Das geltende Recht verankert in Artikel 716a OR das Paritätsprinzip⁴⁷ und hält in Absatz 1 Ziffer 4 fest, dass die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäfts-

⁴⁷ Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 745, 842.

führung und der Vertretung betrauten Personen eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrates darstellt.

Die Ernennung von Mitgliedern der Geschäftsleitung ist jedoch sehr eng mit der Festlegung der Vergütung verbunden, welche zwar nach wie vor vom Verwaltungsrat festgelegt wird, neu aber – unter Vorbehalt einer abweichenden statutarischen Bestimmung – durch die Generalversammlung genehmigt werden muss.

Der Entwurf relativiert nun das Paritätsprinzip in Bezug auf die Ernennung der Mitglieder der Geschäftsleitung,⁴⁸ indem der Vorbehalt der gesetzlichen und statutarischen Zuständigkeiten der Generalversammlung zur Genehmigung der Vergütungen der Mitglieder der Geschäftsleitung (s. Art. 731f) eingefügt wird.

Art. 728c Abs. 1 und 2^{bis} (neu) Aufgaben der Revisionsstelle;
Anzeigepflichten

Bei börsenkotierten Gesellschaften kann das Vergütungsreglement sehr umfangreich und komplex ausgestaltet sein. Insbesondere für die Aktionärinnen und Aktionäre dürfte es daher nicht immer einfach sein, die Einhaltung des Vergütungsreglements zu überprüfen. Es rechtfertigt sich daher, zusätzlich zur Information und Offenlegung im Vergütungsbericht, welcher der Revisionspflicht unterliegt (Art. 731ff. i.V.m. Art. 728a Abs. 1 Ziff. 4), und zur allfälligen Anfechtungsklage (Art. 706 Abs. 1), einen weiteren Kontrollmechanismus vorzusehen.

Börsenkotierte Gesellschaften müssen zwingend eine ordentliche Revision durch ein staatlich beaufichtigtes Revisionsunternehmen durchführen lassen (Art. 727 Abs. 1 Ziff. 1 Bst. a OR und Art. 727b Abs. 1 OR). Zur Sicherstellung der Durchsetzung der neuen Vergütungsregeln bei börsenkotierten Gesellschaften sieht der Entwurf daher vor, die meldepflichtigen Verstösse bei der ordentlichen Revision gegenüber dem geltenden Recht zu erweitern. Stellt die Revisionsstelle im Rahmen ihrer Prüfungsaufgaben (Art. 728a OR) Verstösse gegen das Vergütungsreglement fest, so muss sie diese neu dem Verwaltungsrat melden (Abs. 1). Ausserhalb des Rahmens ihrer Prüfungsaufgaben trifft die Revisionsstelle jedoch keine Nachforschungspflicht. Als Organ der Gesellschaft kommt ihr aber eine gewisse Treuepflicht zu, weshalb sie auch zufällig aufgedeckte Verstösse gegen das Vergütungsreglement anzuzeigen hat.⁴⁹

Wenn die Verstösse gegen das Vergütungsreglement wesentlich sind, muss sie zudem die Generalversammlung darüber informieren (Abs. 2^{bis}).

Art. 731j (neu) Genehmigung des Vergütungsreglements

Der Verwaltungsrat erlässt das Vergütungsreglement, doch zur Gültigkeit muss dieses gemäss Absatz 1 zwingend durch die Generalversammlung genehmigt werden (s. auch Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4a). Nebst der erstmaligen Festlegung des Vergütungsreglements nach Inkrafttreten der neuen Bestimmungen muss auch jede vom

⁴⁸ Vgl. Olivier Blanc/Florian Zihler, Die neuen aktienrechtlichen Vergütungsregeln gemäss dem Entwurf vom 5. Dezember 2008, Die grosse Aktienrechtsrevision als indirekter Gegenvorschlag zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei», GesKR 2009, S. 75.

⁴⁹ Vgl. Botschaft vom 23. Juni 2004 zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren, BBl 2004 3969, 4025.

Verwaltungsrat beschlossene Änderung der Generalversammlung zur Genehmigung unterbreitet werden (Abs. 1 zweiter Satz).

Durch diesen Genehmigungsvorbehalt erhalten die Aktionärinnen und Aktionäre – über die Genehmigung der Gesamtvergütungen hinaus – eine Möglichkeit, auf das Vergütungsreglement und dadurch auf die wesentlichen Punkte des Vergütungssystems Einfluss zu nehmen. Zudem führt die Genehmigung des Vergütungsreglements zu Rechtssicherheit für die Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates.

Nicht nur der Verwaltungsrat, sondern auch die Aktionärinnen und Aktionäre können eine Modifizierung des Vergütungsreglements herbeiführen. Absatz 2 stellt klar, dass Aktionärinnen und Aktionäre, die 0,25 Prozent des Aktienkapitals, 0,25 Prozent der Stimmen oder Aktien im Nennwert von einer Million Franken vertreten, der Generalversammlung die Änderung des Vergütungsreglements beantragen können. Diese Regelung übernimmt die Schwellenwerte des bundesrätlichen Entwurfs vom 21. Dezember 2007 zum allgemeinen Traktandierungs- und Antragsrecht (Art. 699a).⁵⁰ Zudem wird durch diese Bestimmung klar gestellt, dass die Aktionärinnen und Aktionäre nicht einen Widerruf des Vergütungsreglements, sondern lediglich eine Änderung beantragen können; dadurch können zeitliche Regelungslücken vermieden werden. Der Antrag muss die gewünschte Änderung in den Grundzügen darlegen und begründen (z.B. Antrag auf Einführung eines Bonus-Malus-Systems oder einer mehrjährigen Sperrfrist für zugeteilte Aktien). Die konkrete Umsetzung der beschlossenen Änderungen obliegt jedoch dem Verwaltungsrat (s. Art. 731d Abs. 1 i.V.m. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2a).

Begehren um Änderung des Vergütungsreglements müssen nach Absatz 2 zweiter Satz spätestens 50 Tage vor der Generalversammlung der Gesellschaft eingereicht werden. Die Frist muss so angesetzt werden, dass die Gesellschaft die Anträge rechtzeitig in die (noch zu druckende) Einladung zur Generalversammlung aufnehmen kann (die Einladungsfrist beträgt 20 Tage; s. Art. 700 Abs. 1 OR). Soweit das Datum der Generalversammlung noch nicht feststeht, müssen Aktionärinnen und Aktionäre, die ihr Antragsrecht ausüben wollen, sich erforderlichenfalls bei der Gesellschaft erkundigen. In jedem Fall können sie aber bereits vor der gesetzlichen Frist Traktandierungsbegehren für die nächste Generalversammlung einreichen. Es steht den Gesellschaften frei, in den Statuten eine kürzere Frist vorzusehen; die gesetzliche Frist darf in den Statuten aber nicht verlängert werden.

Gemäss Absatz 3 findet das geänderte Vergütungsreglement grundsätzlich erstmals an der auf die Genehmigung folgenden Generalversammlung Anwendung. Wird die Änderung bspw. an der ordentlichen Generalversammlung im April 2011 beschlossen, so ist das geänderte Vergütungsreglement erst an der nächsten Generalversammlung, z.B. im April 2012, anwendbar. Diese dispositive Bestimmung führt zu Rechtssicherheit, indem sie verhindert, dass der Verwaltungsrat Anträge über die Genehmigung von Vergütungen stellen muss, die von hängigen Beschlüssen der Generalversammlung über das Vergütungsreglement abhängig sind. Es können durch diese Bestimmung zudem allfällige Probleme in Bezug auf eine Rückwirkung vermieden werden, da ausgeschlossen wird, dass das geänderte Vergütungsreglement auf Sachverhalte angewendet wird, die vor dessen Genehmigung eingetreten

⁵⁰ BBl 2008 1777 f.

sind, namentlich in Bezug auf die zusätzliche Vergütung, die sich in der Konzeption des Entwurfs immer auf das vergangene Geschäftsjahr bezieht.

Andererseits ist festzuhalten, dass diese Regelung auch zu einer verzögerten Anwendung des neuen Vergütungsreglements führt. Der Entwurf sieht daher vor, dass die Generalversammlung auch einen anderen, bspw. früheren Anwendungszeitpunkt beschliessen kann.

Die Offenlegung des Vergütungsreglements orientiert sich an Artikel 697h OR zur Offenlegung der Jahres- und Konzernrechnung, trägt aber den neuen Kommunikationsmöglichkeiten Rechnung. Gemäss Absatz 4 ist das genehmigte Vergütungsreglement entweder elektronisch zu veröffentlichen oder jeder Person, die es verlangt, auf deren Kosten in einer Ausfertigung zuzustellen; ein Nachweis besonderer Interessen ist dafür nicht erforderlich.

Der Verwaltungsrat erfüllt seine Pflicht zur Zustellung, wenn er der antragstellenden Person das vollständige und aktuelle Vergütungsreglement in Papierform zukommen lässt. Sehen die Statuten elektronische Formen der Mitteilungen vor (Art. 45 Abs. 1 Bst. s der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007⁵¹), so kann die Zustellungspflicht auch mittels E-Mail oder einer anderen internetbasierten Methode der Inhaltsverbreitung (z.B. eines Push-Dienstes) erfüllt werden. Entscheidend ist, dass die antragstellende Person innert kurzer Zeit kostenlos auf das vollständige und aktuelle Vergütungsreglement zugreifen und es auch ausdrucken kann.

Art. 731k (neu) Genehmigung der Vergütungen des Verwaltungsrates und des Beirates

Es ist unbestritten, dass den Mitgliedern des Verwaltungsrates aufgrund ihrer vertraglichen Beziehung zur Gesellschaft ein Anspruch auf eine Vergütung zusteht, obwohl das Gesetz dies nicht ausdrücklich vorsieht.⁵² Da Vergütungen im Gegensatz zu den Tantiemen erfolgswirksam als Aufwand verbucht werden können, sind sie steuerrechtlich interessanter und deshalb in der Praxis auch viel verbreiteter. Die Ausrichtung von Tantiemen muss in den Statuten vorgesehen sein (Art. 627 Ziff. 2 OR), die Zulässigkeit ist von gewissen Voraussetzungen abhängig (Art. 677 OR) und die Festsetzung geschieht durch die Generalversammlung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR). Im geltenden Recht ist für die Zulässigkeit von Vergütungen eine statutarische Grundlage hingegen nicht erforderlich und die Festsetzung erfolgt gemäss der herrschenden Lehre durch den Verwaltungsrat, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen.⁵³ Durch die Tendenz, den Verwaltungsrat nicht mehr durch Tantiemen, sondern durch Vergütungen im vorher beschriebenen Sinne zu entschädigen, hat somit auch eine Verschiebung der Zuständigkeit der Festsetzung stattgefunden. Die im Entwurf vorgesehene Genehmigungskompetenz der Generalversammlung in Bezug auf die Vergütungen des Verwaltungsrates führt zumindest bei börsenkotier-

⁵¹ SR 221.411

⁵² Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 28 N 121.

⁵³ Eric Homburger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 5b, Der Verwaltungsrat, Zürich 1997, Art. 717 N 947; Wolfhart Bürgi, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 5b/1, Rechte und Pflichten der Aktionäre, Zürich 1957, Art. 677 N 34.

ten Gesellschaften zu einer Rückkehr zur ursprünglichen Kompetenzenordnung des Aktienrechts.⁵⁴

Gemäss Absatz 1 beschliesst die Generalversammlung bei börsenkotierten Gesellschaften über die Genehmigung des vom Verwaltungsrat beantragten Gesamtbetrags der Grundvergütung des Verwaltungsrates (Abs. 1 Ziff. 1) und des Beirates (Abs. 1 Ziff. 3) für die Dauer bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung. Der Genehmigungsbeschluss muss für den Verwaltungsrat als auch für den Beirat separat erfolgen, bezieht sich aber immer nur auf den Gesamtbetrag der Vergütungen des jeweiligen Gremiums.

Gestützt auf den Vergütungsbericht (Art. 731f) stellt der Verwaltungsrat den Antrag an die ordentliche Generalversammlung (Art. 699 Abs. 2 OR), den Gesamtbetrag der Grundvergütungen für die Dauer bis zur nächsten Generalversammlung zu genehmigen. Werden einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates anlässlich einer ausserordentlichen Generalversammlung gewählt und bleibt der bereits genehmigte Gesamtbetrag der Grundvergütung unverändert, so ist keine neuerliche Genehmigung erforderlich.

Die Genehmigung oder Ablehnung des Gesamtbetrags der Grundvergütung ist eine unübertragbare Befugnis der Generalversammlung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4a). Obschon diese die Mitglieder des Verwaltungsrates einzeln wählt (Art. 710 Abs. 3), genehmigt sie nur den Gesamtbetrag der Grundvergütungen der einzelnen Mitglieder. Der Verwaltungsrat behält folglich einen ausreichenden Handlungsspielraum in der Ausgestaltung der Oberleitung und der Festlegung seiner internen Organisation. Er kann unter anderem Ausschüsse und Komitees während seiner Amtsdauer personell umgestalten, ohne dass er mit dem Beschluss der Generalversammlung in Konflikt geraten würde.

Lehnt die Generalversammlung den Gesamtbetrag der Grundvergütung ab, so können die zur Wahl stehenden Personen auf ihre Nomination verzichten. Ist die Wahl bereits erfolgt, so können die potenziellen Mitglieder des Verwaltungsrates die Annahme der Wahl verweigern.

Gemäss Absatz 1 beschliesst die Generalversammlung von börsenkotierten Gesellschaften auch über die Genehmigung des vom Verwaltungsrat beantragten Gesamtbetrags seiner allfälligen zusätzlichen Vergütung (Abs. 1 Ziff. 2) und derjenigen des Beirates (Abs. 1 Ziff. 4) für das abgeschlossene Geschäftsjahr. Die zusätzliche Vergütung beinhaltet leistungs- und erfolgsabhängige Komponenten. Sie ist jedoch grundsätzlich keine Gewinnverwendung im Sinne des Artikels 677 OR und ist dementsprechend bereits in den entsprechenden Aufwandkonten der von der Revisionsstelle ordentlich geprüften Jahresrechnung enthalten. Abgangsentschädigungen (Art. 731g Abs. 2 Ziff. 5) gelten als zusätzliche Vergütung. Der Genehmigungsvorbehalt der Generalversammlung bezüglich der zusätzlichen Vergütung hat zur Folge, dass in den vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Mitgliedern des Verwaltungsrates sowie des Beirates und der Gesellschaft jene Elemente der Vergütungen von Gesetzes wegen suspensiv bedingt sind, die als zusätzliche Vergütung nach Artikel 731k Absatz 1 Ziffer 2 und 4 zu qualifizieren sind.

Gestützt auf den Vergütungsbericht (Art. 731f) stellt der Verwaltungsrat den Antrag an die ordentliche Generalversammlung (Art. 699 Abs. 2 OR), den Gesamtbetrag

⁵⁴ Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 13 N 339p.

der zusätzlichen Vergütung des Verwaltungsrates und des Beirates für das abgeschlossene Geschäftsjahr zu genehmigen.

Falls die ordentliche Generalversammlung den Antrag auf Genehmigung der zusätzlichen Vergütung des Verwaltungsrates ablehnt, darf sie die Jahresrechnung nicht genehmigen und keinen Beschluss über die Verwendung des Bilanzgewinns fassen (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR). Die Generalversammlung darf auch keinen tieferen Gesamtbetrag der zusätzlichen Vergütung festlegen, sondern der Verwaltungsrat muss den Geschäftsbericht überarbeiten und der Revisionsstelle zur ordentlichen Revision vorlegen.⁵⁵ Zudem hat er einen neuen Vergütungsbericht zu erstellen (Art. 731ff.). Anlässlich einer zweiten Generalversammlung müssen die Aktionärinnen und Aktionäre erneut über die Genehmigung oder Ablehnung des vom Verwaltungsrat beantragten neuen Gesamtbetrags der zusätzlichen Vergütung beschliessen. Diese zweite Generalversammlung gilt nicht als Fortsetzung der früheren, sondern als eine neue Generalversammlung. Bei ihrer Einberufung sind deshalb sämtliche gesetzlichen Vorschriften erneut zu beachten.⁵⁶

Die Generalversammlung genehmigt nur die Gesamtbeträge der Grundvergütung resp. der zusätzlichen Vergütung des Verwaltungsrates und des Beirates. Sachlich nicht begründete Strafaktionen gegen einzelne Mitglieder werden dadurch vermieden. Aus dem Vergütungsbericht (Art. 731g ff.) ist aber zumindest ersichtlich, wie viel das einzelne Mitglied des Verwaltungsrates (Art. 731h Abs. 2 Ziff. 1) und des Beirates (Art. 731h Abs. 2 Ziff. 3) insgesamt für das abgeschlossene Geschäftsjahr erhalten soll.

Gemäss dem Entwurf beziehen sich die Genehmigungsbeschlüsse der Generalversammlung auf zwei unterschiedliche Referenzperioden. Die Grundvergütung wird prospektiv für die Dauer bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung genehmigt (bspw. für die Periode von der ordentlichen Generalversammlung im April 2012 bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung im April 2013). Die zusätzliche Vergütung wird hingegen retrospektiv für das abgeschlossene Geschäftsjahr genehmigt (bspw. an der Generalversammlung im April 2012 für das Geschäftsjahr vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2011). Diese unterschiedlichen Referenzperioden rechtfertigen sich deshalb, weil dadurch einerseits für die Grundvergütung Rechtssicherheit geschaffen werden kann (der Verwaltungsrat kann auf sein Fixum zählen), andererseits weil sich die zusätzliche Vergütung oft nach Kriterien richten wird, die sich auf das abgeschlossene Geschäftsjahr beziehen (z.B. auf den operativen Gewinn, den Umsatz etc.).

Absatz 2 sieht eine Spezialregel vor für den Fall, dass die Generalversammlung die beantragte Genehmigung des Gesamtbetrags der Grundvergütung für den Verwaltungsrat oder den Beirat verweigert. In einem solchen Fall kann das von der Generalversammlung genehmigte Vergütungsreglement vorsehen, dass die an der letzten Generalversammlung beschlossene Genehmigung der Grundvergütung für die Dauer bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung weiter gilt. Dadurch kann erreicht werden, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates und des Beirates jederzeit eine Grundvergütung garantiert haben.

⁵⁵ Brigitte Tanner, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 5b, Die Generalversammlung, Zürich 2003, Art. 698 N 122; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 22 N 40.

⁵⁶ Wolfhart Bürgi, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 5b/2, Die Generalversammlung, Zürich 1969, Art. 698 OR N 54.

Die Genehmigung der Generalversammlung hat grundsätzlich keinen Einfluss auf die Haftung des Verwaltungsrates (Abs. 3): Schädigt ein Beschluss des Verwaltungsrates die Gesellschaft adäquat kausal und handelt der Verwaltungsrat schuldhaft, so hat er für den Schaden grundsätzlich auch dann einzustehen, wenn die Generalversammlung seinen Beschluss genehmigt hat.

Art. 731l (neu) Genehmigung der Vergütungen der Geschäftsleitung

Der Entwurf geht entsprechend dem geltenden Recht davon aus, dass der Verwaltungsrat die Vergütungen der Mitglieder der Geschäftsleitung festlegt. Der Verwaltungsrat muss jedoch den Gesamtbetrag der von ihm beschlossenen Vergütungen für die Mitglieder der Geschäftsleitung grundsätzlich der Generalversammlung zur Genehmigung unterbreiten. Dabei wird das Konzept von Artikel 731k übernommen. Der Gesamtbetrag der Grundvergütung der Mitglieder der Geschäftsleitung wird prospektiv für die Dauer bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung genehmigt (Abs. 1 Ziff. 1). Der Gesamtbetrag der zusätzlichen Vergütungen der Mitglieder der Geschäftsleitung wird hingegen retrospektiv für das abgeschlossene Geschäftsjahr genehmigt (Abs. 1 Ziff. 2).

Es handelt sich bei Artikel 731l um eine dispositive Regelung. Die Aktionärinnen und Aktionäre können durch einen Beschluss gemäss Artikel 703 i.V.m. Artikel 647 OR in den Statuten eine abweichende Regelung einführen (s. Art. 627 Ziff. 15). Zu denken ist dabei insbesondere an eine Konsultativabstimmung der Generalversammlung⁵⁷ oder an einen gänzlichen Verzicht auf die Genehmigung durch die Generalversammlung im Sinne eines Opting-outs. Der Entwurf lässt somit flexible Regelungen zu, die den spezifischen Gegebenheiten der einzelnen Gesellschaften Rechnung tragen.

Um die Rechtssicherheit der Mitglieder der Geschäftsleitung in Bezug auf ihre Vergütungen zu erhöhen, ist es bspw. auch möglich, im von der Generalversammlung zu genehmigenden Vergütungsreglement eine fixe Grundvergütung für die einzelnen Funktionen vorzusehen. Bei einer Verweigerung der Genehmigung des Gesamtbetrags der Grundvergütung der Mitglieder der Geschäftsleitung könnten diese (sofern sie Aktien der Gesellschaft besitzen) die Genehmigungsverweigerung anfechten (s. Art. 706 Abs. 1).

Absatz 2 sieht eine Spezialregel vor für den Fall, dass die Generalversammlung die beantragte Genehmigung des Gesamtbetrags der Grundvergütung für die Geschäftsleitung verweigert. In einem solchen Fall kann das von der Generalversammlung genehmigte Vergütungsreglement vorsehen, dass die an der letzten Generalversammlung beschlossene Genehmigung der Grundvergütung für die Dauer bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung weiter gilt. Dadurch kann erreicht werden, dass die Mitglieder der Geschäftsleitung jederzeit eine Grundvergütung garantiert haben.

Die Mitglieder der Geschäftsleitung werden zwingend durch den Verwaltungsrat ernannt (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4); die Ernennung ist daher nicht zwingend an die Durchführung einer Generalversammlung gekoppelt. Die Genehmigung der Vergütungen der Geschäftsleitung durch die Generalversammlung stellt ein Problem dar, wenn der Verwaltungsrat zwischen zwei Generalversammlungen neue Mitglieder

⁵⁷ S. dazu Art. 731f der Zusatzbotschaft des Bundesrates vom 5. Dezember 2008, BBl 2009 345.

der Geschäftsleitung ernennt. Die Durchführung einer Generalversammlung bei börsenkotierten Aktiengesellschaften ist aufwendig und kostenintensiv. Die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung, die lediglich die Vergütung des neuen Geschäftsleitungsmitglieds genehmigen müsste, wäre klar unverhältnismässig. Andererseits entspricht es auch nicht einer guten Corporate Governance, diese Vergütung von den neuen Vergütungsregeln komplett auszunehmen. Der Entwurf sieht daher in Absatz 3 eine Kompromisslösung vor. Ernennt der Verwaltungsrat nach der Genehmigung der Vergütungen durch die Generalversammlung neue Mitglieder der Geschäftsleitung und wird dadurch der genehmigte Gesamtbetrag der Grundvergütung überschritten, so muss der zusätzliche Betrag nicht nachträglich genehmigt werden, sofern die Vergütungen der neuen Mitglieder der Geschäftsleitung dem Vergütungsreglement entsprechen. Diese Regelung kommt nur zum Tragen, wenn durch die Ernennung eines neuen Mitglieds der Geschäftsleitung der bereits genehmigte Gesamtbetrag der Grundvergütung überschritten wird. In diesem Fall kann zwar für diese erste Periode bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung grundsätzlich auf die zwingende Durchführung einer ausserordentlichen Generalversammlung verzichtet werden; die Vergütungen des neuen Geschäftsleitungsmitglieds müssen hingegen den Vorgaben des von der Generalversammlung genehmigten Vergütungsreglements entsprechen.

Die Genehmigung der Generalversammlung hat gemäss Absatz 4 grundsätzlich keinen Einfluss auf die Haftung des Verwaltungsrates.⁵⁸

3.1.5.6 Unzulässige Vergütungen

Art. 704 Abs. 1 und 2 Wichtige Beschlüsse

Der Ingress von Artikel 704 Absatz 1 wird an Artikel 703 angeglichen. Auch hier wird zukünftig auf die abgegebenen Stimmen abgestellt. Der Ausdruck «absolut» wird gestrichen, da bei Abstimmungen über Sachthemen kein Unterschied zwischen dem Begriff der «absoluten Mehrheit» und demjenigen der «einfachen Mehrheit» besteht.

Neu stellt bei börsenkotierten Gesellschaften die Genehmigung von Abgangsschädigungen und Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden, einen wichtigen Beschluss dar, der mindestens zwei Drittel der abgegebenen Stimmen und die Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte auf sich vereinigen muss (Abs. 1 Ziff. 9). Durch diese Erschwerung wird der Ausnahmecharakter solcher Vergütungen, die grundsätzlich unzulässig sind (s. Art. 731*m* Abs. 1), unterstrichen.

Klarestellt wird ferner, dass Statutenbestimmungen, die nur mit qualifiziertem Mehr beschlossen werden können, auch nur mit qualifiziertem Mehr aufgehoben werden dürfen (Art. 704 Abs. 2). Andernfalls könnten statutarische Klauseln, die zum Schutz von Personen mit Minderheitsbeteiligungen für bestimmte Beschlüsse ein qualifiziertes Quorum vorsehen, durch ein einfaches Mehr wieder gestrichen werden; statutarische Quoren würden dadurch im Ergebnis gegenstandslos.

Bei börsenkotierten Gesellschaften mit einem hohen Bestand an Dispoaktien kann es sich ergeben, dass statutarische Quoren, die nicht auf die an der Generalversamm-

⁵⁸ S. dazu die Ausführungen zu Art. 731*k* Abs. 3.

lung vertretenen Aktienstimmen, sondern auf das gesamte Aktienkapital Bezug nehmen, de facto nicht mehr erreicht werden können. In einem solchen Fall ist es Sache des Gerichts, die entsprechende Statutenklausel als ungültig zu erklären.⁵⁹

Art. 731m (neu) Unzulässige Vergütungen

Absatz 1 untersagt bei börsenkotierten Gesellschaften für die Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates Abgangsentschädigungen und Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden.

Diese grundsätzlich verbotenen Vergütungen sollen gemäss dem Entwurf nur noch ausnahmsweise zulässig sein. Dafür müssen jedoch zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:

Erstens muss die Ausrichtung dieser Vergütungen im Interesse der Gesellschaft liegen (Abs. 2). Diese Voraussetzung muss im Einzelfall beurteilt werden. Bei den Abgangsentschädigungen ist dabei insbesondere an eine vergleichsweise Streitbeilegung mit einem Mitglied des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung oder des Beirates zu denken.

Zweitens muss die Generalversammlung die vom Verwaltungsrat beantragte Ausnahme genehmigen und zwar mit einem Beschluss, der mindestens zwei Drittel der abgegebenen Stimmen und die Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte auf sich vereinigt (Abs. 3 i.V.m. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 9).

Um den Ausnahmekarakter dieser an sich unzulässigen Vergütungen zu unterstreichen, sind diese im Vergütungsbericht separat offenzulegen (Art. 731h Abs. 2 Ziff. 4).

Abgangsentschädigungen werden vom Entwurf grundsätzlich untersagt, weil sie in der Vergangenheit des Öfteren als eigentliche «Belohnungen für Versagen» missbraucht wurden.⁶⁰ So führten diese zum Teil dazu, dass bei der Empfängerin oder beim Empfänger keine Leistung honoriert oder kein erlittener Nachteil kompensiert,⁶¹ sondern sachlich nicht begründete Bevorteilungen geschaffen wurden. Es ist schliesslich darauf hinzuweisen, dass es bereits heute börsenkotierte Gesellschaften gibt, die Abgangsentschädigungen untersagen.⁶²

Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden, sind von den Antrittsprämien gemäss Artikel 731g Absatz 2 Ziffer 5 zu unterscheiden. Antrittsprämien stellen eine spezielle Vergütung dar, mit der ein Mitglied des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung oder des Beirates zum Stellenantritt bewogen werden soll. Der Begriff der Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden, bezieht sich hingegen nicht auf die Vergütungsart, sondern auf den Zeitpunkt der Ausrichtung der Vergütungen. Das grundsätzliche Verbot des Entwurfs führt dazu, dass die Gesellschaft die Vergütungen erst nach erbrachter Leistung der Vergütungsempfänger ausrichten darf. Dies entspricht der arbeitsrechtlichen Praxis, wonach Arbeitnehmerinnen und Arbeitneh-

⁵⁹ S. den gestützt auf das alte Aktienrecht ergangenen BGE 117 II 290 ff., 314 f.

⁶⁰ Empfehlung der Kommission vom 30. April 2009 zur Ergänzung der Empfehlungen 2004/913/EG und 2005/162/EG zur Regelung der Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsenkotierter Gesellschaften, E. 7.

⁶¹ Vgl. für mögliche Rechtfertigungsgründe von Abgangsentschädigungen das Kreisschreiben Nr. 1 zur direkten Bundessteuer der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 3. Oktober 2002, S. 1.

⁶² S. Berner Kantonalbank AG, Geschäftsbericht 2009, S. 162.

mer gestützt auf Artikel 323 Absatz 1 OR ebenfalls vorleistungspflichtig sind.⁶³ Auch in diesem Fall sollen durch das grundsätzliche Verbot Missbräuche (bspw. die ungerechtfertigte konkursrechtliche Bevorzugung von Organen gegenüber Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern) unterbunden werden.

3.1.6 Übergangsbestimmungen

Art. 1 und 2 Allgemeine Regel
Anpassung von Statuten und Reglementen

Die Übergangsbestimmungen des Zivilgesetzbuches (Schlusstitel ZGB) finden – unter Vorbehalt abweichender Bestimmungen – auch für das OR Anwendung (Art. 1 Abs. 1).

Die Vorschriften des revidierten Rechts gelangen grundsätzlich unmittelbar nach ihrem Inkrafttreten für alle bestehenden Gesellschaften zur Anwendung (Art. 1 Abs. 2). Die Unternehmen müssen innerhalb einer Übergangsfrist von zwei Jahren ihre Statuten und Reglemente den neuen Bestimmungen anpassen (Art. 2 Abs. 1).

Die Aktienrechtsrevision von 1991 sah eine Übergangsfrist von fünf Jahren vor. Diese Frist hat sich jedoch in der Praxis nicht bewährt, da die Anpassung zuerst aufgeschoben und anschliessend vergessen wurde. Die Übergangsfrist von 1991 wurde daher in der Lehre zu Recht als zu lang kritisiert.⁶⁴ Die vom Entwurf vorgesehene Frist von zwei Jahren ist für die Anpassung der Statuten durchaus ausreichend.

Nimmt die Gesellschaft die notwendigen Anpassungen nicht fristgerecht vor, so werden die statutarischen oder reglementarischen Bestimmungen, die nicht in Einklang mit dem neuen Recht stehen, nach Ablauf der Frist ungültig (Art. 2 Abs. 2).

Art. 3 Vergütungen bei börsenkotierten Gesellschaften

Die Vorschriften zur Genehmigung des Vergütungsreglements (Art. 731j) und des Gesamtbetrags der Grundvergütung der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates (Art. 731k Abs. 1 Ziff. 1, Art. 731k Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 731l Abs. 1 Ziff. 1) finden gemäss Absatz 1 spätestens an der ersten ordentlichen Generalversammlung (Art. 699 Abs. 2 OR) Anwendung, die mindestens sechs Monate nach Inkrafttreten dieses Gesetzes stattfindet. Dadurch wird verhindert, dass Gesellschaften, deren Geschäftsjahre nicht dem Kalenderjahr entsprechen (z.B. Gesellschaften im Energiesektor), nicht innerhalb weniger Wochen nach Inkrafttreten (vorausgesetzt das neue Recht würde auf einen 1. Januar in Kraft treten) bereits die neuen Vergütungsregeln anwenden müssen. Zudem wird klar gestellt, dass die betroffenen Gesellschaften auf freiwilliger Basis auch vor dem gesetzlichen Termin das Vergütungsreglement und die Grundvergütungen der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates durch die Generalversammlung genehmigen lassen können.

⁶³ Manfred Rehbinder, Berner Kommentar, VI 2/2/1, Bern 1985, Art. 323 OR N 7; Rémy Wyler, *Droit du travail*, 2. Aufl., Bern 2008, S. 190.

⁶⁴ S. Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996, § 5 N 72.

Gemäss Absatz 2 finden hingegen die Vorschriften zur Genehmigung des Gesamtbetrags der zusätzlichen Vergütung der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates (Art. 731*k* Abs. 1 Ziff. 2, Art. 731*k* Abs. 1 Ziff. 4 und Art. 731*l* Abs. 1 Ziff. 2) erstmals Anwendung für das erste Geschäftsjahr, das nach Inkrafttreten dieses Gesetzes beginnt. Dadurch wird eine Rückwirkung auf Sachverhalte, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes stattfanden, vermieden.

Die Vorschriften zum Erlass des Vergütungsreglements (Art. 731*d*) und zur Erstellung des Vergütungsberichts (Art. 731*f*ff.) finden sofort Anwendung. Direkt nach Inkrafttreten der neuen Bestimmungen hat der Verwaltungsrat somit die Pflicht, ein Vergütungsreglement gemäss Artikel 731*d* auszuarbeiten, welches er später der Generalversammlung zur Genehmigung unterbreiten muss. Zudem hat er im Hinblick auf die erste Generalversammlung nach Inkrafttreten der neuen Bestimmungen auch einen Vergütungsbericht zu erstellen. Diese Pflicht muss ebenfalls sofort bestehen, andernfalls würde in Bezug auf die heute schon geltende Offenlegungspflicht der Vergütungen (Art. 663*b*^{bis} OR) eine Lücke entstehen.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass altrechtliche Verträge (d.h. langfristige oder auf unbeschränkte Dauer abgeschlossene Verträge, die noch vor dem Inkrafttreten der neuen Vergütungsbestimmungen abgeschlossen wurden) nicht geschützt werden. Diese unterliegen gemäss den Grundsätzen der Übergangsbestimmungen dem neuen Recht (Art. 1 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen); ansonsten wäre es ein leichtes, die Anwendung der neuen Vergütungsbestimmungen um Jahre resp. Jahrzehnte hinauszuschieben.

Art. 4 Wahl des unabhängigen Stimmrechtsvertreters

Bei börsenkotierten Gesellschaften sind in der Einberufung der Generalversammlung der Name und die Adresse der unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder des unabhängigen Stimmrechtsvertreters anzugeben. Die Generalversammlung ist spätestens 20 Tage vor dem Versammlungstag einzuberufen.

Da die Organ- und Depotvertretung abgeschafft wird, müssen börsenkotierte Gesellschaften zwingend über eine unabhängige Stimmrechtsvertretung verfügen. Aufgrund der vorgängigen Bekanntgabe in der Einberufung zur Generalversammlung kann aber an der ersten Generalversammlung nach Inkrafttreten der neuen Bestimmungen nicht gesetzlich vorgesehen werden, dass diese zwingend von der Generalversammlung gewählt werden muss. Aus diesem Grund sieht Artikel 4 der Übergangsbestimmungen vor, dass bei börsenkotierten Gesellschaften der Verwaltungsrat für die erste Generalversammlung nach Inkrafttreten dieses Gesetzes ausnahmsweise die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder den unabhängigen Stimmrechtsvertreter bestimmt, sofern diese oder dieser nicht bereits vorgängig auf freiwilliger Basis durch die Generalversammlung gewählt wurde.

3.2 Änderungen weiterer Erlasse

3.2.1 Zivilprozessordnung⁶⁵

Art. 107 Abs. 1^{bis} (neu) Verteilung nach Ermessen

Die Kostenverteilung bei aktienrechtlichen Klagen bestimmt sich ausschliesslich nach dem Zivilprozessrecht (Art. 104 ff. ZPO). Entsprechend einem klassischen Grundsatz des Zivilprozessrechts werden die Kosten nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens verteilt (Art. 106 ZPO). Diese Regel kann sich im Einzelnen als zu starr erweisen. Artikel 107 ZPO sieht daher eine Billigkeitsnorm vor, die es dem Gericht erlaubt, die Kosten nach Ermessen auf die klagende und die beklagte Partei zu verteilen. Hingegen verzichtete die ZPO auf eine Regelung, wonach der Gesellschaft auch Kosten auferlegt werden können, wenn sie nicht selber Partei ist.

Der neue Absatz 1^{bis} von Artikel 107 ZPO kehrt nun zum geltenden Rechtszustand zurück (vgl. Art. 756 Abs. 2 OR). Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass eine klagende Aktionärin oder ein klagender Aktionär bzw. eine klagende Gläubigerin oder ein klagender Gläubiger ein beträchtliches Kostenrisiko trägt, obschon ein allfälliger Prozessserfolg unmittelbar der Gesellschaft zugute kommt und häufig nicht zu einem spürbaren Wertzuwachs für die klagende Partei führt.

Die Bestimmung kommt nur bei Klagen auf Leistung an die Gesellschaft zum Zuge, namentlich für die Verantwortlichkeitsklage (Art. 756 OR) und die Rückforderungsklage (Art. 678 OR). In den übrigen gesellschaftsrechtlichen Prozessen ist die Gesellschaft selber Partei, weshalb allenfalls Artikel 107 Absatz 1 ZPO anwendbar ist.

Das Gericht muss bei seiner Entscheidung über die Kostenverteilung alle relevanten Umstände des Einzelfalls berücksichtigen. Auf die Nennung expliziter Kriterien wird verzichtet (vgl. anders Art. 756 Abs. 2 OR).

3.2.2 Strafgesetzbuch⁶⁶

Art. 326^{quinquies} (neu) Verstösse gegen das Vergütungsreglement

Diese neue Strafbestimmung soll die Missachtung des Vergütungsreglements einer börsenkotierten Aktiengesellschaft sanktionieren und ist als flankierende Massnahme zu den entsprechenden aktienrechtlichen Instrumenten gedacht.

Der Täterkreis ist eingeschränkt auf die Mitglieder des Verwaltungsrates. Dies rechtfertigt sich, weil es in derer unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenz liegt, das Vergütungsreglement zu erlassen und für dessen Einhaltung zu sorgen.

Ziel dieser Strafnorm ist es, Verhaltensweisen sanktionieren zu können, die nicht bereits die klassischen Straftatbestände des Kernstrafrechts wie bspw. Veruntreuung (Art. 138 StGB), ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB), Betrug (Art. 146 StGB) oder Urkundenfälschung (Art. 251 StGB) erfüllen. Erfasst werden zudem nur vorsätzliche Widerhandlungen gegen das Vergütungsreglement (vgl. Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 104 StGB).

⁶⁵ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; AS **2010** 1739).

⁶⁶ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR **311.0**).

Durch die Widerhandlung muss die Gesellschaft an ihrem Vermögen geschädigt werden. Das Schadenserfordernis soll die Vielzahl an möglichen tatbestandsmässigen Handlungen auf ein vernünftiges Mass einschränken. Nicht jegliche Widerhandlungen gegen das Vergütungsreglement (z.B. reglementswidrige Anträge, Vorbereitungsarbeiten usw.) sind strafbar, sondern nur solche, die zu einem Schaden führen.

Aufgrund der Tatsache, dass das Aktienrecht geprägt ist von privatrechtlichen und privatwirtschaftlichen Prinzipien und es primär in der Autonomie der Gesellschaft und deren Aktionärinnen und Aktionäre liegt, ob und wie sie sich gegen solche Widerhandlungen zur Wehr setzen wollen, ist die Strafnorm als Antragsdelikt ausgestaltet. Das Strafantragsrecht haben dementsprechend die Gesellschaft sowie die einzelnen Aktionärinnen und Aktionäre.

Da Verstösse gegen das Vergütungsreglement, welche nicht als Veruntreuung, ungetreue Geschäftsbesorgung, Falschbeurkundung etc. qualifiziert werden können, einen vergleichsweise geringeren Unrechtsgehalt aufweisen, ist die Strafnorm als Übertretungstatbestand ausgestaltet; als Sanktion wird Busse bis zu 10 000 Franken angedroht (Art. 106 Abs. 1 StGB).

3.2.3 Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge⁶⁷

Art. 71a (neu) Ausübung von Stimmrechten bei börsenkotierten Gesellschaften

Die schweizerischen Vorsorgeeinrichtungen verwalten ein Vermögen von rund 630 Milliarden Franken und halten insgesamt ca. 10 Prozent der börsenkotierten Aktien in der Schweiz. Als grosse institutionelle Investorinnen kommt ihnen daher in Bezug auf die Ausübung der Aktionärsrechte eine wichtige Rolle zu. Häufig nehmen sie jedoch ein passive Rolle ein und üben ihre Stimmrechte nicht aus.

Um die Generalversammlungsbeschlüsse zu stärken, nimmt der Entwurf die Vorsorgeeinrichtungen in die Pflicht. Absatz 1 sieht daher vor, dass die Vorsorgeeinrichtungen⁶⁸ gehalten sind, ihre Stimmrechte in schweizerischen Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, auszuüben.⁶⁹ Falls Vorsorgeeinrichtungen börsenkotierte Aktien als Vermögensanlage halten, müssen sie somit zwingend ihre entsprechenden Stimmrechte wahrnehmen. Diese Pflicht können sie selber oder indirekt durch eine Vertreterin oder einen Vertreter wahrnehmen. Die Ausübung der Stimmrechte gemäss Absatz 1 umfasst auch die Möglichkeit, sich der Stimme zu enthalten.

Das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung muss die Regeln aufstellen, wie die Aktionärsrechte ausgeübt werden müssen.⁷⁰ Diese Regeln werden durch Absatz 2 dahingehend präzisiert, dass die Ausübung der Stimmrechte im Interesse der Destinatäre der Vorsorgeeinrichtungen zu erfolgen hat.

⁶⁷ Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40).

⁶⁸ Für den Begriff der Vorsorgeeinrichtung s. Art. 48 ff. BVG.

⁶⁹ Der Schweizerische Pensionskassenverband (ASIP) unterstützt die Wahrnehmung der Aktionärsrechte durch Pensionskassen und ermuntert diese, ihre Aktionärsrechte aktiv wahrzunehmen (<http://www.asip.ch/themen/index.php?id=269>).

⁷⁰ Art. 49a Abs. 2 Bst. b der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2; SR 831.441.1).

Die Vorsorgeeinrichtungen haben schliesslich offenzulegen, wie sie gestimmt haben. Dies können sie bspw. mit der Information der Versicherten gemäss Artikel 86b BVG verbinden.

4 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

In der Botschaft vom 5. Dezember 2008 befürchtete der Bundesrat, dass der Wirtschaftsstandort Schweiz für börsenkotierte Aktiengesellschaften an Attraktivität verlieren würde, wenn die Volksinitiative angenommen würde.⁷¹ Der vorliegende Entwurf geht zwar deutlich weiter als die Vorschläge des Bundesrates und entspricht in sehr vielen Aspekten den Vorgaben der Volksinitiative. Dennoch weicht er in vier wichtigen Punkten teilweise von ihr ab:

- Die Generalversammlung stimmt über die Gesamtsumme aller Vergütungen der Geschäftsleitung ab, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen (Opting-out).
- Abgangs- oder andere Entschädigungen bzw. Vergütungen im Voraus an Organmitglieder werden nicht grundsätzlich verboten, sondern können von der Generalversammlung unter Einhaltung eines qualifizierten Quorums im Interesse der Gesellschaft genehmigt werden.
- Prämien für Firmenkäufe/-verkäufe an Organmitglieder sind nicht verboten, stellen aber Vergütungen dar, die von der Generalversammlung genehmigt werden müssen.
- Verstösse gegen das Vergütungsreglement werden nicht als Vergehen, sondern als Übertretung und Antragsdelikt mit Busse geahndet.

Zwar schränkt der Entwurf den Handlungsspielraum bei der Festlegung der Managementvergütungen bei börsenkotierten Gesellschaften ein. Diese Einschränkungen sind jedoch erforderlich, stärken die Rechte der Aktionärinnen und Aktionäre und dienen letztlich auch dem Schutz der Investitionen in schweizerische börsenkotierte Gesellschaften. Der Entwurf ist daher dem Wirtschaftsstandort Schweiz nicht abträglich, da er durch klare Regeln Rechtssicherheit schafft und somit das Vertrauen von in- und ausländischen Anlegerinnen und Anlegern in den schweizerischen Finanzplatz stärken kann.

5 Verhältnis zum europäischen Recht

Die Schweiz ist staatsvertraglich nicht zur Übernahme des einschlägigen Sekundärrechts der Europäischen Union (EU) im Bereich des Gesellschaftsrechts verpflichtet. Der vorliegende Entwurf steht demnach in keinem Widerspruch zu allfälligen internationalen Verpflichtungen gegenüber der EU.

Hinsichtlich der Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsenkotierten Gesellschaften⁷², die insbesondere Aspekte der elektronischen Generalver-

⁷¹ BBI 2009 299, 338

⁷² ABl. L 184 vom 14. Juli 2007, S. 17. Im Internet zu finden unter: <http://eur-lex.europa.eu/JOIndex.do?ihmlang=de>.

sammlung und der Stimmrechtsausübung/-vertretung regelt, wird auf die Ausführungen in der Botschaft des Bundesrates vom 21. Dezember 2007 verwiesen.⁷³

Eine Richtlinie oder Verordnung der EU zur Vergütungspolitik börsenkotierter Gesellschaften, die von den Mitgliedstaaten zwingend umzusetzen bzw. anzuwenden ist, liegt zur Zeit nicht vor. Jedoch hat die Europäische Kommission vier Empfehlungen veröffentlicht:

- Empfehlung 2004/913/EG vom 14. Dezember 2004⁷⁴ zur Einführung einer angemessenen Regelung für die Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsenkotierter Gesellschaften;
- Empfehlung 2005/162/EG vom 15. Februar 2005⁷⁵ zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsenkotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs-/Aufsichtsrates;
- Empfehlung 2009/385/EG vom 30. April 2009⁷⁶ zur Ergänzung der Empfehlungen 2004/913/EG und 2005/162/EG zur Regelung der Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsenkotierter Gesellschaften;
- Empfehlung 2009/384/EG vom 30. April 2009⁷⁷ zur Vergütungspolitik im Finanzdienstleistungssektor.

Die Empfehlung 2004/913/EG sieht Folgendes vor:

- Jede börsenkotierte Gesellschaft soll eine Erklärung zu ihrer Vergütungspolitik («Vergütungserklärung») veröffentlichen. Dies kann als Teil eines eigenständigen Vergütungsberichts oder als Bestandteil des Geschäfts- oder Lageberichts geschehen.
- Die Vergütungserklärung gibt Aufschluss über das Konzept zu sämtlichen fixen und variablen Vergütungen an die Mitglieder der Unternehmensleitung im anstehenden und gegebenenfalls in den nachfolgenden Geschäftsjahren. Sie informiert zudem über die Verträge mit geschäftsführenden Direktoren/Vorstandsmitgliedern (Dauer, Kündigungsfristen, potentielle Abfindungszahlungen etc.).
- Die Jahreshauptversammlung soll – mit bindendem oder konsultativem Charakter – über die Vergütungserklärung abstimmen.
- Jährlich werden im Geschäfts- oder in einem separaten Vergütungsbericht für jedes Mitglied der Unternehmensleitung sämtliche Vergütungen offengelegt; u. a. sind Vergütungen von Unternehmen, die zur selben Gruppe gehören, und aktienbezogene Vergütungen aufzulisten.
- Die Jahreshauptversammlung soll im Voraus über die allgemeine Regelung zu den aktienbezogenen Vergütungen abstimmen. Auch wesentliche Änderungen sollen ihr zur Genehmigung unterbreitet werden.

Die Empfehlung 2009/385/EG ergänzt die Empfehlung 2004/913/EG, indem sie insbesondere Aspekte zu den variablen und aktienbezogenen Vergütungen präzisiert.

⁷³ BBl 2008 1589, 1630 f.

⁷⁴ ABl. L 385 vom 29. Dezember 2004, S. 55. Vgl. auch BBl 2008 1589, 1632.

⁷⁵ ABl. L 52 vom 15. Februar 2005, S. 51. Vgl. auch BBl 2008 1589, 1631.

⁷⁶ ABl. L 120 vom 15. Mai 2009, S. 28.

⁷⁷ ABl. L 120 vom 15. Mai 2009, S. 22.

Die Gesellschaften sollen Höchstgrenzen für die variablen Vergütungskomponenten festlegen und vertragliche Vereinbarungen treffen, um variable Vergütungen zurückfordern zu können, wenn diese auf Grundlage von Daten ausbezahlt wurden, die sich im Nachhinein als offenkundig falsch erwiesen. Aktienbezogene Vergütungen sollen einer Sperrfrist von drei Jahren unterstellt werden. Die Vergütungserklärung soll zudem darlegen, wie leistungsbezogene Vergütungen den langfristigen Interessen der Gesellschaft dienen. Abfindungszahlungen sollen einen festen Betrag oder eine bestimmte Anzahl von Jahresgehältern nicht überschreiten (in der Regel nicht mehr als zwei Jahreseinkommen aus den nicht variablen Vergütungskomponenten).

Die Empfehlung 2009/384/EG ergänzt die Empfehlung 2004/913/EG hinsichtlich des Finanzdienstleistungssektors und hat dieselbe Stossrichtung wie die sektorunabhängige Empfehlung 2009/385/EG. Sie ist jedoch für die Vergütungsgrundsätze sämtlicher Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, deren berufliche Tätigkeiten eine wesentliche Auswirkung auf das Risikoprofil des Finanzinstituts haben, relevant. Sie hält u. a. fest, dass eine klare und dokumentierte Vergütungspolitik notwendig ist, die sich an den langfristigen Interessen des Finanzinstituts orientiert und keine Anreize zum Eingehen übermässiger Risiken schafft. Abfindungen im Zusammenhang mit der frühzeitigen Beendigung eines Vertrags sollen an die im Laufe der Zeit erbrachten Leistungen geknüpft werden und keine Fehlleistungen belohnen. Es soll dem Finanzinstitut möglich sein, variable Vergütungen einzubehalten, falls sich die Situation erheblich verschlechtert und die Existenz der Gesellschaft nicht mehr gesichert ist.

Die Empfehlung 2005/162/EG fordert die Mitgliedstaaten auf, die notwendigen Vorkehrungen zu treffen, um entweder nach dem «Comply-or-explain»-Prinzip oder auf gesetzlichem Wege und mit den ihrer Rechtsordnung am besten entsprechenden Mitteln Bestimmungen einzuführen, die von börsenkotierten Gesellschaften zur Regelung der Aufgaben der nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern sowie der Ausschüsse des Verwaltungs-/Aufsichtsrates herangezogen werden können. Die Empfehlung macht sodann Angaben, wie ein Vergütungsausschuss zu gestalten ist. Er muss aus nicht geschäftsführenden Personen bestehen, die zur Mehrheit unabhängig sein müssen.

Die Stellungnahme des Europäischen Corporate-Governance-Forums vom 24. März 2009 zu den Managementvergütungen hält fest, dass Abfindungen für Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer maximal die Höhe zweier Jahresgehälter betragen sollen, allerdings nicht im Falle einer Entlassung aufgrund unzureichender Leistung. Ausserdem sollen die variablen Vergütungsbestandteile an Faktoren geknüpft sein, die das reale Wachstum des Unternehmens und die reale Wertschöpfung für das Unternehmen und seine Anteilseigner abbilden.⁷⁸

Der vorliegende Entwurf entspricht in vielen Bereichen den Vorgaben der Empfehlung 2004/913/EG und den damit inhaltlich verbundenen Ergänzungen der zwei

⁷⁸ Das Forum wurde 2004 von der Europäischen Kommission eingesetzt (Beschluss 2004/706/EG der Kommission vom 15. Oktober 2004 zur Einsetzung eines Europäischen Corporate-Governance-Forums, ABl. L 321 vom 22. Oktober 2004, S. 53). Aufgabe des Forums ist es, im Lichte der Entwicklung der Corporate-Governance-Praxis in den Mitgliedstaaten die Annäherung nationaler Corporate-Governance-Kodizes zu fördern und die Kommission auf deren Ersuchen hin oder auf eigene Initiative zu Fragen der Corporate-Governance-Politik strategisch zu beraten. Die Stellungnahmen und Jahresberichte des Forums sind im Internet zu finden unter:
http://ec.europa.eu/internal_market/company/ecgforum/index_de.htm.

Empfehlungen 2009/384/EG und 2009/385/EG⁷⁹ (insbesondere in den folgenden Bereichen: von der Generalversammlung zu genehmigendes Vergütungsreglement, inkl. Angaben zu den entsprechenden Verträgen; ein Vergütungsbericht über die tatsächlich vorgesehenen/zugesprochenen Vergütungen; Festlegung der Vergütungen im Einklang mit der wirtschaftlichen Lage und dem dauernden Gedeihen des Unternehmens und im angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben, Leistungen und der Verantwortung der Empfängerinnen und Empfänger; tendenzielle Beschränkung von Abgangsentschädigungen; Rückforderungen von ungerechtfertigt bezogenen Vergütungen). Hinsichtlich der Genehmigung der Vergütungen durch die Generalversammlung, der Abgangsentschädigungen bzw. der im Voraus ausgerichteten Vergütungen durch die Generalversammlung und der Strafbestimmung geht der Entwurf weiter als die Empfehlungen. Hingegen verzichtet der Entwurf darauf, den Gesellschaften die Bildung eines Vergütungsausschusses des Verwaltungsrates und Höchstgrenzen für Abgangsentschädigungen/variable Vergütungselemente bzw. Fristen für aktienbezogene Vergütungselemente zwingend vorzuschreiben.

6 Rechtliche Grundlagen

6.1 Verfassungsmässigkeit

Der Gesetzesentwurf stützt sich auf Artikel 122 Absatz 1 der Bundesverfassung (BV)⁸⁰, der dem Bund die Zuständigkeit im Bereich des Zivil- und Zivilprozessrechts überträgt, auf Artikel 123 Absatz 1 BV, der dem Bund die Zuständigkeit im Bereich des Strafrechts überträgt und auf Artikel 113 Absatz 1 BV, gemäss dem der Bund Vorschriften über die berufliche Vorsorge erlässt.

6.2 Erlassform

Für die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen genügen die bestehenden verfassungsmässigen Grundlagen⁸¹. Die Kommission ist der Ansicht, dass derart detaillierte Bestimmungen nicht aus politischen Gründen in die BV aufgenommen werden sollten, wie dies die Volksinitiative bzw. der direkte Gegenentwurf vorsehen. Sie beantragt aus diesem Grund, die Bestimmungen in Form eines Bundesgesetzes anzunehmen.

⁷⁹ Für die mitgliedstaatliche Umsetzung der Empfehlungen s. den Bericht der Kommission über die Umsetzung der Empfehlung 2009/385/EG der Kommission zur Ergänzung der Empfehlungen 2004/913/EG und 2005/162/EG zur Regelung der Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften (Empfehlung zur Direktorenvergütung 2009) durch die EU-Mitgliedstaaten, KOM (2010) 285, im Internet zu finden unter:
http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/directors-remun/com-2010-285-2_de.pdf.

⁸⁰ SR 101

⁸¹ Siehe dazu Ziffer 6.1.

Synopse
Vergleich Volksinitiative «gegen die Abzockerei» – indirekter Gegenvorschlag der Kommission für Rechtsfragen
des Ständerates vom 25. Oktober 2010

	Forderung der Volksinitiative ⁸²	Entspricht der indirekte Gegenvorschlag der Forderung?	Relevante Bestimmungen des indirekten Gegenvorschlags
1.	Die Generalversammlung stimmt jährlich über die Gesamtsumme aller Vergütungen des Verwaltungsrates ab.	Ja	Artikel 731k Absatz 1 Entwurf OR (E OR)
2.	Die Generalversammlung stimmt jährlich über die Gesamtsumme aller Vergütungen der Geschäftsleitung ab.	Ja, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen	Artikel 731l Absatz 1 E OR
3.	Die Generalversammlung stimmt jährlich über die Gesamtsumme aller Vergütungen des Beirates ab.	Ja	Artikel 731k Absatz 1 E OR
4.	Die Generalversammlung wählt jährlich einzeln die Mitglieder des Verwaltungsrates.	Jährliche Wahl: ja, sofern die Statuten nichts anderes bestimmen Einzelwahl: ja	Artikel 710 Absätze 1 und 3 E OR

⁸² Die Forderungen der Volksinitiative betreffen jeweils ausschliesslich die börsenkotierten Gesellschaften.

	Forderung der Volksinitiative	Entspricht der indirekte Gegenvorschlag der Forderung?	Relevante Bestimmungen des indirekten Gegenvorschlags
5.	Die Generalversammlung wählt jährlich den Verwaltungsratspräsidenten.	Wahl durch die Generalversammlung: ja (Statuten können aber bestimmen, dass der Verwaltungsrat seinen Präsidenten wählt) Jährliche Wahl: ja, sofern die Statuten nichts anderes bestimmen	Artikel 712 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 710 Absatz 1 E OR
6.	Die Generalversammlung wählt jährlich die Mitglieder des Vergütungsausschusses.	Keine Bestimmung	–
7.	Die Generalversammlung wählt jährlich die unabhängige Stimmrechtsvertretung.	Wahl durch die Generalversammlung: ja Jährliche Wahl: Ja, immer von Generalversammlung zu Generalversammlung	Artikel 689c Absatz 1 E OR
8.	Die Organstimmrechtsvertretung wird untersagt.	Ja	Artikel 689c Absatz 5 E OR
9.	Die Depotstimmrechtsvertretung wird untersagt.	Ja	Artikel 689c Absatz 5 E OR
10.	Die Aktionäre können elektronisch fernabstimmen.	Ja	Artikel 701a bis 701d E OR
11.	Die Pensionskassen stimmen im Interesse ihrer Versicherten ab.	Ja («im Interesse der Destinatäre»)	Artikel 71a Absätze 1 und 2 Entwurf Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (E BVG)
12.	Die Pensionskassen legen offen, wie sie gestimmt haben.	Ja	Artikel 71a Absatz 3 E BVG

	Forderung der Volksinitiative	Entspricht der indirekte Gegenvorschlag der Forderung?	Relevante Bestimmungen des indirekten Gegenvorschlags
13.	Die Statuten regeln die Erfolgs- und Beteiligungspläne der Organmitglieder.	Grundsätzlich ja (Regelung im <i>Vergütungsreglement</i> , welches von der Generalversammlung genehmigt wird)	Artikel 731d Absatz 2 Ziffer 3 in Verbindung mit Artikel 731j Absatz 1 E OR
14.	Die Statuten regeln die Anzahl Mandate der Organmitglieder ausserhalb des Konzerns.	Nein, aber neu Offenlegungspflicht	Artikel 731h Absatz 3 E OR
15.	Die Statuten regeln die Höhe der Renten an die Organmitglieder.	Grundsätzlich ja (Regelung im <i>Vergütungsreglement</i> , welches von der Generalversammlung genehmigt wird)	Artikel 731d Absatz 2 Ziffer 7 in Verbindung mit Artikel 731j Absatz 1 E OR
16.	Die Statuten regeln die Höhe der Kredite an die Organmitglieder.	Nein, aber Offenlegungspflicht	Artikel 731h Absätze 1 und 2 E OR
17.	Die Statuten regeln die Höhe der Darlehen an die Organmitglieder.	Nein, aber Offenlegungspflicht	Artikel 731h Absatz 1 E OR
18.	Die Statuten regeln die Dauer der Arbeitsverträge der Geschäftsleitungsmitglieder.	Grundsätzlich ja (Regelung im <i>Vergütungsreglement</i> , welches von der Generalversammlung genehmigt wird)	Artikel 731d Absatz 2 Ziffer 4 in Verbindung mit Artikel 731j Absatz 1 E OR
19.	Die Organmitglieder erhalten keine Abgangs- oder andere Entschädigung.	Grundsätzlich ja	Artikel 731m Absatz 1 E OR
20.	Die Organmitglieder erhalten keine Vergütung im Voraus.	Grundsätzlich ja	Artikel 731m Absatz 1 E OR
21.	Die Organmitglieder erhalten keine Prämie für Firmenkäufe und -verkäufe.	Nein, aber Prämien stellen Vergütungen dar, die von der Generalversammlung genehmigt werden müssen.	Artikel 731g Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 731k und 731i E OR

	Forderung der Volksinitiative	Entspricht der indirekte Gegenvorschlag der Forderung?	Relevante Bestimmungen des indirekten Gegenvorschlags
22.	Die Organmitglieder erhalten keinen zusätzlichen Berater- oder Arbeitsvertrag von einer anderen Gesellschaft der Gruppe.	Keine Bestimmung	–
23.	Die Führung der Gesellschaft kann nicht an eine juristische Person delegiert werden.	Keine Bestimmung	–
24.	Widerhandlungen gegen die Bestimmungen der Initiative werden mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen bestraft.	Neue Strafnorm: Verstösse gegen das Ver- gütungsreglement	Artikel 326 ^{quinquies} Entwurf Strafgesetzbuch

Zusätzliche (in der Volksinitiative nicht enthaltene) Bestimmungen des indirekten Gegenvorschlages der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates:

		Relevante Bestimmungen des indirekten Gegenvorschlages
1.	Grifffigere Ausgestaltung der Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen	Artikel 678 E OR Artikel 107 Absatz 1 ^{bis} Entwurf Zivilprozessordnung
2.	Regelungen über Boni und deren Ausrichtung auf den langfristigen Geschäftserfolg	Artikel 731d Absatz 2 Ziffern 3 und 5 und Absatz 3 E OR Artikel 731e E OR
3.	Konkretisierung der Sorgfaltspflicht der Mitglieder des Verwaltungsrates sowie Dritter, welche mit der Geschäftsführung befasst sind, in Bezug auf die Festlegung der Vergütungen	Artikel 731e E OR
4.	Erweiterung der Anzeigepflichten der Revisionsstelle in Bezug auf Verstösse gegen das Vergütungsreglement	Artikel 728c Absätze 1 und 2 ^{bis} E OR

Verzeichnis der Gesetzesbestimmungen

Art. 627 Ziff. 15 (neu)

Art. 663^{bis} (siehe Art. 731g, 731h und 731i)

Art. 678

Art. 689 Abs. 2

Art. 689a Abs. 1^{bis} (neu)

Art. 689c

Art. 689d

Art. 689e Abs. 1 erster Satz sowie Abs. 2 erster Satz

Art. 693 Abs. 3 Ziff. 5 (neu)

Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2a (neu)

Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4a (neu)

Art. 700

Art. 701a (neu)

Art. 701b (neu)

Art. 701c (neu)

Art. 701d (neu)

Art. 702 Abs. 2 und 3

Art. 703

Art. 704 Abs. 1 und 2

Art. 706 Abs. 1

Art. 710

Art. 712

Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2a (neu)

Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4

Art. 728a Abs. 1 Ziff. 4 (neu)

Art. 728c Abs. 1 und 2^{bis} (neu)

Art. 731c (neu)

Art. 731d (neu)

Art. 731e (neu)

Art. 731f (neu)

Art. 731g (neu)

Art. 731h (neu)

Art. 731i (neu)

Art. 731j (neu)

Art. 731*k* (neu)

Art. 731*l* (neu)

Art. 731*m* (neu)

Art. 756 Abs. 2

Art. 1 Ueb.Best.

Art. 2 Ueb.Best.

Art. 3 Ueb.Best.

Art. 4 Ueb.Best.

Art. 107 Abs. 1^{bis} (neu) E ZPO

Art. 326^{quinquies} (neu) E StGB

Art. 71*a* (neu) E BVG