

*Medienkonferenz
Präsentation eines rechtsvergleichenden Gutachtens
Bern, 11. Januar 2013*

u^b

**b
UNIVERSITÄT
BERN**

***Eidgenössische Volksinitiative „gegen die Abzockerei“
sowie
Revision des Obligationenrechts als indirekter Quervergleich:
Aspekte im internationalen Quervergleich***

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. Rechtsvergleichung
3. Staatenvergleich
4. Schlussbemerkungen

Vorbemerkungen

a) Um was es geht... I/II

- Emotionen (und Personalisierungen)
Sympathie für Volksinitiative + *Antipathie* gegen „Abzocker“

- ***Rechtsfragen***
zwar nicht sehr „sexy“, aber im Vordergrund stehend...

Vorbemerkungen

a) Um was es geht... II/II

➤ **Bundesrat**

Volksinitiative führt auf internationaler Ebene zu *Standortnachteil* für Schweiz...

➤ **Initiativkomitee**

Volksinitiative führt auf internationaler Ebene zu *Standortvorteil* für Schweiz...

Vorbemerkungen

b) Corporate Governance I/II

- Checks and Balances bzw. eine *balancierte Machtverteilung*
z.B. Gesellschaftsorgane: GV + VR + Rev.st. – oder: Stimmrechtsvertretungen
- an sich langweiliges Thema: *Aktienrecht...*
ca. 190'000 AG + ca. 260 Publikumsgesellschaften (= kotierte Beteiligungspapiere)
- Vorrang der *Aktionärsinteressen* (= Risikokapitalgeber)
Shareholder Value... „Principals“ v. „Agents“
- sog. „*Say on Pay*“ bei VR/GL-Entschädigungen
aktienrechtliche Nebensächlichkeit + nur 1 (präventives) Element der Corporate Governance

Vorbemerkungen

b) Corporate Governance II/II

- Grundverständnis
es gibt nicht einfach „die“ Corporate Governance
- Bündel von Einzelementen gegen **Vergütungsmissbräuche...**
... international und national basierend auf *zwei Grundpfeilern*:
- Corporate Governance durch **Prävention**
Transparenz (Offenlegung) + „*Say on Pay*“ (Vergütungsmitsprache)
- Corporate Governance durch **Reparation**
Rückerstattung (Art. 678 OR) + *Verantwortlichkeit* (z.B. Art. 717 OR, Art. 754 OR)

Vorbemerkungen

- > **Art. 95 Abs. 3 (neu) BV**
- > 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.

Vorbemerkungen

c) Vergleich mit indirektem Gegenvorschlag I/II

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

- **Übereinstimmungen**
Mehrzahl der Regelungsbereiche sind deckungsgleich... Beispiele:
 - (i) *Grundsatz* eines „Say on Pay“
Details anders – z.B. umstritten, wie es sich mit der Rechtswirksamkeit verhält („konsultativ“)

 - (ii) institutionelle Stimmrechtsvertretung
Abschaffung: *Organvertretung* + *Depotvertretung* durch Banken

Vorbemerkungen

c) Vergleich mit indirektem Gegenvorschlag II/II

- **Differenzen** der beiden Vorlagen
Beispiele: (i) Strafsondernormen + (ii) Rückforderbarkeit + (iii) 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 + Rückerstattung + Verantwortlichkeit + private AG

Rechtsvergleichung

a) Ausgangslage

- *Rechtsangleichungen* auf internationaler Ebene
Harmonisierungen des Gesellschaftsrechts + Vereinheitlichungen des Gesellschaftsrechts
- trotzdem: Gesellschaftsrechte als *Standort(wettbewerbs)faktor*...
Motto: „Dosis facit Venenum“ (Paracelsus)
- *diametrale* Stellungnahmen
z.B. **Bundesrat** (+ juristische Lehre) v. **Initiativkomitee**
- Rechtsvergleichung bzw. „*Blick über Landesgrenze*“...
... soll mit Gutachten für Erhellung sorgen, und zwar für **beide** Vorlagen

Rechtsvergleichung

b) Methodik

- *ausgewählte Einzelaspekte*
z.B. „Say on Pay“ zur Entschädigung + Wahlen + Elektronisierung + 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

Staatenvergleich

a) Europäische Union I/II

- *Wettbewerb der Gesellschaftsrechte* zwischen EU-Mitgliedstaaten
unklar, ob „Race to the Bottom“ oder „Race to the Top“
- Empfehlungen der EU (sog. Richtlinien)
hohe Flexibilität + Transparenz wichtiger als „Say on Pay“
- künftiger Fokus...
... wohl mehr auf „*Diversity*“ (v.a. Geschlechterquote) als auf Corporate Governance

Staatenvergleich

a) Europäische Union II/II

- *GV-Abstimmungen re Vergütungen...*
... nichts zwingend – ausser Vergütungspolitik oder Vergütungserklärung (konsultativ ist ok)

- weitere Beispiele
Rückforderbarkeit + keine Strafsondernormen + fakultative elektronische Fernabstimmung

Staatenvergleich

b) Deutschland

- *Selbstregulierung* wichtig
sog. Entsprechenserklärung (§ 161 AktG)

- „*Say on Pay*“
Aufsichtsrat: Satzung bzw. HV + *Vorstand*: konsultativ HV (2009)

- *Rückforderbarkeit*
Spezialregelung (§ 114 AktG) + gerichtliche Angemessenheitskontrolle (§ 87 AktG)

- weitere Beispiele
keine Strafsondernormen + hohe Flexibilität (trotz Satzungsstrenge)

Staatenvergleich

c) Österreich

- *Selbstregulierung* wichtig
Österreichischer Corporate Governance Kodex (ÖCGK)
- „*Say on Pay*“
Rückstand = *kein HV-Votum re Vorstandsvergütung* (d.h. hinter D + CH)
- gewisse *Vergütungsformen* (z.B. Abgangsentschädigungen)
nicht geregelt, d.h. nicht verboten – aber: ÖCGK („Abfindungs-Cap“)
- weitere Beispiele
keine Strafsondernormen + Rückforderbarkeit/vertragliche Regelung

Staatenvergleich

d) Grossbritannien

- sozusagen „*Mutterland*“ von „*Say on Pay*“
2002 – aber: *Konsultativabstimmung* + *abstrakte* Themen + retrospektiv
- *Wahlen*
z.B. Mehrjahreswahl von VR + Ausschussbestellung durch VR (nicht GV)
- *elektronische Fernabstimmung*
lange Tradition (2000), aber freiwillig statt zwingend
- weitere Beispiele
Strafsonderbestimmungen (aber: GBP 1‘000) + restriktive Rückforderbarkeit

Staatenvergleich

e) US of America

- *Rechtsquellen*
Gliedstaaten = Corporation Law + Bundesebene = Securities Regulation

- *Sonderordnungen*
Sarbanes-Oxley Act (2002) + *Dodd-Frank Act* (2010) = **Strafsondernormen**

- *„Say on Pay“*
2010 – aber: *Konsultativabstimmungen*

- *weitere Beispiele*
umfassende Stimmrechtsvertretung („Proxy“) + elektronische Fernabstimmung etc.

Staatenvergleich

f) Hauptmängel der Initiative im internationalen Quervergleich

- **rechtsverbindliches „Say on Pay“ re GL-Vergütungen**
international = *Konsultativabstimmungen + abstrakte Themen (z.B. Vergütungssystem)*
- **Strafsondernormen mit drakonischen Strafdrohungen**
international = *keine Sonderbestimmungen bzw. Androhung geringer Bussgelder*
- **zwingende bzw. dirigistische Ordnung**
international = *flexibel + Betonung des Selbstbestimmungsrechts der Aktionäre*
- **Ordnung auf Verfassungsstufe**
international = *Gesetzesregelungen + oftmals Selbstregulierungen*

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. *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