

Stefan Knobloch\*

# Ist die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» umsetzbar?

Antrittsvorlesung vom 7. Mai 2012 an der Universität Zürich<sup>1</sup>

#### Inhaltsübersicht

- 1. Einleitung
- 2. Statistische Angaben
- 3. Grundlagen einer eidgenössischen Volksinitiative
- 4. Anwendungsbereich und Forderungen der Volksinitiative
  - 4.1 Anwendungsbereich
  - 4.2 Forderungen im Überblick
  - 4.3 Jährliche Abstimmung über die Vergütungen
    - a. Allgemeine Ausführungen
    - b. Abstimmung über die Grundvergütung an einer Generalversammlung
    - Ausgewählte Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Vertragsgestaltung
  - 4.4 Statutarische Grundlagen der Erfolgs- und Beteiligungspläne
- 5. Fazit

#### 1. Einleitung

Zunächst werde ich Ihnen einige statistische Angaben machen, dann einige Grundlagen zu eidgenössischen Volksinitiativen vermitteln, um sodann auf das eigentliche Kernthema der heutigen Vorlesung einzugehen, d.h. die Umsetzbarkeit der Volksinitiative «gegen die Abzockerei». Dabei werde ich auf zwei Forderungen der Volksinitiative vertiefter eingehen, die anderen Forderungen dagegen bloss kursorisch abhandeln. Abschliessend werde ich ein Fazit treffen, woraus Sie entnehmen können, ob die Thema gebende Frage, eine offene, geschlossene oder rhetorische Frage war.

Wie Sie wissen, wird der Volksinitiative ein indirekter Gegenentwurf gegenübergestellt werden. Der indirekte Gegenentwurf tritt unter Vorbehalt eines Referendums in Kraft, wenn die Volksinitiative abgelehnt wird. Noch nicht entschieden ist dagegen, ob der Volksinitiative neben dem indirekten Gegenentwurf noch zusätzlich ein direkter Gegenentwurf, die sogenannte Bonussteuer, gegenübergestellt werden soll. Darüber entscheidet der Ständerat voraussichtlich im Juni dieses Jahres². Bei meinen Ausführungen wird es um die Umsetzbarkeit der Volksinitiative und nicht um die Umsetzbarkeit des indirekten Gegenentwurfs gehen. Soweit sinnvoll, werde ich dabei aber auch auf den indirekten Gegenentwurf eingehen, weil er Anhaltspunkte enthält, wie die Volksinitiative umgesetzt werden könnte.

### 2. Statistische Angaben

Wissen Sie, worauf sich die Prozentzahl 0,074 bezieht? Es ist der Prozentsatz, der von der Volksinitiative betroffenen Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung. D.h. von den ca. 327'000 Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung sind 241 Gesellschaften an der Schweizer Börse SIX Swiss Exchange kotiert. Für diese wird die Volksinitiative, einmal angenommen und umgesetzt, gelten. Zudem wird die Volksinitiative auch für Schweizer Gesellschaften gelten, die im Ausland kotiert sind. Die genaue Anzahl solcher Schweizer Gesellschaften, die im Ausland, nicht aber auch in der Schweiz, kotiert sind, ist mir nicht bekannt. Es sind aber einige wenige, weshalb sich die Verhältniszahl von 0,074 % nicht wesentlich verändern dürfte. Vernachlässigt man also die Schweizer Gesellschaften, die im Ausland, nicht aber in der Schweiz, kotiert sind und geht man davon aus, dass diese 241 betroffenen Gesellschaften je 7 Verwaltungsräte und 7 Geschäftsleitungsmitglieder haben, wären gut 3'374 Personen von der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» betroffen. Diese erhalten, wie wir sehen werden, möglicherweise keinen Lohn oder müssen den bereits bezogenen Lohn sogar zurückbezahlen. Zieht man von diesen 3'374 Personen diejenigen Personen ab, die im allgemei-

<sup>\*</sup> PD Dr. Stefan Knobloch ist als Privatdozent an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und als Rechtsanwalt bei Homburger AG tätig.

Das nachstehend wiedergegebene Referat hat der Autor anlässlich seiner Antrittsvorlesung vom 7. Mai 2012 an der Universität Zürich gehalten. Der Referatsstil wurde für die vorliegende Publikation bewusst beibehalten, insbesondere auch die teilweise pointierten Aussagen, die in einem wissenschaftlichen Aufsatz differenzierter dargestellt worden wären. Redaktionelle Anpassungen erfolgten ausschliesslich dort, wo anlässlich der Antrittsvorlesung auf die Präsentation verwiesen wurde.

Der Ständerat hat in der Zwischenzeit entschieden, dass der Volksinitiative kein direkter Gegenentwurf gegenüber gestellt werden soll

nen Verdacht der Abzockerei stehen, dürften weit über 3'000 Personen, quasi als Kollateralschaden, zu Unrecht von der Volksinitiative direkt betroffen sein.

Stellen Sie sich also vor, und ich gehe davon aus, dass Sie sich alle nicht als Abzocker bezeichnen, Ihr Arbeitgeber, sei es ein Privatunternehmen oder die öffentliche Hand, würde jeweils im März/April – das ist die Generalversammlungs-Saison – entscheiden, dass er Ihnen ab April bzw. Mai nur noch die Hälfte des Lohnes bezahlen oder sogar den bereits bezogenen Lohn rückwirkend kürzen und von Ihnen zurückfordern würde?

Man könnte auch noch einen Schritt weitergehen und sich überlegen, sofern Sie bei der öffentlichen Hand arbeiten, dass das Volk, quasi als Pendant zum Aktionär, jährlich über Ihren Lohn zu befinden hätte; ich denke hier nicht primär an die Gewährung bzw. Nichtgewährung des Teuerungsausgleichs, sondern an 100% der Vergütungen; so wie es die Volksinitiative bezüglich der Mitglieder des Verwaltungsrats, des Beirats und der Geschäftsleitung will. Ich bezweifle, dass Sie dies begrüssen würden; ich jedenfalls nicht.

Nun noch zur letzten, nicht weniger interessanten, statistischen Angabe: Gemäss einer von Ethos durchgeführten Untersuchung bei 48 börsenkotierten Unternehmen haben letztes Jahr 56 % der untersuchten Unternehmen eine Konsultativabstimmung über den Vergütungsbericht bzw. das Vergütungssystem und somit indirekt auch über die Vergütung durchgeführt. Dabei wurden sämtliche Konsultativabstimmungen gutgeheissen und zwar auch bei denjenigen Unternehmen, bei denen man die sogenannten «Abzocker», ohne hier Namen zu nennen, vermuten würde. Dieser Befund ist eigentlich erstaunlich, wenn man bedenkt, welche Bedeutung die Öffentlichkeit den Anliegen der Abzockerinitiative entgegengebracht hat und wohl noch entgegenbringen wird. Die Aktionäre bzw. die Aktionärsmehrheit scheinen im Gegensatz zur erwähnten Öffentlichkeit, aus welchen Gründen auch immer, selbst die vereinzelt durchaus vorhandenen Abzocker nicht wirklich bestrafen zu wollen. Somit ist anzunehmen, dass weder die Volksinitiative noch der indirekte Gegenentwurf den Volkszorn, sofern ein solcher überhaupt bestehen sollte, befriedigen können bzw. die Anzahl Abzocker reduzieren wird. Es ist vielmehr zu befürchten, dass das Gegenteil zutreffen wird, d.h. die Vergütungen noch stärker steigen werden. Dazu aber später.

# 3. Grundlagen einer eidgenössischen Volksinitiative

Anders als in den Kantonen und Gemeinden gibt es auf Bundesebene keine Gesetzesinitiative. D.h. das Volk bzw. ein Initiativkomitee kann ausschliesslich eine Verfassungsänderung verlangen. Dabei kann das Parlament der Volksinitiative einen Gegenentwurf gegenüberstellen. Von einem direkten Gegenentwurf spricht man, wenn der Volksinitiative ein Gegenentwurf auf Verfassungsstufe gegenübergestellt wird und das Volk nicht nur über die Volksinitiative, sondern auch über den Gegenentwurf und mit der Stichfrage zwischen Volksinitiative und Gegenentwurf entscheiden kann. Von einem indirekten Gegenentwurf spricht man dagegen, wenn das Parlament einer Volksinitiative nicht einen Entwurf auf Verfassungsstufe, sondern auf Gesetzesstufe gegenüberstellt, der bei Ablehnung der Volksinitiative, unter Vorbehalt des Gesetzesreferendums, in Kraft tritt. Anders als bei einem direkten Gegenentwurf können das Volk und die Stände also nicht beide Entwürfe ablehnen, sondern müssen sich, auch wenn sie eigentlich beide Entwürfe ablehnen möchten, zwischen dem kleineren und dem grösseren Übel entscheiden.

Bis jetzt steht fest, wie eingangs erwähnt, dass der Volksinitiative ein indirekter Gegenentwurf, also ein Entwurf auf Gesetzesstufe, gegenübergestellt wird. Noch nicht entschieden ist dagegen, ob das Parlament der Volksinitiative zusätzlich auch noch einen direkten Gegenentwurf, also einen Entwurf auf Verfassungsebene, gegenüberstellen wird<sup>3</sup>. Der direkte Gegenentwurf will eine sogenannte Bonussteuer für Vergütungen über drei Millionen Schweizer Franken einführen. Diese Steuer fällt aber nicht etwa, was im Zusammenhang mit der Diskussion um die Abzocker eigentlich naheliegend wäre, beim Empfänger der Vergütungen an, sondern beim Unternehmen. D.h. die Bonussteuer bedeutet, dass die Unternehmen Vergütungen über dem erwähnten Schwellenwert nicht mehr als geschäftsmässig begründeten Aufwand abziehen können. Dies hat m.E. weder direkt noch indirekt etwas mit den Anliegen der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» zu tun, weshalb ich die diesbezügliche Frustration von Herrn Ständerat Minder verstehe. Auf die Verfassungsmässigkeit eines derartigen direkten Gegenentwurfs gehe ich nicht weiter ein.

Nun zum für die rechtsanwendenden Behörden massgebenden Recht (und nur dazu): Wichtig und bei Volksinitiativen auf Bundesebene immer zu beachten, ist die Rechtslage, dass Bundesgesetze und Völkerrecht gegenüber der Schweizerischen Bundesverfassung vorgehen. Die entsprechende Verfassungsbestimmung lautet «Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend.» Von der Bundesverfassung steht also nichts. Auf die hier m.E. nicht gegebenen Umstände, die entgegen dem soeben zitierten Wortlaut von Art. 190 der Bundesverfassung einer Verfassungsbestimmung trotzdem Vorrang gegenüber Bundesgesetzen gewähren sollen, wird hier nicht weiter eingegangen. Wissen Sie, was der Vorrang der Bundesgesetze gegenüber der Bundesverfassung

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Vgl. Hinweis in FN 2.

für eine eidgenössische Volksinitiative bedeutet? Die Volksinitiative bleibt faktisch so lange toter Buchstabe, bis die Volksinitiative nicht nur angenommen, sondern auch noch durch ein Bundesgesetz umgesetzt worden ist. Das kann bekanntlich lange dauern<sup>4</sup>.

Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass das Initiativkomitee keine rechtliche Möglichkeit hat, auf die Dauer der Umsetzung und den Inhalt der entsprechenden Gesetze Einfluss zu nehmen. Das Initiativkomitee kann also insbesondere nicht durch ein Gericht anordnen lassen, dass die Parlamentarier die Initiative innerhalb einer bestimmten Frist in Übereinstimmung mit der Initiative umsetzen.

Somit wird für das Initiativkomitee bzw. dessen Exponenten Herr Ständerat Minder nicht unwesentlich sein, dass er sich im Parlament Gehör verschaffen bzw. sich durchsetzen kann. Wie die Chancen dazu stehen, weiss ich nicht. Ich kann mir aber vorstellen, dass Interviews, wie kürzlich in der NZZ erschienen, nicht förderlich sein dürften; Stichwort: «Tubel-Vorschläge».

# 4. Anwendungsbereich und Forderungen der Volksinitiative

#### 4.1 Anwendungsbereich

Ich habe bereits erwähnt, dass der persönliche Anwendungsbereich ausschliesslich Schweizer Aktiengesellschaften betrifft, die in der Schweiz oder im Ausland kotiert sind. Nicht betroffen sind dagegen ausländische Gesellschaften, auch dann nicht, wenn diese in der Schweiz kotiert sind. Somit werden also bloss 241 der 286 an der SIX Swiss Exchange kotierten Gesellschaften bzw. 0,074 % der Schweizer Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung von der Volksinitiative erfasst.

Unklar ist in diesem Zusammenhang, was bei einer Doppelholding-Struktur gelten soll, bei der die nicht schweizerische Oberholdinggesellschaft in der Schweiz oder im Ausland kotiert ist, während die Unterholdinggesellschaft eine nicht kotierte Schweizer Gesellschaft ist. Eine solche Konstellation liegt etwa bei Glencore International plc vor, in die im Jahr 2011 die Schweizer Glencore International AG eingebracht und in London und Hong Kong kotiert wurde. Sollte von der Volksinitiative auch diese Konstellation erfasst sein, stellte sich die Frage, ob das nur bei der erwähnten Doppelholding-Struktur gelten soll, d.h. bei einer zu 100 % von der Oberholding-

gesellschaft gehaltenen Unterholdinggesellschaft oder aber auch für Mehrheits- oder Minderheitsbeteiligungen an Schweizer Gesellschaften. Sofern die Doppelholding-Struktur mit der ausländischen Oberholdinggesellschaft nicht erfasst werden sollte, worauf der Wortlaut der Volksinitiative und auch des Gegenentwurfs hindeuten, wäre eine derartige Umstrukturierung, wie wir sie bei Glencore erlebt haben, eine Möglichkeit aus dem Anwendungsbereich der Volksinitiative zu kommen. Praktisch würde das etwa so geschehen, dass eine ausländische Gesellschaft ein öffentliches Übernahmeangebot für die Aktien der in der Schweiz kotierten Gesellschaft macht und den Aktionären Aktien an sich selbst anbietet und sich in der Schweiz oder im Ausland kotieren lässt. Derartige Umstrukturierungen würden der Schweizer Anwaltskaste vorübergehend zwar viel Arbeit bescheren, langfristig aber den Tod der kotierten Schweizer Gesellschaften und somit auch den Verlust von Anwaltsund anderen Arbeitsplätzen bedeuten.

#### 4.2 Forderungen im Überblick

Die Volksinitiative stellt folgende Forderungen auf:

- die Volksinitiative verlangt die jährliche Abstimmung betreffend der Gesamtvergütung des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und der Beiräte, worauf ich noch eingehen werde;
- weiter verlangt die Volksinitiative die jährliche Wahl des Verwaltungsratspräsidenten und der übrigen Mitglieder des Verwaltungsrats sowie die jährliche Wahl der Mitglieder des Vergütungsausschusses und des unabhängigen Stimmrechtsvertreters. Diese Forderungen sind grundsätzlich umsetzbar, dürften aber kaum einen Einfluss auf die Höhe der Vergütungen haben. Bisher wurden in der Regel auch diejenigen Verwaltungsräte wiedergewählt, wenn auch teilweise mit einem etwas schlechteren Ergebnis, die im Vergütungsausschuss Einsitz nahmen. Zudem ist die jährliche Wiederwahl des Verwaltungsrats und der Mitglieder der Ausschüsse nicht nur gut, sondern birgt auch die Gefahr, dass vor allem in Krisensituationen keiner der Verwaltungsräte zur Wiederwahl antritt, wodurch viel Know-how verloren geht, das vor allem auch in einer Krisensituation dringend benötigt wird. Wer gegen diese Bedenken einwenden möchte, dass der Verwaltungsrat ohnehin jederzeit zurücktreten könne, dem ist zwar grundsätzlich zuzustimmen. M.E. ist es aber - und zwar nicht nur moralisch - nicht das Gleiche, ob man in der Krise nicht mehr antritt, oder ob man ein laufendes Mandat niederlegt und sich damit der Verantwortung zu entziehen versucht. Als Stichwort sei hier die Niederlegung zur Unzeit erwähnt;
- sodann haben die Pensionskassen im Interesse der Versicherten abzustimmen und ihr Abstimmungsverhalten offen zu legen, was umsetzbar ist und gemäss

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Gemäss der in der Volksinitiative enthaltenen Übergangsbestimmung hat der Bundesrat allerdings innerhalb eines Jahres nach der Annahme der Volksinitiative Ausführungsbestimmungen zu erlassen, die in Kraft bleiben, bis die Umsetzung auf Gesetzesstufe erfolgt ist.

375

- indirektem Gegenentwurf auch umgesetzt werden
- weiter verlangt die Volksinitiative die Möglichkeit zur elektronischen Fernabstimmung bei der Generalversammlung, was weniger rechtliche als technische Probleme mit sich bringt. Der indirekte Gegenentwurf führt die Möglichkeit der elektronischen Fernabstimmung zwar ein, sie erscheint mir aber zu kompliziert und mit zu viel Unsicherheit verbunden zu sein. Der indirekte Gegenentwurf sieht nämlich vor, dass die Generalversammlung wiederholt werden muss, wenn die Generalversammlung aufgrund technischer Probleme nicht nach Massgabe des Gesetzes und der Statuten durchgeführt werden kann. Stürzt etwa ein Eingabe- oder Übermittlungsmedium eines Teilnehmers ab, sofern dieses Medium überhaupt die gesetzlichen Anforderungen betreffend der Identifizierung der teilnehmenden Person erfüllt, was Voraussetzung ist, wären die vom technischen Problem betroffenen Beschlüsse ungültig;
- sodann soll die Organ- und Depotvertretung nicht mehr zulässig sein, was umsetzbar ist und gemäss dem indirekten Gegenentwurf auch umgesetzt werden soll;
- weiter dürfen Organmitglieder gemäss dem Wortlaut der Initiative keine Abgangs- oder andere Entschädigungen erhalten, was bei einer buchstabengetreuen Interpretation bedeuten würde, dass die Organmitglieder gratis arbeiten müssen. Gemeint ist wohl vielmehr, dass die Organmitglieder keine Abgangs- oder ähnliche und nicht andere Entschädigung erhalten dürfen. Bei einer solchen Interpretation ist die Initiative umsetzbar und wird durch den indirekten Gegenentwurf auch weitgehend umgesetzt werden;
- ebenfalls dürfen Organmitglieder keine Vorauszahlungen und keine Prämien bei Unternehmenskäufen/ Unternehmensverkäufen erhalten, was umsetzbar ist, durch den indirekten Gegenentwurf jedoch nicht umgesetzt werden wird;
- sodann dürfen Organmitglieder keine Entschädigungen von anderen Gruppengesellschaften beziehen, was umsetzbar ist, im indirekten Gegenentwurf aber nicht adressiert wird. Diese Forderung dient der Verhinderung von Umgehungshandlungen, d.h. dass man sich die Entschädigung durch eine Tochtergesellschaft ausbezahlen lässt, die nicht kotiert ist und somit nicht dem Regime der Volksinitiative untersteht:
- weiter sollen die Statuten bezüglich den Organmitgliedern was folgt regeln: Die Höhe der Kredite, der Darlehen und Renten sowie die Erfolgs- und Beteiligungspläne und die Anzahl der VR-Mandate bei Dritten, worauf ich teilweise noch eingehen werde. Bezüglich der Höhe der Kredite, Darlehen und Renten ist die Volksinitiative unklar, weil sich nicht erkennen lässt, ob in den Statuten bloss Eckwerte oder

- wie es der Wortlaut der Volksinitiative vermuten lässt, die betragsmässige Höhe aufzunehmen ist. Gegebenenfalls wäre weiter unklar, ob die betragsmässige Höhe zum Beispiel der Rente jedes einzelnen Mitglieds des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung aufzunehmen ist oder bloss die Gesamtsumme der Renten aller Mitglieder. Unklar und kaum sinnvoll umsetzbar wäre der Mechanismus zur Anpassung der Statuten bezüglich der Renten, verändert sich doch die Höhe der Rentenansprüche laufend; sei es wegen der veränderten Dauer der Lebenserwartung, des Mindestverzinsungssatzes, des Zivilstandes, des massgebenden Lohns und vieler weiterer Faktoren;
- weiter sollen die Statuten die Dauer der Arbeitsverträge der Geschäftsleitungsmitglieder regeln, was umsetzbar ist, wobei man hier wohl eine Maximaldauer und nicht eine feste Dauer aufnehmen sollte. Der indirekte Gegenentwurf nimmt dieses Anliegen mit dem Vergütungsreglement teilweise auf, wobei er dort die Grundsätze der Dauer, was auch immer damit gemeint sein soll, regeln wird;
- Nun zur Strafbestimmung: Bei Widerhandlung gegen die vorerwähnten Bestimmungen sieht die Volksinitiative eine Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren und eine Geldstrafe bis zu 6 Jahresvergütungen vor. Die rechtliche Umsetzbarkeit dieser Bestimmung wird stark davon abhängen, ob man hinreichend konkretisiert, wer sich unter welchen Umständen genau strafbar macht. Eine zu unklare Formulierung der Straftatbestandsmässigkeit würde nicht nur dem Legalitätsprinzip widersprechen, sondern auch zum Tod bzw. der Abwanderung der kotierten Schweizer Gesellschaften führen. Kein international tätiges Unternehmen, und darum geht es in aller Regel bei den börsenkotierten Unternehmen, kann es sich erlauben, dass es selbst oder deren Management in Strafverfahren verwickelt ist; da nützt auch ein Freispruch nach Jahren nicht mehr viel.

### 4.3 Jährliche Abstimmung über die Vergütungen

### Allgemeine Ausführungen

Klar ist zunächst, dass die Generalversammlung jährlich über die Vergütungen abstimmen soll. Klar ist auch, dass nicht über die Einzelvergütung, sondern über die Gesamtvergütung abgestimmt werden soll. Nicht mehr eindeutig ist dagegen, ob über die Gesamtvergütung des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats je einzeln, d.h. in drei Abstimmungen oder zusammen abgestimmt werden soll. Gemäss den Erläuterungen des Initiativkomitees soll je einzeln über die zwei bzw. sofern ein Beirat besteht, über die drei Gesamtsummen abgestimmt werden. Keine Regelung enthält der Initiativtext bezüglich der Frage, ob die Abstimmungen über die zwei bzw. drei Gesamtvergütungen im Voraus, im Nachhinein oder teilweise im Voraus und teilweise im Nachhinein erfolgen sollen.

Der indirekte Gegenentwurf sieht vor, dass über die Grundvergütung im Voraus und über die zusätzliche Vergütung im Nachhinein abgestimmt werden soll. Anders als man auf den ersten Blick vermuten würde, stimmt die Gleichung Grundvergütung = Fixsalär und zusätzliche Vergütung = Bonus/leistungsabhängige Vergütung nicht. Gemäss der Botschaft des Bundesrates zum indirekten Gegenentwurf fallen unter die Grundvergütung sowohl das Fixsalär als auch die leistungs- und erfolgsabhängige Vergütung, also der Bonus. Der indirekte Gegenentwurf sieht somit vor, dass sowohl über das Fixsalär als auch über den Bonus im Voraus abgestimmt wird. Welche Vergütungen dagegen als zusätzliche Vergütungen gelten sollen, worüber im Nachhinein abzustimmen ist, bleibt unklar. Die Botschaft des Bundesrats legt den Schluss nahe, dass sämtliche leistungs- und erfolgsabhängigen Vergütungen sowohl im Voraus als Grundvergütung als auch im Nachhinein als zusätzliche Vergütungen beschlossen werden können. Der Verwaltungsrat hat also zwei Versuche. Vor allem der zweite Versuch wird die Aktionäre, wie wir noch sehen werden, wohl überzeugen. Sollte also die Volksinitiative so umgesetzt werden, wie es der indirekte Gegenentwurf vorsieht, entschärft sich das eingangs erwähnte Problem bzw. die Dauer der «Gratisarbeit», weil die Grundvergütung, welche wie erwähnt auch den Bonus mitumfasst, im Voraus festgelegt wird bzw. in Bezug auf den Bonus festgelegt werden kann und ein Mitglied des Verwaltungsrats und wohl auch der Geschäftsleitung zurücktreten bzw. fristlos kündigen kann, wenn die genehmigte Grundvergütung dazu führt, dass es nicht die vertraglich vereinbarte Entschädigung erhält. Auf die schuldrechtliche Auswirkung der Ablehnung der beantragten Grundvergütung werde ich noch eingehen.

Obwohl sich durch eine Abstimmung im Voraus das Problem der «Gratisarbeit» entschärft, was zu begrüssen ist, stellt sich allerdings die Frage, ob es wirklich sinnvoll ist, den Aktionär im Voraus über die Gesamtvergütung abstimmen zu lassen. Zu diesem Zeitpunkt weiss der Aktionär nämlich noch nicht, ob und wie er mit der Leistung des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung zufrieden sein wird, bzw. ob es ein erfolgreiches oder weniger erfolgreiches Geschäftsjahr wird. Weiter weiss der Aktionär noch nicht, ob etwa die Geschäftsleitung unterjährig vergrössert, verkleinert oder teilweise ersetzt werden soll. All das hat Auswirkungen auf die Höhe des Budgets bzw. der durch die Generalversammlung zu bewilligenden Gesamtvergütungen. Wird das Budget durch die Generalversammlung zu grosszügig festgelegt, um den erforderlichen Handlungsspielraum zu gewähren, besteht die Gefahr, dass das Budget nicht nur bei Vorliegen der erwähnten Umstände vollständig ausgeschöpft wird, sondern unabhängig davon. Wird das Budget dagegen zu knapp bemessen, bleibt der Gesellschaft kein Handlungsspielraum mehr, um Personalentscheide auf Geschäftsleitungsebene durchführen zu können.

Noch einige Worte zur zusätzlichen Vergütung und somit zum zweiten Versuch des Verwaltungsrats, die Vergütungen in der Generalversammlung durchzubringen: Wie erwähnt, soll über die zusätzlichen Vergütungen im Nachhinein, d.h. bezüglich dem abgelaufenen Geschäftsjahr beschlossen werden. Nach der Botschaft des Bundesrats zum indirekten Gegenentwurf sind diese zusätzlichen Vergütungen bereits im Jahresabschluss des abgelaufenen Geschäftsjahres zu verbuchen. Dies hat wiederum gemäss Botschaft zur Folge, dass, wenn die Generalversammlung die zusätzliche Vergütung nicht so genehmigt, wie sie im Jahresabschluss verbucht worden ist, der Jahresabschluss unrichtig wird. Als Folge davon darf die Generalversammlung weder den unrichtigen Jahresabschluss genehmigen, noch gestützt darauf einen Dividendenbeschluss fassen. Lehnen die Aktionäre die zusätzliche Vergütung also ab, wäre das wie man so sagt, ein Schuss in den eigenen Fuss, da die Aktionäre in einem solchen Fall keine Dividende beschliessen können und somit auch keine Dividende erhalten werden. Da sich in der Regel niemand - zumindest nicht absichtlich - in den eigenen Fuss schiesst, dürften die Anträge um zusätzliche, auch im Bereich der Abzockerei anzusiedelnde, Vergütungen unverändert gutgeheissen werden. Die Schmerzgrenze, um selbst überrissene Vergütungsanträge abzulehnen, dürfte damit sehr hoch sein, was vor allem die Abzocker in ihren Forderungen nach pekuniärer Wertschätzung beflügeln dürfte.

#### b. Abstimmung über die Grundvergütung an einer Generalversammlung

Zum Traktandum «Grundvergütung Verwaltungsrat» stellt der Verwaltungsrat den Antrag, es sei eine Grundvergütung im Maximalbetrag von CHF 10 Millionen zu genehmigen. Liegen keine Gegenanträge vor, wird ausschliesslich über den Antrag des Verwaltungsrats abgestimmt. Wird der Antrag des Verwaltungsrats abgelehnt, stellt sich die Frage, ob der Verwaltungsrat nach der gescheiterten Abstimmung einen erneuten Antrag auf eine tiefere Grundvergütung stellen darf. Die Antwort ist Nein, da alle Anträge, die das gleiche Traktandum bzw. Untertraktandum betreffen im Zeitpunkt der ersten Abstimmung bekannt sein müssen. Wird die Gesamtvergütung also abgelehnt, hat die Gesellschaft kein Budget für die Entschädigung des Verwaltungsrats. Ist der Verwaltungsrat nicht bereit, umsonst zu arbeiten bzw. darauf zu vertrauen, dass anlässlich der nächsten ordentlichen Generalversammlung eine zusätzliche Vergütung beschlossen wird, wird er wohl zurücktreten. Die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung, um dieser einen neuen Antrag auf eine tiefere Gesamtvergütung zu unterbreiten, ist nicht nur teuer - teilweise

kosten diese Generalversammlungen mehrere Millionen Schweizer Franken - sondern dürfte nochmals mindestens zwei Monate Vorbereitungszeit in Anspruch nehmen; dies wiederum in der Ungewissheit darüber, je eine Entschädigung für die Arbeitsaufwendungen zu erhalten. Während es zwar Verwaltungsräte geben dürfte, die mit dieser Ungewissheit leben können, vor allem diejenigen, die als nebenamtliche Verwaltungsräte noch andere Einkommensquellen haben, dürfte dies bei den Mitgliedern der Geschäftsleitung, bei denen gemäss Volksinitiative das gleiche Abstimmungsprozedere vorgesehen ist, kaum gegeben sein. Diese verfügen regelmässig über keine weiteren Erwerbseinkommen, da sie ihre Arbeitskraft nicht selten zu weit über 100 Prozent einem einzigen Unternehmen zur Verfügung stellen.

Um Nullrunden zu vermeiden, könnte der Verwaltungsrat versucht sein, bereits vor der ersten Abstimmung mehrere Anträge zu stellen: Z.B. den zweiten Antrag auf eine Gesamtvergütung von CHF 9 Mio., den dritten Antrag auf CHF 8 Mio. usw. Abgesehen davon, dass es offensichtlich sein dürfte, welcher der Anträge angenommen wird, wenn überhaupt - wohl derjenige mit der tiefsten Gesamtvergütung – erscheint es zweifelhaft, dass der Verwaltungsrat eine beliebige Anzahl Anträge zu einem bestimmten Traktandum stellen darf, sofern sich die Eventualanträge nicht wirklich begründen lassen.

Eine weitere Unklarheit besteht darin, wie das Verhältnis zwischen den erwähnten Abstimmungen über die Gesamtvergütungen und den Statutenbestimmungen über den Erfolgs- und Beteiligungsplan ist. Sofern die Statuten bzw. gemäss dem indirekten Gegenentwurf das Vergütungsreglement mehr als nur nicht justiziable Grundsätze festhalten müssen, sind Widersprüche vorprogrammiert. Halten die Statuten beispielsweise fest, dass die Geschäftsleitung bei Erreichen gewisser Kennzahlen 5 % des EBITDA erhält, würde ein Beschluss der Generalversammlung gegen die Statuten verstossen, wenn diese einen Beschluss fasst, der dazu führt, dass der Geschäftsleitung diese 5% des EBITDA nicht ausbezahlt werden können. Ein entsprechender Beschluss wäre wegen Statutenverstosses anfechtbar. Wer dagegen einwenden möchte, dass die Aktionäre die Statuten abändern können, dem ist grundsätzlich beizupflichten. Das Problem liegt aber darin, dass die Statutenänderung traktandiert, beantragt und der Beschluss der Generalversammlung bezüglich der Statutenänderung notariell zu beurkunden ist. Da der Verwaltungsrat keine Statutenänderung beantragen wird, die für ihn oder die Geschäftsleitung nachteilig ist, wird immer ein Aktionär die entsprechende Traktandierung beantragen müssen, was mit einer nicht unerheblichen Hürde verbunden ist. Weiter unklar ist auch, was gelten soll, wenn zwar im Zeitpunkt der Beschlussfassung noch kein Statutenverstoss vorliegt, aber ein solcher später eintritt, weil um auf das vorerwähnte Beispiel zurückzukommen, die beschlossenen Gesamtvergütungen nicht ausreichen, um der Geschäftsleitung die 5% des EBITDA zu bezahlen; beispielsweise bei einem ausserordentlich guten Geschäftsgang. Müssen nun, so wie es die Volksinitiative vorsieht, die Aktionäre tatsächlich ins Gefängnis, weil sie gegen die die Erfolgsund Beteiligungspläne regelnde Statutenbestimmung verstossen haben? Oder sollen etwa die Verwaltungsräte ins Gefängnis, quasi als Prügelknaben, weil sie ein derartiges Abstimmungsergebnis nicht verhindert oder durch ihre Antragsstellung sogar gefördert haben?

Abgesehen davon, dass ein solches Ergebnis mit dem Legalitätsprinzip kaum vereinbar wäre, erscheint mir eine entsprechende Regelung auch nicht sinnvoll.

#### Ausgewählte Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Vertragsgestaltung

In Erinnerung zu rufen ist vorab, dass sowohl die Verwaltungsräte als auch die Mitglieder der Geschäftsleitung mit dem Unternehmen einen mündlichen oder schriftlichen Vertrag abschliessen, woraus sich, ergänzt durch die gesetzlichen Regelungen, die gegenseitigen Rechte und Pflichten ergeben. In diesem Zusammenhang stellen sich etwa folgende Fragen, die ich leider auch nicht beantworten kann. Begründbar ist, wie so vieles im Recht, wohl fast alles; meistens auch das Gegenteil:

Sind etwa vertraglich vereinbarte Vergütungen nur noch bedingt geschuldet? Gilt die Bedingung von Gesetzes wegen oder muss die Bedingung in den Verträgen explizit enthalten sein bzw. müssen die bestehenden Verträge entsprechend angepasst werden? Wie ist das Verhältnis zur bisherigen Rechtslage, nach der eine Arbeitsleistung zwingend entgeltlich sein muss? Soll das nun nicht mehr gelten, z.B. für die Geschäftsleitungsmitglieder? Soll das auch gelten für Geschäftsleitungsmitglieder, die moderate Vergütungen erhalten, d.h. die Vergütungen für den Lebensunterhalt brauchen? Ist es wirklich sinnvoll, dass nun ein CEO einer börsenkotierten Gesellschaft Krankenkassenprämienverbilligungen und eventuell sogar Sozialhilfe beziehen muss; dies wohlgemerkt zugunsten der auch ausländischen Aktionäre und zulasten der hiesigen Steuerzahler? Werden bestehende Verträge bezüglich der vertraglich vereinbarten Vergütung teilnichtig? Wird also in Zukunft der Lohn als Prozentsatz einer unbekannten Gesamtvergütung festgelegt werden müssen, wobei die unbekannte Gesamtvergütung auch Null sein

Stellen Sie sich beispielsweise vor, dass ein CEO wegen Misserfolg vorzeitig entlassen wird und der Betrag der Gesamtvergütung für die Geschäftsleitung vertraglich bereits «ausgeschöpft» ist. Müssen nun die übrigen Mitglieder der Geschäftsleitung eine proportionale Kürzung ihrer Vergütung akzeptieren? Gilt das auch für die Mitglieder der Geschäftsleitung, die nicht Millionenbeträge - und das dürfte die Mehrheit der betroffenen Geschäftsleitungsmitglieder sein – verdienen? Bekommen diese nun einen Einzahlungsschein, um einen Teil der erhaltenen Vergütungen wieder zurückzubezahlen, damit der neue CEO bezahlt werden kann? Wie Sie sich vorstellen können, wäre eine derartige Regelung dem Arbeitsklima nicht wirklich zuträglich, zumindest nicht im Verhältnis zwischen den bisherigen Mitgliedern der Geschäftsleitung und dem neuen CEO.

Der indirekte Gegenentwurf will dieses Problem, d.h. wenn wie im vorliegenden Fall ein zusätzliches Mitglied in die Geschäftsleitung aufgenommen werden soll und der Gesamtbetrag der durch die Generalversammlung genehmigten Vergütung bereits ausgeschöpft ist, dadurch lösen, dass solche neuen Geschäftsleitungsmitglieder nicht aus dem im Voraus bewilligten Budget zu entschädigen sind, sondern dafür zusätzliche Mittel verwendet werden dürfen. Ob das im Sinn und Geist der Initiative ist, erscheint zumindest fraglich, wurde aber durch das Initiativkomitee in der Stellungnahme auf ihrer Website erstaunlicherweise nicht explizit beanstandet.

## 4.4 Statutarische Grundlagen der Erfolgs- und Beteiligungspläne

Gemäss dem zitierten Wortlaut der Volksinitiative sind sowohl das Verhältnis zwischen dem variablen Teil und dem fixen Teil der Vergütung als auch allfällige Erfolgsund Beteiligungspläne in den Statuten zu regeln. Wie bereits erwähnt, bleibt es unklar, ob die Statuten sämtliche Details regeln sollen oder bloss Grundsätze. Der Wortlaut der Volksinitiative scheint dafür zu sprechen, dass der gesamte Erfolgs- und Beteiligungsplan in die Statuten aufzunehmen ist.

Die Situation führt nicht nur zu den erwähnten Problemen, wenn die Beschlüsse über die Vergütung, nota bene von der Generalversammlung, gegen die Erfolgs- und Beteiligungspläne und somit gegen die Statuten verstossen, sondern es stellt sich auch die grundsätzliche Frage, ob die Statuten das geeignete Dokument sind, um die Vergütungen zu regeln, zumindest, wenn dort nicht nur nicht justiziable Grundsätze stehen sollten. Wie Sie wissen, erstrecken sich Erfolgs- und Beteiligungspläne regelmässig über viele Seiten. Zudem besteht nicht selten nicht nur ein Erfolgs- und Beteiligungsplan sondern deren viele. Weiter sind die Erfolgs- und Beteiligungspläne in aller Regel derart kompliziert, dass diese nur schwer verständlich sind. Darüber hinaus sind die Statuten, wie ich bereits ausgeführt habe, notariell zu beurkunden, was mit zusätzlichem Aufwand und Kosten verbunden und vor allem sehr träge ist.

Der indirekte Gegenentwurf versucht die erwähnten Probleme dadurch zu entschärfen, dass er die «Elemente der Vergütung» in einem Vergütungsreglement aufnehmen will, welches durch die Generalversammlung zu genehmigen ist. Unklar erscheint mir dagegen der erforderliche Detaillierungsgrad und die Rechtsfolgen bei einem Verstoss gegen das Vergütungsreglement. Das Initiativkomitee scheint die erwähnten Unklarheiten dagegen nicht zu stören, sondern übt Kritik an der Tatsache, dass die Regelung nicht in den Statuten, sondern im Vergütungsreglement aufgenommen werden soll. Diese Kritik ist nicht wirklich nachvollziehbar, da der Aktionär im einen wie im anderen Fall entscheidet. Auf die Wahl des Dokuments kann es unter dem Gesichtspunkt der Aktionärsmitbestimmung wohl nicht ankommen. Offensichtlich sieht es das Initiativkomitee anders.

#### 5. Fazit

Gemäss dem Initiativkomitee beinhaltet die Volksinitiative 24 Forderungen. Von den 24 Forderungen sind aus rechtlicher Sicht, aber ohne Beurteilung, ob sinnvoll oder nicht, je nach Gewichtung 14 Forderungen weitgehend problemlos, sechs Forderungen nur teilweise und vier Forderungen kaum umsetzbar. Zu beachten ist dabei, dass das eigentliche Kernanliegen der Volksinitiative, d.h. die Aktionäre verbindlich über die zwei bzw. drei Gesamtvergütungen abstimmen zu lassen, zu den nur teilweise bzw. kaum umsetzbaren Forderungen zu zählen sind, weshalb hinter die «Umsetzbarkeit» der Volksinitiative ein grosses Fragezeichen gesetzt werden muss.

Das Hauptproblem der Volksinitiative erscheint mir aber nicht die Tatsache zu sein, dass die Initiative eingereicht wurde, sondern dass das Parlament der Volksinitiative den indirekten Gegenentwurf gegenübergestellt hat. Viele der erwähnten Umsetzungsprobleme bestehen auch beim indirekten Gegenentwurf; wenn auch etwas entschärft. Die sinnvollere Strategie wäre meines Erachtens gewesen, die Volksinitiative mit ehrlichen Argumenten, teilweise auch mit den hier dargelegten, zu bekämpfen und bei einer Niederlage die Umsetzungsgesetzgebung so zu gestalten, dass sie rechtlich umsetzbar ist. Da diese Variante nicht mehr zur Verfügung steht, müsste man bei allem Verständnis für den Unmut gegenüber den teilweise exorbitanten Vergütungen - und das sage ich nicht nur als politisch interessierte Person, sondern aufgrund der dargelegten Umsetzungsprobleme vor allem auch als Jurist - die Volksinitiative ablehnen und sodann das Referendum gegen den indirekten Gegenentwurf ergreifen. Da der indirekte Gegenentwurf im Abstimmungskampf wohl von allen Parteien als «Abwehrwaffe» gegen die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» verwendet werden wird, ist mein Wunschszenario wohl illusorisch, weil es politischen Selbstmord bedeuten würde.

Nochmals: Bei allem Verständnis für die Grundanliegen der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» erachte ich die Initiative für äusserst schädlich und zwar nicht, weil ich mit den «Abzockern» sympathisieren würde oder grundsätzlich gegen zusätzliche Rechte der Aktionä-

GesKR 312012

re wäre, ich habe immerhin eine Habilitationsschrift zu den Aktionärsrechten verfasst, sondern, weil sie zu den erwähnten rechtlichen und tatsächlichen Unsicherheiten führt. Unsicherheit ist bekanntlich Gift für jedes Unternehmen. Für etwas weniger schädlich erachte ich den indirekten Gegenentwurf, vor allem, weil er die Abstimmung über die Vergütungen der Geschäftsleitung, unter Vorbehalt einer abweichenden statutarischen Regelung, nicht einer verbindlichen, sondern einer bloss konsultativen Abstimmung unterstellt.

Weiter sei noch der Hinweis darauf erlaubt, dass die Volksinitiative einem Grundsatz des Privatrechts widerspricht, d.h. dem Recht, welches die rechtsgeschäftliche Rechtsbeziehung zwischen nicht hoheitlich handelnden Personen regelt. Dieser Grundsatz besagt, dass zwingendes Recht nur geschaffen werden soll, wenn dafür ein öffentliches Interesse besteht. Ein öffentliches Interesse besteht in der Regel dann, wenn es um den Schutz einer schwächeren Partei oder der Gewährleistung der öffentlichen Ordnung oder im Aktienrecht zudem um den Erhalt der Grundstruktur der Aktiengesellschaft geht. Weshalb also der Gesetzgeber den Aktionären einer privat gehaltenen Aktiengesellschaft vorschreiben soll, dass sie jährlich über die Vergütungen abstimmen müssen und sie auf dieses Recht nicht verzichten können, erscheint nach dem vorerwähnten Grundsatz nicht gerechtfertigt.

Abschliessend wage ich noch eine Prognose. Ich bin überzeugt, dass sich die Entschädigungen sowohl im Anwendungsbereich der Volksinitiative als auch im Anwendungsbereich des indirekten Gegenentwurfs erhöhen werden. Die jährliche Unsicherheit darüber, ob und in welcher Höhe man eine Entschädigung erhält, dürfte nicht ohne Risikoprämie zu erhalten sein. Einmal mehr dürfte eine Vorlage bzw. Gesetzesänderung, wie bereits im Zusammenhang mit den Vorschriften zur Offenlegung von Managementvergütungen geschehen, genau das Gegenteil von dem bewirken, was eigentlich beabsichtigt war. Anstatt zur Mässigung werden die neuen Vorschriften aus den genannten Gründen zur Erhöhung der Bezüge führen und dies erst noch moralisch unbedenklich, weil durch die Aktionäre abgesegnet.