



David Oser / Andreas F. Müller*

Entwurf einer Verordnung zur Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV (Minder-Initiative)



Dieser Entwurf soll in möglichst konziser und konkreter Form Ideen zur Umsetzung der Minder-Initiative in die laufende Diskussion einbringen. Der Entwurf schlägt Lösungen vor, die

- Art. 95 Abs. 3 BV und damit die «Minder-Initiative» vollständig umsetzen, eng am Wortlaut der Initiative ausgerichtet;
- gleichzeitig die Flexibilität der betroffenen Publikumsgesellschaften wahren, praxistauglich sind und auf Akzeptanz bei den betroffenen Unternehmen stossen;
- in das bestehende Aktienrecht eingebettet sind;
- die Rechte der Aktionäre stärken; und
- den Unternehmensstandort Schweiz weiterhin attraktiv erscheinen lassen.

Der Entwurf setzt insbesondere das Kernanliegen der neuen Verfassungsbestimmung einer Abstimmung über sämtliche Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung sowie des Beirats unter Beachtung der vorgenannten Grundsätze um. Folgende Kernpunkte möchten wir an dieser Stelle hervorheben:

- Aktionäre müssen anlässlich der ordentlichen Generalversammlung die Gesamtsumme der Vergütungen der genannten Organmitglieder verbindlich genehmigen.
- Die Aktionäre legen statutarisch fest, wie der Genehmigungsbeschluss ausgestaltet werden soll. Der Entwurf stellt folgende Alternativen zur Verfügung: Eine retroaktive Abstimmung, bezogen auf das vergangene Geschäftsjahr, oder eine pro-

spektive Abstimmung, bezogen auf das laufende oder gegebenenfalls bis zu zwei nachfolgende Geschäftsjahre. Angesichts der Vielzahl möglicher Umsetzungsalternativen scheint eine solche flexible Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung im Rahmen einer Bundesratsverordnung der richtige Weg, da er für die spätere Umsetzung auf Gesetzesstufe keine bestimmte Variante präjudiziert. Die Lösung stärkt überdies im Sinne der Initiative die Aktionärsrechte, da die Aktionäre den (stets verbindlichen) Genehmigungsbeschluss individuell entsprechend den konkreten Anforderungen der jeweiligen Gesellschaft ausgestalten können.

- Die Aktionäre können weiter statutarisch festlegen, ob die Genehmigung der Gesamtsumme der Vergütungen des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats insgesamt oder getrennt nach einzelnen Organen, für alle Vergütungsbestandteile zusammen oder getrennt nach einzelnen Vergütungsbestandteilen oder in Mischvarianten erfolgt.
- Die Statuten müssen zwingend vorsehen, im Sinne einer verbindlichen Regelung, wie der Verwaltungsrat im Falle einer Nicht-Genehmigung der Gesamtvergütung vorzugehen und welche Massnahmen er zu treffen hat. Während in zahlreichen Jurisdiktionen im Sinne einer «best practice»-Regelung die (letztlich) unverbindliche Erwartung besteht, dass der Verwaltungsrat einem etwaigen «Nein» der Generalversammlung Rechnung tragen wird, werden gemäss diesem Vorschlag Aktionäre von Schweizer Gesellschaften in die Lage versetzt, dem Verwaltungsrat verbindliche Vorgaben zu den Konsequenzen eines «Neins» zu machen. Damit wird die Vorgabe einer «verbindlichen» Abstimmung unmittelbar umgesetzt. Gleichzeitig wird Gesellschaften und Aktionären jedoch eine gewisse Flexibilität belassen.

* Dr. iur. David Oser, LL.M., und Dr. iur. Andreas F. Müller, LL.M., beide Rechtsanwälte bei Homburger AG, Zürich.

Folgende weitere Punkte sind besonders zu erwähnen:

- Die gemäss neuem Verfassungstext unzulässigen Vergütungen werden konzise definiert und von zulässigen Vergütungsarten abgegrenzt. Leitgedanke ist, Vergütungen nicht entschädigender Natur zu verbieten. In diesem Sinne sind die verwendeten Begriffsdefinitionen und Ausnahmebestimmungen zu verstehen. Vergütungen mit Entschädigungscharakter sollen zulässig bleiben – mit Ausnahme der unzulässigen Lohnvorauszahlungen, die in der Folge «abgearbeitet» werden.
- Sowohl das generelle Verbot der Delegation der Geschäftsführung an eine juristische Person als auch das Verbot, mit anderen Konzerngesellschaften zusätzliche Berater- oder Arbeitsverträge einzugehen, wurden aufgrund deren Zwecks, Umgehungen der Vergütungsvorschriften zu verhindern, formuliert: Solange sämtliche Vergütungen aller Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung oder eines Beirats (oder von Personen, die in der Sache Organfunktionen wahrnehmen) dem Genehmigungsbeschluss der Generalversammlung unterstehen, bleibt eine Delegation oder der Abschluss von Berater- oder Arbeitsverträgen mit mehreren Konzerngesellschaften zulässig.
- Soweit eine Kompetenz des Bundesrats zum Erlass von Strafbestimmungen auf Verordnungsebene angenommen wird, sollen wegen des im Strafrecht geltenden Legalitätsprinzips konkrete Straftatbestände formuliert werden. Der Entwurf verzichtet daher auf eine rechtsstaatlich problematische Blankettnorm.

Im Zentrum dieses Beitrages steht der vorgeschlagene Verordnungstext. Die Kommentare dienen der Erläuterung der gewählten Lösung. Sie sollen überdies darlegen, inwieweit auf bereits bestehende Rechtsbegriffe und -konzepte zurückgegriffen wird, und das Verhältnis zum bestehenden Recht darstellen. Auf Hinweise auf Literatur sowie andere öffentlich diskutierte Vorschläge wurde grundsätzlich verzichtet.

Entwurf einer Verordnung zur Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV¹

Der Schweizerische Bundesrat,
gestützt auf Artikel 197 Ziffer 8 der Bundesverfassung,
verordnet:

1. Titel: Allgemeine Bestimmungen

Art. 1 Geltungsbereich

Diese Verordnung regelt die Vergütungen des Verwaltungsrats, der vom Verwaltungsrat ganz oder zum Teil mit der Geschäftsführung betrauten Personen (Geschäftsleitung) und des Beirats von Aktiengesellschaften mit statutarischem Sitz in der Schweiz, deren Aktien an einer Börse kotiert sind.

Art. 2 Verhältnis zu anderen Gesetzen

¹ Diese Verordnung ergänzt den Sechszwanzigsten Titel des Obligationenrechts, das Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge und das Strafgesetzbuch.

² Soweit die Bestimmungen dieser Verordnung den vorgenannten Gesetzen widersprechen, gehen sie diesen vor.

Der Vorschlag für die Verordnung zur Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 der Bundesverfassung (BV) greift – soweit möglich – auf die im Obligationenrecht (OR) verwendete Terminologie zurück.

Für die Auslegung der Begriffe «Vergütung», «Beirat», «Geschäftsleitung» und «deren Aktien an einer Börse kotiert sind» kann auf Lehre und Praxis zu Art. 663b^{bis} Abs. 1 und 2 OR zurückgegriffen werden. Vergütung sind «sämtliche Vergütungen»; «[u]nerheblich ist, welcher Natur diese Vergütungen sind und welchen Rechtsgrund sie haben» (Botschaft zu Art. 663b^{bis} OR).

Mitglieder der Geschäftsleitung sind «Mitglieder des Gremiums, das unmittelbar dem Verwaltungsrat untergeordnet ist» (Botschaft zu Art. 663b^{bis} OR).

Für die Auslegung der Begriffe «Börse» und «kotiert» kann zudem auf Art. 2 Buchstabe b und c des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz; BEHG) vom 24. März 1995 zurückgegriffen werden; bei den Börsen kann es sich um eine in- oder ausländische Börse handeln.

Diese Verordnung schafft ein Sonderrecht für Schweizer Aktiengesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind. Da die grosse Mehrheit der Bestimmungen des OR weiterhin Bestand haben wird, und um diese Verordnung möglichst leserfreundlich zu halten, schlagen wir vor, das Verhältnis zwischen dieser Verordnung und den – grundsätzlich weiterhin geltenden – Bestimmungen des OR (sowie des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVG] und des Strafgesetzbuches [StGB]) mittels eines allgemeinen Artikels zu regeln. Aus der Auslegung dieser Gesetze und der Verordnung ergibt sich deutlich, wo diese Verordnung bloss ergänzen und wo sie abweichend regeln will (vgl. auch die entsprechenden Hinweise in den Kommentaren zu den nachfolgenden Artikeln).

¹ Alle Personenbezeichnungen der vorliegenden Verordnung beziehen sich auf Personen beider Geschlechter.

2. Titel: Statuten

Art. 3 Gesetzlich vorgeschriebener Inhalt

Die Statuten müssen Bestimmungen enthalten über:

- a. die Ausgestaltung der Genehmigung der Gesamtsumme aller Vergütungen des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats durch die Generalversammlung, insbesondere ob:
 1. die Genehmigung für den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat gesamthaft oder für den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat je getrennt erfolgt;
 2. die Genehmigung für das laufende und gegebenenfalls bis zu zwei nachfolgende Geschäftsjahre als Höchstsumme (einschliesslich einer ausgewiesenen Reserve für bestimmte Ereignisse oder bei Änderungen in der Zusammensetzung des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung oder des Beirats) oder für das vergangene Geschäftsjahr in Bezug auf die tatsächlich entrichtete oder zugesprochene Gesamtsumme erfolgt;
 3. die Genehmigung für alle Vergütungsbestandteile in Bezug auf die gleiche Periode oder für einzelne Vergütungsbestandteile in Bezug auf verschiedene Perioden erfolgt;
- b. die vom Verwaltungsrat zu beachtenden Grundsätze und zu treffenden Massnahmen für den Fall, dass die Generalversammlung die gemäss Buchstabe a beantragten Vergütungen nicht genehmigt;
- c. die Anzahl Verwaltungsrats- oder ähnlicher Mandate von Mitgliedern des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats ausserhalb des Konzerns;
- d. die elektronische Erteilung von Vollmachten und Weisungen an den oder die unabhängigen Stimmrechtsvertreter.

Diese Bestimmung setzt Art. 95 Abs. 3 Buchstabe a Sätze 1 und 4 Teilsatz 1 BV um.

Sie ergänzt Art. 626 OR.

Buchstabe a: *Gemäss dem Vorschlag wird den Aktionären aufgegeben, die Ausgestaltung und Wirkung des Genehmigungsbeschlusses zu definieren. Dadurch soll den Gesellschaften eine gewisse Flexibilität belassen werden, um den Genehmigungsbeschluss unter Berücksichtigung von Faktoren wie Grösse, Aktionärszusammensetzung, Kotierung im In- oder Ausland oder Anforderungen ausländischen Rechts oder Regulierungen auszugestalten. Gleichzeitig wird aber das Kernelement der Verfassungsbestimmung eines bindenden Genehmigungsbeschlusses verwirklicht. Für eine gesetzesvertretende Verordnung scheint dieser Weg der Implementierung auch deshalb besonders angemessen, weil die definitive Lösung des Gesetzgebers nicht faktisch vorgegeben wird, sondern vielmehr praktisches Anschauungsmaterial geliefert wird für die definitive Umsetzung. Die mit den verschiedenen möglichen Lösungen gemachten Erfahrungen können so vom Gesetzgeber berücksichtigt werden.*

Entsprechend schlagen wir Folgendes vor:

Die Aktionäre bestimmen, ob der Genehmigungsbeschluss für Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Beirat:

- (1) *zusammen oder je getrennt erfolgt;*
- (2) *retrospektiv (vergangenes Geschäftsjahr) oder prospektiv (laufendes Geschäftsjahr und gegebenenfalls bis zu zwei nachfolgende Geschäftsjahre) erfolgt; und*
- (3) *für die Vergütung als Gesamtpaket oder aufgeteilt in deren Bestandteile (z.B. Grundsalar und variable Lohnbestandteile) und bezogen auf verschiedene Bezugsperioden durchgeführt werden soll.*

Mischvarianten sind danach zulässig. Ein mögliches Beispiel ist etwa eine prospektive Genehmigung des Grundsalar und eine retrospektive Genehmigung der variablen Lohnbestandteile.

Um Planungs- und Rechtssicherheit zu schaffen, soll es den Aktionären bei der Ausgestaltung des Genehmigungsbeschlusses in der Form einer prospektiven Abstimmung möglich sein, für bestimmte Geschäftsereignisse, wie etwa Änderungen in der Geschäftsleitung, «Reserven» zu genehmigen. Um Transparenz zu gewährleisten, sind diese auszuweisen. Den Aktionären steht es zudem frei, dem Verwaltungsrat über einen längeren Zeitraum (laufendes Jahr und bis zu zwei nachfolgende Geschäftsjahre) eine Art «Vergütungspool» zuzusprechen, aus dem er die Vergütung der Organmitglieder speist.

Buchstabe b: *Diese Bestimmung setzt den Kerngedanken einer verbindlichen Genehmigung der Vergütungen durch die Generalversammlung gemäss Art. 95 Abs. 3 BV um, ohne das Interesse der Aktionäre und der Gesellschaft an Rechtssicherheit im Falle einer Nicht-Genehmigung zu vernachlässigen. Statt sämtlichen Gesellschaften eine notwendigerweise starre und nicht auf individuelle Faktoren wie Grösse und Aktionärs- oder Managementstruktur angepasste gesetzliche Regelung aufzuzwingen, wird es den Aktionären überlassen, die verbindliche Natur der Nicht-Genehmigung und der daraus folgenden Konsequenzen – im Rahmen der Grundsätze dieser Verordnung – in den Statuten festzusetzen. Dies ist*

auch deshalb gerechtfertigt, weil die Gründe für eine Ablehnung unterschiedlich sein können, so dass der Verwaltungsrat flexibel bestimmen können muss, was die angemessene Reaktion auf den negativen Genehmigungsbeschluss ist.

Die Statuten müssen insbesondere regeln, wie der ablehnende Aktionärswille umgesetzt werden kann, insbesondere ob der Verwaltungsrat eine Korrektur im Wege eines Eingriffs in bereits ausbezahlte oder zugesprochene Vergütungen vornehmen muss oder kann oder ob er einem ablehnenden Aktionärswillen (nur) im Rahmen der Neufestsetzung künftiger Vergütungen Rechnung tragen kann. Die Statuten können so z.B. vorsehen, dass der Verwaltungsrat den Aktionären während einer bestimmten Zeit die Gelegenheit geben muss, sich ihm gegenüber über die Gründe der Ablehnung zu äussern. Aufgrund von Praktikabilitätsabwägungen geht der vorliegende Entwurf davon aus, dass die Umsetzung des «negativen» Aktionärswillens durch den Verwaltungsrat nicht einem erneuten Genehmigungserfordernis durch die Generalversammlung untersteht. In jedem Fall hat der Verwaltungsrat Art. 13 Abs. 2 dieser Verordnung zu beachten und im Anhang zur Jahresrechnung die getroffenen Massnahmen zwecks Umsetzung der Vorgaben der Statuten bei Ablehnung der Vergütungen durch die Generalversammlung anzugeben. Da die Generalversammlung jährlich über den Geschäftsbericht abstimmt, kann sich die Generalversammlung auf diesem Wege (indirekt) auch zu den vom Verwaltungsrat getroffenen Massnahmen äussern.

Buchstabe c verpflichtet die Gesellschaft, in den Statuten für Verwaltungsrats- und ähnliche Mandate von Mitgliedern des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats ausserhalb des Konzerns entweder eine Maximalanzahl oder verbindliche Kriterien festzulegen.

Buchstabe d verpflichtet die Gesellschaft, für das in Art. 6 dieser Verordnung gewährleistete Recht zur elektronischen Vollmacht- und Weisungserteilung die wesentlichen Grundsätze festzuhalten.

Art. 4 Weitere Bestimmungen

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

- a. die wesentlichen Grundsätze der Erfolgs- und Beteiligungspläne für Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats;
- b. die Höhe der Kredite und Darlehen an Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats;
- c. die Grundsätze betreffend Renten an Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats;
- d. die Dauer (befristet oder unbefristet) der Arbeitsverträge der Mitglieder der Geschäftsleitung sowie die wesentlichen Grundsätze, nach denen Dauer und Kündbarkeit dieser Arbeitsverträge festgelegt werden.

Diese Bestimmung setzt Art. 95 Abs. 3 Buchstabe c BV um.

Sie ergänzt Art. 627 OR.

Bei den von Buchstabe c (mit Ausnahme der Anzahl Mandate) der Verfassungsbestimmung verlangten Statuteninhalten handelt es sich um bedingt notwendige Statuteninhalte: Eine Regelung muss nur dann in die Statuten aufgenommen werden, wenn Erfolgs- und Beteiligungspläne für Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats aufgestellt, Kredite, Darlehen und Renten an Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats ausgerichtet und Geschäftsleitungsmitglieder angestellt werden sollen.

Buchstabe a: *Die wesentlichen Grundsätze beinhalten insbesondere den Kreis der Begünstigten, die Elemente der Vergütung sowie die Grundlage für die Zuteilung von Aktien gemäss den Beteiligungsplänen.*

Buchstabe b: *Die Statuten können entweder eine Maximalhöhe oder ausreichend bestimmte Kriterien für die Festsetzung deren Höhe im Einzelfall (z.B. Verhältnis zur Jahresvergütung) vorsehen.*

3. Titel: Rechte der Aktionäre

Art. 5 Vertretung der Stimmrechte

¹ Der Aktionär kann seine Aktien in der Generalversammlung selbst vertreten oder durch einen Dritten, der unter Vorbehalt statutarischer Bestimmungen nicht Aktionär zu sein braucht, oder einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter vertreten lassen.

² Die Organ- und die Depotstimmrechtsvertretung sind ausgeschlossen.

Art. 6 Elektronische Stimmabgabe

Die Aktionäre können vor der Generalversammlung ihre Vollmacht und Weisungen an den oder die unabhängigen Stimmrechtsvertreter elektronisch erteilen.

4. Titel: Die Generalversammlung

Art. 7 Befugnisse

¹ Der Generalversammlung stehen folgende unübertragbare Befugnisse zu:

- a. die Wahl des Verwaltungsratspräsidenten;

Buchstabe d: Die Statuten regeln die Dauer der Arbeitsverträge sowie die wesentlichen Grundsätze, nach denen Dauer und Kündbarkeit festgelegt werden. Sie können der Gesellschaft das Recht einräumen, unbefristete Arbeitsverträge einzugehen. Diesfalls sind die wesentlichen Kriterien für deren Kündbarkeit in die Statuten aufzunehmen. Buchstabe d begründet keine Pflicht des Verwaltungsrats zum Abschluss schriftlicher Arbeitsverträge; auch ohne Abschluss von schriftlichen Verträgen sind die in den Statuten aufgenommenen Kriterien einzuhalten.

Diese Bestimmung setzt Art. 95 Abs. 3 Buchstabe a Satz 4 Teilsatz 2 BV um.

Abs. 1 ersetzt Art. 689 Abs. 2 OR.

Abs. 2 hebt Art. 689c und 689d OR auf. Art. 689e OR gilt nur noch bezüglich der von unabhängigen Stimmrechtsvertretern vertretenen Stimmen. Art. 702 Abs. 2 Ziff. 1 OR gilt nur noch bezüglich der von den Aktionären und von unabhängigen Stimmrechtsvertretern vertretenen Stimmen.

Diese Bestimmung setzt Art. 95 Abs. 3 Buchstabe a Satz 4 Teilsatz 1 BV um.

In Abweichung von Art. 689a Abs. 1 OR kann die Vollmacht statt schriftlich auch elektronisch erteilt werden. Im Übrigen ergänzt diese Bestimmung das OR.

Ziel von Art. 95 Abs. 3 Buchstabe a Satz 4 Teilsatz 1 BV ist es, den Aktionären die Teilnahme an der Generalversammlung zu vereinfachen und somit die Aktionärsbeteiligung zu erhöhen. Die Gesellschaften sollen aber nicht zur Einführung einer elektronisch übertragenen Generalversammlung mit der Möglichkeit der «Live-Teilnahme» verpflichtet werden. Diese ist mit substanziellen Kosten sowie Risiken (insbesondere bei technischen Pannen) verbunden.

Abs. 1 setzt – in Verbindung mit Art. 9 dieser Verordnung – Art. 95 Abs. 3 Buchstabe a Satz 2 BV um.

Er ergänzt Art. 698 Abs. 2 OR. Abs. 1 Buchstabe a geht Art. 712 OR – mit Ausnahme der Regelung betreffend den Sekretär – vor.

- b. die Wahl der Mitglieder des mit Vergütungsfragen betrauten Ausschusses (Vergütungsausschuss); und
- c. die Wahl eines oder mehrerer unabhängiger Stimmrechtsvertreter sowie eines oder mehrerer unabhängiger Ersatzstimmrechtsvertreter für die Dauer bis zur und für die nächste ordentliche Generalversammlung.

² Fehlen der Gesellschaft ein Verwaltungsratspräsident oder die erforderlichen Mitglieder des Vergütungsausschusses, so kann der Verwaltungsrat diese für die Dauer bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung aus dem Kreis seiner Mitglieder bestimmen.

³ Falls die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Einladung zu einer Generalversammlung keinen unabhängigen Stimmrechtsvertreter hat, so wird dieser durch den Verwaltungsrat bestimmt.

Der Ingress stellt klar, dass die Generalversammlung diese Aufgaben nicht delegieren kann. Die unübertragbare Befugnis, die übrigen Verwaltungsräte zu wählen, ergibt sich bereits aus Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR.

Wir schlagen gegenüber dem Verfassungstext folgende Konkretisierungen vor:

- *Möglichkeit der Generalversammlung, mehrere unabhängige Stimmrechtsvertreter zu wählen; und*
- *Pflicht zur Wahl eines oder mehrerer unabhängiger Ersatzstimmrechtsvertreter, um Vakanzen möglichst zu vermeiden (soweit nicht eine juristische Person [wie etwa ein Revisionsunternehmen oder eine Anwaltssozietät] gewählt wird, womit sich dieses Problem in aller Regel vermeiden lässt).*

Abs. 2 und 3: *Im Präsidium des Verwaltungsrats, im Vergütungsausschuss sowie bei den unabhängigen Stimmrechtsvertretern können Vakanzen entstehen:*

- *Die Generalversammlung wählt keinen Verwaltungsratspräsidenten, nicht die erforderlichen Mitglieder des Vergütungsausschusses oder keinen unabhängigen (Ersatz-)Stimmrechtsvertreter (z.B. weil das erforderliche Mehr nicht zustande kommt);*
- *der gewählte Verwaltungsratspräsident, die gewählten Mitglieder des Vergütungsausschusses oder der oder die gewählten unabhängigen (Ersatz-)Stimmrechtsvertreter erfüllen die gesetzlichen, regulatorischen oder statutarischen Anforderungen nicht oder nicht mehr;*
- *der Verwaltungsratspräsident, die Mitglieder des Vergütungsausschusses oder der oder die gewählten unabhängigen (Ersatz-)Stimmrechtsvertreter treten vor der nächsten ordentlichen Generalversammlung zurück; oder*
- *es entsteht aus anderen Gründen eine Vakanz.*

Zur Behebung einer solchen Vakanz bieten sich folgende Möglichkeiten an: (i) Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung, (ii) Ernennung durch den Richter und (iii) Ernennung durch den Verwaltungsrat:

- *Die Durchführung einer ausserordentlichen Generalversammlung ist mit erheblichem finanziellem und organisatorischen Aufwand verbunden. Ausserdem ist die Zeit bis zur ausserordentlichen Generalversammlung mit einer Übergangsregelung zu überbrücken. Die Ernennung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters kann nicht erst an einer ausserordentlichen Generalversammlung erfolgen.*
- *Da der Verwaltungsratspräsident ein gesetzlich vorgeschriebenes Organ ist, wäre denkbar, dass der Richter – entsprechend den Vorgaben von Art. 731b OR – bei Nichtwahl des Verwaltungsratspräsidenten durch die Generalversammlung oder einer Vakanz nach seiner Wahl wegen Fehlens eines vorgeschriebenen Organs angerufen werden müsste. Ein solches Verfahren ist jedoch kompliziert, und scheint insgesamt unverhältnismässig und unangemessen.*

Die ausnahmsweise Befugnis des Verwaltungsrats, zeitlich beschränkt bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung – und damit für maximal ein Jahr – die Vakanz zu beenden, ist aufgrund der Nachteile der beiden anderen Möglichkeiten die angemessenere Lösung.

Art. 8 Vergütungen

Die Generalversammlung genehmigt an jeder ordentlichen Generalversammlung die Gesamtsumme aller Vergütungen des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats.

Diese Bestimmung setzt Art. 95 Abs. 3 Buchstabe a Satz 1 BV um.

Da die ordentliche Generalversammlung nicht zwingend im Jahresrhythmus stattfindet, sondern jeweils innerhalb eines bestimmten Zeitraums seit Abschluss des Geschäftsjahrs, schlagen wir anstelle des Begriffes «jährlich» die Formulierung «an jeder ordentlichen Generalversammlung» vor. Inhaltlich bestehen keine Differenzen zur Vorgabe der Verfassung.

Der Begriff «Vergütungen» ist wie in Art. 1 dieser Verordnung auszulegen. Die Generalversammlung ist dabei an Art. 10 dieser Verordnung gebunden; sie kann selbst bei entsprechender statutarischer Ermächtigung nicht unzulässige Vergütungen genehmigen.

Da es sich gemäss Art. 8 um einen reinen Genehmigungsbeschluss der Generalversammlung handelt, kann die Generalversammlung den Vorschlag des Verwaltungsrats nur an- oder ablehnen. Abweichende Anträge von Aktionären, etwa in Form einer Reduktion der Gesamtsumme, sind nicht möglich.

5. Titel: Der Verwaltungsrat**Art. 9 Amtsdauer**

¹ Der Verwaltungsratspräsident und die Mitglieder des Verwaltungsrats und des Vergütungsausschusses werden einzeln für eine Amtsdauer von einem Jahr gewählt.

² Wiederwahl ist möglich.

Diese Bestimmung setzt – in Verbindung mit Art. 7 dieser Verordnung – Art. 95 Abs. 3 Buchstabe a Satz 2 BV um.

Sie ersetzt Art. 710 OR (wobei die beiden Absätze 2 gleich lauten).

Unter einem «Jahr» ist der Zeitabschnitt zwischen zwei ordentlichen Generalversammlungen zu verstehen.

6. Titel: Vergütungen**Art. 10 Unzulässige Vergütungsarten**

¹ Die Gesellschaft darf an Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats folgende Vergütungsarten nicht ausrichten:

- a. Abgangs- und ähnliche Entschädigungen;
- b. Vergütungen im Voraus; und
- c. Prämien für Firmenkäufe und -verkäufe.

² Als Abgangs- und ähnliche Entschädigungen gelten Vergütungen, die ihren Rechtsgrund einzig in der Beendigung des Arbeits- oder Mandatsverhältnisses haben. Keine Abgangs- oder ähnliche Entschädigungen sind namentlich:

- a. gesetzlich geschuldete Vergütungen;

Diese Bestimmung setzt Art. 95 Abs. 3 Buchstabe b Satz 1 BV um (mit Ausnahme des letzten Teiles, der durch Art. 15 dieser Verordnung geregelt wird).

Massgebend für die Zulässigkeit von Vergütungen bleibt das Gesellschaftsinteresse (vgl. Art. 717 Abs. 1 OR). Für gemäss diesem Artikel für unzulässig erklärte Vergütungsarten wird jedoch unwiderlegbar fingiert, dass sie nicht im Gesellschaftsinteresse liegen.

Abs. 1: *Die genannten Vergütungen sind unzulässig und können auch von den Aktionären nicht genehmigt werden. Die Begriffsbestimmung erfolgt in den Absätzen 2 bis 4. Angesichts der Strafbewehrung der Ausrichtung unzulässiger Vergütungen ist es rechtsstaatlich geboten, diese möglichst genau zu definieren.*

Abs. 2: *Art. 95 Abs. 3 Buchstabe b Satz 1 BV will verhindern, dass Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung oder des Beirats bei Beendigung ihres Arbeits- oder Mandatsverhältnisses vergütet werden, ohne eine Gegenleistung zu erbringen, also Zahlungen nicht entschädigender Natur verbieten. Gesetzlich geschuldete Vergütung (z.B. Abgangsentschädigungen nach Art. 339b ff. OR, Entschädigungen für missbräuchliche Kündigungen nach Art. 336a OR) sowie Lohnfortzahlungen während der restlichen*

- b. für die vertragliche Restdauer oder Dauer der gesetzlichen oder vereinbarten Kündigungsfrist ausgerichtete Vergütungen;
- c. Entschädigungen für zu erbringende Leistungen oder Unterlassungen und für Verzichte auf Rechte, Ansprüche oder Anwartschaften.

³ Als Vergütungen im Voraus gelten Vergütungen, die als Vorauszahlung für noch zu leistende Arbeit ausgerichtet werden. Keine Vergütungen im Voraus sind namentlich:

- a. gesetzlich geschuldete Vergütungen;
- b. Vergütungen, deren Vorauszahlung üblich ist;
- c. Entschädigungen für Nachteile, die als Folge des Stellenwechsels entstehen, insbesondere für den Verfall von Rechten, Ansprüchen oder Anwartschaften gegenüber bisherigen Arbeitgebern und Vorsorge- oder ähnlichen Einrichtungen.

⁴ Als Prämien für Firmenkäufe und -verkäufe gelten Vergütungen, die ihren Rechtsgrund einzig im Kauf eines Unternehmens oder Teils eines Unternehmens oder im Verkauf der Gesellschaft oder eines Teils der Gesellschaft haben. Keine Prämien für Firmenkäufe und -verkäufe sind namentlich:

- a. gesetzlich geschuldete Vergütungen;
- b. variable Vergütungsbestandteile, bei denen die Leistung im Zusammenhang mit Firmenkäufen und -verkäufen im Rahmen der Unternehmens- oder persönlichen Ziele berücksichtigt wird;
- c. Entschädigungen für Nachteile, die durch Kontrollwechsel entstehen.

⁵ In jedem Fall zulässig bleibt die Einräumung des Rechts auf vorzeitige Ausübung oder auf vorzeitigem Erhalt bedingter oder aufgeschobener Rechte, Ansprüche oder Anwartschaften, insbesondere im Rahmen von Erfolgs- und Beteiligungsplänen.

Art. 11 Bewertung

Vergütungen sind nach den anwendbaren Bestimmungen über die Rechnungslegung zu bewerten.

Vertragsdauer oder der Kündigungsfrist sind nicht erfasst. Ebenso wenig sind andere Zahlungen entschädigender Natur erfasst, so z.B. die Abgeltung eines Konkurrenzverbots (vgl. auch Art. 340a Abs. 2 OR), Zahlungen im Rahmen eines Aufhebungsvertrages für einen Verzicht auf Rechte, Ansprüche oder Anwartschaften oder Abgeltungen im Zusammenhang mit Nachteilen, die bei Kontrollwechseln entstehen (vgl. auch Abs. 4 Buchstabe c). Nicht erfasst sind Vorsorgeleistungen bzw. Ansprüche auf Vorsorgeleistungen, sofern sie nicht «Vergütungen» im Sinne von Art. 1 dieser Verordnung darstellen.

Abs. 3: *Art. 95 Abs. 3 Buchstabe b Satz 1 BV will verhindern, dass Lohn im Voraus ausbezahlt wird, für den noch keine arbeitsvertragliche Leistung erbracht wurde (z.B. die Ausrichtung eines Jahresgebaldes im Sinne einer Vorauszahlung). Neben wiederum nicht erfassten gesetzlich geschuldeten Vergütungen wird vorgeschlagen, dass Vergütungen, deren Vorauszahlung üblich ist, nicht erfasst werden, wie etwa die übliche Zahlung des gesamten Monatslohns vor Monatsende. Wie dargelegt, sind Zahlungen entschädigender Natur vom Willen des Verfassungsgebers nicht erfasst. Unter Abs. 3 Buchstabe c dieser Verordnung fällt der Fall von Zahlungen zum Ausgleich von Nachteilen, die bei Stellenwechsel durch den Verfall von Optionen oder aufgeschobenen Vergütungen, einschliesslich von Ansprüchen auf Vorsorgeleistungen, beim bisherigen Arbeitgeber anfallen.*

Abs. 4: *Art. 95 Abs. 3 Buchstabe b Satz 1 BV will verhindern, dass Prämien für Firmenkäufe und -verkäufe ausgerichtet werden, ohne dass die Vergütungsempfänger eine Gegenleistung erbringen. Gesetzlich geschuldete Vergütungen sind wiederum ausgenommen. Ebenfalls nicht erfasst sind Zahlungen mit entschädigendem Charakter. Darunter fallen zum einen Vergütungen, die im Falle der Erreichung von definierten Zielen im Rahmen der variablen Lohnkomponente ausgerichtet werden, z.B. für besondere Integrationsleistungen oder besonders erfolgreiche Verhandlungsführung. Zum anderen fallen darunter Entschädigungen, die Nachteile bei einem Kontrollwechsel entschädigen. Die Zulässigkeit von Kontrollwechselklauseln ist bei Publikumsgesellschaften auch aus Abwicklungsgründen eines Übernahmeangebots eines Dritten erforderlich.*

Abs. 5: *Gewisse Bestandteile der Vergütung sind oft als bedingte Vergütungsansprüche ausgestaltet oder zeitlich aufgeschoben. Einer der Hauptgründe dafür ist, dass dadurch dem Management Anreize zu einem auf mittel und langfristigen Erfolg abzielenden Verhalten gegeben werden soll. In zahlreichen Fällen besteht das Bedürfnis, die Bedingung aufzuheben oder den zeitlichen Aufschub zu verkürzen bzw. aufzuheben, so etwa im Zusammenhang mit Unternehmensübernahmen durch einen Dritten. Dies soll auch unter Art. 95 Abs. 3 BV möglich bleiben.*

Art. 12 Neue Mitglieder der Geschäftsleitung und des Beirats

Der Verwaltungsrat kann im Rahmen der statutarischen Dauer der Arbeitsverträge Verträge mit neuen Mitgliedern der Geschäftsleitung und des Beirats eingehen, auch wenn deren Vergütung von der Generalversammlung nicht im Voraus genehmigt wurde.

Art. 13 Festlegung bei Nichtgenehmigung

¹ Lehnt die Generalversammlung eine Genehmigung der beantragten Vergütungen des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung oder des Beirats ab, hat der Verwaltungsrat die Vorgaben in den Statuten gemäss Artikel 3 Buchstabe b dieser Verordnung zu beachten und die geeigneten Massnahmen zur Umsetzung dieser Vorgaben zu treffen.

² Die Massnahmen zwecks Umsetzung der Vorgaben der Statuten sind im Anhang zur Bilanz anzugeben.

Art. 14 Arbeits- und Mandatsverträge

¹ Der Verwaltungsrat trifft die erforderlichen Vorkehren, um die Vorgaben der Statuten bei Nichtgenehmigung der Gesamtsumme der Vergütungen des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung oder des Beirats durch die Generalversammlung durch geeignete Massnahmen umsetzen zu können, insbesondere durch Aufnahme geeigneter Bestimmungen in den Arbeits- und Mandatsverträgen des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats.

² Die Arbeitsverträge mit Mitgliedern des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung oder des Beirats können, unabhängig von der vereinbarten Vertragsdauer oder Kündigungsfrist, ein besonderes Kündigungsrecht zugunsten des Mitglieds des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung oder des Beirats vorsehen, das von den Massnahmen gemäss Artikel 13 Absatz 1 betroffen ist.

³ In jedem Fall haben die betroffenen Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats das Recht auf eine übliche Vergütung nach Artikel 322 Absatz 1 des Obligationenrechts und Artikel 394 Absatz 3 des Obligationenrechts.

Diese Bestimmung hat vor allem klarstellende Funktion. Sie bestätigt, dass der Verwaltungsrat durch diese Verordnung nicht in seiner – gemäss Art. 716a Ziff. 4 OR unübertragbaren – Aufgabe eingeschränkt ist, Mitglieder der Geschäftsleitung und eines allfälligen Beirats zu bestimmen und mit ihnen Arbeits- und Mandatsverträge zu schliessen, selbst wenn die Generalversammlung deren Vergütung nicht im Voraus genehmigt hat oder die genehmigte Reserve nicht ausreicht. Die Aktionäre sind ausreichend geschützt, da (a) solche Verträge nur im Rahmen der statutarischen Dauer abgeschlossen werden können und (b) die Generalversammlung die Vergütungen genehmigen muss.

Diese Bestimmung verpflichtet den Verwaltungsrat, im Falle einer Nichtgenehmigung der Gesamtsumme aller Vergütungen gemäss den von den Aktionären statutarisch festgelegten Grundsätzen vorzugehen. Zwecks Information der Aktionäre sind die getroffenen Massnahmen offenzulegen. Im Übrigen wird auf die Ausführungen zu Art. 3 Buchstabe b dieser Verordnung verwiesen.

Abs. 1: *Die Gesellschaft bleibt grundsätzlich an eingegangene Verpflichtungen gebunden, unabhängig von der Genehmigung der Vergütung durch die Generalversammlung. Um sicherzustellen, dass dem Willen der Aktionäre im Falle der Ablehnung der Gesamtvergütung auch tatsächlich Folge geleistet werden kann, wird der Verwaltungsrat verpflichtet, die geeigneten Vorkehren zu treffen. Abhängig von der Ausgestaltung der Statuten gemäss Art. 3 dieser Verordnung (also namentlich im Fall einer rückwirkenden Anpassung) wird der Verwaltungsrat in Arbeits- und Mandatsverträgen mit Mitgliedern des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats unter Umständen Bedingungen oder Rückforderungsrechte vorsehen müssen.*

Abs. 2 *ermöglicht, in Abweichung vom Grundsatz der Kündigungsparität gemäss Art. 335a Abs. 1 OR, einseitig zugunsten der Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats in deren Arbeitsverträgen Kündigungsmöglichkeiten oder -fristen für den Fall der Ablehnung der Gesamtsumme der Vergütung zu vereinbaren. Dies dürfte wiederum namentlich dann eine Rolle spielen, wenn die Statuten gemäss Art. 3 Buchstabe b dieser Verordnung eine rückwirkende Korrektur der Vergütungen vorsehen.*

Abs. 3 *gibt den Mitgliedern des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats einen Anspruch auf übliche Vergütung, den es bei einer ablehnenden Entscheidung der Generalversammlung in jedem Fall zu beachten gilt.*

Art. 15 Verträge mit mehreren Konzerngesellschaften

Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats dürfen nicht zusätzliche Arbeits- und Beraterverträge mit anderen Konzerngesellschaften abschliessen, es sei denn, sämtliche Vergütungen aus diesen Verträgen sind den Bestimmungen dieser Verordnung über die Vergütung und der Genehmigung der Gesamtsumme aller Vergütungen des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats durch die Generalversammlung unterstellt.

Art. 16 Delegation der Führung der Gesellschaft an eine juristische Person

Die Führung der Gesellschaft darf nicht an eine juristische Person delegiert werden, es sei denn, sämtliche Vergütungen an Organe oder Arbeitnehmer dieser juristischen Person, die in der Sache Aufgaben des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung oder des Beirats der delegierenden Gesellschaft wahrnehmen, sind den Bestimmungen dieser Verordnung über die Vergütung und der Genehmigung der Gesamtsumme aller Vergütungen des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats durch die Generalversammlung unterstellt.

7. Titel: Ausübung von Stimmrechten durch Vorsorgeeinrichtungen**Art. 17**

¹ Die Vorsorgeeinrichtungen nach Artikel 48 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge üben ihre direkten Stimmrechte in Aktiengesellschaften mit statutarischem Sitz in der Schweiz, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, im Interesse ihrer Versicherten aus; in deren Interesse ist eine Stimmhaltung zulässig.

² Die Vorsorgeeinrichtungen legen mindestens einmal jährlich gegenüber den Versicherten offen, wie sie gestimmt haben.

Diese Bestimmung setzt Art. 95 Abs. 3 Buchstabe b Satz 1 (letzter Teil) BV um.

Aus organisatorischen, rechtlichen und steuerlichen Gründen kann es angezeigt sein, dass Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats Verträge mit mehreren Konzerngesellschaften eingehen (Beispiel: Der Geschäftsführer einer Division, der bei einer eigenständigen Konzerntochter angestellt ist, ist gleichzeitig Mitglied des Verwaltungsrats der Holding; die Geschäftsleitung ist insgesamt bei einer konzerninternen Management-Gesellschaft angestellt). Solange die Bestimmungen über die Genehmigung der Vergütungen und unzulässigen Vergütungsarten nicht umgangen werden, ist das Ziel der Verfassungsbestimmung umgesetzt; eine weitergehende Einschränkung der Unternehmen in ihrer Organisationsfreiheit ist vom Verfassungsgeber nicht beabsichtigt.

Diese Bestimmung setzt Art. 95 Abs. 3 Buchstabe b Satz 2 BV um.

In der Praxis besteht teilweise ein Erfordernis, die Führung der Gesellschaft – soweit dies im Rahmen von Art. 716a OR überhaupt zulässig ist – an eine juristische Person zu delegieren. Ein Beispiel ist die Übertragung der Geschäftsführung an «Investment Managers». Solange die Bestimmungen über die Genehmigung der Vergütungen und unzulässigen Vergütungsarten nicht umgangen werden, ist das Ziel der Verfassungsbestimmung umgesetzt; eine weitergehende Einschränkung der Unternehmen in ihrer Organisationsfreiheit ist vom Verfassungsgeber nicht beabsichtigt.

Diese Bestimmung setzt Art. 95 Abs. 3 Buchstabe a Satz 3 BV um.

Abs. 1: *Pensionskassen sind gemäss gebräuchlicher Terminologie Vorsorgeeinrichtungen im Sinne von Art. 48 BVG. Aufgrund des Geltungsbereichs von Art. 95 Abs. 3 BV ist die Stimmrechtsausübungspflicht auf Aktiengesellschaften mit statutarischem Sitz in der Schweiz, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, beschränkt. Des Weiteren sind nur direkte Stimmrechte auszuüben; eine Ausübung indirekter Stimmrechte ist nicht praktikabel. Das Interesse der Versicherten muss nicht zwingend die Abgabe einer «Ja»- oder «Nein»-Stimme erfordern; eine Enthaltung – soweit im Interesse der Versicherten – soll weiterhin möglich bleiben. In diesem Zusammenhang ist auch zu überlegen, ob der Ordnungsgeber die Pflicht zur Ausübung des Stimmrechts nicht in Abhängigkeit von Mindestbeteiligungsschwellen definieren könnte; gerade bei Kleinstbeteiligungen ist fraglich, ob die Kosten für die Versicherten in einem vernünftigen Verhältnis zum Nutzen der Stimmrechtsausübung stehen. Übt eine Vorsorgeeinrichtung*

8. Titel: Strafbestimmungen

ihre Stimmrechte nicht aus, ist die Generalversammlung nicht anfechtbar. Ebenso wenig kann die Gesellschaft die Vorsorgeeinrichtung zur Ausübung ihrer Stimmrechte anhalten; es handelt sich nicht um eine der Gesellschaft geschuldete Pflicht als Aktionär.

Abs. 2: *Es genügt, das Abstimmungsverhalten mindestens einmal jährlich zu veröffentlichen. Dies hält Aufwand und Kosten für die Vorsorgeeinrichtungen in vertretbaren Grenzen. Die Offenlegung muss mindestens gegenüber den Personen erfolgen, deren Interesse auch den Entscheid über das Abstimmungsverhalten leitet.*

Vorbemerkungen

Ein sich auf die Gebote und Verbote von Art. 95 Abs. 3 BV beziehender Straftatbestand kann auf zwei Arten umgesetzt werden: (a) mittels einer Blankettnorm oder (b) mittels einzelner konkreter Straftatbestände. Eine Blankettnorm ist in gesetzgeberischer Hinsicht einfacher, weist aber zahlreiche Nachteile auf. So bleibt insbesondere unbestimmt, wer als Täter in Frage kommt oder welches Verhalten konkret strafbar ist. Des Weiteren können keine auf die Schwere des Delikts abgestimmten Strafrahmen vorgesehen werden. Konkrete Strafnormen haben den Nachteil, dass sie aufgrund der vielen Gebote und Verbote sehr umfangreich sind. Gewichtiger zu Buche schlägt jedoch, dass die mit einer Blankettnorm verbundene Unbestimmtheit vermieden wird. Mit Blick auf den besonders im Strafrecht wichtigen Grundsatz der Rechtssicherheit erscheint dies zentral. Entsprechend wird vorgeschlagen, statt einer Blankettnorm einzelne, konkrete Straftatbestände vorzusehen.

In einem zweiten Schritt stellt sich die Frage, auf welcher Normstufe die von der Verfassung gebotene Strafnorm umgesetzt werden muss. Nach Rechtsprechung und Lehre erfordern Strafnormen, die als Sanktion Freiheitsentzug androhen, ein Gesetz im formellen Sinne. Weitergehend verlangt die mehrheitliche Lehre und wohl auch das Bundesgericht für jede Sanktion mit strafrechtlichem Charakter ein Gesetz im formellen Sinne als Grundlage. Ob der Bundesrat tatsächlich über eine ausnahmsweise Kompetenz zum Erlass einer Strafnorm auf Verordnungsebene analog zu Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV oder gestützt auf Art. 95 Abs. 3 bzw. Art. 197 Ziff. 8 BV verfügt, ist in Abwesenheit einer mit Art. 184/185 vergleichbaren Notlage und zeitlichen Dringlichkeit und in Anbetracht der unbestimmten Verfassungsgrundsätze aus unserer Sicht fraglich.

Art. 18 Verletzung von Vergütungsregeln

¹ Wer als Verwaltungsrat vorsätzlich unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass

Diese Bestimmung setzt Art. 95 Abs. 3 Buchstabe d BV um.

Abs. 1 und 2: *Diese Strafbestimmungen sanktionieren die Ausrichtung von Vergütungen, die einem Beschluss der Generalversammlung widersprechen und nicht durch die Statuten gedeckt sind, oder die aus anderen Gründen unzulässig sind. Täter sind die Mitglieder des Verwaltungsrats. Die Beschränkung auf Verwaltungsräte, unter Ausschluss der Mitglieder der Geschäftsleitung, folgt daraus, dass gemäss OR und Verordnung als Geschäftsleitung nur gilt, wer vom Verwaltungsrat ganz oder zum Teil mit der*

Vergütungen, die einem Beschluss der Generalversammlung nach Artikel 8 und den Statutenbestimmungen nach Artikel 3 Buchstaben a und b widersprechen, an Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung oder des Beirats ausgerichtet werden,

unzulässige Vergütungen gemäss Artikel 10 an Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung oder des Beirats ausgerichtet werden,

ein Mitglied des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung oder des Beirats in Verletzung von Artikel 15 Verträge mit mehreren Konzerngesellschaften abschliesst, oder

die Führung der Gesellschaft in Verletzung von Artikel 16 delegiert wird,

und das Gesellschaftsvermögen dabei geschädigt wird, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

² Handelt der Täter in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, wird er mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe bestraft. Artikel 158 Ziffer 1 Absatz 3 des Strafgesetzbuches ist nicht anwendbar.

³ Handlungen oder Unterlassungen, die nachträglich von der Generalversammlung genehmigt werden, sowie Massnahmen, die der Verwaltungsrat in guten Treuen gestützt auf Artikel 13 trifft, sind straflos.

⁴ In Abweichung von Artikel 34 Absatz 1 Satz 1 des Strafgesetzbuches beträgt die Geldstrafe höchstens 2160 Tagessätze.

⁵ In Abweichung von Artikel 34 Absatz 2 Satz 1 des Strafgesetzbuches beträgt ein Tagessatz höchstens den dreihundertsechzigsten Teil der Vergütung, die der Täter von der Gesellschaft für das Geschäftsjahr vor Begehung der Tat erhalten hat und die von der Generalversammlung genehmigt worden ist.

Geschäftsführung betraut ist. Somit trägt der Verwaltungsrat die Verantwortung für die Entlohnung der Geschäftsleitung insgesamt. Den Beirat unter Strafandrohung zu stellen scheint mit Blick auf seine vor allem beratende Tätigkeit nicht gerechtfertigt. Die Strafbarkeit von Mitgliedern der Geschäftsleitung oder des Beirats kann sich gegebenenfalls aus den Grundsätzen zur Anstiftung und Gehilfenschaft ergeben (vgl. aber Art. 26 StGB). Die blosser Annahme der Vergütung stellt keine Gehilfenschaft dar und ist straflos.

Zwar besteht mit dem Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung gemäss Art. 158 StGB bereits ein Tatbestand, der die obigen Verhaltensweisen (weitgehend) abdeckt. Da es sich dabei aber um eine offen – und damit im Ergebnis ähnlich einer Blankettnorm – formulierte Bestimmung handelt, bestünde Anlass zu zahlreichen Zweifelsfragen (wie etwa der Kreis der Täter). Mit der vorgeschlagenen Konkretisierung der Straftatbestände kann dies vermieden werden.

Art. 18 steht in unechter Konkurrenz (lex specialis) zum Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 StGB. Art. 158 StGB ist somit grundsätzlich für die in diesem Artikel normierten Handlungen und Unterlassungen nicht anwendbar. Dabei stellen sich aber wegen des unterschiedlichen Strafrahmens schwierige Konkurrenzfragen in Bezug auf den qualifizierten Tatbestand (Handeln in Bereicherungsabsicht). Eine verdrängte Strafnorm hat grundsätzlich Sperrwirkung insofern, als die Mindeststrafe des mildereren Gesetzes zwingend zur Anwendung kommt. Da das Verhältnis der Schwere der Strafrahmen von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB und Art. 18 Abs. 2 dieser Verordnung unklar ist (Mindestfreiheitsstrafe von 1 Jahr (bis 5 Jahre) vs. Freiheitsstrafe bis 3 Jahre (ohne Mindeststrafe), aber zwingend kumulativ Geldstrafe bis 2160 Tagessätze (statt maximal 360 Tagessätze und grundsätzlich alternativ)), schliesst Abs. 2 Satz 2 dieser Verordnung Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB ausdrücklich aus.

Der Strafrahmen von Abs. 2 ist aufgrund der zusätzlich erforderlichen Bereicherungsabsicht erhöht.

Schlussbemerkungen

Art. 95 Abs. 3 Buchstabe d BV stellt undifferenziert sämtliche Widerhandlungen gegen die Bestimmungen nach den Buchstaben a–c unter Strafe. Unseres Erachtens sind mit Ausnahme des in Art. 18 dieser Verordnung normierten und unter Strafe gestellten Verhaltens keine weiteren Verletzungen der Bestimmungen dieser Verordnung strafwürdig.

Sollte der Ordnungsgeber anderer Ansicht sein, schlagen wir die nachfolgenden Strafbestimmungen vor. Aufgrund des geringen Unrechtgehalts, sowohl im Vergleich zu Art. 18 als auch zu anderen Straftat-

beständen im StGB und Nebenstrafrecht, und des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes kann das Strafmass eine Busse nicht übersteigen.

Im Falle einer Verletzung von Mitwirkungsrechten der Aktionäre sind die Aktionäre und der Verwaltungsrat derjenigen Gesellschaften, deren Statutenbestimmungen verletzt wurden, antragsberechtigt. Bei Verletzung der Pflichten der Vorsorgeeinrichtungen nach Artikel 17 sind die Versicherten antragsberechtigt. Dritte sind unter beiden Straftatbeständen nicht antragsberechtigt.

Art. [...] Verletzung von Mitwirkungsrechten der Aktionäre

Wer als Verwaltungsrat vorsätzlich unter Verletzung seiner Pflichten die erforderlichen und zumutbaren Schritte unterlässt, um

die ordentliche Generalversammlung gemäss Artikel 7 Absatz 1 den Verwaltungsratspräsidenten, die Mitglieder des Vergütungsausschusses und den oder die unabhängigen Stimmrechts- und Ersatzstimmrechtsvertreter wählen zu lassen,

die ordentliche Generalversammlung gemäss Artikel 8 die Gesamtsumme aller Vergütungen des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirats genehmigen zu lassen,

in den Statuten die Bestimmungen gemäss Artikel 3 und, sofern erforderlich, Artikel 4 aufnehmen zu lassen,

Organ- und Depotstimmrechtsvertretung gemäss Artikel 5 Absatz 2 zu unterbinden,

den Aktionären gemäss Artikel 6 und den statutarischen Bestimmungen die elektronische Erteilung von Vollmachten und Weisungen an den oder die unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu ermöglichen,

wird, auf Antrag, mit Busse bestraft.

Art. [...] Verletzung der Pflichten der Vorsorgeeinrichtungen nach Artikel 17

Wer als Mitglied des obersten Organs einer Vorsorgeeinrichtung vorsätzlich unter Verletzung seiner Pflichten die erforderlichen und zumutbaren Schritte unterlässt, um die Pflichten nach Artikel 17 zu erfüllen, wird, auf Antrag, mit Busse bestraft.

8. Titel: Schlussbestimmungen

1. Kapitel: Übergangsbestimmungen

Art. 19 Allgemeine Regel

¹ Die Bestimmungen des Schlusstitels des Zivilgesetzbuches gelten für diese Verordnung, soweit die folgenden Bestimmungen nichts anderes vorsehen.

² Die Bestimmungen dieser Verordnung werden mit deren Inkrafttreten auf bestehende Gesellschaften anwendbar.

Art. 20 Anpassung von Statuten und Reglementen

¹ Gesellschaften, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung im Handelsregister eingetragen sind, jedoch den Vorschriften dieser Verordnung nicht entsprechen, müssen innerhalb von zwei Jahren ihre Statuten und Reglemente den Bestimmungen dieser Verordnung anpassen.

² Bestimmungen der Statuten und Reglemente, die mit den Bestimmungen dieser Verordnung nicht vereinbar sind, bleiben bis zu ihrer Anpassung in Kraft, längstens jedoch zwei Jahre.

Art. 21 Vergütungen

¹ Die Vorschriften zur Genehmigung der Gesamtsumme aller Vergütungen des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats durch die Generalversammlung finden erstmals Anwendung an der ordentlichen Generalversammlung, die nach dem 1. Januar 2015 stattfindet.

² Bestimmen die Statuten, dass die Genehmigung der Gesamtsumme aller Vergütungen oder einzelner Bestandteile der Vergütungen für das vergangene Geschäftsjahr erfolgt, finden die Vorschriften zur Genehmigung der Gesamtsumme aller Vergütungen des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats erstmals Anwendung für das Geschäftsjahr, das nach Inkrafttreten dieser Verordnung beginnt, frühestens aber an der ersten ordentlichen Generalversammlung, die nach dem 1. Januar 2016 stattfindet.

³ Ansprüche auf Vergütungen, die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats vor Inkrafttreten dieser Verordnung rechtmässig erworben haben, werden vom Inkrafttreten dieser Verordnung nicht berührt und bleiben unverändert bestehen.

Die Bestimmung übernimmt die Regelung im ursprünglichen Gegenvorschlag zur Minder-Initiative.

Die Bestimmung folgt ebenfalls der Regelung im ursprünglichen Gegenvorschlag zur Minder-Initiative. Abs. 3 drängt sich mit Blick auf die grundsätzliche Geltung des Rückwirkungsverbots auf. Ansprüche auf Vergütungen umfassen auch bedingte Ansprüche.

Art. 22 Wahl des unabhängigen Stimmrechtsvertreters

Der Verwaltungsrat bestimmt für die erste Generalversammlung nach Inkrafttreten dieser Verordnung den unabhängigen Stimmrechtsvertreter.

Art. 23 Verwaltungsräte

Mitglieder des Verwaltungsrats, deren Amtsdauer bei Inkrafttreten der Verordnung noch nicht abgelaufen ist, bleiben bis zu deren Ablauf im Amt.

2. Kapitel: Inkrafttreten und Geltungsdauer**Art. 24**

Diese Verordnung tritt am 1. Januar 2014 in Kraft. Sie gilt bis zum Inkrafttreten der gesetzlichen Bestimmungen gemäss Artikel 197 Ziffer 8 BV.

Die Generalversammlung kann selbstverständlich – entgegen Art. 702 OR – bereits vor Inkrafttreten dieser Verordnung einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter bestimmen.