



Ralph Malacrida / Till Spillmann\*

## Corporate Governance im Interregnum

Die neue Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften – Erste Analysen und praktische Hinweise



1

Aufsätze

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Das Wichtigste in Kürze
- III. Geltungsbereich der Verordnung und Verhältnis zum geltenden Recht
  1. Geltungsbereich
  2. Verhältnis zum bereits geltenden Recht
- IV. Neue Regeln zu Vergütungen (Say on Pay)
  1. Abstimmung der Generalversammlung über Vergütungen
    - 1.1 Grundsatz
    - 1.2 Statutarisch geregelte Abstimmungsmodelle
      - a. Modellspektrum und -präferenz
      - b. Referenzperiode in der Vergangenheit
      - c. Referenzperiode in der Zukunft
      - d. Referenzperiode teils in der Zukunft und teils in der Vergangenheit
    - 1.3 Vorgehen im Falle einer negativen Abstimmung
      - a. Regelung gemäss VegüV
      - b. Vergütung im Falle einer negativen Abstimmungen durch die Generalversammlung
      - c. Arbeitsrechtliche Konsequenzen einer Nichtgenehmigung der Vergütung durch die Generalversammlung
    - 1.4 Zusatzbeitrag für neue Geschäftsleitungsmitglieder
    - 1.5 Intertemporale Regelung
  2. Unzulässige Vergütungen
    - 2.1 Abgangsentschädigungen
      - a. Grundsatz
      - b. Kontrollwechsel-Vereinbarungen
      - c. Arbeitsverträge mit fester Vertragsdauer oder langen Kündigungsfristen
      - d. Beschleunigungsklauseln unter Beteiligungsprogrammen
      - e. Vereinbarung von Konkurrenzverboten
      - f. Arbeitsrechtliche Aufhebungsvereinbarung
    - 2.2 Vergütungen im Voraus
    - 2.3 Provisionen für Unternehmensübernahmen/-verkäufe
    - 2.4 Vergütungen ohne ausreichende Grundlage in den Statuten
    - 2.5 Unzulässige Vergütungen im Konzern
    - 2.6 Intertemporale Regelung

3. Vergütungsbericht
- V. Wahlen und Organe
  1. Neue Bestimmungen zu Wahl und Amtsdauer des Verwaltungsrats
  2. Der Vergütungsausschuss
- VI. Neue Statutenbestimmungen
  1. Zwingend und bedingt notwendiger Statuteninhalt
  2. Intertemporale Regelung
- VII. Institutionelle Stimmrechtsvertretung – Unabhängiger Stimmrechtsvertreter
  1. Wahlen und Amtsdauer
  2. Unabhängigkeit
  3. Erteilung von Vollmachten und Weisungen
  4. Intertemporale Regelung
- VIII. Vorsorgeeinrichtungen
  1. Adressatenkreis
  2. Betroffene Stimmrechte
  3. Interesse der Versicherten
  4. Stimmzwang
  5. Transparenz
  6. Intertemporale Regelung

### I. Einleitung

Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 20. November 2013 den definitiven Text der «Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften» («VegüV» bzw. die «**Verordnung**»)<sup>1</sup> verabschiedet und das Datum des Inkrafttretens auf den 1. Januar 2014 festgelegt.<sup>2</sup> Damit wurden im Eiltempo Regeln in Kraft gesetzt, die das Schweizer Aktienrecht in seinen Grundzügen verändern. Seit Annahme der Abzocker-Initiative sind nur gerade acht Monate vergangen.

Nachdem für den Gesetzgeber auf gesellschaftsrechtlicher Ebene durch den Erlass der VegüV Zeit gewonnen wurde, damit dieser den Gesetzgebungsprozess in Gang bringen und die neue Verfassungsbestimmung auf Ge-

\* Die Autoren sind Partner bei Bär & Karrer AG und beraten verschiedene Schweizer Publikumsgesellschaften, welche den in diesem Artikel beschriebenen Regeln ebenfalls unterworfen sein werden. Die Autoren danken Ivo von Büren, ebenfalls Bär & Karrer AG, für seine tatkräftige Unterstützung bei der Niederschrift dieses Beitrags.

<sup>1</sup> Gemäss Vorentwurf lautete der Titel der Verordnung noch «Verordnung gegen die Abzockerei» («**Vorentwurf VgdA**»).

<sup>2</sup> Vgl. die Medienmitteilung des Bundesrats vom 20. November 2013 (abrufbar unter: <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2013/2013-11-20.html>; zuletzt besucht am 22.11.2013).

setzesebene umsetzen kann<sup>3</sup>, haben sich die betroffenen Schweizer Publikumsgesellschaften praktisch ohne Vorbereitungszeit mit einem Interregnum im Bereich der Corporate Governance zurechtzufinden, welches mit dem Inkrafttreten der VegüV beginnt. Dieser Beitrag setzt sich zum Ziel, die neuen Bestimmungen mit Blick auf die praktisch zu lösenden Probleme zu kommentieren.

## II. Das Wichtigste in Kürze

1. Abstimmungen der Generalversammlung über Vergütungen des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung:
  - Abstimmungen der Generalversammlung über Vergütungen des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung dürfen gemäss VegüV retrospektiv, prospektiv oder in Mischformen erfolgen. Aus praktischer Sicht lassen sich in erster Linie mittels prospektiver Abstimmungen der Generalversammlung über die Vergütungen im folgenden Geschäftsjahr Lösungsansätze finden, die sowohl für die Aktionäre als auch für die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung zu adäquaten Resultaten führen, insbesondere auch für den Fall, dass die Generalversammlung einen Gesamtbetrag nicht gutheisst und ein Verwaltungsratsmitglied oder Manager als Folge davon das Unternehmen verlassen will.
  - Falls die Generalversammlung eine Gesamtvergütung nicht gutheisst, müssen aus allgemeinen arbeits- und gesellschaftsrechtlichen Gründen trotzdem Vergütungen weiterbezahlt werden. Die VegüV bietet in dieser Hinsicht keine Orientierungshilfe. Praktisch können Probleme hinsichtlich der Frage, wie viel während der Interimsphase bezahlt werden darf, vermieden werden, wenn eine Gesellschaft ein prospektives Abstimmungsmodell für das kommende Geschäftsjahr vorsieht. Damit ist in der Regel genügend Spielraum für die Weiterzahlung von Organvergütungen geschaffen, bis eine ausserordentliche Generalversammlung stattfinden kann, weil die Vergütungen des laufenden Geschäftsjahrs bereits im Jahr zuvor gutgeheissen wurden.
  - Darüber hinaus kann u.E. bei prospektiven Abstimmungsmodellen eine Lösung durch Abstimmung der Generalversammlung über einen ausserordentlichen Vergütungsbetrag gefunden werden, die gewährleistet, dass im Falle einer Ablehnung der Gesamtvergütungen für das Folgejahr die Organe ihr Arbeitsverhältnis auflösen und ihre in Aussicht gestellten Vergütungen für die vertragliche Restlaufzeit (maximal ein Jahr) beziehen können, ohne dass ein erneuter Generalversammlungsbeschluss dies noch gutheissen müsste. So werden gleich lange Spiesse für die Aktionäre und das Management gewährleistet. Bei retrospektiven Modellen bleibt lediglich die Möglichkeit, (reduzierte) Vergütungsauszahlungen trotz Nichtgenehmigung weiterhin vorzunehmen, die allenfalls zurückgefordert werden müssen, wenn die Generalversammlung später eine noch tiefere Gesamtvergütung gutheisst.
2. Unzulässige Vergütungen:
  - *Kontrollwechselvereinbarungen* im Sinne pauschaler Abfindungszahlungen (*golden parachutes*) sind unzulässige Abgangsentschädigungen.
  - Vergütungszahlungen gestützt auf *Arbeitsverträge mit einjähriger Kündigungsfrist* begründen nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit Freistellung oder im Fall einer Aufhebungsvereinbarung keine unzulässige Abgangsentschädigung. Ein Zustimmungserfordernis der Generalversammlung für etwaige Vergütungen besteht dann nicht, wenn der Antrag zur Abstimmung über die Gesamtvergütung so formuliert wurde, dass solche allfälligen Zahlungen bereits im Voraus abgesegnet wurden.
  - Das Wirksamwerden von *Beschleunigungsklauseln* unter Beteiligungsprogrammen begründet keine unzulässigen Abgangsentschädigungen. Der unter Umständen stattfindende Zuwachs an geldwerten Leistungen an die Organe bedarf wiederum keiner Zusatzgenehmigung der Generalversammlung, wenn der Antrag zur Gutheissung der Gesamtvergütung so formuliert wurde, dass solche Zahlungen bereits im Voraus abgesegnet wurden.
  - Entschädigungen, die als adäquate Gegenleistung für Vereinbarungen von *Konkurrenzverboten* für die Phase nach Beendigung des Vertragsverhältnisses vereinbart werden, stellen keine unzulässigen Abgangsentschädigungen dar. Einer Genehmigung solcher Vergütungen durch die Generalversammlung bedarf es auch nicht, weil es sich nicht um Vergütungen an amtierende Organe handelt.
  - *Antrittsprämien* fallen nicht unter den Begriff der Vergütungen im Voraus und sind somit weiterhin zulässig.
3. Unabhängiger Stimmrechtsvertreter: Die Organ- und Depotstimmrechtsvertretung sind abgeschafft. Die einzige zulässige Form der institutionellen Stimmrechtsvertretung erfolgt über den unabhängigen Stimmrechtsvertreter. Dieser kann auch auf elektronischem Weg bevollmächtigt und instruiert werden. Da weisungslose Vollmachten an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter zwingend als Enthaltung zählen, empfiehlt es sich, Beschlussquoren so anzupassen, dass sich Enthaltungen nicht als Nein-Stimmen auswirken. Zudem wird die Ausgestaltung der Voll-

<sup>3</sup> Vgl. HANS-UELI VOGT/MANUEL BASCHUNG, Wie weiter im Aktienrecht?, GesKR 1/2013, 35 ff.

machts- und Weisungsformulare von zentraler Bedeutung sein.

4. Vorsorgeeinrichtungen: Vorsorgeeinrichtungen trifft in Zukunft in Bezug auf gewisse in der VegüV genannte Traktanden die Pflicht, im Interesse der Versicherten Stimmrechte aus direkt gehaltenen Aktien an Schweizer Publikumsgesellschaften auszuüben und diesbezüglich auch Rechenschaft abzulegen. Während Enthaltungen weiterhin zulässig sind, falls sie im Interesse der Versicherten liegen, ist es in Bezug auf diese Traktanden nicht mehr erlaubt, auf die Stimmabgabe zu verzichten. Vorsorgeeinrichtungen werden deshalb an jeder Generalversammlung, an welcher entsprechende Traktanden behandelt werden, teilnehmen bzw. sich vertreten lassen müssen.
5. Strafrecht: Die Auszahlung von Vergütungen, welche über den genehmigten Gesamtbetrag hinausgehen, ist nicht strafbar. In Bezug auf Vergütungen ist strafrechtlich nur relevant, falls eine unzulässige Art einer Vergütung ausgerichtet wird oder die Aktionäre nicht jährlich über die Vergütungen, die der Verwaltungsrat für sich, die Geschäftsleitung und einen allfälligen Beirat festgelegt hat, abstimmen können. Zudem ist bei sämtlichen strafrechtlichen Sanktionen Voraussetzung, dass wider besseres Wissen gehandelt wurde.

### III. Geltungsbereich der Verordnung und Verhältnis zum geltenden Recht

#### 1. Geltungsbereich

Gemäss Art. 1 Abs. 1 VegüV gelten die Bestimmungen der Verordnung für alle Aktiengesellschaften nach den Artikeln 620–762 OR, deren Aktien an einer Börse im In- oder Ausland kotiert sind.

Folgende Tatbestandselemente müssen somit kumulativ erfüllt sein, damit die VegüV auf eine Gesellschaft anwendbar ist:

- Aktiengesellschaft nach den Art. 620–762 OR: Dabei handelt es sich um sämtliche Aktiengesellschaften mit Sitz in der Schweiz. Nicht dazu zu zählen sind – und dies war im Rahmen des Vorentwurfs VgdA noch unklar, weil der Verweis auch Art. 763 OR miteinschloss – sämtliche Gesellschaften und Anstalten, auf welche gemäss Art. 763 OR die Bestimmungen des Aktienrechts nicht anwendbar sind. Dabei handelt es sich um durch kantonale Spezialgesetze gegründete Gesellschaften und Anstalten wie z.B. Kantonalbanken, Versicherungs- und Elektrizitätsunternehmen, die unter Mitwirkung öffentlicher Behörden verwaltet werden und für deren Verbindlichkeiten der Kanton die subsidiäre Haftung übernimmt.

- Die *Aktien* der Aktiengesellschaft müssen kotiert sein: Dies bedeutet, dass es sich bei den Beteiligungsrechten um Aktien (Namen- oder Inhaberaktien) und nicht etwa um Partizipationsscheine oder Genussscheine handeln muss.<sup>4</sup> Falls eine Aktiengesellschaft etwa nur Genussscheine oder Partizipationsscheine kotiert hat, findet die VegüV keine Anwendung. Sofern mehrere Kategorien von Beteiligungsrechten ausstehend sind, reicht für die Anwendbarkeit der VegüV aber, wenn nur eine Kategorie von Aktien kotiert ist.
- Die Aktien müssen im In- oder Ausland an einer Börse kotiert sein: Der Begriff der Börse ist dem Börsengesetz zu entnehmen.<sup>5</sup> Gemäss Art. 2 lit. c BEHG handelt es sich bei Börsen u.a. um Einrichtungen des Effektenhandels, die den gleichzeitigen Austausch von Angeboten unter mehreren Effektenhändlern sowie den Vertragsabschluss bezwecken. Unter den für die Kotierung von Aktien relevanten Börsenbegriff fallen in der Schweiz somit die SIX Swiss Exchange und die BX Berne eXchange. Aktiengesellschaften mit Sitz in der Schweiz, deren Aktien an einer dieser beiden Börsen kotiert sind, unterstehen somit der VegüV. Ebenfalls sind die Bestimmungen auf Aktiengesellschaften mit Sitz in der Schweiz anwendbar, deren Aktien beispielsweise an der New York Stock Exchange oder der London Stock Exchange kotiert sind. Die entsprechenden Bestrebungen, für diese Gesellschaften eine Ausnahmeregelung vorzusehen, wurden in der VegüV nicht berücksichtigt. Der Erläuterungsbericht VgdA stellt zudem klar, dass nur eine Kotierung von Aktien, die von der jeweiligen Aktiengesellschaft selber veranlasst wurde, erfasst wird.<sup>6</sup> Der Handel von Aktien auf Veranlassung alleine von Banken im Rahmen von Multilateralen Handelssystemen, wie z.B. BATS Chi-X Europe oder Turquoise, gilt somit nicht als Kotierung im Sinne der VegüV.

Art. 1 Abs. 1 VegüV ist insofern unpräzise, als dass die VegüV nicht nur auf die darin genannten Aktiengesellschaften anwendbar ist, sondern auch auf Vorsorgeein-

<sup>4</sup> Vgl. den erläuternden Bericht des Bundesamtes für Justiz zum Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA) vom 14. Juni 2013 (abrufbar unter: <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision/voabzockerei/vn-ber-d.pdf>; zuletzt besucht am 21.11.2013; zit. ERLÄUTERUNGSBERICHT VGDÄ), 9, in welchem dargelegt wird, dass bewusst auf einen breiteren Anwendungsbereich verzichtet wurde. Anderer Meinung sind CLAUDIO KUSTER/THOMAS MINDER, Gutachten: Artikel 95 Absatz 3 BV (Eidg. Volksinitiative «gegen die Abzockerei») im Vergleich mit dem Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei vom 14. Juni 2013 (abrufbar unter: <http://abzockerei.files.wordpress.com/2013/11/gutachten-abzockerei-vi-vs-vgda-2013-11.pdf>; zuletzt besucht am 21.11.2013), 9 f.; siehe auch VOGT/BASCHUNG (FN 3), 18.

<sup>5</sup> Vgl. dazu auch den ERLÄUTERUNGSBERICHT VGDÄ (FN 4), 9.

<sup>6</sup> Vgl. dazu den ERLÄUTERUNGSBERICHT VGDÄ (FN 4), 9. Weitere Hinweise zu dieser Interpretation im Zusammenhang mit der Revisionspflicht finden sich in BSK OR II-WATTER/MAIZAR, Art. 727 N 9.

richtungen.<sup>7</sup> Diese Unschärfe ist auch der Verfassungsbestimmung eigen. Gemäss Ingress von Art. 95 Abs. 3 BV hat das Gesetz nämlich nur die im In- oder Ausland kotierten Schweizer Aktiengesellschaften nach den in lit. a bis d aufgeführten Grundsätzen zu regeln. Dass in der VegüV letztlich auch Aktionäre, nämlich die Vorsorgeeinrichtungen, und nicht nur die Aktiengesellschaften geregelt werden, ergibt sich nur indirekt aus lit. a dieser Bestimmung.<sup>8</sup> Wie zu zeigen sein wird, ist dies für die Auslegung der Pflichten der Vorsorgeeinrichtungen insofern von Relevanz, als dass sich u.E. die neuen Bestimmungen betreffend die Vorsorgeeinrichtungen nur auf Aktien der in Art. 1 Abs. 1 VegüV genannten Aktiengesellschaften beziehen können.<sup>9</sup>

## 2. Verhältnis zum bereits geltenden Recht

Mit der VegüV setzt der Bundesrat die erste Etappe der Initiative «gegen die Abzockerei» in einem einzigen Erlass um. Art. 1 Abs. 2 VegüV hält deshalb fest, dass die Verordnung etwaigen Bestimmungen des OR, die der VegüV widersprechen, vorgeht.<sup>10</sup> Dem Erläuterungsbericht VgdA lässt sich entnehmen, dass die weiteren von der Verordnung betroffenen Erlasse, wie etwa das Strafgesetzbuch (StGB) oder das Bundesgesetz über die berufliche Vorsorge (BVG), nicht erwähnt wurden, weil es in diesen Erlassen keine Korrelate zu den neuen Bestimmungen gebe, und somit auch kein Widerspruch zur VegüV bestehen könne. Der Erläuterungsbericht VegüV hält zudem fest, dass sich der Vorrang der Verordnung nicht nur auf die aktienrechtlichen Bestimmungen des OR, sondern auch auf weitere Bereiche des OR, insbesondere das Arbeitsrecht, beziehen kann.<sup>11</sup> Als Ausnahme zu dieser Regel hält Art. 1 Abs. 2 VegüV allerdings explizit fest, dass das gemäss Art. 762 OR bestehende Recht öffentlich-rechtlicher Körperschaften, Vertreter in den Verwaltungsrat abzuordnen oder abzuverufen, bestehen bleibt.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> Siehe dazu unten VIII.1.

<sup>8</sup> Vgl. zum Adressatenkreis, welcher die Vorsorgeeinrichtungen mitumfasst, auch den ERLÄUTERUNGSBERICHT VGDÄ (FN 4), 6 f.

<sup>9</sup> Siehe dazu unten insbesondere VIII.2.

<sup>10</sup> Dies gilt nur, aber immerhin für alle Verordnungsbestimmungen, die sich im Rahmen der Ausführungskompetenz gemäss Art. 197 Ziff. 10 BV bewegen (vgl. dazu insb. VOGT/BASCHUNG (FN 3), 34 f., m.w.H.).

<sup>11</sup> Vgl. den Zusatzbericht des Bundesamtes für Justiz zum Entwurf zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) vom 8. Oktober 2013 (abrufbar unter: <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision/voabzockerei/erl-vo-d.pdf>; zuletzt besucht am 21.11.2013; zit. ERLÄUTERUNGSBERICHT VEGÜV), 4. Siehe unten IV.1.3c.

<sup>12</sup> Dies war im Vorentwurf VgdA noch unklar.

## IV. Neue Regeln zu Vergütungen (Say on Pay)

### 1. Abstimmung der Generalversammlung über Vergütungen

#### 1.1 Grundsatz

Art. 18 VegüV schreibt vor, dass die Vergütungen<sup>13</sup> an den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat von der Generalversammlung zu genehmigen sind. Die Einzelheiten sind in den Statuten zu regeln<sup>14</sup>, wobei die folgenden Bedingungen zwingend einzuhalten sind: (1) jährliche Abstimmung, (2) gesonderte Abstimmung über die Gesamtvergütung des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats und (3) bindende Wirkung der Abstimmung. Im Gegensatz zum Vorentwurf VgdA ist in der VegüV kein dispositiver Genehmigungsmechanismus vorgesehen.<sup>15</sup>

#### 1.2 Statutarisch geregelte Abstimmungsmodelle

##### a. Modellspektrum und -präferenz

Als Abstimmungsmodelle kommen Varianten in Frage, bei welchen die Generalversammlung über die Vergütung retrospektiv, prospektiv oder in einer Mischform<sup>16</sup> abstimmt. Für den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung können die gleichen oder voneinander abweichende Referenzperioden festgelegt werden. Ausserdem kann in den Statuten definiert werden, ob die Abstimmung mittels Genehmigungen (ohne eigenes Antragsrecht der Aktionäre) oder mittels Beschlüssen (mit eigenem Antragsrecht der Aktionäre) durchzuführen ist.

Hinsichtlich der Referenzperiode ist zu erwarten, dass in der Praxis eines der nachfolgend dargestellten Modelle gewählt werden wird. Unseres Erachtens erlaubt ein prospektives Genehmigungsmodell, welches eine Genehmigung der Vergütung des folgenden Geschäftsjahrs vorsieht, eine effiziente und nachvollziehbare Kontrolle der Vergütungen durch die Aktionäre, unter gleichzeitiger Wahrung der Bedürfnisse nach Rechtssicherheit bezüglich der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen seitens der Organe. Dies insbesondere auch für den Fall, dass die Generalversammlung einen Antrag über die Gutheissung des Gesamtbetrags ablehnt und ein davon betroffenes Or-

<sup>13</sup> Der Begriff der Vergütung wird in Art. 14 Abs. 2 VegüV grundsätzlich sehr weit definiert (die Definition entspricht mit wenigen Anpassungen Art. 663b<sup>bis</sup> Abs. 2 OR, wobei etwa die nunmehr unzulässigen Abgangsentschädigungen durch Antrittsprämien ersetzt wurden, vgl. zu den weiteren Abweichungen den ERLÄUTERUNGSBERICHT VGDÄ (FN 4), 18 f.).

<sup>14</sup> Art. 18 Abs. 2 Satz 1 VegüV i.V.m. Art. 12 Abs. 1 Ziff. 4 VegüV.

<sup>15</sup> Vgl. Art. 18 Abs. 1 VgdA.

<sup>16</sup> Z.B. retrospektiv für die erfolgsabhängige Vergütung und prospektiv für die feste Vergütung oder betreffend feste Vergütung für die Phase von einer Generalversammlung zur nächsten und für die erfolgsabhängige Vergütung für das laufende Geschäftsjahr.

gan daraus die Konsequenz ziehen will, die Gesellschaft unter Wahrung der in Aussicht gestellten Vergütungen zu verlassen (ohne auf eine zusätzliche Genehmigung einer nächsten Generalversammlung warten zu müssen). Eine in dieser Hinsicht ausgewogene Lösung ist bei einem retrospektiven Genehmigungsmodell nicht möglich.

#### b. Referenzperiode in der Vergangenheit

Der retrospektive Genehmigungsmechanismus hat aus Sicht der kontroll-fokussierten Aktionäre den Vorteil, dass die Vergütung in voller Kenntnis der Unternehmensergebnisse des vorangehenden Geschäftsjahrs und etwaiger Änderungen im geschäftlichen oder regulatorischen Umfeld genehmigt oder abgelehnt werden kann. Dieses Plus an Kontrolle für die Aktionäre geht aber einher mit einem Minus an Sicherheit für die Organe. Diesen wird zugemutet, Arbeitsleistungen zu erbringen, die dann – je nach Ausgang des in der Zukunft liegenden Generalversammlungsbeschlusses – nicht im Sinne ihrer Erwartungen entschädigt werden. Insbesondere dann, wenn ein Organ aus einem Unternehmen ausscheidet und die Abrechnung der Schlussvergütungen zur Diskussion steht, erscheint dies unbefriedigend. Geschäftsleitungsmitglieder, welche einen nationalen oder internationalen Marktwerkt haben, der über der von der Generalversammlung faktisch jederzeit unilateral auf ein Minimum herabsetzbaren Vergütung liegt, werden keinen Anreiz haben, für ein Unternehmen zu arbeiten, dessen Aktionäre einen retrospektiven Genehmigungsmechanismus wählen und von ihrem Recht, Nein zu stimmen, auch Gebrauch machen. Das wiederum schränkt faktisch die Freiheit der Aktionäre ein, Nein zu stimmen, weil sie ihr Unternehmen ansonsten unattraktiv machen und sich als Eigentümer des Unternehmens selbst schädigen würden.

#### c. Referenzperiode in der Zukunft

Ein prospektives Genehmigungsverfahren ermöglicht Kongruenz zwischen Genehmigungs- und Berichtsperiode. Die Aktionäre erhalten den Vergütungsbericht, welcher sich auf eine vergangene Periode bezieht, und können anlässlich der Generalversammlung in Kenntnis der in der Vergangenheit geleisteten Vergütungen über eine Vergütung für das kommende Geschäftsjahr abstimmen. Aus Sicht des Verwaltungsrats erlaubt diese Variante, für die Geschäftsleitung verlässliche erfolgsabhängige Vergütungsentscheide gestützt auf ein von den Aktionären genehmigtes Budget bzw. ein Kostendach unter Berücksichtigung der Leistungen des vergangenen Geschäftsjahrs zu treffen. Aus Sicht der Geschäftsleitung kann überdies Rechtssicherheit über die Zahlung künftiger Vergütungen hergestellt werden, auch für den Fall, dass infolge eines negativen Vergütungsbeschlusses der Generalversammlung ein Geschäftsleitungsmitglied sich zur Kündigung entschliesst.

Der Nachteil dieser Variante liegt in der Tatsache, dass hinsichtlich der Festlegung des Budgets bzw. Kostendaches eine Prognose betreffend den Umfang der Gesamtvergütung gemacht werden muss.

Als künftige Referenzperioden kommen bspw. das kommende Geschäftsjahr in Frage oder die Periode ab der ordentlichen Generalversammlung bis zur nächsten Generalversammlung. Der Vorteil der letzteren Variante liegt in der Zeitnähe der prospektiv zu genehmigenden Vergütungen, welche so klarer eingegrenzt werden können, deren Nachteil in der Divergenz zwischen Abstimmungs- und Berichtsperiode. Ebenfalls denkbar ist dabei, dass für die Verwaltungsratsmitglieder prospektiv über die Periode von ordentlicher Generalversammlung zu ordentlicher Generalversammlung abgestimmt wird (und entsprechend ein Gleichlauf zwischen der Vergütung und der Amtsperiode besteht), während der Gesamtbetrag der Vergütungen für die Mitglieder der Geschäftsleitung prospektiv für das nächste Geschäftsjahr festgelegt wird (diese werden typischerweise massgeblich am Geschäftserfolg eines Geschäftsjahrs gemessen).

#### d. Referenzperiode teils in der Zukunft und teils in der Vergangenheit<sup>17</sup>

Die gemäss Vorentwurf VgdA als Standard definierte Lösung, die in der VegüV nicht mehr als Dispositivregelung vorgesehen ist, kann statutarisch eingeführt werden, so dass über die erfolgsorientierte Vergütung retrospektiv und über die fixe Vergütung prospektiv abgestimmt wird. Auch denkbar ist eine Abstimmung über die Vergütung mit Bezug auf das laufende Geschäftsjahr<sup>18</sup>. Diese Abstimmungsmethoden vereinen auf sich allerdings die Nachteile der jeweils reinen prospektiven und retrospektiven Modelle.

### 1.3 Vorgehen im Falle einer negativen Abstimmung

#### a. Regelung gemäss VegüV

Die VegüV enthält keine Regelung der Folgen für den Fall einer negativen Vergütungsabstimmung, sieht in Art. 18 Abs. 2 Satz 2 VegüV aber vor, dass die Statuten das weitere Vorgehen nach einer Negativ-Abstimmung festlegen können. Eine entsprechende Regelung gehört gemäss Art. 12 Abs. 2 Ziff. 6 VegüV zum bedingt notwendigen Statuteninhalt.<sup>19</sup> Gemäss Erläuterungsbericht

<sup>17</sup> Die theoretisch denkbare Variante, dass sowohl die fixe als auch die variable Vergütung an der ordentlichen Generalversammlung für das laufende Geschäftsjahr genehmigt werden, dürfte in der Praxis nicht vorkommen (wegen zu hoher Vergütungsunsicherheit für die Geschäftsleitung).

<sup>18</sup> Gewisse Stimmen in der Literatur bezeichnen diese Variante als die praktikabelste, so HANS CASPAR VON DER CRONE/ADRIANO R. HUBER, Festlegung von Vergütungen in Publikumsgesellschaften – Umsetzungsvorschlag für Art. 95 Abs. 3 BV, SJZ 109 (2013) 13, 303.

<sup>19</sup> Siehe dazu VI.1.

VegüV können insbesondere Vorschriften über den weiteren prozeduralen Verlauf in den Statuten verankert werden, bspw. dahingehend, dass der Verwaltungsrat innert einer bestimmten Frist eine ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen hat oder dass der Verwaltungsrat und/oder die Aktionäre neue Anträge stellen dürfen.<sup>20</sup> Ebenfalls soll es gemäss Erläuterungsbericht VegüV möglich sein, die Vergütungen erst in der folgenden ordentlichen Generalversammlung festzulegen, was aber aufgrund der damit verbundenen Unsicherheiten für die betreffenden Organe kaum eine akzeptable Lösung darstellen wird.<sup>21</sup> Weiter wird betont, dass unter keinen Umständen eine Kompetenzverschiebung von der Generalversammlung zu einem anderen Organ oder Ausschuss eines Organs (insbesondere dem Vergütungsausschuss) stattfinden darf. Die Vergütungen seien erst dann definitiv festgelegt, wenn sie von der *Generalversammlung* angenommen worden seien.<sup>22</sup>

#### b. Vergütung im Falle einer negativen Abstimmungen durch die Generalversammlung

Weder die VegüV noch der Erläuterungsbericht VegüV enthalten eine Aussage zur Frage, ob im Falle einer negativen Abstimmung, sei es durch die erste oder durch eine spätere Generalversammlung, weiterhin eine Vergütung an die Organe ausgerichtet werden kann, bzw. in welchem Umfang dies geschehen darf.

Zwar wird im Erläuterungsbericht VegüV ausgeführt, dass eine statutarische Regelung, wonach bei einer Ablehnung der Vergütungen durch die Generalversammlung die letztmals genehmigte Vergütung weitergelte, klar unzulässig sei.<sup>23</sup> Dies darf u.E. aber nicht so interpretiert werden, dass keine Übergangslösung hinsichtlich des Umfangs der Vergütung vorgesehen oder gar keine Vergütung ausgerichtet werden darf, bis eine Generalversammlung einem Vergütungsantrag zugestimmt hat. Letzteres wäre vielmehr arbeitsrechtlich verboten.<sup>24</sup> Hinzu kommt, dass der Verwaltungsrat aus gesellschaftsrechtlicher Sicht gemäss Art. 717 OR stets im Interesse der Gesellschaft zu handeln und deshalb dafür zu sorgen hat, dass diese nicht wegen sofortiger Arbeitseinstellung der Organe mangels Entschädigung von einem Tag auf den anderen führungslos wird.

Eine mögliche Lösung für das *prospektive Abstimmungsmodell* (bezugnehmend auf das kommende Geschäftsjahr) präsentiert sich u.E. wie folgt:

- Vergütungssysteme, die sowohl für Verwaltungsrats- wie auch für die Geschäftsleitungsmitglieder eine prospektive Abstimmung über die Vergütung für das

nächste Geschäftsjahr vorsehen, erlauben es den betroffenen Gesellschaften, ihre Organe in der unmittelbar auf die Generalversammlung folgenden Phase weiter zu entschädigen. Die Entschädigung für das laufende Geschäftsjahr, in welchem die ordentliche Generalversammlung stattgefunden hat, welche die Vergütungen nicht guthies, wurde ja bereits durch den Vorjahresbeschluss genehmigt. Der Gesellschaft und ihren Organen bleiben somit zwischen sechs bis neun Monate, um eine zweite Abstimmung im Rahmen einer ausserordentlichen Generalversammlung durchzuführen.

- Darüber hinaus lässt sich u.E. eine Situation herbeiführen, wonach im Falle einer Nichtgenehmigung der Gesamtvergütungen die Organe ihr Arbeitsverhältnis auflösen und in jedem Fall ihre in Aussicht gestellten Vergütungen für die vertragliche Restlaufzeit (bei maximal einjähriger Kündigungsfrist) beziehen können, ohne dass ein erneuter Generalversammlungsbeschluss dies noch genehmigen müsste.
- Konkret können die Statuten eine Regelung vorsehen, wonach der Verwaltungsrat der Generalversammlung einen Betrag für *ausserordentliche Vergütungen* zur Abstimmung unterbreiten darf, der für den Fall der Nichtguthiesung der Vergütungen den Organen für eine beschränkte Zeit über die einjährige Referenzperiode hinaus zugesprochen werden kann<sup>25</sup>, so dass die Organe die Möglichkeit haben, nach Ausübung ihrer Kündigungsrechte bei Ausscheiden aus dem Unternehmen ihre volle (maximale) Entschädigung zu beziehen<sup>26</sup>, ohne nach dem ablehnenden Entscheid der Generalversammlung und der Kündigung noch auf eine Guthiesung der Gesamtvergütungssumme einer nächsten oder übernächsten Generalversammlung warten zu müssen. Die ausserordentliche Vergütung wäre in solchen Szenarien von der Generalversammlung so bereits im Voraus abgesegnet (aber nur bedingt für den Fall einer erstmaligen Ablehnung des Antrags des Verwaltungsrats und für eine beschränkte Frist).<sup>27</sup> Zu vermeiden, dass ein Unternehmen plötzlich führungslos dasteht, liegt im Interesse aller Beteiligten, insbesondere auch der Aktionäre, die sich die Möglichkeit offenhalten wollen, bei der Abstimmung über die Vergütung «Nein» stimmen zu können. Rechtlich

<sup>20</sup> ERLÄUTERUNGSBERICHT VEGÜV (FN 11), 10.

<sup>21</sup> ERLÄUTERUNGSBERICHT VEGÜV (FN 11), a.a.O.

<sup>22</sup> ERLÄUTERUNGSBERICHT VEGÜV (FN 11), a.a.O.

<sup>23</sup> ERLÄUTERUNGSBERICHT VEGÜV (FN 11), a.a.O.

<sup>24</sup> Siehe unten IV.1.3c.

<sup>25</sup> In der Regel nicht mehr als vier Monate bis im nächsten Geschäftsjahr die nächste ordentliche Generalversammlung stattfindet.

<sup>26</sup> Gestützt auf die Bestimmung in Art. 12 Abs. 1 Ziff. 2 VegüV, wonach fixe Vertragsdauern und Kündigungsfristen von höchstens einem Jahr ausdrücklich zulässig sind.

<sup>27</sup> Dieser Zusatzbetrag könnte der Generalversammlung etwa als Prozentbetrag im Verhältnis zu einem in der Form einer absoluten Zahl beantragten Betrags zur Abstimmung vorgelegt werden. Beide Beträge zusammen ergäben den Gesamtbetrag, wovon aber der als Prozentbetrag beantragte Teil nur unter der Bedingung zur Verfügung stünde, dass eine Abstimmung über die Vergütung negativ ausfallen und eine Übergangsregel, welche zudem eine statutarische Grundlage hat, in Kraft treten würde.

ist eine Abstimmung über ausserordentliche Vergütungen, die für einen Zeitraum nach der einjährigen Referenzperiode geschuldet sind, zulässig, weil Art. 18 Abs. 2 Ziff. 1 VegüV lediglich verlangt, dass *jährlich* über Vergütungen *abgestimmt* wird, ohne die Referenzperiode verbindlich festzulegen. Die VegüV verbietet m.a.W. nicht, dass im Interesse der Gesellschaft über Vergütungen abgestimmt wird, welche über eine einjährige Referenzperiode hinaus anfallen können.

- Exemplikativ: Die Generalversammlung 2016 heisst bspw. eine Gesamtvergütung für das Geschäftsjahr 2017 gut und zusätzlich eine ausserordentliche Vergütung für die Begleichung von vorgesehenen Managementvergütungen im Falle einer Kündigung nach einem Ablehnungsentscheid der Generalversammlung 2017. Wenn die Generalversammlung z.B. im März 2017 die Gesamtvergütung für das Geschäftsjahr 2018 ablehnt, kann ein betroffenes Geschäftsleitungsmitglied sofort kündigen, im Wissen darum, dass ihm für die gesamte vertragliche einjährige Restlaufzeit, d.h. nicht nur bis zum Ende des Geschäftsjahres 2017, sondern bis März 2018 ein genehmigter Vergütungsanspruch zusteht.

Hinsichtlich der *retrospektiven* bzw. *gemischten Abstimmungsmodelle* erscheint eine einfache Lösung, welche auch die zeitnahe Vergütung der Organe im Falle eines Negativentscheides der Generalversammlung sicherstellt, schwieriger zu bewerkstelligen:

- Denkbar wäre, dass der Verwaltungsrat der Gesellschaft in einer solchen Situation im Sinne einer Geschäftsführung ohne Auftrag im individuell-konkreten Fall beschliesst, den Organen eine bestimmte Vergütung weiterzubezahlen. Als Alternative käme eine statutarische Regelung in Frage, welche definiert, was der Verwaltungsrat in einer solchen Situation vorzukehren hat. Eine Regelung der Vergütungen durch den Verwaltungsrat oder die Statuten für die Dauer der Übergangsphase bis zu einem definitiven Entscheid der Generalversammlung wird durch die VegüV nicht verboten, sondern in Art. 12 Abs. 2 Ziff. 6 vielmehr vorausgesetzt, zumal die Aufnahme von Einzelheiten über das weitere Vorgehen bei einer Ablehnung der Vergütungen durch die Generalversammlung einen bedingt notwendigen Statuteninhalt darstellt.<sup>28</sup> Die unverzichtbare Bedingung einer bindenden Wirkung des Generalversammlungsbeschlusses<sup>29</sup> wird durch eine Festlegung der Vergütung für eine Interimsphase nicht umgangen, weil lediglich eine Übergangslösung definiert wird, welche Gültig-

keit hat, bis von der Generalversammlung hinsichtlich der Vergütung ein Antrag gutgeheissen wird. Eine praktikable Übergangsregelung entspricht nicht zuletzt dem Geist von Art 95 Abs. 3 BV und der VegüV, denn kein vernünftig handelnder Aktionär einer kotierten Gesellschaft würde ansonsten in Betracht ziehen, einen Vergütungsantrag abzulehnen, weil der Aktienkurs sofort einbrechen würde. Gerade ein Aktionär, der die Möglichkeit haben will, einen Vergütungsantrag abzulehnen, wird deshalb an einer guten Übergangsregelung interessiert sein, da er ansonsten aus ökonomischen Gründen faktisch nie negativ abstimmen kann.<sup>30</sup>

- Dem entsprechend sind bei (noch) nicht erfolgter Gutheissung durch die Generalversammlung die Vergütungszahlungen an die Organe nicht einzustellen, sondern so auszurichten, wie es den arbeitsrechtlichen Anforderungen und der mutmasslichen Absicht der Generalversammlung entspricht, was entweder durch den Verwaltungsrat im individuell-konkreten Fall oder in den Statuten generell-abstrakt definiert werden kann (weil die Generalversammlung die entsprechende Statutenbestimmung ja gutheissen muss). Die inhaltliche Schranke besteht im Grundsatz, dass die Geschäftsführung geboten und nicht nur nützlich zu sein hat, was anhand eines objektivierten Massstabs zu beurteilen ist.<sup>31</sup>
- Zu klären bleibt, was in einem Fall zu geschehen hat, in dem für die relevante Periode von der Generalversammlung eine Gesamtvergütung zuerst abgelehnt und später gutgeheissen wird, wobei die Gutheissung sich auf eine Gesamtsumme bezieht, die kleiner ist als die Summe aller in der Übergangsphase bezahlten Einzelvergütungen. Sofern der Entscheid der Generalversammlung die Schranken des Arbeitsrechts beachtet, wären die Organe als logische Folge eines solchen Generalversammlungsentscheides verpflichtet, bezogene Vergütungen zurückzuzahlen.<sup>32</sup>
- Hinsichtlich einer etwaigen Rückzahlungspflicht (vorübergehend) empfangener Vergütungen könnten die praktischen Bedürfnisse der Organe durch eine Vereinbarung gewährleistet werden, welche vor Auszahlung der relevanten Vergütungen vorsieht, dass im Umfang etwaiger Rückzahlungspflichten mehrjährige

<sup>28</sup> Für die Zulässigkeit einer Bestimmung in den Statuten, welche regelt, wie die Vergütung im Falle einer Nichtgenehmigung durch die Generalversammlung zu bestimmen ist, schon VON DER CRONE/HUBER (FN 18), 304.

<sup>29</sup> Vgl. Art. 18 Abs. 3 Ziff. 3 VegüV.

<sup>30</sup> Dies betrifft nicht zuletzt auch Vorsorgeeinrichtungen, welche wohl kaum ablehnende Abstimmungsresultate provozieren wollen, wenn ihnen gleichzeitig bewusst ist, dass der Kurs der Aktie als Folge davon einbrechen wird.

<sup>31</sup> BSK OR I-WEBER, Art. 419 N 10.

<sup>32</sup> Sofern ein betroffenes Organ zur Rückzahlung nicht mehr in der Lage ist, stellt sich die Frage nach der (strafrechtlichen) Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats. Diese halten wir für sehr gering, weil die Entrichtung einer Vergütung, welche die Höhe des genehmigten Gesamtbetrags übersteigt, nicht strafbar ist. Vgl. ERLÄUTERUNGSBERICHT VEGÜV (FN 11), 14.

Darlehen an die Organe gewährt werden, welche über eine längere Dauer amortisiert werden können.<sup>33</sup>

### c. Arbeitsrechtliche Konsequenzen einer Nichtgenehmigung der Vergütung durch die Generalversammlung

Welche Vergütung ist einem Geschäftsleitungsmitglied arbeitsvertraglich geschuldet, wenn eine an sich zulässige Vergütung ganz oder teilweise in einer Periode anfällt, für welche die Gesamtvergütungen durch die Generalversammlung abgelehnt bzw. noch nicht gutgeheissen wurde.<sup>34</sup>

Der Erläuterungsbericht VegüV enthält diesbezüglich die folgende Aussage: «Keine Abgangsentschädigungen sind Vergütungen, die bis zur Beendigung der Vertragsverhältnisse nach Artikel 12 Absatz 1 Ziffer 2 geschuldet sind (z.B. Lohnfortzahlungen bei einem Arbeitsvertrag). Die Generalversammlung kann die Höhe dieser Vergütungen mitgestalten, indem sie beispielsweise für die statutarische Festlegung der Kündigungsfrist die maximale Frist von einem Jahr nicht ausschöpft. Durch diese Präzisierung in [Art. 20] Ziffer 1 werden insbesondere Probleme im Hinblick auf das Arbeitsrecht vermieden (ein Aspekt, der in den Anhörungen immer wieder erwähnt wurde). Diese Vergütungen müssen jedoch im Vergütungsbericht offen gelegt werden und unterliegen der globalen Abstimmung durch die Generalversammlung.»<sup>35</sup> Die zitierte Passage legt zunächst den Schluss nahe, dass die Auszahlung von Vergütungen während der statutarisch erlaubten Kündigungsfrist (bzw. während der Vertragsrestdauer) im Sinne einer *safe harbour* Regel geschützt ist (was gerechtfertigt wäre, da sich die Aktionäre zur relevanten Statutenbestimmung äussern konnten). Jedoch behält der letzte Satz ausdrücklich die Abstimmung durch die Generalversammlung vor und lässt damit die scheinbar beseitigte Unklarheit sogleich wieder entstehen.

Der Verwaltungsrat (bzw. bei entsprechend ausgestalteter Kompetenz der Vergütungsausschuss) sollte daher aufgrund seiner Sorgfaltspflicht in den Verträgen mit den Verwaltungsratsmitgliedern und den Managern Vorbehalte anbringen, wonach die Ausrichtung der noch nicht von der Generalversammlung bewilligten Vergütungsteile unter der aufschiebenden Bedingung der Genehmigung durch die Generalversammlung steht.<sup>36</sup>

Auch mangels einer solchen Abrede ist u.E. angesichts der öffentlichen Diskussion über die Initiative «gegen die Abzockerei» und deren Umsetzung zu bezweifeln, dass sich ein Geschäftsleitungsmitglied gutgläubig auf die Befugnis des Verwaltungsrats verlassen kann, ohne vorgängige Genehmigung durch die Generalversammlung unbedingte Vergütungszusagen zu machen. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass ein Geschäftsleitungsmitglied um die entsprechende interne Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Verwaltungsrats wissen muss, und dass infolgedessen keine gültige *unbedingte* Vereinbarung über noch zu genehmigende Vergütungsteile getroffen werden kann.<sup>37</sup> Sodann ist festzustellen, ob die Parteien den Arbeitsvertrag auch ohne die ungültige Vergütungsabrede geschlossen hätten (modifizierte Teilnichtigkeit gemäss Art. 20 Abs. 2 OR) und, sollte dies bejaht werden, zu ermitteln, welche Regelung die Parteien nach ihrem hypothetischen Parteiwillen anstelle der unzulässigen unbedingten Vergütungsabrede getroffen hätten.<sup>38</sup> Einerseits kommt eine kürzere (Rest-)Vertragsdauer in Frage, z.B. beschränkt auf die Zeitspanne, für welche die Vergütung unbedingt zugesagt werden konnte, andererseits die Ergänzung des Vertrags mit einem Genehmigungsvorbehalt für noch nicht genehmigte Vergütungen.<sup>39</sup>

Dementsprechend herrscht bei einer negativen Abstimmung über die Vergütung durch die Generalversammlung arbeitsvertraglich die folgende Situation:

- Das Geschäftsleitungsmitglied hat *keinen* Anspruch auf den von der Generalversammlung verweigerten Vergütungsteil, da entweder der Arbeitsvertrag bereits eine entsprechende Bedingung enthält oder die unbedingte Vergütungsabrede aufgrund der mangelnden Vertretungsbefugnis des Verwaltungsrats und des fehlenden guten Glaubens des Geschäftsleitungsmitglieds ungültig bzw. um einen Genehmigungsvorbehalt zu ergänzen ist.<sup>40</sup>
- Dies bedeutet auch, dass die Nichtgutheissung der Vergütung durch die Generalversammlung in der Regel keinen wichtigen Grund darstellt, der das Geschäftsleitungsmitglied zur ausserordentlichen Kündigung des Arbeitsvertrags berechtigen würde: Ein Arbeitnehmer kann, *ceteris paribus*, nicht geltend machen, die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses

schon *kraft Gesetzes* geltenden Bedingung scheinen VON DER CRONE/HUBER (FN 18), 304 auszugehen.

<sup>37</sup> BSK OR II-WATTER, Art. 718a N 8 ff.

<sup>38</sup> Siehe BSK OR I-HUGUENIN, Art. 20 N 63; vgl. auch RALPH MALACRIDA/TILL SPILLMANN, Payback time?, GesKR 4/2008, 351.

<sup>39</sup> Die zweite Variante dürfte realitätsnäher sein, insbesondere da befristete Verträge unter der VegüV dem Vergütungsempfänger weniger Schutz bieten, siehe unten IV.2.1c.

<sup>40</sup> Liegt der gute Glaube aufseiten des Vergütungsempfängers ausnahmsweise vor, ist die Vergütung unbedingt geschuldet, mit allfälligen rechtlichen Konsequenzen für den Verwaltungsrat. Wie oben unter Ziffer IV.1.3b dargelegt, besteht immerhin die Möglichkeit, einen Antrag so zu formulieren, dass die Generalversammlung solchen Zahlungen im Voraus zustimmt.

<sup>33</sup> Eine solche Regelung müsste statutarisch vorgesehen sein, siehe unten IV.2.4.

<sup>34</sup> Verträge mit Geschäftsleitungsmitgliedern sind als Arbeitsverträge gemäss Art. 319 ff. OR zu qualifizieren; DANIEL LEU, Variable Vergütungen für Manager und Verwaltungsräte, Diss. Zürich (SSHW 243), Zürich 2005, 69, m.w.H.

<sup>35</sup> ERLÄUTERUNGSBERICHT VEGÜV (FN 11), 11 (Hervorhebungen durch die Verfasser).

<sup>36</sup> Gl.M. wohl CHRISTOPH B. BÜHLER, Showdown in der Vergütungsfrage, GesKR Online-Beitrag 1/2012 (abrufbar unter: [http://www.dike.ch/image/data/zeitschriften/GesKR/online-beitraege/Buehler\\_Onlinebeitrag.pdf](http://www.dike.ch/image/data/zeitschriften/GesKR/online-beitraege/Buehler_Onlinebeitrag.pdf); zuletzt besucht am 21.11.2013), 6; von einer

sei ihm nach Treu und Glauben unzumutbar, wenn entweder der Vertrag eine Bedingung enthält oder er zumindest hätte wissen müssen, dass die Vergütungsabrede nicht unbedingt abgeschlossen werden kann.<sup>41</sup> Selbstverständlich kann ein entsprechendes vertragliches Kündigungsrecht vereinbart werden, wobei in Bezug auf Geschäftsleitungsmitglieder festzuhalten ist, dass nach dem Grundsatz der Kündigungsparität<sup>42</sup> keine unterschiedlichen Kündigungsfristen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer vorgesehen werden können. Verwaltungsratsmitglieder demgegenüber können ihr Mandat grundsätzlich jederzeit kündigen, wobei sie bei Kündigung zur Unzeit schadenersatzpflichtig werden können (Art. 404 OR).<sup>43</sup>

- Dass ein Geschäftsleitungsmitglied keinen Anspruch auf den nicht wirksam vereinbarten, von der Generalversammlung nicht genehmigten Lohn hat, bedeutet allerdings nicht, dass unter dem betreffenden Arbeitsvertrag keinerlei Entgelt für die geleistete Arbeit geschuldet ist. Die Lohnzahlung ist ein *Essentiale* des Arbeitsvertrags, ein Lohn deshalb dem Arbeitnehmer immer geschuldet.<sup>44</sup> In Abwesenheit einer anderweitigen Regelung, die den Lohn zumindest bestimmbar macht, kommt subsidiär die gesetzliche Vorschrift von Art. 322 Abs. 1 OR zur Anwendung, wonach der übliche Lohn geschuldet ist.<sup>45</sup> Der «übliche Lohn» ergibt sich aus der Orts-, Branchen- oder Betriebsübung.<sup>46</sup> Eine Orts- sowie eine Betriebsübung in einem engeren Sinn dürften mit Bezug auf die Entschädigung der obersten Führungsebene eines börsenkotierten Unternehmens schwer zu eruieren sein. Eher ist an den Begriff der Branchenüblichkeit anzuknüpfen, womit unter dem üblichen Lohn der *marktübliche* Lohn zu verstehen ist.<sup>47</sup>

Vor dem Hintergrund der Abzockerei-Debatte ist die Marktüblichkeit allerdings kein angemessener Beurteilungsmassstab, wurde die Abzockerinitiative doch als Korrekturmassnahme hinsichtlich eines nicht spielenden Marktes im Bereich der Spitzensaläre für Manager lanciert. Fraglich ist deshalb, inwiefern die VegüV die arbeitsrechtlichen Regeln verdrängt. Der Erläuterungsbericht VegüV hält diesbezüglich eher vage fest, der Vorrang der Verordnung könne nebst den Bestimmungen des OR «(...) auch weitere Bereiche erfassen, insbesondere das *Arbeitsrecht*».<sup>48</sup> Die zitierte Passage vermag zwar die hier

konkret diskutierte Frage nicht zu beantworten, zeigt jedoch auf, dass – entgegen gewissen in Bezug auf die Initiative geäußerten Meinungen<sup>49</sup> – im Anwendungsbereich der Verordnung die grundsätzliche Trennung der gesellschaftsrechtlichen von der arbeitsrechtlichen Sphäre nicht *a priori* als gegeben betrachtet werden kann. Anders gesagt macht das Postulat des unbedingten Vorrangs des Aktionärswillens auch vor dem Arbeitsrecht bzw. vor den mit den Geschäftsleitungsmitgliedern abgeschlossenen Arbeitsverträgen nicht prinzipiell halt.<sup>50</sup>

Dies kann jedoch in Bezug auf Grundsätze, die den Kern des Arbeitsrechts betreffen, nicht gelten. Zu diesen Kerngehalten des Arbeitsrechts gehört der Grundsatz, dass kein Arbeitnehmer Arbeit im Interesse und unter der Weisungsgewalt eines Arbeitgebers leisten soll, ohne dafür einen Lohn zu erhalten. Eine Abweichung von diesem fundamentalen Prinzip bedürfte mehr als einer Revision des Gesellschaftsrechts, ergänzt mit dem (vagen) Hinweis in den Materialien, dass dies allenfalls auch Auswirkungen auf das Arbeitsrecht haben könnte. Folglich ist u.E. davon auszugehen, dass die Regeln zur Lohnermittlung von Art. 322 Abs. 1 OR auch im Anwendungsbereich der Verordnung gelten. Geschäftsleitungsmitgliedern ist daher während der (Rest-)Dauer der statutarisch zulässigen Kündigungsfrist bzw. Vertragsdauer anstatt der nicht genehmigten Vergütung in jedem Fall der übliche Lohn i.S.v. Art. 322 Abs. 1 OR geschuldet.<sup>51</sup>

Dieses Ergebnis entspricht insofern nicht dem Geist der Verordnung, als der übliche Lohn theoretisch höher liegen könnte als das abgelehnte Vergütungspaket, sich am verpönten Markt für Managersaläre orientiert und der Mitbestimmung durch die Aktionäre entzogen ist. Zu begegnen ist dieser unerwünschten Rechtsfolge durch eine statutarische Ersatzregelung<sup>52</sup> – die allerdings vom Erläuterungsbericht kategorisch als unzulässig bezeichnet wird<sup>53</sup> – oder durch die prospektive Bewilligung eines ausserordentlichen Vergütungsbetrags im Vorjahr für den Fall der Ablehnung der Gesamtvergütung im Folgejahr.<sup>54</sup>

#### 1.4 Zusatzbeitrag für neue Geschäftsleitungsmitglieder

Wenn die Statuten hinsichtlich der Abstimmung über Vergütungen ein prospektives Abstimmungsmodell vorsehen, kann statutarisch überdies ein Zusatzbeitrag zugunsten derjenigen Geschäftsleitungsmitglieder vor-

<sup>41</sup> A.M. VON DER CRONE/HUBER (FN 18), 304 Fn. 64, allerdings gestützt auf den Verfassungstext.

<sup>42</sup> Art. 335a Abs. 1 OR.

<sup>43</sup> Siehe zu Kündigungsmöglichkeiten VON DER CRONE/HUBER (FN 18), 304 f.

<sup>44</sup> ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KÄNEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Art. 322 N 2.

<sup>45</sup> So auch VON DER CRONE/HUBER (FN 18), 304.

<sup>46</sup> STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH (FN 44), Art. 322 N 7.

<sup>47</sup> STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH (FN 44); BSK OR I-PORTMANN, Art. 322 N 6.

<sup>48</sup> ERLÄUTERUNGSBERICHT VEGÜV (FN 11), 4.

<sup>49</sup> Siehe z.B. VOGT/BASCHUNG (FN 3), 21.

<sup>50</sup> Allerdings hat sich der Ordnungsgeber an anderer Stelle aber auch um die Vermeidung von Konflikten mit dem Arbeitsrecht, vgl. dazu etwa die Abgrenzung von der Vereinbarung von Kündigungsfristen und Abgangsentschädigungen in Art. 20 Ziff. 1 VegüV und dazu explizit den ERLÄUTERUNGSBERICHT VEGÜV (FN 11), 11.

<sup>51</sup> So auch VON DER CRONE/HUBER (FN 18), 304.

<sup>52</sup> Siehe oben IV.1.3b.

<sup>53</sup> ERLÄUTERUNGSBERICHT VEGÜV (FN 11), 10.

<sup>54</sup> Siehe oben IV.1.3b *in fine*.

gesehen werden, die erst nach der Abstimmung über die Vergütung ernannt werden, wobei die Ausrichtung von Vergütungen aus diesem Zusatzbeitrag von der Generalversammlung jeweils nicht befürwortet werden muss.<sup>55</sup> Gemäss Erläuterungsbericht VegüV muss der Zusatzbeitrag «bestimmt» oder mindestens «bestimmbare» sein und darf überdies nur bis zur nächsten Generalversammlung verwendet werden, sofern der genehmigte Normalbetrag nicht ausreicht.<sup>56</sup>

Richtigerweise sollte Art. 19 Abs. 2 VegüV allerdings so interpretiert werden, dass der Zusatzbeitrag bis zum Ende der Referenzperiode zur Verfügung steht, über welche an der Generalversammlung abgestimmt wurde. Das Ende dieser Referenzperiode kann auf einen späteren Zeitpunkt zu liegen kommen als das Datum der nächsten Generalversammlung, z.B. dann, wenn die Generalversammlung jeweils prospektiv über das kommende Geschäftsjahr abstimmt.<sup>57</sup>

### 1.5 Intertemporale Regelung

Gemäss Art. 31 Abs. 2 VegüV gelten die Bestimmungen für die Abstimmung über Vergütungen ab der zweiten ordentlichen Generalversammlung, die nach Inkrafttreten der VegüV stattfindet. Zumal die Verordnung am 1. Januar 2014 in Kraft tritt und die Statuten spätestens an der zweiten ordentlichen Generalversammlung nach dem Inkrafttreten angepasst werden müssen (Art. 27 Abs. 1 VegüV), heisst dies, dass spätestens anlässlich der ordentlichen Generalversammlung 2015 über die Vergütung abgestimmt werden muss (was sich dann aber prospektiv erst auf das Geschäftsjahr 2016 beziehen kann).

Sofern die Abstimmungsdetails an der ordentlichen Generalversammlung noch nicht in den Statuten geregelt sind, hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 31 Abs. 2 VegüV die Einzelheiten zu bestimmen. Das hat u.E. für die Generalversammlung 2015 auch dann zu gelten, wenn die Generalversammlung die vorgeschlagenen Bestimmungen zur Abstimmung anlässlich der ordentlichen Generalversammlung 2015 ablehnen sollte.

## 2. Unzulässige Vergütungen

Gewisse Leistungen an Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats werden durch Art. 20 und 21 VegüV grundsätzlich verboten. Diese unzulässigen Vergütungen werden in der Folge einzeln beleuchtet.

## 2.1 Abgangsentschädigungen

### a. Grundsatz

Art. 20 Ziff. 1 VegüV untersagt «Abgangsentschädigungen», ohne den Begriff zu definieren. Immerhin wird einerseits klargestellt, dass nur vertraglich oder statutarisch vorgesehene Abgangsentschädigungen verboten sind. Gesetzlich vorgeschriebene Abgangsentschädigungen dürfen also weiterhin ausgerichtet werden. In der Schweiz sind damit Zahlungen unter Art. 339b OR erlaubt. In Bezug auf Arbeitsverträge, die ausländischem Recht unterstehen, können ebenfalls weiterhin Abgangsentschädigungen ausbezahlt werden, sofern sie gemäss ausländischem Recht vorgeschrieben sind. Zweitens wird festgehalten, dass Vergütungen, die bis zur Beendigung eines Vertragsverhältnisses, welches unter Berücksichtigung der maximalen Vertrags- bzw. Kündigungsdauer gemäss Art. 12 Abs. 1 Ziff. 2 VegüV abgeschlossen wurde, nicht als Abgangsentschädigungen qualifizieren.<sup>58</sup>

Darüber hinaus bleibt die VegüV vage in Bezug darauf, was als «Abgangsentschädigung» zu gelten hat. Der Erläuterungsbericht VgDA erwähnt als rechtswidrige Abgangsentschädigung beispielhaft «insbesondere pauschale Abfindungssummen ohne direkte Gegenleistung» und erklärt «auch Abgangsentschädigungen [...] für den Fall eines Kontrollwechsels» für unzulässig.<sup>59</sup> Ausserdem wird darauf hingewiesen, dass befristete, langjährige Arbeitsverträge und eine deutliche Verlängerung der ordentlichen Kündigungsfrist im Resultat faktisch der Vereinbarung einer Abgangsentschädigung gleich kämen und daher problematisch seien. Was Vereinbarungen über Konkurrenzverbote betrifft, werden verdeckte Abgangsentschädigungen für unzulässig erklärt, dies im Gegensatz zu «marktkonformen Karenzentschädigungen».<sup>60</sup>

Grundsätzlich wäre anstatt von «Abgangsentschädigungen»<sup>61</sup>, die prinzipiell unzulässig sein sollen, besser von *ungerechtfertigten Abgangsleistungen* die Rede, weil dadurch klar gestellt würde, dass nicht jede Abgangvergütung, die anlässlich des Ausscheidens eines Organs geleistet wird, unzulässig ist. Bei einer ungerechtfertigten Abgangsleistung handelt es sich vielmehr um eine Vergütung, die über das hinausgeht, was im Rahmen einer ordnungsgemässen Abwicklung eines Vertragsverhältnisses

<sup>55</sup> Vgl. Art. 19 VegüV.

<sup>56</sup> ERLÄUTERUNGSBERICHT VGDA (FN 4), 23.

<sup>57</sup> Wird bspw. im März 2015 die Gesamtvergütung für die Geschäftsleitung für das Geschäfts-/Kalenderjahr 2016 genehmigt und wird im Mai 2015 ein neues Geschäftsleitungsmitglied bestimmt, muss der Zusatzbetrag so bemessen sein, dass er die Phase bis 31. Dezember 2016 abdeckt.

<sup>58</sup> Siehe dazu unten IV.2.1c.

<sup>59</sup> ERLÄUTERUNGSBERICHT VGDA (FN 4), 24.

<sup>60</sup> ERLÄUTERUNGSBERICHT VGDA (FN 4), 25.

<sup>61</sup> Als Entschädigung wird in der Rechtsprache eine Schadenersatzleistung bezeichnet, welche den rechtlich geschuldeten Ausgleich eines erlittenen Schadens zum Zweck hat. Wäre der Begriff «Abgangsentschädigung» in der VegüV zum Nennwert zu nehmen, würde etwas rechtlich Geschuldetes rechtlich verboten, was keinen Sinn ergibt. Siehe auch DANIEL M. HÄUSERMANN, «Abzocker»-Initiative umsetzen – aber wie?, SJZ 109 (2013) 7, 160, der die in Art. 20 VegüV erwähnten Vergütungsformen als «nicht per se illegitim» bezeichnet und für die Zulassung von Ausnahmen plädiert, die in den Statuten oder einem von der GV genehmigten Vergütungsreglement vorzusehen wären.

geschuldet ist, welches erbrachte oder erwartete Leistungen entschädigen soll und innerhalb vernünftiger Fristen auflösbar ist.<sup>62</sup>

Damit ist zu untersuchen, was unter dem Regime der VegüV konkret als ungerechtfertigte Abgangsleistung zu qualifizieren ist. Diese Frage lässt sich nicht einfach durch Verweis auf empirisch erfasste in- oder ausländische Marktgewohnheiten beantworten, weil der VegüV eine marktkorrigierende Intention hinsichtlich derjenigen Vergütungspraktiken zu Grunde liegt, die vom Verfassungsgeber als übermässig empfunden wurden. Was im nationalen oder internationalen Markt ordnungsgemäss und üblich ist, muss daher zusätzlich einer Prüfung unter Verwendung der in der Verfassung und der VegüV verankerten Masstäbe unterzogen werden. Insbesondere ist zu berücksichtigen, was in der VegüV (gegenüber dem Vorentwurf VgdA) klargestellt wurde, nämlich dass gemäss Verfassung und Art. 12 Abs. 1 Ziff. 2 VegüV eine Vergütung lediglich für die Zeitdauer eines Jahres fest zugesprochen werden kann, obgleich weiterhin keine Obergrenze für Vergütungen an Organe besteht und jede – auch sehr hohe – Vergütungssumme grundsätzlich zulässig ist, wenn sie denn von der Generalversammlung genehmigt wird. Mithin liegt das Ziel nicht primär in einer quantitativen Inhalts-, sondern in einer prozeduralen Kompetenzkontrolle.

Hinsichtlich der praktisch relevanten Abgangsleistungen ergibt sich unseres Erachtens folgende Situation:

#### b. Kontrollwechsel-Vereinbarungen

Ein Hauptziel der Volksinitiative gegen die Abzockerei bestand darin, goldene Fallschirme für die Geschäftsleitung zu verbieten. Als goldener Fallschirm wird in der Regel eine Globalzahlung im Zusammenhang mit einem Kontrollwechsel bezeichnet. Dabei sind zwei Untervarianten zu unterscheiden: einerseits die *single trigger*- und andererseits die *double-trigger*-Zahlungen. Im ersten Fall wird die Vergütung fällig, auch wenn das betroffene Organ die Stelle nach einem Kontrollwechsel innerhalb einer definierten Frist nicht verliert, während im zweiten Fall der Verlust des Arbeitsplatzes neben dem Kontrollwechsel eine Zahlungsbedingung darstellt.

Im Sinne des Erläuterungsberichts VgdA ist eine Vereinbarung als unzulässig zu betrachten, welche im Falle eines

Kontrollwechsels die Zahlung einer pauschalen Abfindungssumme vorsieht, ohne dass seitens des berechtigten Organs eine entsprechende Gegenleistung zu erbringen wäre. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um einen goldenen Fallschirm handelt, der sich aufgrund eines *single* oder eines *double triggers* öffnet. In keinem Fall handelt es sich um die ordnungsgemässe Abwicklung eines Vertragsverhältnisses, welches erbrachte oder erwartete Leistungen entschädigen soll. Vielmehr geht es um pauschale Abfindungssummen ohne direkte Gegenleistung.

Von diesen klassischen goldenen Fallschirmen sind diejenigen Fälle zu unterscheiden, in denen die Parteien eines Arbeitsverhältnisses eine aufgeschobene Vergütung vereinbart haben und der Kontrollwechsel als relevantes Kriterium für die Beschleunigung eines Bedingungseintritts oder für den Wegfall einer Sperrfrist definiert wird. Der Unterschied zwischen zulässigen Beschleunigungsvereinbarungen und unzulässigen goldenen Fallschirmen liegt darin, dass die aufgeschobene Vergütung in der Vergangenheit als Entschädigung für erbrachte oder erwartete Leistungen zugesprochen wurde.<sup>63</sup>

#### c. Arbeitsverträge mit fester Vertragsdauer oder langen Kündigungsfristen

Gemäss Art. 12 Abs. 1 Ziff. 2 betragen die maximale Dauer eines befristeten Arbeitsvertrags und die maximale Dauer der Kündigungsfrist eines unbefristeten Arbeitsvertrags jeweils ein Jahr. Wenn ein Organ von der Gesellschaft innerhalb der festen Vertragsdauer die Kündigung erhält und arbeitsrechtlich zu einer Zahlung für die Restdauer berechtigt wäre, steht eine solche Zahlung überdies unter der Bedingung der Genehmigung durch die Generalversammlung (die entweder im Voraus prospektiv erfolgt sein kann oder retrospektiv noch erfolgen muss) und der Offenlegung im Vergütungsbericht. Dies wird im Erläuterungsbericht VegüV so festgehalten.<sup>64</sup>

Der einjährige «Vergütungsschutz» des Organs als Arbeitnehmer besteht im Rahmen einer festen Anstellungsdauer von maximal einem Jahr nur solange, als die jeweilige Restdauer des Vertrages beträgt. Aus Sicht des Organs bieten Verträge mit längeren Kündigungsfristen daher einen besseren Schutz. In der Folge wird daher lediglich die Konsequenz einer Kündigung mit einjähriger Kündigungsfrist beleuchtet.

Falls Arbeitsverträge mit Geschäftsleitungsmitgliedern längere als die gesetzlichen (schweizerischen) Kündigungsfristen vorsehen, gilt der arbeitsrechtliche Grundsatz, dass die Gesellschaft im Falle einer Kündigung des Organs den Lohn während der Kündigungsfrist weiterzahlen muss, auch wenn die Gesellschaft das betroffene

<sup>62</sup> Dies in Anlehnung an die Definition für Abgangsentschädigungen vor Veröffentlichung der VegüV durch BÖCKLI, der solche als Vergütungen definierte, «die über die ordnungsgemässe Abwicklung der gegenseitigen Rechte und Pflichten aus einem innerhalb einer üblichen Frist auflösbaren Mandats- oder Anstellungsverhältnis hinausgehen» (PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009, § 8 N. 546). Im Zusammenhang mit offenkundigen Bestimmungen wurde die Definition von «Abgangsentschädigungen» auch schon weiter gefasst und auf sämtliche Leistungen bezogen, die im Hinblick auf die Beendigung einer Anstellung bzw. eines Mandats (vorgängig oder *ad hoc*) vereinbart wurden, so BSK OR II-WATTER/MAIZAR, Art. 663b<sup>bis</sup> N 56.

<sup>63</sup> Siehe dazu unten IV.2.1d.

<sup>64</sup> ERLÄUTERUNGSBERICHT VEGÜV (FN 11), 11.

Geschäftsleitungsmitglied freistellt und dadurch von der Arbeitspflicht befreit – was die Regel sein dürfte.<sup>65</sup>

Was aber hat hinsichtlich etwaiger *Zustimmungserfordernisse* der Generalversammlung zu gelten, wenn eine Gesellschaft ein prospektives Vergütungsabstimmungsmodell eingeführt hat, welches bspw. die Abstimmung über die Gesamtvergütung für das jeweils folgende Geschäftsjahr vorsieht und ein Organ kündigt, das einen Arbeitsvertrag mit einjähriger Kündigungsfrist abgeschlossen hat? Ist eine Vergütungszahlung bei Kündigung und Freistellung des Organs oder nach Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung in dieser Situation ohne erneute Gutheissung der Gesamtvergütung durch die Generalversammlung zulässig? Relevant ist dies aus Sicht eines Geschäftsleitungsmitglieds insbesondere dann, wenn im Falle eines negativen Generalversammlungsentscheides der Wunsch besteht, die Gesellschaft gegen Bezahlung einer einjährigen Vergütung zu verlassen.

Unseres Erachtens ist für die Beantwortung dieser Frage entscheidend, wie der Vorschlag für die Abstimmung über die Genehmigung der Gesamtvergütung jeweils formuliert wird. Der Antrag an die Generalversammlung könnte bspw. so formuliert werden, dass diese nicht nur über die Vergütung prospektiv für eine einjährige Referenzperiode (bspw. das kommende Geschäftsjahr), sondern auch über etwaige Vergütungen für «ausserordentliche Fälle», die sich in diesem Geschäftsjahr ereignen, wie Kündigungen oder Beschleunigungen unter Beteiligungsprogrammen abstimmt. Allenfalls könnte der Zusatzbetrag auch nur prozentual als Maximalgrösse umschrieben werden (z.B. 15% der normalen Gesamtvergütung für die Geschäftsleitung). In diesem Fall können nach Gutheissung der Vergütung und Eintritt des ausserordentlichen Ereignisses Abgangsleistungen ausgerichtet werden, ohne dass bis zur nächsten (zustimmenden) Generalversammlung gewartet werden muss.<sup>66</sup> Uns erscheint eine solche Lösung sachgerecht, weil sie für gleich lange Spiesse zwischen Aktionären und Organen sorgt: die Aktionäre haben das Recht, Vergütungen für Organe abzulehnen und somit im Resultat zu begrenzen, und die betroffenen Organe haben das Recht, die Gesellschaft daraufhin zu verlassen, ohne hinsichtlich der Zahlung vertraglich vorgesehener Ansprüche während der Kündigungsfrist (von

maximal einem Jahr)<sup>67</sup> auf einen zusätzlichen Generalversammlungsbeschluss hoffen zu müssen.

Eine Abgangvergütung kann auch Leistungen unter einem Bonus- oder Beteiligungsplan umfassen, sofern vordefinierte Leistungsziele als Bedingungen erfüllt sind.<sup>68</sup> Erfolgt keine Aufhebungsvereinbarung und keine Anrechnung der Vergütung bei Antritt eines neuen Arbeitsplatzes während der Freistellungsfrist ist dies unseres Erachtens jedenfalls dann nicht als unzulässige Abgangsentschädigung anzusehen, wenn eine Anrechnung arbeitsrechtlich nicht zwingend ist und die Statuten oder der ursprünglich abgeschlossene Arbeitsvertrag die Möglichkeit einer Freistellung vorsehen, ohne eine Anrechnungspflicht hinsichtlich eines anderweitig verdienten Salärs zu statuieren.<sup>69</sup> Eine Vorauszahlung des während der Freistellung geschuldeten Betrages während des Geschäftsjahrs, welches hinsichtlich Gesamtvergütung durch die Generalversammlung im Vorjahr abgesehen wurde, ist ebenfalls zulässig, sofern die Schlussvergütung innerhalb des ursprünglich genehmigten Gesamtbetrages für ausserordentliche Fälle bleibt.

Ein *retrospektives* Vergütungsabstimmungsmodell vermag demgegenüber für das betroffene Organ bei Beendigung eines Vertragsverhältnisses mit fester Vertragsdauer oder langer Kündigungsfrist in der Regel keine befriedigende Lösung zu bieten. Das betroffene Organ muss bis zur Absegnung durch die nächste ordentliche Generalversammlung warten, bevor es weiss, ob es für seine Arbeitsleistungen vollumfänglich bezahlt wird.

#### d. Beschleunigungsklauseln unter Beteiligungsprogrammen

Mitarbeiterbeteiligungsprogramme sind in der Regel so ausgestaltet, dass die Berechtigten für bereits erbrachte Leistungen eine aufgeschobene Vergütung erhalten. Solche Programme dienen als Anreizsysteme zwecks Retention der Mitarbeiter und Gewährleistung der Fokussierung auf mittelfristige Unternehmensziele. Zu diesem Zweck enthalten Mitarbeiterprogramme Klauseln, wonach Zuteilungen von Optionen oder Aktien einem aufschiebend bedingten Rechtserwerb (*Vesting* von Optionen) und/oder zeitlich befristeten Verfügungssperren (bei Optionen oder Aktien) unterliegen. Ausserdem wird in den Beteiligungsplänen in der Regel festgehalten, dass unter gewissen Voraussetzungen solche Erwerbsbedingungen und/oder Verfügungssperren vorzeitig wegfallen. Derartige Beschleunigungsklauseln werden meistens entweder durch das Ausscheiden eines Arbeitnehmers, ohne

<sup>65</sup> Wobei je nach Vereinbarung eine Anrechnungspflicht bestehen kann, wenn Geschäftsleitungsmitglied während der Kündigungsfrist eine neue Stelle antritt.

<sup>66</sup> Wenn bspw. die GV 2015 einer vorgeschlagenen Gesamtvergütung für die Geschäftsleitung im Geschäftsjahr 2016 zugestimmt hat (inklusive der Vergütung für ausserordentliche Fälle), die GV 2016 dann aber die vorgeschlagene Gesamtvergütung für das Geschäftsjahr 2017 ablehnt, kann ein Geschäftsleitungsmitglied unmittelbar nach der GV 2016 kündigen (oder eine Aufhebungsvereinbarung abschliessen) und eine Abgangsleistung im Umfang einer Jahresvergütung beziehen, ohne dass bis zur nächsten (genehmigenden) GV abzuwarten wäre.

<sup>67</sup> Auch wenn diese arbeitsrechtlich suspensiv-bedingt abgeschlossen wurden.

<sup>68</sup> Die Zahlung des Basissalärs und des Zielbonus für 12 Monate sollte u.E. dann zulässig sein.

<sup>69</sup> Gemäss BÖCKLI (FN 63), § 8 Rz. 547 soll der Verzicht auf eine Anrechnung eines anderswo verdienten Gehalts als Abgangsentschädigung qualifizieren.

dass dieser das Ausscheiden primär selbst zu verschulden hat, und/oder durch den Eintritt eines Kontrollwechsels ausgelöst. Zur Frage steht, ob solche Beschleunigungsklauseln unter der VegüV zulässig oder als verbotene Abgangsentschädigungen zu qualifizieren sind.

Unseres Erachtens stellen Beschleunigungsklauseln, wie sie in Beteiligungsprogrammen üblicherweise vorkommen, keine verbotenen Abgangsentschädigungen gemäss Art. 18 Ziff. 1 VegüV dar.<sup>70</sup> Grundsätzlich wäre es zulässig, dass eine Gesellschaft als Vergütung für geleistete Arbeiten gestützt auf Beteiligungsprogramme Zuteilungen an Organe vornimmt, deren Wirkung nicht aufgeschoben ist. *A majore minus* muss daher, soweit Beteiligungsprogramme als aufgeschobene Vergütung ausgestaltet sind, auch entschieden werden können, dass der Aufschub der Vergütung vorzeitig beendet wird und die Zuteilungsbedingungen mit sofortiger Wirkung eintreten, falls sich Umstände ergeben, die einen weiteren Aufschub nicht mehr rechtfertigen. Dies kann bspw. der Fall sein, wenn ein Berechtigter aus dem Unternehmen ausscheidet (ohne das Ausscheiden primär selbst verschuldet zu haben) oder wenn ein Kontrollwechsel stattfindet, der oft dazu führt, dass der neue Eigentümer ein eigenes Anreizsystem einführen will. Vor diesem Hintergrund sind unseres Erachtens Beschleunigungsklauseln auch im Sinne von *single trigger*-Kontrollwechselklauseln erlaubt.<sup>71</sup> Solche Beschleunigungsklauseln sind zulässig, weil sie als Regelungen zu qualifizieren sind, die auf eine ordnungsgemässe Abwicklung eines Vertragsverhältnisses abzielen, das erbrachte oder erwartete Leistungen entschädigen soll und innerhalb vernünftiger Fristen auflösbar ist.

Hinsichtlich der Zustimmungskompetenz der Generalversammlung, was Geschäftsleitungsvergütungen betrifft, stellt sich sodann die Frage, ob die Generalversammlung über etwaige mit der Beschleunigung einhergehende geldwerte Leistungen, die anlässlich der Zuteilung der Optionen oder Aktien noch nicht genehmigt wurden, zusätzlich abstimmen muss. Hier kann auf die oben unter Ziff. IV.2.1c gemachten Ausführungen verwiesen werden. Sofern die Gesellschaft über ein prospektives Vergütungsabstimmungssystem verfügt und die Anträge so formuliert, dass ausserordentliche Vergütungen, welche eine statutarische Basis haben, bis zu einem gewissen Umfang mitumfasst sind, bedarf es keines zusätzlichen Generalversammlungsbeschlusses.

#### e. Vereinbarung von Konkurrenzverboten

Gemäss Erläuterungsbericht VgDA sind Zahlungen für Konkurrenzverbote nicht grundsätzlich untersagt. Vielmehr soll es zulässig sein, bspw. mit einem Mitglied der

Geschäftsleitung, das Geschäftsgeheimnisse kennt, ein Konkurrenzverbot zu vereinbaren und dafür eine marktgerechte Karenzentschädigung zu leisten.<sup>72</sup> Konkurrenzverbote dürfen allerdings nicht dazu missbraucht werden, verbotene Abgangsentschädigungen zu umgehen.

Sachlich gerechtfertigte und marktgerechte Vergütungen als Gegenleistung für das Versprechen der Einhaltung von Konkurrenzverboten sind demnach zulässig. Verpflichtet sich ein Organ bspw., während zweier Jahre nach Vertragsbeendigung für keinen Konkurrenten des Arbeitgebers tätig zu werden, erscheint eine Karenzentschädigung im Umfang einer Jahresvergütung als klar zulässig.

Abgesehen von der Frage der Zulässigkeit solcher Zahlungen stellt sich auch hier die Frage nach der *Zustimmungskompetenz*. «Vergütungen» umfassen zwar gemäss Art. 14 Abs. 1 Ziff. 4 VegüV auch Vergütungen an frühere Mitglieder des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung, welche diese im Zusammenhang mit ihrer früheren Tätigkeit als Organ der Gesellschaft erhalten. Dies betrifft allerdings nur die Rechenschaftsablage im Vergütungsbericht. Die Generalversammlung hingegen hat nur über die Vergütungen amtierender Verwaltungsräte, Geschäftsleitungsmitglieder und Beiräte abzustimmen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass Vergütungen, die als Abgeltung für die Übernahme einer Konkurrenzverbotspflicht für die Phase nach Beendigung des Arbeits- bzw. Mandatsverhältnisses geleistet werden, nicht von der Generalversammlung als Teil der Gesamtvergütung genehmigt werden müssen.

#### f. Arbeitsrechtliche Aufhebungsvereinbarung

Wenn Geschäftsleitungsmitglieder ein Unternehmen verlassen, werden in der Schweiz meistens Aufhebungsvereinbarungen abgeschlossen, die u.a. regeln, welche Vergütungen dem ausscheidenden Organ ausgerichtet werden. Oft werden seitens des austretenden Organs auch Ausnahmen zu den allgemeinen Konditionen von Beteiligungsprogrammen ausbedungen.<sup>73</sup> Arbeitsrechtlich sind solche Aufhebungsvereinbarungen nur gültig, wenn der Arbeitnehmer nicht nur auf Ansprüche verzichtet, sondern für sein Einverständnis, das Arbeitsverhältnis frühzeitig aufzuheben, auch eine entsprechende Gegenleistung erhält.<sup>74</sup>

Aus Sicht der VegüV können sich individuelle Abgangsvereinbarungen, die über das hinausgehen, was in den Statuten oder den darauf basierenden Beteiligungsplänen generell-abstrakt geregelt ist, als problematisch erweisen, denn jeder neu verhandelte geldwerte Vorteil, den sich ein Organ im Rahmen einer Abgangsvereinbarung aus-

<sup>70</sup> Dies, sofern die Zuteilung der entsprechenden Beteiligungspapiere, Wandel- und Optionsrechte in den Statuten im Sinne von Art. 18 Ziff. 5 VegüV grundsätzlich vorgesehen sind.

<sup>71</sup> Siehe oben IV.2.1b.

<sup>72</sup> ERLÄUTERUNGSBERICHT VGDÄ (FN 4), 25.

<sup>73</sup> Siehe dazu CHRISTOF HELBLING, Mitarbeiterbeteiligungspläne in den Statuten, Bemerkungen aus der Praxis zum Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei, ST 2013/10, S. 702.

<sup>74</sup> STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH (FN 44), Art. 335 N 10, m.w.H.

bedingt, steht unter dem regulatorischen Verdacht, eine unzulässige Abgangsentschädigung zu sein. Es ist also bei individuell vereinbarten Abgangsentschädigungen auf eine Austarierung zwischen zusätzlich vereinbarten Leistungen des ausscheidenden Organs (bzw. dessen Verzicht auf bestehende Ansprüche) und etwaigen Gegenleistungen des Arbeitgebers zu achten.

## 2.2 Vergütungen im Voraus

Die Ausrichtung von Vergütungen im Voraus ist gemäss Art. 20 Ziff. 2 VegüV nicht mehr erlaubt. Der Erläuterungsbericht VegüV stellt allerdings klar, dass Vergütungen im Voraus von Antrittsprämien zu unterscheiden sind. Während Erstere grundsätzlich verboten sind, sind Letztere weiterhin zulässig. Vergütungen im Voraus verbieten eine Vorauszahlung von noch zu erbringenden Arbeitsleistungen, wohingegen die Zahlung einer Antrittsprämie eine Entschädigung bei Stellenantritt für werthaltige Ansprüche gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber darstellt, derer der Stellenwechselnde verlustig geht (bspw. gesperrte Aktien).<sup>75</sup>

## 2.3 Provisionen für Unternehmensübernahmen/-verkäufe

Provisionen für die Übernahme oder Übertragung von Unternehmen oder Unternehmensteilen sind gemäss Art. 20 Ziff. 3 VegüV unzulässig, wenn sie konzerninterne Vorgänge betreffen. Gemäss Erläuterungsbericht VegüV soll die Bezahlung solcher Provisionen an Organmitglieder für einzelne Transaktionen verboten werden, weil die Gefahr besteht, dass solche Provisionen wirtschaftlich nicht gerechtfertigt sind.<sup>76</sup> Weiterhin zulässig soll die Berücksichtigung guter Leistungen der jeweiligen Organmitglieder im Rahmen der Festlegung der variablen Vergütung sein.<sup>77</sup>

Das Provisionsverbot gemäss Art. 20 Ziff. 3 VegüV ist lediglich an die Gesellschaft gerichtet. Einem (Gross-) Aktionär steht es weiterhin frei, den Organen der betroffenen Gesellschaft eine Incentive-Zahlung zu leisten.

## 2.4 Vergütungen ohne ausreichende Grundlage in den Statuten

Darlehen, Kredite, Vorsorgeleistungen ausserhalb der beruflichen Vorsorge und erfolgsabhängige Vergütungen, die in den Statuten nicht vorgesehen werden, sind grundsätzlich verboten (Art. 20 Ziff. 4 VegüV). Als Vorsorgeleistungen ausserhalb der beruflichen Vorsorge sind nur statutarisch festgelegte Lohnfortzahlungen nach dem Ausscheiden aus dem Vertragsverhältnis zu verstehen, im Gegensatz zu gemäss Art. 18 VegüV genehmigungs-

bedürftigen Vergütungen in Form von Einzahlung des Arbeitgebers in die Pensionskasse im übergesetzlichen Bereich.

Art. 20 Ziff. 5 untersagt überdies jede Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten, die erfolgsabhängig festgelegt werden und in den Statuten nicht vorgesehen sind.

Die Erfolgs- und Beteiligungspläne werden von der Verfassung und der VegüV zum bedingt notwendigen Statuteninhalt erhoben. In der Literatur herrscht Einigkeit darüber, dass die Statuten zu solchen Plänen detaillierte Bestimmungen oder aber nur die Grundzüge mit entsprechender Delegation an den Vergütungsausschuss und/oder den Verwaltungsrat enthalten können.<sup>78</sup> Empfehlen wird es sich, Details in Vergütungsplänen zu regeln, sofern in den Statuten nicht zur Absicherung des Verwaltungsrats bzw. Vergütungsausschusses Klarheit über interpretationsbedürftige Bestimmungen der VegüV geschaffen werden soll.

## 2.5 Unzulässige Vergütungen im Konzern

Art. 21 VegüV schliesslich erklärt Vergütungen für rechtswidrig, die an Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung oder des Beirates für Tätigkeiten in Unternehmen ausgerichtet werden, die durch die kotierte Gesellschaft direkt oder indirekt kontrolliert werden, sofern die Vergütung unzulässig wäre, wenn sie durch die Gesellschaft ausgerichtet würde oder in den Statuten nicht vorgesehen ist oder von der Generalversammlung der kotierten Gesellschaft nicht gutgeheissen worden ist.

Gemäss Erläuterungsbericht VgDA hat diese Bestimmung zum Zweck, innerhalb des Konzerns eine Umgehung der Offenlegungsvorschriften und der Vorschriften über unzulässige Vergütungen zu verhindern und eine Mehrfachentschädigung für dieselbe Tätigkeit zu verbieten. Hingegen soll es grundsätzlich weiterhin zulässig sein, dass Organmitglieder Verträge mit anderen Konzerngesellschaften abschliessen.

Es ist daher nach wie vor zulässig, dass bspw. ein CEO, CFO oder General Counsel der kotierten Muttergesellschaft als Verwaltungsrat in mehreren Tochtergesellschaften amtiert. Auch sind mehrere Anstellungsverträge innerhalb eines Konzerns weiterhin zulässig. Die Organisationsfreiheit im Konzern bleibt also gewahrt, solange sichergestellt ist, dass die Gesamtvergütung der Organe aus allen vergüteten Tätigkeiten im Konzern durch die Generalversammlung genehmigt wird.

<sup>75</sup> ERLÄUTERUNGSBERICHT VEGÜV (FN 11), 12.

<sup>76</sup> ERLÄUTERUNGSBERICHT VEGÜV (FN 11), 12.

<sup>77</sup> ERLÄUTERUNGSBERICHT VGDÄ (FN 4), 26.

<sup>78</sup> Vgl. VON DER CRONE/HUBER (FN 18), 301.

## 2.6 Intertemporale Regelung

Gemäss Art. 26 VegüV treten die Bestimmungen über unzulässige Vergütungen mit Inkrafttreten der VegüV am 1. Januar 2014 in Kraft. Allerdings gilt für Arbeitsverträge, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der VegüV in Kraft sind, ein *grandfathering* für die Dauer von zwei Jahren.<sup>79</sup> Während dieser Zeit dürfen also vertraglich zugesicherte Vergütungen, die gemäss VegüV an sich unzulässig wären, weiterhin ausgerichtet werden.

## 3. Vergütungsbericht

Der vom Verwaltungsrat neu zu erstellende Vergütungsbericht ersetzt die Angaben im Anhang zur Bilanz gemäss Art. 663b<sup>bis</sup> OR.<sup>80</sup> Der Vergütungsbericht muss von der Revisionsstelle geprüft werden.<sup>81</sup> Abgesehen von einzelnen Anpassungen<sup>82</sup> entsprechenden die offenzulegenden Vergütungen dem bisherigen Recht. Der Vergütungsbericht bezieht sich jeweils auf das vergangene Geschäftsjahr.<sup>83</sup>

Die Bestimmungen über den Vergütungsbericht gelten vom Geschäftsjahr an, das mit oder nach Inkrafttreten der VegüV beginnt.

Eine Abstimmung über den Vergütungsbericht sieht die VegüV nicht vor. Möglich bleibt aber eine konsultative Abstimmung. Da der Verwaltungsrat seine Anträge für die Genehmigungsbeschlüsse an den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat begründen muss, stellt sich die Frage, ob dies als Teil des Vergütungsberichts geschehen kann. Dem spricht – insbesondere bei retrospektiven Genehmigungs Konzepten – nichts entgegen. Umgekehrt ist es vor allem bei prospektiven Genehmigungsmechanismen auch nicht unbedingt geboten; wenn von der Generalversammlung beispielsweise die Vergütungen für das nächste Geschäftsjahr genehmigt werden, liegt zwischen der im Vergütungsbericht abgebildeten Phase und der prospektiv zu genehmigenden Phase ohnehin ein Zwischenjahr.

## V. Wahlen und Organe

### 1. Neue Bestimmungen zu Wahl und Amtsdauer des Verwaltungsrats

Art. 95 Abs. 3 Satz 2 BV schreibt eine jährliche Einzelwahl der Verwaltungsratsmitglieder und eine jährliche Wahl des Verwaltungsratspräsidenten durch die Gene-

ralversammlung vor. Diese Vorgabe wird durch Art. 3 (Verwaltungsratsmitglieder) und 4 (Verwaltungsratspräsident) VegüV nun umgesetzt. Die Amtsdauer endet gemäss Art. 3 Abs. 2 bzw. Art. 4 Abs. 2 VegüV jeweils mit dem Abschluss der nächsten ordentlichen Generalversammlung.<sup>84</sup> Wird das Amt des Verwaltungsratspräsidenten unterjährig vakant, ernennt der Verwaltungsrat für die verbleibende Amtsdauer einen neuen Präsidenten, wobei die Statuten eine abweichende Regelung vorsehen können.<sup>85</sup>

Die neuen Regeln betreffend die Wahl des Verwaltungsrats und seines Präsidenten sind bereits auf die ordentliche Generalversammlung im Jahr 2014 anwendbar (Art. 29 Abs. 1 VegüV). Die Statuten müssen innerhalb von zwei Jahren angepasst werden (Art. 27 Abs. 1 VegüV).

Zur Umsetzung der *jährlichen* Wahl der Verwaltungsratsmitglieder ist in den Statuten die einjährige Amtsdauer festzuhalten. Die *Einzelwahl* muss dagegen an sich nicht in den Statuten zum Ausdruck kommen, solange die Statuten nicht ausdrücklich eine Wahl *in globo* vorsehen.

Die *Wahl des Verwaltungsratspräsidenten* durch die Generalversammlung ist durch eine entsprechende Anpassung des Katalogs der Befugnisse der Generalversammlung sowie der Bestimmung betreffend Organisation und Konstituierung des Verwaltungsrats vorzusehen. Selbstverständlich gilt dies nur, sofern die Statuten nicht schon bisher eine Wahl des Verwaltungsratspräsidenten durch die Generalversammlung vorsahen (vgl. Art. 712 Abs. 2 OR). Unter der gleichen Voraussetzung wird i.d.R. auch eine entsprechende Anpassung des Organisationsreglements notwendig sein.

Schliesslich ist sowohl in den Statuten als auch im Organisationsreglement die Kompetenz des Verwaltungsrats festzuhalten, bei unterjährig auftretenden Vakanzen im Amt des Verwaltungsratspräsidenten einen Interimspräsidenten für die Dauer bis zur folgenden ordentlichen Generalversammlung zu bestimmen.

Anlässlich der ordentlichen Generalversammlung im kommenden Frühjahr 2014 ist die Wahl jedes einzelnen Verwaltungsratsmitglieds als Traktandum aufzuführen.

<sup>79</sup> Art. 28 VegüV.

<sup>80</sup> Art. 13 Abs. 1 VegüV.

<sup>81</sup> Art. 17 VegüV.

<sup>82</sup> Siehe dazu ERLÄUTERUNGSBERICHT VGdA (FN 4), 18 und ERLÄUTERUNGSBERICHT VEGÜV (FN 11), 8.

<sup>83</sup> ERLÄUTERUNGSBERICHT VGdA (FN 4), 19.

<sup>84</sup> Für eine Diskussion der Vor- und Nachteile der jährlichen Einzelwahl sowie der Wahl des Verwaltungsratspräsidenten durch die Generalversammlung siehe CHRISTOPH B. BÜHLER, in: Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision (= SSHW 300), Zürich/St. Gallen 2010, 263 ff.; DERS. (FN 36), 7 ff.; LUKAS GLANZMANN, Die «Abzocker-Initiative» und ihre Folgen, GesKR Online-Beitrag 1/2013 (abrufbar unter: [http://www.dike.ch/image/data/zeitschriften/GesKR/online-beitraege/Glanzmann\\_Onlinebeitrag.pdf](http://www.dike.ch/image/data/zeitschriften/GesKR/online-beitraege/Glanzmann_Onlinebeitrag.pdf); zuletzt besucht am 21.11.2013), 7 f.; HANS-UELI VOGT/EMANUEL SCHIWOW/KARIN WIEDMER, Die Aktienrechtsrevision unter Corporate-Governance-Aspekten, AJP 11/2009, 1373 f.; ROLF WATTER in: DERS. (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision (= SSHW 300), Zürich/St. Gallen 2010, 288 ff.

<sup>85</sup> Art. 4 Abs. 4 VegüV. Somit erfolgt die Wahl der Stellvertreter nicht durch die Generalversammlung, wie noch in Art. 4 Abs. 1 VgdA vorgesehen.

ren, über welches jeweils separat Beschluss gefasst wird. Gleichzeitig oder im Anschluss an die Wahl der Verwaltungsratsmitglieder ist der Verwaltungsratspräsident zu wählen.<sup>86</sup>

## 2. Der Vergütungsausschuss

Nach bisherigem Recht liegt die Bildung (und Abberufung) von Ausschüssen im alleinigen Ermessen des Verwaltungsrats, der sich selber konstituiert (Art. 716a Abs. 2 und Art. 726 Abs. 1 OR). Demgegenüber sind die Mitglieder des Vergütungsausschusses, die auch Mitglieder des Verwaltungsrats sein müssen, gemäss Art. 7 VegüV jährlich einzeln von der Generalversammlung zu wählen.

Die vorgelagerte Frage, ob jede Gesellschaft im Anwendungsbereich der Verordnung verpflichtet ist, einen Vergütungsausschuss zu bestellen, wird von der VegüV nicht explizit beantwortet.<sup>87</sup> U.E. setzt der Verordnungstext die Bildung eines Vergütungsausschusses voraus, überlässt es aber den betroffenen Gesellschaften, wie dessen Kompetenzen im Einzelfall ausgestaltet werden. Gemäss Art. 7 Abs. 5 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 Ziff. 3 VegüV bestimmen die Statuten die Grundsätze über die Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses; die Einzelheiten können auf Ebene des Organisations- oder eines anderen Reglements geregelt werden.<sup>88</sup> Solange die Statuten die Grundsätze der Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses während der Übergangsfrist nicht umschreiben, ist der Verwaltungsrat für die Festlegung zuständig.<sup>89</sup>

Der Erläuterungsbericht VgDA hält fest, dass die kotierten Gesellschaften in der Ausgestaltung der Aufgaben des Vergütungsausschusses grundsätzlich frei sind. Dem Vergütungsausschuss können Beschlusskompetenzen, Entscheidungskompetenzen unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Gesamtverwaltungsrat, reine Antragskompetenzen oder Mischformen solcher Kompetenzen zugewiesen werden.<sup>90</sup> Je nach Massgabe des Umfangs der übertragenen Kompetenzen ist die Verantwortlichkeit der nicht dem Vergütungsausschuss angehörenden Verwaltungsratsmitglieder u.U. auf die sorgfältige Delegation beschränkt.<sup>91</sup> Die Statuten sollten insbesondere auch

Grundsätze zur Kompetenzausscheidung zwischen Gesamtverwaltungsrat und Vergütungsausschuss enthalten.

Mit Ausnahme der Zugehörigkeit zum Verwaltungsrat<sup>92</sup> stellt die VegüV keine Anforderungen an die persönlichen Voraussetzungen der Mitglieder des Vergütungsausschusses, beispielsweise ob diese mehrheitlich oder allesamt unabhängig sein müssen. Der Grund für dieses Fehlen von Anordnungen liegt darin, dass Art. 95 Abs. 3 Satz 2 BV dem Bundesrat keine Kompetenz zum Erlass entsprechender Vorschriften einräumt. Diesbezüglich ist aber auf den Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance zu verweisen, der empfiehlt, den Vergütungsausschuss ausschliesslich mit unabhängigen Verwaltungsratsmitgliedern zu besetzen.<sup>93</sup>

Art. 29 VegüV sieht vor, dass die Mitglieder des Vergütungsausschusses ab der ersten ordentlichen Generalversammlung, die nach Inkrafttreten der Verordnung stattfindet, individuell gewählt werden müssen. Die Wahl der Mitglieder des Vergütungsausschusses kann gleichzeitig mit der Wahl zum Mitglied des Verwaltungsrats erfolgen.<sup>94</sup>

## VI. Neue Statutenbestimmungen

### 1. Zwingend und bedingt notwendiger Statuteninhalt

In Ergänzung von Art. 626 OR müssen die Statuten von Schweizer Publikumsgesellschaften gemäss Art. 12 VegüV neu zusätzlich gewisse zwingend notwendige (Abs. 1) und bedingt notwendige (Abs. 2) Bestimmungen enthalten.

Zwingend in den Statuten enthalten sein müssen gemäss Art. 12 Abs. 1 VegüV folgende Bestimmungen:

- Die Anzahl der zulässigen Tätigkeiten der Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirates in den obersten Leitungs- und Verwaltungsorganen von Rechtseinheiten, die verpflichtet sind, sich ins Handelsregister oder ein entsprechendes ausländisches Register eintragen zu lassen, und die nicht von der Gesellschaft kontrolliert werden oder die Gesellschaft kontrollieren. Der Erläuterungsbericht VegüV präzisiert, dass die Anzahl Mandate bestimmt oder bestimmbar sein muss.<sup>95</sup> Die Bestimmung sollte keinen Anlass für Unklarheiten geben. Es ist u.E. aber empfehlenswert, eine differenzierte Regelung für die Anzahl zulässiger Mandate von Mitgliedern des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung vorzusehen.

<sup>86</sup> Siehe PRAXISMITTEILUNG EHRA 3/13 vom 20. November 2013 (abrufbar unter: [http://www.hra.zh.ch/internet/justiz\\_inneres/hra/de/aktuell/news-2013-08.html](http://www.hra.zh.ch/internet/justiz_inneres/hra/de/aktuell/news-2013-08.html); zuletzt besucht am 22.11.2013), 5.

<sup>87</sup> Bejahend VON DER CRONE/HUBER (FN 18), 302; die Pflicht zur Bildung bei zwingender Einzelwahl voraussetzend HÄUSERMANN (FN 61), 158; a.M. GLANZMANN (FN 84), 7 f.

<sup>88</sup> Vgl. ERLÄUTERUNGSBERICHT VEGÜV (FN 11), 5.

<sup>89</sup> Art. 29 Abs. 2 VegüV.

<sup>90</sup> ERLÄUTERUNGSBERICHT VGDÄ (FN 4), 13; VON DER CRONE/HUBER (FN 18), 301; siehe unten VI.1.

<sup>91</sup> VON DER CRONE/HUBER (FN 18), 305 f.; ablehnend KUSTER/MINDER (FN 4), 21.

<sup>92</sup> Art. 7 Abs. 2 VegüV.

<sup>93</sup> Siehe dessen Ziff. 2 im Anhang 1.

<sup>94</sup> PRAXISMITTEILUNG EHRA (FN 86), 5.

<sup>95</sup> ERLÄUTERUNGSBERICHT VEGÜV (FN 11), 7.

- Die *maximale Dauer der Verträge*, die den Vergütungen für die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung zugrunde liegen, und die maximale Kündigungsfrist für unbefristete Verträge, wobei die Dauer der befristeten Verträge und die Kündigungsfrist der unbefristeten Verträge höchstens ein Jahr betragen dürfen. Mit diesen Verträgen sind u.E. Arbeitsverträge gemeint. Ein Auftragsverhältnis kann jedenfalls aufgrund zwingenden Rechts von beiden Parteien grundsätzlich jederzeit beendet werden.<sup>96</sup> Um der Gesellschaft grösstmögliche Flexibilität zu ermöglichen, empfiehlt es sich u.E., die maximale Dauer bzw. Kündigungsfrist von einem Jahr in den Statuten vorzusehen.
- Die *Grundsätze über die Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses*. Im Rahmen der Statuten sollte u.E. insbesondere verankert werden, ob der Ausschuss lediglich vorbereitende Funktion hat, oder ob er die für die Vergütungen notwendigen Aufgaben in alleiniger Kompetenz ausführt und der Verwaltungsrat als Gesamtorgan damit nicht mehr befasst ist. Unseres Erachtens sind jedenfalls beide Varianten zulässig. Gemäss Erläuterungsbericht VegüV war es die Absicht, mit der gegenüber dem Vorentwurf VgdA erfolgten Präzisierung, dass nur die *Grundsätze* der Aufgaben und Zuständigkeiten und nicht die Aufgaben und Zuständigkeiten selber in den Statuten geregelt werden müssen, den Gesellschaften grössere Autonomie bei der Festlegung der entsprechenden Organisation einzuräumen.<sup>97</sup>
- Die *Einzelheiten zur Abstimmung der Generalversammlung über die Vergütungen* gemäss Art. 18 VegüV müssen neu zwingend in den Statuten festgehalten werden. Dies ist im Vergleich zum Vorentwurf VgdA deshalb notwendig, weil die im Vorentwurf VgdA noch vorgesehene dispositive Regelung der Genehmigungen der Vergütungen in der VegüV nicht mehr vorgesehen ist, sondern die Gesellschaften gemäss Art. 18 Abs. 2 VegüV in jedem Fall die Einzelheiten der Abstimmung in den Statuten regeln müssen.<sup>98</sup>

Des Weiteren müssen zu ihrer Verbindlichkeit gemäss Art. 12 Abs. 2 VegüV eine Reihe von weiteren Bestimmungen in die Statuten aufgenommen werden. Nachfolgend seien einige wichtige davon herausgegriffen:

- Gemäss Ziff. 2 von Art. 12 Abs. 2 VegüV müssen zu ihrer Verbindlichkeit die Grundsätze über die erfolgsabhängigen Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats in den Statuten dargestellt werden. Sofern also die Gesellschaft, und dies wird praktisch immer der Fall

sein, erfolgsabhängige Vergütungen an die genannten Mitglieder ausrichten will, müssen die entsprechenden Grundsätze in den Statuten festgeschrieben werden. In den Grundzügen sollten unseres Erachtens die Komponenten der Vergütung für die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung dargelegt werden. Beim Verwaltungsrat handelt es sich typischerweise um eine fixe Entschädigung, welche allenfalls teilweise in für eine gewisse Zeit gesperrten Aktien ausbezahlt wird. Bei der Geschäftsleitung besteht die Vergütung typischerweise aus einer fixen Entschädigung und einer variablen, erfolgsabhängigen Vergütung, welche sich aus einem kurzfristigen Bonusplan und einem langfristigen Beteiligungsplan (siehe dazu nachfolgend) zusammensetzt. Die Statuten sollten diesbezüglich nur die Grundzüge festlegen und die Detailregelung dem Vergütungsausschuss überlassen.

- Ebenfalls müssen zu ihrer Verbindlichkeit in den Statuten die Grundsätze über die Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten an die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats aufgenommen werden.<sup>99</sup> Dabei handelt es sich um die langfristigen Beteiligungspläne. Zu diesen Grundsätzen gehören u.E. Angaben über die Zielsetzung und deren Beurteilung, die Berechnungsbasis (wie etwa die Festlegung des Werts der Aktien oder Optionen), Angaben über das Vesting und allfällige Verfallbedingungen und Sperrfristen. Im Rahmen der Beteiligungspläne sollte u.E. in den Statuten zudem festgelegt werden, inwiefern Beschleunigungsklauseln (*«accelerated vesting»*) zulässig sind und vereinbart werden können. Mit anderen Worten sollten die Statuten Angaben darüber enthalten, inwiefern ein *good leaver* (also bspw. ein Geschäftsleitungsmitglied, dessen Arbeitsvertrag ohne wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR durch den Arbeitgeber beendet wurde), Anspruch auf unter dem langfristigen Beteiligungsplan noch nicht ins Eigentum übergegangene Aktien hat.<sup>100</sup> Wie bereits vorne ausgeführt, sollte die Abstimmung über die Vergütung mit einem Verweis auf solche Beschleunigungsklauseln in den Statuten immer auch die in erhöhtem Ausmass entstehenden Entschädigungen bei einer Beschleunigung umfassen.<sup>101</sup>
- Ebenfalls in die Statuten muss zu seiner Verbindlichkeit der Zusatzbetrag für die Vergütungen von Mitgliedern der Geschäftsleitung, die nach der Abstim-

<sup>96</sup> Art. 404 OR.

<sup>97</sup> ERLÄUTERUNGSBERICHT VEGÜV (FN 11), 5.

<sup>98</sup> Siehe dazu und zu den Mindestanforderungen oben IV.1.1.

<sup>99</sup> Der ERLÄUTERUNGSBERICHT VEGÜV präzisiert, dass es sich hierbei nur um Beteiligungsrechte und Optionen handelt, welche die Funktion einer Vergütung haben. Dies ist z.B. nicht notwendigerweise der Fall bei Aktienrückkaufprogrammen oder Kapitalerhöhungen, bei denen bspw. ein Mitglied der Geschäftsleitung in seiner Funktion als Aktionär Aktien oder Optionen erhält (ERLÄUTERUNGSBERICHT VEGÜV (FN 11), 8).

<sup>100</sup> Ein accelerated vesting kann zudem etwa auch ausgelöst werden, falls ein Kontrollwechsel erfolgt, vgl. oben IV.2.1b.

<sup>101</sup> Siehe dazu oben IV.2.1d.

mung der Generalversammlung über die Vergütung ernannt werden. Dies ist aber gemäss Art. 19 Abs. 1 VegüV nur möglich, falls die Generalversammlung über die Vergütungen der Geschäftsleitung prospektiv abstimmt.<sup>102</sup>

- Eine weitere wichtige Regelung, für deren Verbindlichkeit eine statutarische Grundlage geschaffen werden muss, betrifft die Festlegung der Einzelheiten über das weitere Vorgehen bei einer Ablehnung der Vergütungen durch die Generalversammlung.<sup>103</sup> Empfehlenswert ist eine Regelung, die dafür sorgt, dass in diesem Fall relativ schnell eine ausserordentliche Generalversammlung einberufen wird, an welcher Abstimmungen über die angepassten Anträge zur Vergütung traktandiert werden. Die Generalversammlung sollte zügig einberufen werden, nicht zuletzt, um die Unsicherheiten am Kapitalmarkt zeitlich so stark wie möglich einzuschränken. Gleichzeitig ist dem Verwaltungsrat genügend Zeit einzuräumen, damit dieser die notwendigen Gespräche mit den Investoren und Stimmrechtsberatern führen kann, um sicherzustellen, dass die Vergütungen im zweiten Versuch gutgeheissen werden.

## 2. Intertemporale Regelung

Gemäss Art. 27 VegüV müssen die Statuten, die der VegüV nicht entsprechen, spätestens an der zweiten ordentlichen Generalversammlung (also an der ordentlichen Generalversammlung im Jahr 2015) angepasst werden. Der Erläuterungsbericht VegüV hält zudem fest, dass bis zum Ablauf dieser Frist die Tätigkeiten und Vergütungen auch ohne verordnungskonforme, statutarische Grundlagen gemäss Art. 12 VegüV zulässig sind.<sup>104</sup> Somit bleiben sämtliche Vergütungen und Leistungen, welche gemäss Art. 12 VegüV zu ihrer Verbindlichkeit einer statutarischen Grundlage bedürfen, während dieser Übergangsfrist zulässig, auch wenn eine entsprechende Statutenbestimmung noch fehlt. Darlehen, Kredite oder Vorsorgeleistungen ausserhalb der beruflichen Vorsorge sowie etwa erfolgsabhängige Vergütungen dürfen also weiterhin und bis zur ordentlichen Generalversammlung 2015 auch ohne Statutenbestimmung ausgerichtet werden. Selbiges gilt für die Zuteilung von Aktien und Optionen im Rahmen von Beteiligungsplänen.

## VII. Institutionelle Stimmrechtsvertretung – Unabhängiger Stimmrechtsvertreter

Die Organ- und Depotstimmrechtsvertretung gemäss Art. 689c und 689d OR sind gemäss Art. 11 VegüV für Aktiengesellschaften im Anwendungsbereich der Verordnung nicht mehr zulässig. Die einzige noch zulässige Form der institutionellen Stimmrechtsvertretung erfolgt durch den unabhängigen Stimmrechtsvertreter.

Die gewillkürte Stellvertretung bleibt gemäss Art. 689 Abs. 2 OR nach wie vor zulässig.<sup>105</sup> Grundsätzlich ist u.E. auch die *individuelle* Vertretung durch ein Organmitglied weiterhin zulässig. Abgeschafft wurde die Organvertretung lediglich in der Form der *institutionellen* Stimmrechtsvertretung.

### 1. Wahlen und Amtsdauer

Art. 8 VegüV schreibt vor, dass die Generalversammlung einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter für ein Jahr wählen muss.<sup>106</sup> Die Amtsdauer endet jeweils mit dem Abschluss der nächsten ordentlichen Generalversammlung; Wiederwahl ist möglich. Wählbar sind gemäss Art. 8 Abs. 2 VegüV natürliche und juristische Personen sowie Personengesellschaften.

Es handelt sich um eine Wahlkompetenz und nicht lediglich um eine Genehmigungskompetenz.<sup>107</sup> Einerseits bedeutet dies, dass neben dem Verwaltungsrat auch Aktionären das Antragsrecht zusteht und diese der Generalversammlung einen Wahlantrag zur Person des unabhängigen Stimmrechtsvertreters machen können. Die blosser Wahlkompetenz schliesst aber auf der anderen Seite aus, dass die Aktionäre dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter besondere Aufgaben erteilen oder etwa die Weisungsordnung regeln.<sup>108</sup>

Die Generalversammlung kann den unabhängigen Stimmrechtsvertreter gemäss Art. 8 Abs. 5 VegüV auf das Ende der Generalversammlung abberufen. Die im Vorentwurf

<sup>105</sup> Vgl. dazu auch den ERLÄUTERUNGSBERICHT VGD A (FN 4), 13.

<sup>106</sup> Von der im Vorentwurf VgdA vorgesehenen Möglichkeit, mehrere unabhängige Stimmrechtsvertreter zu wählen, wurde aus Praktikabilitätsgründen bzw. zur Vermeidung von Zuständigkeitsproblemen abgesehen (vgl. dazu ERLÄUTERUNGSBERICHT VEGÜV (FN 11), 5).

<sup>107</sup> Vgl. dazu DIETER DUBS, in: Entschädigungsrecht in kotierten Gesellschaften «post Minder» Umsetzungsempfehlungen für den Bundesrat und das Parlament (abrufbar unter: [http://www.dike.ch/image/data/zeitschriften/GesKR/Aktienrechtsrevision/GesKR-Tagung\\_Umsetzungsempfehlungen.pdf](http://www.dike.ch/image/data/zeitschriften/GesKR/Aktienrechtsrevision/GesKR-Tagung_Umsetzungsempfehlungen.pdf); zuletzt besucht am 21.11.2013), 6 f.

<sup>108</sup> Vgl. dazu insbesondere DUBS (FN 107), 6 f., der festhält, dass es sich bei dieser Wahlkompetenz lediglich um die Kompetenz zur Bezeichnung der Person des unabhängigen Stimmrechtsvertreters und nicht um eine darüber hinausgehende Ernennungskompetenz handelt. Allerdings stellt er auch klar, dass die Aktionäre gemäss Art. 626 Ziff. 5 OR Grundsätze der Ausgestaltung der Weisungsordnung in den Statuten regeln können.

<sup>102</sup> Siehe dazu oben IV.1.4.

<sup>103</sup> Siehe dazu oben IV.1.3a.

<sup>104</sup> ERLÄUTERUNGSBERICHT VEGÜV (FN 11), 18.

VgdA vorgesehene Regelung besagte, dass die Generalversammlung den unabhängigen Stimmrechtsvertreter jederzeit mit sofortiger Wirkung abberufen kann, wie dies gemäss Art. 730a OR auch für die Abberufung der Revisionsstelle gilt.<sup>109</sup> Die Regelung in der VegüV ist in diesem Punkt nicht mehr eindeutig. Unseres Erachtens gilt aber noch dasselbe. Das heisst, der unabhängige Stimmrechtsvertreter kann von der Generalversammlung auch ohne Traktandierung jederzeit, aber neu nur noch mit Wirkung auf das Ende der betreffenden Generalversammlung abberufen werden. Der Erläuterungsbericht VegüV ergänzt dazu, dass der unabhängige Stimmrechtsvertreter auch bei einer entsprechenden Abwahl verpflichtet bleibt, die erteilten Weisungen auszuüben, auch wenn die betreffenden Aktionäre seine Abwahl unterstützen.<sup>110</sup>

Zu begrüssen ist die in Art. 8 Abs. 6 VegüV vorgesehene und vom Vorentwurf VgdA abweichende Regel, wonach der Verwaltungsrat bei Fehlen eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters einen solchen für die nächste Generalversammlung ernennen kann.<sup>111</sup> Die Statuten können aber eine davon abweichende Regel vorsehen und beispielsweise einen Stellvertreter durch die Generalversammlung wählen lassen. Falls dieser Weg eingeschlagen wird, empfiehlt es sich u.E. aber, in den Statuten (und auf den entsprechenden Vollmachts- und Weisungsformularen) auch klar festzuhalten, dass die dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter erteilten Vollmachten und Weisungen im Falle des Ausfalls des unabhängigen Stimmrechtsvertreters automatisch dem Stellvertreter übergeben und von diesem befolgt werden.

## 2. Unabhängigkeit

Gemäss Art. 8 Abs. 3 VegüV darf die Unabhängigkeit des Stimmrechtsvertreters weder tatsächlich (*independence in fact*) noch dem Anschein nach (*independence in appearance*) beeinträchtigt sein. Des Weiteren richtet sich die Unabhängigkeit des unabhängigen Stimmrechtsvertreters sinngemäss nach Art. 728 Abs. 2–6 OR.<sup>112</sup>

## 3. Erteilung von Vollmachten und Weisungen

Art. 9 VegüV sieht in Abs. 1 vor, dass der Verwaltungsrat sicherzustellen hat, dass die Aktionäre die Möglichkeit haben, dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter (a) zu

jedem in der Einberufung gestellten Antrag zu Verhandlungsgegenständen Weisungen zu erteilen, (b) zu nicht angekündigten Anträgen sowie zu neuen Verhandlungsgegenständen gemäss Art. 700 Abs. 3 OR allgemeine Weisungen zu erteilen, und (c) elektronisch Vollmachten und Weisungen zu erteilen. Vollmachten und Weisungen können im Einklang mit der einjährigen Amtsperiode des unabhängigen Stimmrechtsvertreters nur für die jeweils nächste anstehende Generalversammlung erteilt werden (Art. 9 Abs. 2 VegüV).

Die VegüV schreibt zudem vor, dass der unabhängige Stimmrechtsvertreter verpflichtet ist, die ihm von den Aktionären übertragenen Stimmrechte weisungsgemäss auszuüben. Hat er keine Weisungen erhalten, so muss er sich gemäss Art. 10 Abs. 2 VegüV der Stimme enthalten. Diese Regelung kann erhebliche Auswirkungen haben. Es kommt nicht selten vor, dass Aktionäre das Weisungsformular zwar datieren und unterschreiben, die Mühe aber nicht auf sich nehmen, zu den einzelnen Traktanden Weisungen zu erteilen.<sup>113</sup> Ein solches Verhalten kann bei Gesellschaften, welche die dispositive Regelung gemäss Art. 703 OR in ihren Statuten verankert haben, wonach Beschlüsse und Wahlen mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Stimmen gefasst werden, zur Folge haben, dass Anträge abgelehnt werden, obgleich die Mehrheit der aktiv stimmenden Aktionäre für den Antrag stimmt, weil weisungslose Vollmachten wie Nein-Stimmen zählen.<sup>114</sup>

Zentral in der Frage der Vollmachts- und Weisungserteilung wird deshalb sein, wie das entsprechende Weisungsformular ausgestaltet ist. DUBS ist zuzustimmen, dass die VegüV an der Kompetenz des Verwaltungsrats, die Ausgestaltung der Weisungen vorzunehmen, an sich nichts ändert.<sup>115</sup> Allerdings ist es den Aktionären unbenommen, eine statutarische Regelung vorzusehen, welche die Grundzüge der Stimmrechtsausübung wie auch der Weisungsordnung regelt.<sup>116</sup>

Das Weisungsformular muss nach der in Art. 9 Abs. 1 VegüV vorgesehenen Regelung neben den Traktanden und den einzelnen Anträgen für den Aktionär die Möglichkeit vorsehen, «Ja», «Nein» oder «Enthaltung» anzukreuzen. Zudem muss es zusätzlich möglich sein, dass sich der Aktionär zu nicht angekündigten Traktanden (im Rahmen von Art. 700 Abs. 3 und neu auch Art. 8 Abs. 5 VegüV) und nicht angekündigten Anträgen äussern bzw. allgemeine Weisungen erteilen kann. Dabei ist wiederum vorzusehen, dass der Aktionär «Ja», «Nein» oder «Enthaltung» ankreuzen kann. Ebenfalls muss es u.E. zulässig

<sup>109</sup> Vgl. dazu auch den ERLÄUTERUNGSBERICHT VGDÄ (FN 4), 14.

<sup>110</sup> ERLÄUTERUNGSBERICHT VEGÜV (FN 11), 6. Ein anderes Verhalten wäre jedenfalls ein Rücktritt zur Unzeit (Art. 404 Abs. 2 OR).

<sup>111</sup> Die Vakanz kann aus verschiedenen Gründen entstehen (Verlust der Unabhängigkeit, Rücktritt, Nichtwahl).

<sup>112</sup> Die Unabhängigkeitskriterien von Art. 728 OR wurden in der Lehre bereits gemäss geltendem Recht als Leitlinien für die Unabhängigkeit des unabhängigen Stimmrechtsvertreters herangezogen (vgl. dazu BSK OR II-SCHAAD, Art. 689c N 15, m.w.H., wobei sich diese noch auf die weniger strengen Unabhängigkeitsregeln gemäss aArt 727c OR beziehen).

<sup>113</sup> Vgl. dazu etwa PETER BÖCKLI, Zum Vorentwurf für eine Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, GesKR 1/2006, 20.

<sup>114</sup> Dasselbe Problem besteht bei Beschlüssen, die das qualifizierte Quorum gemäss Art. 704 OR benötigen.

<sup>115</sup> DUBS (FN 107), Umsetzungsempfehlungen, 6 f., welcher auf Art. 716 Abs. 1 OR und Art. 702 Abs. 1 OR verweist.

<sup>116</sup> Art. 626 Ziff. 5 OR; vgl. dazu DUBS (FN 107), 7.

sein, auf dem Formular «gemäss den Anträgen des Verwaltungsrats» anzukreuzen<sup>117</sup>, wobei dann u.E. auch die gegenteilige Möglichkeit «gegen die Anträge des Verwaltungsrats» bestehen sollte, um die Unabhängigkeit bzw. Neutralität zu wahren und eine möglichst unverfälschte Stimmabgabe zu ermöglichen. Auch eine Lösung mit roten und grünen Vollmachts- und Weisungsformularen, wie sie BÖCKLI schon vorgeschlagen hat, ist u.E. zulässig. Gemäss BÖCKLIS Vorschlag würden die Aktionäre von der Gesellschaft je ein rotes und ein grünes Formular erhalten, wobei das grüne klar zum Ausdruck bringen würde, dass, falls der Aktionär es datiert und unterschrieben an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter sendet, dieser dies als Zustimmung zu sämtlichen Anträgen des Verwaltungsrats und je nach Formulierung auch zu nicht angekündigten Traktanden und Anträgen interpretieren dürfte und müsste, während bei der Verwendung des roten Formulars das Gegenteil der Fall wäre bzw. der Aktionär dieses Formular verwenden könnte, wenn er generell gegen die Anträge des Verwaltungsrats stimmen möchte oder zumindest gegen einzelne.<sup>118</sup>

Aus Sicht des Verwaltungsrats ist es u.E. durchaus sinnvoll zu seiner eigenen Absicherung, die Grundzüge der Vollmachts- und Weisungsordnung von den Aktionären in den Statuten festschreiben zu lassen. Ebenfalls sollten sich Gesellschaften, welche die dispositive Beschlussmehrheit von Art. 703 OR in ihren Statuten verankert haben, überlegen, ob sie neu nicht eine Beschlussmehrheit einführen wollen, welche besagt, dass Wahlen und Beschlüsse mit der absoluten Mehrheit der *abgegebenen* Stimmen gefasst werden, wobei Enthaltungen als nicht abgegebene Stimmen gelten. Dies gilt umso mehr, als die VegüV neu einen Stimmzwang für Vorsorgeeinrichtungen für bestimmte Geschäfte vorsieht.<sup>119</sup> Es besteht tendenziell die Gefahr, dass der Anteil an Enthaltungen (und damit an Nein-Stimmen) in den Generalversammlungen aufgrund der Regelung in Art. 10 Abs. 2 VegüV stark ansteigen wird.

Erfreulicherweise bestätigt der Erläuterungsbericht VegüV schliesslich, dass für die elektronische Vollmachts- und Weisungserteilung keine schriftliche Signatur gemäss Art. 14 OR notwendig ist.<sup>120</sup> Unseres Erachtens ist somit ab Einführung der elektronischen Vollmachts- und Weisungserteilung (aufgrund von Art. 1 Abs. 2 VegüV i.V.m. Art. 9 Abs. 1 Ziff. 3 VegüV spätestens ab der zweiten ordentlichen Generalversammlung nach Inkrafttreten der Verordnung) eine schriftliche Vollmachtserteilung, wie dies Art. 698a OR verlangt, nicht mehr notwendig. Zu-

dem können neu auch in Bezug auf Inhaberaktien Vollmachten und Weisungen elektronisch erteilt werden.<sup>121</sup>

Die neue Regelung wirft verschiedene Fragen nach dem Legitimationsausweis auf. Die Gesellschaft und der unabhängige Stimmrechtsvertreter werden sich darüber einigen müssen, wie sichergestellt wird, dass dieser Nachweis korrekt erfolgen kann (insbesondere, falls eine elektronische Vollmacht erteilt wird).<sup>122</sup>

#### 4. Intertemporale Regelung

Die Organ- und Depotstimmrechtsvertretung sind aufgrund von Art. 26 VegüV ab dem 1. Januar 2014 nicht mehr zulässig. Gemäss Art. 30 VegüV bestimmt der Verwaltungsrat für die erste Generalversammlung nach Inkrafttreten der Verordnung den unabhängigen Stimmrechtsvertreter, sofern dieser nicht bereits durch die Generalversammlung gewählt wurde. Somit besteht für die Ernennung des unabhängigen Stimmrechtsvertreters eine Übergangsregelung, nicht aber für die Kriterien der Unabhängigkeit und die weiteren Modalitäten. Ausgenommen davon bleibt lediglich die elektronische Erteilung von Vollmachten und Weisungen an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter, welche gemäss Art. 30 Abs. 2 VegüV erst ab der zweiten ordentlichen Generalversammlung nach Inkrafttreten der Verordnung möglich sein muss, aber schon an der ersten ordentlichen Generalversammlung umgesetzt werden darf.

### VIII. Vorsorgeeinrichtungen

Die VegüV verlangt von den Vorsorgeeinrichtungen, die dem Freizügigkeitsgesetz unterstellt sind («VE»), dass sie das Stimmrecht an den von ihnen gehaltenen Aktien in der Generalversammlung der jeweiligen Gesellschaft im Interesse der Versicherten ausüben.

Die neuen Vorschriften in Art. 22 VegüV können als weitere Präzisierung der bereits bislang geltenden Regelungen gemäss Art. 49a Abs. 2 lit. b BVV 2 verstanden werden.<sup>123</sup> Die Verletzung dieser Stimmpflicht wider besseres Wissen ist gemäss Art. 25 VegüV strafrechtlich sanktioniert.<sup>124</sup>

<sup>117</sup> Davon geht auch der ERLÄUTERUNGSBERICHT VGDA (FN 4), 14, aus.

<sup>118</sup> Vgl. dazu BÖCKLI (FN 113), 21.

<sup>119</sup> Siehe unten VIII.4.

<sup>120</sup> ERLÄUTERUNGSBERICHT VEGÜV (FN 11), 6.

<sup>121</sup> Vgl. Gesetzesartikel in Klammer unter der Marginalie von Art. 9 VegüV sowie ERLÄUTERUNGSBERICHT VEGÜV (FN 11), 6.

<sup>122</sup> Es ist denkbar, dass sich die Gesellschaft und der unabhängige Stimmrechtsvertreter im Rahmen einer Vereinbarung auf gewisse Regeln einigen, wobei dabei immer darauf geachtet werden muss, dass die Unabhängigkeit des unabhängigen Stimmrechtsvertreters nicht gefährdet wird.

<sup>123</sup> Vgl. zu den bereits *de lege lata* bestehenden Pflichten im Zusammenhang mit der Ausübung von Stimmrechten TILL SPILLMANN, Institutionelle Investoren im Recht der (echten) Publikumsgesellschaften, Diss. Zürich (= SSHW 232), Zürich 2004, 90 ff., 98.

<sup>124</sup> Die Sanktion besteht aus einer Geldstrafe von maximal 180 Tagessätzen.

## 1. Adressatenkreis

Gemäss Art. 22 Abs. 1 VegüV sind die neuen Regeln zur Ausübung der Stimmrechte auf VE beschränkt, welche dem Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (FZG)<sup>125</sup> unterstellt sind. Dabei handelt es sich grundsätzlich um die VE, welche gemäss Art. 48 BVG die Personalvorsorge gemäss BVG durchführen. Nicht dazu gehören somit etwa Anlagestiftungen oder andere Formen der kollektiven Kapitalanlage in der beruflichen Vorsorge. Bei diesen Anlageformen handelt es sich nicht um VE, sondern um Formen der Kapitalanlage, welche von VE genutzt werden können. Dies ergibt sich im Übrigen auch bereits aus Art. 95 Abs. 3 lit. a BV, welcher bei der Stimmpflicht Pensionskassen anspricht, womit per se nicht Formen der indirekten Kapitalanlage von Pensionskassen miterfasst sein können.<sup>126</sup>

Anders kann die Situation aussehen, falls eine VE ihr Vermögen über einen oder mehrere Ein-Anleger-Fonds verwaltet. Bei diesen Gebilden können institutionelle Investoren, wie etwa Pensionskassen, als einzige Anleger an einer indirekten Kapitalanlage beteiligt sein und somit auch massgeblich Einfluss auf die Art und Weise der Ausübung der Vermögens- und Stimmrechte nehmen. Es gilt aber auch in diesen Konstellationen zu differenzieren: Praktisch mag es sein, dass Ein-Anleger-Fonds die Bestimmungen der VegüV befolgen; eine Verpflichtung trifft aber nicht sie, sondern einzig die bei diesen investierten VE. Der Erläuterungsbericht VegüV hält dies (in Erweiterung des Erläuterungsbericht VgdA) nun explizit fest, wobei aus den Erläuterungen auch hervorgeht, dass die Stimmpflicht nicht den Ein-Anleger-Fonds betrifft, sondern die VE, welche bei diesem investiert ist.<sup>127</sup>

## 2. Betroffene Stimmrechte

Art. 22 Abs. 1 VegüV hält fest, dass die VE die Stimmrechte der von *ihnen gehaltenen Aktien* ausüben müssen. Die Stimmpflicht besteht somit grundsätzlich nur in Bezug auf von VE *direkt* gehaltene Aktien, dies hält auch der Erläuterungsbericht VgdA fest.<sup>128</sup> Aktien, die von VE indirekt etwa über Anlagestiftungen oder andere Formen der kollektiven Kapitalanlage gehalten werden, unterliegen somit nicht der Stimmpflicht<sup>129</sup>, wobei dies aufgrund einer Aussage im Erläuterungsbericht VegüV insofern relativiert werden muss, als dass VE die Stimmrechte an *indirekt* gehaltenen Aktien ausüben müssen, «sofern der Vorsorgeeinrichtung ein Stimmrecht eingeräumt wird

oder der Fonds von der Vorsorgeeinrichtung kontrolliert wird (z.B. Ein-Anleger-Fonds)»<sup>130</sup>.

Eine weitere Frage bezieht sich auf den Begriff der «Aktiengesellschaften». Besteht die Stimmpflicht nur in Bezug auf Aktien von Schweizer Aktiengesellschaften oder auch von ausländischen Aktiengesellschaften und besteht die Stimmpflicht nur in Bezug auf kotierte oder auch auf private Aktien (wenngleich letzteres im Rahmen der Anlagevorschriften von VE eher der Ausnahmefall sein dürfte)? Der Wortlaut von Art. 22 VegüV gibt zu diesen Fragen keine klaren Antworten; in Art. 22 VegüV ist unspezifisch die Rede von «Aktien». Indessen hält der Erläuterungsbericht VgdA mit Verweis auf Art. 1 Abs. 1 Vorwurf VgdA fest, dass die Stimmpflicht «alle von den Einrichtungen gehaltenen [sic!] börsenkotierten Aktien von schweizerischen Aktiengesellschaften [erfasst]».<sup>131</sup> Art. 1 Abs. 1 VegüV besagt, dass die Verordnung auf Aktiengesellschaften nach den Artikeln 620–762 OR, deren Aktien an einer In- oder ausländischen Börse kotiert sind, anwendbar ist. Die Bestimmung passt somit nicht richtig auf die vorliegende Fragestellung, da die Stimmpflicht ja nicht die Aktiengesellschaften betrifft, sondern die VE, welche deren Aktien halten. Die VE sind selber im Anwendungsbereich nicht erwähnt. Der Blick in die für die VegüV relevante Verfassungsgrundlage in Art. 95 Abs. 3 BV ist u.E. aber aufschlussreich. Der Ingress von Art. 95 Abs. 3 BV und lit. a besagen Folgendes: «Zum Schutz der Volkswirtschaft, des Privateigentums und der Aktionärinnen und Aktionäre sowie im Sinne einer nachhaltigen Unternehmensführung regelt das Gesetz die im In- oder Ausland kotierten Schweizer Aktiengesellschaften nach folgenden Grundsätzen: [...] Die Pensionskassen stimmen im Interesse ihrer Versicherten ab und legen offen, wie sie gestimmt haben. [...]» Es sollen also zum Schutz der Volkswirtschaft (gemeint ist die Schweizer Volkswirtschaft) sowie des Privateigentums Stimmrechte durch Pensionskassen ausgeübt werden.<sup>132</sup> In diesem Kontext können sich die Bestimmungen der VegüV u.E. nur auf die Aktien von im In- oder Ausland kotierten Schweizer Aktiengesellschaften beziehen.

## 3. Interesse der Versicherten

Die VE haben die Stimmrechte im Interesse ihrer Versicherten auszuüben. Gemäss Art. 22 Abs. 4 VegüV gilt das Interesse der Versicherten als gewahrt, wenn das Stimmverhalten *dem dauernden Gedeihen der VE* dient. Zudem muss das oberste Organ der VE Grundsätze festlegen, die das Interesse der Versicherten bei der Ausübung des Stimmrechts konkretisieren. Bei der Konkretisierung dieser Grundsätze dürfen sich VE u.E. etwa auch an den

<sup>125</sup> SR 831.42.

<sup>126</sup> Auch der AHV-Ausgleichsfonds fällt nicht unter diese Definition.

<sup>127</sup> ERLÄUTERUNGSBERICHT VEGÜV (FN 11), 12.

<sup>128</sup> ERLÄUTERUNGSBERICHT VGD A (FN 4), 28.

<sup>129</sup> Vgl. dazu auch bereits VIII.1, wonach Anlagestiftungen und andere indirekte Anlagevehikel selber nicht zum Adressatenkreis der neuen Norm zu zählen sind.

<sup>130</sup> ERLÄUTERUNGSBERICHT VEGÜV (FN 11), 12.

<sup>131</sup> ERLÄUTERUNGSBERICHT VGD A (FN 4), 28.

<sup>132</sup> Vgl. für eine Beurteilung der Bedeutung der Grundsätze eingehend VOGT/BASCHUNG (FN 3), 8 ff.

Richtlinien und Stimmrechtsempfehlungen von professionellen Stimmrechtsberatern oder Verhaltensregeln für die Ausübung von Mitwirkungsrechten sowie für gute Corporate Governance von national und international anerkannten Verbänden und Institutionen orientieren.<sup>133</sup> Es empfiehlt sich, diese Grundsätze in einem Reglement festzuschreiben.<sup>134</sup>

Im Vorfeld zur Abstimmung über die Initiative gegen die Abzockerei kursierten Ansichten, dass die Ermittlung dieser Interessen sehr aufwendig sei, da man dazu ja letztlich die Ansichten der einzelnen Versicherten und Destinatäre erfragen müsse.<sup>135</sup> Auch der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance besagt, dass institutionelle Anleger soweit wie möglich dafür sorgen sollen, dass die wirtschaftlich Berechtigten Einfluss darauf nehmen können, wie die Aktionärsrechte wahrgenommen werden.<sup>136</sup> Dies trifft u.E. zumindest in Bezug auf VE nicht zu: Das Pensionskassenvermögen ist den Versicherten zumindest im Bereich der obligatorischen Vorsorge entzogen. Sozialpolitischer Zweck ist die Sicherung der Renten. Die VE haben ihr Vermögen demzufolge gemäss den Anlagegrundsätzen von Art. 71 Abs. 1 BVG zu investieren. Interessen politischer, persönlicher und/oder wirtschaftlicher Natur von Destinatären oder Rentnern dürfen keine Rolle spielen (ausser im Rahmen der Arbeitnehmervertretung im paritätisch zusammengesetzten obersten Organ der VE).<sup>137</sup>

Die Zuständigkeit für die Festlegung der Grundsätze der Ausübung der Stimmrechte liegt gemäss Art. 22 Abs. 3 VegüV zwingend beim obersten Organ der VE. Unseres Erachtens spricht aber nichts dagegen, dass das oberste Organ die Entscheidung über die Ausübung der Stimmrechte innerhalb der vom obersten Organ festgelegten Grundsätze intern weiterdelegiert, z.B. an die Anlagekommission. Es empfiehlt sich jedoch, bei gewissen heiklen Traktanden und Anträgen eine Konsultationspflicht beim obersten Organ vorzusehen. Falls es sich beispielsweise um umstrittene Abstimmungen bei der betreffenden VE angeschlossenen Arbeitgebern handelt oder die Anlagekommission beabsichtigt, selber Anträge zu stellen, Informations- oder andere Aktionärsrechte auszuüben, sollte wohl vorgesehen werden, dass diese Geschäfte durch das oberste Organ genehmigt werden müssen.

<sup>133</sup> Vgl. dazu auch die Richtlinien für Institutionelle Investoren zur Ausübung ihrer Mitwirkungsrechte bei Aktiengesellschaften, welche im Frühjahr 2013 von verschiedenen Verbänden herausgegeben wurden (abrufbar unter: [http://www.asip.ch/assets/news/de/398/richtlinien\\_integral\\_-16012013-\\_d.pdf](http://www.asip.ch/assets/news/de/398/richtlinien_integral_-16012013-_d.pdf); zuletzt besucht am 22.11.2013).

<sup>134</sup> Vgl. dazu auch ERLÄUTERUNGSBERICHT VEGÜV (FN 11), 13.

<sup>135</sup> Vgl. dazu etwa PETER FORSTMOSER, Exit oder Voice? Das Dilemma institutioneller Investoren, in: Bucher et. al. (Hrsg.), Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, 819; VOGT/BASCHUNG (FN 3), 24 f.

<sup>136</sup> Ziff. I.1, dritter Spiegelstrich des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance.

<sup>137</sup> Vgl. dazu eingehend SPILLMANN (FN 123), 103 ff., m.w.H.

Unzulässig wäre es u.E., die Art der Stimmrechtsausübung vollständig an Dritte auszulagern oder Empfehlungen von externen Stimmrechtsberatern unbesehen und einem Automatismus folgend einfach zu übernehmen.<sup>138</sup>

#### 4. Stimmzwang

Ein weiterer wichtiger und im Vorfeld der Initiative wie auch im Rahmen der Anhörung zur VgdA kontrovers diskutierter Punkt betrifft die Frage nach dem Ausmass der Stimpfpflicht bzw. ob ein Stimmzwang besteht.

In Abweichung zum Vorentwurf VgdA enthält die VegüV in Bezug auf die in Art. 22 Abs. 1 Ziff. 1–3 VegüV aufgeführten Geschäfte nun eine Verpflichtung für die VE, die Stimmrechte auszuüben. Mit anderen Worten müssen die VE die Stimmrechte der von ihnen gehaltenen Aktien zu angekündigten Anträgen ausüben, welche die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats, des Präsidenten des Verwaltungsrats, der Mitglieder des Vergütungsausschusses und des unabhängigen Stimmrechtsvertreters, die Statutenbestimmungen gemäss Art 12 VegüV sowie die Abstimmungen über die Vergütungen gemäss Art. 18 und 21 Ziff. 3 VegüV betreffen. In Bezug auf diese Anträge muss die VE somit entweder «Ja», «Nein» oder «Enthaltung» stimmen. Die im Vorentwurf VgdA vorgesehene Möglichkeit des Verzichts auf die Stimmabgabe, sofern dieser dem Interesse der Versicherten entspricht, ist nicht mehr zulässig. Dies ist letztlich gleichbedeutend mit einer Teilnahmepflicht bzw. der Verpflichtung, sich an jeder Generalversammlung, an welcher eines der angeführten Themen zur Sprache kommt, vertreten zu lassen.

Immerhin hält Art. 22 Abs. 3 VegüV aber fest, dass die VE sich der Stimme enthalten dürfen, sofern dies dem Interesse der Versicherten entspricht. Der Erläuterungsbericht VgdA hält dazu fest, dass eine Stimmenthaltung z.B. dann im Interesse der Versicherten liegen kann, wenn für das entsprechende Traktandum keine gewichtigen Gründe für die Zustimmung oder die Ablehnung sprechen.<sup>139</sup>

Diese Änderung im Vergleich zum Vorentwurf VgdA ist einschneidend und u.E. unglücklich. Warum eine VE an jeder einzelnen Generalversammlung teilnehmen soll und sei die entsprechende Beteiligung auch noch so unbedeutend, ist schwer zu verstehen. Die Folge wird ein relativ grosser administrativer Aufwand sein, ohne dass viel gewonnen wird. Zudem ist auch nicht verständlich, warum Stimmenthaltung bei einem stimpfpflichten Traktandum den Aktionärswillen besser zum Ausdruck bringen soll als der Verzicht der Ausübung. Die Stimmenthaltung wird den Willen sogar oft verfälscht zum Ausdruck brin-

<sup>138</sup> Gl. M. HERBERT WOHLMANN/PHILIPPINE BOSSY, Zum vorgeschlagenen Stimmzwang der Pensionskassen in den Generalversammlungen börsenkotierter Unternehmen, Jusletter 1. Oktober 2012, Rz. 21 und 26; VOGT/BASCHUNG (FN 3), 25.

<sup>139</sup> Vgl. ERLÄUTERUNGSBERICHT VGDÄ (FN 4), 29.

gen, weil sie sich gemäss der dispositiven Regelung des OR zur Berechnung über das Zustandekommen von Beschlüssen bei Aktiengesellschaften als eine Nein-Stimme auswirkt. Wenn die VE aber wirklich Nein stimmen wollte, würde sie dies tun, in dem sie effektiv Nein stimmt.

Der Erläuterungsbericht VgDA hielt des Weiteren fest, dass es den VE erlaubt sein müsse, eine Prioritätenliste zum Abarbeiten der Einladungen/Traktandenlisten bzw. hinsichtlich der (Nicht-)Teilnahme an einzelnen Generalversammlungen zu erstellen.<sup>140</sup> Diese Aussage ist insofern nicht mehr gültig, als die VE in Bezug auf gewisse Traktanden bzw. Anträge eine Stimmpflicht trifft. Hingegen sollte es weiterhin möglich sein, eine Priorisierung vorzunehmen in Bezug auf die Frage, ob die VE sich in Bezug auf einzelne Traktanden unbesehen der Stimme enthält oder beispielsweise unbesehen gemäss den Anträgen des Verwaltungsrats abstimmt. Letzteres wäre dann wohl zu favorisieren, da sich, wie oben gezeigt, Enthaltungen oft als Nein-Stimmen auswirken.<sup>141</sup>

Auf jeden Fall müssen die VE dafür besorgt sein, sich bei Namenaktien als Aktionäre mit Stimmrecht eintragen zu lassen.

## 5. Transparenz

Art. 23 VegüV schreibt vor, dass die VE mindestens einmal jährlich in einem zusammenfassenden Bericht ihren Versicherten gegenüber Rechenschaft ablegen müssen, wie sie ihrer Stimmpflicht nachgekommen sind.

Die Erfüllung dieser Transparenzvorschrift sollte u.E. keine grösseren Probleme verursachen. Im Rahmen der Bearbeitung der Traktandenlisten im Zusammenhang mit der Festlegung der Stimmabgabe wird diese Information (Art der Ausübung, Begründung) sowieso aufbereitet. Art. 23 Abs. 2 VegüV sieht eine Pflicht zur detaillierten Offenlegung ohnehin nur vor, falls die VE den Anträgen des Verwaltungsrates nicht folgt oder sich enthält. Dies wird, zusammen mit der Verpflichtung gemäss Art. 22 Abs. 1 VegüV, bei gewissen Geschäften immer abstimmen zu müssen, faktisch wohl zu einer (unerwünschten) Tendenz führen, dass VE den Anträgen des Verwaltungsrats eher einmal mehr als weniger folgen werden.

Der Bericht muss den Versicherten einmal pro Jahr zur Verfügung gestellt werden, wobei es sinnvoll wäre, wenn dies jeweils nach der Generalversammlungssaison noch vor Ende Juni stattfinden würde (falls die VE nicht sowieso nach jeder GV die Art der Stimmrechtsausübung etwa über das Internet publiziert).

Angesichts der *ratio* von Art. 95 Abs. 3 BV wäre es an sich wünschenswert, dass die VE ihr Stimmverhalten

nicht nur den Versicherten gegenüber offenlegen, sondern der Allgemeinheit zugänglich machen. Die Signalwirkung, welche das Abstimmungsverhalten hat, ist wohl um einiges höher einzuschätzen und würde auch einen Teil des Aufwands, der für die VE nicht in direkten Ertrag ersichtlich ist, zusätzlich rechtfertigen. Eine solche Pflicht besteht aber gemäss Art. 23 VegüV nicht.

## 6. Intertemporale Regelung

Gemäss Art. 32 müssen die VE ihre Stimmrechte ab dem 1. Januar 2015 ausüben und ab dann auch offenlegen, wie sie gestimmt haben. Die VE haben somit noch gut ein Jahr Zeit, um ihre Reglemente anzupassen und die internen Prozesse zu so festzulegen, dass sie für die zusätzlichen Aufgaben im Rahmen der Generalversammlungssaison 2015 bereit sind.

<sup>140</sup> ERLÄUTERUNGSBERICHT VgDA (FN 4), 29.

<sup>141</sup> Siehe dazu oben VII.3.