

erfa-Gruppe
Weinfeld, 8. Januar 2013



u^b
UNIVERSITÄT
BERN

Einige Gedanken zur „Abzocker“-Initiative

von

Peter V. Kunz

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (G.U.L.C., Washington D.C.)
Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung
Universität Bern
Geschäftsführender Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht (IWR)

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch

Inhalt

1. Vorbemerkungen
2. Rechtliches Umfeld
3. Zur „Abzocker“-Initiative
4. Nationale Aspekte
5. Internationale Aspekte
6. Schlussbemerkungen

Vorbemerkungen

a) Diskussionen wegen...

- Michael Ovitz („Disney“)
Tätigkeit von 13 Monate = Abgangsentschädigung von USD 140 Mio.

- Percy Barnevik („ABB“)
Abgangsentschädigung von CHF 148 Mio. (2002)

- Daniel Vasella („Novartis“) + Brady Dougan („CS“) etc. etc.
ca. CHF 30 Mio. (2007) + ca. CHF 70 Mio. (2010)

- Sergio Ermotti („UBS“)...
... und seine besorgte Mutter

Vorbemerkungen

b) Um was es geht – und um was es eben *nicht* geht...

- ja: Emotionen
Sympathie gegenüber Volksinitiative (und StR Minder) + *Antipathie* gegenüber „Abzockern“

- nein: Ethik
Was ist „gerecht“ bzw. zu rechtfertigen?

- nein: Ökonomisches
Was ist ein „richtiger“ Bonus?

- ja: ***Rechtsfragen***
zwar nicht sehr sexy, aber im Vordergrund stehend...

Rechtliches Umfeld

a) Wirtschaftsrecht

- Rechtsgebiete
Privatrecht + öffentliches Recht + Strafrecht + *Wirtschaftsrecht*

- Wirtschaftsrecht als „Krone“ aller Rechtsgebiete...

- wirtschaftsrechtliche Teilrechtsgebiete
Gesellschaftsrecht (inkl. Aktienrecht) + Finanzmarktrecht + Kartellrecht etc. etc.

- ***Aktienrecht...***
Organisationsrecht für ca. 190'000 AG + ca. 260 *Publikumsgesellschaften*

Rechtliches Umfeld

b) Corporate Governance (CG)

- **Alter Wein in neuen Schläuchen**
Beispiel: OR 1883 – internationale „Bewegung“ seit 1990er-Jahren
- **Checks and Balances bzw. *balancierte Machtverteilung***
z.B. Gesellschaftsorgane: GV + VR + Rev.st. – oder: Stimmrechtsvertretungen
- **Vorrang der Aktionärsinteressen (= Risikokapitalgeber)**
Shareholder Value... „Principals“ v. „Agents“
- **sog. „Say on Pay“ bei VR/GL-Entschädigungen**
aktienrechtliche Nebensächlichkeit + nur 1 (präventives) Element der CG

Rechtliches Umfeld

c) Konzeptionelles zur CG

- Grundverständnis
es gibt nicht einfach „die“ CG
- Bündel von Einzelementen gegen „Vergütungsmissbräuche“...
... aber *zwei Grundpfeiler*
- CG re Vergütungen durch **Prävention**
Transparenz (Offenlegung) + „*Say on Pay*“ (Vergütungsmitsprache)
- CG re Vergütungen durch **Reparation**
Rückerstattung (Art. 678 OR) + *Verantwortlichkeit* (z.B. Art. 717 OR, Art. 754 OR)

Rechtliches Umfeld

d) Historie

- **2005:** BR Blocher
Botschaft des Bundesrats für „grosse“ Aktienrechtsrevision
- **2006 – 2008:** StR Minder
Volksinitiative „gegen die Abzockerei“
- **2009 – 2012:** Eidgenössisches Parlament
ein höchst trauriges Trauerspiel in „Bern“...
- **2013**
Volksinitiative kommt zur Abstimmung (v. indirekter Gegenvorschlag)

Zur „Abzocker“-Initiative

- > **Art. 95 Abs. 3 (neu)**
- > ³ 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:
- > a. Die Generalversammlung stimmt jährlich über die Gesamtsumme aller Vergütungen (Geld und Wert der Sachleistungen) des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates ab. Sie wählt jährlich die Verwaltungsratspräsidentin oder den Verwaltungsratspräsidenten und einzeln die Mitglieder des Verwaltungsrates und des Vergütungsausschusses sowie die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder den unabhängigen Stimmrechtsvertreter. Die Pensionskassen stimmen im Interesse ihrer Versicherten ab und legen offen, wie sie gestimmt haben. Die Aktionärinnen und Aktionäre können elektronisch fernabstimmen; die Organ- und Depotstimmrechtsvertretung ist untersagt.
- > b. Die Organmitglieder erhalten keine Abgangs- oder andere Entschädigung, keine Vergütung im Voraus, keine Prämie für Firmenkäufe und -verkäufe und keinen zusätzlichen Berater- oder Arbeitsvertrag von einer anderen Gesellschaft der Gruppe. Die Führung der Gesellschaft kann nicht an eine juristische Person delegiert werden.
- > c. Die Statuten regeln die Höhe der Kredite, Darlehen und Renten an die Organmitglieder, deren Erfolgs- und Beteiligungspläne und deren Anzahl Mandate ausserhalb des Konzerns sowie die Dauer der Arbeitsverträge der Geschäftsleitungsmitglieder.
- > d. Widerhandlung gegen die Bestimmungen nach den Buchstaben a-c wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen bestraft.

Zur „Abzocker“-Initiative

b) Vergleich mit indirektem Gegenvorschlag I/II

- Schnittmenge der beiden Vorlagen
Fokus auf *Publikumsgesellschaften*, d.h. kotierte Beteiligungspapiere

- **Übereinstimmungen**
Mehrzahl der Regelungsbereiche sind deckungsgleich... Beispiele:

- *Grundsatz* eines „Say on Pay“
Details anders – z.B. umstritten, wie es sich mit der Rechtswirksamkeit verhält („konsultativ“)

- institutionelle Stimmrechtsvertretung
Abschaffung: *Organvertretung* + *Depotvertretung* durch Banken

Zur „Abzocker“-Initiative

b) Vergleich mit indirektem Gegenvorschlag II/II

- **Differenzen** der beiden Vorlagen
Beispiele: Strafsondernormen + Rückforderbarkeit + Flexibilität der Ordnung
- Regulatorisches
Bundesverfassungsregelung v. Gesetzesregelung
- teils geht die **Initiative** *weiter*
z.B. Strafbestimmungen + (angeblich) strikte Verbote für einige Entschädigungen + PK-Regelungen
- teils geht der **indirekte Gegenvorschlag** *weiter*
z.B. Transparenz (z.B. Vergütungsbericht) + Rückerstattung + Verantwortlichkeit + private AG

Nationale Aspekte

a) Für den Fall der *Ablehnung* der „Abzocker“-Initiative

- keine Automatismen...
... es gibt *keinen direkten Gegenvorschlag* zur Volksinitiative

- Schicksal des indirekten Gegenvorschlags
Möglichkeit eines *fakultativen Referendums* erscheint *höchst unwahrscheinlich*

- indirekter Gegenvorschlag
Zeitplan des Inkrafttretens offen – Übergangsfristen für Gesellschaften

Nationale Aspekte

b) Für den Fall der Annahme der „Abzocker“-Initiative

- *Umsetzung* nötig auf *Gesetzesebene*
Probleme mangelhafter Klarheit – z.B. bei Strafsonderbestimmungen
- Variante 1 – verfassungswidrige (Verwässerungs-)Möglichkeiten...
... legal (Art. 190 BV – keine Verfassungsgerichtsbarkeit), aber politisch heikel
- Variante 2 – verfassungskonforme (Interpretations-)Möglichkeiten
Initiative spricht von „Grundsätzen + Verfassungstext (nicht Initiativkomitee!) ist massgeblich
- absehbare **Streitpunkte** der Umsetzung – Beispiele:
Konsultativabstimmungen ausgeschlossen? Ausnahmsloses Verbot für gewisse Entschädigungen?

Internationale Aspekte

a) Ausgangslage

- *Rechtsangleichungen* auf internationaler Ebene
Harmonisierungen des Gesellschaftsrechts + Vereinheitlichungen des Gesellschaftsrechts
- trotzdem: Gesellschaftsrechte als *Standortwettbewerbsfaktor*...
Motto: „Dosis facit Venenum“ (Paracelsus)
- *diametrale* Stellungnahmen
z.B. **Bundesrat v. Initiativkomitee**
- Rechtsvergleichung bzw. „*Blick über Landesgrenze*“...
... soll mit Gutachten für Erhellung sorgen

Internationale Aspekte

b) Rechtsvergleichung

- *ausgewählte Einzelaspekte*
z.B. „Say on Pay“ zur Entschädigung, Wahlen, Elektronisierung sowie Flexibilität der Ordnung
- *ausgewählte Staaten (bzw. Staatenverbund)*
Theorie der „Rechtsfamilien“ bzw. der „Rechtskreise“ zur Eingrenzung
- *Auswahl*
EU + Deutschland + Österreich + Grossbritannien + USA (nein: Skandinavien)
- *Begründung für Staatenauswahl*
Standortkonkurrenten für Schweiz + *Einfluss* auf globale Entwicklungen

Internationale Aspekte

c) Europäische Union

- *Wettbewerb der Gesellschaftsrechte* zwischen EU-Mitgliedstaaten
unklar, ob „Race to the Bottom“ oder „Race to the Top“
- Empfehlungen der EU (sog. Richtlinien)
Transparenz wichtiger als „Say on Pay“
- Widersprüche der „Abzocker“-Initiative zum EU-Recht
Beispiele: BV-Regelung + Strafsondernormen + Flexibilität der Ordnung

Internationale Aspekte

d) Europäischer Rechtskreis

➤ ***Deutschland***

z.B. HV-Konsultativabstimmung re Vorstandsvergütung + Rückforderbarkeit

➤ **Vergleich**

Initiative *wesentlich strenger* (D: keine Strafsondernormen, erhöhte Flexibilität etc.)

➤ ***Österreich***

z.B. keine HV-Abstimmung re Vorstandsvergütung + keine jährliche Wiederwahl

➤ **Vergleich**

Initiative *wesentlich strenger* (Oe: kein „Say on Pay“, keine Strafsondernormen etc.)

Internationale Aspekte

e) Angelsächsischer Rechtskreis

➤ **Grossbritannien**

z.B. zwingend „Say on Pay“, aber konsultativ + Abgangsentschädigungen zulässig

➤ **Vergleich**

Initiative *wesentlich strenger* (GB: fakultative „Internet-GV“ o.Ä. + milde Strafsondernormen etc.)

➤ **USA**

z.B. „Say on Pay“, aber konsultativ + Rückforderbarkeit

➤ **Vergleich**

Initiative *wesentlich strenger* (USA: Zulässigkeit von „Golden Parachutes“ etc.)

Schlussbemerkungen

1. *Änderungen im Aktienrecht sind angebracht*

Die Corporate Governance hat sich auf internationale Ebene in den letzten Jahren erheblich *weiterentwickelt*, so dass das *schweizerische Aktienrecht* „*aufholen*“ muss, um weiterhin attraktiv zu sein für Publikumsgesellschaften (und deren Investoren). Der indirekte Gegenvorschlag bringt mit seinen zahlreichen Verbesserungsvorschlägen die Schweiz vom ersten Drittel in den *ersten Viertel* der internationalen „Rangliste“.

2. *Indirekter Gegenvorschlag ist erheblich aktionärsfreundlicher*

Der indirekte Gegenvorschlag geht in wichtigen Bereichen *weiter als die Volksinitiative*, nämlich etwa bei der Rückforderbarkeit von gewissen Entschädigungen und bei der Verantwortlichkeit. Ausserdem soll nicht der Rechtssetzer (oder das Initiativkomitee) „befehlen“, sondern die *Aktionäre entscheiden*, d.h. deren *Selbstbestimmungsrecht* wird beim indirekten Gegenvorschlag stärker gewichtet.

Schlussbemerkungen

3. *Absehbare Umsetzungsprobleme bei Annahme der Initiative*

Die Volksinitiative ist teils *völlig unklar* (z.B. bei den Strafbestimmungen: Wer ist überhaupt der Täter?). Ausserdem verlangt der Initiativtext – anders als das Initiativkomitee – *nicht eine „stringente“ Umsetzung*, d.h. Konsultativabstimmungen sowie Ausnahmen vom Verbot gewisser Entschädigungsformen wären wohl legal.

4. *Drohende internationale Isolierung der Schweiz*

Die Volksinitiative enthält eine Vielzahl *globaler Skurrilitäten* (etwa drakonische Strafbestimmungen auf der einen Seite oder eine Regelung auf Verfassungsebene auf der anderen Seite). Ein nationaler Alleingang würde zu einer *Isolierung der Schweiz* führen, d.h. im *Standortwettbewerb* um ausländische Unternehmungen und bei der Rekrutierung von Topmanagement könnten *erhebliche Nachteile* resultieren.

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit..!

Peter V. Kunz

Universität Bern
Institut für Wirtschaftsrecht
Schanzeneckstrasse 1
CH-3001 Bern
Tel.: 031 / 631 55 88

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch