

Erläuternder Bericht zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)

vom ...

Übersicht

Der Vorentwurf verfolgt das Ziel, die per 1. Januar 2014 in Kraft gesetzte Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften in die Bundesgesetze zu überführen und die Corporate Governance, auch bei nicht börsenkotierten Gesellschaften, zu verbessern. Die Gründungs- und Kapitalbestimmungen sollen flexibler ausgestaltet und das Aktien- auf das neue Rechnungslegungsrecht abgestimmt werden. Weiter enthält der Vorentwurf einen Vorschlag für die Regelung der Transparenz bei wirtschaftlich bedeutenden, in der Rohstoffförderung tätigen Unternehmen.

Ausgangslage

Am 21. Dezember 2007 hat der Bundesrat die Botschaft und den Entwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts verabschiedet. Im Vordergrund standen die Verbesserung der Corporate Governance, die Erweiterung des Spielraums der Gesellschaften bei der Gestaltung ihrer Kapitalstrukturen und ein neues Rechnungslegungsrecht. Darüber hinaus sollte die Generalversammlung modernisiert werden.

Die nur zwei Monate später eingereichte Volksinitiative «gegen die Abzockerei» veränderte den weiteren Verlauf der Gesetzgebungsarbeiten deutlich und es folgte ein mehrjähriger politischer Hindernislauf. Aufgrund der von Volk und Ständen im März 2013 sehr deutlich angenommenen Volksinitiative wurde Artikel 95 der Bundesverfassung (BV) mit einem Absatz 3 ergänzt. Es sollen die Rechte der Aktionärinnen und Aktionäre von Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien gestärkt, bestimmte Arten von Vergütungen verboten, eine Stimm- und Offenlegungspflicht für Pensionskassen und neue Strafbestimmungen eingeführt werden. Gestützt auf den ebenfalls neuen Artikel 197 Ziffer 10 BV hat der Bundesrat die Verordnung vom 20. November 2013 gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) verabschiedet. Dadurch hat er die verfassungsmässigen Vorgaben bis zum Inkrafttreten der formell-gesetzlichen Bestimmungen umgesetzt.

In der Sommersession 2013 wies das Parlament die Botschaft und den Entwurf 2007 an den Bundesrat zurück.

Inhalt der Vorlage

Der Vorentwurf nimmt die abgebrochene Revision des Aktienrechts wieder auf. Da der Ständerat im 2009 den Entwurf 2007 vollständig beraten hat und dabei vieles unbestritten blieb, bildet dieser eine wichtige Grundlage der vorliegenden Aktienrechtsrevision. Die Liberalisierung der Gründungs- und Kapitalbestimmungen, die Verbesserung der Corporate Governance – auch bei nicht börsenkotierten Gesellschaften – und die Verwendung elektronischer Mittel in der Generalversammlung sind zentrale Aspekte, die übernommen werden. Erkenntnisse der neusten Lehre und Rechtsprechung fliessen ein, um die Bestimmungen des Entwurfs 2007 zu verfeinern.

Punktueller Revisionen und Abspaltungen von einzelnen Sachbereichen seit der bundesrätlichen Verabschiedung des Entwurfs 2007 führten zu neuen Schnittstellen und neuem Abstimmungsbedarf. Insbesondere die Abspaltung des Rechnungslegungsrechts, das vom Parlament seit Sommer 2009 getrennt behandelt wurde und am 1. Januar 2013 in Kraft getreten ist, führte zu gewissen Unstimmigkeiten, die mit dem Vorentwurf behoben werden. Die Bestimmungen zu den Reserven und den eigenen Aktien werden harmonisiert, das Aktienkapital muss neu nicht mehr zwingend auf Schweizer Franken lauten und die Rückzahlung von Kapitaleinlagen wird mit Schutzvorschriften ergänzt. Bei den Kapitalherabsetzungen, den Rückzahlungen von Kapitalreserven und den Sanierungsvorschriften wird stärker auf die vorhandene und zukünftige Liquidität der Gesellschaft abgestellt.

Der Vorentwurf überführt die Bestimmungen der VegüV in die Bundesgesetze (Obligationenrecht, Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, Strafgesetzbuch). Er greift sodann weitere Themen auf, die einen engen Bezug zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» haben, insbesondere um Rechtssicherheit zu schaffen und die Rechtsdurchsetzung zu stärken. So werden insbesondere die Sorgfaltspflichten der Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung im Bereich der Vergütungspolitik präzisiert, prospektive Abstimmungen über variable Vergütungen untersagt, Leitplanken für Antrittsprämien und für Entschädigungen im Zusammenhang mit Konkurrenzverboten gesetzt sowie die Hürden für die Rückerstattungsklage gesenkt.

Über diese drei Bereiche hinaus gibt es weitere Themen, die aufgrund parlamentarischer Vorstösse sowie politischer und öffentlicher Diskussionen in den letzten Jahren im Vorentwurf aufgenommen werden. Es wird ein Richtwert für die Vertretung beider Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung wirtschaftlich bedeutender, börsenkotierter Gesellschaften eingeführt und es wird ein Lösungsvorschlag für die Problematik hoher Bestände von Dispoaktien präsentiert. Revidierte Bestimmungen zur Sanierung sollen Anreize dafür schaffen, dass Unternehmen frühzeitig, wenn möglich schon vor der Eröffnung eines formellen Nachlassverfahrens, die notwendigen Sanierungsmassnahmen treffen. Zudem sind auf zivilprozessualer Ebene Massnahmen zur erleichterten Durchsetzung aktienrechtlicher Klagen, z. B. der Verantwortlichkeitsklage, vorgesehen.

Der Vorentwurf enthält in Anlehnung an das EU-Recht einen Vorschlag für die Regelung der Transparenz bei wirtschaftlich bedeutenden, in der Rohstoffförderung tätigen Unternehmen. Diese sollen zur Offenlegung von Zahlungen an staatliche Stellen verpflichtet werden.

Inhaltsverzeichnis

Übersicht	1
1 Grundzüge der Vorlage	7
1.1 Ausgangslage	7
1.1.1 Entwurf vom 21. Dezember 2007	7
1.1.2 Einreichung der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und Entwurf vom 5. Dezember 2008	8
1.1.3 Abgeschlossene Beratung im Erstrat	9
1.1.4 Sistierung der Beratung im Zweitrat und erster direkter Gegenentwurf	9
1.1.5 Befreiungsschlag mittels parlamentarischer Initiative der ständerätlichen Rechtskommission	9
1.1.6 Neuer indirekter Gegenvorschlag 2010	10
1.1.6.1 Ausarbeitung und Berücksichtigung einer weiteren parlamentarischen Initiative	10
1.1.6.2 Vorlage 1 von 10.443 als neuer indirekter Gegenvorschlag	11
1.1.6.3 Vorlage 2 von 10.443 und zweiter direkter Gegenentwurf	12
1.1.7 Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei»	12
1.1.8 Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV	13
1.1.8.1 Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV)	13
1.1.8.2 Keine direkte Anwendbarkeit von Artikel 95 Absatz 3 BV und Vorrang der VegüV	14
1.1.8.3 Überblick über die Bestimmungen der VegüV	14
1.1.8.4 Zeitliche Geltung der VegüV	16
1.1.9 Rückweisung des Entwurfs vom 21. Dezember 2007 und parlamentarischer Auftrag	17
1.2 Einheitliche Vorlage in zweifacher Hinsicht	17
1.3 Die beantragte Neuregelung	18
1.3.1 Kapital und Reserven	18
1.3.1.1 Aktienkapital in fremder Währung	18
1.3.1.2 Liberierung und Nennwert	21
1.3.1.3 (Beabsichtigte) Sachübernahme	22
1.3.1.4 Kapitalherabsetzung und Kapitalband	25
1.3.1.5 Reserven	26
1.3.2 Private Equity-Unternehmen und Hedge-Fonds	27
1.3.2.1 «Heuschrecken»-Debatte in Deutschland	27
1.3.2.2 Erkenntnisse für die Schweiz	29
1.3.3 Dispoaktien	30
1.3.3.1 Begriff der Dispoaktien	30
1.3.3.2 Mögliche Probleme mit Dispoaktien	30
1.3.3.3 Im Entwurf vom 21. Dezember 2007	31
1.3.3.4 Grundzüge des Nominee-Modells	31

1.3.3.5	Vor- und Nachteile des Nominee-Modells	32
1.3.3.6	Lösungsvorschlag	34
1.3.3.7	Verwendung elektronischer Mittel	34
1.3.4	Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV	34
1.3.4.1	Aktienrechtliche Bestimmungen	34
1.3.4.2	Bestimmungen zu den Vorsorgeeinrichtungen	36
1.3.4.3	Strafbestimmungen	36
1.3.4.4	Antrittsprämien, Karenzentschädigungen	39
1.3.5	Richtwre für die Vertretung beider Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung	40
1.3.6	Corporate Governance	42
1.3.6.1	Checks and balances	42
1.3.6.2	Auskunfts- und Einsichtsrecht	42
1.3.6.3	Auskunftsrecht betreffend die Vergütungen an das oberste Kader	43
1.3.6.4	Weitere Aspekte der Corporate Governance	43
1.3.6.5	Ausübung von Aktionärsrechten, Aktionärsklagen	44
1.3.6.6	Teilweise Senkung von Schwellenwerten	45
1.3.6.7	Rückerstattungsklage	47
1.3.6.8	Recht auf Erhebung von Klagen auf Leistung an die Gesellschaft auf deren Kosten	47
1.3.6.9	Verlängerung und Unterbrechung der Verjährungsfrist	50
1.3.7	Sanierung im Obligationenrecht	51
1.3.7.1	Hintergrund und Kernelemente der Revision	51
1.3.7.2	Darlehen in der Sanierung	52
1.3.7.3	Eingliederung des Konkursaufschubs in ein revidiertes SchKG-Nachlassrecht	53
1.3.7.4	Sanierungsmöglichkeiten ausserhalb des OR	54
1.3.8	Abschaffung der Buchwertkonsolidierung	54
1.3.9	Berichterstattung von Rohstoffunternehmen über Zahlungen an staatliche Stellen	55
1.3.9.1	Allgemeines	55
1.3.9.2	Überblick über die Regelung	56
1.3.9.3	Ziele der Regelung	56
1.3.10	Bestimmungen zu anderen Rechtseinheiten	57
1.4	Verhältnis zum europäischen Recht	58
1.4.1	Keine unmittelbaren Verpflichtungen	58
1.4.2	Richtlinie 2007/36/EG über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften	58
1.4.3	Vorschlag der EU-Kommission zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG	59
1.4.4	Zweite Gesellschaftsrechtsrichtlinie 2012/30/EU («Kapitalrichtlinie»)	61
1.4.5	Empfehlungen der Kommission zur Vergütungspolitik bei börsenkotierten Gesellschaften	62

1.4.6	Richtlinie 2013/34/EU («Rechnungslegungsrichtlinie») und Richtlinie 2013/50/EU (Änderungen der «Transparenzrichtlinie»)	62
1.5	Umsetzung	64
1.6	Erledigung parlamentarischer Vorstösse	64
1.6.1	Zu erledigende parlamentarische Vorstösse	64
1.6.2	Vom Parlament noch nicht beratene Vorstösse	66
2	Erläuterungen zu einzelnen Artikeln	67
2.1	Aktiengesellschaft	67
2.1.1	Ausgestaltung der Aktiengesellschaft	67
2.1.2	Liberierung und Sachübernahme	73
2.1.3	Besondere Vorteile	78
2.1.4	Eintragung ins Handelsregister	78
2.1.5	Ordentliche Kapitalerhöhung	79
2.1.6	Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital	82
2.1.7	Ordentliche Kapitalherabsetzung	84
2.1.8	Sonderformen der Kapitalherabsetzung	87
2.1.9	Kapitalband	89
2.1.10	Partizipationsscheine	92
2.1.11	Erwerb eigener Aktien	94
2.1.12	Höhere/tiefere Dividende für in der GV vertretene Aktionärinnen und Aktionäre	96
2.1.13	Aufhebung der aktienrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften	97
2.1.14	Reserven	98
2.1.15	Zwischendividenden	101
2.1.16	Verbot von Rückzahlungen	102
2.1.17	Rückerstattung von Leistungen	103
2.1.18	Vinkulierung börsenkotierter Namenaktien	105
2.1.19	Vertretung in der Generalversammlung	106
2.1.20	Stimmrecht, Stimmrechtsaktien	110
2.1.21	Bekanntgabe des Geschäftsberichts	111
2.1.22	Auskunfts- und Einsichtsrecht	111
2.1.23	Sonderuntersuchung	113
2.1.24	Recht auf Einleitung einer Klage auf Kosten der Gesellschaft	115
2.1.25	Statutarische Schiedsgerichtsklausel	117
2.1.26	Unübertragbare Kompetenzen der Generalversammlung	119
2.1.27	Einberufung der Generalversammlung und Traktandierung	119
2.1.28	Tagungsort der Generalversammlung	123
2.1.29	Verwendung elektronischer Mittel	124
2.1.30	Durchführung der Generalversammlung	128
2.1.31	Zusammensetzung und Organisation des Verwaltungsrats	131
2.1.32	Haftung für Organe	138
2.1.33	Drohende Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung	138

2.1.34	Aufgaben und Organisation der Revisionsstelle	143
2.1.35	Vergütungen bei börsenkotierten Gesellschaften	145
2.1.36	Auflösung der Gesellschaft	157
2.1.37	Organverantwortlichkeit	158
2.1.38	Beteiligung von Körperschaften des öffentlichen Rechts	162
2.2	Änderung weiterer Bestimmungen des Obligationenrechts	163
2.2.1	Kommanditaktiengesellschaft	163
2.2.2	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	163
2.2.3	Genossenschaft	166
2.2.4	Rechnungslegung	169
2.2.5	Transparenz bei Rohstoffunternehmen	173
2.2.6	Übergangsbestimmungen	177
2.3	Änderungen weiterer Erlasse	179
2.3.1	Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907	179
2.3.1.1	Vereinsrecht	179
2.3.1.2	Stiftungsrecht	180
2.3.2	Fusionsgesetz vom 3. Oktober 2003	181
2.3.3	Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008	182
2.3.4	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs	183
2.3.5	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937	186
2.3.6	Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer	195
2.3.7	Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden	195
2.3.8	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge	195
2.3.9	Kollektivanlagengesetz vom 23. Juni 2006	199
2.3.10	Bankengesetz vom 8. November 1934	199
2.3.11	Versicherungsaufsichtsgesetz vom 17. Dezember 2004	200
3	Auswirkungen	200
3.1	Auswirkungen auf den Bund	200
3.1.1	Finanzielle Auswirkungen	200
3.1.2	Personelle Auswirkungen	200
3.2	Auswirkungen auf die Kantone	201
3.3	Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	202
3.3.1	Struktur des Kapitals	202
3.3.2	Corporate Governance und Aktionärsrechte	203
3.3.3	Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV	206
3.3.4	Vertretung der Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung	206
3.3.5	Aufhebung der Buchwertkonsolidierung	206
3.4	Zusammenhang des Indikators «Protecting Investors» der Weltbank zum Vorentwurf	207

4	Verhältnis zur Legislaturplanung und zu nationalen Strategien des Bundesrates	208
5	Rechtliche Aspekte	209
5.1	Verfassungsmässigkeit	209
5.2	Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	210
5.3	Erlassform	210
5.4	Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen	211

1 Grundzüge der Vorlage

1.1 Ausgangslage

1.1.1 Entwurf vom 21. Dezember 2007

Mit dem Entwurf vom 21. Dezember 2007¹ wollte der Bundesrat das Aktienrecht modernisieren und den wirtschaftlichen Bedürfnissen anpassen. Die Vorlage sollte die Corporate Governance verbessern, im Bereich der Kapitalstrukturen mehr Spielraum schaffen, die Nutzung elektronischer Mittel zur Durchführung der GV regeln und das veraltete und lückhafte Rechnungslegungsrecht ersetzen.²

Am 7. April 2009 spaltete die Rechtskommission des Ständerats das Rechnungslegungsrecht von den übrigen Bestimmungen ab. So entstand die Vorlage 2 des Geschäfts 08.011 zum Rechnungslegungsrecht. Diese wurde von nun an getrennt von den Bestimmungen zum Aktienrecht beraten. Die Abspaltung bezweckte, dass die Beratung des Aktienrechts (Vorlage 1 von 08.011) nicht durch diejenige des Rechnungslegungsrechts behindert würde.³ Wie sich später erweisen sollte, half die Abspaltung nicht dem Aktien-, sondern dem Rechnungslegungsrecht. Dieses konnte aus dem politischen Sog der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» herausgehalten werden (s. Ziff. 1.1.2 ff.). Mit Beschluss vom 21. November 2012 konnte der Bundesrat das Rechnungslegungsrecht zusammen mit der neuen Verordnung über die anerkannten Standards zur Rechnungslegung (VASR)⁴ auf den 1. Januar 2013 in Kraft setzen.⁵

Anlässlich des ersten Teils seiner Detailberatung zur Vorlage 2 stimmte der Nationalrat am 20. September 2010 einem Einzelantrag zur Erhöhung der Schwellenwerte von Artikel 727 Absatz 1 Ziffer 2 OR zu, welche die eingeschränkte von der ordentlichen Revision abgrenzen. Damit wurden die Schwellenwerte von 10 Millionen Franken Bilanzsumme, 20 Millionen Franken Umsatzerlös und 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt auf 20-40-250 angehoben. Daraus entstand die Vorlage 3 des

¹ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1589 ff. S. KATHARINA RÜDLINGER, Was bringt der Entwurf zum neuen Aktienrecht?, ST 2008/1–2, S. 18 ff.

² Medienmitteilung des EJPD vom 21. Dezember 2007.

³ Medienmitteilung der RK-S vom 16. Juni 2009. AB 2009 S 602; AB 2009 S 1187.

⁴ SR 221.432

⁵ Medienmitteilung des EJPD vom 22. November 2012. S. FLORIAN ZIHLER, Überblick über das neue Rechnungslegungsrecht, ST 2012/11, S. 806 ff.

Geschäfts 08.011.⁶ Diese Erhöhung der Schwellenwerte, die erst seit dem 1. Januar 2008 galten, wurde von beiden Räten nach einigem Hin und Her deutlich gutgeheissen und vom Bundesrat auf den 1. Januar 2012 in Kraft gesetzt.⁷

1.1.2 Einreichung der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und Entwurf vom 5. Dezember 2008

Zwei Monate nach Verabschiedung des Entwurfs 2007 (s. Ziff. 1.1.1) durch den Bundesrat wurde die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» eingereicht. Diese wollte den von den Initiantinnen und Initianten als überhöht empfundenen Vergütungen des obersten Kaders börsenkotierter Aktiengesellschaften Einhalt gebieten. Dieses Ziel sollte primär durch eine erhöhte Transparenz im Bereich der Vergütungen, das Verbot gewisser Arten von Vergütungen, die Stärkung der Mitwirkungsrechte der Aktionärinnen und Aktionäre, die Stimm- und Offenlegungspflicht der Pensionskassen sowie neue strafrechtliche Bestimmungen erreicht werden. Hierzu sollte Artikel 95 der Bundesverfassung zur privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit um einen dritten Absatz ergänzt werden.

Mit dem Entwurf vom 5. Dezember 2008⁸ empfahl der Bundesrat die Ablehnung der Volksinitiative. Er stufte deren Eingriff in die Privatautonomie und die Wirtschaftsfreiheit börsenkotierter Gesellschaften als zu weit gehend ein. Jedoch ergänzte er mit seinem Zusatzentwurf denjenigen von 2007 mit spezifischen Bestimmungen zu den Vergütungen an das oberste Kader. So sollten die Sorgfaltspflichten des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung präzisiert, die Rückerstattungsklage griffiger gestaltet, die Mitwirkungsrechte der Aktionärinnen und Aktionäre ausgebaut und die Transparenz erhöht werden. Im Vergleich zur Volksinitiative sollte aber den Gesellschaften und insbesondere den Aktionärinnen und Aktionären mittels Gestaltung der Statuten ein grösserer Handlungsspielraum belassen werden.⁹

Im Laufe des Jahres 2008 verhinderte der Bundesrat zusammen mit der Schweizerischen Nationalbank den Niedergang der Grossbank UBS.¹⁰ An den Rand des wirtschaftlichen Kollapses war die UBS aufgrund eines ausser Kontrolle geratenen Handels mit amerikanischen Wertpapieren und -rechten gerückt. Sie verfügte über zu wenig Eigenkapital und war – nach den Konkursen der US-Banken *Bear Stearns* und *Lehman Brothers* – nicht mehr in der Lage, neue Eigenmittel am Markt zu beschaffen. Zum Teil war auch eine Boni-Kultur mit Anreizen zu hoch riskantem Verhalten ursächlich für die existenziellen Probleme der UBS. Andere börsenkotierte Gesellschaften änderten ihre umstrittene Boni-Kultur ebenfalls nur zögerlich, obschon die Kritik anlässlich der GV, im Rahmen der Beratung der Aktienrechtsrevision und in der allgemeinen Öffentlichkeit immer lauter wurde. U. a. diese Vor-

⁶ AB 2010 N 1373.

⁷ Medienmitteilung des EJPD vom 31. August 2011. S. FLORIAN ZIHLER, Erhöhung der Schwellenwerte von Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR, ST 2011/9, S. 670 ff.

⁸ Botschaft vom 5. Dezember 2008 zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2009 299 ff.

⁹ Medienmitteilung des EJPD vom 5. Dezember 2008. S. OLIVER BLANC/FLORIAN ZIHLER, Die neuen aktienrechtlichen Vergütungsregeln gemäss dem Entwurf vom 5. Dezember 2008, GesKR 2009/1, S. 66 ff.

¹⁰ Botschaft vom 5. November 2008 zu einem Massnahmepaket zur Stärkung des schweizerischen Finanzsystems, BBl 2008 8943 ff.

gänge führten zu grosser Hektik und Emotionalität, welche die parlamentarische Beratung der Aktienrechtsrevision bis Ende 2012 prägen sollten.

1.1.3 Abgeschlossene Beratung im Erstrat

Der erwähnten Hektik und Emotionalität konnte sich der Ständerat als Erstrat grösstenteils noch entziehen. Ihm gelang in der Sommersession 2009, die Beratung der Entwürfe 2007 und 2008 abzuschliessen.¹¹

1.1.4 Sistierung der Beratung im Zweitrat und erster direkter Gegenentwurf

Der nationalrätlichen Rechtskommission lagen innerhalb kurzer Zeit Dutzende von Abänderungs- und Ergänzungsanträgen vor.

Im Herbst 2009 beschloss die Kommission, das Aktienrecht formell aufzuteilen. Man wollte einen Teil für alle Gesellschaften und einen zusätzlichen Teil nur für Gesellschaften, deren Aktien börsenkotiert sind, schaffen.¹² Das EJPD arbeitete bis im Januar 2010 eine entsprechende Gesetzesfahne für die nationalrätliche Rechtskommission aus. Diese im Internet nicht frei zugängliche Gesetzesfahne wurde anfangs 2010 aber nur an einer Sitzung verwendet. Ab Anfang 2010 berieten die nationalrätliche Rechtskommission und der Nationalrat nämlich einen aktienrechtlich geprägten *direkten* Gegenentwurf zur Volkinitiative.¹³

1.1.5 Befreiungsschlag mittels parlamentarischer Initiative der ständerätlichen Rechtskommission

Die Rechtskommission des Ständerats wollte den Weg des direkten Gegenentwurfs nicht beschreiten. Sie konnte jedoch die Entwürfe 2007 und 2008 nicht als indirekte Gegenvorschläge reaktivieren, da sich diese aufgrund der vorgezogenen Beratung des direkten Gegenentwurfs noch immer bei der nationalrätlichen Schwesterkommission befanden.¹⁴

Im Frühling 2010 befand sich die Aktienrechtsrevision somit endgültig in einer Sackgasse. Mit der parlamentarischen Initiative vom 20. Mai 2010¹⁵ gelang der Rechtskommission des Ständerats jedoch der Befreiungsschlag, dem sich die nationalrätliche Rechtskommission später anschloss.¹⁶ Diejenigen Bestimmungen des Obligationenrechts, des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen-

¹¹ AB 2009 S 601 ff. (9.–11. Juni 2009).

¹² Medienmitteilung der RK-N vom 30. Oktober 2009.

¹³ Medienmitteilung der RK-N vom 26. Februar 2010. Es sollten Artikel 113 Absatz 2 Buchstabe f und Artikel 122 Abs. 1^{bis} in die Bundesverfassung aufgenommen werden, s. http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/ratsunterlagen.aspx?gesch_nr=20080080.

¹⁴ S. OLIVIER BLANC/FLORIAN ZIHLER, Revision des Aktien-, Rechnungslegungs- und Revisionsrechts – Stand der parlamentarischen Beratung, *Anwaltsrevue* 2011/10, S. 412 ff.

¹⁵ Parlamentarische Initiative der RK-S vom 20. Mai 2010, Indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» (10.443).

¹⁶ Medienmitteilung der RK-N vom 2. Juni 2010.

und Invalidenvorsorge, des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung und des Strafgesetzbuches, die Gegenstand der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» waren, sollten revidiert werden. Diese Teilrevision sollte sich an den Forderungen der Volksinitiative und am erwähnten direkten Gegenentwurf des Nationalrats orientieren. Mit der parlamentarischen Initiative bzw. den auszuarbeitenden Gesetzesbestimmungen wollten die Rechtskommissionen zudem auf den Rückzug der Volksinitiative hinwirken.

Um inhaltlichen Widersprüchen vorzubeugen und die gesamte Beratung nicht zusätzlich zu verkomplizieren, sistierte die Rechtskommission des Nationalrats sodann im Herbst 2010 die Beratung des Entwurfs 2007 und faktisch der aktienrechtlichen Bestimmungen des Entwurfs 2008.¹⁷ Die Beratung wurde nie mehr aufgenommen (s. Ziff. 1.1.9).

1.1.6 Neuer indirekter Gegenvorschlag 2010

1.1.6.1 Ausarbeitung und Berücksichtigung einer weiteren parlamentarischen Initiative

Im Sommer/Herbst 2010 erarbeitete eine Subkommission der ständerätlichen Rechtskommission den neuen indirekten Gegenvorschlag.¹⁸

Das ohnehin schon komplexe Verfahren wurde dabei durch einen weiteren Aspekt angereichert. Die ständerätliche Kommission für Wirtschaft und Abgaben beschloss am 21. Juni 2010 – ebenfalls auf dem Weg einer parlamentarischen Initiative¹⁹ und in Übereinstimmung mit einer im Ständerat kurz zuvor eingereichten Motion²⁰ –, Bezüge ab drei Millionen Franken pro Empfängerin und Empfänger seien als Gewinne zu qualifizieren und demzufolge im Rahmen der Gewinnverwendung von der GV zu genehmigen (Tantieme-Modell). Auch hier schloss sich die nationalrätliche Schwesterkommission an.²¹ Die Umsetzung dieser parlamentarischen Initiative bzw. der Motion sollte im Rahmen der Erarbeitung des neuen indirekten Gegenvorschlags durch die ständerätliche Rechtskommission erfolgen.²²

Das Ergebnis der beiden parlamentarischen Initiativen waren der Bericht vom 25. Oktober 2010²³, der sich relativ stark an den Entwurf 2008 anlehnte, und der Zusatzbericht vom 22. November 2010²⁴ der ständerätlichen Rechtskommission und

¹⁷ Medienmitteilung der RK-N vom 3. September 2010.

¹⁸ Medienmitteilung der RK-S vom 17. August 2010.

¹⁹ Parlamentarische Initiative der WAK-S vom 21. Juni 2010, Aktien- und steuerrechtliche Behandlung sehr hoher Vergütungen (10.460).

²⁰ Motion GRABER vom 10. Juni 2010, Bezüge von über drei Millionen Franken dem Beschluss der Generalversammlung unterstellen (10.3402).

²¹ Medienmitteilung der WAK-N vom 29. Juni 2010.

²² Medienmitteilung der RK-S vom 20. August 2010; Medienmitteilung der WAK-N vom 27. August 2010.

²³ Parlamentarische Initiative, Indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei», Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 25. Oktober 2010, BBl **2010** 8253 ff.

²⁴ Parlamentarische Initiative, Indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei», Zusatzbericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 22. November 2010, BBl **2011** 209 ff.

je eine Stellungnahme des Bundesrats vom 17. November 2010²⁵ bzw. vom 3. Dezember 2010²⁶.

1.1.6.2 Vorlage 1 von 10.443 als neuer indirekter Gegenvorschlag

Der Entwurf gemäss Bericht vom 25. Oktober 2010 (s. Ziff. 1.1.6.1) – die Vorlage 1 von 10.443 – bildete die Grundlage für den neuen indirekten Gegenvorschlag, welcher der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» in der Abstimmung vom 3. März 2013 entgegen gestellt wurde. In der Schlussabstimmung vom 16. März 2012 stimmten sowohl der Ständerat²⁷ als auch der Nationalrat²⁸ dem indirekten Gegenvorschlag²⁹ deutlich zu. Dieser sah insbesondere Folgendes vor:

Bei börsenkotierten Unternehmen erlässt der Verwaltungsrat in einem Vergütungsreglement die Grundsätze zu den Vergütungen für die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats. Das Vergütungsreglement muss den Aktionärinnen und Aktionären zur Genehmigung unterbreitet werden. Die Vergütungen an den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat börsenkotierter Gesellschaften sind jährlich im Vergütungsbericht offenzulegen und von den Aktionärinnen und Aktionären zu genehmigen. Für die Geschäftsleitung kann die GV – im Gegensatz zur Volksinitiative – entscheiden, ob ihre Beschlüsse bindende oder nur konsultative Wirkung haben. Abgangsentschädigungen und Vergütungen, die im Voraus an Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats ausgerichtet werden, sind grundsätzlich untersagt. Die GV kann – im Gegensatz zur Volksinitiative – im Interesse der Gesellschaft Ausnahmen von diesem Verbot beschliessen. Die institutionelle Stimmrechtsvertretung ist auf die unabhängige Stimmrechtsvertretung beschränkt. Die Aktionärinnen und Aktionäre wählen diese und können ihr im Hinblick auf die GV auch elektronisch Vollmachten und Weisungen erteilen. Die gesetzlich vorgesehene Amtsdauer des Verwaltungsrats beträgt ein Jahr; sie kann – im Gegensatz zur Volksinitiative – in den Statuten bis auf drei Jahre verlängert werden. Auf die Einführung einer neuen Strafbestimmung wird verzichtet, da das geltende Strafrecht ausreicht. Die Stimmrechtspflicht der Pensionskassen ist liberaler als bei der Volksinitiative: Die Pensionskassen üben ihre Stimmrechte «wenn möglich» aus.

Im Gegensatz zur Volksinitiative sah der indirekte Gegenvorschlag aber präzisierte Bestimmungen zur Sorgfaltpflicht des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung im Bereich der Vergütungen vor. Zudem wurde im indirekten Gegenvorschlag die Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Vergütungen erleichtert.

²⁵ Stellungnahme des Bundesrates vom 17. November 2010 zum Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 25. Oktober 2010, BBl **2010** 8323 ff.

²⁶ Stellungnahme des Bundesrates vom 3. Dezember 2010 zum Zusatzbericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 22. November 2010, BBl **2011** 243 ff.

²⁷ AB **2012** S 269 f.

²⁸ AB **2012** N 553 f.

²⁹ Vorlage der Redaktionskommission für die Schlussabstimmung vom 16. März 2012 (<http://www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgesseite/2010/20100443/Schlussabstimmungstext%201%20NS%20D.pdf>). Der neue indirekte Gegenvorschlag wurde an keinem weiteren Ort publiziert.

1.1.6.3

Vorlage 2 von 10.443 und zweiter direkter Gegenentwurf

Der Entwurf gemäss Zusatzbericht vom 22. November 2010 entsprach vollständig dem Entwurf gemäss Bericht vom 25. Oktober 2010. Zusätzlich sah er aber – in sinngemässer Umsetzung des Tantieme-Modells der ständerätliche Kommission für Wirtschaft und Abgaben (s. Ziff. 1.1.6.1) – gesellschafts- und steuerrechtliche Bestimmungen zu den sehr hohen Vergütungen vor (oftmals fälschlicherweise als Boni-Steuer bezeichnet).³⁰ Diese Vorlage 2 von 10.443 scheiterte jedoch, da der Nationalrat zweimal beschloss, nicht auf die Vorlage einzutreten.³¹

In der Rechtskommission des Nationalrats wurden die steuerrechtlichen Bestimmungen zu den sehr hohen Vergütungen später in Form eines neuen *direkten* Gegenentwurfs nochmals aufgegriffen.³² Jener Anteil der Vergütung an ein Mitglied des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung, des Beirats oder an einen Arbeitnehmer, der pro Empfänger oder ihr nahestehenden Personen drei Millionen Franken pro Geschäftsjahr übersteigt, hätte als sehr hohe Vergütung gegolten und wäre steuerrechtlich kein geschäftsmässig begründeter Aufwand gewesen. Jedoch scheiterte auch dieser direkte Gegenentwurf im Nationalrat in der Schlussabstimmung vom 15. Juni 2012.³³ Dies hatte zur Folge, dass das Parlament nach mehrjähriger Detailberatung keine Stimmempfehlung zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» beschliessen konnte.³⁴

1.1.7

Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei»

Der Befreiungsschlag mit dem neuen indirekten Gegenvorschlag gelang nur im Parlament. Bereits am 3. März 2013 wurde der indirekte Gegenvorschlag zu Rechtsgeschichte: 68 Prozent der Stimmenden und alle Kantone stimmten für die Volksinitiative «gegen die Abzockerei».³⁵ Dies bedeutete das zweibeste Ergebnis, welches eine Volksinitiative je erzielte. Nur die Volksinitiative für einen arbeitsfreien 1. August erreichte ein noch besseres Ergebnis.

Durch die Annahme der Volksinitiative wurde Artikel 95 der Bundesverfassung³⁶ zur privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit um einen materiell-rechtlichen Absatz 3 erweitert:

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:

³⁰ S. in der Gesetzesfahne Entwurf 2 Herbstsession 2011 Beschluss Ständerat (<http://www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgesseite/2010/20100443/S2-33%20D.pdf>) v. a. die Bestimmungen Art. 731n E OR (Aktienrecht) bzw. Art. 59 Abs. 3 E DBG und Art. 25 Abs. 1^{ter} E StHG (Steuerrecht).

³¹ AB 2011 N 1949.

³² Medienmitteilung der RK-N vom 2. Februar 2012.

³³ AB 2012 N 1234 ff.

³⁴ AB 2012 S 637.

³⁵ S. <http://www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis348.html>.

³⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

- 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 abgestimmt 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.

Artikel 197 BV, der die Übergangsbestimmungen der Bundesverfassung enthält, bekam die folgende Ziffer 10:

Bis zum Inkrafttreten der gesetzlichen Bestimmungen erlässt der Bundesrat innerhalb eines Jahres nach Annahme von Artikel 95 Absatz 3 durch Volk und Stände die erforderlichen Ausführungsbestimmungen.

Spätestens ein Jahr nach der Volksabstimmung musste der Bundesrat folglich zur Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV eine Verordnung erlassen.

1.1.8 Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV

1.1.8.1 Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegÜV)

Das Bundesamt für Justiz wurde vom EJPD beauftragt, die Umsetzungsarbeiten so zu planen, dass der Bundesrat die Verordnung bereits auf den 1. Januar 2014 in Kraft setzen konnte.³⁷

Am 14. Juni 2013 eröffnete das EJPD die schriftliche Anhörung zum Vorentwurf (damals: Verordnung gegen die Abzockerei, VgdA) und zum erläuternden Bericht.³⁸ Bis zum 28. Juli 2013 wurden 71, zum Teil sehr umfangreiche Stellungnahmen eingereicht. Trotz vieler Änderungsvorschläge wurde der Vorentwurf positiv aufgenommen, da er ein gutes Gleichgewicht zwischen den zwingenden Vorgaben der Verfassung und der praxistauglichen Umsetzung darstellte.³⁹ Am 26. August bzw. 5./6. September 2013 wurden die beiden Rechtskommissionen angehört. Auch sie beurteilten den Vorentwurf wohlwollend.

³⁷ Medienmitteilung des EJPD vom 26. März 2013.

³⁸ Medienmitteilung des EJPD vom 14. Juni 2013; erläuternder Bericht des EJPD vom 14. Juni 2013 zum Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA); s. NZZ vom 15. Juni 2013, Nr. 136.

³⁹ Zusammenfassung der Stellungnahmen zum Vorentwurf der Verordnung gegen die Abzockerei des EJPD vom 4. September 2013.

Gestützt auf die Ergebnisse der Anhörungen überarbeitete das EJPD den Vorentwurf und verfasste den Zusatzbericht vom 8. Oktober 2013. Am 20. November 2013 beschloss der Bundesrat, die Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV)⁴⁰ auf den 1. Januar 2014 in Kraft zu setzen.⁴¹

1.1.8.2 Keine direkte Anwendbarkeit von Artikel 95 Absatz 3 BV und Vorrang der VegüV

Das EJPD stufte Artikel 95 Absatz 3 Buchstaben a–d BV als nicht direkt anwendbar ein. Dies ergab sich aus dem programmatischen einleitenden Absatz, der die Vorgaben der Buchstaben a–d als «Grundsätze» bezeichnet. Der Verfassungstext enthält wichtige Aspekte, die in einem Grad auslegungsbedürftig sind, dass nur das Parlament – bzw. in der Übergangsphase der Bundesrat – die Umsetzung mittels Rechtserlass vornehmen darf. Es handelt sich folglich um einen Gesetzgebungsauftrag.

Sämtliche Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 BV sind in einer einzigen Verordnung umgesetzt (s. Ziff. 1.1.8.3 f.). Obschon diese zwangsläufig das Obligationenrecht⁴² teilweise ändert, verzichtete das EJPD darauf, auch formell in das Bundesgesetz einzugreifen, d. h. in einen Rechtserlass des Parlaments. Eine einleitende Bestimmung der VegüV stellt jedoch den auf die Verfassung gestützten Vorrang der Verordnung klar (Art. 1 Abs. 2 Satz 1 VegüV). Dieses Vorgehen hat den Vorteil, dass bei Inkrafttreten der formell-gesetzlichen Ausführungsbestimmungen des Parlaments nur die VegüV aufgehoben werden muss.⁴³

1.1.8.3 Überblick über die Bestimmungen der VegüV

In den Anwendungsbereich der Verordnung vom 20. November 2013 gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften⁴⁴ fallen alle Aktiengesellschaften (AG) gemäss den Art. 620–762 OR, deren Aktien an einer in- oder ausländischen Börse⁴⁵ kotiert sind (Art. 1 Abs. 1 VegüV). Sie haben ihren statutarischen Sitz in der Schweiz und sind in einem kantonalen Handelsregister eingetragen. Ohne Bedeutung sind eine ausländische Mehrheit im Aktionariat, ein Schwerpunkt

⁴⁰ SR 221.331

⁴¹ Medienmitteilung vom 20. November 2013; Zusatzbericht des EJPD vom 8. Oktober 2013 zum Entwurf zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV); S. FLORIAN ZIHLER, Verordnung gegen übermässige Vergütungen, ST 2014/I-2, S. 46 ff.; NZZ vom 10. Dezember 2013, Nr. 287, S. 29 (Aufgeblasene Mängelliste zu den neuen «Minderer»-Regeln).

⁴² SR 220

⁴³ Erläuternder Bericht des EJPD vom 14. Juni 2013 zum Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA) S. 6 f.

⁴⁴ SR 221.331

⁴⁵ Erläuternder Bericht, S. 9.

der Tätigkeit der AG im Ausland⁴⁶ oder die ausländische Vergangenheit der Gesellschaft vor der Sitzverlegung in die Schweiz⁴⁷.

Die GV wählt jährlich und einzeln die Mitglieder des Verwaltungsrats, dessen Präsidenten, die Mitglieder des Vergütungsausschusses und den unabhängigen Stimmrechtsvertreter (Art. 2 ff. VegüV). Jede AG hat folglich einen Vergütungsausschuss, dessen Aufgaben und Zuständigkeiten in den Grundzügen zwingend in den Statuten geregelt sein müssen (Art. 12 Abs. 1 Ziff. 3 VegüV). Dem Ausschuss dürfen auch weitere Aufgaben zugeteilt werden. Die GV muss jährlich getrennt über die Vergütungen des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats abstimmen. Das Ergebnis der Abstimmung hat bindende Wirkung (Art. 18 Abs. 1 und 3 VegüV). In den Statuten müssen die Einzelheiten geregelt werden (Art. 12 Abs. 1 Ziff. 4 VegüV, z. B. prospektive und/oder retrospektive Abstimmung; Genehmigung oder Beschluss mit Antragsmöglichkeiten für die Aktionärinnen und Aktionäre; Abstimmung über die Vergütungen an einzelne Personen; zusätzliche konsultative Abstimmung über den Vergütungsbericht). Die Einzelheiten zum weiteren Vorgehen bei einer Ablehnung der Vergütungen durch die GV können ebenfalls statutarisch geregelt werden (Art. 12 Abs. 2 Ziff. 6, Art. 18 Abs. 2 VegüV).⁴⁸ Bei einer Ablehnung ist es aufgrund der bindenden Wirkung des jährlich zu fällenden Entscheids der GV unzulässig, die im Vorjahr von der GV gutgeheissenen Vergütungen automatisch weiter gelten zu lassen. Die Abstimmung der GV darf nicht zu einer reinen Konsultativabstimmung verkommen.⁴⁹

Der Verwaltungsrat hat die unentziehbare und unübertragbare Aufgabe, jährlich einen Vergütungsbericht zuhanden der GV zu erstellen (Art. 5, Art. 13 ff. VegüV). Die Revisionsstelle muss prüfen, ob die quantitativen Elemente des Vergütungsberichts v. a. der VegüV entsprechen (Art. 17 VegüV).⁵⁰

Der Verwaltungsrat darf die Geschäftsführung nicht ganz oder zum Teil an juristische Personen übertragen. Die Vermögensverwaltung kann er jedoch an juristische Personen delegieren (Art. 6 VegüV).⁵¹

Depot- und Organstimmrecht sind abgeschafft (Art. 11 VegüV). Die einzige zulässige Art der institutionellen Stimmrechtsvertretung wird durch die unabhängige Stimmrechtsvertretung vollzogen, die von der GV jährlich gewählt wird (Art. 8 ff. VegüV). Die Gesellschaft stellt sicher, dass die Aktionärinnen und Aktionäre dieser auch elektronisch Vollmachten und Weisungen erteilen können (*indirect voting*).⁵² Dauervollmachten/-weisungen sind unzulässig.⁵³

Die Statuten müssen Angaben zu bestimmten Aktivitäten und Anstellungsverhältnissen der Organe sowie zu den Aufgaben/Zuständigkeiten des Vergütungsaus-

⁴⁶ Sonst wären vermutlich sämtliche grossen Gesellschaften aus dem Geltungsbereich gefallen. Dies wäre mit dem Wortlaut bzw. Sinn und Zweck von Artikel 95 Absatz 3 BV nicht zu vereinbaren gewesen.

⁴⁷ S. NZZ vom 19. September 2013, Nr. 217 (Eine kühne Achtergruppe, Firmen wollen Ausnahmeklausel für Minder-Initiative) und die damit im Zusammenhang stehende Stellungnahme der Swiss-American Chamber of Commerce vom 23. Juli 2013.

⁴⁸ Zusatzbericht des EJPD vom 8. Oktober 2013 zum Entwurf zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), S. 10 f.

⁴⁹ Zusatzbericht, S. 11.

⁵⁰ Erläuternder Bericht, S. 19; Zusatzbericht, S. 8.

⁵¹ Zusatzbericht, S. 4 f.

⁵² Erläuternder Bericht, S. 15.

⁵³ Zusatzbericht, S. 6.

schusses und zum Genehmigungsmechanismus enthalten (Art. 12 Abs. 1 VegüV).⁵⁴ Abgangsschädigungen, Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden, und Provisionen für Umstrukturierungen sind untersagt (Art. 20 VegüV).⁵⁵ Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats für zusätzliche Leistungen bei Konzerngesellschaften sind zulässig, wenn sie im Vergütungsbericht offengelegt und von der GV genehmigt werden (Art. 21 VegüV).⁵⁶

Vorsorgeeinrichtungen, die dem Freizügigkeitsgesetz vom 17. Dezember 1993⁵⁷ unterstehen, müssen ihre Stimmrechte aus Aktien einer in den Geltungsbereich fallenden AG im Interesse der Versicherten ausüben (Art. 22 VegüV). Die Stimmpflicht betrifft auch indirekt gehaltene Aktien, sofern die Vorsorgeeinrichtung den Fonds kontrolliert oder ihr ein Stimmrecht eingeräumt wird. Sie erfasst jedoch nur Aspekte der VegüV, z. B. die Abstimmungen über die Vergütungen.⁵⁸ Das Interesse der Versicherten gilt als gewahrt, wenn die Ausübung des Stimmrechts dem dauernden Gedeihen der Vorsorgeeinrichtung entspricht. Entscheidend sind also Langzeitperspektiven.⁵⁹ Die Vorsorgeeinrichtungen müssen gegenüber ihren Versicherten offenlegen, wie sie abgestimmt haben (Art. 23 VegüV).

Verstösse gegen gewisse Vorschriften der VegüV werden strafrechtlich geahndet. Es wird dabei unterschieden zwischen den obersten Leitungs- und Verwaltungsorganen der AG (Art. 24 VegüV) und der Vorsorgeeinrichtung (Art. 25 VegüV). In beiden Fällen handelt es sich um Offizials- und echte Sonderdelikte.⁶⁰ Die Organmitglieder müssen wider besseren Wissens handeln; eine eventual-vorsätzliche Tatbegehung ist folglich ausgeschlossen.⁶¹

1.1.8.4 Zeitliche Geltung der VegüV

Die Verordnung vom 20. November 2013 gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV)⁶² gilt seit dem 1. Januar 2014 (Art. 33 VegüV). Aufgrund der Übergangsbestimmungen (Art. 26 ff. VegüV) wird sie zusammen mit den Strafbestimmungen stufenweise wirksam.

Die VegüV ist zeitlich nicht befristet. Gestützt auf Artikel 197 Ziffer 10 BV⁶³ wird aber der Bundesrat die Verordnung auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der formell-gesetzlichen Ausführungsbestimmungen aufheben. Mit dem vorliegenden Vorentwurf wird ein erster Schritt in Richtung der formell-gesetzlichen Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV getan.

⁵⁴ Zusatzbericht, S. 7 f.

⁵⁵ Zusatzbericht, S. 11 f.

⁵⁶ Erläuternder Bericht, S. 27.

⁵⁷ SR **831.42**

⁵⁸ Zusatzbericht, S. 12.

⁵⁹ Zusatzbericht, S. 12 f.

⁶⁰ Erläuternder Bericht, S. 34 ff.; Zusatzbericht, S. 15 f.

⁶¹ Zusatzbericht, S. 15 und 18.

⁶² SR **221.331**

⁶³ SR **101**

1.1.9

Rückweisung des Entwurfs vom 21. Dezember 2007 und parlamentarischer Auftrag

Sowohl der Nationalrat als auch der Ständerat haben Mitte 2013 den seit Herbst 2010 sistierten Entwurf 2007 und faktisch auch die aktienrechtlichen Bestimmungen des Entwurfs 2008 an den Bundesrat zurückgewiesen. Sie haben ihn dabei beauftragt, die Bestimmungen zur Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV⁶⁴ in den Entwurf von 2007 einzubauen.⁶⁵

Der Bundesrat nimmt diesen Auftrag zum Anlass, um im vorliegenden Vorentwurf punktuelle Anpassungen und Verbesserungen an den Bestimmungen des Entwurfs 2007 vorzunehmen. Zudem greift er dem Parlament und der allgemeinen Öffentlichkeit wichtig erscheinende Aspekte auf.

1.2

Einheitliche Vorlage in zweifacher Hinsicht

Der Vorentwurf umfasst bewusst eine einheitliche Revision des Aktienrechts. Er sieht weder eine Zweiteilung des Aktienrechts (Gesellschaften mit börsennotierten/nicht börsennotierten Aktien) noch eine separate Vorlage für die Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV vor. Auf beide Arten des «Splittings» wurde im Rahmen der Beratung der Aktienrechtsrevision von 2007 ausdrücklich verzichtet:

- Die Rechtskommission des Nationalrats hat die eigene Idee der Zweiteilung des Aktienrechts (s. Ziff. 1.1.4)⁶⁶ im Frühling 2013 fallen gelassen.⁶⁷
- Sowohl der Nationalrat als auch der Ständerat haben Mitte 2013 die Aktienrechtsrevision von 2007 an den Bundesrat zurückgewiesen. Sie haben ihn dabei beauftragt, die Bestimmungen zur Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV (Volksinitiative «gegen die Abzockerei») in den Entwurf 2007 einzubauen.⁶⁸

Im Vorentwurf wird deshalb bewusst darauf verzichtet, eine Vorlage zur Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV und eine Vorlage zur restlichen Aktienrechtsrevision vorzulegen:

- Nach vielen Jahren politischer Turbulenzen in der Beratung der Aktienrechtsrevision ist es notwendig, dass eine einheitliche Vorlage in die Vernehmlassung geschickt und später dem Parlament vorgelegt wird. Die Wahrung der inhaltlichen Kohärenz und damit eng verbunden der Rechtssicherheit lässt sich nur dadurch sicherstellen. Zudem lässt sich eine klare Trennung nicht vornehmen. Bestimmungen beispielsweise zum elektronischen Forum für die Aktionärinnen und Aktionäre im Vorfeld der GV, zur Verwendung elektronischer Mittel, zu den Dispoaktien, zur Präzisierung der Sorgfaltspflicht und zur Rückerstattungsklage lassen sich mit guten Argumenten beiden Vorlagen zuordnen. Oftmals betreffen sie zudem sowohl börsennotierte als auch nicht börsennotierte Gesellschaften. Hinzu kommt, dass selbst innerhalb einer Bestimmung Aufteilungen vorgenommen werden müssten. Dies würde die parlamentarische Beratung zu-

⁶⁴ SR 101

⁶⁵ AB 2013 N 884 ff.; AB 2013 S 568 ff.

⁶⁶ Medienmitteilung der RK-N vom 30. Oktober 2009.

⁶⁷ Medienmitteilung der RK-N vom 26. April 2013.

⁶⁸ AB 2013 N 884 ff.; AB 2013 S 568 ff.

sätzlich erschweren, zumindest spätestens ab dem Zeitpunkt, wo beide Vorlagen sich in der parlamentarischen Beratung befinden würden. Eine Zweiteilung lässt sich also sachlich nicht sauber begründen und würde ein grosses Potenzial an inhaltlichen und formellen Kohärenzproblemen aufweisen.

- Bereits bei der Abspaltung des Rechnungslegungsrechts vom Aktienrecht im Rahmen der Aktienrechtsrevision von 2007 (s. Ziff. 1.1.1), die vom Umfang und von der Komplexität her als deutlich geringer einzustufen ist als eine Aufteilung der gesamten Aktienrechtsrevision, ist es zu Kohärenzproblemen gekommen (u. a. bei der Behandlung eigener Aktien, der Buchführung/Rechnungslegung in fremder Währung und den Bestimmungen zu den Reserven).
- Mit einer Zweiteilung würde kaum Zeit gewonnen. Gerade die Aspekte zur Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV waren und sind umstritten. Auch die mit ihnen verbundenen Bereiche – u. a. die Bestimmungen zum Konkurrenzverbot und zu den Antrittsprämien – werden umstritten sein. Eine Zweiteilung wäre nur gerechtfertigt, wenn sich garantieren liesse, dass dadurch das Parlament die Vorschriften zur Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV deutlich schneller beraten und verabschieden könnte. Davon kann jedoch aufgrund der langjährigen Erfahrungen aus der Beratung des Entwurfs 2007 und der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» sowie den politischen Vorstössen nicht ausgegangen werden. Eine Zweiteilung birgt zudem das Risiko in sich, dass die gleichen Anträge doppelt eingereicht würden, was eine doppelte Beratung und einen zusätzlichen Zeitverlust zur Folge hätte.

1.3 Die beantragte Neuregelung

1.3.1 Kapital und Reserven

1.3.1.1 Aktienkapital in fremder Währung

Mangelnde Kohärenz zwischen Aktien- und Rechnungslegungsrecht

Das neue Rechnungslegungsrecht lässt die Buchführung und Rechnungslegung in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen, fremden Währung zu (Art. 957a Abs. 4, 958d Abs. 3 OR). Diese entspricht der funktionalen Währung, also der Währung des primären wirtschaftlichen Umfelds des Unternehmens,⁶⁹ und muss gegenüber dem Schweizer Franken frei konvertierbar sein. Da es sich beim Abschluss in der funktionalen Währung weiterhin um einen OR-Abschluss und nicht um einen Abschluss nach ausländischem Recht oder nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung handelt, sind sämtliche Vorgaben des Obligationenrechts einzuhalten, so z. B. das Vorsichtsprinzip und die Bewertungsvorschriften. Erfolgt die Rechnungslegung nicht in Schweizer Franken, müssen die Werte der Bilanz, der Erfolgsrechnung und

⁶⁹ S. Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Buchführung und Rechnungslegung», Zürich 2014, S. 45 f.

des Anhangs zusätzlich in Schweizer Franken angegeben werden (Art. 958d Abs. 3 OR).⁷⁰

Das Aktienkapital muss gemäss geltendem Recht auf Schweizer Franken lauten (Art. 621 OR).⁷¹ Daraus ergibt sich, dass es auch in Schweizer Franken ins Handelsregister eingetragen wird (Art. 45 Abs. 1 Bst. h HRegV).⁷² Die weiteren kapitalbezogenen Bestimmungen des Aktienrechts wurden mit dem neuen Rechnungslegungsrecht ebenfalls nicht verändert. Auch die Reserven sind in Schweizer Franken zu führen. Entsprechend beziehen sich die Beschlüsse der GV zur Genehmigung der Jahresrechnung und zur Verwendung des Bilanzgewinns (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 und 4 OR) weiterhin auf Schweizer Franken.⁷³ Das Aktienkapital und die Reserven in Schweizer Franken bilden zudem die Bezugsgrössen zur Bestimmung, ob ein Kapitalverlust oder sogar eine Überschuldung vorliegt (Art. 725 OR, Art. 6 Abs. 1 FusG⁷⁴).⁷⁵

Auch nach Inkrafttreten des neuen Rechnungslegungsrechts stellt sich deshalb die Frage, ob die Grundsätze ordnungsgemässer Rechnungslegung (Art. 958c Abs. 1 OR) und die Bewertungsvorschriften (Art. 960 ff. OR) nur auf den OR-Abschluss in fremder Währung (in dieser funktionalen Währung wird die Buchhaltung geführt und der Jahresabschluss erstellt) oder zusätzlich auch auf den umgerechneten Jahresabschluss in Schweizer Franken anzuwenden sind. Gemäss Praxis zum bisherigen Recht sind die Vorgaben des Rechnungslegungsrechts nicht nur auf einen OR-Abschluss in fremder Währung, sondern auch auf den OR-Abschluss in Schweizer Franken anzuwenden. Dieser muss folglich die historischen Werte (Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten) in Schweizer Franken berücksichtigen und dem Vorsichtsprinzip genügen. Damit werden historische Werte in Schweizer Franken im Zusammenhang mit der Umrechnung massgebend, obschon sämtliche oder zumindest die meisten Anschaffungen in der funktionalen fremden Währung erfolgten. In diesem Fall kann eine Jahresrechnung in Fremdwährung nicht nur mittels einfachen Dreisatzes zum Stichtags- oder Durchschnittskurs umgerechnet werden, da die so ermittelten Resultate in Schweizer Franken u. a. dem Vorsichtsprinzip nicht genügen könnten. Im Umfang der Veränderung der Fremdwährungskurse können Umrechnungsdifferenzen entstehen, deren Ermittlung und Behandlung eine weitere Schwierigkeit bei der Erstellung des Jahresabschlusses in Schweizer Franken bilden. In extremen Fällen kann sich ein Jahresgewinn in funktionaler fremder Währung durch die Umrechnung und die erneute Anwendung des Vorsichtsprinzips in einen Jahresverlust in Schweizer Franken verwandeln.⁷⁶

⁷⁰ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1589, 1703.

⁷¹ Dies z. B. im Gegensatz zur Kommanditsumme, bei der das Obligationenrecht die Schweizer Währung nicht zwingend vorschreibt (Art. 608 OR, Art. 41 Abs. 2 Bst. g HRegV); s. RINO SIFFERT, Art. 41 N 23, in: Rino Siffert/Nicholas Turin, Stämpfli's Handkommentar (HRegV), Bern 2013.

⁷² S. ADRIAN TAGMANN, Art. 45 N 12, in: Rino Siffert/Nicholas Turin, Stämpfli's Handkommentar (HRegV), Bern 2013.

⁷³ S. PETER BÖCKLI, Neue OR-Rechnungslegung, ST 2012/11, S. 830.

⁷⁴ SR 221.301

⁷⁵ S. HANSPETER WÜSTINER, Art. 725 N 18 ff., in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

⁷⁶ S. RENÉ BUCHMANN/JOLANDA DOLENTE, Rechnungslegung in Fremdwährung, ST 2012/11, S. 890 ff. mit konkreten Zahlenbeispielen.

Abhilfe in der Praxis⁷⁷

Basierend auf Artikel 958 Absatz 1 OR, wonach die Rechnungslegung die wirtschaftliche Lage des Unternehmens so darstellen soll, dass sich Dritte ein zuverlässiges Urteil bilden können, werden die obligationenrechtlichen Vorschriften zur Rechnungslegung (Imparitätsprinzip, Anschaffungskostenprinzip etc.) in einer für die Geschäftstätigkeit wesentlichen Währung (Fremdwährung) auf diese Währung angewendet. Der *Buchhaltung* können keine Werte mehr in Schweizer Franken entnommen werden. Für die *Rechnungslegung* und zur Bestätigung der Konformität der Jahresrechnung mit den obligationenrechtlichen Vorschriften durch die Revisionsstelle sind grundsätzlich die Werte in Fremdwährung massgebend. Die Angabe der Werte in Schweizer Franken erfolgt nur zur Orientierung der Leserin und des Lesers der Jahresrechnung. Sie bilden keine Basis für ein zuverlässiges Urteil.

Für die Beurteilung der *gesellschaftsrechtlichen* Fragen ist aber weiterhin die Landeswährung massgebend, da sich die Bestimmungen zum Eigenkapital und insbesondere die Kapitalschutzvorschriften an der Landeswährung orientieren. Der Antrag zur Verwendung des Bilanzgewinns wird in Fremdwährung und in Schweizer Franken dargestellt. Zur Beurteilung der maximalen Ausschüttung bleibt jedoch der Schweizer Franken massgebend. Aus Vorsichtsgründen sind ein allfälliger Kapitalverlust oder eine Überschuldung (Art. 725 OR) sowohl in Schweizer Franken als auch in Fremdwährung darzustellen. Zeigt eine der Darstellungen kritische Werte, so werden die entsprechenden Handlungspflichten des Verwaltungsrats ausgelöst, egal ob der Wert zuerst in Schweizer Franken oder in der Fremdwährung erreicht wird.

Aktienkapital in fremder Währung als Lösung

Die gesellschaftsrechtlichen Rechtsunsicherheiten und Schwierigkeiten, die auch mit der soeben dargestellten Abhilfe in der Praxis nicht vollständig beseitigt werden, lassen sich am einfachsten wie folgt lösen: Der Nennwert der Aktien soll nicht mehr zwingend auf Schweizer Franken lauten.⁷⁸ Es ist ein Aktienkapital in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen fremden Währung zulässig (s. Art. 621). Sämtliche kapitalbezogenen Aspekte (Reservenbildung, Beschluss über die Ausschüttung einer Dividende oder Rückzahlung einer Kapitaleinlage, Feststellung eines Kapitalverlustes/einer Überschuldung) würden sich sodann ausschliesslich auf diesen OR-Jahresabschluss in fremder Währung beziehen. Somit könnte der in der Botschaft 2007 explizit als liberaler Ansatz bezeichnete Art. 958d Abs. 3 OR⁷⁹ auch aktienrechtlich vollendet werden und entsprechende Rechtssicherheit im Bereich des Aktien-, Rechnungslegungs-, Revisions- und Steuerrechts geschaffen werden. Es liessen sich dadurch diejenigen finanziellen Aufwände vermeiden, die nur aufgrund der mangelnden Kohärenz zwischen dem Aktien- und dem Rechnungslegungsrecht bestehen.

⁷⁷ S. Treuhand-Kammer, Ausgewählte Fragen und Antworten zum neuen Rechnungslegungsrecht (Stand 14. Februar 2014), S. 30 ff.

⁷⁸ S. STEPHAN GLANZ/DIETER PFAFF, Kapitalschutz und Steuerbemessung bei Rechnungslegung in Fremdwährung (Art. 958d Abs. 3 OR), ASA 82 20013/2014, Nr. 9, S. 522 f.

⁷⁹ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1589, 1703.

1.3.1.2

Liberierung und Nennwert

Das geltende Recht erlaubt es, dass das Kapital der Aktiengesellschaft bei der Gründung nicht voll liberiert wird (Art. 632 OR). Aufgrund der bedingungslosen Verpflichtung der Gründer, eine dem vollen Ausgabebetrag entsprechende Einlage zu leisten (Art. 630 Ziff. 2 OR), ergibt sich aber die Verpflichtung der Aktionärinnen und Aktionären zu nachträglicher Leistung, wenn anfänglich bloss eine Teilliberierung vorgenommen wurde; Artikel 634a OR regelt die entsprechenden Modalitäten.

Aus der Praxis des Handelsregisteramts ist deutlich erkennbar, dass die grosse Mehrheit aller neu gegründeten Gesellschaften ihre Aktien voll liberiert haben. Nur eine kleine Minderheit nutzt die Möglichkeit der Teilliberierung. Das Konstrukt der Teilliberierung scheint seit der Einführung des neuen GmbH-Rechts nicht mehr zeitgerecht. Mit einem Mindestkapital von 20'000 Franken lässt sich zudem eine Kapitalgesellschaft gründen, die in vielen Bereichen der Aktiengesellschaft ähnlich ist. Mit der zwingenden Vollliberierung würde die gegen den Gesetzeswortlaut verstossende Praxis beendet, dass auch Inhaberaktien teilliberiert ausgegeben werden. Neu gilt daher, dass bei der Gründung resp. Kapitalerhöhung für jede Aktie eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage vollständig geleistet werden muss (s. Art. 632). Dies entspricht dem Vorschlag des Vorentwurfs zur Modernisierung des Handelsregisters,⁸⁰ der vom grössten Teil der Vernehmlassungsteilnehmer als positiv bewertet wurde.⁸¹

Das geltende Aktienrecht beruht im Übrigen auf dem System der Nennwertaktie: Die Statuten weisen der Aktie einen bezifferten Anteil am Aktienkapital zu. Das Gesetz schreibt einen Mindestnennwert vor, der nicht unterschritten werden darf. Die positive wirtschaftliche Entwicklung vieler Gesellschaften führt nun aber dazu, dass der wirkliche Wert der Aktien den rein rechnerischen Nennwert um ein Mehrfaches übersteigt (besonders deutlich erkennbar beim Börsenkurs). Aufgrund des Mindestnennwerts ist eine neue Stückelung oftmals jedoch nicht mehr möglich. Der hoch angesetzte Mindestnennwert des Aktienrechts von 1936 hatte deshalb die Handelbarkeit der Titel negativ beeinflusst. Aus diesem Grund wurde der Mindestnennwert mit der Aktienrechtsrevision von 1991 von 100 auf 10 Franken herabgesetzt. Im Jahre 2001 erfolgte eine weitere Senkung auf einen Rappen (Art. 622 Abs. 4 OR). In speziellen Situationen können sich aber selbst Aktien mit einem Mindestnennwert von einem Rappen nicht als optimal erweisen. Auch bei diesen Aktien kann das Bedürfnis nach einem Aktiensplitting oder einer Nennwertreduktion bestehen. Der Vorentwurf schreibt deshalb neu nur noch vor, dass die Aktien einen Nennwert aufweisen müssen, der grösser ist als null (s. Art. 622 Abs. 4).

Im Gegenzug wird auf die Schaffung unechter nennwertloser Aktien verzichtet. Es handelt sich dabei um eine Aktie, die über keinen festen Nennwert verfügt. Ihr Nennwert kann aber berechnet werden, in dem man das Aktienkapital durch die Anzahl der Aktien teilt.⁸² Diese Aktienform ermöglicht insbesondere ebenfalls das

⁸⁰ Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht sowie Anpassungen im Aktien-, GmbH- und Genossenschaftsrecht) sowie des Revisionsaufsichtsrechts, 2012. S. <https://www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/handelsregister.html>

⁸¹ EJPd, Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse zum Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht sowie Anpassungen im Aktien-, GmbH- und Genossenschaftsrecht) sowie des Revisionsaufsichtsrechts, August 2013.

⁸² S. HANS CASPAR VON DER CRONE, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Nennwertlose Aktien, Zürich/Bern 2001, S. 3 ff.

unbegrenzte Splitting von Aktien. Die Einführung unechter nennwertloser Aktien würde jedoch die Anpassung zahlreicher aktienrechtlicher Regelungen erfordern. Materiell heikel wäre insbesondere die zwingende Neuordnung der Stimmrechtsaktie (Art. 693 Abs. 1 OR).

Mit der vorgeschlagenen Herabsetzung des Nennwerts auf einen beliebigen Bruchteil eines Rappens kann praktisch dasselbe Mass an Flexibilität gewonnen werden wie mit der nennwertlosen Aktie, ohne dass dafür aber grössere Neuregelungen notwendig sind.⁸³ Nachteilig ist allerdings, dass allfällige Aktientitel bei einem Splitting oder einer Nennwertherabsetzung ausgetauscht werden müssen. Bereits heute verzichten jedoch zahlreiche Unternehmen auf die Ausgabe von Aktientiteln. Die Verbriefung dürfte mit dem Bucheffektengesetz⁸⁴ noch weiter zurückgegangen sein. Der erwähnte Nachteil ist daher für die Praxis nur noch von sehr beschränkter Bedeutung.

1.3.1.3 (Beabsichtigte) Sachübernahme

Artikel 628 OR umfasst die qualifizierten Gründungstatbestände der Sacheinlage, der (beabsichtigten) Sachübernahme und der besonderen Vorteile. Alle drei Tatbestände weisen im Vergleich mit einer Bargründung ein erhöhtes Risiko auf, dass das den Gläubigerinnen und Gläubigern als Haftungssubstrat dienende Aktien- und Partizipationskapital von Anfang an nicht vollständig existiert oder aber ausgehöhlt wird. Das geltende Recht sieht daher verschiedene Sicherheitsmassnahmen bei qualifizierten Gründungen vor, namentlich bestimmte Formvorschriften (Art. 631 und 634 OR), einen Gründungsbericht (Art. 635 OR), eine Prüfungsbestätigung (Art. 635a OR) sowie die Publizität in den Statuten (Art. 628 OR) und im Handelsregister (Art. 642 OR).

Die Frage, wann ein Geschäft als Sachübernahme zu qualifizieren ist und bis wann bei einer Sachübernahme *nach* der Gründung oder Kapitalerhöhung noch ein relevanter Zusammenhang mit der Gründung oder Kapitalerhöhung besteht, ist oftmals schwierig zu beantworten. Der Gesetzeswortlaut musste allgemein formuliert werden und ist dadurch in hohem Mass auslegungsbedürftig. Insbesondere bei der beabsichtigten Sachübernahme ist die Abgrenzung in der Praxis äusserst schwierig, da mit der Absicht ein subjektives Element hinzukommt. In vielen Einzelaspekten zum Gestaltungsbereich der Sachübernahmenvorschriften bestehen daher in der Lehre und Praxis unterschiedliche Auffassungen.⁸⁵ Da bei der Verletzung der Normen zur

⁸³ Begleitbericht zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005, S. 24 f.

⁸⁴ Bundesgesetz vom 1. Januar 2013 über Bucheffekten (Bucheffektengesetz, BEG, SR 957.1).

⁸⁵ S. NIKLAUS DIETSCHI, Beabsichtigte Sachübernahmen, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht SSHW, Band 311, Zürich/St. Gallen 2012, N 3.

(beabsichtigten) Sachübernahme die Nichtigkeitsfolge droht,⁸⁶ belastet diese Rechtsunsicherheit die Anwenderinnen und Anwender deutlich.

Im Übrigen wirken die Schutzmechanismen der (beabsichtigten) Sachübernahme sehr selektiv. So kann eine Gesellschaft unmittelbar nach ihrer Gründung Miet- und andere Verträge abschliessen oder sonstige Rechtsgeschäfte vornehmen, ohne dass irgendwelche Schutzmechanismen greifen würden. Auch hier besteht die Gefahr, dass als Haftungssubstrat dienendes Aktien- und Partizipationskapital abfließt. Zu denken ist etwa an die Konstellation, wo sich die Gesellschaft in einer Liegenschaft eines Aktionärs einmietet und diesem einen sehr hohen Mietzins bezahlt.

Mit der Revision des Obligationenrechts vom 16. Dezember 2005 wurde klargestellt, dass echte Drittgeschäfte nicht mehr unter den Tatbestand der (beabsichtigten) Sachübernahme fallen. Das Parlament beschloss, die Bestimmung über die (beabsichtigte) Sachübernahme auf jene Sachverhalte zu beschränken, die im Einflussbereich der Aktionärin oder des Aktionärs oder diesen nahestehenden Personen stehen und die dadurch die Kapitalaufbringung gefährden können (s. Art. 628 Abs. 2 OR). Einige Probleme wurden damit entschärft. In vielen Bereichen besteht aber weiterhin Rechtsunsicherheit.

Mit dem Entwurf 2007⁸⁷ wurde versucht, die (beabsichtigte) Sachübernahme gesetzlich klarer zu regeln und die bestehende Rechtsunsicherheit zumindest teilweise zu beseitigen. Dennoch wäre vieles beim Alten geblieben und die bestehenden Probleme wären nur teilweise gelöst worden.

Neu wird deshalb gänzlich darauf verzichtet, die (beabsichtigte) Sachübernahme als qualifizierten Tatbestand bei einer Gründung oder Kapitalerhöhung zu bezeichnen. Die damit verbundene Statuten- und Registerpublizität entfällt für Sachübernahme-geschäfte und auch die weiteren Sicherheitsvorkehrungen der qualifizierten Gründung/Kapitalerhöhung finden keine Anwendung. So entfällt etwa die Pflicht zur Erstellung eines Gründungs-/Kapitalerhöhungsberichts und einer Prüfungsbestätigung. Diese grundsätzliche Abkehr vom geltenden System mag die Befürchtung wecken, dass damit den Anforderungen an den Kapitalschutz nicht mehr genügend Rechnung getragen wird und die Sacheinlagevorschriften leicht umgangen werden können. Die Übernahme von Vermögenswerten von Aktionärinnen und Aktionären

⁸⁶ BGE **83** II 290: «Die Folge der Nichtbeachtung der Vorschrift von Art. 628 Abs. 2 OR und Art. 636 OR bei der Gründung der Wohnbau A.-G. ist die Nichtigkeit der Übernahme, d. h. des Erwerbes der vier Wohnhäuser durch die Klägerin. Das ergibt sich aus dem Zweck der Vorschrift und ist denn auch die einhellige Auffassung von Rechtsprechung und Schrifttum (...). Die Nichtigkeit ist absolut, und der ungültige Übernahmevertrag kann daher nicht gültig werden durch Zeitablauf, Erfüllung oder einfache Genehmigung durch die Gesellschaft (BGE **64** II 282). Heilbar ist der Mangel durch Statutenänderung gemäss Art. 628 und 636 OR und durch Handelsregistereintrag. Weil eine einfache Genehmigung durch die Gesellschaft den Mangel nicht zu beheben vermag, ist es entgegen der Meinung der Beklagten ohne rechtliche Bedeutung, dass die Generalversammlung der Klägerin vom 13. Januar 1953 den ersten Geschäftsbericht, Bilanz sowie Gewinn- und Verlustrechnung genehmigte und den Verwaltungsrat entlastete.»

⁸⁷ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl **2008** 1589, 1640 f.

oder diesen nahestehenden Personen unterliegt aber (schon heute) den Vorschriften des Kapitalerhaltungs- und Verantwortlichkeitsrechts.⁸⁸

So greifen der Rückerstattungstatbestand von Artikel 678, der durch den Vorentwurf mit einem präziseren Absatz zwei ergänzt wird, und das Verbot der Einlagerückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR). Ein Sachübernahmengeschäft mit einer Aktionärin oder einem Aktionär zu Drittkonditionen stellt als reiner Tausch von Aktiven keine Gefahr für den von Artikel 680 OR geschützten Bereich dar. Erfolgt die Sachübernahme hingegen überbewertet, so kann materiell eine verbotene Einlagerückgewähr vorliegen, sofern in das von Artikel 680 OR geschützte Kapital eingegriffen wird. In aller Regel werden bei einem Verstoß gegen das Verbot der Einlagerückgewähr durch eine Sachübernahme auch die Voraussetzungen einer verdeckten Gewinnausschüttung erfüllt sein. Der Rückerstattungstatbestand von Artikel 678 wirkt weniger selektiv als die Sachübernahmebestimmungen. Nicht nur die Übernahme von Vermögenswerten kann ein Rückerstattungsanspruch begründen, sondern auch der Abschluss von anderen Rechtsgeschäften, sofern die Leistung in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung steht (s. Art. 678 Abs. 2).

Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit (beabsichtigten) Sachübernahmen werden sodann von der Haftung nach Artikel 754 OR erfasst; zu denken ist etwa an den Fall einer Überbewertung des übernommenen Vermögenswertes (s. Art. 717 Abs. 1 i.V.m. Art. 754 OR).

Hinzu kommen zivilprozessuale Erleichterungen für die Erhebung von Rückerstattungs- und Verantwortlichkeitsklagen, indem das Prozesskostenrisiko reduziert wird (s. Art. 697j f., Art. 107 Abs. 1^{bis} VE ZPO).

Auch die präziseren Vorschriften zur kaufmännischen Buchführung und Rechnungslegung⁸⁹ haben Schutzfunktionen im Zusammenhang mit der Übernahme von Vermögenswerten. Mit der Übernahme des fraglichen Vermögenswertes durch die Gesellschaft entsteht die Pflicht zu dessen Aktivierung (Art. 959 Abs. 2 OR) nach den Grundsätzen der ordnungsmässigen Rechnungslegung (Art. 957a Abs. 2, Art. 958c Abs. 1 OR). Erwirbt die Gesellschaft einen Vermögenswert zu einem überhöhten Preis und stellt sie ihn zu diesem Wert in der Bilanz ein, so handelt sie womöglich widerrechtlich (Verstoß gegen die Grundsätze der Bilanzwahrheit, der Vorsicht sowie der jeweils einschlägigen Bewertungsvorschriften).⁹⁰ Etwaige wesentliche Wertberichtigungen oder Abschreibungen innert kurzer Zeit können zudem deutliche Überbewertungen beim Erwerb von Vermögenswerten und somit allfällige verdeckte Gewinnausschüttungen oder die Rückgewähr von Einlagen aufdecken, womit die entsprechenden Kapitalerhaltungs- und Verantwortlichkeitstatbestände greifen.

Die Gläubigerinnen und die Gläubiger werden durch konkursrechtliche Vorschriften geschützt,⁹¹ die mit dem Vorentwurf ebenfalls präzisiert und verschärft werden

⁸⁸ S. NIKLAUS DIETSCHI, Beabsichtigte Sachübernahmen, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht SSHW, Band 311, Zürich/St. Gallen 2012, N 653, Fussnote 1611.

⁸⁹ Neues Rechnungslegungsrecht, in Kraft seit 1. Januar 2013.

⁹⁰ S. HANS PETER WALTER/MAJA BLUMER, «Sieben Thesen und Denkanstöße zur Sachübernahme», in: ROBERT WALDBURGER/CHARLOTTE M. BAER/URSULA NOBEL/BENNO BERNET (Hrsg.), Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, S. 412.

⁹¹ Zur paulianischen Anfechtungsklage im Zusammenhang mit Sachübernahmengeschäften s. NIKLAUS DIETSCHI, Beabsichtigte Sachübernahmen, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht SSHW, Band 311, Zürich/St. Gallen 2012, N 464.

(s. Art. 725 ff.). Ein Gläubigerschutz zu einem früheren Zeitpunkt ist nicht notwendig. Solange die Gesellschaft nämlich nicht im Konkurs ist, haben die Gläubigerinnen und die Gläubiger keinen Schaden. Wenn eine Forderung fällig ist und von der Gesellschaft nicht bezahlt wird, dann steht den Gläubigerinnen und Gläubigern eine ganze Palette konkurs- und betreibungsrechtlicher Rechtsbehelfe zu.

Auch strafrechtliche Haftungsfolgen fallen in Betracht, so etwa Artikel 152 StGB⁹² (unwahre Angaben über kaufmännische Gewerbe), Artikel 158 StGB (ungetreue Geschäftsbesorgung), Artikel 163 StGB (Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbezug), Artikel 164 StGB (Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung) und Artikel 165 StGB (Misswirtschaft).

Der Anwendungsbereich der aufgezeigten nicht sachübernahmespezifischen Schutzmechanismen ist ausserdem nicht auf Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit einer Gründung oder Kapitalerhöhung beschränkt. Die diversen Haftungs- und Schutztatbestände im Zusammenhang mit der Übernahme von Vermögenswerten zeigen, dass bei Geschäften, die sich deutlich auf das Vermögen und/oder die Liquidität der Gesellschaft auswirken können, die Verwaltungsrätinnen und Verwaltungsräte so oder so gut beraten sind, eine neutrale Fairness-Opinion zur Bewertung und Aktivierbarkeit des zu übernehmenden Vermögenswertes einzuholen.

Die bestehenden Schutzmechanismen, die mit dem Vorentwurf sogar punktuell verschärft werden, schützen das Kapital ausreichend und werden eine noch stärker disziplinierende Wirkung auf die Kapitalaufbringung erlangen. Damit ist die ersatzlose Streichung von Artikel 628 Absatz 2 OR gerechtfertigt.⁹³

1.3.1.4 Kapitalherabsetzung und Kapitalband

Die heutige gesetzliche Regelung der Kapitalherabsetzung ist – im Unterschied zur Kapitalerhöhung – rudimentär und weist Unklarheiten und Lücken auf. Sie ist sachlich problematisch, da der Revisionsbericht *vor* dem Aufruf an die Gläubigerinnen und Gläubiger erstellt werden muss (Art. 732 OR). Zu diesem Zeitpunkt steht aber noch nicht fest, ob Forderungen gegenüber der Gesellschaft bestehen, die in den Geschäftsbüchern nicht verzeichnet sind. Weiter wird die gesetzliche Regelung zum Teil so ausgelegt, dass zwei Beschlüsse der GV erforderlich sind; dies ist für die Praxis aber oft zu schwerfällig. Aufgrund der Mängel des geltenden Rechts ist eine Neuordnung erforderlich. Im Rahmen einer konsolidierten Konzeption wird die Kapitalherabsetzung mit den verschiedenen Arten der Kapitalerhöhung neu in einem Kapitel zu den Kapitaländerungsverfahren zusammengefasst (s. Art. 650 ff.). Auf eine Regelung der Kapitalherabsetzung mit Maximal- und Minimalbetrag wird verzichtet. Für ein entsprechendes Vorhaben steht neu das Rechtsinstitut des Kapitalbands zur Verfügung.

⁹² SR 311.0

⁹³ Eine entsprechende Lösung haben bereits HANS PETER WALTER/MAJA BLUMER ins Auge gefasst («Allerdings bleibt auch bei diesen «Symptomtherapien» das un gute Gefühl, eine im Weg stehende sperrige Tanne solle auf ein Bonsai-Format gestutzt anstatt gefällt werden. Vielleicht wäre daher gar eine Radikallösung zu bedenken und die Bestimmung von Art. 628 Abs. 2 OR ersatzlos zu streichen.»). S. im Detail «Sieben Thesen und Denkanstösse zur Sachübernahme», in: ROBERT WALDBURGER/CHARLOTTE M. BAER/URSULA NOBEL/BENNO BERNET (Hrsg.), Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, S. 405 ff.

Mittels des Kapitalbands soll die GV den Verwaltungsrat ermächtigen können, das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital während einer Dauer von maximal fünf Jahren innerhalb einer bestimmten Bandbreite zu erhöhen und herabzusetzen (s. Art. 653s ff.). Der Beschluss wird ins Handelsregister eingetragen. Nach unten wird das Kapitalband durch das Basiskapital begrenzt, welches das Aktienkapital höchstens um die Hälfte unterschreiten darf. Das Basiskapital übernimmt beim Kapitalband die Funktion einer Sperrziffer, wie sie nach geltendem Recht dem Aktienkapital zukommt. Nach oben wird das Kapitalband durch das Maximalkapital begrenzt. Dieses darf das im Handelsregister eingetragene Kapital um höchstens die Hälfte überschreiten.

Bei der Kapitalherabsetzung wird der Gläubigerschutz zum Teil auf den Zeitpunkt der Schaffung des Kapitalbands vorverlegt (s. Art. 653w Abs. 1). Dies ermöglicht dem Verwaltungsrat, die Kapitalherabsetzungen ohne vorgängige Aufforderung an die Gläubiger und ohne Prüfungsbestätigung durch eine Revisorin oder einen Revisor vorzunehmen. Gesellschaften, die ein Kapitalband beschlossen haben, müssen ihre Jahresrechnung mindestens eingeschränkt prüfen lassen. Der Verzicht auf die eingeschränkte Revision ist zum Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger nicht möglich (s. Art. 653s Abs. 1, 727a Abs. 2). Der nachträgliche Gläubigerschutz gemäss Entwurf 2007⁹⁴ vermochte nicht zu überzeugen.⁹⁵

Die GV kann den Ermessensspielraum des Verwaltungsrats einschränken. So kann sie beispielsweise bestimmen, dass der Verwaltungsrat das Aktienkapital nur erhöhen darf. Das Kapitalband gleicht sich in diesem Fall der heutigen genehmigten Kapitalerhöhung an. Ermächtigt die GV dagegen den Verwaltungsrat nur zur Herabsetzung des Kapitals, so entspricht das Kapitalband einer genehmigten Kapitalherabsetzung. Neben dem Kapitalband besteht folglich kein Bedarf für eine genehmigte Kapitalerhöhung oder -herabsetzung. Deshalb können die geltenden Bestimmungen zur genehmigten Kapitalerhöhung aufgehoben werden.

1.3.1.5 Reserven

Die Bestimmungen zu den Reserven (s. Art. 671 ff.) werden entsprechend dem Entwurf 2007⁹⁶ an das neue Rechnungslegungsrecht (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 OR) angepasst.

Die Rückzahlung von Kapital- und Gewinnreserven an die Aktionärinnen und Aktionäre wird weniger einschränkend geregelt. Dies war insbesondere ein Anliegen des Ständerats (s. Art. 671 Abs. 2 Ziff. 4). Hingegen wird u. a. zum Gläubigerschutz und zur Sicherung der Liquidität der Gesellschaft eine Prüfpflicht eingeführt (s. Art. 671 Abs. 3).

Im Gegensatz zum Entwurf 2007⁹⁷ wird die Möglichkeit, Beteiligungen und Grundstücke zur Beseitigung einer Unterbilanz aufzuwerten (Art. 670, 671b OR), nicht

⁹⁴ Art. 653x E 2007 (BBl **2008** 1589, 1655 f. und 1765).

⁹⁵ S. LUKAS GLANZMANN, Die grosse Aktienrechtsrevision, in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/Jörg, Florian S., Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Bern 2009, S. 229 f.

⁹⁶ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl **2008** 1589, 1659 ff.

mehr aufgehoben. Sie wird aber bei den neuen Bestimmungen zur Sanierung im OR integriert (s. Art. 725c).

Weist die Gesellschaft einen Bilanzverlust auf, sind die Rückzahlung von gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven sowie die ordentliche Kapitalherabsetzung unzulässig (s. Art. 677a).

1.3.2 Private Equity-Unternehmen und Hedge-Fonds

1.3.2.1 «Heuschrecken»-Debatte in Deutschland

Am 22. November 2004 hielt der SPD-Spitzenpolitiker FRANZ MÜNTEFERING zum Grundsatzprogramm 2005 seiner Partei die Rede «Freiheit und Verantwortung». Gegen Ende seiner Rede hielt er Folgendes fest: «Zum Beispiel aber auch, wenn es darum geht, in der globalisierten Wirtschaft die Rechte derer zu schützen, die hilflos sind, wenn anonyme Aktionäre ihnen die Arbeitsplätze zerstören. Wir müssen denjenigen Unternehmern, die die Zukunftsfähigkeit ihrer Unternehmen und die Interessen ihrer Arbeitnehmer im Blick haben, helfen gegen die verantwortungslosen Heuschreckenschwärme, die im Vierteljahrestakt Erfolg messen, Substanz absaugen und Unternehmen kaputtgehen lassen, wenn sie sie abgefressen haben. Kapitalismus ist keine Sache aus dem Museum, sondern brandaktuell.»⁹⁸

Konkrete Beispiele für die Metapher der Heuschrecken, deren Ursprung in der Zoologie und der achten ägyptischen Plage des Alten Testaments liegt, erwähnte MÜNTEFERING nicht. Trotzdem löste er zum Teil sehr hitzig geführte Diskussionen in Deutschland aus, die sich übers gesamte 2005 hinzogen.

Aus den Diskussionen wurde erkennbar, dass v. a. US-amerikanische Finanzinvestoren in Form von *Private Equity-Unternehmen* und *Hedge-Fonds* als Heuschrecken betrachtet wurden.⁹⁹

Private Equity wird meistens als Oberbegriff für alle Formen des privaten Beteiligungskapitals verwendet. Die Beteiligung erfolgt dabei auf mittelfristige Sicht. Je nach Reifegrad der Unternehmen, in die investiert wird, lassen sich Venture Capital-Unternehmen und *Private Equity-Unternehmen* unterscheiden. Erstere beteiligen sich an jungen Unternehmen in der Gründungs- und Wachstumsphase; letztere an reifen oder sanierungsbedürftigen Gesellschaften.

Im Gegensatz zu *Private Equity-Unternehmen*, die sich in der Regel mehrere Jahre engagieren und wesentlichen Einfluss auf die strategischen Entscheidungen der Unternehmensleitung nehmen, zeichnen sich *Hedge-Fonds* traditionell durch einen kurzfristigen Planungshorizont aus. Sie investieren fast ausschliesslich in börsennotierte Gesellschaften, um Kursgewinne zu erzielen. Die Grenze zwischen *Hedge-Fonds* und *Private Equity-Unternehmen* ist jedoch zunehmend fließend geworden. Gerade *Hedge-Fonds* nehmen immer stärker auch Einfluss auf das oberste Kader.¹⁰⁰

⁹⁷ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1589, 1658.

⁹⁸ S. <http://www.franz-muntefering.de/reden/pdf/19.11.04.pdf>, S. 6.

⁹⁹ S. etwa Stern online vom 28. April 2005 (Die Namen der «Heuschrecken»).

¹⁰⁰ S. Jahresgutachten 2005/06 des Sachverständigenrats, S. 464.

In den Debatten wurde der Eindruck erweckt, dass sich Finanzinvestoren in die Kategorien gut/böse einteilen lassen und dass es Personen und Gruppierungen gibt, die zur Vornahme der Unterscheidung fähig sind.

Als Folge dieser Diskussionen griff der deutsche Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung (Sachverständigenrat)¹⁰¹ in seinem Jahresgutachten 2005/06 die Thematik auf. Er hielt fest, dass viele der genannten Argumente deutlich zu kurz greifen. Hedge-Fonds und Private Equity-Unternehmen tragen zur Effizienz der Finanzmärkte bei. Sie unterstützen den Preisbildungsprozess, erhöhen die Diversifikationsmöglichkeiten der Anlegerinnen und Anleger, sind in der Lage, höhere Risiken von anderen Marktteilnehmern zu übernehmen, und eröffnen für die Unternehmen neue Finanzierungsmöglichkeiten. Im Vordergrund der Diskussionen im 2005 hätten die Risiken für Unternehmen gestanden, über die kurzfristig orientierte Finanzinvestoren – Heuschrecken gleich – herfielen, sie abgrasten und dann weiterzögen. Der Sachverständigenrat hielt fest, dass diese einfache Argumentationslinie ökonomisch nicht begründet ist, da sie unterstellt, dass Investoren systematisch den Wert des Unternehmens zerstören, ihre Beteiligung dann aber gleichwohl mit Gewinn veräußern können.

Die stärksten Ängste rief die vermeintliche soziale Kälte der Finanzinvestoren hervor. Konkret werde befürchtet, dass diese zur Erhöhung des Gewinns systematisch Arbeitsplätze abbauen würden. Dazu hielt der Sachverständigenrat fest, dass ein Zielkonflikt zwischen hoher Rendite und hoher Beschäftigung allenfalls kurzfristig bestehen könne. Langfristig könnten aber nur dauerhaft ertragsstarke Unternehmen einen hohen Beschäftigungsstand halten oder diesen sogar ausbauen. So würden Übernahmen durch Finanzinvestoren insbesondere dann zu einer Schaffung neuer Arbeitsplätze führen, wenn neue Geschäftsideen realisiert würden. Stehe hingegen in Unternehmen ohnehin ein Beschäftigungsabbau an, weil z. B. in der Vergangenheit notwendige Anpassungen versäumt worden seien oder zu wenig auf die Steigerung des Unternehmenswerts geachtet worden sei, so könnten die Arbeitsplatzverluste nur bedingt den Finanzinvestoren zur Last gelegt werden. Das Auftreten der Finanzinvestoren führe dazu, dass ohnehin notwendige Anpassungen durchgeführt werden. Genau genommen sei es allerdings im Einzelfall nur schwer möglich, die Frage nach den Beschäftigungswirkungen zu beantworten, da hierzu eigentlich ein Vergleich mit der Beschäftigungsentwicklung vorgenommen werden müsste, die das Unternehmen ohne die Tätigkeit der Finanzinvestoren aufgewiesen hätte. Empirische Untersuchungen über die Auswirkungen von Private Equity-Unternehmen, die für verschiedene Länder vorlägen, würden mehrheitlich zeigen, dass Private Equity-finanzierte Unternehmen verglichen mit ähnlichen, aber anderweitig finanzierten Unternehmen überdurchschnittlich wachsen, mehr Arbeitsplätze schaffen und einen höheren Anteil von Forschungs- und Entwicklungsinvestitionen aufweisen würden. Auch wenn solche Analysen angesichts geringer Fallzahlen und möglicher Selektionsverzerrungen mit Vorsicht zu interpretieren seien, würden sie in der Tendenz auch von Studien gestützt, die mit mikroökonomischen Schätzverfahren das Selektionsproblem zu lösen suchen. So komme eine Untersuchung für Deutschland zum Ergebnis, dass sich durch eine Venture Capital-Beteiligung das durchschnittliche jährliche Beschäftigungswachstum der Unternehmen mehr als verdoppelte.

¹⁰¹ S. <http://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/index.html>.

Der Sachverständigenrat kam deshalb zur Erkenntnis, dass von den Aktivitäten sowohl der Hedge-Fonds als auch der Private Equity-Unternehmen keine wesentlichen Risiken für Unternehmen und Anleger ausgehen würden. Auf nationaler Ebene bestehe somit hinsichtlich des Schutzes der Unternehmen kein bedeutender Handlungsbedarf. Der Sachverständigenrat lehnte deshalb die Beschränkung von Stimmrechten kurzfristig orientierter Anleger oder ein allgemeines Verbot der Wertpapierleihe ab.¹⁰²

1.3.2.2 Erkenntnisse für die Schweiz

Im Vergleich zu den Debatten in Deutschland blieb es hinsichtlich der Hedge-Fonds und Private Equity-Unternehmen beinahe ruhig.¹⁰³ Die Metapher der Heuschrecke wurde selten verwendet.¹⁰⁴ Die Diskussionen betrafen – insbesondere im Jahr 2008 – zudem primär die milliarden schweren Investitionen russischer, arabischer und asiatischer Staatsfonds (*Sovereign Wealth Funds*) in grosse börsennotierte Aktiengesellschaften mit Sitz in der Schweiz. Aufgrund des grossen Finanzbedarfs der Banken- und Versicherungen infolge der Weltfinanzkrise und der Tatsache, dass die Staatsfonds mehr Transparenz u. a. zu den Absichten ihrer Investitionen gelobten (*Santiago Principles*), verebbten die Diskussionen fast vollständig. Der Bundesrat verzichtete 2008 bewusst auf eine Änderung des schweizerischen Gesellschaftsrechts; die Entwicklung der Staatsfonds werde jedoch beobachtet. Grundsätzlich seien ausländische Investoren in der Schweiz willkommen, was der hohe Kapitalbestand von Auslandsinvestitionen in der Schweiz zeige. Sie unterstützen die Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Wirtschaft und schaffen Arbeitsplätze.¹⁰⁵

Es gibt – ähnlich wie Deutschland – keine umfassende empirische Grundlage, welche die Aktivitäten von Hedge-Fonds und Private Equity-Unternehmen als volkswirtschaftlich schädlich einstufen würden. Der Kahlschlag an Arbeitsplätzen oder die Zerschlagung schweizerischer Unternehmen/Unternehmensgruppen war bisher nicht erkennbar. Aufgrund der vergleichbaren Situation lassen sich die Überlegungen des deutschen Sachverständigenrats auf die Schweiz übertragen. Zudem ist letztendlich auch in der Schweiz niemand in der Lage, eine klare Trennlinie zwischen guten und bösen Investoren/Aktionären oder Investorinnen/Aktionärinnen zu ziehen. Ein umfassender gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Aktienrecht ist zum heutigen Zeitpunkt nicht auszumachen.

¹⁰² S. Jahresgutachten 2005/06 des Sachverständigenrats, S. 35 und S. 468. Zu weiteren Ausführungen: S. 463 ff.

¹⁰³ U. a. im Zusammenhang mit dem Eignerwechsel bei der damals stark angeschlagenen OC OERLIKON sind konkrete politische Vorstösse aus dem Jahr 2010 zu finden: Interpellation GUTZWILLER (10.3337), und Interpellation KAUFMANN (10.3285).

¹⁰⁴ S. Interpellation DAVID (10.3254): Die «Heuschrecken» in der Ostschweiz. Vereinzelt wurde der Begriff im Rahmen der Beratungen der verschiedenen Aktienrechtsvorlagen bzw. der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» (2008-2012) verwendet (08.011: AB 2009 S 603; AB 2013 S 568, AB 2013 N 885; 08.080: AB 2010 N 461 ff., AB 2010 N 475, AB 2010 N 340/344, AB 2010 N 340; 10.443: AB 2011 N 838 ff.). Erkenntnisse lassen sich daraus keine gewinnen.

¹⁰⁵ Medienmitteilung des Bundesrats vom 30. Januar 2008 (Aktive Beobachtung ausländischer Staatsfonds).

1.3.3 Dispoaktien

1.3.3.1 Begriff der Dispoaktien

Als Dispoaktien werden Namenaktien bezeichnet, die an der Börse erworben werden, deren Erwerberinnen und Erwerber sich aber anschliessend nicht ins Aktienbuch der Gesellschaft eintragen lassen. Nur wer im Aktienbuch eingetragen ist, gilt im Verhältnis zur Gesellschaft als Aktionär (Art. 686 Abs. 4 OR).

Aktionärinnen und Aktionäre, die ihre Titel an der Börse verkaufen, verlieren sofort alle Rechte und werden aufgrund der Meldung der Veräussererbank aus dem Aktienbuch gestrichen (Art. 685e OR). Die Erwerberinnen und Erwerber werden dagegen erst ins Aktienbuch eingetragen, wenn sie ein Gesuch um Anerkennung bei der Gesellschaft stellen (Art. 685f OR). Solange sie sich der Gesellschaft gegenüber nicht zu erkennen geben, bleibt die betreffende Stelle im Aktienbuch leer.

Personen, die nicht im Aktienbuch eingetragen sind, können weder das Stimmrecht noch sonstige Mitgliedschaftsrechte ausüben (Art. 685f Abs. 2 und 3 OR; Art. 689a Abs. 1 OR). In der Praxis überweisen jedoch die Unternehmen insbesondere die Dividenden über die Banken an die ihnen unbekannten «Aktionärinnen und Aktionäre». Die Rechtmässigkeit dieser Praxis ist jedoch nicht unumstritten.¹⁰⁶

1.3.3.2 Mögliche Probleme mit Dispoaktien

Weist eine Gesellschaft einen hohen Bestand an Dispoaktien auf, könnten folgende Probleme auftreten:¹⁰⁷

- Aushöhlung des Rechtsinstituts der Namenaktie: Namenaktien werden u. a. ausgegeben, damit der Verwaltungsrat das Aktionariat der Gesellschaft kennt. Ein hoher Bestand an Dispoaktien schränkt diesen Zweck deutlich ein, da Dispoaktien faktisch Inhaber-Partizipationsscheine sind. Es wird folglich faktisch auch die unübertragbare Befugnis der GV zur Umwandlung von Aktien in Partizipationsscheine unterlaufen.
- Beeinträchtigte Corporate Governance: Ein hoher Bestand an Dispoaktien bedeutet, dass ein gewichtiger Teil des Aktionariats nicht an der Meinungsbildung der Gesellschaft teilnimmt (wer nicht im Aktienbuch eingetragen ist, hat kein Stimmrecht). Je weniger breit abgestützt ein Beschluss der GV ist, desto geringer ist seine Legitimation.
- Erleichterte (feindliche) Übernahmen: Bei einem hohen Bestand an Dispoaktien reicht bereits eine verhältnismässig kleine Beteiligung, um die Kontrolle über die Gesellschaft zu erlangen. Bei einem Bestand an Dispoaktien von mehr als einem Drittel des gesamten Aktienkapitals ist eine Beteiligung unterhalb der Pflichtangebotsschwelle von 33 1/3 Prozent für einen Kontrollwechsel ausreichend. Den übrigen Aktionärinnen und Aktionären

¹⁰⁶ S. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 6 N 163–165.

¹⁰⁷ S. KARIM MAIZAR, Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften, Zürich 2012, S. 461.

entgeht dadurch der übernahmerechtliche Schutz des Börsenrechts (s. Art. 32 BEHG¹⁰⁸).

- Präsenzquoten: Statutarische Präsenzquoten, die gemäss herrschender Lehre nur mit denselben Quoren wieder abgeändert werden können, sind ab einem gewissen Bestand an Dispoaktien nicht mehr erreichbar.

1.3.3.3 Im Entwurf vom 21. Dezember 2007

In den Erläuterungen zum Entwurf vom 21. Dezember 2007¹⁰⁹ wie auch im Begleitbericht zum Vorentwurf vom 2. Dezember 2005¹¹⁰ wurden die vorangehend dargelegten Probleme offen gelegt. Weil sich alle geprüften Lösungen (Nominee-System; keine Dividende für Personen mit Dispoaktien; Auszahlung einer höheren Dividende für Personen, die an der GV teilnehmen) als nicht unproblematisch erwiesen, verzichtete der Bundesrat auf eine zwingende gesetzliche Regelung zur Behebung der Dispoaktien-Problematik.¹¹¹

Die Mehrheit des Ständerats hingegen wollte eine Regelung und stimmte schliesslich dem stark umstrittenen Nominee-Modell zu,¹¹² das von PETER BÖCKLI und JAN BANGERT erarbeitet und u. a. vom Wirtschaftsdachverband ECONOMIESUISSE unterstützt wurde.¹¹³ Der Nationalrat hat sich mit dem Nominee-Modell nicht befasst.

1.3.3.4 Grundzüge des Nominee-Modells

Zentraler Punkt des soeben erwähnten Nominee-Modells ist die Eintragung einer Bank bzw. einer Effektenhändlerin oder eines Effektenhändlers gemäss Artikel 4 Absatz 2 Buchstaben a und b des Bucheffektengesetzes vom 3. Oktober 2008¹¹⁴ als stimmberechtigte Verwahrungsstelle ins Aktienbuch der Gesellschaft. Die Verwahrungsstelle ist als Nominee weder Eigentümerin der Dispoaktien noch ist sie Nutzniesserin. Sie ist jedoch auch nicht bloss Bevollmächtigte, da sie im eigenen Namen das Stimmrecht aus den Dispoaktien ausüben darf.

Um Doppeleintragungen derselben Aktien im Aktienbuch zu verhindern, ist die Verwahrungsstelle für die Anmeldung ausschliesslich zuständig. Die Eintragung als Verwahrungsstelle erfolgt nach Ablauf von 30 Tagen automatisch. Sie wird erst

¹⁰⁸ Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG, SR **954.1**).

¹⁰⁹ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl **2008** 1589, 1619.

¹¹⁰ Begleitbericht vom 2. Dezember 2005 zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, S. 18 f.

¹¹¹ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl **2008** 1589, 1620 f.

¹¹² AB **2009** S 602 ff. und 620 ff.

¹¹³ S. http://www.economiesuisse.ch/de/PDF%20Download%20Files/dispoaktie_vorschl_gesetzessend_20080825.pdf

¹¹⁴ Bundesgesetz vom 3. Oktober 2008 über Bucheffekten (Bucheffektengesetz, BEG, SR **957.1**).

dann durch die Eintragung der Aktionärin oder des Aktionärs ersetzt, wenn sie in seinem oder ihrem Auftrag die Anmeldung an die Gesellschaft vorgenommen hat.

Die Verwahrungsstelle übt das Stimmrecht gemäss den Weisungen der Aktionärin oder des Aktionärs aus, wobei sie weder dessen oder deren Identität noch den Inhalt der Weisungen gegenüber der Gesellschaft offen legt. Erhält die Verwahrungsstelle im Hinblick auf eine bestimmte GV keine spezifischen Weisungen (z. B. hat die Aktionärin oder der Aktionär nicht reagiert), übt sie das Stimmrecht anhand der allgemeinen Weisung der Aktionärin oder des Aktionärs aus (z. B. Abstimmen gemäss den Anträgen des Verwaltungsrats). Die allgemeinen Weisungen sind meistens in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Verwahrungsstelle zum Verwahrungs-/Depotvertrag enthalten.

Die Zahl der Stimmen, welche die Verwahrungsstelle für eine Aktionärin oder einen Aktionär ausüben darf, ist auf 0,2 Prozent begrenzt. Die Statuten der Gesellschaft können einen höheren Wert vorsehen. In den Statuten kann auch festgehalten werden, dass auf das gesamte Nominee-Modell verzichtet wird.

Das Nominee-Modell wird der Verwahrungsstelle Kosten verursachen. Sie muss der Aktionärin oder dem Aktionär sämtliche Mitteilungen der Gesellschaft weiterleiten, sie oder ihn vor der GV um Weisungen anfragen und das Stimmrecht weisungsgemäss ausüben. Dafür darf sie der Gesellschaft, in deren Interesse sie dies letztendlich tut, die notwendigerweise entstandenen Kosten in Rechnung stellen.

1.3.3.5 Vor- und Nachteile des Nominee-Modells

Die Vorteile des Nominee-Modells greifen, wenn die Dispoaktionärinnen und Dispoaktionäre den Verwahrungsstellen Weisungen erteilen. Aufgrund des Nominee-Modells sind folgende Verbesserungen denkbar:

- Die Dispoaktien würden durch das Nominee-Modell grundsätzlich beseitigt. Da mangels Gesuch um Eintragung als Aktionärin oder Aktionär die Verwahrungsstelle eingetragen wird, wird das Aktienbuch nach Ablauf der 30-tägigen Frist keine Leerstellen mehr aufweisen;
- Die direkte Kommunikation zwischen der Gesellschaft und den Dispoaktionärinnen und -aktionäre wird indirekt via Verwahrungsstelle verbessert;
- Durch das Nominee-Modell erhöht sich die Anzahl der vertretenen Aktionärinnen und Aktionäre an der GV. Es erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass sich statutarische Präsenzquoten erreichen lassen;
- (Feindliche) Übernahmen werden durch das Nominee-Modell erschwert, da es grössere Beteiligungen braucht, um die Kontrolle zu erlangen. Allerdings kann sich die Gesellschaft bereits heute durch die geltenden Vinkulierungsbestimmungen gegen Übernahmen wehren (Ablehnung des Aktionärs bei Überschreitung einer prozentmässigen Begrenzung);
- Der Schutz der eingetragenen Minderheitsaktionärinnen und -aktionäre wird verbessert, da für die tatsächliche Kontrolle der Gesellschaft in der Regel wieder Beteiligungen erforderlich sind, die oberhalb der börsenrechtlichen Pflichtangebotsschwelle von 33 1/3 Prozent liegen.

Das Nominee-Modell enthält jedoch auch gewichtige Nachteile:

- Die Gesellschaft kennt die Identität der Dispoaktionärinnen und -aktionäre weiterhin nicht. Die Transparenz im Sinne einer modernen Corporate Governance wird nicht verbessert;
- Gemäss heutiger Praxis erhalten die Dispoaktionärinnen und -aktionäre über die Banken zwar die Dividenden; sie können aber ihre Stimmrechte nicht ausüben. Mit dem Nominee-Modell könnten sie zusätzlich mittels Weisungen an die Verwahrungsstelle zumindest einen Teil ihrer Stimmrechte ausüben. Das Nominee-Modell schafft folglich sogar einen Anreiz, dass sich noch weniger Personen direkt ins Aktienbuch eintragen lassen;
- Artikel 4 Absatz 3 des Bucheffektengesetzes vom 3. Oktober 2008¹¹⁵ lässt auch ausländische Banken und Effektenhändler als Verwahrungsstelle zu. Das Nominee-Modell sieht für die Funktion als Nominee hingegen nur schweizerische Banken bzw. Effektenhändlerinnen/-händler vor. Das Nominee-Modell diskriminiert folglich ausländische Institute direkt. Zudem erschwert es Personen mit ausländischem Wohnsitz/Sitz, ihre Stimmrechte durch einen Nominee ausüben zu lassen, da sie ihre Aktien häufig bei ihrer ausländischen Hausbank aufbewahren und verwalten lassen;
- Die Kostenregelung – die Gesellschaft und somit alle Aktionärinnen und Aktionäre sollen die Kosten des Nominee-Modells tragen – widerspricht dem Verursacherprinzip. Die Verwahrungsstellen könnten die von ihren Auftraggeberinnen und Auftraggebern verursachten Kosten auf die Gesellschaft und somit auch auf die ordentlich im Aktienbuch eingetragenen Aktionärinnen und Aktionäre überwälzen. Dies würde einen zusätzlichen Anreiz schaffen, sich nicht eintragen zu lassen und die Stimmrechte sowie den Dividendenanspruch über die Verwahrungsstelle ausüben zu lassen;
- Die Verwahrungsstelle darf das Stimmrecht nur ausüben, wenn sie konkrete oder zumindest allgemeine Weisungen von den Dispoaktionärinnen und -aktionäre erhält. Allgemeine Weisungen sind in den allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Verwahrungs-/Depotvertrag enthalten. Meistens geben sie vor, dass die Verwahrungsstelle gemäss den Anträgen des Verwaltungsrats zu stimmen hat, wenn die Aktionärin oder der Aktionär es unterlässt, konkrete Weisungen im Hinblick auf eine GV zu erteilen. Seit der Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» verbietet Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV¹¹⁶ die Depotstimmrechtsvertretung explizit. Durch das Nominee-Modell, das eine institutionelle Stimmrechtsvertretung durch die Verwahrungsstelle (Bank) als Nicht-Aktionärin vorsieht, die zudem nicht unabhängig zu sein braucht, würde eine mit der Depotstimmrechtsvertretung vergleichbare Situation geschaffen. Das verfassungsmässige Verbot der Depotstimmrechtsvertretung würde faktisch ausgehebelt. Die Möglichkeit der allgemeinen Weisungen würde zudem weitere Ziele von Artikel 95 Absatz 3 BV vereiteln, nämlich die Stärkung des tatsächlichen Aktionärswillens und damit die Erhöhung der Legitimation von Beschlüssen der GV.

¹¹⁵ Bundesgesetz vom 3. Oktober 2008 über Bucheffekten (Bucheffektengesetz, BEG, SR **957.1**).

¹¹⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR **101**).

1.3.3.6 Lösungsvorschlag

Auch im Hinblick auf Artikel 11 VegüV¹¹⁷, der das Verbot der Depotstimmrechtsvertretung nach Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a Satz 4 BV¹¹⁸ umsetzt, ist das Nominee-Modell als unzulässig einzustufen.

Aus diesem Grund und angesichts der Tatsache, dass das Parlament im Rahmen der Beratung des Entwurfs 2007 einen hohen Bestand an Dispoaktien als problematisch erachtete, enthält der Vorentwurf – im Gegensatz zum Entwurf 2007 – einen konkreten Lösungsvorschlag. Dies obschon auch argumentiert werden kann, dass ein hoher Dispoaktien-Bestand auf rationalen Entscheiden der in- und ausländischen Anleger basiert und nicht automatisch einen pathologischen Zustand bedeuten muss.¹¹⁹

Der Vorentwurf verzichtet auf eine zwingende Vorschrift, indem er es dem Verwaltungsrat bzw. den Aktionärinnen und Aktionären überlässt, ob sie für in der GV vertretene Aktien eine höhere bzw. tiefere Dividende vorsehen wollen (s. Art. 661). Zwingend wird den Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, hingegen vorgeschrieben, dass sie die elektronische Anmeldung für die Eintragung im Aktionärsbuch vorsehen müssen (s. Art. 686b).

1.3.3.7 Verwendung elektronischer Mittel

Im Gegensatz zum Entwurf 2007¹²⁰ bieten die neuen Bestimmungen zur Verwendung elektronischer Mittel den Gesellschaften (s. Art. 701c ff.) mehr Spielraum. Es wird dadurch versucht, der Kritik aus Praxis und Lehre entgegen zu kommen.¹²¹

Neu wird für Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, die Pflicht zum Aufbau eines elektronischen Forums im Vorfeld einer GV vorgesehen. Dadurch soll die Meinungs austausch zwischen den Aktionärinnen und Aktionären bzw. zwischen dem Verwaltungsrat und dem Aktionariat erleichtert werden (s. Art. 701g).

1.3.4 Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV

1.3.4.1 Aktienrechtliche Bestimmungen

Am 1. Januar 2014 ist die Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV)¹²² in Kraft getreten (s. Ziff. 1.1.8.1). Diese sieht Bestimmungen vor, die an sich ins Obligationenrecht, Bundesgesetz über die

¹¹⁷ SR 221.331

¹¹⁸ SR 101

¹¹⁹ S. HANS CASPAR VON DER CRONE/MARTINA ISLER, Dispoaktien, GesKR Sondernummer, Die grosse Aktienrechtsrevision, Zürich 2008, S. 77; KARIM MAIZAR, Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften, Zürich 2012, S. 462 f.

¹²⁰ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1589, 1681 f.

¹²¹ S. u. a. INES PÖSCHEL, Generalversammlung und Internet: Versuch einer Ent-Täuschung, in: Rolf Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Eine Standortbestimmung per Ende 2010, S. 223 ff.

¹²² SR 221.331

berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge und Strafgesetzbuch gehören. Mit dem Vorentwurf werden diese Bestimmungen in die entsprechenden Bundesgesetze überführt, also auf die formell-gesetzliche Stufe angehoben.

Neben den Themen der VegüV regelt der Vorentwurf weitere Aspekte, die der Bundesrat aufgrund fehlender oder zumindest unsicherer Verfassungsgrundlage nicht in die Verordnung aufnehmen konnte. Der Bundesgesetzgeber kann sich hingegen beim Erlass der vorgeschlagenen Bestimmungen nicht nur auf Artikel 95 Absatz 3 BV¹²³ stützen, sondern auch auf die Artikel 113 BV (Berufliche Vorsorge), Artikel 122 BV (Zivil-/Zivilprozessrecht) und Artikel 123 BV (Strafrecht). Der Vorentwurf sieht deshalb für folgende Bereiche, die alle einen engen sachlichen Zusammenhang zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» haben, Bestimmungen vor:

- Rückerstattungsklage (s. Art. 678 f.);
- Sorgfaltspflicht der Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung im Bereich der Vergütungen (s. Art. 717 Abs. 1^{bis});
- Abstimmungen über variable Vergütungen (s. Art. 735 Abs. 3 Ziff. 4);
- Antrittsprämien (s. Art. 735c Abs. 1 Ziff. 5; s. Ziff. 1.3.4.4);
- Konkurrenzverbot bzw. damit verbundene Karenzentschädigungen (s. Art. 735c Abs. 1 Ziff. 2 und 3 sowie Abs. 3; s. Ziff. 1.3.4.4);
- Entschädigungen im Zusammenhang mit einer früheren Tätigkeit als Organ der Gesellschaft (s. Art. 735c Abs. 1 Ziff. 4);
- Zivilprozessuale Durchsetzung der Rechte der Aktionärinnen und Aktionäre (s. Art. 697k; Art. 107 Abs. 1^{bis} VE ZPO; s. Ziff. 1.3.6.8).

Die Präzisierung der Sorgfaltspflicht statuiert eine Handlungsmaxime für das oberste Kader der Gesellschaft im Bereich der Vergütungen; sie wird auch präventive Wirkung entfalten. Dadurch und durch die griffigere Rückerstattungsklage wird das Normensystem im Bereich der Vergütungen für den Zeitraum vor und nach der Durchführung der GV abgerundet. Als logische Ergänzung der Aktionärsrechte, die anlässlich der GV ausgeübt werden, stärkt der Vorentwurf zudem die zivilprozessualen Rechte der Aktionärinnen und Aktionäre, indem unter gewissen Voraussetzungen die Rückerstattungs- und die Verantwortlichkeitsklage auf Kosten der Gesellschaft erhoben werden kann. Erst dadurch können die Aktionärinnen und Aktionäre gerichtlich effektiv gegen widerrechtliche Vergütungen an das oberste Kader vorgehen. Auch hier ist mit einer präventiven Wirkung zu rechnen. Bei den Antrittsprämien, den Entschädigungen an ehemalige Mitglieder des obersten Kadern sowie beim Konkurrenzverbot und den damit verbundenen Karenzentschädigungen schafft der Vorentwurf die notwendige Rechtssicherheit. Die Abgrenzung zu den unzulässigen Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden (s. Art. 735c Abs. 1 Ziff. 6; Art. 20 Ziff. 2 VegüV), und zu den unzulässigen Abgangsentschädigungen (s. Art. 735c Abs. 1 Ziff. 1; Art. 20 Ziff. 1 VegüV) kann nun auf Gesetzesstufe deutlich vorgenommen werden. Dies ist im Interesse des obersten Kadern der Gesellschaft, da bei Widerhandlungen gegen das Verbot der unzulässigen Vergütungen hohe Freiheits- und Geldstrafen drohen (s. Art. 154 VE StGB).

Die Bestimmungen zur Rückerstattungsklage, zur Sorgfaltspflicht und zur Wahrnehmung und Durchsetzung der aktienrechtlichen Klagen gelten auch für nicht börsenkotierte Gesellschaften. Es sind keine sachlichen Gründe für eine Unterscheidung zwischen börsen- und nicht börsenkotierten Gesellschaften erkennbar.

1.3.4.2 Bestimmungen zu den Vorsorgeeinrichtungen

Der Vorentwurf überführt die Artikel 22, 23 und 25 VegüV auf die formell-gesetzliche Stufe. Die Regeln der VegüV zu den Stimm- und Offenlegungspflichten der Vorsorgeeinrichtungen, die dem Freizügigkeitsgesetz¹²⁴ unterstellt sind, werden ins Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG)¹²⁵ überführt (s. insbesondere Art. 71a f. und Art. 76 Abs. 1 Bst. h VE BVG).

Der in Artikel 95 Absatz 3 Ziffer 1 BV verwendete Begriff der «Pensionskassen» entspricht dem sozialversicherungsrechtlichen Begriff der «Vorsorgeeinrichtungen». Auf die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Stimm- und Offenlegungspflicht auf den AHV-Fonds, den IV-Fonds, den EO-Fonds oder die Anlagestiftungen wird verzichtet, da diese unmittelbar keine Versicherten haben. Da die Stimmpflicht gemäss Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV im Interesse der Versicherten ausgeübt werden muss, ist nur dort eine Stimmpflicht vorgesehen, wo sich die Interessen der Versicherten direkt bestimmen lassen. Bei den Anlagestiftungen stehen zudem die daran beteiligten Vorsorgeeinrichtungen meistens in keinem Verhältnis zueinander, sondern sind eine heterogene Gruppe, die durch den Anlagezweck faktisch verbunden sind.

1.3.4.3 Strafbestimmungen

Ultima ratio des Strafrechts

Die in Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe d BV mittelbar und in den Artikeln 24 f. VegüV unmittelbar verankerten Strafbestimmungen werden zum einen in Artikel 154 VE StGB und zum anderen in Artikel 76 VE BVG umgesetzt.

Der neue Artikel 154 VE StGB regelt die Strafbarkeit der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung von Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind (bisher Art. 24 VegüV). Die Strafbarkeit bei Vorsorgeeinrichtungen wird in den bestehenden Artikel 76 BVG integriert (bisher Art. 25 VegüV).

Die Strafbestimmungen orientieren sich nach wie vor eng am Verfassungswortlaut von Artikel 95 Absatz 3 BV. Eine in gewissen Bereichen über den Wortlaut hinausgehende Strafbarkeit (z. B. im Bereich der unzulässigen Vergütungen) wurde geprüft, aber aus folgenden Gründen verworfen:

¹²⁴ Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, FZG, SR 831.42).

¹²⁵ SR 831.40

Das Strafrecht dient dem elementaren Schutz¹²⁶ der sozialen Ordnung und nur sozialschädliches¹²⁷ Verhalten von gewisser Intensität sollte der staatlichen Strafgewalt – als schärfstes Zwangsmittel – unterstellt werden. Es gilt den verfassungsmässigen Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2, Art. 36 Abs. 3 BV) zu beachten. Der Einsatz des Strafrechts, das einen weitreichenden Eingriff in die Freiheit und das Eigentum des Einzelnen nach sich zieht, ist nur dann gerechtfertigt, wenn alle anderen zivil- oder verwaltungsrechtlichen sowie sozialpolitischen Mittel zur Unterbindung des verpönten Verhaltens nicht ausreichen (Subsidiarität des Strafrechts). Der Staat soll deshalb das Strafrecht zurückhaltend und nur als *ultima ratio* einsetzen.¹²⁸

Die publik gewordenen exzessiven Vergütungen, die zum Teil sogar bei wirtschaftlich angespannten Verhältnissen des Unternehmens geleistet wurden, stossen in der Bevölkerung auf Unverständnis und Empörung. Dies war besonders deutlich bei der Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» erkennbar. Es ist jedoch fraglich, ob es die Aufgabe des Strafrechts als *ultima ratio* sein muss, solche Verhaltensweisen umfassend zu pönalisieren. Diese Frage gilt umso mehr, als das geltende Aktienrecht, inkl. der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV)¹²⁹, und der vorliegende Vorentwurf diverse Instrumente umfasst, mit denen insbesondere die Aktionärinnen und Aktionäre auf die Vergütungspolitik einwirken können (Subsidiarität des Strafrechts). Zu erwähnen sind etwa die Rückerstattungsklage (s. Art. 678, Art. 697k), die Verantwortlichkeitsklage (s. Art. 754 OR), die Anfechtbarkeit bzw. Nichtigkeit von Organ-Beschlüssen (Art. 706 ff., Art. 714 OR), die Konkretisierung der Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung hinsichtlich der Vergütungspolitik (s. Art. 717 Abs. 1^{bis}), die Abberufung z. B. des fehlbaren Mitglieds des Verwaltungsrats (Art. 705 Abs. 1 OR), die Abstimmung der GV über die Vergütungen (s. Art. 735, Art. 18 f. VegüV) und die steuerrechtliche Behandlung sehr hoher Vergütungen (s. Art. 27 Abs. 4 und Art. 59 Abs. 3 VE DBG). Schliesslich können gegen fehlbare Mitglieder der Geschäftsleitung auch arbeitsrechtliche Schritte eingeleitet werden (z. B. Kündigung des Arbeitsverhältnisses und Schadenersatzforderungen).

Offizialdelikte

Artikel 95 Absatz 3 BV lässt offen, ob es sich bei den Strafnormen um Offizialdelikte oder Antragsdelikte handeln soll. Im geltenden Strafrecht sind die meisten Straftatbestände als Offizialdelikte ausgestaltet, d. h., die Straftaten sind von Amtes wegen zu verfolgen. Beim Antragsdelikt hingegen kommt es erst dann zu einer Strafverfolgung, wenn die antragsberechtigte Person eine entsprechende Willenserklärung abgegeben hat (Art. 30 ff. StGB). Nach herrschender Lehre wird eine Straftat vom Gesetzgeber aus einem oder mehreren der folgenden Gründe zum Antragsdelikt erklärt: a) wegen ihres geringen Unrechtsgehaltes; b) weil das Strafverfahren

¹²⁶ Als Schutz der Grundwerte der Sozialordnung, der lebensnotwendigen Güter, der grundlegenden Lebenswerte. S. FRANZ RIKLIN, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich 2007, § 4 N 8.

¹²⁷ Solche Rechtsgutverletzungen, die zusätzlich zum Opfer auch die Gesellschaft insgesamt schädigen, die den sozialen Frieden gefährden; S. KURT SEELMANN, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Zürich 2012, S. 6 ff.

¹²⁸ S. FRANZ RIKLIN, a.o.O., § 4 N 4 ff.; KURT SEELMANN, a.o.O., S. 6 ff.; PETER ALBRECHT, Strafrecht ohne Recht?, ZStrR 04/2013, S. 387.

¹²⁹ Verordnung vom 20. November 2013 gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV, SR 221.331).

die Persönlichkeitssphäre des Verletzten regelmässig stark tangiert; c) weil die Strafverfolgung enge persönliche Beziehungen zwischen dem Opfer und dem Täter beeinträchtigen könnte.¹³⁰

Die Tatsache, dass die vorliegenden Widerhandlungen in erster Linie die Vermögensinteressen und Mitwirkungsrechte der Aktionärinnen und Aktionäre bzw. das Recht auf Offenlegung und damit individuelle Interessen der Aktionäre und Aktionärinnen betreffen, spricht für die Ausgestaltung der Straftatbestände als Antragsdelikte. Auch die Prägung des Aktienrechts durch privatrechtliche und wirtschaftliche Prinzipien würde für eine Ausgestaltung als Antragsdelikt sprechen. Und schliesslich sprach sich im Rahmen der Anhörung zum Vorentwurf zur VegüV (damals noch: Verordnung gegen die Abzockerei) eine kleine Anzahl der Teilnehmenden dafür aus.

Aufgrund nachfolgender Überlegungen erscheint es dennoch sachgerechter, die Strafnormen als Officialdelikte auszugestalten:

Zunächst ist es fraglich, ob die Aktionärinnen und Aktionäre in ihren Vermögensinteressen unmittelbar verletzt werden, bzw. ob ein rechtlich geschütztes Interesse betroffen ist. So soll bei ungetreuer Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) zum Nachteil einer Aktiengesellschaft die Geschädigtenstellung nur dieser selbst, nicht aber deren Aktionärinnen und Aktionäre zukommen.¹³¹ Weiter birgt die Ausgestaltung als Antragsdelikte die Gefahr, dass die antragstellende mit der beschuldigten Person einen Vergleich abschliesst, was zur Einstellung des Verfahrens führt (Art. 316 StPO¹³²). In denjenigen Fällen, in denen die beschuldigte Person über grössere finanzielle Ressourcen verfügt, kann sie sich so quasi freikaufen. Dies ist kaum im Sinne der neuen Verfassungsbestimmung. Hinzu kommt schliesslich, dass nebst den individuellen Interessen der Aktionäre und Aktionärinnen teilweise auch die Volkswirtschaft als Ganzes betroffen ist bzw. sein kann.¹³³ So gesehen besteht – zumindest bei einem Teil der Widerhandlungen – ein spezifisches Interesse der Öffentlichkeit an einer Strafverfolgung. Dies spricht für die Ausgestaltung der Strafnormen als Officialdelikte.

Strafandrohung

Der verfassungsmässige Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2, Art. 36 Abs. 3 BV), der sich nicht nur an die rechtsanwendenden, sondern auch an die rechtsetzenden Behörden richtet, gebietet es, dass die Strafdrohung dem Unwert der Straftat angemessen, d. h. verhältnismässig ist.¹³⁴ Die Strafdrohungen sind nach der Schwere der Rechtsgutverletzung abzustufen und in Einklang mit den bestehenden Straftatbeständen des Strafrechts zu bringen.¹³⁵ Die in Artikel 95 Absatz 3 Buchsta-

¹³⁰ S. CHRISTOPH RIEDO, Basler Kommentar Strafrecht I, 2. Auflage, Basel 2007, vor Art. 30 N 9, mit Verweisen.

¹³¹ MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Basler Kommentar Strafrecht II, 2. Auflage, Basel 2007, Art. 158 N 151.

¹³² Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO, SR 312.0).

¹³³ S. dazu den Ingress von Art. 95 Abs. 3 BV: «Zum Schutz der Volkswirtschaft [...]»

¹³⁴ BGE 123 IV 29 E. 4c.

¹³⁵ S. dazu auch den Erläuternden Bericht zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht, Ziff. 1.4. S.
http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/sicherheit/ref_gesetzgebung/ref_strafrahmenharmonisierung.html

be d BV vorgesehene Strafdrohung, die eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen vorsieht, wird deshalb differenziert ausgestaltet (s. Art. 154 Abs. 1 und 2 VE StGB, Art. 76 Abs. 1 VE BVG). Denn die laut dieser Bestimmung zu sanktionierenden Verhaltensweisen weisen nicht alle den gleichen Unrechtsgehalt auf. So lässt sich z. B. der Bezug einer unzulässigen Vergütung in Millionenhöhe bezüglich Tatschwere kaum mit einem Verstoß gegen die Offenlegungspflicht der Pensionskassen vergleichen. Die Differenzierung der Strafdrohung wurde auch im Rahmen der Anhörung zum Vorentwurf zur VegüV (damals noch: Verordnung gegen die Abzockerei) von zahlreichen Teilnehmenden deutlich gefordert.¹³⁶

1.3.4.4 Antrittsprämien, Karenzentschädigungen

Antrittsprämien

Antrittsprämien stellen eine Entschädigung bei Stellenantritt für werthaltige Ansprüche gegenüber dem bisherigen Arbeit- oder Auftraggeber dar (z. B. Teilnahme an einem noch laufenden Optionsplan, gesperrte Aktien), die einem Mitglied des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung zugestanden hätten, wenn es nicht das Unternehmen gewechselt hätte. Durch die Antrittsprämien wird also nicht die Arbeit beim neuen Arbeitgeber entschädigt, sondern es wird der Verzicht auf Ansprüche/Anwartschaften gegenüber dem *bisherigen* Arbeitgeber entschädigt. Nach geltendem Recht sind die Antrittsprämien daher keine unzulässigen Vergütungen gemäss Artikel 20 VegüV¹³⁷; sie müssen aber nach Artikel 14 Absatz 2 Ziffer 5 VegüV im Vergütungsbericht offen gelegt und durch die GV genehmigt werden.¹³⁸ Für die Statuierung eines Verbots oder von Einschränkungen von Antrittsprämien in der VegüV fehlte die klare verfassungsmässige Grundlage.¹³⁹

Wird allerdings nicht ein tatsächlich entstandener finanzieller Nachteil kompensiert, so stellen die Antrittsprämien faktisch unzulässige Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden, dar (entsprechend Art. 20 Ziff. 2 VegüV).¹⁴⁰ Um für Klarheit und damit für Rechtssicherheit zu sorgen, nimmt der Vorentwurf die Antrittsprämien, die keinen klar nachweisbaren finanziellen Nachteil kompensieren, in die Liste der unzulässigen Vergütungen auf (s. Art. 735c Abs. 1 Ziff. 5).

¹³⁶ S. dazu EJPD, Zusammenfassung vom 4. September 2013 der Stellungnahmen zum Vorentwurf der Verordnung gegen die Abzockerei, S. 7. S. http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/wirtschaft/ref_gesetzgebung/ref_aktienrechtsrevision.html

¹³⁷ Verordnung vom 20. November 2013 gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV, SR 221.331).

¹³⁸ Erläuternder Bericht vom 14. Juni 2013 zum Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA), S. 25 f. und Zusatzbericht vom 8. Oktober 2013 zum Entwurf zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), S. 12.

¹³⁹ S. Art. 95 Abs. 3 Bst. b BV.

¹⁴⁰ S. Zusatzbericht vom 8. Oktober 2013 zum Entwurf zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), S. 12.

Karenzentschädigungen für Konkurrenzverbote

Ähnlich gestaltet sich die Situation bei den Karenzentschädigungen nach insbesondere der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses. Unter Karenzentschädigung versteht man eine Summe, die dafür bezahlt wird, dass sich eine arbeitnehmende Person eine Zeit lang aufgrund eines vertraglichen Konkurrenzverbots beruflich und unternehmerisch nicht frei entfalten kann. Auch für die Aufnahme der Karenzentschädigungen in die Liste der gemäss VegüV unzulässigen Vergütungen fehlte eine sichere Grundlage in Artikel 95 Absatz 3 BV.

Ein generelles Verbot ginge zu weit, da es sachgerecht sein kann, beispielsweise mit einem Mitglied der Geschäftsleitung, das sensible Geschäftsgeheimnisse aus dem Forschungs- und Entwicklungsbereich kennt, ein Konkurrenzverbot zu vereinbaren. Dafür ist ihm eine marktgerechte Karenzentschädigung zu leisten.

Wird allerdings aufgrund der Höhe der Karenzentschädigung, die in einem marktüblichen Verhältnis zum vereinbarten Konkurrenzverbot steht, deutlich, dass der übereinstimmende wirkliche Wille der Vertragsparteien auf die Zahlung einer verdeckten Abgangsentschädigung abzielt und das vereinbarte Konkurrenzverbot nur in der Absicht getroffen wurde, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen (Art. 18 OR), so liegt eine unzulässige Abgangsentschädigung vor (s. Art. 735c Abs. 1 Ziff. 1; Art. 20 Ziff. 1 VegüV¹⁴¹). Im Gegensatz zur VegüV qualifiziert der Vorentwurf entsprechende Tatbestände explizit als unzulässige Vergütungen und stellt klar, dass sowohl die «nicht marktüblichen Entschädigungen aufgrund eines Konkurrenzverbotes» wie auch die «Entschädigungen aufgrund eines geschäftsmässig nicht begründeten Konkurrenzverbotes» unzulässig sind. Zudem wird festgehalten, dass ein Konkurrenzverbot nicht länger als 12 Monate dauern darf (s. Art. 735c Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 3).

1.3.5 Richtwerte für die Vertretung beider Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung

Am 14. November 2012 hat die EU-Kommission einen Vorschlag für einen gesetzlich zu verankernden Richtwert für die Vertretung beider Geschlechter im Verwaltungsrat verabschiedet.¹⁴² Dieser Richtlinienvorschlag enthält eine Zielvorgabe, wonach das unterrepräsentierte Geschlecht 40 Prozent der Aufsichtsratsmitglieder bzw. der nicht geschäftsführenden Direktoren in börsennotierten Unternehmen stellen soll. Unternehmen, in denen dieser Anteil weniger als 40 Prozent beträgt, müssen die betreffenden Positionen durch Vergleich der Qualifikationen der Kandidaten auf der Grundlage klarer, geschlechtsneutraler und eindeutiger Kriterien besetzen. Bei gleicher Qualifikation erhält das unterrepräsentierte Geschlecht den

¹⁴¹ S. Erläuternder Bericht vom 14 Juni 2013 zum Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA), S. 25.

¹⁴² COM (2012) 614 final (s. <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0614:FIN:en:PDF>). Ende November 2013 hat sich das EU-Parlament in der 1. Lesung mit einem Vorschlag der Kommission zu einem Geschlechterrichtwert von 40% für den Aufsichtsrat bei Unternehmen mit mehr als 250 Mitarbeitenden befasst. Das Geschäft ging sodann an den Ministerrat. Seit diesem Zeitpunkt scheinen die Arbeiten ins Stocken geraten zu sein, da u. a. mehrere Mitgliedstaaten die Kompetenz der EU zur Statuierung des beabsichtigten Geschlechterrichtwertes bestreiten.

Vorzug. Private börsennotierte Unternehmen müssen die Zielvorgabe bis zum Jahr 2020 umsetzen, öffentlich beherrschte Unternehmen schon zwei Jahre früher. Die Richtlinie wird für etwa 5'000 börsenkotierte Unternehmen in der Europäischen Union gelten. Kleine und mittlere Unternehmen (mit weniger als 250 Beschäftigten und einem weltweiten Jahresumsatz bis 50 Millionen Euro) sowie nicht börsennotierte Gesellschaften sind von dieser Regelung ausgenommen. Das EU-Parlament stimmte am 20. November 2013 dem entsprechenden Vorschlag mit deutlichen Abänderungen zu. Bei den zu erreichenden 40 Prozent handelt es sich nach der abgeänderten Version des Kommissionsvorschlags um eine Zielgrösse und nicht mehr um eine starre Quote. Die Zustimmung des Ministerrates steht noch aus. Einige Mitgliedstaaten haben bereits Richtwerte eingeführt. Das von der Kommission postulierte Anliegen ist noch in keinem Mitgliedstaat erreicht.¹⁴³ Einige EU-Regierungen haben die Frauenquote bereits aus verschiedenen Gründen als «Überregulierung» abgelehnt.

Auch in der Schweiz sind Richtwerte für die Vertretung beider Geschlechter in Verwaltungsrat und Geschäftsleitung ein aktuelles Thema.¹⁴⁴ Der Schillingreport 2014¹⁴⁵, der jährlich die rund 100 grössten Schweizer Unternehmen bezüglich Zusammensetzung der Geschäftsleitung und des Verwaltungsrates untersucht, zeigt, dass sich der Frauenanteil in den Verwaltungsräten von 12 Prozent (2013) auf 13 Prozent (2014)¹⁴⁶ erhöhte.¹⁴⁷ Dieser leichte Anstieg resultiert aus einem steigenden Anteil der Frauen bei den Neubesetzungen: Der Anteil der Verwaltungsrätinnen bei der Wahl neuer VR-Mitglieder lag 2014 bei 22 Prozent, im Jahr zuvor bei 23 Prozent. Der Anteil der Frauen in der Geschäftsleitung beträgt gemäss Schillingreport 2014 nur 6 Prozent. Trotz dieses tiefen Wertes ist eine gewisse positive Tendenz spürbar, welche sich insbesondere bei den Neubesetzungen in der Geschäftsleitung zeigt. 2011 verzeichnete man hoffnungsvolle 13 Prozent Frauen unter den neuen Mitgliedern der Geschäftsleitung, doch sank der Wert 2012 auf 9 Prozent und 2013 auf 8 Prozent. Immerhin erhöhte er sich 2014 wieder auf 9 Prozent.

Der «Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance», der seit 2002 als Richtschnur für Corporate Governance gilt und die entsprechende Entwicklung der Unternehmen mitprägt, enthält in der revidierten Fassung¹⁴⁸ einen Hinweis auf die Vertretung beider Geschlechter im Verwaltungsrat. Unter Ziffer 12 (Zusammensetzung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung) wird festgehalten, dass «dem Verwaltungsrat weibliche und männliche Mitglieder mit den erforderlichen Fähigkeiten angehören sollen, damit eine eigenständige Willensbildung im kritischen Gedankenaustausch mit der Geschäftsleitung gewährleistet ist».¹⁴⁹

¹⁴³ S. aber «Quotenpionier» Norwegen, der bereits 2003 eine gesetzliche Frauenquote von 40 Prozent eingeführt, die von börsenkotierten Unternehmen bis 2008 umgesetzt werden musste.

¹⁴⁴ So etwa NZZ vom 28. Februar 2014, Nr. 49, «Frauen sind im Kommen» oder NZZ vom 4. März 2014, Nr. 52, «Mehr Chefinnen – Schweizer Firmen im Wandel».

¹⁴⁵ Schillingreport 2014 der guido schilling ag, Transparenz an der Spitze, Die Geschäftsleitungen und Verwaltungsräte der hundert grössten Schweizer Unternehmen im Vergleich.

¹⁴⁶ Die Zahlen 2014 basieren auf einer Erhebung per Stichtag 31. Dezember 2013; diejenigen von 2013 stützen sich auf eine Erhebung per Stichtag 31. Dezember 2012.

¹⁴⁷ Zum Vergleich: 2010 betrug der Anteil der Verwaltungsrätinnen noch 10 Prozent.

¹⁴⁸ Die öffentliche Konsultation dauerte bis Ende Juni 2014. Die Neuauflage des «Swiss Code» erfolgte im September 2014.

¹⁴⁹ S. http://www.economiesuisse.ch/de/PDF%20Download%20Files/swisscode_d_20140926.pdf

Obschon generell eine positive Entwicklung der Vertretung beider Geschlechter in Verwaltungsrat und Geschäftsleitung erkennbar ist, liegt der Anteil der weiblichen Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder noch weit unter dem Zielwert der geplanten EU-Richtlinie. Politischer Druck und entsprechende rechtliche Rahmenbedingungen sind deshalb notwendig und gerechtfertigt.

In Artikel 734e wird vorgesehen, dass bei grossen börsenkotierten Gesellschaften im jährlichen Vergütungsbericht gewisse Angaben zu machen sind, sofern nicht jedes Geschlecht mindestens zu 30 Prozent im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung vertreten ist. So sind die Gründe anzugeben, wieso die Geschlechter nicht je zu mindestens 30 Prozent vertreten sind und es sind geeignete Massnahmen anzugeben, die zur Förderung des weniger stark vertretenen Geschlechts umgesetzt werden sollen.

Die Pflicht zur Berichterstattung gilt spätestens ab dem Geschäftsjahr, das 5 Jahre nach Inkrafttreten des neuen Rechts beginnt (s. Art. 5 der Übergangsbestimmungen).

1.3.6 Corporate Governance

1.3.6.1 Checks and balances

Eine gute und moderne Corporate Governance bezweckt ein funktionales Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Organen der Gesellschaft (*checks and balances*), eine ausreichende Transparenz der gesellschaftsinternen Vorgänge und die Sicherung der Rechtsstellung der Aktionärinnen und Aktionäre. Insbesondere auch bei den nicht börsenkotierten Gesellschaften will der Vorentwurf die Corporate Governance verbessern. So sollen etwa die Informationsrechte klarer geregelt werden und es wird ein schriftliches Auskunftsrecht geschaffen.

1.3.6.2 Auskunfts- und Einsichtsrecht

Auskunfts- und Einsichtsrechte dienen der gesellschaftsinternen Transparenz und sind für den Rechtsschutz der Aktionärinnen und Aktionäre von grosser Bedeutung: Mit ihrer Hilfe kann abgeklärt werden, ob weitere Massnahmen zu ergreifen sind, insbesondere ob eine Sonderuntersuchung eingeleitet (s. Art. 697c ff.) oder eine Verantwortlichkeitsklage (s. Art. 754) beziehungsweise eine Klage auf Rückerstattung von Leistungen (s. Art. 678) eingereicht werden soll.

Heute stehen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern nichtkotierter Unternehmen nur beschränkte Mittel zur Verfügung, um an gesellschaftsrelevante Informationen zu gelangen. Sie können ihren Informationsanspruch nur in der GV geltend machen. Der Vorentwurf sieht deshalb vor, dass jede Aktionärin und jeder Aktionär einer Gesellschaft, deren Aktien nicht an der Börse kotiert sind, vom Verwaltungsrat schriftlich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen kann, soweit dies zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und keine Geschäftsgeheimnisse oder andere vorrangige Interessen der Gesellschaft entgegenstehen. Der Verwaltungsrat hat mindestens zweimal im Jahr auf die Anfragen zu reagieren. Die erteilten Auskünfte sind an der nächsten GV zur Einsicht aufzulegen oder den Aktionärinnen und Aktionären unverzüglich elektronisch zugänglich zu machen (s. Art. 697 Abs. 2 und 3).

Das Einsichtsrecht wird grundsätzlich unverändert beibehalten (s. Art. 697a).

1.3.6.3 Auskunftsrecht betreffend die Vergütungen an das oberste Kader

Vor Inkrafttreten der VegüV waren die Angaben zu Vergütungen an das oberste Kader börsenkotierter Gesellschaften in den Anhang zur Bilanz/Jahresrechnung aufzunehmen (Art. 663b^{bis} OR). Mit dem Vorentwurf müssen die Gesellschaften diese Transparenz in einem eigenständigen Vergütungsbericht gemäss den Artikeln 734 ff. vornehmen, wie dies in der VegüV vorgesehen ist. Sowohl die Transparenzvorschriften nach Art. 663b^{bis} OR wie auch diejenigen nach den Artikeln 734 ff. erfassen indessen nur börsenkotierte Gesellschaften.

Aber auch bei privaten Aktiengesellschaften können sich insbesondere bei der Festsetzung der eigenen Vergütungen durch den Verwaltungsrat Probleme ergeben. Namentlich ist der Rechtsschutz der nicht an der Geschäftsführung beteiligten Aktionärinnen und Aktionäre, insbesondere der Minderheitsbeteiligten, prekär. Inwieweit *de lege lata* ein Recht auf Information betreffend die Bezüge des Verwaltungsrats besteht, ist umstritten. Die Kenntnis der Vergütungen ist aber oftmals Voraussetzung für die Ausübung verschiedener Schutzrechte der Aktionärinnen und Aktionäre, so für die Klage auf Rückerstattung von Leistungen (s. Art. 678), die Verantwortlichkeitsklage (s. Art. 754) und das Recht auf Durchführung einer Sonderuntersuchung (s. Art. 697c ff.).

Zum Schutz der Aktionärinnen und Aktionäre soll deshalb die Transparenz betreffend die ausgerichteten Vergütungen auch in Aktiengesellschaften ohne kotierte Aktien verbessert werden. Dabei wird dem Umstand Rechnung getragen, dass das legitime Bedürfnis nach Vertraulichkeit bei diesen Gesellschaften grösser ist als bei Unternehmen, die den öffentlichen Kapitalmarkt beanspruchen. Die Gesellschaften sollen deshalb nicht verpflichtet werden, die Bezüge im Anhang zur Jahresrechnung oder in einem Vergütungsbericht bekannt zu geben. Der Verwaltungsrat ist aber von sich aus verpflichtet, das Aktionariat über die Vergütungen an das oberste Kader anlässlich der GV, an der die Jahresrechnung genehmigt wird, zu informieren (s. Art. 697 Abs. 4). Zur Möglichkeit der Anwendbarkeit der Bestimmungen zu den Vergütungen bei börsenkotierten Gesellschaften auf Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, s. Ziff. 1.3.6.4.

Ein Auskunftsrecht betreffend die Vergütungen der Verwaltung soll neu auch Genossenschafterinnen und Genossenschäftern zustehen. Grossgenossenschaften unterliegen derselben Offenlegungspflicht wie kotierte Aktiengesellschaften (s. Art. 857 Abs. 2^{bis}).

1.3.6.4 Weitere Aspekte der Corporate Governance

Im Übrigen soll die Corporate Governance durch den Ausbau weiterer Aktionärsrechte verbessert werden.

So hält der Vorentwurf etwa fest, dass die Aktionärinnen und Aktionäre als Eigentümerinnen und Eigentümer der Gesellschaft befugt sind, auf die Vergütungen der obersten Unternehmensspitze Einfluss zu nehmen, sofern sie dies wünschen. In

Artikel 732 Absatz 2 wird zum Ausdruck gebracht, dass Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, die Möglichkeit haben, einzelne oder alle Bestimmungen zu den Vergütungen bei börsenkotierten Gesellschaften durch Aufnahme in die Statuten ebenfalls als anwendbar zu erklären. So kann etwa mit entsprechender statutarischer Grundlage der Verwaltungsrat verpflichtet werden, einen Vergütungsbericht zu erstellen und/oder der GV die Kompetenz erteilt werden, über die Vergütungen abzustimmen.

Zu einer Verbesserung der Corporate Governance führt sodann die Verbesserung der Klage auf Rückerstattung von Leistungen (s. Ziff. 1.3.6.7).

Auf die Möglichkeit einer obligatorischen Genehmigungskompetenz von Verwaltungsratsentscheiden durch die GV (d.h. die Statuten können bestimmte Entscheide des Verwaltungsrates der Genehmigung durch die GV unterstellen), wie dies noch im Entwurf 2007 vorgesehen war¹⁵⁰, wird verzichtet. Mit einer solchen Bestimmung würde das heute geltende Paritätsprinzip in der Aktiengesellschaft auf eine problematische Art vom Gesetzgeber durchbrochen. Die Aktiengesellschaft zeichnet sich gerade dadurch aus, dass der Verwaltungsrat sämtliche geschäftsführenden Handlungen vornehmen kann, sofern diese nicht zu einer (faktischen) Liquidation der Gesellschaft oder zu einer Änderung des Zwecks führen¹⁵¹. Eine Bestimmung über eine obligatorische Genehmigungskompetenz würde im Übrigen in der Praxis zu Schwierigkeiten führen und hätte eine Beeinträchtigung des Verkehrsschutzes und der Rechtssicherheit zur Folge. Zu denken ist etwa an die Schwierigkeiten, die sich ergeben, wenn aufgrund unzureichend formulierter Statutenbestimmungen nicht klar ist, welche Geschäfte der Genehmigung durch die GV bedürfen. Problematisch ist auch die Zurverfügungstellung der für die Genehmigung notwendigen Informationen, da die Aktionärinnen und Aktionäre keine Treuepflichten gegenüber der Gesellschaft haben.¹⁵² Für die Aktiengesellschaft wird daher am Paritätsprinzip festgehalten und Gesellschaften, deren Gesellschafter eine fallbezogene Kontrolle über die Leitungsorgane haben wollen, können sich der Rechtsform der GmbH bedienen.

1.3.6.5 Ausübung von Aktionärsrechten, Aktionärsklagen

Die Erfahrungen der letzten Jahre – namentlich auch die Folgen der globalen Finanzkrise ab 2007 – haben gezeigt, dass die Aktionärinnen und Aktionäre ihre Interessen – namentlich in Grossgesellschaften mit stark zersplittertem Aktionariat – häufig nicht wahrnehmen können. Einerseits besteht tendenziell oft ein faktisches Machtgefälle zwischen der Unternehmensführung und den Eigentümerinnen und Eigentümern der Gesellschaft. Hinzu kommt, dass im Bereich der Aktionärsrechte

¹⁵⁰ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl **2008** 1589, 1611.

¹⁵¹ Gemäss BGE **111** II 288 f. und BGE **116** II 323 liegt grundsätzlich alles im Rahmen des Zwecks der Gesellschaft, was diesem nicht geradezu widerspricht.

¹⁵² S. für detailliertere Ausführungen zu den Problemen im Zusammenhang mit einer obligatorischen Genehmigungskompetenz LUKAS GLANZMANN, Die grosse Aktienrechtsrevision, in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/Jörg, Florian S., Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Bern 2009, S. 248 ff. und PETER BÖCKLI, Nachbesserungen und Fehlleistungen in der Revision des Aktienrechts, SJZ 104 (2008), S. 359 ff.

die Selbstregulierung aus sachlichen Gründen von beschränkter Tragweite ist.¹⁵³ Andererseits scheitert die klageweise Rechtsdurchsetzung der Aktionärsinteressen oft auch an prozessualen Hürden, insbesondere den damit verbundenen Kosten und Risiken für klagende Aktionärinnen und Aktionäre.¹⁵⁴ Die Stärkung der Aktionärsrechte durch Schaffung zwingender und gleichzeitig prozessual effektiv und effizient durchsetzbarer Rechtsansprüche ist in erster Linie Sache des Gesetzgebers. Der Vorentwurf enthält deshalb verschiedene Vorschläge zur Stärkung der Aktionärsrechte, die sowohl das materielle Recht als auch dessen prozessuale Durchsetzung betreffen.

1.3.6.6 Teilweise Senkung von Schwellenwerten

Die Schwellenwerte für die Ausübung der verschiedenen Aktionärsrechte werden soweit möglich vereinheitlicht. Der Vorentwurf will jedoch die unterschiedlichen Beteiligungsverhältnisse bei börsenkotierten und nicht börsenkotierten Gesellschaften gebührend berücksichtigen, indem er differenzierte Schwellenwerte für beide Arten von Gesellschaften vorsieht.

Wird für jedes Minderheitenrecht eine eigene Grösse festgelegt, wie dies im Entwurf 2007 zum Teil der Fall gewesen war,¹⁵⁵ können sich Inkonsistenzen ergeben. Insbesondere bei nicht börsenkotierten Gesellschaften sind möglichst einheitliche Grössen hilfreich, um die Rechte der Aktionärinnen und Aktionäre im Gesetz verständlich darzustellen.¹⁵⁶ Der Vorentwurf knüpft für die Erreichung der massgeblichen Schwellenwerte zum einen am Aktienkapital und zum anderen neu zusätzlich am Stimmrecht an. Eine allfällige gesetzliche oder statutarische Vinkulierung des Stimmrechts ist für die Berechnung des für das Minderheitenrecht massgebenden

¹⁵³ Auf dem Weg der Selbstregulierung der Wirtschaft wurden Kodizes zur Corporate Governance geschaffen: Der «Swiss Code of Best Practice» der ECONOMIESUISSE: Es handelt sich dabei um rechtlich nicht verbindliche Empfehlungen, die sich v. a. mit der Zusammensetzung, der Organisation und den Aufgaben des Verwaltungsrats befassen. Die

«Corporate Governance-Richtlinie der SIX Swiss Exchange (SIX)»: Für Unternehmen, deren Beteiligungspapiere an der Schweizer Börse kotiert sind, wird die Offenlegung wichtiger kapitalmarktrelevanter Informationen verlangt. Die Richtlinie beruht auf dem Prinzip «comply or explain»: Unterbleiben erforderliche Informationen, so müssen die Gründe dafür angegeben werden. In jedem Fall zwingend ist die Offenlegung der Vergütungen des Managements. Die Corporate Governance-Richtlinie der SIX erfasst nur kotierte Gesellschaften. Mängel bei der Corporate Governance bestehen aber auch bei nicht kotierten Unternehmen. Zudem zeigt das Prinzip «comply or explain» Schwächen bei der Durchsetzung. Die Richtlinie der SIX befasst sich im Übrigen nur einzelnen Aspekten der Corporate Governance, nämlich der Transparenz kapitalmarktrelevanter Informationen. Andere wichtige Elemente einer wirkungsvollen Corporate Governance bleiben ausgeklammert, so die Stärkung der Stellung der GV und eine Verbesserung der Effizienz der Kontroll- und Mitwirkungsrechte der Aktionärinnen und Aktionäre.

¹⁵⁴ S. Stellungnahme des Bundesrates vom 13. Oktober 2010 zum Bericht vom 30. Mai 2010 der Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrates und des Ständerates «Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA», BBl 2011 3459, 3502 f.

¹⁵⁵ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1589, 1609 f.

¹⁵⁶ S. LUKAS GLANZMANN, Die grosse Aktienrechtsrevision, in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/Jörg, Florian S., Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Bern 2009, S. 241 f.

Schwellenwerts ohne Bedeutung. Im Unterschied zum geltenden Recht und zum Entwurf 2007 wird allerdings im Vorentwurf nicht mehr zusätzlich am Nennwert angeknüpft, da dieser kein klarer Indikator dafür ist, wie gross die Investition der Aktionärin oder des Aktionärs ist.

Bei der Festlegung der Schwellenwerte von nicht börsenkotierten Gesellschaften orientiert sich der Vorentwurf grundsätzlich an der bisherigen Regelung. Eine Senkung der heute geltenden Schwellenwerte etwa für das Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung (neu Sonderuntersuchung) und für das Recht auf Einberufung einer GV auf unter zehn Prozent war bereits in der Vernehmlassung zum Entwurf 2007 umstritten.

Bei börsenkotierten Gesellschaften haben sich die Schwellenwerte des geltenden Rechts hingegen als zu hoch erwiesen. So ist etwa für eine Gesellschaft mit breit gestreutem Aktionariat die Zehn-Prozent-Hürde für das Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung und für das Recht auf Einberufung einer GV zu hoch. Anstelle der Zehn-Prozent-Hürde wird daher bei den börsenkotierten Gesellschaften der Schwellenwert für diese Rechte auf drei Prozent festgelegt. Diese Grenze führt im Börsenrecht nicht nur zur Offenlegung (Art. 20 Abs. 1 BEHG¹⁵⁷), sondern auch zur Parteilstellung (Art. 33b Abs. 3 BEHG), womit eine Anlehnung an diese Schwelle als gerechtfertigt erscheint.

Eine Senkung des Schwellenwerts – auch für die nicht börsenkotierten Gesellschaften – rechtfertigt sich für das Traktandierungs- und das Antragsrecht. Die Geltendmachung dieser Rechte verursacht – im Unterschied etwa zum erwähnten Einberufungsrecht – für die Gesellschaften nur einen beschränkten Aufwand. Zudem ist es für die Aktionärinnen und Aktionäre sehr wichtig, ihre Anliegen auch gegen den Willen des Verwaltungsrats der GV vorlegen zu können. Der Zugang zum Traktandierungs- und Antragsrecht darf daher nicht übermässig erschwert sein. Es rechtfertigt sich deshalb, der bisherige Schwellenwert sowohl für börsenkotierte wie auch für nicht börsenkotierte Gesellschaften zu senken.

Die Auflösung einer Gesellschaft soll nur als *ultima ratio* in Frage kommen. Insbesondere bei börsenkotierten Gesellschaften muss eine ausreichend hohe Schwelle gelten. Eine Unterscheidung zwischen börsenkotierten und nicht börsenkotierten Gesellschaften rechtfertigt sich nicht. Deshalb wird einheitlich die Schwelle von zehn Prozent beibehalten.

Es ergeben sich die folgenden, z. T. neuen Schwellenwerte:

	nicht börsenkotierte Gesellschaft	börsenkotierte Gesellschaft
Recht auf Sonderuntersuchung (Art. 697e)	10 %	3 %
Einberufungsrecht (Art. 699)	10 %	3 %
Traktandierungsrecht (Art. 699a)	2.5 %	0.25 %
Antragsrecht (Art. 699a)	2.5 %	0.25 %
Auflösungsklage (Art. 736)	10 %	10 %

Zulassung zur Klage auf Kosten der Gesellschaft (Art. 697j f.)	10 %	3 %
---	------	-----

1.3.6.7

Rückerstattungsklage

Die Pflicht von mit der Gesellschaft eng verbundenen Personen zur Rückerstattung von Leistungen hat sich im geltenden Recht als nicht praktikabel erwiesen und muss daher verbessert werden. Der persönliche und sachliche Geltungsbereich wird deshalb präzisiert. Die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft ist kein Tatbestandselement mehr. Ist ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zuungunsten der Gesellschaft gegeben, so liegt die Pflicht zur Rückerstattung vor, auch wenn es der Gesellschaft wirtschaftlich gut geht (s. Art. 678 Abs. 2).

Unter bestimmten Umständen können Aktionärinnen und Aktionäre die Rückerstattung an die Gesellschaft auf deren Kosten gerichtlich durchsetzen (s. Art. 697j f.).

1.3.6.8

Recht auf Erhebung von Klagen auf Leistung an die Gesellschaft auf deren Kosten

Reformbedarf bei abgeleiteten Klagen

Unter dem Gesichtspunkt der Verbesserung der Corporate Governance ist es wünschenswert, die Einleitung einer Klage auf Leistung an die Gesellschaft (abgeleitete Klage) zu erleichtern und die Hindernisse ihrer Ausübung zu reduzieren. Die Verantwortlichkeitsklagen des Aktienrechts (Art. 752 ff. OR) können durch die Gesellschaft oder von jeder Aktionärin und jedem Aktionär erhoben werden, die auf Leistung an die Gesellschaft klagen (Art. 756 Abs. 1 OR). Die Verantwortlichkeitsklage bezweckt primär den Ersatz des Schadens der Gesellschaft sowie der Aktionärinnen und Aktionäre und der Gläubigerinnen und Gläubiger der Gesellschaft, der durch eine Verletzung der gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen entstanden ist. Sie hat aber auch eine präventive Funktion: Das Risiko für die Verletzung ihrer Pflichten zu haften, schafft einen Anreiz für die Organe, sich regelkonform zu verhalten. Die Ziele der Verantwortlichkeitsklage können nur erreicht werden, wenn sich die Ansprüche gerichtlich tatsächlich durchsetzen lassen. In der Praxis lässt sich feststellen, dass ausserhalb des Konkurses die Verantwortlichkeitsklage gegen die Organe nur ausnahmsweise erhoben wird, dies selbst in Fällen schwerer Verstösse gegen die Sorgfaltspflichten.¹⁵⁸ Diese Feststellung gilt auch für die Rückerstattungsklage (s. Ziff. 1.3.6.7).

Ungenügendes Interesse an der Erhebung der Klage

¹⁵⁸ PETER FORSTMOSER/THOMAS SPRECHER/IAN ANDRI TÖNDURY, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Zürich 2005, S. 105; ISABELLE CHABLOZ, Actionnaires dans les sociétés cotées: actions légales et gouvernance, Genève 2012, S. 41; HANS-UELI VOGT, Aktionärsdemokratie, Zürich 2012, S. 145; DIETER GERICKE/STEFAN WALLER, Art. 756 N 4, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

Dem Verwaltungsrat widerstrebt es im Allgemeinen, gegen seine aktuellen oder ehemaligen Mitglieder, gegen die Mitglieder der Geschäftsleitung oder gegen die Revisoren vorzugehen, weil er Gefahr läuft, dass Missstände in seiner Organisation bzw. die Verletzung seiner Geschäftsleitungs- und Überwachungspflichten aufgedeckt werden.

Auch die Aktionärinnen und Aktionäre verzichten oftmals darauf, eine Klage zu erheben, da ihre individuellen wirtschaftlichen Interessen zu gering sind. Sie müssen auf Leistung an die Gesellschaft klagen und profitieren deshalb von ihrer Klage nur indirekt und ihrer Beteiligung entsprechend. Bei börsenkotierten Gesellschaften, deren Aktionariat zersplittert ist, ist der Vorteil für die klagenden Aktionärinnen oder Aktionäre im Allgemeinen sehr gering. Handkehrum tragen sie das Risiko, die Prozesskosten zu tragen, die anhand der Höhe des Schadens festgelegt werden und aufgrund des Streitwerts normalerweise hoch sind. Die Aktionärinnen und Aktionäre, die sich nicht am Prozess beteiligen, erhalten dieselben Vorteile, ohne die Risiken zu tragen. Wenn das Aktionariat zersplittert ist, sind im Allgemeinen die Risiken eines Prozesses grösser als die individuellen Vorteile.

Vom Standpunkt der Gesellschaft und der Gesamtheit der Aktionärinnen und Aktionäre ist die Erhebung einer Klage wünschenswert, wenn die anfallenden Kosten geringer sind als die gesamten erzielten Vorteile. Aufgrund des Interessenskonflikts, in dem sich der Verwaltungsrat befindet, und wegen des fehlenden wirtschaftlichen Interesses der einzelnen Aktionärin oder des einzelnen Aktionärs bleiben jedoch Klagen, die den Ersatz für Schäden der Gesellschaft oder die Rückerstattung ungerichteter Leistungen bezwecken, die Ausnahme.¹⁵⁹ Deshalb bleiben Pflichtverletzungen der Organe zu oft ohne Folgen. Um dieses Problem zu lösen, sind in der Lehre verschiedene Vorschläge zu finden, wie Anreize geschaffen werden können, damit die Aktionärinnen und Aktionäre auch im Gesamtinteresse handeln. Es wird dabei versucht, das individuelle wirtschaftliche Interesse der Aktionärin oder des Aktionärs zu stärken, indem ihre oder seine Kosten gesenkt oder die individuellen Vorteile im Falle des Obsiegens im Prozess erhöht werden.¹⁶⁰

Recht auf Anstreben einer Klage auf Leistung an die Gesellschaft und auf deren Kosten – Bewilligungsverfahren

Die im Vorentwurf gewählte Lösung zur Begünstigung abgeleiteter Klagen sieht für eine qualifizierte Minderheit von Aktionärinnen und Aktionären das Recht vor, eine Klage auf Leistung an die Gesellschaft und auf deren Kosten anstreben zu können. Dieses neue Rechtsinstitut ist in den Artikeln 697j und 697k geregelt. Es ermöglicht einer Aktionärin oder einer Gruppe von Aktionären im Hinblick auf einen Verantwortlichkeits- oder Rückerstattungsprozess das Gericht zu ersuchen, die abgeleitete Klage auf Kosten der Gesellschaft zuzulassen. Das Gericht bewilligt das Gesuch, wenn die Klage als begründet erscheint. Um das Risiko schikanöser Klagen zu begrenzen, steht das Bewilligungsverfahren einer Aktionärin oder einer Gruppe von Aktionären nur offen, deren Beteiligungen die Schwellenwerte der Sonderuntersuchung erreichen (s. Art. 697j Abs. 1 i. V. m. Art. 697k Abs. 1). Um den subsidiären

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ S. ISABELLE CHABLOZ, *Actionnaires dans les sociétés cotées: actions légales et gouvernance*, Genf 2012, S. 460 ff.; HANS CASPAR VON DER CRONE, *Ein Aktienrecht für das 21. Jahrhundert*, SWZ 70/1998, S. 164; HANS-UELI VOGT/MANUEL BASCHUNG, *Wie weiter im Aktienrecht nach der Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei»*, GeSKR 2013/1, S. 46.

Charakter der Intervention der Aktionärinnen und Aktionäre zu gewährleisten, müssen diese der GV zudem einen entsprechenden Antrag gestellt haben, bevor sie das Gericht um Bewilligung ersuchen können (s Art. 697j Abs. 1).

Prozessuale Regeln zur Verteilung der Kosten

Die Situation, die seit dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)¹⁶¹ am 1. Januar 2011 hinsichtlich der Prozesskosten bei abgeleiteten Klagen besteht,¹⁶² wird bereits jetzt als ungenügend eingestuft. Das Parlament hat am 16. März 2012 im Rahmen des indirekten Gegenvorschlags zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» einen neuen Artikel 107 Absatz 1^{bis} ZPO angenommen.¹⁶³ Diese Bestimmung sah vor, dass bei Abweisung einer gesellschaftsrechtlichen Klage, die auf Leistung an die Gesellschaft lautet, das Gericht die Prozesskosten nach Ermessen auf die Gesellschaft und die klagende Partei verteilen kann. Aufgrund der Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» am 3. März 2013 ist diese Bestimmung nicht in Kraft getreten. Der Vorentwurf greift sie wieder auf.

Diese neue Bestimmung bildet eine nützliche Ergänzung zum Bewilligungsverfahren gemäss den Artikeln 697j und 697k. Sie erlaubt dem Gericht, der Gesellschaft die Prozesskosten auch aufzuerlegen, wenn die Aktionärinnen und Aktionäre auf ihre eigenen Kosten die abgeleitete Klage erhoben haben. Sei es, weil sie das Gericht nicht um die Bewilligung ersucht hatten; sei es, weil ihr Gesuch abgelehnt wurde.

Für sich alleine würde Artikel 107 Absatz 1^{bis} VE ZPO keine zufriedenstellende Lösung der Probleme hinsichtlich der hohen Kosten, die den Aktionärinnen und Aktionären auferlegt werden können, bilden. Gemäss den Kostenverteilungsregeln im Zivilprozess obliegt es weiterhin den klagenden Aktionärinnen und Aktionären, insbesondere Kostenvorschüsse zu leisten, deren Höhe sich an der Gesamtsumme des geltend gemachten Schadens und nicht am potenziellen individuellen Prozessgewinn berechnen. Ausserdem würde sie im Falle des Obsiegens das Risiko der Zahlungsunfähigkeit der beklagten Personen tragen.

Verzicht auf die Einführung eines Vorrechts

Das Recht der Klägerin oder des Klägers auf einen Teil des erlangten Prozessgewinns wird mitunter als eine Lösung der Probleme hinsichtlich der abgeleiteten Klagen dargestellt.¹⁶⁴ Ein solches Vorrecht, das eine Ausschüttung der Gesellschaft an eine beschränkte Zahl von Aktionärinnen und Aktionäre wäre, ist aufgrund des Prinzips der Gleichbehandlung der Aktionärinnen und Aktionäre und der Bestim-

¹⁶¹ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO, SR 272).

¹⁶² S. Artikel 756 Absatz 2 aOR, gemäss welchem der Richter die Kosten, soweit sie nicht vom Beklagten zu tragen sind, nach seinem Ermessen auf den Kläger und die Gesellschaft verteilt, wenn der Aktionär aufgrund der Sach- und Rechtslage begründeten Anlass zur Klage hatte. Diese Bestimmung wurde mit dem Inkrafttreten der ZPO aufgehoben.

¹⁶³ AB 2012 S 269; AB 2012 N 554.

¹⁶⁴ S. Stellungnahme des Bundesrats vom 13. Oktober 2010 zum Bericht vom 30. Mai 2010 der Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrates und des Ständerates «Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA», BBl 2011 3459, 3502 f. und Bericht des Bundesrates vom 3. Juli 2013 zum Kollektiven Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, S. 50; HANS-UELI VOGT, Aktionärsdemokratie, Zürich 2012, S. 147 f.

mungen zum Kapitalschutz problematisch. Ausserdem hätte eine Ausschüttung eine doppelte Entschädigung der Klägerin oder des Klägers zur Folge, die den Grundsätzen der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit widersprechen würde. Im Falle des Obsiegens, würde die Aktionärin oder der Aktionär zweifach entschädigt: Ein erstes Mal direkt durch die Zahlung im Rahmen des Vorrechts und ein zweites Mal indirekt bei der Zahlung des Prozessgewinns an die Gesellschaft und der dadurch bewirkten Erhöhung des Werts ihrer oder seiner Aktien.

Das neue Bewilligungsverfahren gemäss den Artikeln 697j und 697k ermöglicht, der Aktionärin oder einer Gruppe von Aktionären auf Leistung an die Gesellschaft zu klagen unter gleichzeitiger Beseitigung des Kostenrisikos. Es ist deshalb nicht notwendig der Aktionärin oder dem Aktionär zusätzlich ein Vorrecht auf einen Teil des Prozessgewinns einzuräumen, um einen Anreiz zu einer Erhebung der Klage zu setzen. Aus diesen Gründen wird im Vorentwurf auf ein Vorrecht verzichtet.

Beibehaltung des Einzelrechts auf Erhebung der Klage

Es bleibt zu betonen, dass der Vorentwurf das individuelle Recht jeder Aktionärin und jedes Aktionärs, eigenständig eine abgeleitete Klage auf Leistung an die Gesellschaft zu erheben, nicht eingeschränkt. Den Aktionärinnen und Aktionäre, deren Beteiligung die Schwellenwerte nicht erreicht, die auf ein Gesuch um Zulassung zur Klage auf Kosten der Gesellschaft verzichtet haben oder deren Gesuch abgelehnt wurde, bleibt es weiterhin nicht verwehrt, eine abgeleitete Klage zu erheben.

1.3.6.9 Verlängerung und Unterbrechung der Verjährungsfrist

Der geltende Artikel 758 Absatz 2 OR legt für die Aktionärinnen und Aktionäre, die dem Entlastungsbeschluss nicht zugestimmt haben, eine Frist von sechs Monaten fest, um ausserhalb des Konkurses die abgeleitete Klage zu erheben. Die Entlastung wirkt nur für bekanntgegebene Tatsachen (Art. 758 Abs. 1 OR), d. h. für jene Tatsachen, die der GV in klarer Weise zur Kenntnis gebracht wurden oder die notorisch bekannt waren. Sie betrifft im Übrigen nur die Schadenersatzklage, über welche die Gesellschaft ausserhalb des Konkurses gegenüber ihren Organen verfügt. Sie ist ohne Wirkung, wenn die Verantwortlichkeitsklage nach Eröffnung des Konkurses von der Konkursverwaltung, einer Gläubigerin oder einem Aktionär erhoben wird (Art. 757 OR).

Grundsätzlich sind die geeigneten Tatsachen zum Begründen einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Organe nicht von der Entlastung gedeckt, weil sie den Aktionärinnen und Aktionären im Moment der Abstimmung nicht bekannt waren. Es kann jedoch vorkommen, dass solche Tatsachen den Aktionärinnen und Aktionären bekannt waren und dass eine Mehrheit von ihnen trotzdem die Entlastung gewährte. Bei einer solchen Konstellation müssen die Minderheitsaktionärinnen und Minderheitsaktionäre eine Verantwortlichkeitsklage erheben können. In der Praxis hat sich aber die in Artikel 758 Absatz 2 OR vorgesehene Frist von sechs Monaten als zu kurz erwiesen, damit die Aktionärinnen und Aktionäre, die sich der Entlastung widersetzt und sich der Stimme enthalten haben, die abgeleitete Klage erheben können. Die Frist von sechs Monaten erlaubt es ihnen insbesondere nicht, eine Sonderuntersuchung zu beanspruchen (Art. 697c ff. OR), um eine Verantwortlichkeitsklage zu begründen; sie läuft deshalb dem Zweck dieses Rechtsinstitut zuwi-

der.¹⁶⁵ Beim Ablauf der Frist von sechs Monaten ab Erteilung der Entlastung durch die GV hat die Sonderprüferin oder der Sonderprüfer oftmals noch nicht einmal mit ihrem oder seinem Auftrag begonnen.¹⁶⁶ Um eine gute Ausübung der Aktionärsrechte zu garantieren, verlängert der Vorentwurf die Frist von Artikel 758 Absatz 2 OR auf zwölf Monate und sieht vor, dass die Frist während dem Verfahren auf Anordnung und der Durchführung einer Sonderuntersuchung oder eines Verfahrens um Zulassung der abgeleiteten Klage ruht. Aus ähnlichen Gründen sieht der Vorentwurf vor, dass die Verjährungsfrist der Rückerstattungsklage ebenfalls still steht (s. Art. 678a Abs. 1 Satz 2).

1.3.7 Sanierung im Obligationenrecht

1.3.7.1 Hintergrund und Kernelemente der Revision

Am 1. Januar 2014 ist das revidierte Sanierungsrecht des SchKG¹⁶⁷ in Kraft getreten.¹⁶⁸ Im Rahmen der parlamentarischen Beratung dieser Vorlage wurde der Bundesrat mit zwei gleich lautenden Motionen der national- und ständerätlichen Rechtskommissionen¹⁶⁹ beauftragt, in Ergänzung zu seiner Botschaft zum SchKG-Sanierungsrecht¹⁷⁰ ein umfassendes Sanierungsverfahren im Obligationenrecht vorzulegen, das Unternehmenssanierungen vor der Einleitung eines formellen öffentlichen Nachlassverfahrens ermöglichen bzw. erleichtern soll. Hierzu wurde eine beratende Expertenkommission gebildet.¹⁷¹

Kern der von dieser Expertenkommission erarbeiteten sanierungsrechtlichen Neuerungen im OR bilden die revidierten Artikel 725 bis 725c. Den Motionen folgend liegt das Hauptziel dieser Bestimmung darin, präzisere und z. T. neue Handlungspflichten für die Unternehmen bzw. deren Verwaltungsrat einzuführen, damit möglichst frühzeitig Sanierungsschritte erfolgen. Dazu dient in erster Linie die Neugestaltung der «Frühwarnsysteme». Eine zentrale Rolle spielt dabei das prospektive Kriterium der drohenden Zahlungsunfähigkeit. Diese löst neu Handlungspflichten des Verwaltungsrats aus, teilweise unter Einbezug der Revisionsstelle bzw. der GV. Diese Handlungspflichten sollen zum einen den Verwaltungsrat auf den Ernst der Lage hinweisen, zum anderen diesen dazu anhalten, die Entwicklung der finanziellen Lage des Unternehmens eng im Auge zu behalten und vor allem – mit oder ohne

¹⁶⁵ Botschaft vom 23. Februar 1983 über die Revision des Aktienrechts, BBl **1983** II 745, 835.

¹⁶⁶ S. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage 2009, § 16 N 97; ISABELLE CHABLOZ, Actionnaires dans les sociétés cotées: actions légales et gouvernance, Genf 2012, S. 362.

¹⁶⁷ SR **281.1**

¹⁶⁸ AS **2013** 4111.

¹⁶⁹ Motionen der national- und ständerätlichen Kommissionen für Rechtsfragen vom 21. Mai/28. Juni 2012 betreffend «Sanierungsverfahren vor Nachlassstundung und Konkursöffnung» (12.3403/12.3654).

¹⁷⁰ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010 (BBl **2010** 6455).

¹⁷¹ Die Expertenkommission unter dem Vorsitz von MONIQUE JAMETTI (Bundesamt für Justiz) setzte sich auf folgenden Mitgliedern zusammen: THOMAS BAUER (Basel), ANDREAS BINDER (Baden/St. Gallen), UELI HUBER (Zürich), VINCENT JEANNERET (Genf) und RODRIGO RODRIGUEZ (Bundesamt für Justiz). Die Kommission zog zudem FLORIAN ZIHLER (Bundesamt für Justiz) beratend bei.

Eröffnung des Nachlassverfahrens – die erforderlichen Sanierungsmassnahmen zu veranlassen sowie deren Wirksamkeit laufend zu überwachen.

Wenngleich eine bilanzielle Überschuldung nicht notwendigerweise die Fortführungsfähigkeit eines Unternehmens ausschliesst, soll die im geltenden Recht ausnahmslos vorgeschriebene Benachrichtigung des Gerichts nicht eingeschränkt werden. Bezüglich der Pflicht zur Einreichung der Überschuldungsanzeige bleibt es somit beim bisher massgebenden Kriterium der Überschuldung. Jedoch soll eine Toleranzfrist von bis zu 90 Tagen dem Schuldner erlauben, im Falle einer konkreten Aussicht auf Sanierung die Anrufung des Gerichts aufzuschieben, wenn bestimmte strenge Voraussetzungen gegeben sind.

Im Zusammenwirken mit dem revidierten SchKG-Sanierungsrecht sehen die neuen Artikel 725 bis 725c für Gesellschaften in finanzieller Bedrängnis ein flexibles System mit graduell ansteigendem Einbezug externer Stellen vor (Revisionsstelle, GV, Nachlassgericht). Die neuen Bestimmungen im Aktienrecht sollen allerdings nicht dazu führen, dass das SchKG-Nachlassverfahren oder die Überschuldungsanzeige später eingeleitet werden als bisher. Im Gegenteil: Sanierungsbemühungen setzen insgesamt zu einem früheren Zeitpunkt ein und der Verwaltungsrat muss rechtzeitig sämtliche vom Gesellschafts- und gegebenenfalls vom Nachlassrecht zur Verfügung gestellten Mittel nutzt. Entsprechend wird die Wahrung seiner Sorgfaltpflichten zu bewerten sein.

Der Vorschlag für das künftige Sanierungsrecht des OR ist im Aktienrecht enthalten und hebt im Vergleich zum geltenden Recht die folgenden Gesichtspunkte bei der Vermeidung und Behebung einer Unternehmenskrise stärker hervor: Die Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit (s. Art. 725), der früher einsetzende und erweiterte Kapitalschutz (s. Art. 725a) und die Unternehmensrettung unter Wahrung der Gläubigerinteressen (s. Art. 725b). Entsprechend werden auch die Bestimmungen zu anderen Rechtseinheiten, die auf das Aktienrecht verweisen, angepasst.

Vor diesem Hintergrund werden die schon im Entwurf 2007 vorgesehene Regelung über die Zulassung der Verrechnungslibrierung mit nicht werthaltigen Forderungen im Falle einer Sanierung (s. Art. 634b Abs. 2 E 2007, s. Art. 634a) sowie die Erleichterungen bei der gleichzeitigen Herabsetzung und Erhöhung des Aktienkapitals (s. Art. 653p ff. E 2007; s. Art. 653p ff.) im vorliegenden Vorentwurf beibehalten.

1.3.7.2 Darlehen in der Sanierung

In Bezug auf die Frage nach einer insolvenzrechtlichen Sonderbehandlung eigenkapitalersetzender Darlehen von Aktionärinnen und Aktionären oder von anderen nahestehenden Personen sprachen sich die Experten gegen die Sonderbehandlung im Sinne einer Nachrangigkeit oder eines Umqualifizierens in Eigenkapital aus. Weder lassen sich die Kriterien, wann ein solches Darlehen vorliegt, klar festlegen, noch lassen sich zweckgerichtete Rechtsfolgen davon ableiten. Zudem erweisen sich in der Krise insbesondere nahestehende Personen oft als einzige Finanzierungsquelle für das Unternehmen. Deren Rechtsstellung in Bezug auf ein Darlehen zusätzlich zum ohnehin hohen Verlustrisiko zu verschlechtern, liefe der Sanierung deutlich entgegen. Das Bundesgericht hat denn auch zum kapitalersetzenden Darlehens

erklärt, dieses sei «dem geltenden schweizerischen Recht fremd»¹⁷², auch Forderungen von Aktionärinnen und Aktionären gegenüber der eigenen AG seien als Fremdkapital zu behandeln und – unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs – von der AG entsprechend zu erfüllen.¹⁷³ Dabei soll es gemäss Vorentwurf bleiben.

In Bezug auf Sanierungsdarlehen wird der vom revidierten Sanierungsrecht des SchKG gewählte Ansatz noch konsequenter umgesetzt. Bislang konnte nur das Nachlassgericht oder der Gläubigerausschuss bestimmte Rechtshandlungen anfechtungsresistent ausgestalten. Neu soll die Anfechtungssicherheit zusätzlich auch für andere während der Stundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangenen Verbindlichkeiten gelten (s. Art. 285 Abs. 4 VE SchKG). Damit können Sanierungshandlungen, namentlich hinsichtlich neuer Darlehen, rasch und ohne Anfechtungsgefahr vorgenommen werden. Diese Anpassung erleichtert Sanierungsbemühungen in der Nachlassstundung erheblich. In Bezug auf vor der Nachlassstundung vorgenommene Rechtshandlungen bleibt es, auch bezüglich Darlehen, bei der Rechtslage gemäss bisheriger Rechtsprechung.¹⁷⁴

1.3.7.3 Eingliederung des Konkursaufschubs in ein revidiertes SchKG-Nachlassrecht

Schon die Sanierungsrechtsvorlage zum SchKG sah ursprünglich die Eingliederung des Konkursaufschubs (Art. 725a OR) in das revidierte Nachlassverfahrensrecht vor. Das Parlament verzichtete jedoch auf die Streichung des Konkursaufschubs unter Hinweis auf dessen Vorteile gegenüber der Nachlassstundung. Einerseits ermöglicht der Konkursaufschub dem Verwaltungsrat, gleichzeitig sowohl seiner Benachrichtigungspflicht nachzukommen wie auch das Ruder herumzureissen, bevor ein förmliches Insolvenzverfahren einsetzt. Andererseits ist unter dem Konkursaufschub – im Gegensatz zum revidierten Nachlassverfahrensrecht – eine zeitlich unbeschränkte «stille Sanierung» (ohne Publikation) möglich, was aus Gläubigersicht nicht unproblematisch erscheint. Der Vorentwurf integriert diese Vorteile des Konkursaufschubes in das Nachlassverfahren und sieht daher auch eine punktuelle Anpassung des SchKG-Nachlassrechts vor. So wird für begründete Fälle neu ermöglicht, eine provisorische (allenfalls stille) Nachlassstundung um maximal vier Monate zu verlängern (s. Art. 293a Abs. 2). Es ist folglich neu eine provisorische Nachlassstundung von bis zu acht Monaten zulässig. In Verbindung mit dem vorangehend skizzierten eigentlichen Sanierungsverfahren im OR (s. Art. 725 ff.) erlaubt diese zeitliche Flexibilisierung es, den Konkursaufschub im Nachlassrecht aufgehen zu lassen und im OR zu streichen. Den Unternehmen steht im Ergebnis ein Verfahren zur Verfügung, das es ihnen bei Bedarf erlaubt, sich über einen mehrmonatigen Zeitraum ohne potenziell rufbeeinträchtigende Publikation, jedoch unter Wahrung des Gläubigerschutzes um eine gesellschafts- oder nachlassrechtliche Sanierungslösung zu bemühen.

¹⁷² BGer 5C.226/2005 vom 2. März 2005, E. 3.

¹⁷³ BGer 4A.496/2010 vom 14. Februar 2011, E. 2.4. S. insgesamt JÜRGEN ROTH, Sanierungsdarlehen, Nachrang – Vorrang – Gleichrang, Basel 2009.

¹⁷⁴ S. dazu statt vieler SUSAN EMMENEGGER, Das Sanierungsdarlehen, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Kreditrecht, Basel 2010, S. 153 ff., insbesondere die S. 169 ff. sowie OLIVIER HARI, *Action révocatoire et prêt d'assainissement font-ils bon ménage?*, GesKR 2008/4, S. 372 ff.

Zwar soll gemäss Artikel 293c Absatz 2 SchKG auf die öffentliche Bekanntmachung nur in begründeten Fällen verzichtet werden. Diese vom bisherigen Artikel 725a Absatz 3 OR abweichende Umschreibung ist nicht dahingehend zu verstehen, dass von der Publikation nur ausnahmsweise abgesehen werden kann. Erforderlich ist einzig, dass eine Situation vorliegt, welche die Nichtveröffentlichung im Interesse der Sanierung der Gesellschaft rechtfertigt. Die hierzu noch zu entwickelnde Praxis sollte konsequenterweise keine strengeren Anforderungen an den Publikationsverzicht stellen als die bisherige Praxis zum stillen Konkursaufschub. Bei der Interessenabwägung ist zudem auch der Umstand zu berücksichtigen, dass die bei unterbleibender Publikation zwingende Ernennung einer Sachwalterin oder eines Sachwalters die Gläubigerinteressen gebührend schützt.

1.3.7.4 Sanierungsmöglichkeiten ausserhalb des OR

Die Expertenkommission hat auch verschiedene sanierungsfördernde Neuerungen ausserhalb des OR erwogen (v. a. Relativierung des Faustpfandprinzips; Überarbeitung der Gläubigerschutzbestimmungen bei der Spaltung und der Vermögenstransferung des Fusionsgesetzes¹⁷⁵). Neuerungsvorschläge in diesen Bereichen würden allerdings den inhaltlichen und zeitlichen Rahmen des Vorentwurfs sprengen. Zudem erscheint es ratsam, zunächst die Wirkung der gerade erst im Rahmen des Sanierungsrechts des SchKG erfolgten¹⁷⁶ sowie der im Vorentwurf vorgeschlagenen Neuerungen im Sanierungsrecht des OR in der Praxis abzuwarten.

1.3.8 Abschaffung der Buchwertkonsolidierung

Stark vereinfacht dargestellt, werden bei einer Buchwertkonsolidierung die Werte aus der Rechnungslegung der zu konsolidierenden Unternehmen relativ unverändert in die Konzernrechnung übertragen. Es gibt jedoch keinen einheitlichen Begriff der Buchwertkonsolidierung. Ihr Nutzen wird deshalb von Lehre und Praxis unterschiedlich eingestuft. Werden in sich geschlossene, widerspruchsfreie Konsolidierungsregeln – insbesondere diejenigen des Schweizer Handbuchs der Wirtschaftsprüfung¹⁷⁷ – angewendet, wird zumindest eine für Dritte zuverlässige Darstellung der wirtschaftlichen Lage ermöglicht.¹⁷⁸ Andere Autoren erachten auch diese Art der Buchwertkonsolidierung für ungenügend.¹⁷⁹ Einig sind sich die Autoren, dass

¹⁷⁵ SR **221.301**

¹⁷⁶ AS **2013 4111**.

¹⁷⁷ S. Schweizer Handbuch für Wirtschaftsprüfung, Band «Buchführung und Rechnungslegung», Zürich 2014, S. 373 f. S. auch STEPHAN GLANZ, Die Konzernrechnung, Zürich 2009, S. 54 f.

¹⁷⁸ S. RETO EBERLE, Buchwertkonsolidierung – Auslaufmodell oder Normalfall?, ST 2012/11, S. 898 ff.

¹⁷⁹ S. MARKUS R. NEUHAUS/JÖRG BLÄTTLER, Art. 663g N 11, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedin Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.; MARKUS ZENHÄUSERN/PETER BERTSCHINGER, Konzernrechnungslegung, 2. Auflage, Zürich 1995, S. 150 f.; STEPHAN GLANZ, Die Konzernrechnung, Zürich 2009, S. 24.

eine Buchwertkonsolidierung problematisch ist. Letztendlich ermöglicht nur ein anerkannter Standard zur Rechnungslegung¹⁸⁰ eine moderne Konzernrechnung.

Im Bericht des Bundesrats vom 13. Dezember 2013 über die Regulierungskosten wurde festgehalten, dass der Nutzen von Buchwertkonsolidierungen umstritten sei und diese Art der Konsolidierung Kosten in Millionenhöhe verursache. Der Vorentwurf wählt deshalb den Weg der Erhöhung der Schwellenwerte, die zur Pflicht zur Erstellung zur Konzernrechnung führen (s. Art. 963a). Dies unter gleichzeitiger Abschaffung der Möglichkeit zur Buchwertkonsolidierung, indem festgehalten wird, dass sämtliche zwingend zu erstellenden Konzernrechnungen anhand eines anerkannten Standards zur Rechnungslegung zu erstellen sind (s. Art. 963b). Dieser Weg wurde auch im erwähnten Bericht des Bundesrats vorgezeichnet. Das Sparpotenzial wird auf ca. 20 Millionen Franken geschätzt.¹⁸¹

1.3.9 Berichterstattung von Rohstoffunternehmen über Zahlungen an staatliche Stellen

1.3.9.1 Allgemeines

Am 25. Juni 2014 hat der Bundesrat den Bericht vom 16. Mai 2014 in Erfüllung der Empfehlung 8 des Grundlagenberichts Rohstoffe und des Postulats «Mehr Transparenz im Schweizer Rohstoffsektor» der aussenpolitischen Kommission des Nationalrats vom 29. April 2013 verabschiedet.¹⁸² Darin empfiehlt der Bundesrat, in der Schweiz eine Transparenzregelung einzuführen, die sich an den EU-Regelungen orientiert. In der Europäischen Union (EU) wurde am 26. Juni 2013 die geänderte Richtlinie 2013/34/EU (Rechnungslegungsrichtlinie) verabschiedet, die am 19. Juli 2013 in Kraft trat und bis zum 19. Juli 2015 von den Mitgliedstaaten in ihrer nationalen Gesetzgebung umgesetzt werden muss. Weiter wurden am 22. Oktober 2013 mit der Richtlinie 2013/50/EU Änderungen der Transparenzrichtlinie verabschiedet. Diese traten am 26. November 2013 in Kraft und sind bis zum 26. November 2015 in den nationalen Gesetzgebungen der Mitgliedstaaten umzusetzen. Beide Richtlinien enthalten u. a. Bestimmungen über die Transparenz bzw. Offenlegung von Zahlungen von in der Rohstoffgewinnung tätigen Unternehmen an staatliche Stellen. Ähnliche Vorschriften enthält der in den USA am 21. Juli 2010 verabschiedete «Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act» in Abschnitt 1504. Die Regelung wurde aber noch nicht umgesetzt, da der District Court for the District of Columbia am 2. Juli 2013 eine Klage des American Petroleum Institute und der U.S. Chamber of Commerce gegen die Ausführungsbestimmungen von Abschnitt 1504 in einem Entscheid gutgeheissen und die U.S. Securities and Exchange Commission SEC angewiesen hat, neue Ausführungsbestimmungen zu erarbeiten.

¹⁸⁰ Verordnung vom 21. November 2012 über die anerkannten Standards zur Rechnungslegung (VASR, SR **221.432**).

¹⁸¹ Bericht, S. 30 (s. <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msgid=51395>).

¹⁸² Der Bericht ist unter folgendem Link abrufbar:
<http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2014/2014-06-25.html>

1.3.9.2 Überblick über die Regelung

Die neuen Bestimmungen in den Artikeln 964a ff. sind den oben erwähnten EU-Richtlinien nachgebildet (s. Ziff. 1.3.9.1). Im Vorentwurf sind sie systematisch im zweiunddreissigsten Titel des OR über die kaufmännische Buchführung und Rechnungslegung positioniert. Zudem ist mit Artikel 325^{bis} VE StGB eine Strafbestimmung vorgesehen. Die Regelung betreffend die Transparenz bei Rohstoffunternehmen wird ins OR integriert, weil sie thematisch einen engen Zusammenhang mit dem Rechnungslegungsrecht aufweist bzw. diesem zugeordnet werden kann. Zahlungen an staatliche Stellen müssen ordnungsgemäss und erfolgswirksam verbucht werden. Daher unterliegen sie den Bestimmungen über die kaufmännische Buchführung und Rechnungslegung. Sollte man weitere (insb. öffentlich-rechtliche) Fragen betreffend Rohstoffunternehmen (z.B. eine Bewilligungspflicht) in der Zukunft regeln wollen, würde sich indessen der Erlass eines neuen Spezialgesetzes aufdrängen.

Die Regelung gilt ausschliesslich für Unternehmen, die von Gesetzes wegen zu einer ordentlichen Revision ihrer Jahresrechnung verpflichtet und im Bereich der Rohstoffgewinnung (Gewinnung von Mineralien, Erdöl, Erdgas und Gewinnung bzw. Einschlag von Holz in Primärwäldern) tätig sind. Damit werden ausschliesslich börsennotierte und grosse Unternehmen erfasst. Der Vorentwurf sieht für diese Unternehmen eine Pflicht vor, in einem schriftlichen Bericht Zahlungen von mindestens 120'000 Franken pro Geschäftsjahr offenzulegen, die das Unternehmen an staatliche Stellen geleistet hat. Der Bericht muss vom Unternehmen elektronisch veröffentlicht werden. Der Vorentwurf enthält weiter eine Verpflichtung zur Aufbewahrung und Dokumentation der Berichte sowie der wesentlichen Unterlagen während mindestens zehn Jahren. Schliesslich ist im Vorentwurf eine Delegationsnorm vorgesehen, die den Bundesrat ermächtigt, die Verpflichtungen nach Artikel 964a ff. auch auf rohstoffhandelnde Unternehmen auszudehnen (s. Art. 964f). Die Strafbestimmung in Artikel 325^{bis} VE StGB sanktioniert die Verletzung der Vorschriften betreffend die Berichterstattung über Zahlungen an staatliche Stellen.

1.3.9.3 Ziele der Regelung

In der industrialisierten und globalisierten Welt besteht ein grosser Bedarf an Rohstoffen. Die natürlichen Ressourcen der Erde bilden die materielle Grundlage für die Wirtschaft. Ein Grossteil der Rohstoffe wird in Entwicklungsländern gefördert. In den Abbauländern existieren oft nur ungenügende staatliche Strukturen. Es besteht daher ein erhebliches Risiko, dass die an Regierungen dieser Länder im Zusammenhang mit dem Rohstoffabbau bzw. -handel geleisteten Zahlungen aufgrund von Misswirtschaft, Korruption etc. versickern oder zur Konfliktfinanzierung bzw. anderweitig missbraucht werden. Bei den Tätigkeiten im Rohstoffbereich kann zwischen der Gewinnung bzw. dem Abbau von Rohstoffen einerseits und dem physischen Rohstoffhandel andererseits unterschieden werden. Beim sogenannten «Transithandel», der beispielsweise von Unternehmen in der Schweiz betrieben wird, überquert die Ware die Grenze der Schweiz in der Regel *nicht*. Die Schweiz hat sich in den letzten Jahrzehnten weltweit zu einem wichtigen Zentrum des internationalen Rohstoffhandels entwickelt und trägt damit eine entsprechend grosse Verantwortung.

Werden im Rohstoffsektor tätige Unternehmen mit Sitz in der Schweiz zur Offenlegung von Zahlungen an staatliche Stellen (Regierungen und staatliche Unternehmen) in einem Bericht verpflichtet, leistet dies einen Beitrag zu mehr Transparenz. Investoren und Banken von Rohstoffunternehmen können zudem besser nachvollziehen, welche wirtschaftlichen und finanziellen Beiträge diese in Rohstoffabbauländern tätigen. International ist ein Trend in Richtung erhöhter Transparenz bei den Zahlungen von in der Rohstoffgewinnung tätigen Unternehmen an staatliche Stellen feststellbar. Mit dem Erlass von entsprechenden Transparenzbestimmungen können der internationale Druck und die Reputationsrisiken der Schweiz reduziert werden.

Im Bericht über Zahlungen an staatliche Stellen sollen Zahlungen aufgeführt werden, welche mit denen vergleichbar sind, die im Rahmen der Extractive Industries Transparency Initiative EITI offen gelegt werden.

Die Transparenzbestimmungen sollen in einem ersten Schritt nur für Unternehmen gelten, die Rohstoffe gewinnen. Mittels einer Delegationsnorm soll der Bundesrat aber ermächtigt werden, im Rahmen eines international abgestimmten Vorgehens auf dem Verordnungsweg den Anwendungsbereich der Verpflichtungen nach Art. 964a ff. VE-OR auf Unternehmen auszudehnen, die mit Rohstoffen handeln.

1.3.10 Bestimmungen zu anderen Rechtseinheiten

Das Gesellschaftsrecht bietet verschiedene Rechtseinheiten an, die auf unterschiedliche wirtschaftliche und rechtliche Bedürfnisse ausgerichtet sind. Soweit sich aus den daraus folgenden wesensmässigen Unterschieden nichts anderes ergibt, sind dieselben Aspekte in den verschiedenen Rechtseinheiten grundsätzlich gleich oder zumindest ähnlich zu regeln. Nur so lassen sich sachwidrige Abweichungen im Interesse der Konsistenz und der inneren Stimmigkeit des gesamten Gesellschaftsrechts vermeiden.

Der Vorentwurf nimmt deshalb teilweise auch eine Harmonisierung der Bestimmungen zur GmbH sowie zur Genossenschaft, zum Verein und zur Stiftung mit dem Aktienrecht vor. Dies insbesondere in folgenden Punkten:

- Gesellschaftskapital in fremder Währung;
- Mindestnennwert der Aktien und Stammanteile grösser als null;
- Neuregelung der Kapitalherabsetzung;
- Beschränkung des gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Statuteninhalts auf das notwendige Minimum;
- Abschaffung der (beabsichtigten) Sachübernahme als qualifizierter Tatbestand bei einer Gründung oder Kapitalerhöhung;
- Rückerstattung von Leistungen;
- Bestimmungen über Dividenden und Zwischendividenden;
- Verwendung elektronischer Mittel bei der Vorbereitung und Durchführung der GV;
- Anzeigepflichten und Sanierung.

Aus der gewollten Parallelität der Regelung bestimmter Sachfragen in mehreren Rechtseinheiten folgt, dass die für das Gesellschaftsrecht typischen Querverweise auf das Recht einer anderen Rechtseinheit als dynamische Verweise zu verstehen sind. Wird eine Norm, auf die an anderer Stelle verwiesen wird, revidiert, so beziehen sich die entsprechenden Verweisungen auf das jeweils geltende neue Recht. Eine abweichende Ordnung müsste vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen sein.¹⁸³

1.4 Verhältnis zum europäischen Recht

1.4.1 Keine unmittelbaren Verpflichtungen

Die Schweiz ist staatsvertraglich nicht zur Übernahme des einschlägigen Sekundärrechts der Europäischen Union (EU) im Bereich des Gesellschaftsrechts verpflichtet.

Nichtsdestotrotz wäre eine völlig eigenständige Rechtsentwicklung des schweizerischen Gesellschaftsrechts problematisch.¹⁸⁴

Der Vorentwurf steht in weiten Teilen mit dem massgeblichen Recht der EU im Einklang. Auf eine Übernahme der einschlägigen europäischen Vorschriften wurde jedoch dort verzichtet, wo diese materiell nicht überzeugen, Artikel 95 Absatz 3 BV¹⁸⁵ zwingende inhaltliche Vorgaben macht oder sich ein Rechtsinstitut in der Schweizer Praxis etabliert hat.

Der Vorentwurf knüpft nirgends an die Nationalität einer natürlichen Person an. Soweit erkennbar, besteht keine unmittelbare Gefahr, dass insbesondere im Hinblick auf die bilateralen Verträge der Schweiz mit der EU auf Gesetzesstufe eine entsprechende unzulässige Diskriminierung geschaffen wird.

Nachfolgend werden wichtige gesellschaftsrechtliche Rechtserlasse der EU im Vergleich zum Vorentwurf dargestellt.

1.4.2 Richtlinie 2007/36/EG über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften

Es stellt sich die Frage, wie weit der Vorentwurf der Richtlinie (RL) über die grenzüberschreitende Ausübung bestimmter Aktionärsrechte¹⁸⁶ entspricht. Diese bezweckt primär, bei börsenkotierten Gesellschaften die Teilnahme von gebietsfremden Aktionärinnen und Aktionären an der GV zu erleichtern. Der Vorentwurf weicht in folgenden relativ geringfügigen Punkten von der Richtlinie ab:

¹⁸³ S. HEINRICH KOLLER/HANSPETER KLÄY, Das Mittel der gesetzlichen Verweisung im Gesellschaftsrecht (zur «Breitenwirkung» des revidierten Aktienrechts), in: Roland von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz – Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1997, S. 193 ff.

¹⁸⁴ S. den Schlussbericht der Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht» vom 24. September 1993, S. 8.

¹⁸⁵ SR 101

¹⁸⁶ Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften (ABl L 184/17 vom 14. Juli 2007).

- Die Einberufung für die GV hat spätestens 30 Tage vor der Versammlung zu erfolgen; bei ausserordentlichen GV beträgt die Frist 20 Tage (s. Art. 700 Abs. 1). Artikel 5 der Richtlinie sieht 21 Tage vor; unter bestimmten Voraussetzungen kann die Frist auf 14 Tage verkürzt werden. Die 21 Tage wären zu kurz, damit insbesondere das elektronische Forum (s. Art. 701g) seine Wirkung zur Meinungsbildung der Aktionärinnen und Aktionäre vollumfänglich entfalten könnte;
- Die Richtlinie enthält ausführliche Vorgaben zu Form und Inhalt der Einladung und zur Publikation der entsprechenden Angaben auf der Internetseite des Unternehmens (Art. 5 RL). Der Vorentwurf verzichtet auf diese umfassende Regelung (s. Art. 700 Abs. 2–5);
- Im Unterschied zur Richtlinie (Art. 12 RL) ist die briefliche Stimmabgabe im Vorentwurf nicht ausdrücklich vorgesehen. Dafür sieht der Vorentwurf die Pflicht zur unabhängigen Stimmrechtsvertretung (s. Art. 689c) und die Möglichkeit einer Cybergeneralversammlung vor (s. Art. 701d);
- Die Richtlinie verlangt, dass die Abstimmungsergebnisse der GV spätestens nach 15 Tagen auf der Internetseite der Gesellschaft zu publizieren sind (Art. 14 RL). Der Vorentwurf schreibt demgegenüber vor, dass das gesamte Protokoll der GV spätestens 20 Tage nach der GV den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern auf elektronischem Weg zugänglich gemacht oder in Papierform zur Verfügung gestellt werden muss (s. Art. 702 Abs. 3). Bei Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, sind die Beschlüsse und die Abstimmungsergebnisse unter Angabe der genauen Stimmverhältnisse bereits innerhalb von zwei Tagen nach der GV auf elektronischem Weg zugänglich zu machen (s. Art. 702 Abs. 4).

1.4.3 **Vorschlag der EU-Kommission zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG**

Am 9. April 2014 veröffentlichte die EU-Kommission einen Vorschlag zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG (s. Ziff. 1.4.2) im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Einbeziehung der Aktionäre.¹⁸⁷ Die EU-Kommission will von den Mitgliedstaaten insbesondere Bestimmungen für die rund 10'000 börsenkotierten Gesellschaften in folgenden Bereichen:

- Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Finanzintermediäre der Aktiengesellschaft auf deren Antrag unverzüglich die Namen und die Kontaktdaten der Aktionäre übermitteln. Informationen der Gesellschaft an die Aktionäre sind von den Finanzintermediären weiterzuleiten. Es darf eine verhältnismässige Gebühr erhoben werden.¹⁸⁸ Diese Pflichten sollen auch für Finanzintermediäre aus Drittländern mit Zweigniederlassung in der EU gelten;¹⁸⁹

¹⁸⁷ Der Vorschlag der EU-Kommission (COM (2014) 213 final) ist zu finden unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=COM:2014:213:FIN&from=DE> und sämtliche weiteren Dokumente unter: http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_de.htm#corporategovernance_package

¹⁸⁸ Art. 3a–d.

¹⁸⁹ Art. 3e.

- Es sind strengere Transparenzvorschriften bei institutionellen Anlegern (Lebensversicherern; Einrichtungen der betrieblichen Altersvorsorge) und ihren Vermögensverwaltern hinsichtlich der Einbeziehung der Aktionärinnen und Aktionäre (Einbeziehungspolitik) und der Anlagestrategie, u. a. im Hinblick auf die langfristigen Ziele und die Vermeidung von Interessenskonflikten, vorgesehen;¹⁹⁰
- Von Stimmrechtsberatern wird mehr Transparenz verlangt. Sie haben insbesondere die bei der Erstellung ihrer Stimmempfehlungen zugrunde gelegten Methoden und Modelle, ihre Hauptinformationsquellen und ihren Umgang mit Interessenkonflikten offen zu legen. Auch die Gesamtzahl der im vergangenen Jahr abgegebenen Stimmempfehlungen ist zu publizieren;¹⁹¹
- Die Vergütungen an die Mitglieder der Unternehmensleitung sollen in einem Vergütungsbericht offen gelegt werden. Jährlich wird über den Vergütungsbericht abgestimmt. Stimmen die Aktionärinnen und Aktionäre gegen den Vergütungsbericht, legt die Gesellschaft im nächsten Vergütungsbericht dar, ob und gegebenenfalls wie der negativen Abstimmung Rechnung getragen wurde. Die Aktionärinnen und Aktionären sollen zudem das Recht erhalten, mindestens alle drei Jahre über die Vergütungspolitik der Gesellschaft abstimmen zu können. In der Vergütungspolitik muss u. a. offen gelegt werden, wie diese den langfristigen Interessen und der langfristigen Tragfähigkeit des Unternehmens dient. Ferner ist zu erläutern, inwieweit bei der Festlegung der Vergütungspolitik den Vergütungs- und Beschäftigungsbedingungen der Angestellten des Unternehmens Rechnung getragen wird und wie sich das Verhältnis zwischen der durchschnittlichen Vergütung der Beschäftigten und der durchschnittlichen Vergütung der Mitglieder der Unternehmensleitung darstellt. Auf eine Deckelung der Vergütungen der Führungskräfte wird verzichtet; eine solche ist aber im Rahmen der unternehmensinternen Vergütungspolitik vorzusehen. Auch Transaktionen mit nahe stehenden Unternehmen und Personen müssen offen gelegt werden und gegebenenfalls begutachtet sowie den Aktionärinnen und Aktionären zur Abstimmung vorgelegt werden.¹⁹²

Die EU-Kommission hat die Mitgliedstaaten aufgefordert, ihr erläuternde Dokumente zur zukünftigen Umsetzung der geplanten Anpassung der Richtlinie einzureichen. Dadurch soll der Zusammenhang zwischen den beabsichtigten Bestimmungen der Richtlinie und den zukünftigen nationalen Umsetzungsmassnahmen verdeutlicht werden.¹⁹³

Im Mai 2014 haben Parlament und Rat die Änderungsrichtlinie 2014/59/EU¹⁹⁴ verabschiedet, mit der mittels Artikel 121 die Richtlinie 2007/36/EG punktuell angepasst wird (u. a. kürzere Frist zur Einberufung der Hauptversammlung bei einer Kapitalerhöhung zur Vermeidung weitergehender Abwicklungs- und Sanierungsmassnahmen). Die oben genannten Aspekte wurden jedoch noch nicht behandelt.

¹⁹⁰ Art. 3f–h.

¹⁹¹ Art. 3i.

¹⁹² Art. 9a–c.

¹⁹³ Vorschlag vom 9. April 2014 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG, S. 11 f.

¹⁹⁴ Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 (ABl L 173/190 vom 12. Juni 2014).

1.4.4

Zweite Gesellschaftsrechtsrichtlinie 2012/30/EU («Kapitalrichtlinie»)

Hinsichtlich verschiedener Bestimmungen des Vorentwurfs ist auch die überarbeitete zweite Gesellschaftsrechtsrichtlinie der EU von Bedeutung¹⁹⁵. Der Vorentwurf steht mit der Richtlinie in weiten Teilen in Einklang. Unterschiede bestehen nur in wenigen Bereichen:

- Der Vorentwurf sieht keine Pflicht vor, die Gründungskosten offen zu legen (Art. 3 Bst. j RL).
- Die Teilliberierung des Nennwertkapitals wird – im Gegensatz zur Richtlinie (Art. 9 und 30 RL) – abgeschafft (s. Art. 632).
- Die Vorschriften zu den Sacheinlagen des Vorentwurfs (s. Art. 634) weisen dieselbe Stossrichtung auf wie die Richtlinie (s. Art. 10 RL). Der Vorentwurf sieht – im Gegensatz zur Richtlinie (Art. 10 Abs. 4, Art. 11 f. RL) – aber keine Möglichkeit vor, auf die Vorschriften zur Sacheinlage-Gründung zu verzichten. Im Gegensatz zum geltenden Recht will der Vorentwurf jedoch das Konzept der (beabsichtigten) Sachübernahmen aufheben (s. Ziff. 1.3.1.3).
- Im Gegensatz zur Richtlinie (Art. 20 RL) sieht der Vorentwurf weiterhin kein Verbot für die Gesellschaft vor, eigene Aktien zu zeichnen (s. Art. 659 f.).¹⁹⁶
- Hinsichtlich der Voraussetzungen und der Offenlegung des Erwerbs eigener Aktien ist der Vorentwurf (s. Art. 659 f.; Art. 959c Abs. 2 Ziff. 4 und 5 OR) vergleichbar mit der Richtlinie (Art. 21 ff. RL), aber weniger detailliert. Diese sieht beispielsweise eine umfassende Aufzählung an Sachverhalten vor, bei denen die Gesellschaft über die Schwelle von zehn Prozent des Nennwertkapitals hinaus eigene Aktien erwerben darf (Art. 22 RL). Der Anteil eigener Aktien, der zehn Prozent des Aktienkapitals überschreitet, ist gemäss Richtlinie innert drei Jahren zu reduzieren. Der Vorentwurf sieht – dem geltenden Recht entsprechend (Art. 659 Abs. 2 OR) – eine Frist von zwei Jahren vor. Die weiterhin strengere Vorgabe ist gerechtfertigt, da der Erwerb eigener Aktien einer Verteilung von Gesellschaftsvermögen ausserhalb eines geregelten Kapitalherabsetzung- oder Liquidationsverfahrens gleichkommt.
- Kleinere Unterschiede bestehen – bereits nach geltendem Recht (Art. 652b OR) – auch beim Bezugsrecht (s. Art. 652b). Die neue Regelung des Vorentwurfs betreffend die Wahrung des Bezugsrechts bei Festübernahmen (s. Art. 652b Abs. 1^{bis}) entspricht der Richtlinie (Art. 33 Abs. 7 RL).
- Die Neuordnung der ordentlichen Kapitalherabsetzung (s. Art. 653j ff.) entspricht grundsätzlich den Vorgaben der Richtlinie. Im Unterschied zu dieser

¹⁹⁵ Richtlinie 2012/30/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 54 Absatz 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten (ABl L 315/74 vom 14. November 2012).

¹⁹⁶ S. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 4 N 32 ff.

(Art. 44 RL) verlangt jedoch weder das geltende Recht (Art. 703 f. OR) noch der Vorentwurf ein qualifiziertes Quorum für den Herabsetzungsbeschluss der GV (s. Art. 703 f.). Zudem muss bei der Aufhebung von Stimmrechtsaktien – im Gegensatz zur Richtlinie (Art. 35 RL, s. auch Art. 29 Abs. 3 RL) – keine Sondersammlung der betroffenen Aktionärinnen und Aktionäre durchgeführt werden (was in der Praxis allerdings nicht unumstritten ist¹⁹⁷). Im Unterschied zur Richtlinie (Art. 34 RL) muss der Zweck einer Kapitalherabsetzung im Herabsetzungsbeschluss nicht ausdrücklich erwähnt werden (s. Art. 653n Abs. 1).

1.4.5 Empfehlungen der Kommission zur Vergütungspolitik bei börsenkotierten Gesellschaften

In den letzten Jahren hat die EU-Kommission verschiedene Empfehlungen an die Mitgliedstaaten zur Vergütungspolitik abgegeben:

- Empfehlung vom 14. Dezember 2004 zur Einführung einer angemessenen Regelung für die Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsenkotierter Gesellschaften;¹⁹⁸
- Empfehlung vom 15. Februar 2005 zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsenkotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs-/Aufsichtsrats;¹⁹⁹
- Empfehlung vom 30. April 2009 zur Ergänzung der Empfehlungen 2004/913/EG und 2005/162/EG zur Regelung der Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsenkotierter Gesellschaften.²⁰⁰

Durch diese Empfehlungen wollte die Kommission sicherstellen, dass die Regelungen zu den Vergütungen der Gesellschaft transparent sind, dass durch die Offenlegung, durch die Einführung einer bindenden oder beratenden Abstimmung über die Vergütungen sowie durch die Genehmigung aktienbezogener Vergütungsregelungen durch das Aktionariat dieses eine Kontrolle über die Vergütungspolitik und die individuelle Vergütung ausübt, dass eine wirksame und unabhängige Aufsicht durch nicht geschäftsführende Mitglieder des Verwaltungs-/Aufsichtsrats gegeben ist und dass der Vergütungsausschuss hinsichtlich der Vergütungspolitik zumindest eine beratende Funktion hat.

1.4.6 Richtlinie 2013/34/EU («Rechnungslegungsrichtlinie») und Richtlinie 2013/50/EU (Änderungen der «Transparenzrichtlinie»)

Die im Vorentwurf vorgesehenen Bestimmungen zur Berichterstattung über Zahlungen an staatliche Stellen lehnen sich inhaltlich an die Richtlinie 2013/34/EU

¹⁹⁷ S. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 12 N 375.

¹⁹⁸ Empfehlung 2004/913/EG, ABI L 385/55 vom 29. Dezember 2004.

¹⁹⁹ Empfehlung 2005/162/EG, ABI L 52/51 vom 25. Februar 2005.

²⁰⁰ Empfehlung 2009/385/EG, ABI L 120/28 vom 15. Mai 2009.

(«Rechnungslegungsrichtlinie»)²⁰¹ und die Richtlinie 2013/50/EU (Änderungen der «Transparenzrichtlinie»)²⁰² an. Die Richtlinie 2013/34/EU trat am 19. Juli 2013 in Kraft und muss bis zum 19. Juli 2015 von den Mitgliedstaaten der Europäischen Union in ihrer nationalen Gesetzgebung umgesetzt werden. Die Richtlinie 2013/50/EU ist am 26. November 2013 in Kraft getreten und muss bis zum 26. November 2015 in den nationalen Gesetzgebungen umgesetzt werden. Deshalb sind noch viele Auslegungsfragen in der Europäischen Union und den nationalen Gesetzgebungen der Mitgliedstaaten offen (z.B. im Bereich der Sanktionen).

Der Vorentwurf weicht in einigen Punkten bewusst von den Richtlinien der EU ab: die Transparenzbestimmungen gelten für Unternehmen, die von Gesetzes wegen zu einer ordentlichen Revision ihrer Jahresrechnung verpflichtet sind. Dabei wird auf die Regelung von Artikel 727 Absatz 1 OR²⁰³ und die in Ziffer 2 enthaltenen Schwellenwerte verwiesen. Diese Schwellenwerte sind in Schweizer Franken angegeben. Die Angabe der Schwellenwerte in den EU-Richtlinien erfolgt demgegenüber in der Währung des Euro. Auf eine Umrechnung und Erhöhung der Schwellenwerte wurde im Vorentwurf verzichtet, weil die Anzahl der ohne Umrechnung zusätzlich in den Anwendungsbereich der Regelung fallenden Unternehmen kaum beeinflusst wird und weil der Umrechnungskurs ständigen Änderungen unterliegt. Würden die Schwellenwerte umgerechnet und angepasst, würde eine neue Definition von kleinen und mittleren Unternehmen nur für die Zahlungstransparenzbestimmungen geschaffen. Dafür gibt es keinen sachlichen Grund bzw. keine Notwendigkeit. Das Parlament hat immer grossen Wert auf einheitliche Schwellenwerte bei den Definitionen für kleine und mittlere Unternehmen im Handelsrecht gelegt (vgl. die übereinstimmenden Zahlen der Schwellenwerte in Artikel 727 Absatz 1 Ziffer 2 Buchstabe a und b OR betreffend die Pflicht zur ordentlichen Revision, Artikel 963a Absatz 1 Ziffer 1 OR betreffend die Pflicht zur Konzernrechnungslegung sowie Artikel 2 Buchstabe e Fusionsgesetz²⁰⁴, betreffend die Definition von kleinen und mittleren Unternehmen bei Umstrukturierungen). Die einheitlichen Schwellenwerte haben sich zudem bewährt, weshalb eine Abweichung in den Bestimmungen über die Zahlungstransparenz ungerechtfertigt wäre.

Der Betrag für den Mindestwert der offenzulegenden Zahlungen basiert auf den EU-Richtlinien, welche die Summe von 100'000 Euro vorsehen; dieser Betrag wurde im Vorentwurf hingegen umgerechnet und beträgt in der Währung des Schweizer Frankens zum aktuellen Kurs rund 120'000.

²⁰¹ Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates (ABl L 182/19 vom 29. Juni 2013).

²⁰² Richtlinie 2013/50/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 zur Änderung der Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, der Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, sowie der Richtlinie 2007/14/EG der Kommission mit Durchführungsbestimmungen zu bestimmten Vorschriften der Richtlinie 2004/109/EG.

²⁰³ SR 220

²⁰⁴ SR 221.301

Gemäss Vorentwurf sind auch Zahlungen offenkundig, die an eine der staatlichen Stelle nahe stehende Person geleistet werden. Der Begriff der nahe stehenden Person wird bereits in Artikel 663^{bis} Absatz 1 Ziffer 5 OR bzw. Artikel 16 VegüV²⁰⁵ betreffend die Offenlegung der Vergütungen bei börsenkotierten Gesellschaften verwendet. Ob diese Formulierung über den Anwendungsbereich der EU-Richtlinien hinausgeht, kann nicht beurteilt werden, da die Umsetzung der Richtlinien in den Mitgliedstaaten noch ausstehend ist. Die Strafbestimmung dient der Durchsetzung der neuen Pflichten und rundet die Regelung ab.²⁰⁶

Die EU-Richtlinien enthalten einen Mechanismus, um die Gleichwertigkeit von ausländischen Vorschriften anerkennen zu können (Art. 46 RL 2013/34/EU und Art. 23 RL 2004/109/EG, wie von der RL 2013/50/EU geändert). Im Vorentwurf wurde auf die Übernahme einer entsprechenden Regelung verzichtet, weil die Kontrolle bzw. Überprüfung der Gleichwertigkeit der ausländischen Bestimmungen aufwändig und mit Schwierigkeiten verbunden wäre.

1.5 Umsetzung

Die Umsetzung der neuen Bestimmungen erfolgt schwergewichtig durch die Unternehmen, insbesondere die Aktiengesellschaften, und ihre Revisionsstellen. Bei den im Handelsregister zu publizierenden Tatsachen (z. B. Änderungen des Nennwertkapitals) und bei Statutenänderungen wirken auch die Handelsregisterbehörden mit. Bei Verstössen gegen die Strafbestimmungen gelangen zudem die kantonalen Strafverfolgungsbehörden zum Einsatz. Der Vorentwurf ändert grundsätzlich nichts an der bisherigen Umsetzung des Aktienrechts, der Bestimmungen zur beruflichen Vorsorge und des Strafrechts.

Im Übrigen wird auf die Ausführungen zur Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen verwiesen (s. Ziff. 5.4).

1.6 Erledigung parlamentarischer Vorstösse

1.6.1 Zu erledigende parlamentarische Vorstösse

Die folgenden parlamentarischen Vorstösse verlangen Verbesserungen im Aktienrecht:

- Postulate der NATIONAL- UND STÄNDERÄTLICHEN KOMMISSIONEN FÜR WIRTSCHAFT UND ABGABEN vom 11. September/30. Oktober 2000 betreffend «Nennwertlose Aktie»/«Einführung der nennwertlosen Aktien»²⁰⁷;

²⁰⁵ SR 221.331

²⁰⁶ Gemäss Executive Summary der Botschaft des britischen Department for Business Innovation & Skills vom August 2014 betreffend die Umsetzung der RL 2013/34/EU, S. 5, sollen im innerstaatlichen Recht Sanktionen vorgesehen werden, die es erlauben, Bussen in unlimitierter Höhe und Gefängnisstrafen auszusprechen (s. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/343599/bis-14-1006-eu-accounting-directive-implementation-extractive-industries-reporting-response.pdf).

²⁰⁷ 00.3423/00.3598.

- Motion LEUTENEGGER OBERHOLZER vom 22. März 2001 betreffend «Transparenz der Kaderlöhne und Verwaltungsratsentschädigungen» (als Postulat überwiesen)²⁰⁸;
- Motion LEUTENEGGER OBERHOLZER vom 9. Mai 2001 betreffend «Mehr Schutz für Minderheitsaktionäre» (Teile davon als Postulat überwiesen)²⁰⁹;
- Motion WALKER vom 20. Juni 2001 betreffend «Corporate Governance in der Aktiengesellschaft» (als Postulat überwiesen)²¹⁰;
- Postulat WICKI vom 12. März 2002 betreffend «Rechtliche Analyse als Folge des Swissair-Debakels»²¹¹;
- Postulat WALKER vom 20. März 2002 betreffend «Corporate Governance. Anlegerschutz»²¹²;
- Motionen der NATIONAL- UND STÄNDERÄTLICHEN KOMMISSIONEN FÜR RECHTSFRAGEN vom 21. Mai/28. Juni 2012 betreffend «Sanierungsverfahren vor Nachlassstundung und Konkursöffnung»²¹³.

Die vorgebrachten Begehren wurden geprüft und im Vorentwurf weitgehend berücksichtigt. Es wird auf die Ausführungen zu den einzelnen Sachgebieten verwiesen.

Drei weitere parlamentarische Vorstösse sind bereits durch frühere Gesetzes- oder Verordnungsrevisionen materiell umgesetzt worden:

- Motion der GESCHÄFTSPRÜFUNGSKOMMISSION DES STÄNDERATS vom 19. September 2002 betreffend «Verschärfung der gesetzlichen Bestimmungen zur Rechnungslegung und Unternehmenskontrolle»²¹⁴. Diese Motion wurde durch das Fusionsgesetz vom 3. Oktober 2003²¹⁵, das neue Revisions(aufsichts)recht (v. a. die Art. 727 ff. OR²¹⁶ und das Revisionsaufsichtsgesetz vom 16. Dezember 2005²¹⁷), punktuelle Anpassungen des Börsengesetzes²¹⁸ und das neue Rechnungslegungsrecht vom 23. Dezember 2001 (v. a. die Artikel 957 ff. OR) umgesetzt.
- Motion LEUTENEGGER OBERHOLZER vom 25. September 2002 betreffend «Rechnungslegung und Revision»²¹⁹. Diese Motion wurde ebenfalls durch das Revisions(aufsichts)recht und das neue Rechnungslegungsrecht umgesetzt.

²⁰⁸ 01.3153.

²⁰⁹ 01.3261.

²¹⁰ 01.3329.

²¹¹ 02.3045.

²¹² 02.3086.

²¹³ 12.3403/12.3654.

²¹⁴ 02.3470.

²¹⁵ Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG, SR **221.301**).

²¹⁶ SR **220**

²¹⁷ Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz, RAG, SR **221.302**); Verordnung vom 22. August 2007 über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsverordnung, RAV, SR **221.302.3**).

²¹⁸ Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG, SR **954.1**), Änderung vom 28. September 2012 (AS **2013** 1103 ff.)

²¹⁹ 02.3489.

- Postulat IMFELD vom 8. März 2006 betreffend «Freier Internetzugang auf Handelsregisterdaten»²²⁰. Dieses Postulat wurde durch Artikel 12 der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007²²¹ umgesetzt.

Im Zusammenhang mit den Bestimmungen betreffend die Berichterstattung über die Zahlungen an staatliche Stellen (s. Ziff. 1.3.9) ist auf das Postulat der Aussenpolitischen Kommission des Nationalrats «Mehr Transparenz im Schweizer Rohstoffsektor»²²² hinzuweisen. Dieses bezieht sich auf die im Grundlagenbericht Rohstoffe²²³ in der Empfehlung 8 in Aussicht gestellte Abklärung der Auswirkungen einer Einführung von Transparenzvorschriften – analog zu jenen der USA und der EU – auf den Schweizer Rohstoffsektor und die Prüfung einer Vernehmlassungsvorlage. Das Postulat beauftragt den Bundesrat, in diesem Zusammenhang auch zu prüfen, ob der gesamte Schweizer Rohstoffsektor mit einbezogen werden kann, d. h. sowohl börsenkotierte als auch nichtkotierte Rohstoffunternehmen und sowohl Förder- als auch physische Handelsaktivitäten. Der Bundesrat soll weiter prüfen, wie er sich erfolgreich für globale Transparenzstandards einsetzen kann. Der Bericht vom 16. Mai 2014 in Erfüllung der Empfehlung 8 des Grundlagenberichts Rohstoffe und des Postulats wurde vom Bundesrat am 25. Juni 2014 verabschiedet.

Die vorangehend aufgeführten Motionen und Postulate können folglich abgeschrieben werden.

1.6.2 Vom Parlament noch nicht beratene Vorstösse

Einige weitere parlamentarische Vorstösse, die das Aktienrecht betreffen, wurden bis jetzt vom Parlament noch nicht behandelt (Stand Ende August 2014):

- Motion SCHWAAB vom 6. März 2013 betreffend «Für nachhaltige und der wirtschaftlichen Lage angemessene Bonuszahlungen»²²⁴;
- Motion LEUTENEGGER OBERHOLZER vom 20. März 2014 betreffend «Steuerliche Konsequenzen übermässiger Entschädigungen/Boni bei Verlustvortrag»²²⁵.

²²⁰ 06.3026.

²²¹ Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV, SR **221.411**).

²²² 13.3365.

²²³ S. Grundlagenbericht Rohstoffe vom 27. März 2013, S. 44 (zu finden unter <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/30133.pdf>).

²²⁴ 13.3044.

²²⁵ 14.3186.

2 Erläuterungen zu einzelnen Artikeln

2.1 Aktiengesellschaft

2.1.1 Ausgestaltung der Aktiengesellschaft

Art. 620 Begriff

Die heutige Legaldefinition der Aktiengesellschaft in Artikel 620 OR befriedigt nicht. Einerseits enthält sie Unwesentliches (z. B. Hinweis auf die Firma); andererseits werden wichtige Strukturelemente nicht explizit erwähnt.

Absatz 1 umschreibt die Grundstruktur der Gesellschaft. Neu wird festgehalten, dass neben den natürlichen und juristischen Personen sowie den Handelsgesellschaften (Kollektiv- und Kommanditgesellschaften) auch Rechtsgemeinschaften, insbesondere eine Erbengemeinschaft und eine einfache Gesellschaft, eine Aktiengesellschaft gründen können. Bisher war dies aufgrund des klaren Wortlauts ausgeschlossen. Jedoch konnten Rechtsgemeinschaften eine logische Sekunde nach der Gründung die Aktien erwerben. Es besteht deshalb kein Anlass, Rechtsgemeinschaften nicht bereits beim ersten Schritt – der Gründung – zuzulassen.²²⁶

Die Grundstruktur der Aktiengesellschaft entspricht derjenigen einer «Kapital bezogenen» Kapitalgesellschaft²²⁷ mit einem in den Statuten bestimmten Aktienkapital. Verfügt die Gesellschaft über ein bedingtes Kapital oder ein Kapitalband, so lässt sich aus den Statuten zwar die aktuelle Höhe des ausgegebenen Kapitals nicht zwingend ersehen, aber die maximale Höhe des Aktienkapitals ist statutarisch festgelegt. Für die Schulden des Unternehmens haftet nur das Gesellschaftsvermögen.

Absatz 2 enthält die allgemeine Umschreibung der Rechtsstellung der Aktionärinnen und Aktionäre. Diese sind nur zur Liberierung der Anteile verpflichtet. Die Gesellschaft darf ihnen keine Pflichten auferlegen, die im Gesetz nicht vorgesehen sind (Art. 680 Abs. 1 OR).

Wie bei anderen Rechtseinheiten erübrigt sich der ausdrückliche Hinweis, dass die Aktiengesellschaft sowohl wirtschaftliche wie auch nichtwirtschaftliche Zwecke verfolgen darf. Der bisherige Absatz 3 wird deshalb gestrichen. Eine materielle Änderung ergibt sich daraus nicht.

Art. 621 Aktienkapital

Absatz 1 entspricht dem geltenden Artikel 621 OR. Er hält fest, dass das Aktienkapital mindestens 100'000 Franken betragen muss.

Neu sieht Absatz 2 vor, dass das Aktienkapital nicht mehr ausschliesslich in Schweizer Franken denominiert sein muss, sondern dass auch die für die Geschäftstätigkeit wesentliche ausländische Währung verwendet werden darf (z. B. US-Dollar, Euro oder englische Pfund). Diese funktionale Währung ist bereits im neuen Rechnungslegungsrecht vorgesehen (Art. 957a Abs. 4, 958d Abs. 3 OR). Durch die Verbindung zum Rechnungslegungsrecht wird gewährleistet, dass die Wahl einer

²²⁶ S. LUKAS GLANZMANN, Die grosse Aktienrechtsrevision, in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/Jörg, Florian S., Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Bern 2009, S. 213 f. m. w. H.

²²⁷ S. ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Auflage, Bern 2012, § 3 N 8 ff. und § 16 N 29 f.

ausländischen Währung als Aktienkapital sachlich begründet sein und die freie Konvertierbarkeit zum Schweizer Franken vorliegen muss. Auch andere Staaten kennen ein Aktienkapital bzw. GmbH-Stammkapital in fremder Währung, so beispielsweise das Fürstentum Liechtenstein in Euro und US-Dollar.²²⁸ Der neue Absatz 2 ermöglicht es den Gesellschaften, sämtliche kapitalbezogenen Aspekte – z. B. die Bildung der Reserven (s. Art. 671 ff.), die Ausschüttung von Dividenden (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR) und die Beurteilung der drohenden Überschuldung (s. Art. 725b) – in der gewählten fremden Währung festzulegen. Er führt die entsprechende Kohärenz zwischen dem Aktienrecht und dem neuen Rechnungslegungsrecht (Art. 958d Abs. 3 OR) ein, die bisher nicht vollständig gelungen ist (s. Ziff. 1.3.1.1). Die indirekten und direkten Steuern werden weiterhin in Schweizer Franken erhoben; die Umrechnung kann in einem einfachen Dreisatz erfolgen (s. Art. 80 Abs. 1^{bis} VE DBG²²⁹ bzw. Art. 31 Abs. 3^{bis} und Abs. 5 VE SHG²³⁰).

Damit die Gesellschaft von den soeben geschilderten Vorteilen profitieren kann, muss die fremde Währung für das Aktienkapital der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen Währung entsprechen (Art. 958d Abs. 3 Satz 1 OR). Nur damit ist gewährleistet, dass die einfache Umrechnung – u. a. hinsichtlich der Steuern und der vom Rechnungslegungsrecht geforderten Angaben in Schweizer Franken (Art. 958d Abs. 3 Satz 2 OR) – gelingt. Ansonsten verbleibt es bei den erwähnten Schwierigkeiten und Mehraufwänden. Wird also für das Aktienkapital eine fremde Währung nach Absatz 2 verwendet, so hat gemäss Absatz 2 Satz 3 die Buchführung und Rechnungslegung zwingend in derselben fremden Währung zu erfolgen. Es ist folglich nicht zulässig, beispielsweise ein Aktienkapital in Euro zu haben, jedoch gemäss Artikel 958d Absatz 3 OR in US-Dollar oder Schweizer Franken Buch zu führen und Rechnungslegung zu betreiben.

Gemäss Absatz 3 Satz 1 kann der Verwaltungsrat der GV den Wechsel der Währung des Aktienkapitals beantragen. Die Aktionärinnen und Aktionäre können den Wechsel nicht in Eigeninitiative veranlassen, da die Ausgestaltung des Rechnungswesens und der Finanzplanung eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrats ist. Dieser wiederum kann nicht ohne die Mitwirkung der Aktionärinnen und Aktionäre den Wechsel der Währung vornehmen, da die Statuten geändert werden müssen (Art. 626 Ziff. 3 und 4 sowie Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Zum Schutz der Aktionärinnen und Aktionäre hat die GV den Beschluss für den Wechsel der Währung für das Aktienkapital mit dem qualifizierten Mehr zu fällen (s. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 9).

Absatz 3 Satz 2 enthält einige zwingende Vorgaben für den Wechsel der Währung des Aktienkapitals. Es ist ein Wechsel von Schweizer Franken in eine fremde Währung gemäss Absatz 2 und umgekehrt denkbar. Jedoch ist es auch zulässig, dass zwischen zwei fremden Währungen gemäss Absatz 2 gewechselt wird (z. B. ein Wechsel von Euro in dänische Kronen). Absatz 3 soll insbesondere sicherstellen, dass die Vorgaben zum Mindestkapital (Ziff. 1 und 2, Art. 621 Abs. 1 und 2) und zur Stetigkeit in der Rechnungslegung (Ziff. 4 und 5, Art. 958c Abs. 1 Ziff. 6 OR) eingehalten werden. Zudem wird festgehalten, dass der Wechsel der Währung jeweils auf Beginn eines Geschäftsjahres zu erfolgen hat (Ziff. 3). Aus Transparenz-

²²⁸ Art. 122 Abs. 1a des Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR) vom 20. Januar 1926, s. <https://www.gesetze.li/Seite1.jsp?LGBIm=1926004>.

²²⁹ SR **642.11**

²³⁰ SR **642.14**

und Rechtssicherheitsgründen wird an das Geschäftsjahr angeknüpft. Es kann folglich kein Wechsel der Währung für das Aktienkapital während eines laufenden Geschäftsjahrs vorgenommen werden. Aus dem Protokoll der GV muss ersichtlich sein, auf welches zukünftige Geschäftsjahr die Währung für das Aktienkapital gewechselt wird. Bei einem Wechsel ist der Handelsregistereintrag der Gesellschaft anzupassen. Dieser muss insbesondere aus Praktikabilitätsgründen nicht exakt auf den Tag des Beginns des Geschäftsjahrs geändert werden. Jedoch hat die Buchführung und Rechnungslegung ab dem ersten Tag des relevanten Geschäftsjahrs in der neuen Währung zu erfolgen.

Auch Gesellschaften, die vor Inkrafttreten des neuen Artikels 621 gegründet und im Handelsregister eingetragen wurden, dürfen anhand der Vorgaben von Absatz 3 die Währung für das Aktienkapital wechseln.

Gemäss ständiger Praxis der Handelsregisterämter dürfen die Aktionärinnen und Aktionäre bei einem Aktienkapital in Schweizer Franken ihre Einlagen in einer zum Schweizer Franken frei konvertierbaren fremden Währung erbringen.²³¹ Um eine Unterpari-Emission zu vermeiden, wird jeweils eine Sicherheitsmarge eingebaut, um die Folgen von Kursschwankungen abzudecken, die nach der Anmeldung beim Handelsregisteramt und vor der Eintragung ins Tagesregister erfolgen können. Eine solche Leistung der Einlagen gilt nach ständiger Praxis der Handelsregisterämter als Bargründung und nicht als Sacheinlage/-übernahme gemäss Artikel 628 OR.²³² An dieser bewährten Praxis, die in Artikel 633 Absatz 3 kodifiziert und präzisiert wird, ändert sich mit dem neuen Artikel 621 nichts.

Art. 622 Abs. 3-5 Aktien; Arten

Artikel 622 Absatz 3 OR sieht vor, dass die jeweiligen Aktienarten ineinander umgewandelt werden können, *sofern die Statuten eine entsprechende Vorschrift vorsehen*. Die Einführung der Umwandlungsmöglichkeit durch eine spätere Statutenänderung ist gemäss Lehre und Rechtsprechung bereits nach geltendem Recht zulässig. Der Wortlaut des Artikel 622 Absatz 3 OR steht dem nicht entgegen, da aus ihm nicht abgeleitet werden kann, dass die Umwandlungsmöglichkeit bereits in den ursprünglichen Statuten enthalten gewesen sein muss.²³³ In der Praxis wird der entsprechende Statutenartikel daher regelmässig zusammen mit der Umwandlung selber in die Statuten aufgenommen. Da die Umwandlung der Aktienart in jedem Fall eine Statutenänderung zur Folge hat, ist die selbstständige Bedeutung der entsprechenden statutarischen Grundlage nicht erkennbar, zumal die Einführung der entsprechenden Umwandlungsmöglichkeit gemäss geltendem Recht keiner besonderen Mehrheit bedarf. Auf das Erfordernis der statutarischen Grundlage in Artikel 622 Absatz 3 kann daher verzichtet werden. Insbesondere bei der Umwandlung von Inhaberaktien in vinkulierte Namenaktien muss der Verwaltungsrat, bevor er der GV einen entsprechenden Antrag auf Umwandlung stellt, die Interessen umfassend abwägen, da das relativ wohlerworbene Recht der Aktionärin oder des Aktionärs auf freie Veräusserung der Aktien berührt wird. Nur wenn das Interesse der Gesellschaft

²³¹ S. RINO SIFFERT/ADRIAN TAGMANN, SHK-HRegV, Art. 43 N 20, in: Rino Siffert/Nicholas Turin, Stämpflis Handkommentar (HRegV), Bern 2013

²³² S. PAUL THALMANN, Bares ist Wahres, REPRAX 4/2003, S. 40.

²³³ S. CARL BAUDENBACHER, Art. 622 N 17, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

offensichtlich überwiegt, muss die Aktionärin oder der Aktionär die Umwandlung der Inhaberaktien in vinkulierte Namenaktien hinnehmen.

Artikel 622 Absatz 4 sieht vor, dass der Nennwert der Aktien unter einem Rappen liegen kann.²³⁴ Er muss neu lediglich grösser als null sein. Damit können die Gesellschaften Aktien, deren Handelbarkeit durch einen hohen Börsenpreis erschwert ist, beliebig in Anteile mit kleinerem Nennwert aufteilen. Die Unternehmen erhalten dadurch faktisch dieselbe Flexibilität wie bei echten nennwertlosen Aktien, ohne dass aber ein grundsätzlicher Systemwechsel im Schweizer Aktienrecht erforderlich ist (s. Ziff. 1.3.1.2). Die währungsneutrale Formulierung von Artikel 622 Absatz 4 steht in Einklang mit Artikel 621 Absatz 2, der vorsieht, dass ein Aktienkapital auch in Fremdwährung möglich ist.

Artikel 622 Absatz 5 wird den Bedürfnissen der Praxis angepasst. Mit der neuen Formulierung wird klargestellt, dass Gesellschaften nicht verpflichtet sind, Aktientitel auszugeben. Hingegen kann die Aktionärin oder der Aktionär auch weiterhin die Erstellung einer schlichten Beweisurkunde verlangen. Die Unterzeichnung der Aktientitel durch ein Mitglied des Verwaltungsrats kann – wie bis anhin – eigenhändig oder durch Faksimileunterschrift erfolgen (Art. 14 OR).

Art. 623 Abs. 2 Zerlegung und Zusammenlegung

Das Zusammenlegen von Aktien bedarf nach geltendem Recht der Zustimmung der betroffenen Aktionärinnen und Aktionäre. Bei kotierten Gesellschaften mit breit gestreutem Aktionariat führt dies häufig zu unüberwindbaren Problemen, so etwa bei Sanierungen. Artikel 623 Absatz 2 schreibt deshalb neu vor, dass lediglich die Zusammenlegung von Aktien, die nicht an einer Börse kotiert sind, die Zustimmung aller betroffenen Aktionäre bedarf. Für die Zusammenlegung von Aktien, die an einer Börse kotiert sind, genügt der qualifizierte Mehrheitsbeschluss nach Artikel 704 Absatz 1 Ziffer 2.

Dass für die Zusammenlegung von Aktien, die nicht an einer Börse kotiert sind, die Zustimmung aller betroffenen Personen notwendig ist, folgt aus dem absoluten Charakter des wohlverworbenen Rechts auf Erhaltung der Mitgliedschaft.²³⁵ Würde auch hier ein qualifizierter Mehrheitsbeschluss genügen, so könnte die Zusammenlegung von Aktien gezielt dazu genutzt werden, Minderheitsaktionärinnen und -aktionäre faktisch zum Ausscheiden aus der Gesellschaft zu zwingen. Würde der neue Nennwert der Aktien hoch angesetzt, so müssen sich die Betroffenen entscheiden, ob sie in erheblichem Mass in die Gesellschaft investieren oder ihre Beteiligung verkaufen wollen. Die Veräusserung der Aktien zu ihrem wirklichen Wert ist aber aufgrund des fehlenden Marktes meist schwierig. Bei nicht börsenkotierten Gesellschaften wird daher weiterhin die Zustimmung aller betroffenen Aktionäre benötigt.

Art. 625 Aufgehoben

Artikel 625 ist neu in Artikel 620 Absatz 1 enthalten und wird deshalb aufgehoben.

²³⁴ Die letzte Herabsetzung erfolgte von zehn Franken auf einen Rappen (s. parlamentarische Initiative, Herabsetzung des Mindestnennwertes von Aktien (WAK-SR), Bericht und Antrag der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates vom 11. September 2000, BBl **2000** 5501 f. (Geschäfts 00.435)).

²³⁵ S. CARL BAUDENBACHER, Art. 623 N 9, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

Artikel 626 Ziffer 3 OR wird an die neuen Bestimmungen zur Liberierung angepasst (zwingende Vollliberierung, s. Art. 632).

Der gesetzlich vorgeschriebene Mindestinhalt der Statuten ist auf das notwendige Minimum zu beschränken. In der Praxis wird für die in Artikel 626 Ziffer 5 und 6 OR geforderten Regelungen meistens der Gesetzeswortlaut des dispositiven Rechts übernommen. Die beiden Ziffern sind daher im Sinne einer Vereinfachung aufzuheben. Enthalten die Statuten keine anderslautenden Vorschriften, kommen die umfangreichen Bestimmungen des geltenden bzw. zukünftigen Rechts zur Anwendung (insbesondere Art. 692 ff. OR für das Stimmrecht, Art. 699 ff. OR für die Einberufung der GV, Art. 707 ff. OR für den Verwaltungsrat und Art. 727 ff. OR für die Revisionsstelle).

Nach Artikel 626 Ziffer 7 OR umfasst der gesetzlich vorgeschriebene Mindestinhalt der Statuten auch Bestimmungen über die Form der von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen. Unter Bekanntmachungen versteht man sowohl die Mitteilungen an die Aktionäre als auch jene an Dritte (z. B. an die Gläubiger der Gesellschaft). Artikel 931 Absatz 2 OR sieht vor, dass alle vom Gesetz vorgeschriebenen Veröffentlichungen im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) erfolgen müssen. Zu den vom Gesetz vorgeschriebenen Veröffentlichungen gehören alle Bekanntmachungen, die nicht ins Handelsregister eingetragen werden, wie z. B. der Schuldeneruf bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung (s. Art. 653k). Da diese Veröffentlichungen ohnehin im SHAB publiziert werden müssen, macht es wenig Sinn, für die Bekanntmachungen gegenüber Dritten das SHAB als Publikationsorgan noch einmal explizit in den Statuten zu nennen. Gemäss Artikel 626 Absatz 1 Ziffer 7 soll neu zum zwingend notwendigen Inhalt der Statuten nur noch die Form der Kommunikation zwischen der Gesellschaft und ihren Aktionärinnen und Aktionären gehören. Damit wird gleichzeitig festgelegt, in welcher Form die GV einzuberufen ist (s. Art. 700 Abs. 5).

Artikel 626 wird mit einem neuen Absatz 2 ergänzt, der nur von börsenkotierten Gesellschaften zwingend anzuwenden ist. In Umsetzung von Artikel 12 Absatz 1 der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV)²³⁶ müssen die Statuten Bestimmungen enthalten über die Anzahl der zulässigen Tätigkeiten der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates in vergleichbaren Funktionen bei Unternehmen mit wirtschaftlichem Zweck. Von einem wirtschaftlichen Zweck wird dann gesprochen, wenn eine Gesellschaft einen ökonomischen Vorteil (geldwerten Nutzen) zugunsten ihrer Gesellschafter erstrebt.²³⁷ Nicht zu den Tätigkeiten nach Absatz 2 Ziffer 1 gerechnet werden gemäss Absatz 3 Tätigkeiten in Unternehmen, die durch die Gesellschaft kontrolliert werden oder welche die Gesellschaft kontrollieren.

Weiter haben die Statuten die Dauer der Verträge, die den Vergütungen für die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats zugrunde liegen, und die Kündigungsfrist für unbefristete Verträge zu nennen (Ziff. 2). Zur maximalen Dauer und Kündigungsfrist s. Artikel 735b.

²³⁶ SR **221.331**

²³⁷ S. ARTHUR MEIER-HAYOZ, PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Auflage, Bern 2012, § 4 N 5 ff.

Ebenfalls der Aufnahme in die Statuten bedarf das Verhältnis zwischen fixer Vergütung und gesamter Vergütung je für den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat (Ziff. 3). Das Verhältnis kann auch detaillierter, insbesondere funktionsbezogen festgelegt werden, z. B. für den vorsitzenden Geschäftsleiter («CEO») oder den Verwaltungsratspräsidenten oder es dürfen variable Vergütungen z. B. für den Verwaltungsrat ausgeschlossen werden.

Die Statuten müssen auch die Grundsätze zu den Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses (Ziff. 4) und die Einzelheiten zur Abstimmung der GV über die Vergütungen des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats (Ziff. 5) enthalten.

Art. 627 Aufgehoben

Artikel 627 OR zählt Bestimmungen auf, die zu ihrer Verbindlichkeit der Aufnahme in die Statuten bedürfen. Die heutige Regelung ist jedoch lückenhaft und unbefriedigend. Es gibt eine ganze Reihe von Bestimmungen des Gesetzes, die im Ergebnis ebenfalls bedingt notwendigen Statuteninhalt schaffen, in Artikel 627 aber fehlen.²³⁸ Um nur einige wenige Beispiele zu nennen, seien etwa die Bestimmungen zur qualifizierten Gründung, die Wahl eines Vertreters einer Aktienkategorie in den Verwaltungsrat, die Bestimmungen im Zusammenhang mit der genehmigten Kapitalerhöhung oder der Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital, die Bestimmungen zu den Reserven und das Präsenzquorum für die GV zu erwähnen, die ebenfalls zum bedingt notwendigen Statuteninhalt gehören und in Artikel 627 OR nicht auftauchen.

Mit dem Entwurf 2007 wurde angestrebt, Artikel 627 nachzuführen.²³⁹ Trotz der deutlichen Erweiterung – der Entwurf 2007 umfasste bereits 25 Ziffern²⁴⁰ – blieben immer noch zahlreiche Gegenstände übrig, welche die Gesellschaften trotz fehlender Aufzählung in Artikel 627 nur in den Statuten hätten regeln können.

Würde Artikel 627 konsequent vervollständigt, so würde er an die fünfzig Ziffern mit bedingt notwendigem Statuteninhalt aufweisen. Eine solche Aufzählung wäre unübersichtlich und schwerfällig und ihr Nutzen folglich sehr gering. Mit jeder späteren Gesetzesrevision würde das Risiko steigen, dass die Aufzählung in Artikel 627 erneut nicht mehr vollständig wäre. Entscheidend ist sodann, dass sich der bedingt notwendige Statuteninhalt bereits aus den materiellen Bestimmungen entnehmen lässt (für die Sacheinlage z. B. aus Art. 634 Abs. 4). Artikel 627 hat keine eigenständige Bedeutung und kann daher aufgehoben werden. Mit der Aufhebung werden keine materiellen Änderungen bezweckt.

²³⁸ S. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 1 N 488.

²³⁹ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1589, 1637 f.

²⁴⁰ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1589, 1752 f.

2.1.2

Liberierung und Sachübernahme

Art. 628 Aufgehoben

Diese Bestimmung wird durch die Neuregelung der qualifizierten Tatbestände in den Artikeln 634 ff. ersetzt und kann daher aufgehoben werden. Die qualifizierten Tatbestände sollen übersichtlicher und einheitlicher geregelt und deren Mängel weitestmöglich ausgemerzt werden (s. für die Sacheinlage Art. 634, für die Einlage durch Verrechnung 634a und für die besonderen Vorteile Art. 636).

Einzig die bisher in Artikel 628 Absatz 2 OR geregelte (beabsichtigte) Sachübernahme ist in den Artikel 634 ff. nicht mehr zu finden. Diese gilt neu nicht mehr als qualifizierter Tatbestand bei einer Gründung oder Kapitalerhöhung und unterliegt daher nicht mehr der Register- und Statutenpublizität und auch die weiteren erhöhten Sicherheitsmassnahmen (Gründungs-/Kapitalerhöhungsbericht, Prüfungsbericht) entfallen. Siehe zu den Gründen für diese Änderung die Erläuterungen in Ziffer 1.3.1.3.

Art. 629 Randtitel, Abs. 2 Ziff. 2 und 2bis Gründung; Inhalt des Errichtungsakt

Aufgrund der Aufhebung von Artikel 625 muss der Randtitel formell angepasst werden.

Da neu auch das Aktienrecht zwingend die Vollliberierung vorschreibt (s. Art. 632), wird Absatz 2 Ziffer 2 angepasst. Die Gründer haben festzustellen, dass die Einlagen – und nicht wie bis anhin die *versprochenen* Einlagen – dem gesamten Ausgabebetrag entsprechen. Damit ist die Formulierung identisch mit der Formulierung im geltenden GmbH-Recht, das bereits heute die zwingende Vollliberierung vorschreibt (Art. 777 OR)

Zudem wird in Absatz 2 eine neue Ziffer 2^{bis} eingefügt. Demgemäss haben bei Gesellschaften, die ein Aktienkapital in Fremdwährung aufweisen, die Gründer im Errichtungsakt festzustellen, dass das Kapital einem Gegenwert von mindestens 100'000 Franken entspricht (s. Art. 621). Damit die entsprechende Feststellung gemacht werden kann, muss die freie Konvertierbarkeit zum Schweizer Franken vorliegen. Massgeblich ist der Umrechnungskurs zum Zeitpunkt des Errichtungsaktes. Allfällige Kursschwankungen zwischen dem Errichtungsakt und dem Handelsregistereintrag resp. insbesondere zwischen dem Zeitpunkt der Handelsregisteranmeldung und der Eintragung ins Register sollen nicht zulasten der Gesellschaft ausfallen (s. Art. 633 Abs. 3, der für die Liberierung in Fremdwährung ebenfalls an den Zeitpunkt des Feststellungsbeschlusses anknüpft).

Art. 631 Abs. 2 Ziff. 6 Aufgehoben

In Artikel 631 Absatz 2 werden die Belege aufgeführt, die dem Errichtungsakt beizulegen sind. Da Sachübernahmen neu nicht mehr als qualifizierte Tatbestände bei einer Gründung oder Kapitalerhöhung gelten und die Statuten-/Registerpublizität entfällt (s. Ziff. 1.3.1.3), kann Ziffer 6 aufgehoben werden; bereits vorliegende Sachübernahmeverträge sind nicht mehr Beilagen zum Errichtungsakt.

Art. 632 Einlagen; Allgemeines

Alle Aktien müssen neu zwingend voll liberiert werden. Die grosse Mehrheit aller Gesellschaften weist bereits im Gründungszeitpunkt ein voll liberiertes Aktienkapital auf. Wer das minimale Aktienkapital von 100'000 Franken nicht aufbringen kann, hat immer noch die Möglichkeit, eine GmbH mit einem voll liberierten Stammkapital von nur 20'000 Franken zu gründen (Art. 773 f. OR). Gleichzeitig wird der verbreiteten, gegen den Gesetzeswortlaut verstossenden Praxis ein Ende gesetzt, dass Inhaberaktien teillibert sein können. Artikel 632 schreibt daher vor, dass alle Aktien mindestens zum Nennwert ausgegeben werden müssen. Als Folge davon wird der geltende Artikel 634a OR (nachträgliche Leistung) aufgehoben. Die Pflicht zur Vollliberierung wurde im Rahmen der erst vor kurzer Zeit durchgeführten Vernehmlassung zur Modernisierung des Handelsregisters von etlichen Teilnehmerinnen und Teilnehmern begrüsst.²⁴¹

Der Wortlaut von Artikel 632 richtet sich nach der Formulierung im geltenden GmbH-Recht, das bereits heute die zwingende Vollliberierung vorschreibt (Art. 777c OR).

Für bereits bestehende Aktiengesellschaften besteht eine Besitzstandgarantie, solange sie keine Änderungen am Kapital vornehmen (s. Art. 3 Abs. 2 VE Ueb. Best.).

Art. 633 Abs. 3 Leistung der Einlagen; Einzahlungen

Artikel 633 Absatz 3 stellt klar, dass es sich bei der Liberierung mittels einer frei konvertierbaren Fremdwährung bei einem Aktienkapital in Schweizer Franken um eine Barliberierung und nicht um eine Sacheinlage handelt. Dies entspricht seit 1999 der Praxis des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister (EHRA).²⁴²

Neu wird in Satz 2 festgehalten, dass die eingebrachte Summe in Fremdwährung im Zeitpunkt des Feststellungsbeschlusses umgerechnet zumindest dem zu liberierenden Kapital entsprechen muss. Im Rahmen der entsprechenden Feststellungen haben die Gründer somit explizit zu bestätigen, dass Einlagen – unter Berücksichtigung des aktuellen Umrechnungskurses – mindestens im Umfang des Aktienkapitals in Schweizer Franken geleistet wurden (s. Art. 629). Dadurch wird Problemen aus der heutigen Praxis vorgebeugt, die aufgrund der Anknüpfung am Zeitpunkt der Eintragung ins Handelsregister entstehen (z. B. betreffend Kursschwankungen und der allfällig von den Handelsregisterämtern verlangten Sicherheitsmarge).

In diesem Zusammenhang sei auch darauf hingewiesen, dass neu ein Aktienkapital in ausländischer Währung zulässig ist (s. Art. 621).

Art. 634 Sacheinlagen

Absatz 1 kodifiziert die geltende Praxis: Ein Vermögenswert kann in Form einer Sacheinlage in eine Gesellschaft eingebracht werden, wenn er kumulativ bilanzierungsfähig, frei übertragbar, frei verfügbar und verwertbar ist.²⁴³ Die Bilanzierungs-

²⁴¹ S. Bundesamt für Justiz, Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse, August 2013, S. 16. Zu finden unter: <https://www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/handelsregister.html>

²⁴² S. PAUL TAHLMANN, Bares ist Wahres, REPRAX 4/2003, 19 ff.

²⁴³ Mitteilung des Eidg. Amtes für das Handelsregister betr. Sacheinlage und Sachübernahme vom 15. August 2001, REPRAX 2/01, S. 59 ff., 60 f.

fähigkeit eines Aktivums setzt voraus, dass dessen Wert verlässlich geschätzt werden kann (Art. 959 Abs. 2 OR). Die Sacheinlage, muss bewertet werden können, d. h. es muss ihr ein Geldwert zugeordnet werden können. Weiter muss der fragliche Vermögenswert in das Gesellschaftsvermögen übertragen werden können. Der Übertragung dürfen also keine vertraglichen oder gesetzlichen Hindernisse entgegenstehen. Der Vermögenswert muss sodann frei verfügbar sein. Nach der Handelsregistereintragung muss das sofortige, freie und bedingungslose Verfügungsrecht der Gesellschaft über den Vermögenswert bzw. bei Grundstücken der bedingungslose Anspruch auf Eintragung im Grundbuch vorliegen. Es muss also die volle rechtliche und wirtschaftliche Verfügungsmacht an die Gesellschaft übertragen werden und schliesslich muss der Vermögenswert verwertbar sein, d. h., er muss zur Befriedigung der Gläubigerinnen und Gläubiger verwertet werden können, indem er von der Gesellschaft auf Dritte übertragen und in Geld umgewandelt werden kann. Dies setzt zumindest einen gewissen aktiven Markt für den entsprechenden Vermögenswert voraus. Die Sacheinlage soll Haftungssubstrat für die Gläubigerinnen und Gläubiger im Hinblick auf einen allfälligen Konkurs der Gesellschaft sicherstellen. Auf der Grundlage dieser Kriterien sind etwa Arbeitsleistungen, persönliche Fähigkeiten und zukünftige Rechte nicht sacheinlagefähig.

Absatz 2 entspricht inhaltlich der bisherigen Ziffer 1 von Artikel 634 OR.

Für die öffentliche Beurkundung von Gründungsunterlagen besteht grundsätzlich keine zwingende örtliche Zuständigkeit. Sind aber Grundstücke Gegenstand der Beurkundung, gilt nach herrschender Auffassung die *lex rei sitae*, d. h., die öffentliche Beurkundung hat am Ort der gelegenen Sache zu erfolgen.²⁴⁴ In Anlehnung an Artikel 70 Absatz 2 des Fusionsgesetzes (FusG)²⁴⁵ sieht Absatz 3 vor, dass eine einzige öffentliche Urkunde genügt, wenn mehrere Grundstücke Gegenstand derselben Sacheinlage sind, und zwar selbst dann, wenn sie in verschiedenen Kantonen liegen. Zuständig für die Beurkundung ist die Urkundsperson am Sitz der Gesellschaft. Aus sachlichen Gründen erscheint eine identische Regelung wie bei der Vermögensübertragung im Fusionsgesetz angezeigt.²⁴⁶ Mit der neuen Regelung wird nicht beabsichtigt, eine einheitliche Kompetenz für die Beurkundung sämtlicher Sacheinlagevorgänge zu statuieren. Es soll den Gesellschaften aber ermöglicht werden, nur eine einzige öffentliche Urkunde erstellen lassen zu müssen. Mit der Regelung soll weder der Beurkundungstourismus gefördert werden, noch wird die primäre kantonale Zuständigkeit im Bereich der öffentlichen Beurkundung (Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB) untergraben. Im Rahmen der Zuständigkeitsfrage sind drei Konstellationen zu unterscheiden: 1. Ein Sacheinlagevertrag soll im Kanton X beurkundet werden. Die Grundstücke, die Gegenstand der Sacheinlage sind, liegen ebenfalls im Kanton X. Dieser Sachverhalt wird von Artikel 634 Absatz 3 nicht erfasst, was auch nicht notwendig ist, da bereits nach geltendem Recht in dieser Konstellation eine einzige öffentliche Urkunde ausreicht. 2. Ein Sacheinlagevertrag soll im Kanton X beurkundet werden, die Grundstücke die Gegenstand der Sacheinlage sind, liegen aber im Kanton Y. Artikel 634 Absatz 3 ist auf diese Konstellation ebenfalls nicht anwendbar, da die Grundstücke nicht in verschiedenen Kantonen liegen. Eine einzige öffentliche Urkunde kann im Kanton Y, also am Ort der gelege-

²⁴⁴ S. CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, § 106 N 2985.

²⁴⁵ Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG, SR 221.301).

²⁴⁶ Zur Regelung im Fusionsgesetz s. AB 2003 N 242 f.

nen Sache, errichtet werden; eine Erfassung dieses Sachverhalts von Artikel 634 Absatz 3 ist somit nicht notwendig. 3. Eine Sacheinlage soll im Kanton X beurkundet werden, die Grundstücke befinden sich im Kanton X und im Kanton Y oder im Kanton Y und im Kanton Z. Artikel 634 Absatz 2 ist auf diese spezielle Konstellation (unterschiedliche interkantonale Zuständigkeit für die Übertragung der Grundstücke) anwendbar und ermöglicht die Erstellung einer einzigen öffentlichen Urkunde durch eine Urkundsperson am Sitz der Gesellschaft. Liegen die Grundstücke, die Gegenstand der Sacheinlage sind, zwar in demselben Kanton (keine unterschiedliche *interkantonale* Zuständigkeit), wären aber aufgrund unterschiedlicher *innerkantona-*ler Zuständigkeiten mehrere öffentliche Urkunden zu errichten, so erscheint es sinnvoll, Artikel 634 Absatz 3 analog anzuwenden (eine einzige öffentliche Urkunde am Sitz der Gesellschaft; zuständig ist die Urkundsperson, die nach den Regeln des Sitzkantons für Grundstücksgeschäfte in der Sitzgemeinde zuständig ist. Bestehen in der Sitzgemeinde mehrere Notariatskreise (wie zum Beispiel in der Stadt Zürich), sollte sinnvollerweise auf die Domiziladresse abzustellen). Entsprechend wird unter Urkundsperson am Sitz der Gesellschaft grundsätzlich eine Urkundsperson des Sitzkantons verstanden (z. B. Notarin oder Notar des Kantons Bern). Bestehen verschiedene Beurkundungskreise innerhalb des Sitzkantons ist von der Zuständigkeit der Urkundsperson in der Sitzgemeinde auszugehen; bei mehreren Beurkundungskreisen innerhalb der Sitzgemeinde von der Zuständigkeit einer Urkundsperson am Domizil der Gesellschaft. In den sehr seltenen Fällen einer Gesellschaft mit unterschiedlichen Sitzen (z. B. die UBS AG mit Sitz in Zürich und Basel) ist wahlweise eine Urkundsperson am einen oder anderen Sitz zuständig.

Absatz 4 verlangt Angaben zur Sacheinlage in den Statuten. Entsprechende Statutenbestimmungen können nach zehn Jahren aufgehoben werden. Absatz 5 äussert sich zu den im Handelsregister einzutragenden Tatsachen. Leistet eine Aktionärin oder ein Aktionär eine Sacheinlage, deren anzurechnender Wert die Einlagepflicht übersteigt und für die die Gesellschaft neben den ausgegebenen Aktien eine Gegenleistung gewährt, so wird herkömmlich von einer gemischten Sacheinlage und Sachübernahme gesprochen. Gemäss Artikel 45 Absatz 3 HRegV ist im Umfang der Gegenleistung eine Sachübernahme im Handelsregister einzutragen, folglich unterliegt auch diese weitere Gegenleistung der Registerpublizität. Die entsprechende Sachübernahmekomponente ist auch in die Statuten aufzunehmen und unterliegt somit der Statutenpublizität. Mit der Neuregelung der Bestimmungen zur Sacheinlage und Sachübernahme soll sich am Institut der gemischten Sacheinlage und Sachübernahme grundsätzlich nichts ändern. Eine Sacheinlage mit weiterer Gegenleistung soll auch weiterhin zulässig sein und diese folgt vollumfänglich den Regeln zur Sacheinlage. Das heisst, auch eine allfällige weitere Gegenleistung unterliegt der Statuten- und der Registerpublizität, was dem Wortlaut von Absatz 4 und 5 zu entnehmen ist («allfällige weitere Gegenleistung»).

Art. 634a Verrechnung mit einer Forderung

Der Inhalt des bisherigen Artikels 634a OR wird durch die Aufhebung der Teilliberierung (s. Art. 632) obsolet, da künftig alle Aktien und Partizipationsscheine vollständig zu liberieren sind.

Artikel 634a kodifiziert deshalb neu die Liberierung durch Verrechnung, die im geltenden Recht nur äusserst lückenhaft geregelt ist. Inhaltlich orientiert sich Artikel 634a an der geltenden Praxis, schafft aber für bestimmte umstrittene Fragen Klarheit.

Absatz 1 hält fest, dass die Liberierung durch Verrechnung zulässig ist. Uneingeschränkt gelten selbstverständlich auch bei der Verrechnung die Sorgfaltspflichten der an der Gründung oder Kapitalerhöhung beteiligten Personen sowie die damit verbundenen Verantwortlichkeiten (Art. 752 ff. OR).

Absatz 2 behandelt die in der Lehre und Praxis umstrittene Frage nach der Zulässigkeit der Verrechnungsliberierung bei der Kapitalerhöhung insbesondere zur Sanierung der Gesellschaft. Die Forderung, die mit der Liberierungsforderung der Gesellschaft zur Verrechnung gebracht werden soll, muss nicht zwingend durch die Aktiven des Unternehmens voll gedeckt sein. Es ist somit zulässig, dass nicht mehr in vollem Umfang werthaltige Forderungen verrechnet werden. Entscheidend ist, dass trotz der fehlenden Werthaltigkeit die Verrechnung zur Verminderung der finanziellen Verpflichtungen der Gesellschaft führt. Zwar fliessen dieser keine neuen Mittel zu, doch vermindert sich das Fremdkapital der Gesellschaft im entsprechenden Umfang. Da die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital die finanzielle Lage der Gesellschaft verbessert, widerspricht die Verrechnung den vom Gesetzgeber zu schützenden Rechten und Interessen der übrigen Aktionärinnen und Aktionäre nicht. Es erscheint deshalb aus wirtschaftlicher Sicht sinnvoll, die Verrechnungsliberierung auch in solchen Fällen zuzulassen. Stets bleiben aber die Bestimmungen über den Kapitalverlust und die Überschuldung vorbehalten; es ergibt sich namentlich keine Einschränkung der Handlungspflichten des Verwaltungsrates nach Artikel 725 ff.

Für die Verrechnung kommen die allgemeinen Regeln über die Verrechnung (Art. 7 ZGB²⁴⁷ i.V.m. Art. 120 ff. OR) zur Anwendung. Eine Ausnahme besteht für bestrittene Forderungen: Während im Allgemeinen auch bestrittene Forderungen zur Verrechnung gebracht werden können, ist dies bei der Verrechnung mit Liberierungsforderungen ausgeschlossen. Dies ergibt sich aus den Artikeln 635 Ziffer 2 und 652e Ziffer 2 OR, die vorschreiben, dass die Gründerinnen und Gründer beziehungsweise der Verwaltungsrat in einem Bericht über Bestand und Verrechenbarkeit der Schuld Rechenschaft abzulegen haben.

Nach dem geltenden Recht musste die Liberierung durch Verrechnung – im Unterschied zur Liberierung durch Sacheinlage – weder in den Statuten noch im Handelsregister offengelegt werden. Diese Inkongruenz ist jedoch sachlich verfehlt. Zwar können Dritte schon bisher beim Handelsregister in den Gründer- respektive Kapitalerhöhungsbericht Einsicht nehmen; sie erhalten dadurch Kenntnis von einer Verrechnungsliberierung. Dennoch ist eine von der Sacheinlage abweichende Regelung der Offenlegung nicht zu begründen. Die Angabe der Verrechnung in den Statuten und im Handelsregister entspricht einem alten Postulat der Lehre. Die Absätze 3 und 4 verbessern die Transparenz zugunsten der Gläubigerinnen, Gläubiger, Investorinnen und Investoren. Für die Gesellschaft bedeutet die Aufnahme in die Statuten und ins Handelsregister keine wesentliche Mehrbelastung, da sie die entsprechenden Belege bei der Gründung beziehungsweise der Kapitalerhöhung bereits heute beim Handelsregisteramt einzureichen hat. Werden die neuen Absätze 3 und 4 nicht beachtet, so ist die Liberierung nicht in rechtsgenügender Weise erfolgt.

²⁴⁷ Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210).

Wie bei der Kapitalerhöhung aus Eigenkapital oder gegen Sacheinlage bedarf es bei der Liberierung durch Verrechnung neu der qualifizierten Beschlussfassung gemäss Artikel 704 Absatz 1 Ziffer 3.

Art. 635 Prüfung der Einlagen; Gründungsbericht

Artikel 635 äussert sich zum Gründungsbericht im Rahmen von qualifizierten Gründungen. Infolge der Änderung in Bezug auf die Sachübernahme (s. Art. 628) wird Ziffer 1 angepasst und der Hinweis auf die Sachübernahme gestrichen. Ansonsten ändert sich materiell an Form und Inhalt des Gründungsberichts sowie an der Zuständigkeit zu dessen Erstellung nichts.

Der Bericht hat darzulegen, dass die Bewertung der Sacheinlage angemessen ist. Auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass keine *unter pari* Emission der Aktien vorliegt. Bei einer Sacheinlage mit weiterer Gegenleistung muss selbstverständlich auch diese Leistung durch den angemessenen Wert der Sacheinlage gedeckt sein.

2.1.3 Besondere Vorteile

Art. 636 Besondere Vorteile

Der bisherige Artikel 628 Absatz 3 OR über die besonderen Vorteile ist neu in Artikel 636 enthalten. Die begünstigten Personen sind in den Statuten ausdrücklich zu erwähnen. Auf die Eintragung des Namens der begünstigten Personen ins Handelsregister wird hingegen verzichtet. Inhalt und Wert der besonderen Vorteile unterliegen der Register- und Statutenpublizität. Materiell entspricht die Norm der bisherigen Regelung.

2.1.4 Eintragung ins Handelsregister

Art. 640 Randtitel

Aufgrund der Aufhebung von Artikel 625 OR muss der Randtitel formell angepasst werden.

Art. 642 Aufgehoben

Artikel 642 OR führt auf, welche Aspekte der qualifizierten Tatbestände ins Handelsregister einzutragen sind. Entsprechende Vorschriften finden sich für die Sacheinlagen in Artikel 634 Absatz 5, für die Verrechnung in Artikel 634a Absatz 4 und für die besonderen Vorteile in Artikel 636 Absatz 2. Artikel 642 OR kann daher aufgehoben werden.

Art. 643 Randtitel

Aufgrund der Aufhebung von Artikel 625 OR muss der Randtitel formell angepasst werden.

Aufgrund der Aufhebung von Artikel 625 OR muss der Randtitel formell angepasst werden.

2.1.5 Ordentliche Kapitalerhöhung

Art. 650 *Ordentliche Kapitalerhöhung; Beschluss der GV*

Das bisherige Verfahren der ordentlichen Kapitalerhöhung wird grundsätzlich beibehalten. Kleinere Modifikationen sind bedingt durch die Änderungen in anderen Bereichen. Zudem werden Schwachstellen der geltenden Regelung beseitigt.

So vervollständigt der Vorentwurf die Liste zum Inhalt des Kapitalerhebungsbeschlusses der GV, namentlich betreffend die Liberierung durch Verrechnung (Abs. 2 Ziff. 5). Bedingt durch die Änderung im Zusammenhang mit der Sachübernahme wird die bisherige Ziffer 5 ersatzlos gestrichen. Die Art der Einlage (bisherige Ziff. 4, erster Satzteil) muss nicht mehr explizit aufgeführt werden, da die Art der Einlage aus den übrigen zwingenden Angaben klar hervorgeht.

Das heutige Recht räumt dem Verwaltungsrat zur Durchführung der ordentlichen Kapitalerhöhung eine Frist von drei Monaten ein (Art. 650 Abs. 1 OR). In der Praxis erweist sich diese Frist häufig als zu kurz. Absatz 3 sieht deshalb neu eine Frist von sechs Monaten vor. Die GV kann diese Frist im Rahmen ihres Erhebungsbeschlusses verkürzen, nicht aber verlängern. Es wird weiter klargestellt, dass die Frist mit der Beschlussfassung durch die GV zu laufen beginnt. Entgegen dem bisherigen Absatz 3 reicht es zur Einhaltung der Frist aus, dass der Verwaltungsrat die Kapitalerhöhung in rechtsgenügender Form beim zuständigen Handelsregisteramt anmeldet. Eine fristgerechte Anmeldung ist rechtsgenügend, wenn sie den Vorschriften des Gesetzes und der Handelsregisterverordnung entspricht und die erforderlichen Belege angefügt sind. Für die Wahrung der Frist ist demgegenüber nicht massgebend, wann die Kapitalerhöhung ins Handelsregister eingetragen wird, da die Eintragung durch das Handelsregisteramt bestimmt wird. Wird die Frist zur Anmeldung beim Handelsregisteramt nicht eingehalten, so fällt der Erhebungsbeschluss *ex tunc* dahin.

Art. 651 und 651a *Aufgehoben*

Mit der Einführung des Kapitalbands kann das Institut der genehmigten Kapitalerhöhung aufgehoben werden (s. Ziff. 1.3.1.4).

Art. 652 Randtitel und Abs. 3 *Aktienzeichnung*

Die in Artikel 652 Absatz 3 OR vorgesehene Frist für die Verbindlichkeit des Zeichnungsscheins wird an Artikel 650 Absatz 3 angeglichen und von drei Monaten auf sechs Monate verlängert. Massgeblich für die Einhaltung der Frist ist ebenfalls der Zeitpunkt der rechtsgenügenden Anmeldung beim Handelsregisteramt.

Art. 652a Randtitel, Abs. 1 Ziff. 1–3, 5 und 5^{bis} Emissionsprospekt
sowie Abs. 4

Die Änderungen in den Ziffern 1–3 sind nur redaktioneller Natur. Materielle Änderungen ergeben sich daraus keine. In Ziffer 5 wird klargestellt, unter welchen Voraussetzungen für den Emissionsprospekt eine Zwischenbilanz zu erstellen ist. In Ziffer 5^{bis} wird klargestellt, dass auch über einen allfälligen Vergütungsbericht und den zugehörigen Revisionsbericht Aufschluss zu gehen ist.

Nach Absatz 4 darf auf einen Emissionsprospekt verzichtet werden, wenn die Aktien ausschliesslich qualifizierten Anlegerinnen und Anlegern im Sinne des Kollektivanlagengesetzes²⁴⁸ angeboten werden.²⁴⁹

Art. 652b Abs. 1bis und Abs. 4 Bezugsrecht

Absatz 1^{bis} regelt das Bezugsrecht im Rahmen einer Festübernahme. Bei der Festübernahme verpflichtet sich der Festübernehmer – in der Regel eine Bank – vertraglich gegenüber der Gesellschaft, sämtliche Aktien, die im Rahmen einer Kapitalerhöhung ausgegeben werden, zu zeichnen und anschliessend den Aktionärinnen und Aktionären zum Kauf anzubieten. Das Bezugsrecht bei einer Festübernahme bleibt nach dem Vorentwurf gewahrt, wenn die Aktien den Aktionärinnen und Aktionären entsprechend ihrer bisherigen Beteiligung angeboten werden und die Festübernahme durch ein dem Bankengesetz²⁵⁰ unterstelltes Institut oder einen beaufsichtigten Effektenhändler erfolgt (s. Art. 10 BEHG²⁵¹; Art. 17 BEHV²⁵²). Die Voraussetzung dabei ist, dass die Bank oder der Effektenhändler die für die jeweilige Tätigkeit erforderliche Bewilligung vor der Durchführung der Festübernahme erhalten hat. Entsprechend darf auch eine schweizerische Zweigniederlassung einer ausländischen Bank als Festübernehmer eingesetzt werden. Die Vorschrift erfasst den Fall nicht, dass die Gesellschaft selbst die Aktien zeichnet, da andernfalls die Schutzbestimmungen zum Bezugsrecht umgangen werden könnten.

Handelt es sich beim Festübernehmer nicht um eine Bank oder einen Effektenhändler, so sind die Regeln über den Entzug des Bezugsrechts zu beachten (so namentlich das Mehrheitserfordernis von Art. 704 Abs. 1 Ziff. 4). Unerheblich ist dagegen, ob der Festübernehmer selber die Platzierung der Aktien übernimmt oder durch eine andere Bank oder einen Effektenhändler durchführen lässt.

Der Vertrag zwischen der Gesellschaft und dem Festübernehmer betreffend das Angebot der Aktien an die Aktionärinnen und Aktionäre gemäss ihrer bisherigen Beteiligung stellt einen *echten Vertrag zugunsten Dritter* dar (s. Art. 112 OR). Hält sich der Festübernehmer nicht an seine entsprechende Verpflichtung, so steht den übergangenen Aktionärinnen und Aktionären der Klageweg gegen die Bank oder den Effektenhändler offen. Die Beachtung der Bezugsrechte wird zudem durch aufsichtsrechtliche Instrumente gesichert. Verzichtet eine Aktionärin oder ein Aktionär auf die Ausübung des Bezugsrechts, so kann der Festübernehmer die entsprechenden Aktien rechtmässig an Drittpersonen veräussern.

²⁴⁸ Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagen-gesetz, KAG, SR **951.31**).

²⁴⁹ S. zudem die Vernehmlassungsvorlage zum Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG), wonach Artikel 652a OR aufgehoben wird.

²⁵⁰ Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG, SR **952.0**).

²⁵¹ Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsen-gesetz, BEHV, SR **954.1**).

²⁵² Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsen-verordnung, BEHV, SR **954.11**).

Im Gegensatz zum Entwurf 2007²⁵³ wird nicht mehr explizit erwähnt, dass die Ausübung des Bezugsrechts nicht in unsachlicher Weise erschwert werden darf. Dieser Schutz ergibt sich bereits aus dem geltenden Recht im Zusammenhang mit der Anfechtungsklage gemäss Artikel 706 Absatz 2 Ziffer 2 und 3 OR und mit der Sorgfaltspflicht gemäss Artikel 717 Absatz 1 OR.

Der Ausgabepreis für den Bezug neuer Aktien darf nach Absatz 4 nicht wesentlich tiefer liegen als deren wirklicher Wert²⁵⁴, es sei denn, das Bezugsrecht sei handelbar oder sämtliche an der Generalversammlung vertretenen Aktionärinnen und Aktionäre hätten dem Ausgabebetrag zugestimmt. Mit dieser Regelung wird zum Schutz des Eigentums der Aktionärinnen und Aktionäre ausgeschlossen, dass durch eine Kapitalerhöhung der Substanzwert ihrer Aktien verwässert wird, wenn sie sich nicht an der Erhöhung beteiligen können oder wollen. Die Handelbarkeit der Bezugsrechte im Sinne dieser Bestimmung setzt einen genügenden Markt für eine dem wirklichen Wert entsprechende Preisbildung voraus. Es genügt somit nicht, dass einzelne Personen den Erwerb der Bezugsrechte zu einem zu tiefen Preis anbieten; denkbar ist aber beispielsweise die Durchführung einer organisierten Versteigerung. Mit der Möglichkeit der Zustimmung aller an der GV anwesenden Aktionärinnen und Aktionäre zu einem tiefen Ausgabepreis wird insbesondere den Bedürfnissen von KMU Rechnung getragen.

Legt die GV die Modalitäten der Bezugsrechtsausübung oder den Ausgabepreis in missbräuchlicher Weise fest, so ist der betreffende Beschluss anfechtbar (Art. 706 OR). Der Vorentwurf verzichtet darauf, Verwaltungsratsbeschlüsse über das Bezugsrecht oder den Ausgabepreis, die im Rahmen eines Kapitalbands gefällt werden (s. Art. 653u), der Anfechtung durch die Aktionärinnen und die Aktionäre zu unterstellen. Ein derartiges Anfechtungsrecht würde zu einem Systemwechsel im Aktienrecht führen. Vorbehalten bleiben aber Schadenersatzansprüche.

Art. 652c Randtitel Leistung der Einlagen

Dem Randtitel wird aufgrund von Änderungen in der Gesetzessystematik eine neue Nummerierung zugeteilt.

Art. 652d Randtitel, Abs. 2 Erhöhung aus Eigenkapital

In Artikel 652d Absatz 2 wird der Begriff des Zwischenabschlusses durch denjenigen der Zwischenbilanz ersetzt. Es handelt sich um eine Anpassung an die im Obligationenrecht und im Fusionsgesetz allgemein verwendete Terminologie. Materiell ändert sich dadurch nichts. Die Erstellung einer Zwischenbilanz setzt in jedem Fall eine zumindest summarische Erfolgsrechnung voraus. Ein Anhang ist erforderlich, soweit die darin enthaltenen Informationen wesentliche Auswirkungen auf die Beurteilung der Bilanz haben können (s. Art. 675a, Art. 960f).

Eine streng grammatikalische Auslegung des geltenden Wortlauts würde den Schluss zulassen, dass die Prüfung des Zwischenabschlusses durch eine nicht von der Eidg. Revisionsaufsichtsbehörde zugelassene Person ebenfalls genügen würde.

²⁵³ Artikel 652b Absatz 4 E 2007 (BBl 2008 1589, 1645 und 1757).

²⁵⁴ Beim «wirklichen Wert» handelt es sich zwar um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der bereits im OR und Fusionsgesetz verwendet wird (s. z. B. Art. 670 Abs. 1 OR/Art. 725c, Art. 685b Abs. 4 OR, Art. 7 Abs. 2 FusG).

Um hier völlige Klarheit zu schaffen, wurde der Wortlaut entsprechend ergänzt (mit einer *durch einen zugelassenen Revisor*²⁵⁵ geprüften Zwischenbilanz).

Art. 652e Kapitalerhöhungsbericht

Ziffer 1 wird in Übereinstimmung mit den übrigen Bestimmungen dahingehend angepasst, dass die Sachübernahme als qualifizierter Tatbestand, über welchen der Verwaltungsrat Rechenschaft abzulegen hat, wegfällt. Siehe im Übrigen die Ausführungen zu Artikel 635 (Gründungsbericht im Rahmen einer qualifizierten Gründung).

Art. 652f Randtitel Prüfungsbestätigung

Dem Randtitel wird aufgrund von Änderungen in der Gesetzessystematik eine neue Nummerierung zugeteilt.

Art. 652g Randtitel, Abs. 2 Statutenänderung und Feststellungen des Verwaltungsrates und 3

Artikel 652g Absatz 2 OR hält fest, dass die Urkundsperson die Belege, die der Kapitalerhöhung zugrunde liegen, einzeln zu nennen und zu bestätigen hat, dass sie dem Verwaltungsrat vorgelegen haben. In Übereinstimmung mit den Vorschriften zur Gründung (Art. 631 Abs. 1 OR) hat die Urkundsperson jedoch zu bestätigen, dass die Belege *ihr* und dem Verwaltungsrat vorgelegen haben (s. auch Art. 47 Abs. 2 Bst. d HRegV²⁵⁶). Die Urkundsperson hat zu prüfen, ob die Belege ihrem Aussehen nach formell in Ordnung sind, die vom Gesetz verlangten Angaben enthalten und ob ihr Inhalt mit der von ihr zu beurkundenden Feststellung des Verwaltungsrates übereinstimmt.

Art. 652h Randtitel, Abs. 1 und 2 Eintragung im Handelsregister

Artikel 652h Absatz 1 wird begrifflich angepasst: Statt «Handelsregister» muss es «Handelsregisteramt» heissen.

Absatz 2 wird aufgehoben. Zukünftig sollen die beim Handelsregister einzureichenden Belege einheitlich in der HRegV geregelt werden (s. Art. 46 HRegV).

2.1.6 Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital

Art. 653, 653b Abs. 1 Ziff. 4 Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital; Beschluss der GV

Das heutige Regelungskonzept der Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital wird grundsätzlich beibehalten. Es werden nur punktuelle Anpassungen vorgenommen.

²⁵⁵ Es ist anzumerken, dass natürliche Personen nur dann selbständig Revisionsdienstleistungen durchführen dürfen, wenn sie zumindest ein Einzelunternehmen im Handelsregister eingetragen haben und dieses über die notwendige Zulassung verfügt (Art. 8 Abs. 1 Revisionsaufsichtsverordnung, RAV; SR **221.302.3**).

²⁵⁶ Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV, SR **221.411**).

In Artikel 653 Absatz 1 werden neu auch die Aktionärinnen und Aktionäre sowie die Mitglieder des Verwaltungsrats als mögliche Adressaten einer Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital aufgeführt. Bereits nach der heutigen Praxis können Gratis- oder Aktionärsoptionen im Rahmen einer Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital ausgegeben werden.²⁵⁷ Verbreitet ist auch die Ausrichtung von Optionen als Teil der Entschädigung für den Verwaltungsrat.²⁵⁸ Auch in diesem Fall darf das Bezugs- oder das Vorwegzeichnungsrecht der Aktionärinnen und Aktionäre der Gesellschaft, welche die Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital durchführt, nur unter den Voraussetzungen von Artikel 653c beschränkt oder entzogen werden. Auch die entsprechenden Personen einer Konzerngesellschaft können bei einer Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital berücksichtigt werden.

Absatz 2 setzt dem Verwaltungsrat – wie bei der ordentlichen Kapitalerhöhung – eine Frist von 30 Tagen zur Anmeldung der Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital beim Handelsregisteramt. Insbesondere für potenzielle Investorinnen und Investoren kann die Tatsache, dass eine Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital beschlossen ist, von Bedeutung für einen Anlageentscheid sein.

Artikel 653b Absatz 1 Ziffer 4 stellt klar, dass die allfällige Aufhebung oder Beschränkung des Bezugsrechts in den Statuten vorzusehen ist. Die Änderung in Ziffer 1 ist redaktioneller Art.

Art. 653c und 653d Abs. 1 Schutz der Aktionäre

Artikel 653c Absatz 1 sieht vor, dass die Bestimmungen über das Bezugsrecht bei der ordentlichen Kapitalerhöhung zur Anwendung kommen (s. Art. 652b), wenn den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern Optionsrechte eingeräumt werden.

Die gesetzliche Verweisung ist auch für die Ausübung des Bezugsrechts und die Festsetzung des Ausgabepreises massgebend. Der bisherige Absatz 1 wird in Absatz 2 verschoben.

Nach Absatz 3 soll das Vorwegzeichnungsrecht neu bei Publikumsgesellschaften auch ohne Vorliegen wichtiger Gründe (Ziff. 1) beschränkt oder aufgehoben werden können, wenn die Aktionärinnen und Aktionäre die Möglichkeit haben, die entsprechenden Titel zu angemessenen Bedingungen an der Börse zu erwerben (Ziff. 2). Die Aktionärinnen und Aktionäre können dabei ihre Interessen durch einen Zukauf am Markt wahren.

Der bisherige Absatz 3 wird zu Absatz 4. Die Änderungen sind redaktioneller Art.

In Artikel 653d Absatz 1 werden aufgrund der Änderung in Artikel 653 Absatz 1 die Begriffe «Aktionär» und «Mitglied des Verwaltungsrats» eingefügt.

Art. 653f, 653g, 653i Prüfungsbestätigung; Statutenänderung und Feststellungen des Verwaltungsrates; Streichung

²⁵⁷ S. GAUDENZ G. ZINDEL/PETER R. ISLER, Art. 653 N 17 f., in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

²⁵⁸ S. GAUDENZ G. ZINDEL/PETER R. ISLER, Art. 653 N 16, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

Die Änderungen in Artikel 653f und Artikel 653g sind in erster Linie formeller Natur. Sie dienen dem besseren Verständnis und der Vereinheitlichung der Terminologie. Artikel 653g Absatz 2 stellt klar, dass die Anpassung der Statuten öffentlich zu beurkunden ist. Die Regelung entspricht Artikel 652g Absatz 2 OR.

Eine materielle Neuerung findet sich in Artikel 653i: In der Praxis hat sich gezeigt, dass Gesellschaften gelegentlich eine Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital beschliessen, dann aber davon absehen, sie durchzuführen, oder diese vorzeitig abbrechen möchten. Die Bestimmung regelt die Modalitäten, die in einem solchen Fall zu beachten sind.

Der Verwaltungsrat ist grundsätzlich verpflichtet, die Beschlüsse der GV auszuführen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR). Tut er dies nicht, so haftet er im Schadensfall nach Artikel 754 OR. Dies gilt auch, wenn er ohne Zustimmung der GV auf die Durchführung einer beschlossenen Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital verzichtet. Die neuen Vorschriften des Artikels 653i ändern an dieser Ausgangslage nichts.

Artikel 653i regelt den Fall, dass bereits Wandel- oder Optionsrechte eingeräumt wurden. Die Statutenbestimmung zur Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital kann diesfalls nur aufgehoben werden, wenn ein zugelassener Revisionsexperte schriftlich bestätigt, dass alle Berechtigten auf die Ausübung ihrer Rechte schriftlich verzichtet haben. Willigt nur ein Teil der Inhaber der Wandel- oder Optionsrechte in den Verzicht ein, so darf die Statutenbestimmung nicht gestrichen werden, doch bleibt eine Anpassung möglich.

Eine allfällige Entschädigung für den Verzicht auf die Ausübung der Wandel- oder Optionsrechte kann in bar oder auf andere Weise erfolgen (z. B. durch Abgabe von Aktien). Die Höhe der Entschädigung ist aus Transparenzgründen offen zu legen (Art. 959a Abs. 3 OR).

2.1.7 Ordentliche Kapitalherabsetzung

Art. 653j Ordentliche Kapitalherabsetzung; Grundsätze

Die Kapitalherabsetzung wird neu zusammen mit den verschiedenen Arten der Kapitalerhöhung im Kapitel zu den Kapitaländerungsverfahren geregelt. Die heutige Regelung der Kapitalherabsetzung weist diverse Unklarheiten und Lücken auf, die mit dem Vorentwurf beseitigt werden sollen (s. Ziff. 1.3.1.4).

Artikel 653j regelt die Grundsätze der ordentlichen Kapitalherabsetzung. Absatz 1 weist der GV die Kompetenz zu, über den Umfang der Kapitalherabsetzung zu entscheiden. Dem Verwaltungsrat obliegen wie bis anhin die Vorbereitung und die Durchführung der Kapitalherabsetzung.

Absatz 2 stellt klar, dass die Herabsetzung entweder durch die Senkung des Nennwerts oder durch Vernichtung der Aktien erfolgen kann. Der Herabsetzungsbeschluss der GV hat entsprechende Angaben zu enthalten (s. Art. 653n Abs. 1 Ziff. 2).

Nach Absatz 3 darf das Aktienkapital wie bisher nur unter das gesetzlich vorgesehene Mindestkapital (s. Art. 621) herabgesetzt werden (, wenn es gleichzeitig bis mindestens zu diesem Betrag wieder erhöht wird (s. Art. 653p).

Art. 653k Gläubigerschutz

Artikel 653k regelt die Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger. Die Gesellschaft kann die Aufforderung vor oder nach dem Herabsetzungsbeschluss der GV durchführen. Diese Wahlmöglichkeit eröffnet dem Verwaltungsrat einen grösseren Spielraum in organisatorischer Hinsicht. Der Transparenz für die Aktionärinnen und Aktionäre ist es grundsätzlich dienlich, wenn die Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger und die Prüfung durch die zugelassene Revisionsexpertin oder den zugelassenen Revisionsexperten vor der GV durchgeführt werden. Die GV kann so vor dem Beschluss über die Kapitalherabsetzung über die Ergebnisse der Aufforderung und der Prüfung informiert werden. Dies ist aber sachlich nicht in jedem Fall zwingend erforderlich, da in den relevanten Fragen meist klare Verhältnisse bestehen. Es soll daher ermöglicht werden, die GV bereits vor (oder während) der Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger durchzuführen. Dies erlaubt ein rascheres Vorgehen. Es kann ferner auch sinnvoll sein, vor Veröffentlichung einer entsprechenden Aufforderung klarzustellen, ob die GV der Kapitalherabsetzung überhaupt zustimmt. Die Durchsetzung der gesetzlichen Vorschriften zum Gläubigerschutz wird in jedem Fall bei der Eintragung ins Handelsregister gesichert (s. Art. 653o Abs. 4 und 5).

Der Vorentwurf verkürzt den Zeitraum, in dem die Gläubigerinnen und Gläubiger ihre Forderungen anmelden können, gemäss Absatz 2 von zwei Monaten auf einen Monat (Abs. 2). Die Dauer der Durchführung der Kapitalherabsetzung wird auf diese Weise verkürzt, was den Interessen der Gesellschaften dient. Den Gläubigerinnen und Gläubigern bleibt trotz der Verkürzung der Frist ausreichend Zeit, ihre Forderungen anzumelden.

Die Absätze 3 und 4 entsprechen weitgehend denjenigen über die Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger gemäss Fusionsgesetz (Art. 25 FusG²⁵⁹). Die Gesellschaft kann sich von der Sicherstellung der angemeldeten Forderungen befreien, wenn sie gemäss Absatz 3 nachweist, dass die Kapitalherabsetzung die Erfüllung der fraglichen Ansprüche nicht gefährdet. In der Regel wird als Nachweis die Bestätigung der zugelassenen Revisionsexpertin oder des zugelassenen Revisionsexperten, wonach das Fremdkapital auch nach der Herabsetzung des Aktienkapitals vollständig gedeckt ist, genügen. In besonderen Fällen wird jedoch diese Prüfungsbestätigung allein nicht ausreichen, so – je nach den Umständen – bei Forderungen, die erst lange nach der Herabsetzung fällig werden.

Gläubigerinnen und Gläubiger, die Sicherstellung verlangen, sind nicht besserzustellen, als wenn keine Kapitalherabsetzung durchgeführt würde. Anstelle einer Sicherstellung kann die Gesellschaft nach Absatz 4 die Forderungen auch erfüllen, sofern dadurch die übrigen Gläubigerinnen und Gläubiger nicht benachteiligt werden (betriebsrechtliches Gleichbehandlungsgebot). Zudem ist erforderlich, dass die Forderung gemäss Artikel 81 OR erfüllbar ist.

Art. 653l Zwischenbilanz

Artikel 653l sieht im Einklang zur heute allgemein gültigen Praxis vor, dass die Gesellschaft eine Zwischenbilanz erstellen muss, wenn die letzte Bilanz älter als

sechs Monate ist.²⁶⁰ Die gesetzlichen Anforderungen an den Inhalt der Zwischenbilanz sind neu einheitlich in Artikel 960f geregelt (für weitere Details s. die entsprechenden Ausführungen). Die Norm entspricht inhaltlich derjenigen des Artikels 11 FusG. Der Schutzgedanke, welcher der Pflicht zum Einholen einer Zwischenbilanz zugrunde liegt, ist bei der Kapitalherabsetzung derselbe wie bei der Umstrukturierung von Unternehmen. Es ist daher sachlich angezeigt, die entsprechenden fusionsrechtlichen Bestimmungen zu übernehmen.

Art. 653m Prüfungsbestätigung

Artikel 653m regelt die Prüfungsbestätigung einer zugelassenen Revisionsexpertin oder eines zugelassenen Revisionsexperten. Diese oder dieser muss gemäss Absatz 1 bestätigen, dass mit der Herabsetzung des Aktienkapitals weder die Erfüllung der Forderungen der Gläubiger gefährdet wird noch eine begründete Besorgnis besteht, dass die Gesellschaft in den nächsten zwölf Monaten zahlungsunfähig wird. Die Prüfung erfasst neu explizit auch die Folgen der Kapitalherabsetzung auf die Liquidität der Gesellschaft. Dies entspricht dem stärkeren Fokus des Vorentwurfs auf die Liquidität der Gesellschaft (s. Art. 671 Absatz 3 und Art. 725). In der Praxis geschieht eine vergleichbare Prüfung bereits heute.²⁶¹

Die Bestätigung muss gemäss Absatz 2 zwingend auf das Ergebnis der Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger Bezug nehmen (s. Art. 653k). Dadurch wird die Aussagekraft der Bestätigung gegenüber dem geltenden Recht verbessert.

Bei Gesellschaften, die über keine Revisionsstelle verfügen, und in Fällen, in denen es sich bei der beauftragten zugelassenen Revisionsexpertin oder beim beauftragten zugelassenen Revisionsexperten nicht um die Revisionsstelle der Gesellschaft handelt, hat die beauftragte Person zu beurteilen, inwieweit sie die ihr vorgelegte Bilanz für die Abgabe der erforderlichen Prüfungsbestätigung prüfen muss.

Liegt die Prüfungsbestätigung bereits zum Zeitpunkt der Durchführung der GV vor, so informiert der Verwaltungsrat gemäss Absatz 3 die Aktionärinnen und Aktionäre vor der Beschlussfassung über das Ergebnis. Die zugelassene Revisionsexpertin oder der zugelassene Revisionsexperte muss diesfalls bei der GV anwesend sein. Wie bei der Verabschiedung der Jahresrechnung (Art. 731 Abs. 2 OR²⁶²) kann die GV aber auf die Anwesenheit verzichten.

Art. 653n, 653o Beschluss der GV; Anpassung der Statuten

Artikel 653n regelt den Inhalt und die Form des Kapitalherabsetzungsbeschlusses der GV.

Artikel 653o legt die Pflichten des Verwaltungsrats bei der Durchführung der von der GV beschlossenen Kapitalherabsetzung fest (Änderung der Statuten; Feststellungen; Eintragung in das Handelsregister).

²⁶⁰ S. PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Auflage, Zürich 2009, § 2 N 356; s. auch KARL REBSAMEN, *Das Handelsregister*, 2. Auflage, Zürich 1999, N 585; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996, § 53 N 95.

²⁶¹ S. PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Auflage, Zürich 2009, § 2 N 357 f.

²⁶² SR 220

Für die Anmeldung der vorzunehmenden Statutenänderung gilt nach Artikel 653o Absatz 3 eine Frist von dreissig Tagen.

Artikel 653o Absatz 4 hält fest, dass das Handelsregisteramt die Kapitalherabsetzung nur im Handelsregister eintragen darf, sofern eine rechtsgenügende Prüfungsbestätigung vorliegt: Das Handelsregisteramt muss die Eintragung zum Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger verweigern, wenn die Prüfungsbestätigung einen Vorbehalt oder eine Einschränkung des Prüfungsergebnisses enthält.

Die durch die Herabsetzung des Aktienkapitals frei werdenden Mittel dürfen den Aktionärinnen und Aktionären nach 653o Absatz 5 erst nach der Eintragung ins Handelsregister ausgerichtet werden.

2.1.8 Sonderformen der Kapitalherabsetzung

Art. 653p

Gleichzeitige Herabsetzung und Erhöhung des Aktienkapitals; Grundsatz

Bereits das geltende Recht kennt die Harmonika (Kapitalschnitt), bei der das Kapital herabgesetzt und unmittelbar danach mindestens im gleichen Umfang wieder erhöht wird, ohne dass der Liberierungsbetrag sich ändert. Die Harmonika wird allerdings vom Gesetz nicht systematisch geregelt. Der geltende Artikel 732 Absatz 1 OR erwähnt sie als Variante zur deklarativen Kapitalherabsetzung; Absatz 5 lässt im Rahmen der Harmonika die Herabsetzung unter das Mindestkapital von 100'000 Franken während einer «logischen Sekunde» zu. Neu wird diese Sonderform der Kapitalherabsetzung in einer eigenen Bestimmung geregelt, die inhaltlich grundsätzlich der bisherigen Praxis entspricht.

Beim Beschluss über die gleichzeitige Kapitalherabsetzung und -erhöhung müssen die Vorschriften zur Kapitalherabsetzung grundsätzlich nicht angewendet werden, sofern die Wiedererhöhung auf mindestens den gleichen Betrag erfolgt. Dem entspricht die neue Regelung von Artikel 653p Absatz 1, wonach die Regeln der Kapitalherabsetzung zum Gläubigerschutz, zur Zwischenbilanz, zur Prüfungsbestätigung und zu den Feststellungen der Verwaltungsrats keine Anwendung finden. Ein genereller Ausschluss der Bestimmungen zur ordentlichen Kapitalherabsetzung, wie er noch im Entwurf 2007 vorgesehen war,²⁶³ ist hingegen nicht präzise genug, da die Grundsätze (s. Art. 653j) und die Vorschriften über den Beschluss der GV (s. Art. 653n) in der bisherigen Praxis auch auf die Harmonika angewendet wurden.

Gemäss Absatz 2 sind die Bestimmungen der ordentlichen Kapitalerhöhung (s. Art. 650 ff.) entsprechend zu berücksichtigen.

Absatz 3 enthält sodann eine Spezialvorschrift zur Änderung der Statuten (keine Statutenänderung, wenn Kapital und Aktienstückelung unverändert bleiben) und Absatz 4 zur Eintragung ins Handelsregister (Anmeldung innerhalb von sechs Monaten).

²⁶³ Artikel 653p Absatz 2 E 2007 (BBI 2007 1589, 1762).

Art. 653q Vernichtung von Aktien

Wird das Kapital zum Zwecke der Sanierung auf null herabgesetzt und anschliessend wieder erhöht, so müssen die bisherigen Aktien nach Artikel 653q vernichtet werden. Den Aktionärinnen und Aktionären steht im Gegenzug zur Vernichtung der Aktien ein unentziehbares Bezugsrecht zu. Bereits Artikel 732a OR²⁶⁴ sieht eine gleichlautende Regelung vor. Eine Sanierung ist gegeben, wenn zumindest eine Unterbilanz vorliegt (s. zum Begriff der Unterbilanz Art. 653r).

Art. 653r Kapitalherabsetzung im Falle einer Unterbilanz

Das geltende Recht lässt Erleichterungen im Herabsetzungsverfahren dann zu, wenn dieses der Beseitigung einer offen ausgewiesenen Unterbilanz dient (Art. 735 OR).²⁶⁵ Dieser Spezialfall der Kapitalherabsetzung, der auch als deklarative oder nominelle Kapitalherabsetzung bezeichnet wird, wird neu in Artikel 653r geregelt. Die Norm stimmt inhaltlich mit der bisherigen Regelung überein, wird aber klarer und präziser formuliert. So wird neu etwa der Inhalt des entsprechenden Revisionsberichts – der sich bisher aus Artikel 735 OR ergab – explizit festgehalten. Die zugelassene Revisionsexpertin oder der zugelassene Revisionsexperte hat gemäss Absatz 1 zu prüfen, ob der Herabsetzungsbetrag den Betrag der durch Verluste entstandenen Unterbilanz nicht übersteigt. Dabei wird die zugelassene Revisionsexpertin oder der zugelassene Revisionsexperte immer auch prüfen, ob tatsächlich eine Unterbilanz vorliegt (echte Unterbilanz). Insoweit der Bilanzverlust noch mit vorhandenen offenen Kapital- und Gewinnreserven verrechnet werden kann (s. Art. 674), ist die Unterbilanz nicht echt und eine Kapitalherabsetzung gemäss Artikel 653r somit nicht möglich. Immerhin darf die Strenge nicht so weit gehen, dass sogar das Vorhandensein stiller Reserven genügen würde, die Echtheit der Unterbilanz abzulehnen. Es geht um eine Bereinigung der den Grundsätzen ordnungsmässiger Rechnungslegung genügenden Bilanz, nicht um eine Gesamtabrechnung über die Verkehrswerte der vorhandenen Wirtschaftsgüter. Stille Reserven sind nur insoweit aufzulösen, als sie willentlich zur Kürzung des ausgewiesenen Periodenerfolgs gebildet worden und noch vorhanden sind, d. h. durch gewollt übersetzte Abschreibungen und Rückstellungen. Der Grundsatz des ordnungsmässig ausgewiesenen Periodenerfolgs muss beachtet werden.²⁶⁶

Im Falle der Kapitalherabsetzung zur Beseitigung einer echten Unterbilanz finden die Bestimmungen der ordentlichen Kapitalherabsetzung zum Gläubigerschutz (s. Art. 653k) und zu den Feststellungen des Verwaltungsrates (s. Art. 653o) keine Anwendung.

Gemäss Absatz 2 beschliesst die GV gestützt auf den Revisionsbericht über die deklarative Kapitalherabsetzung. Nebst den Angaben welche für eine ordentlichen Kapitalherabsetzung notwendig sind (s. Art. 653n), enthält der GV-Beschluss die Feststellung über das Ergebnis des Prüfungsberichts sowie die Anpassung der Statuten.

²⁶⁴ SR 220

²⁶⁵ S. Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band 3, Zürich 2009, S. 61.

²⁶⁶ S. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 2 N 400. A. M. MANFRED KÜNG, Art. 735 N 6, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

2.1.9 Kapitalband

Art. 653s Ermächtigung

Der Vorentwurf sieht die Einführung des Kapitalbands vor. Es handelt sich dabei um ein neues Rechtsinstitut, das dazu dient, die Verfahren zur Erhöhung und Herabsetzung des Aktienkapitals flexibler zu gestalten (s. Ziff. 1.3.1.4). Das Kapitalband ersetzt die genehmigte Kapitalerhöhung (Art. 651 ff. OR).

Nur Gesellschaften, die ihre Jahresrechnung eingeschränkt oder ordentlich prüfen lassen, dürfen gemäss Absatz 1 das Kapitalband beschliessen und anwenden (s. Art. 727a).

Die GV kann neu den Verwaltungsrat ermächtigen, innerhalb zweier Sperrziffern das Aktienkapital herauf- und herabzusetzen. Der Beschluss erfordert – wie bisher bei der genehmigten Kapitalerhöhung – ein qualifiziertes Mehr (s. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 5) und ist nach Absatz 5 öffentlich zu beurkunden. Die GV legt in ihrem Beschluss das Maximalkapital fest. Bis zu dieser Sperrziffer darf der Verwaltungsrat das Aktienkapital erhöhen. Nach unten begrenzt das Basiskapital das Ermessen des Verwaltungsrats. Unter diese Sperrziffer darf das Aktienkapital nicht herabgesetzt werden. Der Dritte Parameter ist das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital. Das Maximalkapital darf gemäss Absatz 2 höchstens 50 Prozent über dem bisher im Handelsregister eingetragenen Aktienkapital liegen und das Basiskapital darf nicht weniger als die Hälfte des eingetragenen Kapitals betragen. Dabei ist stets das gesetzliche Mindestkapital zu beachten (s. Art. 621 OR).

Innerhalb des Maximal- und des Basiskapitals kann der Verwaltungsrat das ausgegebene Aktienkapital erhöhen und herabsetzen. Die Dauer der Ermächtigung beträgt nach Absatz 1 maximal fünf Jahre. Der Entwurf 2007 sah aufgrund der Vernehmlassungsergebnisse eine Frist von drei Jahren vor.²⁶⁷ Der Ständerat hatte sich jedoch für eine Frist von fünf Jahren ausgesprochen.²⁶⁸ Der Vorentwurf folgt dem Beschluss des Ständerats.

Die Frist beginnt gemäss Absatz 7 mit der Beschlussfassung durch die GV zu laufen. Nach Ablauf der Frist streicht der Verwaltungsrat die Bestimmungen über das Kapitalband aus den Statuten, sofern die GV die Ermächtigung des Verwaltungsrats nicht verlängert (Art. 653t Abs. 2). Der Beschluss des Verwaltungsrates ist öffentlich zu beurkunden.

Die GV ist frei, den Ermessensspielraum des Verwaltungsrats einzugrenzen. Sie darf nach Absatz 3 Auflagen oder Bedingungen vorsehen (s. Art. 653t Abs. 1 Ziff. 3). So kann sie insbesondere bestimmen, dass der Verwaltungsrat das Aktienkapital nur erhöhen oder nur herabsetzen darf. Wenn der Verwaltungsrat das Aktienkapital nur erhöhen kann, entspricht das Kapitalband praktisch der heutigen genehmigten Kapitalerhöhung. Diese wird daher überflüssig und kann aufgehoben werden. Räumt die GV dem Verwaltungsrat demgegenüber lediglich die Möglichkeit ein, das Aktienkapital herabzusetzen, so kann im Ergebnis eine nach dem geltenden Recht nicht zulässige genehmigte Kapitalherabsetzung realisiert werden.

²⁶⁷ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1652 f.

²⁶⁸ AB 2009 S 646

Absatz 4 stellt klar, dass das Aktienkapital innerhalb des Kapitalbands auch mittels einer Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital erhöht werden kann. In diesem Fall kommen kumulativ sowohl die Bestimmungen über das Kapitalband als auch diejenigen über die Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital zur Anwendung, wobei stets der strengerer Regelung Rechnung zu tragen ist. Ohne statutarische Grundlage darf der Verwaltungsrat aber im Rahmen eines Kapitalbands weder eine Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital noch ein Partizipationskapital vorsehen (s. Art. 653t Abs. 1 Ziff. 9 und 10). Der entsprechende Beschluss obliegt der GV.

Der Beschluss der GV betreffend die Einführung eines Kapitalbands muss innert dreissig Tagen nach der Beschlussfassung beim Handelsregisteramt angemeldet werden (Art. 653s Abs. 5).

Art. 653t statutarische Grundlage

Artikel 653t äussert sich zur statutarischen Grundlage bei einem Kapitalband.

Während die GV frei ist, gewisse Entscheide beispielsweise bezüglich des Bezugsrechts dem Verwaltungsrat zu überlassen (Ziff. 7), muss sie zwingend über bestimmte Punkte selbst beschliessen.²⁶⁹ So hat der Generalversammlungsbeschluss stets das Maximal- und das Basiskapital, die Befristung des Kapitalbands sowie Anzahl und Nennwert der Aktien aufzuführen (Ziff. 1, 2, 4 und 5). Andere Modalitäten (z. B. die Vinkulierung von Aktien) bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Aufnahme in die Statuten (Ziff. 6). Die GV muss auch die Voraussetzungen für die Ausübung vertraglich erworbener Bezugsrechte regeln (Ziff. 8); dabei handelt es sich um eine Ergänzung der Vinkulierung für den originären Erwerb von Aktien.

Art. 653u, 653v Erhöhung und Herabsetzung des Aktienkapitals innerhalb des Kapitalbands

Im Rahmen der Ermächtigung durch die GV kann der Verwaltungsrat nach Artikel 653u Absatz 1 das Kapital erhöhen und herabsetzen. So steht es ihm beispielsweise frei, bei einem Maximalkapital von 600'000 Franken, einem Basiskapital von 200'000 Franken und einem zum Zeitpunkt der Einführung des Kapitalbands im Handelsregister eingetragenen Aktienkapital von 400'000 Franken das Kapital zuerst auf 500'000 Franken zu erhöhen, anschliessend auf 200'000 Franken herabzusetzen und dann wieder auf 600'000 Franken zu erhöhen.

Bei jeder Erhöhung oder Herabsetzung des Aktienkapitals nimmt der Verwaltungsrat die erforderlichen Feststellungen vor und passt die Statuten entsprechend an. Er erlässt nach Absatz 2 die notwendigen Bestimmungen, soweit diese nicht bereits im Generalversammlungsbeschluss über das Kapitalband enthalten sind. Nach Durchführung der Kapitaländerung hat er nach Absatz 3 dreissig Tage Zeit, diese in rechtsgenügender Form beim Handelsregisteramt anzumelden. Es handelt sich dabei um eine Ordnungsvorschrift.

Die Bestimmungen über die ordentliche Kapitalerhöhung und die Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital sowie über die ordentliche Kapitalherabsetzung kommen gemäss Absatz 4 – sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt – sinngemäss zur

²⁶⁹ Unübertragbare und unverzichtbare Entscheidungsbefugnisse der GV finden sich bereits heute bei der genehmigten Kapitalerhöhung (Art. 651 OR).

Anwendung. So hat zum Beispiel der Kapitalerhöhungsbeschluss des Verwaltungsrats Angaben zur Art der Einlagen (z. B. Sacheinlage, Liberierung mit Eigenkapital) zu machen, wenn die GV sich den Entscheid über die Form der Liberierung nicht selber vorbehalten hat.

Während der Gültigkeitsdauer des Kapitalbands kann die GV beschliessen, das ausgegebene Aktienkapital zu ändern. Mit dem Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluss fällt jedoch der Beschluss über das Kapitalband aus Gründen der Rechtssicherheit zwingend dahin. Die Statuten sind gemäss Artikel 653v entsprechend anzupassen. Es steht der GV aber frei, nach dem Beschluss über eine ordentliche Erhöhung oder Herabsetzung des Kapitals erneut ein Kapitalband vorzusehen.

Art. 653w Gläubigerschutz

Beim Kapitalband wird der Gläubigerschutz vorverschoben: Die Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger erfolgt gemäss Absatz 1 bereits vor dem Beschluss der GV über die Schaffung des Kapitalbands. Das Gleiche gilt auch für die Erstellung einer Prüfungsbestätigung durch eine zugelassene Revisionsexpertin oder einen zugelassen Revisionsexperten. Die Bestätigung beschränkt sich hier darauf festzustellen, ob das Fremdkapital nach der Herabsetzung auf das Basiskapital noch gedeckt ist. Etwelche Aussagen in Bezug auf allfällige spätere Kapitalherabsetzungen innerhalb des Kapitalbands sind ausgeschlossen. Aufgrund der Eintragung des Kapitalbands ins Handelsregister können Gläubigerinnen und Gläubiger aber erkennen, dass das Aktienkapital bis auf das offengelegte Basiskapital herabgesetzt werden könnte.

Sowohl die Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger als auch die Einholung einer Prüfungsbestätigung sind nicht erforderlich, wenn das Kapitalband bereits anlässlich der Gründung der Gesellschaft eingeführt oder wenn das Basiskapital nicht tiefer festgesetzt wird als das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital.

Aus Absatz 2 lässt sich entnehmen, dass anlässlich der einzelnen Beschlüsse des Verwaltungsrates über eine Kapitalherabsetzung keine Aufforderung an die Gläubiger mehr erfolgen muss.

Voraussetzung für jede Kapitalherabsetzung im Rahmen eines Kapitalbands ist aber nach Absatz 3, dass die Forderungen der Gläubiger durch die Herabsetzung nicht gefährdet werden. Der Verwaltungsrat trägt dafür die Verantwortung und haftet gemäss den aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsregeln (Art. 754 OR). Um das Risiko zu beschränken, kann er je nach den Umständen freiwillig eine Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger durchführen und eine Prüfungsbestätigung einholen.

Ein entscheidendes Wesensmerkmal des Kapitalbands liegt darin, dass das im Handelsregister eingetragene Basiskapital im Kapitalband dieselbe Funktion als Sperrziffer einnimmt wie das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital im geltenden Recht. Für die Gläubigerinnen und Gläubiger ist also primär das Basiskapital von Bedeutung. Dieses kann aber nur mittels eines ordentlichen Kapitalherabsetzungsverfahrens gesenkt werden. Der Gläubigerschutz erscheint somit sachgerecht (s. zudem Art. 653x und Art. 727a).

Art. 653x

Angaben im Anhang
zur Jahresrechnung

Im Gegensatz zum Entwurf 2007²⁷⁰ verlangt der Vorentwurf nicht mehr, dass infolge einer Kapitalherabsetzung innerhalb des Kapitalbandes nach Abschluss des Geschäftsjahres die Prüfbestätigung einer zugelassenen Revisionsexpertin oder eines zugelassenen Revisionsexperten eingeholt werden muss. Auch auf die Einreichung dieser Prüfbestätigung beim Handelsregisteramt wird verzichtet. Hingegen sieht der Vorentwurf vor, dass Gesellschaften, die ein Kapitalband beschliessen und anwenden, zwingend eingeschränkt oder ordentlich revisionspflichtig sind (s. Art. 653s und 727a Abs. 2). Sie können also nicht mehr auf die eingeschränkte Prüfung der Jahresrechnung (Opting-out) verzichten. Dadurch wird ein effektiver und effizienter Gläubigerschutz gewährleistet. Oftmals werden zudem keinerlei zusätzliche Kosten verursacht, da die Gesellschaft ihre Jahresrechnung bereits zumindest eingeschränkt prüfen lässt. Durch die Prüfung der Jahresrechnung wird in einem sinnvollen Rahmen von unabhängiger Seite kontrolliert, ob die Gesellschaft nicht überschuldet ist bzw. ob die Forderungen der Gläubiger weiterhin voll gedeckt sind. Dies ist ein ausgewogener Kompromiss zwischen der Flexibilität des Kapitalbandes und den Bedürfnissen des Gläubigerschutzes.

Gemäss Artikel 653x muss der Anhang zur Jahresrechnung Angaben zu sämtlichen Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen des Verwaltungsrats aufgrund des Kapitalbandes enthalten.

2.1.10 Partizipationsscheine

Art. 656a Abs. 1 und 4 Partizipationsscheine; Begriff

Da gemäss Artikel 621 Absatz 2 neu auch ein Aktienkapital in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen ausländischen Währung zulässig ist, wird Absatz 1 dahingehend präzisiert, dass das Partizipationskapital (PS-Kapital) zwingend dieselbe Währung aufzuweisen hat wie das Aktienkapital. Damit soll verhindert werden, dass die verschiedenen Teile des Eigenkapitals unterschiedliche Währungen aufweisen. Insbesondere bei der Berechnung der zulässigen Höhe des PS-Kapitals (s. Art. 656b Abs. 1) und da das PS-Kapital in gewissen Fällen dem Aktienkapital zuzurechnen ist (s. Art. 656b Abs. 3), würden sich andernfalls Schwierigkeiten ergeben.

Im Gegensatz zum Aktienkapital haben die Gesellschaften lediglich das Recht, nicht aber die Pflicht, ein PS-Kapital zu schaffen. Dieses muss nicht bereits bei der Gründung vorhanden sein, sondern kann nach Absatz 4 auch nachträglich geschaffen werden, was dem heute geltenden Grundsatz entspricht (Art. 656b Abs. 5 OR). Wie sich bereits aus der allgemeinen Verweisnorm von Artikel 656a Absatz 2 OR ergibt, kann die nachträgliche Schaffung von PS-Kapital nicht nur mittels ordentlicher Kapitalerhöhung, sondern auch durch Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital oder im Rahmen eines Kapitalbands geschaffen werden kann.

Zur Umwandlung von Partizipationsscheine in Aktien siehe Artikel 704 Absatz 1 Ziffer 6 (qualifizierter GV-Beschluss) und zur Umwandlung von Aktien in Partizipationsscheine siehe Artikel 704a (qualifizierter GV-Beschluss und Zustimmung sämtlicher betroffener Aktionäre).

²⁷⁰ Art. 653x E 2007 (BBl **2008** 1589, 1655 f. und 1765).

Auf die bisherige Beschränkung des PS-Kapital auf das Doppelte des Aktienkapitals wird bei börsenkotierten Partizipationsscheinen verzichtet. Die betreffenden Gesellschaften können nach Absatz 1 die Höhe ihres PS-Kapitals unabhängig von der Höhe ihres Aktienkapitals festsetzen und verfügen somit über einen grösseren Spielraum bei der Ausgestaltung ihrer Kapitalstrukturen. Diese Regelung erscheint unproblematisch, weil die Partizipationsscheine an der Börse frei veräussert werden können, wenn die Partizipanten mit der Unternehmensführung oder den Beschlüssen der GV nicht einverstanden sind. Das Fehlen von Mitwirkungsrechten wird gewissermassen durch die stets gegebene Möglichkeit der Veräusserung der Partizipationsscheine kompensiert. Demgegenüber ist die Veräusserung nicht börsenkotierter Partizipationsscheinen je nach den Umständen oft schwierig oder sogar praktisch ausgeschlossen. Das Fehlen von Mitwirkungsrechten kann sich hier für den Rechtsschutz des Eigentums als problematisch erweisen. Die bisherige Obergrenze für die Ausgabe von Partizipationsscheinen (Art. 656b Abs. 1 OR) wird daher für nicht börsenkotierte Titel beibehalten, um ein gewisses Verhältnis zwischen «stimmberechtigtem» und «nicht stimmberechtigtem» Risikokapital zu gewährleisten.

Die Neufassung von Artikel 656b trägt dem teilweisen Wegfall der Obergrenze für das PS-Kapital Rechnung. Das PS-Kapital wird bei der Berechnung der Höchstgrenze für den Rückkauf von Aktien nicht mehr zum Aktienkapital gezählt (Abs. 5 i.V.m. Art. 659). Vielmehr werden Aktien- und PS-Kapital getrennt berechnet. Da das PS-Kapital bei kotierten Partizipationsscheinen das Aktienkapital zukünftig um ein Vielfaches übersteigen kann, wäre es andernfalls möglich, dass eine Gesellschaft sämtliche eigenen Aktien bis auf eine einzige erwerben könnte. Die Gesellschaft würde in diesem Fall nur noch über eine Aktionärin oder einen Aktionär verfügen, die oder der mittels einer minimalen finanziellen Beteiligung das Unternehmen beherrschen würde. Die Aktiengesellschaft könnte auf diese Weise denaturiert werden.

Gemäss Absatz 2 finden, wie nach geltendem Recht, die Bestimmungen über das Mindestkapital (s. Art. 621 Abs. 1) keine Anwendung. Das Partizipationskapital muss aber wie das Aktienkapital voll liberiert sein.

Absatz 3 legt fest, wann das PS-Kapital dem Aktienkapital zuzurechnen ist, so z. B. hinsichtlich der Bildung der gesetzlichen Gewinnreserve (s. Art. 672).

Die Trennung von Aktionärinnen und Aktionären einerseits und Partizipantinnen und Partizipanten andererseits gilt gemäss Absatz 4 für die Einleitung einer Sonderuntersuchung (s. Art. 697d). Dies hat zwar den Nachteil, dass die in unterschiedlicher Form beteiligten Personen sich nicht mehr zusammenschliessen können, um die Einsetzung einer Sonderuntersuchung zu verlangen. Die getrennte Berechnung stellt aber sicher, dass die Aktionärinnen und Aktionäre auch dann eine Sonderuntersuchung veranlassen können, wenn das Aktienkapital im Vergleich zum PS-Kapital relativ gering ist. Für die Partizipantinnen und Partizipanten ihrerseits ist das Recht auf Einleitung einer Sonderuntersuchung (s. Art. 656c Abs. 3) sowie die Auflösungsklage (s. Art. 736) von erheblicher Bedeutung, da sie keine Möglichkeit haben, auf die Willensbildung des Unternehmens Einfluss zu nehmen, obwohl sie dasselbe wirtschaftliche Risiko tragen wie die Aktionärinnen und Aktionäre. Das Gesetz muss daher einen minimalen Schutz ihres Eigentums sicherstellen.

Bei den Schwellenwerten zum Einberufungs-, Traktandierungs- und Antragsrecht (s. Art. 699 f.) sind gemäss Absatz 6 nur das Aktienkapital relevant, da es sich grundsätzlich um Mitwirkungsrechte der Aktionärinnen und Aktionäre handelt.

Art. 656c Abs. 3, 656d Randtitel, Abs. 2 Rechtsstellung des Partizipanten;
Bekanntgabe von Einberufung und
Information über die GV-Beschlüsse

Die Änderungen in Artikel 656c Absatz 3 sind vorwiegend formeller Natur (Verwendung des Begriffs «Sonderuntersuchung» anstelle «Sonderprüfung» etc.²⁷¹).

Im Sinne einer verbesserten Corporate Governance sieht Artikel 702 Absatz 3 neu vor, dass das Generalversammlungsprotokoll den Aktionärinnen und Aktionären auf elektronischem Weg oder via Post zugänglich zu machen ist. Artikel 656d Absatz 2 hält ausdrücklich fest, dass die Partizipantinnen und Partizipanten über dasselbe Einsichtsrecht verfügen. Die Informationsbeschaffung wird damit insbesondere für Personen mit ausländischem Wohnsitz verbessert.

Art. 657 *Randtitel*

Aufgrund der Aufhebung von Artikel 625 OR muss der Randtitel formell angepasst werden.

2.1.11 Erwerb eigener Aktien

Art. 659 *Voraussetzungen und Einschränkung des Erwerbs*

Die Absätze 1 und 2 regeln den Erwerb eigener Aktien durch die Gesellschaft. Die Gesellschaft kann – wie bisher – nur frei verwendbares Eigenkapital dazu einsetzen, um eigene Aktien bis zu einer maximalen Höhe von 10 Prozent des Aktienkapitals zu erwerben.

Die bisherige besondere Obergrenze von 20 Prozent für den Erwerb im Zusammenhang mit einer Übertragbarkeitsbeschränkung wird gemäss Absatz 3 auf den Fall einer Auflösungsklage ausgedehnt (s. Art. 736 Abs. 1 Ziff. 4). Diese Liberalisierung soll ermöglichen, dass im Falle einer Klage auf Auflösung der Gesellschaft vermehrt die Alternative der Übernahme der Aktien durch die Gesellschaft realisiert werden kann. Das Ausscheiden von Personen mit Minderheitsbeteiligung aus einer privaten Aktiengesellschaft wird dadurch erleichtert.

Im Falle eines Kapitalbands (s. Art. 653s ff.) berechnet sich die Obergrenze für den Erwerb eigener Aktien auf der Grundlage des ausgegebenen Kapitals.

Art. 659a *Folgen des Erwerbs*

Gemäss Absatz 1 ruht das Stimmrecht aus eigenen Aktien. Der Verwaltungsrat darf demnach das Stimmrecht aus solchen Aktien nicht ausüben. Absatz 2 stellt klar, dass dies auch dann gilt, wenn die eigenen Aktien im Rahmen einer Effektenleihe, eines

²⁷¹ Im Hinblick auf das Recht der Partizipanten auf Einleitung einer Sonderuntersuchung, s. Artikel 697d ff.

Repo-Geschäfts oder eines ähnlichen Rechtsgeschäfts veräussert werden. Erfasst werden sämtliche Rechtsgeschäfte über eigene Aktien, bei denen es sich wirtschaftlich gesehen um eine Leihe handelt (s. Art. 14 Börsenverordnung-FINMA²⁷²). Die dem Rechtsgeschäft zugrunde liegenden Motive bleiben aus Gründen der Rechtssicherheit und der Praktikabilität ohne Belang.

Wird das Stimmrecht entgegen den Absätzen 1 und 2 ausgeübt, so findet gemäss Absatz 3 die Bestimmung zur unbefugten Teilnahme (Art. 691 OR) Anwendung, da die Umgehung einer gesetzlich zwingend vorgesehenen Stimmrechtsbeschränkung vorliegt.

Die Gesellschaft hat gemäss Absatz 4 für die eigenen Aktien einen dem Anschaffungswert entsprechenden Betrag als Minusposten im Eigenkapital auszuweisen. Auf diese Weise vermindert sich das verwendbare Eigenkapital ähnlich wie im geltenden Recht, aber die Bilanz wird wie bei einer Kapitalherabsetzung verkürzt. Die Darstellung in der Bilanz richtet sich nach Artikel 959a Absatz 2 Ziffer 3 Buchstabe e OR. Es handelt sich dabei – im Vergleich zum geltenden Recht – lediglich um eine Änderung der Darstellung. Im Gegensatz zum Entwurf 2007²⁷³ muss der Betrag der eigenen Aktien nicht von den Gewinnreserven abgezogen werden.²⁷⁴ Die Gesellschaft kann also weiterhin selber entscheiden, ob sie den Erwerb eigener Aktien unter den Gewinn- oder den Kapitalreserven als Minusposten ausweisen will.

Art. 659b Eigene Aktien im Konzern

Wie bisher soll Artikel 659b verhindern, dass durch Beizug anderer Unternehmen die Bestimmungen zum Erwerb eigener Aktien (s. Art. 659/659a) umgangen werden. Die bisherige Norm wird vereinfacht und die Absätze 1 und 2 des geltenden Rechts, die faktisch die gleiche Endaussage enthielten, werden in einem Absatz zusammengefasst.

Kontrolliert eine Gesellschaft direkt oder indirekt ein oder mehrere Unternehmen, so gelten gemäss Absatz 1 für den Erwerb ihrer Aktien durch diese Unternehmen die gleichen Voraussetzungen, Einschränkungen und Folgen wie für den Erwerb eigener Aktien. Der Erwerb der betreffenden Aktien hat also beispielsweise auch bei den direkt oder indirekt kontrollierten Unternehmen stets aus frei verwendbarem Eigenkapital zu erfolgen.

Absatz 1 wird an die neuen Bestimmungen zur Konzernrechnung angepasst (Art. 963 Abs. 1 und 2 OR). Neu wird die indirekte Kontrolle explizit erwähnt und somit auf die Situation in mehrstufigen Konzernen eingegangen. Dies entspricht der heutigen Praxis.²⁷⁵

²⁷² Verordnung der Eidg. Finanzmarktaufsicht vom 25. Oktober 2008 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsenverordnung-FINMA, BEHV-FINMA, SR **954.193**).

²⁷³ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl **2008** 1589, 1767.

²⁷⁴ Schon damals nicht als eigentliche Verrechnung mit den Gewinnreserven zu verstehen gewesen.

²⁷⁵ S. CHRISTIAN LENZ/ANDREAS VON PLANTA, Art. 659b N 4, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

Aufgrund der Tatsache, dass die Darstellung der eigenen Aktien in der Bilanz entsprechend dem neuen Rechnungslegungsrecht (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. e OR) als Minusposten des Eigenkapital erfolgt, muss der bisherige Absatz 3 angepasst werden. Aktien gemäss Absatz 1 sind bei der kontrollierenden Gesellschaft gemäss Absatz 2 wie eigene Aktien zu behandeln, obschon sich die Aktien beim direkt oder indirekt kontrollierten Unternehmen befinden. Sie hat den Anschaffungs- oder Ausgabebetrag dieser eigenen Aktien von den Beteiligungen abzuziehen. Das Vorliegen eines Konzerns wird also rechnungslegungsmässig unmittelbar berücksichtigt.

2.1.12 Höhere/tiefere Dividende für in der GV vertretene Aktionärinnen und Aktionäre

Art. 661 Berechnungsart

Der bisherige Artikel 661 OR wird zu Absatz 1.

Gemäss Absatz 2 Ziffer 1 können die Statuten neu vorsehen, dass Aktionärinnen und Aktionäre, deren Stimmrechte in der GV ausgeübt werden (u. a. auch durch einen gewillkürten Stellvertreter oder durch die unabhängige Stimmrechtsvertreterin), eine bis zu 20 Prozent höhere Dividende oder Rückzahlung von Kapitalreserven erhalten. Die Gesellschaften erhalten dadurch die Möglichkeit, einen positiven materiellen Anreiz für die Teilnahme an den GV zu schaffen.

Nach Absatz 2 Ziffer 2 ist in Umkehrung von Ziffer 1 anstelle eines positiven materiellen Anreizes auch ein negativer materieller Anreiz zulässig. Die Statuten können vorsehen, dass Aktionärinnen oder Aktionäre, deren Stimmrechte in der GV nicht ausgeübt werden, eine bis zu 20 Prozent tiefere Ausschüttung der Dividende oder Rückzahlung der Kapitalreserven erhalten.

Es wird in Übereinstimmung mit den Überlegungen zum Entwurf 2007²⁷⁶ keine gesetzliche Pflicht für die Gesellschaften vorgesehen. Es wird ihnen überlassen, ob und wie sie im Einzelnen die Möglichkeiten gemäss Absatz 2 nutzen. Aus den Statuten muss aber klar erkennbar sein, dass unter bestimmten Umständen unterschiedlich hohe Dividenden ausgeschüttet werden können.

Insbesondere die Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, erhalten die Möglichkeit, deutliche materielle Anreize für die Ausübung ihrer Stimmrechte zu schaffen. Wird ein ausreichend grosser Anreiz gesetzt, so lässt sich höchstwahrscheinlich der Bestand an Dispoaktien reduzieren (zu diesem Begriff s. Ziff. 1.3.3.1). Das Stimmrecht und die mit diesem verbundenen Rechte können – selbst wenn ein gewillkürter Stimmrechtsvertreter oder eine unabhängige Stimmrechtsvertreterin beigezogen wird – nämlich erst nach erfolgter Anerkennung durch den Verwaltungsrat ausgeübt werden. Die Schaffung entsprechender Anreize kann sich zudem direkt auf die institutionellen Anleger auswirken, da diese faktisch verpflichtet werden, ihre Stimmrechte auszuüben. Tun sie dies nicht, verletzen sie womöglich ihre Sorgfaltpflichten hinsichtlich der Vermögensverwaltung.

²⁷⁶ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1589, 1620.

Im Rahmen der Ausarbeitung des Vorentwurfs wurde eingehend geprüft, ob die Verwirkung aller oder einzelner Vermögensrechte, z. B. der Anspruch auf eine von der GV beschlossene Dividende, ein adäquates Mittel gegen einen zu hohen Bestand an Dispoaktien sein könnte. Es wurde also die entsprechende Idee des Ständerats aus der Aktienrechtsrevision von 1991 nochmals geprüft. Damals schloss sich der Ständerat nach längerem Hin- und Her dem Nationalrat an, der die heute geltende Rechtslage bevorzugte (s. Ziff. 1.3.3.1).²⁷⁷ Auch mit einer moderateren Verwirkungsfrist bezüglich der Verwirkung, als sie der Ständerat vorsah, lassen sich aber die bereits damals erkannten Schwierigkeiten und der relativ schwere Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Aktionärinnen und Aktionäre nicht nachhaltig umgehen. Hinzu kommen schwer voraussehbare Auswirkungen auf den börsenmässigen Handel, u. a. zum Zeitpunkt der GV und kurz vor Ablauf der Verwirkungsfrist.

Weiter könnte auch die Möglichkeit, sich auf elektronischem Weg ins Aktienbuch eintragen zu lassen, den Bestand an Dispoaktien reduzieren (s. Art. 686b).

2.1.13 Aufhebung der aktienrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften

Art. 663bbis, 663c und 670 Aufgehoben

Die meisten aktienrechtlichen Vorschriften zur Rechnungslegung wurden mit Inkrafttreten des neuen Rechnungslegungsrechts bereits aufgehoben.²⁷⁸

Artikel 663b^{bis} OR wird aufgehoben, da die Angaben zu Vergütungen an das oberste Kader börsenkotierter Gesellschaften nicht mehr im Anhang zur Bilanz/Jahresrechnung enthalten sind, sondern im separaten Vergütungsbericht gemäss den Artikeln 734 ff.

Artikel 663c OR (Beteiligungsverhältnisse bei Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien) wird aufgehoben. Die Informationen gemäss Absatz 2 sind aufgrund von Artikel 20 des Börsengesetzes²⁷⁹ allgemein zugänglich. Absatz 3 ist bereits ins neue Rechnungslegungsrecht überführt worden (Art. 959c Abs. 2 Ziff. 11 OR).

Artikel 670 OR wird im Gegensatz zum Entwurf 2007²⁸⁰ materiell beibehalten. Er wird jedoch zu den deutlich überarbeiteten Bestimmungen zur Sanierung im Aktienrecht überführt (s. Art. 725c). Deshalb ist er vorliegend formell aufzuheben.

²⁷⁷ S. HANSPETER KLÄY, Die Vinkulierung, Basel 1997, S. 119 f., 546 und 553. Zum Wortlaut der damaligen Version des Ständerats: AB **1988** S 498 (Art. 685f)

²⁷⁸ AS **2012** 6679.

²⁷⁹ Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, Änderung vom 22. Juni 2007, (BEHG, SR **954.1**).

²⁸⁰ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl **2008** 1589, 1658.

Art. 671 Gesetzliche Kapitalreserve

Für die Neuregelung der Reservenbildung einer Aktiengesellschaft mit Sitz in der Schweiz sind die Fragen der Ausschüttbarkeit und der Offenlegung der Herkunft der Reserven entscheidend. Der Vorentwurf lehnt sich stark an die Vorschläge des Entwurfs von 2007²⁸¹ an. Ziel ist es weiterhin, die Vorschriften des geltenden Rechts zu vereinfachen und den internationalen Gepflogenheiten anzupassen. So wird neu sauber zwischen Kapital- und Gewinnreserven unterschieden. Die entsprechende Unterscheidung ist bereits im neuen Rechnungslegungsrecht enthalten, das auf den 1. Januar 2013 in Kraft getreten ist (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. b–d OR).

Bei der gesetzlichen Kapitalreserve gemäss Artikel 671 handelt es sich um Mittel, die von den Eigenkapitalgeberinnen und -gebern der Gesellschaft einbezahlt wurden. Der Kapitalreserve ist nach Absatz 1 Ziffer 1 der Erlös zuzuweisen, der bei der Ausgabe von Aktien über den Nennwert und die Ausgabekosten hinaus erzielt wird (Aufgeld/Agio).

Ferner ist der Kapitalreserve nach Ziffer 2 als Folge einer Kaduzierung (Art. 681 f. OR) die zurückbehaltene Einzahlung auf Aktien zuzuweisen, soweit für die neu ausgegebenen Aktien kein Mindererlös erzielt wird (Kaduzierungsgewinn).

Nach Ziffer 3 werden auch Einlagen und Zuschüsse, die durch Inhaberinnen und Inhaber von Beteiligungspapieren geleistet wurden, der Kapitalreserve zugewiesen. Dieser Vorschlag steht im Zusammenhang mit der Unternehmenssteuerreform II und der in diesem Rahmen erfolgten Änderung von Artikel 20 Absatz 3 DBG²⁸². Demnach werden diese Leistungen sowie die Aufgelder gemäss Ziffer 1 bei einer Rückzahlung an die Aktionärinnen und Aktionäre wie die Rückzahlung von Aktienkapital, d. h. wie die Rückzahlung von Nennwert-Kapital, behandelt (Kapitaleinlageprinzip). Zu diesem Zweck sind Aufgelder, Einlagen und Zuschüsse allerdings in der Handelsbilanz gesondert auszuweisen. Damit soll die Doppelbesteuerung der eingeschossenen Mittel vermieden werden. Die Buchung in die gesetzlichen Kapitalreserven hat den Vorteil, dass aus der Bilanz ersichtlich ist, dass diese Mittel nicht aus unternehmerischer Tätigkeit stammen.

Die gesetzliche Kapitalreserve darf nach Absatz 2 verwendet werden zur Deckung von Verlusten (Ziff. 1, s. Art. 674 Abs. 1 Ziff. 4), für Massnahmen zur Weiterführung des Unternehmens bei schlechtem Geschäftsgang (Ziff. 2), zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und zur Milderung ihrer Folgen (Ziff. 3) sowie zur Rückzahlung an die Aktionärinnen und Aktionäre, soweit die gesetzlichen Gewinn- und Kapitalreserven die Hälfte des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals übersteigen (Ziff. 4). Im Vergleich zum Entwurf 2007 ist nur Ziffer 4 neu. Sie hält fest, dass gesetzliche Kapitalreserven an die Aktionärinnen und Aktionäre zurückbezahlt werden dürfen, soweit die gesetzlichen Gewinn- und Kapitalreserven die Hälfte des Aktienkapitals übersteigen. Mit Ziffer 4 schafft der Vorentwurf – im Gegensatz zum Entwurf 2007 – die notwendige Kohärenz zum erwähnten Kapitaleinlageprinzip der

²⁸¹ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1589, 1659 ff.

²⁸² SR 642.11

Unternehmenssteuerreform II. Zudem wird dadurch dem deutlich gefällten Beschluss des Ständerats aus der Sommersession 2009 entsprochen.²⁸³

Eine Rückzahlung an die Aktionäre ist gemäss Absatz 3 nur zulässig, wenn eine zugelassene Revisionsexpertin oder ein zugelassener Revisionsexperte gestützt auf die Bilanz schriftlich bestätigen, dass die Rückzahlung gemäss Absatz 2 Ziffer 4 weder die Erfüllung der Forderungen der Gläubiger gefährdet werden noch eine begründete Besorgnis besteht, dass die Gesellschaft in den nächsten zwölf Monaten zahlungsunfähig wird. Die entsprechende Bestätigung stellt grundsätzlich ein spezifisches Dokument dar (ähnlich der Prüfungsbestätigung gemäss Art. 653m bei der Kapitalherabsetzung). Erfolgt die Rückzahlung der Kapitalreserve allerdings im Rahmen der ordentlichen GV, an welcher auch die Jahresrechnung genehmigt wird, ist es durchaus denkbar, dass die entsprechende explizite Bestätigung auch im Rahmen des Revisionsberichts abgegeben wird. Die zugelassene Revisionsexpertin oder der zugelassene Revisionsexperte muss an der GV anwesend sein, wenn diese nicht durch einstimmigen Beschluss auf ihre oder seine Anwesenheit verzichtet hat. Der Vorentwurf verbietet die Rückzahlung gesetzlicher Kapitalreserven an die Aktionärinnen und Aktionäre nicht. Er sieht aber – wie bei der Kapitalherabsetzung, bei der mittels Herabsetzung des Aktiennennwertkapitals Mittel an die Aktionärinnen und Aktionäre zurückfliessen (s. Art. 653m) – einen Prüfungsbericht vor. Da es sich wirtschaftlich betrachtet um denselben Vorgang handelt, ist diese Prüfpflicht aufgrund des Gläubigerschutzes sachlich gerechtfertigt.

Siehe in diesem Zusammenhang auch Artikel 677a (unzulässige Rückzahlungen).

Art. 671a, Art. 671b Aufgehoben

Der bisherige Artikel 671a OR (Reserve für eigene Aktien) wird aufgehoben, da für die eigenen Aktien bzw. für eigene Aktien, die von Konzerngesellschaften gehalten werden, die Darstellungsart gemäss neuem Rechnungslegungsrecht (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. e OR) gilt (s. Art. 659 ff.).

Der bisherige Artikel 671b OR zur Aufwertungsreserve wird aufgehoben und – wie bereits Artikel 670 – zu den Bestimmungen zur Sanierung im OR überführt. Materiell bleibt er unverändert (s. Art. 725c).

Art. 672 Gesetzliche Gewinnreserve

Die Gewinnreserve umfasst sämtliche Reserven, die aus einbehaltenen Gewinnen der Gesellschaft gebildet werden. Begrifflich wird sie unterteilt in gesetzliche Gewinnreserven (Art. 672) und freiwillige Gewinnreserven (s. Art. 673).

Fünf Prozent des Jahresgewinnes (s. Art. 959b Abs. 2 Ziff. 11 und Abs. 3 Ziff. 8) sind nach Absatz 1 der gesetzlichen Gewinnreserve zuzuweisen. Vor der Zuweisung an die Reserve ist ein allfälliger Verlustvortrag zu decken.

Die gesetzliche Gewinnreserve ist gemäss Absatz 2 zu öffnen, bis sie zusammen mit der gesetzlichen Kapitalreserve die Höhe von 50 Prozent des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals erreicht. Einerseits wird der Maximalbetrag der gesetzlichen Reserve von bisher 20 Prozent des liberierten Aktienkapitals auf neu 50 Prozent des gesamten ausgegebenen Aktienkapitals erhöht. Andererseits entfällt

aber die bisherige zweite Zuweisung an die gesetzliche Reserve (s. Art. 671 Abs. 2 Ziff. 3 OR). Die Reservenbildung wird also vereinfacht.

Das Partizipationskapital ist dem Aktienkapital für die Berechnung der gesetzlichen Gewinnreserven gleichgestellt (s. Art. 656b Abs. 3 Ziff. 1). Selbstverständlich ist es nach wie vor möglich, statutarisch oder durch Beschluss der GV die Höhe der Zuweisung aus dem Jahresgewinn oder die Schwelle von 50 Prozent anzuheben. Dadurch wird die Ausschüttungssperre für erarbeitete Mittel erweitert. Eine Absenkung ist hingegen nicht zulässig.

Bei Gesellschaften, deren Zweck hauptsächlich in der Beteiligung an anderen Unternehmen besteht (Holdinggesellschaften), ist die gesetzliche Gewinnreserve zu öffnen, bis sie zusammen mit der gesetzlichen Kapitalreserve die Höhe von 20 Prozent des eingetragenen Aktienkapitals erreicht. Für Holdinggesellschaften bestehen bereits im geltenden Recht Erleichterungen (Art. 671 Abs. 4 OR).

Gemäss Absatz 3 darf die gesetzliche Gewinnreserve unter denselben Voraussetzungen verwendet werden wie die gesetzliche Kapitalreserve (s. Art. 671 Abs. 2 und 3). Siehe in diesem Zusammenhang auch Artikel 677a (unzulässige Rückzahlungen).

Art. 673 Freiwillige Gewinnreserven

Die GV kann gemäss Absatz 1 in den Statuten oder durch Beschluss die Bildung zusätzlicher freiwilliger Gewinnreserven vorsehen.

Freiwillige Gewinnreserven dürfen nach Absatz 2 nur gebildet werden, wenn das dauernde Gedeihen des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen aller Aktionärinnen und Aktionäre dies rechtfertigt. Die Bildung zusätzlicher Reserven ist demnach mit Blick auf den Schutz von Personen mit Minderheitsbeteiligungen nicht nach freiem Ermessen zulässig. Nicht zulässig ist die Bildung von Reserven beispielsweise dann, wenn sie unternehmensfremden Zwecken, der «Aushungerung» von Personen mit Minderheitsbeteiligungen oder einem missbräuchlichen Tiefhalten des Aktienkurses durch tiefe Dividendenausschüttungen dient.

Die im geltenden Recht vorgesehene Möglichkeit zur Bildung von Reserven zu Wiederbeschaffungszwecken (s. Art. 674 Abs. 2 Ziff. 1 OR) wird nicht mehr erwähnt. Zu Wiederbeschaffungszwecken dürfen aber zusätzliche Abschreibungen und Wertberichtigungen vorgenommen werden (Art. 960a Abs. 4 OR). Zudem verfügen die Gesellschaften über ausreichenden Spielraum hinsichtlich der Bildung von Reserven zur Sicherung des dauernden Gedeihens des Unternehmens.

Unter Vorbehalt der Bestimmungen über die Behandlung von Verlusten (s. Art. 674) regelt gemäss Absatz 3 die GV die Verwendung freiwilliger Gewinnreserven. Die Verwendung statutarischer und beschlussmässiger Reserven richtet sich so lange nach ihrer Zweckbestimmung, als keine Verluste vorliegen.

Aufgehoben werden die bisherigen Artikel 673 und 674 Absatz 3 OR betreffend die Schaffung von Reserven zu Wohlfahrtszwecken für die Beschäftigten, da solche Zuwendungen gemäss Artikel 331 Absatz 1 OR auf andere Rechtsträger (z. B. auf Personalfürsorgestiftungen) zu übertragen sind. Zudem haben die Reserven zu Wohlfahrtszwecken stark an Bedeutung verloren.²⁸⁴

²⁸⁴ S. MARKUS R. NEUHAUS/PATRICK BALKANYI, Art. 674 N 6, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedin Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

Art. 674 Verrechnung mit Verlusten

Verluste müssen gemäss Absatz 1 in folgender Reihenfolge verrechnet werden: mit dem Gewinnvortrag (Ziff. 1), mit freiwilligen Gewinnreserven (Ziff. 2), mit der gesetzlichen Gewinnreserve (Ziff. 3) und mit der gesetzlichen Kapitalreserve (Ziff. 4).

Anstelle der Verrechnung mit der gesetzlichen Gewinnreserve oder mit der gesetzlichen Kapitalreserve können nach Absatz 2 verbleibende Verluste teilweise oder ganz auf die neue Jahresrechnung vorgetragen werden.

Siehe in diesem Zusammenhang auch Artikel 677a (unzulässige Rückzahlungen).

Art. 675 Abs. 3 Dividenden

Artikel 675 wird mit einem neuen Absatz 3 ergänzt. Dividenden dürfen erst festgesetzt werden, nachdem die Zuweisung an die gesetzliche und an die freiwillige Gewinnreserve erfolgt ist (s. Art. 672 und 673).

2.1.15 Zwischendividenden

Art. 675a und Art. 676/677 Randtitel Zwischendividenden

In der Praxis zeigt sich ein verstärktes Bedürfnis betreffend der Ausrichtung von Zwischen-/Interimsdividenden, insbesondere zur Liquiditätsumverteilung innerhalb eines Konzerns und bei Gesellschaften, deren Aktionärinnen und Aktionäre aufgrund ihrer Herkunft Quartalsdividenden gewöhnt sind. Es ist jedoch umstritten, ob nach geltendem Recht die Ausrichtung von Zwischendividenden überhaupt zulässig ist.²⁸⁵ Der Vorentwurf will diesbezüglich klare rechtliche Grundlagen schaffen.

Gemäss Artikel 675a Absatz 1 Ziffer 1 müssen die Statuten die Möglichkeit zur Ausrichtung von Zwischendividenden ausdrücklich vorsehen. Die Ausrichtung muss zudem gemäss Ziffer 2 durch die Aktionärinnen und Aktionäre stets auf der Grundlage einer Zwischenbilanz, die nicht älter als sechs Monate sein darf, beschlossen werden (s. auch Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5).

Die Erstellung einer Zwischenbilanz setzt eine zumindest summarische Erfolgsrechnung voraus. Dies ergibt sich bereits aus dem Prinzip der doppelten Buchhaltung.²⁸⁶ Zusätzliche Informationen, die für die Beurteilung der Zwischenbilanz und der summarischen Erfolgsrechnung durch die Revisionsstelle bzw. durch die Aktionärinnen und Aktionäre wesentlich sind (Art. 959a Abs. 3, Art. 959b Abs. 5 OR), sind in einem verkürzten Anhang aufzuführen.

Die Revisionsstelle muss die Zwischenbilanz prüfen, bevor die GV die Ausschüttung der Zwischendividende an die Aktionärinnen und Aktionäre beschliessen darf. Die Revision orientiert sich an der Art der Revision, welcher die Gesellschaft für die

²⁸⁵ S. RICO A. CAMPONOVO/HANS MOSER, Interimsdividende soll in der Schweiz möglich werden, ST 2010/1-2, S. 48.

²⁸⁶ S. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 13 N 770; Empfehlung der Treuhand-Kammer zur Prüfung 800-1, Version 2.0, Prüfungen nach dem Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG), N 63.

Jahresrechnung unterliegt.²⁸⁷ Aufgrund der Eigenheiten der Zwischenbilanz sind jedoch gewisse Erleichterungen hinsichtlich der Prüfung der Zwischenbilanz denkbar (s. Art. 960f). Im Gegensatz zum Beschluss des Ständerats im Zusammenhang mit dem Entwurf 2007 ist es jedoch nicht mehr möglich, Zwischendividenden ohne Prüfung der Zwischenbilanz an die Aktionärinnen und Aktionäre auszuschütten, da für Gesellschaften, deren Statuten Bestimmungen zu den Zwischendividenden aufweisen, ein Opting-out nicht möglich ist (s. Art. 727a Abs. 2).

Gemäss Absatz 3 sind für die Ausrichtung von Zwischendividenden die Bestimmungen zur Dividende zu beachten. Im Vergleich zum Entwurf 2007 wird explizit auch Artikel 731 OR erwähnt. Dadurch wird klargestellt, dass der fehlende Revisionsbericht zur Nichtigkeit des Beschlusses der GV über die Ausschüttung der Zwischendividende führt. Solchermassen bezogenen Zwischendividenden unterliegen der Pflicht zur Rückerstattung gemäss Artikel 678 Absatz 1.

Die Regelung zu den Zwischendividenden schliesst nicht aus, dass die Aktionärinnen und Aktionäre anlässlich der ordentlichen GV – gestützt auf die genehmigte Jahresbilanz – mehrere Dividendenausschüttungen beschliessen. Dabei handelt es sich aber nicht um Zwischendividenden, sondern um gestaffelte Ausschüttungen aus dem Bilanzgewinn des bereits abgeschlossenen Geschäftsjahrs.

Artikel 676 (Bauzinse) und Artikel 677 (Tantiemen) bleiben inhaltlich unverändert. Aufgrund der Neuregelung der Zwischendividenden muss jedoch die Nummerierung der Marginalien angepasst werden.

2.1.16 Verbot von Rückzahlungen

Art. 677a Unzulässige Rückzahlungen

Artikel 677a hält neu fest, dass die Rückzahlung von gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven (s. Art. 671 f.) und die ordentliche Kapitalherabsetzung (s. Art. 653j ff.) nur zulässig sind, wenn ein allfälliger Bilanzverlust (Jahresverlust plus allfällige Verlustvorräte) beseitigt ist. Artikel 674 gibt vor, in welcher Reihenfolge Verluste zu verrechnen sind.

Artikel 677a verbietet es der Gesellschaft nicht, Verluste ins nächste Geschäftsjahr zu übertragen. Er sieht also diesbezüglich kein Systemwechsel vor, indem er eine neue allgemeine Pflicht zur Verlustbeseitigung im Gesetz verankert. Jedoch unterbindet er, dass wichtige Posten des Eigenkapitals reduziert werden, solange die Gesellschaft einen Bilanzverlust und entsprechend wirtschaftliche Probleme aufweist. Falschen wirtschaftlichen Anreizen soll vorgebeugt werden. Dies dient dem Gläubigerschutz sowie letztendlich dem dauernden Gedeihen der Gesellschaft.

Weiterhin zulässig sind jedoch die gleichzeitige Herabsetzung und Erhöhung mindestens auf denselben Betrag des Aktienkapitals (Harmonika, s. Art. 653p f.) und die Kapitalherabsetzung im Falle einer Unterbilanz (s. Art. 653r), weil hier kein Mittelabfluss stattfindet. Unzulässig bleiben aber in Anwendung von Artikel 677a Kapitalherabsetzungen im Rahmen des Kapitalbandes, wenn sie einer ordentlichen Kapitalherabsetzung entsprechen.

²⁸⁷ AB 2009 S 649 f.

Dividenden dürfen bereits nach geltendem Recht nur aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden (Art. 675 Abs. 2 OR). Die Reserven müssen dabei einen allfälligen Bilanzverlust übersteigen.²⁸⁸

2.1.17 Rückerstattung von Leistungen

Art. 678 Rückerstattung von Leistungen; Im Allgemeinen

Eine griffigere Regelung der Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen, die für börsenkotierte und nicht börsenkotierte Gesellschaften gilt, ist für eine gute Corporate Governance sehr wichtig. Dadurch kann ein ungerechtfertigter Abfluss von Gesellschaftsvermögen rückgängig gemacht werden. Artikel 678 schützt folglich die Eigentumsrechte der Aktionärinnen und Aktionäre und liegt im Interesse der Gläubigerinnen und Gläubiger der Gesellschaft.

In Absatz 1 werden neu die mit der Geschäftsführung befassten Personen und die Mitglieder des Beirats²⁸⁹ als rückerstattungspflichtige Personen ausdrücklich erwähnt. Durch diese Formulierung wird deutlich hervorgehoben, dass auch materielle und faktische Organe von der Pflicht zur Rückerstattung erfasst werden. Personen, die Aktionärinnen und Aktionären, Mitgliedern des Verwaltungsrats, mit der Geschäftsführung befassten Personen und Mitgliedern des Beirats nahestehen, sind ebenfalls vom Geltungsbereich erfasst. Dadurch soll die Umgehung der Pflicht zur Rückerstattung verhindert werden. Es wird in Absatz 1 zudem explizit festgehalten, dass die Pflicht zur Rückerstattung auch die ungerechtfertigte Rückzahlung gesetzlicher Kapital- und Gewinnreserven (s. Art. 671 Abs. 3, 677a) und die ungerechtfertigte Leistung unzulässiger oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässiger Vergütungen (v. a. Art. 735c f.) erfasst.

Neu wird in Absatz 2 ausdrücklich festgehalten, dass ein Rückerstattungsanspruch entsteht, wenn die Gesellschaft von Aktionärinnen und Aktionären (hiezuh zählen auch die Partizipantinnen und Partizipanten), von Mitgliedern des Verwaltungsrats oder des Beirats, von mit der Geschäftsführung befassten Personen sowie von ihnen nahestehenden Personen Vermögenswerte übernimmt oder sonstige Rechtsgeschäfte abschliesst und die dafür erbrachte Gegenleistung in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Höhe des Vermögenswertes oder der sonstigen Leistung steht. Es soll im Zusammenhang mit der Abschaffung der (beabsichtigten) Sachübernahme (s. Ziff. 1.3.1.3) klar hervorgehoben werden, dass die Übernahme von Vermögenswerten von den erwähnten Personen zu offensichtlich nicht marktüblichen Konditionen zulasten der Gesellschaft unzulässig ist. Der Rückerstattungsanspruch erstreckt sich nicht auf die gesamte Gegenleistung, sondern nur auf denjenigen Teil, welcher in einem offensichtlichen Missverhältnis zur erbrachten Leistung steht. Im Übrigen bleibt das abgeschlossene Rechtsgeschäft bestehen. Absatz 2 macht deutlich, dass nicht nur der überbezahlte Erwerb von Vermögenswerten, sondern auch sämtliche weiteren Rechtsgeschäfte zuungunsten der Gesellschaft – z. B. der Abschluss eines Miet- oder Leasingvertrag zwischen einer Aktionärin und der Gesellschaft oder eines Arbeitsvertrag zwischen einem Mitglied der Geschäftsleitung und der Gesell-

²⁸⁸ S. PETER KURER/CHRISTIAN KURER, Art. 675 N 23, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

²⁸⁹ Zum Begriff des Beirats, s. Kommentar zu Art. 734a–c.

schaft – einen Anspruch auf Rückerstattung begründet, wenn Leistung und Gegenleistung in einem offensichtlichen Missverhältnis zu einander stehen.

Auf das zusätzliche Kriterium im geltenden Absatz 2, dass die Leistung zudem in einem offensichtlichen Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage des Unternehmens stehen muss, wird verzichtet. Auch eine gute wirtschaftliche Situation der Gesellschaft rechtfertigt ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zulasten der Gesellschaft nicht. Es genügt daher, dass gemäss Absatz 2 ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht.

Das geltende Recht setzt für die Rückerstattung die Bösgläubigkeit des Empfängers voraus (Art. 678 Abs. 1 OR). Ob eine sachlich ungerechtfertigte Leistung zurückzuerstatten ist, darf nicht vom Nachweis der Bösgläubigkeit abhängig gemacht werden, wenn die Rückerstattungsklage nicht von vornherein ins Leere laufen soll. Der böse Glaube als innerer, subjektiver Sachverhalt ist vorliegend zudem meist kaum nachzuweisen. Mit Blick auf den Schutz des Gesellschaftsvermögens bzw. der Aktionärinnen und Aktionäre gibt es keinen Grund, von den allgemeinen Regeln zur ungerechtfertigten Bereicherung abzuweichen. Diese sehen vor, dass die ungerechtfertigt bereicherte Person grundsätzlich auch dann zur Rückerstattung verpflichtet ist, wenn sie die Leistung im guten Glauben empfangen hat (Art. 62 Abs. 1 OR). Der Vorentwurf sieht jedoch – ebenfalls in Anwendung der allgemeinen Regeln zur ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 64 OR) – in Absatz 3 neu vor, dass die gutgläubige Empfängerin oder der gutgläubige Empfänger die Leistung nur dann zurückerstatten muss, wenn sie oder er zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Rückerstattungsanspruchs der Gesellschaft noch bereichert ist. Aufgrund von Artikel 3 Absatz 1 ZGB²⁹⁰ wird der gute Glaube zwar vermutet; die beklagte Empfängerin oder der beklagte Empfänger wird sich aber in den Konstellationen gemäss Absatz 1 und 2 (ungerechtfertigter Bezug, offensichtliches Missverhältnis) aufgrund von Artikel 3 Absatz 2 ZGB meistens nicht auf den guten Glauben berufen können. Die Klage wird zudem dadurch erleichtert, dass die beklagte Empfängerin oder der beklagte Empfänger die Tatsache beweisen muss, dass sie oder er nicht mehr bereichert ist.

Absatz 4 entspricht dem bisherigen Absatz 3.

Der Vorentwurf hält in Absatz 5 neu ausdrücklich fest, dass die GV beschliessen kann, dass die Gesellschaft die Klage auf Rückerstattung erheben muss. Dies ermöglicht den Aktionärinnen und Aktionären, eine Klage auf Leistung an die Gesellschaft in die Wege zu leiten, ohne dass sie selber das Prozesskostenrisiko tragen müssen. Um allfällige Interessenkonflikte zu vermeiden kann die GV mit der Prozessführung anstelle des Verwaltungsrats eine Vertreterin oder einen Vertreter betrauen. Zur Feststellung des Sachverhalts können die Aktionärinnen und Aktionäre unter anderem ihr Auskunftsrecht geltend machen und eine Sonderuntersuchung beantragen.

Für die Möglichkeit, die Rückerstattungsklage auf Kosten der Gesellschaft zu erheben, wird auf die Erläuterungen zu den Artikeln 697j und 697k verwiesen.

Art. 678a Verjährung

Die Verjährung des Rückerstattungsanspruchs wird neu in einem eigenen Artikel 678a geregelt.

²⁹⁰ Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210).

Entsprechend der Bestrebungen im Rahmen der Revision des Verjährungsrechts²⁹¹ wird das Konzept der doppelten Verjährungsfrist mit einer kurzen relativen und einer längeren absoluten Verjährungsfrist übernommen. Der Anspruch verjährt dementsprechend gemäss Absatz 1 mit Ablauf von drei Jahren, nachdem die Gesellschaft oder die Aktionärin oder der Aktionär davon Kenntnis erhalten hat; in jedem Fall aber zehn Jahre nach Entstehung des Anspruchs. Die Frist steht aber während dem gerichtlichen Verfahren auf Anordnung und der Durchführung einer Sonderuntersuchung (s. Art. 697d ff.) oder einem Verfahren auf Zulassung zur Klage auf Kosten der Gesellschaft still (s. Art. 697j).

Absatz 2 regelt den Spezialfall, wo die Empfängerin oder der Empfänger durch sein Verhalten eine strafbare Handlung begangen hat. Der Rückerstattungsanspruch verjährt hier frühestens mit Eintritt der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung. Tritt diese infolge eines erstinstanzlichen Urteils nicht mehr ein, so verjährt der Anspruch frühestens mit Ablauf von drei Jahren seit Eröffnung des Urteils.

Art. 679 Randtitel

Aufgrund der neuen Gesetzssystematik erhält der Randtitel eine neue Nummerierung.

2.1.18 Vinkulierung börsenkotierter Namenaktien

Art. 685 Aufgehoben

Aufgrund der neu geltenden zwingenden Vollliberierung (s. Art. 632), kann Artikel 685 OR aufgehoben werden, der vorschreibt, dass nicht voll liberierte Namenaktien nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden dürfen.

Art. 685a Randtitel

Aufgrund der neuen Gesetzssystematik wird der Randtitel angepasst.

Art. 685d Abs. 2 Voraussetzung der Ablehnung

Artikel 685d will die missbräuchliche Verwendung der Effektenleihe und ähnlicher Rechtsgeschäfte zur Einflussnahme auf die Abstimmungen und Wahlen in der GV reduzieren. Absatz 2 Satz 1 sieht deshalb vor, dass die Gesellschaft die Zulassung einer Erwerberin oder eines Erwerbers von vinkulierten kotierten Namenaktien zur Ausübung des Stimmrechts verweigern kann (Art. 685f Abs. 2 OR), wenn sie oder er nicht erklären, dass die Aktien nicht im Rahmen eines «Leihgeschäfts» erworben wurden. Es wird somit dieselbe Regelung vorgesehen wie für Personen, die Aktien treuhänderisch erwerben. Die Bestimmung wird ferner an die Formulierung von Artikel 685d Absatz 1 OR angepasst, weil die Eintragung in das Aktienbuch für die materielle Rechtslage nicht konstitutiv ist.

Auf die Einführung eines generellen Verbots der Ausübung der Stimmrechte aus Aktien, die durch eine Effektenleihe oder ein ähnliches Rechtsgeschäft erworben

²⁹¹ Botschaft vom 29. November 2013 zur Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht), BBl **2014** 235, 243 (Geschäft 13.100).

wurden, wird verzichtet. Es wird den Gesellschaften überlassen, zu entscheiden, inwieweit sie die Ausübung von Stimmen aus Aktien, die im Rahmen eines «Leihgeschäfts» erworben wurden, unterbinden wollen. Eine Ausnahme findet sich in Bezug auf eigene Aktien der Gesellschaft, die im Rahmen einer Effektenleihe veräussert werden. Das Stimmrecht aus diesen Aktien ruht zwingend (s. Art. 659a Abs. 2).

Der Vorentwurf sieht – neben der bereits heute vorhandenen Möglichkeit zur Streichung der Eintragung im Aktienbuch (Art. 686a OR) – keine explizite aktienrechtliche Sanktion für die Abgabe einer wahrheitswidrigen Erklärung der Erwerberin oder des Erwerbers vor. Erfolgt die Eintragung ins Aktienbuch unter Vorspiegelung falscher Tatsachen und nehmen die betreffenden Personen an der GV teil, sind die in der GV gefassten Beschlüsse grundsätzlich gültig gefasst.

Artikel 685d Absatz 2 Satz 2 hält neu fest, dass die Gesellschaft das Gesuch um Eintragung als Aktionärin oder Aktionär im Aktienbuch nicht aus der blossen Tatsache ablehnen darf, dass die in- oder ausländische Bank des Erwerbers oder der Erwerberin das Gesuch für diesen oder diese einreicht. Der Erwerber oder die Erwerberin kann also auf Dienstleistungen der Bank zurückgreifen, ohne dass sie dadurch Gefahr läuft, als Aktionärin oder Aktionär abgelehnt zu werden.

Art. 686b Elektronisches Gesuch um Anerkennung

Der Verwaltungsrat einer Gesellschaft, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, stellt gemäss Artikel 686b sicher, dass die Erwerberin oder der Erwerber das Gesuch um Anerkennung als Aktionärin oder Aktionär auch elektronisch einreichen kann. Auch eine Erwerberin oder ein Erwerber mit Wohnsitz im Ausland bzw. eine ausländische Depotbank könnte ohne grösseren Aufwand weltweit via Internet das Gesuch um Anerkennung einreichen. Artikel 686b senkt folglich die verfahrensmässigen Hürden für die Anmeldung im Aktienbuch deutlich. Dadurch wird – zusammen mit dem neuen Artikel 661 Absatz 2 und 3 – ein weiterer Anreiz geschaffen, sich als Aktionärin oder Aktionär im Aktienbuch eintragen zu lassen und gegebenenfalls aktiv in der GV mitzuwirken.

Art. 687 Aufgehoben

Aufgrund der neu geltenden zwingenden Vollliberierung (s. Art. 632), kann Artikel 687 OR aufgehoben werden.

Art. 688 Randtitel

Aufgrund der neuen Gesetzessystematik erhält der Randtitel eine neue Nummerierung.

2.1.19 Vertretung in der Generalversammlung

Art. 689 Abs. 2 Aufgehoben

Was in Artikel 689b Absatz 1 in allgemeiner Weise gesagt wird, wird in Artikel 689 Absatz 2 spezifisch für die Teilnahme an der GV wiederholt. Artikel 689 Absatz 2 ist überflüssig und kann aufgehoben werden.

Absatz 2 Satz 2 zum Nachweis der Berechtigung gegenüber der Gesellschaft bei Inhaberaktien wird aufgehoben. Inhaltlich ist er neu in Absatz 4 enthalten. Ansonsten bleibt Absatz 2 unverändert.

Absatz 3 entspricht Artikel 689b Absatz 2 OR. Auf das Erfordernis des «besonderen Schriftstücks» im Zusammenhang mit der schriftlichen Bevollmächtigung wird verzichtet. Ansonsten erfolgt keine inhaltliche Änderung.

Der neue Absatz 4 hält fest, dass der Verwaltungsrat – soweit die Statuten nichts anderes vorsehen – neben der schriftlichen Bevollmächtigung (Abs. 1 und 3) und dem Vorlegen der Inhaberaktien (Abs. 2) weitere Formen des Nachweises der Berechtigung gegenüber der Gesellschaft vorsehen darf. Denkbar ist eine elektronische Bevollmächtigung (mit oder ohne qualifizierter elektronischer Signatur gemäss Art. 14 Abs. 2^{bis} OR) oder die Hinterlegung der Inhaberaktien während einem bestimmten Zeitraum. Aufgrund seiner Sorgfaltspflicht hat der Verwaltungsrat die Vorkehrungen zu treffen, dass keine unberechtigten Personen an der GV teilnehmen. Er muss also dafür sorgen, dass nicht aufgrund seines Verhaltens die Beschlüsse der GV anfechtbar oder sogar nichtig sind.

Art. 689b *Vertretung des Aktionärs im Allgemeinen*

Der Aktionär kann gemäss Absatz 1 seine Mitwirkungsrechte, insbesondere sein Stimmrecht, durch einen Vertreter ausüben lassen.

Absatz 2 hält fest, dass die Organstimmrechtsvertretung (Art. 689c OR) und Depotstimmrechtsvertretung (Art. 689d OR) nicht mehr zulässig sind. Dies entspricht dem Entwurf 2007.²⁹² Für Gesellschaften mit börsennotierten Aktien ergibt sich das Verbot zudem mittlerweile auch aus Artikel 11 VegÜV²⁹³, der Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV²⁹⁴ umsetzt. Es steht den Aktionärinnen und Aktionären jedoch weiterhin offen, sich unter einander zu organisieren und z. B. einen gemeinsamen gewillkürten Stellvertreter zu bestimmen. Diesbezüglich wird auch das elektronische Forum hilfreich sein (s. Art. 701g). Der bisherige Absatz 2 ist neu in Artikel 689a Absatz 3 enthalten.

Die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder der unabhängige Stimmrechtsvertreter ist gemäss Absatz 3 verpflichtet, die ihr oder ihm übertragenen Mitgliedschaftsrechte weisungsgemäss auszuüben (Art. 398 Abs. 1 und 2 OR). Haben sie keine Weisungen erhalten, so müssen sie sich an der GV der Stimme enthalten.

Die nachfolgenden Artikel 689c und 689d regeln weitere Aspekte zur Stimmrechtsvertretung, wobei zwischen Gesellschaften mit börsennotierten und nicht börsennotierten Aktien unterschieden wird.

²⁹² Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1589, 1613 f.

²⁹³ SR 221.331

²⁹⁴ SR 101

Artikel 689c entspricht den Artikeln 8 und 9 VegüV²⁹⁵, die Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV²⁹⁶ umsetzen.

Bei Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien ist gemäss Absatz 1 die Wahl der unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder des unabhängigen Stimmrechtsvertreters eine unübertragbare Kompetenz der GV (s. Art. 698 Abs. 3 Ziff. 3). Die Wahl erfolgt grundsätzlich an der ordentlichen GV für die Dauer bis und mit zur nächsten ordentlichen GV. Die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder der unabhängige Stimmrechtsvertreter wird also auch für alle ausserordentlichen GV, die zwischen der Wahl und der nächsten ordentlichen GV stattfinden, gewählt. Eine Wiederwahl ist möglich.

Wählbar sind gemäss Absatz 2 natürliche oder juristische Personen oder Personengesellschaften, die von der börsenkotierten Gesellschaft unabhängig sind. Die Unabhängigkeit beurteilt sich gemäss Absatz 3 entsprechend den Unabhängigkeitsvorschriften der Revisionsstelle bei der ordentlichen Revision nach Artikel 728 Absätze 2–6 OR.

Eine jederzeitige Abwahlmöglichkeit der unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder des unabhängigen Stimmrechtsvertreters würde zu grossen praktischen Problemen führen, da die von den Aktionärinnen und Aktionären bereits erteilten Vollmachten und Weisungen gegenstandslos würden und diese somit nicht mehr vertreten wären. Absatz 4 sieht daher vor, dass die GV die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder den unabhängigen Stimmrechtsvertreter nur auf das Ende einer GV hin abberufen kann.

Wird die Abberufung der unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder des unabhängigen Stimmrechtsvertreters traktandiert, so muss diese oder dieser die erteilten Vollmachten aufgrund der aus dem Vertretungsverhältnis resultierenden Sorgfaltspflicht weisungsgemäss ausüben, auch wenn die Abberufung unterstützt wird. Eine Ausstandspflicht wäre nicht praktikabel und käme einer antizipierten Abberufung gleich.

Wenn die Gesellschaft keine unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder keinen unabhängigen Stimmrechtsvertreter mehr hat, so muss gemäss Absatz 5 diese oder dieser für die nächste GV ausnahmsweise vom Verwaltungsrat bestimmt werden. Dieser Fall kann z. B. dann eintreten, wenn die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder der unabhängige Stimmrechtsvertreter kurzfristig zurücktritt, die Unabhängigkeit verliert oder keine Wahl durch die GV zustande kommt. Die Statuten können eine abweichende Lösung vorsehen, z. B. die vorgängige Wahl einer Stellvertreterin oder eines Stellvertreters durch die GV.

Der Verwaltungsrat muss gemäss Absatz 6 sicherstellen, dass die Aktionärinnen und Aktionäre die Möglichkeit haben, zu allen Anträgen zu den Verhandlungsgegenständen (Traktanden) einzelne Weisungen zu erteilen (Ziff. 1). Zu nicht angekündigten Anträgen sowie zu neuen Verhandlungsgegenständen nach Artikel 703 Absatz 1 müssen die Aktionärinnen und Aktionäre allgemeine Weisungen erteilen können. Sie müssen dabei die Möglichkeit haben, solche allgemeinen Anweisungen sowohl für Vorstösse des Verwaltungsrats als auch für Vorstösse anderer Aktionärinnen und Aktionäre zu erteilen. Das Formular der Gesellschaft ist diesbezüglich entsprechend

²⁹⁵ SR 221.331

²⁹⁶ SR 101

aufzuteilen. Die Aktionärinnen und Aktionäre müssen die Möglichkeit haben, neue Anträge und Verhandlungsgegenstände abzulehnen und anzunehmen sowie sich der Stimme zu enthalten. Nur die Möglichkeit «Zustimmung zum Antrag des Verwaltungsrats»/«Keine Stimmabgabe» bei nicht angekündigten Anträgen wäre unzulässig. Es gilt auch bei nicht angekündigten Anträgen und Verhandlungsgegenständen der Grundsatz der Möglichkeit zur unverfälschten Meinungsäusserung.

Gemäss Absatz 7 erster Satz ist die Erteilung von Dauervollmachten und -weisungen an die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder den unabhängigen Stimmrechtsvertreter nicht zulässig. Diese Anordnung resultiert u. a. aus der einjährigen Amtsdauer der unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder des unabhängigen Stimmrechtsvertreters und gewährleistet, dass eine Stimmrechtsvertretung nicht automatisch und ohne den klaren Willen der Aktionärinnen und Aktionäre erfolgen kann.

Nach Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV²⁹⁷ müssen die Aktionärinnen und Aktionäre elektronisch fernabstimmen können. Absatz 7 zweiter Satz setzt diese Verfahrensvorgabe zum *indirect voting* um (s. zum nicht zwingend vorgeschriebenen *direct voting* Art. 701c). Die Aktionärinnen und Aktionäre erhalten die Möglichkeit, der Stimmrechtsvertreterin oder dem Stimmrechtsvertreter auf elektronischem Weg Vollmachten und Weisungen zu erteilen. Für die elektronischen Identifikations- und Kommunikationssysteme zur Umsetzung des *indirect votings* ist der Verwaltungsrat zuständig. Technisch durchschnittlich begabte und ausgerüstete Aktionärinnen bzw. technisch durchschnittlich begabte und ausgerüstete Aktionäre müssen die elektronischen Mittel einsetzen können (s. Art. 701e).

Art. 689d Vertretung in Gesellschaften ohne börsennotierte Aktien

Aktiengesellschaften ohne börsennotierte Aktien haben gestützt auf Absatz 1 weiterhin die Möglichkeit, in ihren Statuten vorzusehen, dass sich eine Aktionärin oder ein Aktionär nur durch eine Mitaktionärin oder einen Mitaktionär vertreten lassen kann. Diese Regelung dient u. a. der Durchsetzung der statutarischen Vinkulierung (Art. 685b OR). Sie erlaubt, die Einflussnahme von Personen auszuschliessen, an welche die Aktien gemäss den Statuten nicht übertragen werden können.

Macht die Gesellschaft von dieser Möglichkeit Gebrauch, so ist der Verwaltungsrat nach Absatz 2 Satz 1 verpflichtet, auf Verlangen einer Aktionärin oder eines Aktionärs eine unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu ernennen. Dadurch wird gewährleistet, dass die Aktionärinnen und Aktionäre sich durch eine neutrale Person vertreten lassen können. Dies ist insbesondere in Gesellschaften mit einem kleinen Aktionariat von Bedeutung. Aktionärinnen oder Aktionäre wären ansonsten gezwungen, sich durch Personen vertreten zu lassen, die ihre Ansichten nicht teilen. Gemäss Absatz 2 Satz 2 regeln die Statuten, bis zu welchem Zeitpunkt die Aktionärinnen und Aktionäre die Ernennung einer unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters beantragen können (z. B. innerhalb von zwei Monaten seit Ende des Geschäftsjahres oder innert zwei Wochen seit Mitteilung des Verwaltungsrats). Wird im konkreten Anwendungsfall die Beantragung des Einsetzens einer unabhängigen Stimmrechtsvertretung eingeschränkt oder sogar verunmöglicht, so sind die Beschlüsse der betreffenden GV zumindest anfechtbar.

Gemäss Absatz 3 muss der Verwaltungsrat allen Aktionärinnen und Aktionären den Namen und die Adresse der unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder des unabhängigen Stimmrechtsvertreters spätestens zehn Tage vor der GV mitteilen. Kommt der Verwaltungsrat dieser Pflicht nicht nach, so können sich die Aktionärinnen und Aktionäre durch beliebige Dritte vertreten lassen.

Gemäss Absatz 4 finden die Absätze 2, 3 sowie 6 Ziffer 1 und 2 von Artikel 689c zur Stimmrechtsvertretung bei börsenkotierten Gesellschaften Anwendung. Die Pflicht zu einem elektronischen *indirect voting* (s. Art. 689c Abs. 6 Ziff. 4) besteht folglich nicht. Im Unterschied zu Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien (s. Art. 689c Abs. 7) können Aktionärinnen und Aktionäre der unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter auch Dauervollmachten und -weisungen erteilen. Dies soll den administrativen Aufwand in KMU gering halten.

Art. 689e Abs. 1 erster Satz, Abs. 2 erster Satz Bekanntgabe

Die Regelung der Bekanntgabe der institutionellen Stimmrechtsvertretung in der GV muss der Neuregelung in Artikel 689c und 689d angepasst werden.

Art. 691 Abs. 2bis Unbefugte Teilnahme

Es wird in Absatz 2^{bis} festgehalten, dass Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung anlässlich einer GV nicht als unberechtigte Personen gelten, auch wenn sie nicht zum Aktionariat gehören. Sind sie in der GV anwesend, dürfen sie sich zu allen Verhandlungsgegenständen/Traktanden äussern (s. insgesamt Art. 702a).

2.1.20 Stimmrecht, Stimmrechtsaktien

Art. 692 Abs. 3 Aufgehoben

Die Aktionärinnen und Aktionäre üben ihr Stimmrecht in der GV grundsätzlich nach dem Verhältnis des gesamten Nennwerts der von ihnen vertretenen Aktien aus, wobei jede Aktie zumindest über eine Stimme verfügen muss (Art. 692 Abs. 1 und 2 OR). Eine Ausnahme besteht nach geltendem Recht bei der Herabsetzung des Nennwerts von Aktien bei einer Sanierung. Gemäss Artikel 692 Absatz 3 OR kann die GV in diesem Fall vorsehen, dass das Stimmrecht gemäss dem ursprünglichen Nennwert beibehalten wird. Es handelt sich dabei faktisch um eine Sonderform unechter Stimmrechtsaktien (s. Art. 693 OR).

Diese Privilegierung bisheriger Aktionärinnen und Aktionäre ist jedoch nicht unproblematisch. Zum einen sind sie bei kleineren Gesellschaften häufig an der Geschäftsführung beteiligt und somit mitverantwortlich für die wirtschaftlichen Probleme des Unternehmens. Zum anderen handelt es sich bei den neuen Kapitalgebern oft um bisherige Gläubigerinnen und Gläubiger, die sich bei der Umwandlung ihrer Forderungen in Aktienkapital anlässlich einer Sanierung in einer gewissen Zwangslage befinden.

Der Vorentwurf verzichtet deshalb auf das sachlich fragliche und in der Aktiengesellschaft systemwidrige Ausnahmeprivileg von Artikel 692 Absatz 3 OR. Es be-

steht aber nach wie vor die Möglichkeit, bei der Herabsetzung des Nennwerts der Aktien im Fall einer Sanierung die bisherigen Aktien in Stimmrechtsaktien im Sinne von Artikel 693 OR umzuwandeln. Der Nennwert der übrigen Aktien darf allerdings das Zehnfache des Nennwerts der Stimmrechtsaktien nicht übersteigen (Art. 693 Abs. 2 OR). Diese Lösung schafft einen besseren und transparenteren Interessenausgleich als die heutige Sonderbestimmung. Die Streichung von Artikel 692 Absatz 3 OR erscheint zudem auch im Hinblick auf das Erlöschen der Aktionärsrechte bei einer Kapitalherabsetzung auf null gemäss Artikel 653q als folgerichtig.

Art. 693 Abs. 2 und 3 Ziff. 3–5 Stimmrechtsaktien

Gemäss Art. 632 müssen alle Aktien voll liberiert werden. Aus diesem Grund erübrigt sich der Hinweis in Absatz 2 Satz 1, dass Namenaktien voll liberiert sein müssen.

Die Änderungen in Artikel 693 Absatz 3 Ziffern 3 und 4 sind terminologischer Natur. Eine materielle Neuerung findet sich in Ziffer 5: Auch bei der Beschlussfassung über die Erhebung einer Klage auf Rückerstattung von Leistungen (s. Art. 678) soll sich das Stimmrecht zwingend nach dem Nennwert der Aktien richten. Die erhöhte Stimmkraft der Stimmrechtsaktionärinnen und Stimmrechtsaktionäre muss sachrichtigerweise – gleich wie bei der Verantwortlichkeitsklage (Art. 756 OR) und beim Recht auf Einleitung einer Sonderuntersuchung (Art. 697c) – entfallen.

2.1.21 Bekanntgabe des Geschäftsberichts

Art. 696 Abs. 3 Bekanntgabe des Geschäftsberichts

Die Bestimmung stellt klar, dass die Aktionärinnen und Aktionäre die *kostenlose* Zustellung des Geschäfts- und des Revisionsberichts verlangen können.

2.1.22 Auskunfts- und Einsichtsrecht

Art. 697 Randtitel, Abs. 2–4 Auskunft

Im Gegensatz zum Entwurf 2007 verzichtet der Vorentwurf auf ein jederzeitiges Auskunftsrecht der Aktionärinnen und Aktionäre nicht börsenkotierter Gesellschaften. Dieses wäre je nach Aktionariat mit einem grossen administrativen Aufwand insbesondere für den Verwaltungsrat verbunden gewesen.²⁹⁸ Gemäss Absatz 2 dürfen die Aktionärinnen und Aktionäre weiterhin jederzeit schriftliche Fragen an den Verwaltungsrat richten, wenn dies für die Ausübung ihrer Aktionärsrechte notwendig ist. Der Verwaltungsrat beantwortet die Anfragen der Aktionäre mindestens zweimal pro Jahr. Das eine Mal kann dies an der ordentlichen GV geschehen. Dadurch kann der Verwaltungsrat die Antworten auf inhaltlich ähnliche Fragen strukturieren. Alle erteilten Antworten sind an der nächsten Generalversammlung

²⁹⁸ S. LUKAS GLANZMANN, Die grosse Aktienrechtsrevision, in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/Jörg, Florian S., Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Bern 2009, S. 238 f. m. w. H.

zur Einsicht aufzulegen oder umgehend den Aktionärinnen und Aktionären mitzuteilen.

Gemäss Absatz 3 darf der Verwaltungsrat die Auskunft verweigern, wenn sie für die Ausübung der Aktionärsrechte nicht erforderlich ist, Geschäftsgeheimnisse oder andere vorrangige Interessen der Gesellschaft gefährden würde. Die Verweigerung ist schriftlich zu begründen.

Auch das jederzeitige Auskunftsrecht hinsichtlich der Vergütungen, Darlehen und Kredite an die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung wird im Vergleich zum Entwurf 2007 modifiziert. Der Verwaltungsrat informiert gemäss Absatz 4 von sich aus anlässlich der GV, an der die Jahresrechnung genehmigt wird, die Aktionärinnen und Aktionäre über die Vergütungen, Darlehen und Kredite gemäss den Artikeln 734a–c. Im Hinblick auf den Schutz des Eigentums der Aktionärinnen und Aktionäre ist eine verbesserte Transparenz über die bezogenen Vergütungen gerade auch bei nicht börsenkotierten Gesellschaften von grosser Bedeutung. Minderheitsaktionärinnen und -aktionäre können somit besser beurteilen, ob der Verzicht des Verwaltungsrats bzw. der Mehrheitsaktionärin oder des Mehrheitsaktionärs auf Ausschüttung einer Dividende wirtschaftlich gerechtfertigt ist. Im Gegensatz zu börsenkotierten Gesellschaften wird jedoch auf die Erstellung eines formellen und geprüften Vergütungsberichts (s. Art. 734 ff.) verzichtet. Zudem muss der Verwaltungsrat nicht – wie es im Entwurf 2007 vorgesehen war – innerhalb von 45 Tagen reagieren.

Art. 697a Einsicht

Das heutige Einsichtsrecht gemäss Absatz 1 besteht grundsätzlich in unveränderter Form weiter. Geschäftsbücher und Akten können mit Zustimmung der GV oder des Verwaltungsrats eingesehen werden. Es erfolgt mit dem Begriff der Akten eine Angleichung an das geltende GmbH-Recht (Art. 802 Abs. 2 OR). Bereits heute werden die Begriffe «Geschäftsbücher» und «Korrespondenz» extensiv ausgelegt.²⁹⁹ Durch die Angleichung an das GmbH-Recht wird der präzisere Begriff der Akten verwendet, der jedoch zu keiner materiellen Änderung führt.

Die Gesellschaft ist befugt, die Einsicht aus denselben Gründen zu verweigern wie die Auskunftserteilung (s. Art. 697 Abs. 3). Neu hält Absatz 2 ausdrücklich fest, dass die Einsicht nicht gewährt werden muss, wenn vorrangige Interessen der Gesellschaft der Einsichtnahme entgegenstehen (der Gesetzestext erwähnt bisher nur das Geschäftsgeheimnis). Materiell ändert sich durch diese Klarstellung nichts. Der Verwaltungsrat ist beim Entscheid über die Gewährung des Einsichtsrechts an die Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft (Art. 717 Abs. 1 OR) gebunden und muss daher die Einsichtnahme verweigern, wenn vorrangige Interessen der Gesellschaft gefährdet werden.

Die Ablehnung eines Gesuchs ist vom Verwaltungsrat schriftlich zu begründen. Dies gilt auch dann, wenn die GV die Einsicht verweigert hat.

²⁹⁹ ROLF H. WEBER, Art. 697 N 16 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012

Art. 697b Ablehnung des Begehrens um Auskunft oder Einsicht

Wird das Gesuch um Auskunft oder Einsicht abgelehnt, so ist jede Aktionärin und jeder Aktionär wie bisher befugt (Art. 697 Abs. 4 OR), das Gericht anzurufen. Es handelt sich um eine eigenständige Klage, die sich sowohl gegen den Beschluss der GV als auch gegen den Entscheid des Verwaltungsrats richten kann.³⁰⁰

2.1.23 Sonderuntersuchung

Art. 697c Recht auf Einleitung einer Sonderuntersuchung mit Genehmigung der GV

Die bisherigen Bestimmungen zur Sonderprüfung werden neu nummeriert, da weiter vorne Bestimmungen u. a. zu den Informationsrechten der Aktionärinnen und Aktionäre eingefügt wurden.

Der Vorentwurf ersetzt den Begriff «Sonderprüfung» durch «Sonderuntersuchung», um die Natur dieses Rechtsinstituts klarer zum Ausdruck zu bringen und Assoziationen mit der Tätigkeit der Revisionsstelle zu vermeiden.

Artikel 697c entspricht Artikel 697a OR. Die Änderungen sind terminologischer Natur.

Art. 697d Bei Ablehnung durch die GV

In der Praxis haben sich die Hürden für eine Sonderuntersuchung insbesondere bei börsenkotierten Gesellschaften als zu hoch erwiesen; die bisherige Sonderprüfung blieb weitgehend ohne Bedeutung (s. vorne Ziff. 1.3.8.1). Um den Anliegen einer verbesserten Corporate Governance Rechnung zu tragen, regelt der Vorentwurf die Voraussetzungen daher neu.³⁰¹ Lehnt die GV den Antrag auf Einleitung einer Sonderuntersuchung ab, so können Aktionärinnen und Aktionäre ein entsprechendes Gesuch beim Gericht einreichen, sofern sie einzeln oder zusammen eine Beteiligung vertreten, die gemäss Absatz 1 zumindest einen der zwei gesetzlich vorgesehenen Schwellenwerte erreicht. Bei Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien können Aktionärinnen und Aktionäre, die drei Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen repräsentieren, eine Sonderuntersuchung beantragen. Bei Gesellschaften ohne börsenkotierte Aktien liegt der Schwellenwert bei zehn Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen.

Die Senkung der Schwellenwerte bei börsenkotierten Gesellschaften verbessert für die am Unternehmen finanziell beteiligten Personen die Möglichkeit, ihr Recht auf Durchführung einer Sonderuntersuchung auszuüben. Zudem wird – im Gegensatz zum geltenden Recht (Art. 697b Abs. 1 OR) – zwischen Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien und anderen Gesellschaften unterschieden. Der Schwellenwert von

³⁰⁰ Anders als bei der «normalen» Anfechtungsklage betreffend Generalversammlungsbeschlüssen (Art. 706 OR) ist keine Frist für die Klageerhebung vorgesehen. Die Aktionärin oder der Aktionär muss aber innert nützlicher Frist ihre beziehungsweise seine Klage einreichen (Rechtsschutzinteresse). Dasselbe gilt auch für die Anfechtung eines Verwaltungsratsbeschlusses.

³⁰¹ PETER BÖCKLI/CLAIRE HUGUENIN/FRANÇOIS DESSEMONTET, Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004, S. 191 ff.

zehn Prozent entspricht dem heutigen Schwellenwert. Die Berücksichtigung des Anteils an den gesamten Stimmen ist bei Gesellschaften von Bedeutung, die über Stimmrechtsaktien verfügen. Diese Aktien weisen im Vergleich zu den Stammaktien einen bis zu zehnmal tieferen Nennwert aus (Art. 693 OR).

Der Vorentwurf stellt in Absatz 2 klar, dass das Gesuch für eine Sonderuntersuchung sich auf alle Fragen erstrecken darf, die im Rahmen eines Begehrens um Auskunft oder Einsicht gestellt wurden. Ferner können auch Fragen Gegenstand des Gesuchs sein, die bei der Diskussion des Antrags auf Sonderuntersuchung in der GV zur Sprache kamen, sofern sie Gegenstand eines Auskunfts- oder Einsichtsbegehren sein können (s. Art. 697 f.).

Das Gericht ordnet gemäss Absatz 3 die Sonderuntersuchung an, wenn die Gesuchstellerinnen oder Gesuchsteller glaubhaft machen, dass Gründerinnen, Gründer oder Organe das Gesetz oder die Statuten verletzt haben und dass diese Verletzung geeignet ist, die Gesellschaft oder die Aktionärinnen oder Aktionäre zu schädigen. Blosser Behauptungen genügen dabei nicht. Vielmehr sind die verlangten Voraussetzungen hinreichend überzeugend darzulegen. Im Unterschied zum geltenden Recht wird jedoch nicht mehr verlangt, dass ein bereits eingetretener Schaden glaubhaft gemacht wird, sondern es reicht aus, dass eine Rechtsverletzung geeignet ist, einen Schaden zu bewirken. Haben Gesellschaftsorgane dem Anschein nach gegen Gesetz oder Statuten verstossen und kann dies zu einem Schaden führen, ist nicht einzusehen, weshalb mit der Durchführung einer Sonderuntersuchung zugewartet werden muss, bis der Schaden tatsächlich eingetreten ist.

Um sicherzustellen, dass das Gericht innert nützlicher Frist eine Sonderuntersuchung einleitet, sieht die schweizerische Zivilprozessordnung bereits heute vor, dass das Gericht im summarischen Verfahren über das Begehren entscheidet (Art. 250 Bst. c Ziff. 8 ZPO). Die Kantone haben für die Prüfung des Antrags eine einzige kantonale Instanz bestimmt (Art. 5 Abs. 1 Bst. g ZPO). Die Verkürzung des Instanzenzugs trägt dem Umstand Rechnung, dass die Sonderuntersuchung als mögliche Vorstufe zu einer Verantwortlichkeitsklage oder zu einer andern Aktionärsklage konzipiert ist. Zudem muss die Sonderuntersuchung zügig durchgeführt werden, wenn damit ein drohender Schaden abgewendet werden soll. Ein langes Verfahren würde daher dem Sinn und Zweck des Rechtsinstituts zuwiderlaufen. Die beiden Bestimmungen der ZPO werden redaktionell an die neuen Bestimmungen zur Sonderuntersuchung angepasst (s. Art. 5 Abs. 1 Bst. g, 250 Bst. c Ziff. 8 VE ZPO).

Art. 697e–i Verfahren vor Gericht; Durchführung der Sonderuntersuchung;
Bericht; Kosten der Sonderuntersuchung

Die Regelung zur Einleitung einer Sonderuntersuchung gemäss geltendem Recht durch das Gericht bleibt weitgehend unverändert (Art. 697c OR). Die vorgesehenen Anpassungen sind vorwiegend sprachlicher und terminologischer Natur (Art. 697e).

Materiell unverändert bleiben auch die Bestimmungen über die Durchführung der Sonderuntersuchung und den Bericht der Sachverständigen (Art. 697d und Art. 697e OR; neu: Art. 697f und 697g). Sämtliche Änderungen sind terminologisch oder gesetzestechnisch bedingt. Es versteht sich von selbst, dass das Gericht eine oder mehrere Personen als Sachverständige bezeichnen kann. Diese Möglichkeit des Gerichts (Art. 697c Abs. 3 OR) braucht im Gesetzestext nicht mehr ausdrücklich erwähnt zu werden.

Artikel 679h entspricht vollumfänglich dem geltenden Artikel 697f OR.

Die heutige Regelung der Kosten der Sonderuntersuchung bleibt materiell grundsätzlich unverändert, wird aber gestrafft (Art. 697i): Die Gesellschaft hat in der Regel die Kosten unter Einschluss eines Kostenvorschusses zu übernehmen, gleichgültig, ob die Sonderuntersuchung von der GV oder vom Gericht angeordnet wird. Vorbehalten bleibt dabei stets die Auferlegung der Kosten an die Gesuchstellerin oder den Gesuchsteller im Falle des Rechtsmissbrauchs. Da aber die Einleitung einer Sonderuntersuchung durch das Gericht an strenge Voraussetzungen geknüpft ist, dürfte die missbräuchliche Geltendmachung des Rechts auf Sonderprüfung selten sein.

2.1.24 Recht auf Einleitung einer Klage auf Kosten der Gesellschaft

Art. 697j Zulassung zur Klage auf Kosten der Gesellschaft

Gemäss Absatz 1 müssen Aktionärinnen und Aktionäre, die eine abgeleitete Klage erheben wollen, die auf Leistung an die Gesellschaft lautet und auf deren Kosten erfolgen soll, vorgängig einen Antrag in der GV stellen. Dieses Verfahren in der GV bezweckt, dass die Intervention der Aktionärinnen und Aktionäre auf Kosten der Gesellschaft subsidiär bleibt. Diese sollen das Gericht nicht um die Bewilligung zur Klage ersuchen können, ohne dass vorher die GV die Angelegenheit prüfen konnte. Angesichts der potenziellen Auswirkungen eines Prozesses auf die Gesellschaft steht das Recht, der GV einen Antrag zu stellen, nicht jeder einzelnen Aktionärin oder jedem einzelnen Aktionär zu, sondern nur einer qualifizierten Minderheit. Die Einführung von Schwellenwerten hilft, Missbräuchen vorzubeugen und das Risiko zu begrenzen, dass die Gesellschaft durch Klagen gelähmt wird. Die Schwellenwerte entsprechen denjenigen bei der Sonderuntersuchung (s. Art. 697d Abs. 1). Dadurch wird die Möglichkeit für eine Aktionärin oder eine Gruppe von Aktionären erleichtert, gleichzeitig sowohl eine Sonderuntersuchung als auch die Eröffnung einer Klage zu verlangen. Die Schwellenwerte sind die folgenden: Bei börsenkotierten Gesellschaften 3 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen (Ziff. 1); bei Gesellschaften ohne börsenkotierte Aktien 10 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen (Ziff. 2).

Explizit sieht Absatz 2 vor, dass die GV entscheiden kann, ob sie eine Klage auf Leistung an die Gesellschaft erheben und die Prozessführung dem Verwaltungsrat oder einer Vertreterin oder einem Vertreter anvertrauen will. Stimmt die GV dem Antrag der Aktionärin oder der Gruppe von Aktionären zu, muss der Verwaltungsrat bzw. die Vertreterin oder der Vertreter gemäss Absatz 3 innerhalb von sechs Monaten die Klage erheben. Diese Frist berücksichtigt die Möglichkeit, dass die Gesellschaft die Klage nicht erhebt oder diese verzögert. Es gilt zu vermeiden, dass Aktionärinnen und Aktionäre, die eine Klage erheben wollen, sich in einer ungünstigeren Situation befinden, wenn ihr Antrag von der GV angenommen wurde, als wenn dieser abgelehnt wurde. Nach Ablauf der sechs Monate kann jede Aktionärin und jeder Aktionär, selbst wenn sie oder er die Schwellenwerte gemäss Absatz 1 nicht überschreitet, die Zulassung zur Klage auf Kosten der Gesellschaft verlangen. Wenn alle anderen Voraussetzungen von Artikel 697k erfüllt sind, muss das Gericht das Gesuch bewilligen.

Wenn die GV den Antrag zur Erhebung der Klage ablehnt, können sich die Aktionärinnen und Aktionäre gemäss Absatz 1 an das Gericht wenden, um die Zulassung zur Klage auf Kosten der Gesellschaft zu verlangen. Die Befugnis, das Gericht um Bewilligung zur Klage zu ersuchen, ist nicht auf diejenigen Aktionärinnen und Aktionäre beschränkt, die den Antrag gemäss Artikel 697j an die GV gestellt haben, sondern sie steht einer Aktionärin oder einer Gruppe von Aktionären offen, deren Beteiligung die Schwellenwerte erreicht.

Das Gericht heisst das Gesuch gut, wenn kumulativ die Voraussetzungen von Absatz 2 erfüllt sind. Es sind dies die folgenden Bedingungen:

- Die Gesuchsteller müssen eine Verletzung von Gesetz oder Statuten und einen Schaden oder sonstigen finanziellen Nachteil der Gesellschaft glaubhaft machen (Bst. a);
- sie müssen ihre Beteiligung vor dem Zeitpunkt der behaupteten Verletzung erworben haben (Bst. b); und
- die Klage darf den überwiegenden Interessen der Gesellschaft nicht widersprechen (Bst. c).

Ein Fall gemäss Absatz 2 Buchstabe c liegt vor, wenn die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller den Schaden oder finanziellen Nachteil der Gesellschaft aufgrund der Verletzung einer gesetzlichen oder statutarischen Bestimmung zwar glaubhaft gemacht hat, aber die Erhebung einer Klage nicht im Interesse der Gesellschaft liegt. Dies kann etwa der Fall sein, wenn die Pflichtverletzung der beklagten Personen der Gesellschaft nur einen geringfügigen Schaden zugefügt hat, wenn der Schuldner offensichtlich nicht in der Lage wäre, die Ansprüche der Gesellschaft zu erfüllen oder wenn die Aussicht auf Schadenersatz die unangenehmen Folgen eines Prozesses für die Gesellschaft nicht kompensieren würde, v. a. bei negativen Auswirkungen auf die Geschäftstätigkeit. Die Bewilligung zur Klage kann gemäss Buchstabe c ebenfalls verweigert werden, wenn offensichtlich ist, dass die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller missbräuchlich handelt, um einen ungerechtfertigten Vorteil zu erlangen.

Das summarische Verfahren ist anwendbar (s. Art. 250 Bst. c Ziff. 14 VE ZPO). Das Gesuch um Bewilligung zur Klage ist gegen die Gesellschaft gerichtet. Diese wird grundsätzlich durch den Verwaltungsrat vertreten und als Partei angehört. Der Vorentwurf verzichtet auf spezifische Bestimmungen zur Kostenverteilung des Gesuchverfahrens, so dass die allgemeinen Regeln der Zivilprozessordnung (ZPO)³⁰² zu Anwendung gelangen (Art. 104 ff. ZPO). Die Aktionärinnen oder Aktionäre, die um eine Bewilligung zur Klage ersuchen, tragen folglich das Risiko, die Kosten des summarischen Verfahrens zu tragen, wenn ihr Gesuch abgelehnt wird (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dies unter dem Vorbehalt einer Verteilung der Kosten nach Ermessen gemäss Artikel 107 ZPO, namentlich weil sich die gesuchstellenden Aktionärinnen und Aktionäre in guten Treuen zur Einleitung des Zulassungsverfahrens veranlasst sahen (Bst. b) oder andere besondere Umstände eine Abweichung rechtfertigen (Bst. f). Dieses finanzielle Risiko trägt ebenfalls dazu bei, die Gesellschaft vor missbräuchlichen Klagen zu schützen. Dies ist die finanzielle Kehrseite

³⁰² Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO, SR 272).

der Vorteile des neuen Rechtsinstituts für die Minderheitsaktionärinnen und -aktionäre. Angesichts des anwendbaren summarischen Verfahrens und des Streitwerts des Verfahrens, der nicht dem mittels Verantwortlichkeitsklage geltend gemachten Schaden, sondern lediglich dem geldwerten Interesse der klagenden Aktionärinnen und Aktionäre auf Prozessführung auf Kosten der Gesellschaft entspricht,³⁰³ erscheint dieses finanzielle Risiko nicht übermässig.

Die Intervention durch die Aktionärinnen und Aktionäre soll grundsätzlich subsidiär zu derjenigen der Gesellschaft sein. Wenn diese erklärt, dass sie anstelle der Aktionärinnen und Aktionäre die Klage erhebt, so setzt ihr das Gericht gemäss Absatz 3 eine Frist von sechs Monaten zur Erhebung der Klage, mit der Androhung, das Gesuch der Aktionärinnen und Aktionäre werde bei ungenutztem Ablauf der Frist gutgeheissen. Wenn das Gericht das Gesuch der Aktionärinnen und Aktionäre gutheisst, setzt es gemäss Absatz 4 ebenfalls eine Frist von sechs Monaten zur Einreichung der Klage beim zuständigen Gericht.

Gemäss Absatz 5 können die Fristen zur Erhebung der Klage gemäss den Absätzen 3 oder 4 vom Gericht angemessen verlängert werden. Bei einem Gesuch um Verlängerung der Frist nach Absatz 3 hat das Gericht zu berücksichtigen, ob die Gesellschaft bereits nach einem positiven Beschluss der GV untätig blieb (s. Art. 697/ Abs. 3).

Nach Absatz 6 kann das Gericht die Gesellschaft auf Antrag zur Leistung eines Vorschusses oder einer Sicherheit zugunsten der Gesuchstellerin oder des Gesuchstellers verpflichten, um dieser oder diesem die Finanzierung des zukünftigen Entscheidungsverfahrens zu ermöglichen. Hierzu zählt auch die Finanzierung einer angemessenen Rechtsvertretung.

Gemäss Absatz 7 hat die Gesellschaft, ausser bei Börs- oder Mutwilligkeit, die Kosten des Entscheidungsverfahrens, unter Einschluss allfälliger Vorschuss- und Sicherheitsleistungen sowie die Kosten einer angemessenen Rechtsvertretung, zu tragen.

2.1.25 Statutarische Schiedsgerichtsklausel

Artikel 697l Schiedsgericht

Der Vorentwurf strebt wie der Entwurf 2007 und bereits das Aktienrecht von 1991 eine Verbesserung des Minderheitenschutzes und der Rechtsdurchsetzung im Aktienrecht an. Dazu können Schiedsgerichte einen wichtigen Beitrag leisten. Sie bieten den Vorteil der Vertraulichkeit, der Beurteilung durch fachlich spezialisierte Richterinnen und Richter sowie typischerweise einer raschen Streiterledigung. Alle diese Eigenschaften sind für gesellschaftsrechtliche und damit in der Regel unternehmensbezogene Streitigkeiten besonders wichtig. In Deutschland und in Österreich spielt darum die schiedsgerichtliche Erledigung gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten eine grosse Rolle.

Anders in der Schweiz. Ein wichtiger Grund hierfür ist, dass die Zulässigkeit statutarischer Schiedsklauseln umstritten ist. Während die schiedsrechtliche Literatur und auch die Gerichte sie zwar überwiegend bejahen, wird aus aktienrechtlicher Sicht gegen solche Schiedsklauseln das Verbot zusätzlicher Pflichten (Art. 620 Abs. 2 und

³⁰³ BGE 123 III 261 E. 4

Art. 680 Abs. 1 OR) sowie das Verbot einer Beschränkung der Klagerechte der Aktionärin oder des Aktionärs ins Feld geführt (Art. 706b Ziff. 1 OR); wenn überhaupt, dann sei eine statutarische Schiedsklausel nur mit Zustimmung aller Aktionärinnen und Aktionäre rechtswirksam.³⁰⁴ Aus diesem Grund finden sich heute praktisch keine Schiedsklauseln in den Statuten von Aktiengesellschaften.

Im Interesse einer verbesserten Rechtsdurchsetzung im Aktienrecht will der Vorentwurf eine klare gesetzliche Grundlage für statutarische Schiedsklauseln schaffen. Der Vorentwurf hält gemäss Absatz 1 fest, dass die Statuten eine Schiedsklausel enthalten können (Satz 1). Eine solche Klausel widerspricht nicht zwingendem Aktienrecht, und mit den Statuten wird auch die verlangte Form vorgegeben. Wer durch sie gebunden sein soll, sollen ebenfalls die Statuten festlegen, etwa in der Weise, dass die Schiedsgerichtsbarkeit für jegliche gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten zwischen den Aktionärinnen und Aktionären, zwischen Aktionärinnen/Aktionären und der Gesellschaft und zwischen der Gesellschaft und ihren Organen vorgesehen wird (Satz 2). Mit einer solchen umfassenden Schiedsklausel wird den Aktionärinnen und Aktionären der Verzicht auf die staatlichen Gerichte bewusst gemacht, und für die neu hinzukommenden Aktionärinnen und Aktionäre ist aus den Statuten ersichtlich, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht erledigt werden.³⁰⁵ Die neu hinzukommenden Aktionärinnen und Aktionäre unterliegen mit dem Erwerb der Aktionärsstellung *ipso iure* der Schiedsklausel; es besteht kein zusätzliches Zustimmungs- und Formerfordernis. Die Statuten können aber beispielsweise auch nur für Streitigkeiten zwischen der Gesellschaft und den Organen die Schiedsgerichtsbarkeit vorsehen, sodass diese etwa für die Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen zur Verfügung steht.

Für das Schiedsverfahren gelten gemäss Absatz 2 die Bestimmungen der Zivilprozessordnung der Binnenschiedsgerichtsbarkeit (Satz 1). Damit ist sichergestellt, dass ein Schiedsverfahrensrecht gilt, das den rechtsstaatlichen Anforderungen an ein Gericht genügt. Die Statuten können die Einzelheiten des Schiedsverfahrens regeln. Sie können insbesondere die Rechte von nicht als Parteien am Verfahren beteiligten Aktionärinnen und Aktionären oder Organen näher umschreiben. Hingegen können die Statuten die den Dritten zustehenden Rechte im Schiedsverfahren (Art. 376 ZPO³⁰⁶) nicht beschränken; die Einzelheiten zum Schiedsverfahren in den Statuten müssen sich an den Rahmen der Zivilprozessordnung halten (Satz 2).

Bei Klagen, die gegen alle Aktionärinnen und Aktionäre wirken sollen (wie namentlich die Anfechtungsklage nach Art. 706 OR, s. dessen Abs. 5), bedeutet die statutarische Schiedsklausel, dass ein Schiedsentscheid ergehen kann, der für oder gegen alle Aktionärinnen und Aktionäre wirkt, obwohl nur die klagende Aktionärin oder der klagende Aktionär und die Gesellschaft Verfahrensparteien waren. Aus diesem Grund ist gemäss Absatz 3 in Anlehnung an die Rechtslage in Deutschland³⁰⁷ vorzusehen, dass der Verwaltungsrat allen Aktionärinnen und Aktionären die Einleitung eines entsprechenden Schiedsverfahrens mitteilt (s. Art. 626 Abs. 1 Ziff. 7) und

³⁰⁴ Siehe zur Rechtslage MARC ANDRÉ MAUERHOFER, Gültigkeit statutarischer Schieds- und Gerichtsstandsklauseln, GesKR 2011/1, S. 20 ff.

³⁰⁵ In Art. 45 Handelsregisterverordnung ist vorzusehen, dass die Eintragung im Handelsregister auf die statutarische Schiedsklausel hinzuweisen hat (vergleichbar dem Hinweis auf eine Beschränkung der Übertragbarkeit der Aktien).

³⁰⁶ SR 272

³⁰⁷ Siehe dazu etwa CHRISTIAN BORRIS, Die Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Klagen in der Aktiengesellschaft, NZG 2010, S. 481 ff.

dabei auf ihre Rechte in diesem Verfahren (gemäss der Zivilprozessordnung und allenfalls den Statuten) aufmerksam machen muss. Hingegen ist nicht zwingend erforderlich, dass die nicht als Parteien am Verfahren teilnehmenden Aktionärinnen und Aktionäre bei der Einsetzung des Schiedsgerichts mitwirken können, denn die Zivilprozessordnung bietet genügend Gewähr für die Unabhängigkeit des Schiedsgerichts.

Weil die Aktionärinnen und Aktionäre mit einer statutarischen Schiedsklausel auf die staatlichen Gerichte verzichten, erfordert die Einführung einer solchen Statutenbestimmung ein qualifiziertes Mehr (s. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 13).

2.1.26 Unübertragbare Kompetenzen der Generalversammlung

Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5–8, Abs. 3 Befugnisse

Die neue Ziffer 5 stellt klar, dass bei der Ausrichtung einer Zwischendividende (s. Art. 675a) auch die Zwischenbilanz der Genehmigung durch die GV bedarf.

Die neue Ziffer 6 ist eine notwendige aktienrechtliche Anpassung an die Unternehmenssteuerreform II, welche die Rückzahlung von Kapitalreserven an die Aktionärinnen und Aktionäre steuerrechtlich attraktiv machte. Sie schreibt vor, dass die GV den Beschluss über die Verwendung von Kapitalreserven (insbesondere von Agio, s. Art. 671 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 Ziff. 4) sauber getrennt vom Beschluss über die Ausrichtung von Dividenden (also der Ausschüttung von Gewinnen der Gesellschaft) fällen muss.

Ziffer 7 entspricht der bisherigen Ziffer 5 und Ziffer 8 der bisherigen Ziffer 6.

Absatz 3 ist die Überführung von Artikel 2 VegüV³⁰⁸ bzw. der Vorgaben von Art. 95 Absatz 3 Buchstabe a BV³⁰⁹ ins Aktienrecht.

2.1.27 Einberufung der Generalversammlung und Traktandierung

*Art. 699 Einberufung und Durchführung der GV;
Art der Einberufung*

Absatz 1 bleibt unverändert. Absatz 2 wird redaktionell angepasst und betrifft nur noch die Durchführung der ordentlichen Jahresgeneralversammlung.

Wie bei der Sonderuntersuchung (s. Art. 697d) sieht der Vorentwurf eine Herabsetzung der Schwellenwerte bei börsenkotierten Gesellschaften vor. Diese Lockerung soll die Rechtsstellung der Aktionärinnen und Aktionäre im Sinne einer guten Corporate Governance stärken. Die Durchführung einer GV ist allerdings bei Grossgesellschaften mit hohen Kosten verbunden. Zudem ist die Ausübung des Einberufungsrechts anders als das Recht auf Einleitung einer Sonderuntersuchung nicht

³⁰⁸ SR **221.331**

³⁰⁹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR **101**).

zusätzlich an materielle Voraussetzungen geknüpft. Die Schwelle für das Einberufungsrecht darf deshalb nicht zu tief angesetzt werden.

Bei Publikumsgesellschaften wird der Wert auf 3 Prozent des Aktienkapitals festgesetzt (Abs. 3 Ziff. 1). Demgegenüber wird bei Gesellschaften ohne börsennotierte Aktien mit Blick auf die Verhältnisse in KMU am bisher geltenden Schwellenwert von 10 Prozent des Aktienkapitals festgehalten (Ziff. 2). Sowohl bei Gesellschaften mit börsennotierten als auch bei Gesellschaften ohne börsennotierte Aktien wird neu alternativ auch auf die Beteiligungsquote an den Stimmen abgestellt; dadurch wird der Schutz der Inhaberinnen und Inhaber von Stimmrechtsaktien verbessert. Betreffend die Beteiligung an den Stimmrechten gelten die gleichen Schwellenwerte wie bei der Beteiligung am Aktienkapital (3 bzw. 10 Prozent).

Absatz 4 wird sprachlich angepasst; er entspricht Artikel 699 Absatz 3 Satz 3 OR.

Absatz 5 setzt dem Verwaltungsrat für die Einberufung der ausserordentlichen GV neu eine Frist von 60 Tagen. Die bisherige Regelung, die lediglich verlangt, dass der Verwaltungsrat innert angemessener Frist tätig wird, ist für die Durchsetzung des Einberufungsrechts zu wenig konkret. Die Frist beginnt mit dem Eingang des Gesuchs um Durchführung einer GV zu laufen und wird durch die Zustellung der Einladung gewahrt. Bleibt der Verwaltungsrat untätig, so erfolgt die Einberufung wie bisher durch das Gericht. Dieses entscheidet im summarischen Verfahren (s. Art. 250 Bst. c Ziff. 9 VE ZPO).

Art. 699a Traktandierungs- und Antragsrecht

Die Schwellenwerte für die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstands werden deutlich gesenkt. Da die Aufnahme eines zusätzlichen Punkts auf die Traktandenliste im Gegensatz zur Einberufung einer GV und zur Durchführung einer Sonderuntersuchung für die Gesellschaft mit deutlich geringerem Aufwand verbunden ist, setzt der Vorentwurf die Schwellenwerte für die Ausübung des Traktandierungsrechts tiefer an als bei den beiden andern erwähnten Aktionärsrechten (s. Art. 697d Abs. 1 und 699 Abs. 3). Rechtsvergleichend ist darauf hinzuweisen, dass auch in andern Ländern für die Ausübung des Traktandierungsrechts relativ tiefe Schranken gelten: So können beispielsweise in Grossbritannien 100 Aktionärinnen und Aktionäre zusammen die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes verlangen (dies unabhängig von der Höhe ihrer Beteiligung).

Es hat sich jedoch gezeigt, dass die Schwellenwerte für Publikumsgesellschaften und für Privatunternehmen zu differenzieren sind, weil der unterschiedlichen Struktur des Aktionariats Rechnung getragen werden muss. Gemäss Vorentwurf genügen bei Publikumsgesellschaften für die Ausübung des Traktandierungsrechts neu 0,25 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen. Bei privaten Gesellschaften sind 2,5 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen erforderlich (Abs. 1 Ziff. 1 und 2).

Unter den gleichen Voraussetzungen können Aktionärinnen und Aktionäre nach Absatz 2 die Aufnahme von Anträgen zu Verhandlungsgegenständen in die Einladung zur GV verlangen.

Neu wird in Absatz 3 ausdrücklich festgehalten, dass das Traktandierungs- und Antragsrecht der Aktionärinnen und Aktionäre auch die Möglichkeit beinhaltet, zusammen mit dem Verhandlungsgegenstand eine von ihnen verfasste kurze Begründung in der Einladung zur GV den anderen Aktionärinnen und Aktionären zukommen zu lassen.

Die im Gesetz vorgesehenen Hürden für die Ausübung der Aktionärsrechte können in den Statuten herabgesetzt, aber nicht erhöht werden.

Gemäss Absatz 4 regeln die Statuten, bis zu welchem Zeitpunkt die Aktionärinnen und Aktionäre die Begehren gemäss den Absätzen 1 und 2 einreichen müssen (z. B. innerhalb von zwei Monaten seit Ende des Geschäftsjahres oder innert zwei Wochen seit Mitteilung des Verwaltungsrats). Wird im konkreten Anwendungsfall das Traktandierungs- und Antragsrecht eingeschränkt oder sogar verunmöglicht, so sind die Beschlüsse der betreffenden GV zumindest anfechtbar.

Lehnt die der Verwaltungsrat ein Begehren um Traktandierung oder um Bekanntgabe eines Antrags in der Einladung zur GV ab, so können die Aktionärinnen und Aktionäre ihren Anspruch nach Absatz 5 wie bis anhin auf dem Rechtsweg durchsetzen. Das Gericht entscheidet im summarischen Verfahren (s. Art. 250 Bst. c Ziff. 9 VE ZPO). Die Festlegung einer Frist analog zu Artikel 699 Absatz 5 ist nicht notwendig, da spätestens bei Erhalt der Einladung zur GV festgestellt werden kann, ob einem eingereichten Begehren Rechnung getragen wurde.

Absatz 6 stellt klar, dass jede Aktionärin und jeder Aktionär an der GV Anträge zu den Verhandlungsgegenständen stellen kann. Diese Regelung entspricht der gängigen Praxis. Ausserhalb des Rahmens der traktandierten Verhandlungsgegenstände können zudem die in Artikel 703 Absatz 1 erwähnten Anträge gestellt werden.

Art. 700 Form, Inhalt und Mitteilung der Einberufung

Bisher musste die GV spätestens 20 Tage vor dem Versammlungstag in der durch die Statuten vorgeschriebenen Form einberufen werden (Art. 700 Abs. 1 OR). Die heutige Frist wird insbesondere bei der ordentlichen GV als zu kurz eingestuft.³¹⁰ Absatz 1 sieht für die ordentliche GV neu eine Frist von 30 Tagen und bei einer ausserordentlichen GV weiterhin eine Frist von 20 Tagen vor. Die gesetzlich zwingende Frist darf im Hinblick auf die Einberufung einer ausserordentlichen GV nicht zu lange sein, da oftmals dringender Handlungsbedarf besteht.

Absatz 2 sieht vor, was in der Einberufung zur GV aufgeführt sein muss. Die Bestimmung wird im Interesse der Verständlichkeit neu gegliedert. Bekannt zu geben sind zum einen alle Verhandlungsgegenstände/Traktanden (Ziff. 1; s. Art. 703 Abs. 1). Verhandlungsgegenstände, über die nicht Beschluss gefasst werden soll, bedürfen nicht zwingend einer vorgängigen Ankündigung. Diese Selbstverständlichkeit, die im geltenden Recht in Art. 700 Abs. 4 OR enthalten ist, ist neu nicht mehr im Gesetzestext zu finden; eine materielle Änderung ergibt sich daraus allerdings nicht. Weiter sind sowohl die Anträge des Verwaltungsrats als auch diejenigen der Aktionärinnen und Aktionäre zwingender Bestandteil der Einladung zur GV. Bei Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, hat der Verwaltungsrat seine Anträge kurz zu begründen (Ziff. 2). Die Aktionärinnen und Aktionäre haben bei allen Gesellschaften das Recht, dass der Verwaltungsrat zu den von ihnen gestellten Anträgen eine kurze Begründung in die Einladung aufnimmt (Ziff. 3; s. Art. 699a Abs. 3). Bei Gesellschaften mit kotierten Aktien ist in der Einladung zudem die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder der unabhängige Stimmrechtsvertreter sowie der prozentuale Anteil von Dispoaktien am Aktienkapital anzugeben

³¹⁰ KARIM MAIZAR, Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften, Zürich 2012, S. 358 ff.

(Ziff. 4). Damit soll die Transparenz betreffend die Stimmrechtsverhältnisse in der GV verbessert werden.

Der Verwaltungsrat muss gemäss Absatz 3 sicherstellen, dass die Verhandlungsgegenstände der GV den Grundsatz der Einheit der Materie wahren. Die Aktionärinnen und Aktionäre sollen ihr Stimmrecht, wie die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger bei Verfassungsänderungen (Art. 139 Abs. 3, Art. 194 Abs. 2 BV³¹¹), gezielt und unverfälscht ausüben können. Nur weil neue zwingende Vorgaben, z. B. die VegüV³¹², umgesetzt werden müssen, liegt ein enger Zusammenhang nicht bereits vor. Der Vorentwurf beabsichtigt mit Absatz 3 jedoch nicht, dass in der GV ein Basar über jede einzelne Statutenbestimmung entsteht. Ein Traktandum darf aber nur einen einzigen Inhalt betreffen, innerhalb dessen alle Aspekte einen engen Zusammenhang aufweisen (z. B. alle Statutenbestimmungen zum Vergütungsausschuss oder alle Statutenbestimmungen zur Abstimmung über die Vergütungen).³¹³ Wird der Grundsatz der Einheit der Materie verletzt, ist der entsprechende Beschluss zumindest anfechtbar (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 OR). Jeder Aktionärin und jedem Aktionär steht während der GV das Recht zu, getrennte Behandlung von inhaltlich nicht zusammengehörenden (Teil-)Verhandlungsgegenständen zu verlangen (s. Art. 699a Abs. 6). Die Einheit der Materie ist besonders wichtig bei Abstimmungen über Änderungen der Statuten. Es muss vermieden werden, dass der GV verschiedene Themen in einer Paketlösung zur Abstimmung vorgelegt werden. Der Grundsatz der Einheit der Materie wäre beispielsweise verletzt, wenn nur ein einziges Traktandum zur Anpassung der Statuten an neue zwingende rechtliche Vorgaben vorgesehen würde. Entsprechend wird eine Totalrevision der Statuten nicht mehr in einer einzigen Abstimmung möglich sein (ausser es liegt nur eine formelle Bereinigung vor und die Normen bleiben materiell unverändert).

Zudem sieht Absatz 3 die Pflicht für den Verwaltungsrat vor, den Aktionärinnen und Aktionären sämtliche Informationen vorzulegen, die für ihre Beschlussfassung von Bedeutung sind.

Der Verwaltungsrat darf gemäss Absatz 4 die Verhandlungsgegenstände/Traktanden in der Einberufung nur summarisch darstellen und weiterführende Informationen den Aktionärinnen und Aktionären elektronisch zugänglich machen. Dadurch soll ein zu grosser administrativer Aufwand vermieden werden, z. B. im Zusammenhang mit einer umfassenden Überarbeitung der Statuten.

Absatz 5 hält fest, dass die Statuten die weiteren Einzelheiten zu Form, Inhalt und Mitteilung der Einberufung regeln.

Art. 701 Abs. 2 Universalversammlung

Absatz 2 wird an die Möglichkeit zur Verwendung elektronischer Mittel angepasst (s. Art. 701c ff.). «Anwesend sein» wird deshalb durch «teilnehmen» ersetzt. Sprachlich wird somit zum Ausdruck gebracht, dass die physische Präsenz der Aktionärin oder des Aktionärs bei einer Universalversammlung nicht zwingend

³¹¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

³¹² Verordnung vom 20. November 2013 gegen übermässige Vergütungen bei börsennotierten Aktiengesellschaften (VegüV, SR 221.331).

³¹³ S. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 12 N 100d.

notwendig ist. Es kann also z. B. eine Universalversammlung in Form einer Cybergeneralversammlung (s. Art. 701d) durchgeführt werden.

2.1.28 Tagungsort der Generalversammlung

Art. 701a, Art. 701b (Ausländischer) Tagungsort

Das Schweizer Aktienrecht enthält keine Bestimmungen über den Tagungsort der GV. Der Vorentwurf schliesst diese Lücke.

Sehen die Statuten nichts anderes vor, so bestimmt der Verwaltungsrat den Ort der GV (Art. 701a Abs. 1). Der Tagungsort darf nicht so gewählt werden, dass ein wesentlicher Teil des Aktionariats an der Teilnahme gehindert wird. Das Gebot der schonenden Rechtsausübung gilt auch für die Wahl des Tagungsorts. Andernfalls sind die Beschlüsse der GV zumindest anfechtbar (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 OR). Unzulässig wäre auch die Wahl einer Verhandlungssprache, die von der Mehrzahl der Aktionärinnen und Aktionäre nicht verstanden würde.

Die GV darf an verschiedenen Tagungsorten parallel durchgeführt werden, sofern die Voten unmittelbar in Bild und Ton an die andern Tagungsorte übertragen werden (Art. 701a Abs. 2). Der Verwaltungsrat bestimmt, sofern die Statuten nichts vorsehen, den Haupttagungsort. Der Leiter oder die Leiterin der GV muss dort anwesend sein. Dasselbe gilt für die Revisionsstelle bzw. für die zugelassene Revisorin/Revisionsexpertin oder den zugelassenen Revisor/Revisionsexperten und, falls beurkundungspflichtige Beschlüsse zu fassen sind, für die Urkundsperson (Art. 701a Abs. 3 Ziff. 1–3). Am Haupttagungsort wird das Protokoll gemäss Artikel 702 geführt (Art. 701a Abs. 3 Ziff. 4). Trotz einer Mehrzahl von Tagungsorten liegt formell nur eine GV vor.

Die GV kann im Ausland stattfinden, sofern die Statuten dies vorsehen³¹⁴ und ein unabhängiger Stimmrechtsvertreter bezeichnet wird (Art. 701b Abs. 1). Bei börsenkotierten Gesellschaften ergibt sich letzteres bereits aus Artikel 689c. Bei Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, kann auf die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters verzichtet werden, wenn alle Aktionärinnen und Aktionäre mit dem ausländischen Tagungsort einverstanden sind (Art. 701b Abs. 2). Werden die Modalitäten betreffend des Einholens der Zustimmung nicht in den Statuten geregelt, so werden sie durch den Verwaltungsrat festgelegt. Dieser kann vorsehen, dass das Ausbleiben einer Antwort innerhalb einer zumutbaren Frist als Zustimmung zum Verzicht auf die Ernennung einer unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters gilt (s. entsprechend Art. 727a Abs. 3 OR).

Zulässig ist auch die Durchführung der GV an mehreren Tagungsorten im Ausland oder an mehreren Tagungsorten in der Schweiz und im Ausland. In solchen Fällen sind wiederum die Vorgaben von Artikel 701a Absätze 2 und 3 umzusetzen. Diese Vorschriften finden auch Anwendung, wenn ein ausländischer Haupttagungsort vorliegt.

³¹⁴ Die Festlegung eines ausländischen Tagungsorts in den Statuten kann nur mit einem qualifizierten Mehr beschlossen werden (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 10).

Wird ein ausländischer Tagungsort in den Statuten verankert, so können Beschlüsse der GV nichtig sein, wenn durch die Wahl des ausländischen Tagungsorts faktisch das Teilnahmerecht eines wesentlichen Teils des Aktionariats aufgehoben oder eingeschränkt wird (Art. 706b Ziff. 1 und 2 OR).

Findet die GV im Ausland statt und werden Beschlüsse gefasst, die der öffentlichen Beurkundung unterliegen, so kommt Artikel 25 HRegV³¹⁵ zur Anwendung.

2.1.29 Verwendung elektronischer Mittel

Art. 701c Ausübung der Aktionärsrechte

Artikel 701c legt die rechtliche Grundlage, dass im Rahmen einer GV, die mindestens einen physischen Tagungsort aufweist, die Aktionärinnen und Aktionäre insbesondere ihr Stimmrecht auch direkt elektronisch ausüben können (*direct voting*). Zumindest die Grundsätze sind in den Statuten zu verankern.

Der Vorentwurf verzichtet darauf, eine rechtliche Pflicht für ein solches *direct voting* vorzusehen. Der Verwaltungsrat bzw. das Aktionariat sollen entscheiden, ob der Nutzen für das *direct voting* die Kosten und allfälligen Implementierungsprobleme überwiegt.

Siehe zum *indirect voting* mittels der unabhängigen Stimmrechtsvertretung Artikel 689c Absatz 7.

Art. 701d Cybergeneralversammlung

Eine GV kann gemäss Absatz 1 ohne physischen Tagungsort (s. Art. 701a–c) durchgeführt werden. Diese Cybergeneralversammlung ist zulässig, wenn die Statuten sie vorsehen und eine unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder ein unabhängiger Stimmrechtsvertreter bezeichnet wird (s. Art. 689c f.). Der Beschluss über die statutarische Grundlage der Cybergeneralversammlung unterliegt dem qualifizierten Mehr gemäss Artikel 704 Absatz 1 Ziffer 10, da das Unmittelbarkeitsprinzip in physischer Hinsicht aufgehoben wird.

Die Pflicht zur Bezeichnung einer unabhängigen Stimmrechtsvertretung dient insbesondere dazu, dass Aktionärinnen und Aktionäre auch bei der Cybergeneralversammlung nicht zwingend elektronische Mittel verwenden müssen. Sie können die unabhängige Stimmrechtsvertretung auch in Papierform bevollmächtigen und ihr Weisungen erteilen. Diese übt sodann im Rahmen der Cybergeneralversammlung die entsprechenden Aktionärsrechte aus.

Im Gegensatz zum Entwurf 2007³¹⁶ wird die Cybergeneralversammlung nicht mehr ausgeschlossen, wenn Beschlüsse gefällt werden, die öffentlich zu beurkunden sind. Es ist jedoch denkbar, dass das kantonale Beurkundungsrecht – gestützt auf Art. 55 des Schlusstitel des ZGB³¹⁷ – beispielsweise eine Gründungs-

³¹⁵ Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV, SR **221.411**).

³¹⁶ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl **2008** 1589, 1681.

³¹⁷ SR **210**

Cybergeneralversammlung oder die Beurkundung weiterer Willensäusserungen unter Abwesenden nicht zulässt. Liegt hingegen eine Sachbeurkundung vor – dies ist bei den Beschlüssen der GV der Regelfall – sind keine sachlichen Gründe erkennbar, weshalb eine Cybergeneralversammlung selbst bei Vorliegen einer Pflicht zur öffentlichen Beurkundung unzulässig sein sollte. Bereits heute wird die öffentliche Beurkundung von Urabstimmungen und Zirkularbeschlüssen als möglich und zulässig eingestuft.³¹⁸

Bei Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, kann gemäss Absatz 2 auf die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters verzichtet werden, sofern alle Aktionärinnen und Aktionäre mit der Durchführung der Cybergeneralversammlung einverstanden sind. Soweit die Statuten keine Bestimmungen zur Einholung der Zustimmung der Aktionärinnen und Aktionäre vorsehen, bestimmt der Verwaltungsrat die Modalitäten (s. Art. 701b).

Art. 701e Voraussetzungen für die Verwendung elektronischer Mittel

Diese Bestimmung regelt die Voraussetzungen der Verwendung elektronischer Mittel bei der Durchführung der GV, sowohl im Hinblick auf die Ausübung der Aktionärsrechte (Art. 701c) als auch hinsichtlich der Durchführung einer Cybergeneralversammlung (Art. 701d).

Gemäss dem Unmittelbarkeitsprinzip sollen sich die Aktionärinnen und Aktionäre ihre Meinung gestützt auf die Voten des Verwaltungsrats und der Mitaktionärinnen und Mitaktionäre bilden können (Abs. 2 Ziff. 2 und 3). Es muss daher sichergestellt werden, dass jede Teilnehmerin und jeder Teilnehmer sich aktiv an der GV beteiligen und Anträge stellen kann. Der Verwaltungsrat muss sicherstellen, dass die Identität der Teilnehmerinnen und Teilnehmer eindeutig feststeht (Abs. 2 Ziff. 1) und das Abstimmungsergebnis nicht verfälscht werden kann (Abs. 2 Ziff. 4). Aufgrund seiner Pflicht zur schonenden Rechtsausübung muss der Verwaltungsrat beim Einsatz elektronischer Mittel ältere, aber noch weit verbreitete Betriebssysteme berücksichtigen und die Apple- und PC-Kompatibilität sicherstellen. Technisch durchschnittlich begabte und ausgerüstete Aktionärinnen und Aktionäre müssen die elektronischen Mittel einsetzen können.

Der Verwaltungsrat sollte auch die technische Entwicklung im Auge behalten. So ist es denkbar, dass er je nach Verbreitung eines technischen Geräts (zurzeit z. B. der Tablet-Computer) oder einer Software den Einsatz elektronischer Mittel entsprechend anpassen muss (z. B. durch Bereitstellen einer entsprechenden Applikation).

Art. 701f Technische Probleme der Gesellschaft

Sind technische Probleme auf Seiten der Gesellschaft aufgetreten, so muss der Verwaltungsrat die Abstimmung oder Wahl in jedem Fall wiederholen. Er kann sich von dieser Pflicht nicht mit dem Nachweis befreien, dass die technischen Probleme keinen Einfluss auf das Abstimmungs- oder Wahlresultat gehabt haben. Das Aktionariat hat einen unverzichtbaren Anspruch darauf, dass die Abstimmungen und Wahlen zu traktandierten Geschäften formell sauber durchgeführt werden.

³¹⁸ S. CHRISTIAN BRÜCKNER, Öffentliche Beurkundung von Urabstimmungen und Zirkularbeschlüssen, Bd. 94 (1998), Nr. 2, S. 33 ff.

Kann die GV aufgrund technischer Probleme, die auf Seiten der Gesellschaft auftreten, nicht in der vom Gesetz oder den Statuten vorgesehenen Form durchgeführt oder beendet werden, ist sie gemäss Absatz 1 zu einem späteren Zeitpunkt zu wiederholen. Die in Artikel 700 Absatz 1 vorgesehene Frist zur Einladung zur GV ist diesfalls nicht zu beachten. Es genügt, wenn das neue Datum für die GV so angesetzt wird, dass die Mehrheit der Aktionärinnen und Aktionäre nicht von vornherein von der Teilnahme ausgeschlossen ist. Wird die ursprüngliche Traktandenliste angepasst oder ergänzt, so sind die rechtlichen und statutarischen Vorschriften zur Einberufung wieder vollständig einzuhalten, da es sich de facto um eine neue Einberufung handelt. Andernfalls wäre es möglich, strenge Einberufungsvorschriften zu umgehen, indem nach (angeblichen) technischen Problemen neue Traktanden hinzugefügt werden.

Nicht als technische Probleme der Gesellschaft gelten Schwierigkeiten der Aktionärinnen und Aktionäre mit den von ihnen benutzten Telekommunikationsunternehmen. Hat jedoch ein bedeutendes Telekommunikationsunternehmen flächendeckende Probleme und ist davon auszugehen, dass ein wesentlicher Teil der Aktionärinnen und Aktionäre dessen Dienste beansprucht, so kann der Verwaltungsrat der Gesellschaft diese Schwierigkeiten nicht ignorieren. Gegebenenfalls hat er die GV für eine kurze Zeit zu unterbrechen oder sogar zu einem späteren Zeitpunkt fortzuführen. Probleme mit der eigenen Hardware und der allgemeinen Software, insbesondere dem verwendeten Browser, fallen in den Risikobereich der Aktionärinnen und Aktionäre.

Verhandlungsgegenstände, die vor dem Auftreten der technischen Probleme behandelt wurden, müssen gemäss Absatz 2 nicht nochmals traktandiert und beschlossen werden. Die entsprechenden Beschlüsse sind unter Vorbehalt weitere Voraussetzungen (z. B. das Einhalten von Quoren) zustande gekommen.

Art. 701g Elektronisches Forum

Artikel 701g sieht neu die Pflicht für den Verwaltungsrat börsenkotierter Gesellschaften vor, dem Aktionariat ab Einberufung der ordentlichen oder einer ausserordentlichen GV (s. Art. 700 Abs. 1) bis zwei Tage vor deren Durchführung ein elektronisches Forum zur Verfügung zu stellen (nachfolgend: Forum). Dieses soll die heute als mangelhaft eingestuften Kommunikationsmöglichkeiten zwischen Aktionärinnen und Aktionären *im Vorfeld* der GV³¹⁹ verbessern. Auch die Kommunikation zwischen dem Aktionariat und dem Verwaltungsrat soll dadurch erleichtert werden. Der Verwaltungsrat wird jedoch durch Artikel 701g weder zur spezifischen Öffnung des Aktienbuchs noch zur Implementierung eines ganzjährigen Forums verpflichtet.

Gemäss Absatz 2 ermöglicht das Forum dem Aktionariat insbesondere die Diskussion sämtlicher Verhandlungsgegenstände/Traktanden und Anträge der einberufenen GV. Die Kommunikation unter den Aktionärinnen und Aktionären muss möglich sein (z. B. in einem Chatroom), ansonsten läge kein Forum zur Erörterung der Verhandlungsgegenstände und Anträge vor.³²⁰ Die Aktionärinnen und Aktionäre

³¹⁹ S. KARIM MAIZAR, Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften, Zürich 2012, S. 374 ff.; PETER FORSTMOSER/HERBERT WOHLMANN/KARL HOFSTETTER, Stärkung der Aktionärsdemokratie durch das Internet, in: NZZ vom 3. April 2012, Nr. 79, S. 29.

³²⁰ Duden, Deutsches Universalwörterbuch, Mannheim 2003.

müssen sich auch zu weiteren gesellschaftsrelevanten, jedoch für die einberufene GV nicht traktandierten Themen äussern können. Sie müssen zudem Stimmempfehlungen abgeben können.³²¹ Für das Handeln in gemeinsamer Absprache oder als organisierte Gruppe sind die Vorgaben der Eidg. Finanzmarktaufsicht zu beachten.³²² Im Hinblick auf das Forum ist entscheidend, ob die Ausübung der Stimmrechte dem freien Entscheid des Einzelnen entzogen und durch eine strukturelle Absprache zur Gruppensache wird.³²³

Gemäss Absatz 3 darf der Verwaltungsrat aktiv am Forum teilnehmen. Auch darf er Ideen, Anmerkungen, Kritikpunkte etc. an der GV wieder aufgreifen. Dabei ist er an das Gebot der Sachlichkeit und der Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionärinnen und Aktionäre gebunden. Seine Standpunkte hat er mit der erforderlichen Sorgfalt zu vertreten (Art. 717 OR). Der Verwaltungsrat darf nicht Personen für sich instrumentalisieren, damit diese in eigenen Namen, aber für den Verwaltungsrat im elektronischen Forum auftreten. Zudem darf er keine Stimmen kaufen. Dies würde nicht nur gegen seine Sorgfaltspflichten, sondern auch gegen die guten Sitten verstossen (Art. 19 Abs. 2 OR).

Die Benutzung des Forums darf gemäss Absatz 4 nicht in anonymisierter Form geschehen. Der Verwaltungsrat hat dafür zu sorgen, dass die Identität der Aktionärin oder des Aktionärs für die anderen Teilnehmerinnen und Teilnehmer ersichtlich ist (z. B. beim Einloggen in den Chatroom).

Der Verwaltungsrat regelt gemäss Absatz 5 die Einzelheiten, insbesondere den Zugang zum Forum und die Aufrechterhaltung der Funktionalität des Forums. Eine technisch durchschnittlich begabte und ausgerüstete Aktionärin bzw. ein technisch durchschnittlich begabter und ausgerüsteter Aktionär muss mittels Internetanschluss am Forum teilnehmen können. Auch muss der Verwaltungsrat dafür sorgen, dass er einen im Hinblick auf die Komplexität der traktandierten Geschäfte sinnvollen Aufbau des Forums mit den notwendigen Informationen wählt (z. B. Verlinkung mit dem Vergütungsbericht, der Jahresrechnung oder dem Lebenslauf einer zu wählenden Person). Zur Aufrechterhaltung der Sachlichkeit darf er zudem z. B. offensichtlich persönlichkeitsverletzende Äusserungen aus dem Forum entfernen, dies natürlich immer unter der Beachtung des Gebots der schonenden Rechtsausübung. Die Regeln des Verwaltungsrats sind den Aktionärinnen und Aktionären im elektronischen Forum zugänglich zu machen.

Auch Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, dürfen ein Forum vorsehen. Zumindest bei Gesellschaften mit einem breit gestreuten Aktionariat ist dies empfehlenswert.

Die Verlängerung der Frist zur Einberufung der ordentlichen Jahresgeneralversammlung von 20 auf 30 Tage ist auch im Hinblick auf das Forum zu sehen. Insbesondere bei der ordentlichen Jahresgeneralversammlung sind die bisherigen 20 Tage

³²¹ S. zu Erleichterungen hinsichtlich der Pflichten gegenüber der Offenlegungsstelle: Offenlegungsstelle der SIX Swiss Exchange AG, Empfehlung V-02-10 Gruppenbegriff und indirektes Halten im Zusammenhang mit Abstimmungsempfehlungen, S. 124 ff., in: Jahresbericht 2010.

³²² Artikel 10 f. der Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 25. Oktober 2008 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsenverordnung-FINMA, BEHV-FINMA, SR **954.193**).

³²³ S. ROLF H. WEBER, Art. 20 N 91, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz, Basel 2011; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 7 N 70 ff.

für die Willensbildung der Aktionärinnen und Aktionäre – selbst bei Vorhandensein eines Forums – als unzureichend einzustufen (s. Art. 700 Abs. 1).

2.1.30 Durchführung der Generalversammlung

Art. 702 Abs. 2–4 Vorbereitende Massnahmen; Protokoll

Artikel 702 Absatz 2 betrifft den Inhalt des Protokolls der GV.

Ziffer 1 trägt der Neuregelung der Stimmrechtsvertretung Rechnung (s. Art. 689 ff.).

Gibt es mehrere Tagungsorte für die GV (s. Art. 701a), so muss im Protokoll der Haupttagungsort festgehalten werden (Ziff. 2).

Im Protokoll wiederzugeben sind bei Beschlüssen und Abstimmungsergebnissen auch die genauen Stimmenverhältnisse (Ziff. 3).

Ziffer 4 stellt klar, dass Auskunftsbegehren und die darauf erteilten Antworten nur im Protokoll aufzuführen sind, wenn die Fragen in der GV behandelt wurden. Schriftliche Auskunftsbegehren im Sinne von Artikel 697 Absatz 2 müssen demnach nicht erfasst werden.

Weitere Änderungen stehen in Zusammenhang mit der Verwendung elektronischer Mittel bei der Durchführung der GV (s. Art. 701c ff.). So muss das Protokoll Angaben enthalten über die allfällige Verwendung elektronischer Mittel, die Anzahl elektronisch abgegebener Stimmen und das Auftreten technischer Probleme bei der Durchführung der GV (Ziff. 6 und 8).

Wird bei Gesellschaften ohne börsennotierte Aktien ein ausländischer Tagungsort gewählt (Art. 701b) oder eine Cybergeneralversammlung (s. Art. 701d) durchgeführt, so ist im Falle des Verzehrs auf einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter im Protokoll festzuhalten, dass die Zustimmung aller Aktionärinnen und Aktionäre vorliegt (Ziff. 7).

Für das Einsichtsrecht der Aktionärinnen und Aktionäre ins Protokoll der GV ist den technischen Entwicklungen Rechnung zu tragen. Den Aktionärinnen und Aktionären ist gemäss Absatz 3 das Protokoll innert 20 Tagen nach der Durchführung der GV entweder auf elektronischem Weg zugänglich zu machen, oder es ist Ihnen auf ihren Wunsch hin zuzustellen. Die Versendung kann auch per E-Mail erfolgen. Die Gesellschaft trägt die Kosten. Bei Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, sind die Beschlüsse und die Abstimmungsergebnisse unter Angabe der genauen Stimmenverhältnisse (s. Abs. 2 Ziff. 3) gemäss Absatz 4 bereits innerhalb von zwei Tagen nach der GV auf elektronischem Weg zugänglich zu machen. Die entsprechende elektronische Aufbereitung ist mit kaum einem Aufwand verbunden, jedoch für das Aktionariat von grossem Interesse.

Art. 702a Äusserungsrecht des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung

Im Regelfall wird die GV durch den Verwaltungsrat einberufen und durchgeführt. In diesem Rahmen dürfen sich seine Mitglieder als auch die Mitglieder der Geschäftsleitung gemäss Artikel 702a zu allen Verhandlungsgegenständen/Traktanden äussern und Anträge stellen. Sie gelten, auch wenn sie nicht zum Aktionariat gehören, als berechnigte Personen (s. Art. 691 Abs. 2^{bis}).

Weder die Mitglieder des Verwaltungsrats noch der Geschäftsleitung haben hingegen ein rechtlich durchsetzbares Teilnahmerecht; der Wortlaut des geltenden Artikels 702a OR ist diesbezüglich unklar.³²⁴ Durch die Straffung des Wortlauts von Artikel 702a wird nun klar, dass die GV z. B. in Form der Universalversammlung (Art. 701 OR) teilweise oder sogar vollständig ohne den Verwaltungsrat oder die Geschäftsleitung durchgeführt werden kann. Wie insbesondere die Mitglieder des Verwaltungsrats auf die verweigernde Möglichkeit zur Teilnahme an der GV reagieren sollen, ist ihnen überlassen. Im Extremfall bleibt ihnen nur der Rücktritt aus dem Verwaltungsrat übrig.

Art. 703, 704 Abs. 1 und 2 Beschlussfassung und Wahlen;
Im Allgemeinen; wichtige Beschlüsse

Artikel 703 und 704 werden im Hinblick auf die Neuregelung des Weisungsrechts bei der Stimmrechtsvertretung (s. Art. 689c f.) geändert. Massgebend sind nicht mehr die an der GV vertretenen, sondern die *abgegebenen* Aktienstimmen. Gemäss Artikel 703 Absatz 3 gelten Enthaltungen nicht als abgegebenen Stimmen. Von dieser Bestimmung kann auch mittels Statuten nicht abgewichen werden.

Artikel 703 Absatz 1 entspricht dem Absatz 3 des geltenden Artikels 700 OR. Die Zulassung zur Klage auf Kosten der Gesellschaft wird ausdrücklich erwähnt (s. Art. 697j).

Der Ingress von Artikel 704 Absatz 1 wird an Artikel 703 angeglichen. Auch hier wird zukünftig auf die abgegebenen Stimmen abgestellt. Der Ausdruck «absolut» wird gestrichen, da bei Abstimmungen über Sachthemen kein Unterschied zwischen dem Begriff der «absoluten Mehrheit» und demjenigen der «einfachen Mehrheit» besteht. Das absolute Mehr wäre nur bei Wahlen von Bedeutung. Für die Wahl von Mitgliedern des Verwaltungsrats sowie der Präsidentin oder des Präsidenten des Verwaltungsrats genügt aber weiterhin das einfache Mehr nach Artikel 703. Dasselbe gilt für die Wahl der Revisionsstelle.

Die Aufzählung der Beschlüsse, die ein qualifiziertes Mehr voraussetzen, wird den inhaltlich teilweise neuen Bestimmungen des Vorentwurfs entsprechend ergänzt (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1–13). Neu aufgeführt werden das Zusammenlegen von Aktien (Ziff. 2, s. Art. 623), die Einlage durch Verrechnung (Ziff. 3, s. Art. 634a), die Einführung eines Kapitalbands (Ziff. 5, s. Art. 653s ff.), die Umwandlung von Partizipationsscheinen in Aktien (Ziff. 6), der Wechsel der Währung für das Aktienkapital (Ziff. 9), der Beschluss über die statutarische Grundlage des ausländischen Tagungsortes der Generalversammlung bzw. der Cybergeneralversammlung (Ziff. 10) und die Einführung einer statutarischen Schiedsklausel (Ziff. 13).

Klarestellt wird gemäss Absatz 2, dass Statutenbestimmungen, die nur mit qualifiziertem Mehr beschlossen werden können, auch nur mit qualifiziertem Mehr aufgehoben werden dürfen. Andernfalls könnten statutarische Klauseln, die zum Schutz von Personen mit Minderheitsbeteiligungen für bestimmte Beschlüsse ein qualifiziertes Quorum vorsehen, durch ein einfaches Mehr wieder gestrichen werden. Statutarische Quoren würden dadurch im Ergebnis gegenstandslos.

³²⁴ S. DIETER DUBS/ROLAND TRUFFER, Art. 702a N 2 ff., in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

Bei börsennotierte Gesellschaften mit einem hohen Bestand an Dispoaktien kann es sich ergeben, dass statutarische Quoren, die nicht auf die an der GV vertretenen Aktienstimmen, sondern auf das gesamte Aktienkapital Bezug nehmen, *de facto* nicht mehr erreicht werden können. In einem solchen Fall ist es letztendlich Sache des Gerichts, die entsprechende Statutenklausel als ungültig zu erklären.³²⁵

Art. 704a Umwandlung von Aktien in Partizipationsscheine

Das geltende Recht regelt weder die Umwandlung von Aktien in Partizipationsscheine noch den umgekehrten Vorgang ausdrücklich. Die *indirekte* Umwandlung von Aktien- in Partizipationskapital mittels der Herabsetzung des Aktienkapitals und der gleichzeitigen Ausgabe von (mit dem Herabsetzungsbetrag) voll liberierten Partizipationsscheinen ist klarerweise zulässig (ebenso der umgekehrte Fall).

Die *direkte* Umwandlung von Aktien- in Partizipationskapital wird in der Praxis unter folgenden kumulativen Voraussetzungen ebenfalls zugelassen:³²⁶

- Eine Statutenbestimmung muss die direkte Umwandlung von Aktien in Partizipationsscheine ausdrücklich vorsehen wie dies bei der Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien oder umgekehrt der Fall ist (s. Art. 622 Abs. 3 und 627 Ziff. 7 OR).
- Alle betroffenen Aktionäre müssen der Umwandlung ihrer Aktien in Partizipationsscheine zustimmen. Diese erfolgt entweder im Rahmen eines einstimmigen Beschlusses der GV (an der sämtliche betroffenen Aktionäre anwesend oder rechtsgültig vertreten sind) oder mit einer schriftlichen Erklärung gegenüber der Gesellschaft. Sind nicht alle betroffenen Aktionäre an der GV anwesend, so untersteht der Umwandlungsbeschluss der (suspensiven) Bedingung, dass die nicht anwesenden Gesellschafter nachträglich ihre Zustimmung erteilen müssen.
- Der Umwandlungsbeschluss von Aktien- in Partizipationskapital muss von der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen gefasst werden (Art. 703 OR).

Die Umwandlung von Aktien in Partizipationsscheine wird im neuen Artikel 704a explizit geregelt werden. Die Voraussetzung der statutarischen Grundlage wird nicht in den Vorentwurf aufgenommen, um einen administrativen Leerlauf zu vermeiden. Unter geltender Praxis ist eine statutarische Grundlage notwendig, da keine explizite rechtliche Grundlage für die Umwandlung vorliegt. Die Zustimmung sämtlicher betroffener Aktionäre wird entsprechend der bisherigen Praxis übernommen (Art. 704a zweiter Satz). Es erfolgt der Entzug des Mindeststimmrechts, weshalb die Zustimmung der betroffenen Aktionärinnen und Aktionäre unentbehrlich ist. Selbst wenn der Aktionärin oder dem Aktionär eine stimmberechtigte Aktie belassen wird, ist die Zustimmung erforderlich, weil die Aktionärsstellung auch in dem Sinne unentziehbar ist, dass der Person, die sich für die Beteiligungsart «Aktie» entschieden hat, nicht gegen ihren Willen die Aufspaltung ihrer Aktie in die zwei Beteiligungsarten «Partizipationsschein»/«Aktie» aufgezwungen werden darf.³²⁷ Der Beschluss der GV über die Umwandlung von Aktien in Partizipationsscheine hat gemäss Artikel 704a mindestens zwei Drittel der abgegebenen Stimmen und die

³²⁵ S. den gestützt auf das alte Aktienrecht ergangenen BGE 117 II 290 ff., 314 f.

³²⁶ Praxismitteilung Eidg. Amt für das Handelsregister (EHRA) 1/09 vom 12. März 2009.

³²⁷ S. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 5 N 30.

Mehrheit der Nennwerte der Aktien, deren Stimmen abgegeben wurden, auf sich zu vereinigen.

Der umgekehrte Fall, d. h. die Umwandlung von Partizipationsscheinen in Aktien hat den Ausschluss des Bezugsrechts der bisherigen Aktionäre zur Folge. In Anlehnung an Artikel 704 Absatz 1 Ziffer 4 wird deshalb das entsprechende qualifizierte Quorum in Ziffer 6 auch für diese Umwandlung explizit verankert. Die Zustimmung aller betroffenen Partizipantinnen und Partizipanten zur Umwandlung von Partizipationsscheinen in Aktien ist nicht erforderlich, da ihnen keine Rechte entzogen werden. Aus der Tatsache, dass sie durch die Umwandlung zu Aktionärinnen und Aktionären werden, erhalten sie zusätzliche Rechte, insbesondere alle mit dem Stimmrecht verbundenen Möglichkeiten. Dies entspricht der bisherigen Praxis des Eidg. Amtes für das Handelsregister (EHRA).³²⁸ Auf das nach geltender Praxis weitere Erfordernis der statutarischen Grundlage wird mit dem Vorentwurf aus bereits erläuterten Gründen verzichtet (s. Art. 622 Abs. 3).

2.1.31 Zusammensetzung und Organisation des Verwaltungsrats

Art. 705 Abberufung

Wählt die GV die Präsidentin oder den Präsidenten des Verwaltungsrates, so kann sie gemäss Absatz 1 Satz 2 die Präsidentin oder den Präsidenten in seiner Funktion auch abberufen. Das Abberufungsrecht der GV für die Mitglieder des Verwaltungsrats bleibt unverändert bestehen; es wird aber in Bezug auf die Präsidentin oder den Präsidenten präzisiert. Die GV hat somit die Möglichkeit, die Präsidentin oder den Präsidenten nur in dieser Funktion oder auch als Mitglied des Verwaltungsrates abzuberufen.

Art. 707 Im Allgemeinen; Natürliche Personen

In Artikel 707 wird ausdrücklich festgehalten, dass Mitglieder des Verwaltungsrats ausschliesslich natürliche Personen sein dürfen. Dies ergibt sich insbesondere aus der höchstpersönlichen Natur der Funktion als Verwaltungsrat und entspricht der heutigen Praxis und Rechtslage.³²⁹ Der damit verbundene Absatz 3 des geltenden Rechts wird aufgehoben, da er eine Selbstverständlichkeit enthält bzw. die Problematik «entsandter» Verwaltungsrätinnen und Verwaltungsräte auch nicht löst.

Art. 710 Amtsdauer

Die Aktionärinnen und Aktionäre börsenkotierter Gesellschaften wählen gemäss Absatz 1 jährlich die Mitglieder des Verwaltungsrats. Die Amtsdauer endet mit dem Abschluss der nächsten ordentlichen GV. Dadurch wird gewährleistet, dass der bisherige Verwaltungsrat die GV noch durchführen kann. Vom einjährigen Wahl-

³²⁸ Praxismitteilung Eidg. Amt für das Handelsregister (EHRA) 1/09 vom 12. März 2009.

³²⁹ BGE 71 II 277 E. 1, S. 279. Art. 120 der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV, SR 221.411); s. MARTIN WEBER, Vertretung im Verwaltungsrat, Qualifikation – Zulässigkeit – Schranken, Zürich 1994, S. 91 ff.

rhythmus kann nicht abgewichen werden, da sich dieser zwingend aus Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV ergibt.

Wenn die Statuten nichts anderes vorsehen, wählen die Aktionärinnen und Aktionäre von Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, gemäss Absatz 2 die Mitglieder des Verwaltungsrats für vier Jahre. Eine längere Amtsdauer wäre unzulässig.

Bei allen Gesellschaften müssen die Mitglieder des Verwaltungsrats gemäss Absatz 3 einzeln gewählt werden. Eine Wahl *in corpore* ist ausgeschlossen. Dadurch können die Aktionärinnen und Aktionäre ihr Wahlrecht unverfälschter und differenzierter abgeben. Die Wiederwahl bleibt möglich.

Art. 712 Organisation; Präsident

Gemäss Absatz 1 muss die GV von Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, ein Mitglied des Verwaltungsrats zur Präsidentin oder zum Präsidenten wählen. Die Amtsdauer endet spätestens mit dem Abschluss der nächsten ordentlichen GV. Eine längere Amtsdauer oder ein anderes Wahlprozedere würden gegen die zwingenden Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV verstossen.

Bei den übrigen Gesellschaften wählt gemäss Absatz 2 der Verwaltungsrat eines seiner Mitglieder zur Präsidentin oder zum Präsidenten. Die Statuten können bestimmen, dass der Präsident ebenfalls durch die GV gewählt wird.

Die Wiederwahl der Präsidentin oder des Präsidenten des Verwaltungsrats ist gemäss Absatz 3 möglich.

Der Verwaltungsrat kann eine Präsidentin oder einen Präsidenten, die oder der von der GV gewählt wurde, in ihrer oder seiner Funktion suspendieren.³³⁰ Diese Massnahme ist insbesondere gerechtfertigt, wenn wichtige Interessen der Gesellschaft durch die Tätigkeit der Präsidentin oder des Präsidenten gefährdet sind. Erfolgt eine Suspendierung, so hat der Verwaltungsrat sofort eine GV einzuberufen (Art. 726 Abs. 2 OR).

Ist das Amt des Präsidenten vakant, so ernennt der Verwaltungsrat gemäss Absatz 4 für die restliche Amtsdauer eine neue Präsidentin oder einen neuen Präsidenten. Die Statuten können andere Regeln zur Behebung des Organisationsmangels vorsehen, z. B. die sofortige Einberufung einer ausserordentlichen GV oder eine Amtsdauer bis zum Ablauf der nächsten GV.

Gemäss Absatz 5 werden die Vizepräsidentin oder der Vizepräsident und die Sekretärin oder den Sekretär durch den Verwaltungsrat ernannt. Die Sekretärin oder der Sekretär muss nicht Mitglied des Verwaltungsrats sein.

Art. 713 Abs. 2 Beschlüsse

Absatz 2 ermöglicht dem Verwaltungsrat, die Beschlussfassung auf dem Weg der schriftlichen Zustimmung zu einem Antrag oder unter ausschliesslicher Verwendung elektronischer Mittel, sofern kein Mitglied die mündliche Beratung verlangt. Dieses Vorgehen ist sinnvoll, wenn aufgrund zeitlicher Dringlichkeit eine Sitzung an einem gemeinsamen physischen Ort nicht möglich ist oder wenn Entscheide von untergeordneter Bedeutung zu fällen sind. Die Verwaltungsratssitzungen sollen aber weiter-

³³⁰ S. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Zürich 2009, § 13 N 110.

hin nicht mehrheitlich schriftlich oder elektronisch erfolgen. Deshalb kann jedes Mitglied des Verwaltungsrats die mündliche Beratung verlangen. Durch die physische Unmittelbarkeit erscheint es wahrscheinlicher, dass sich eine gute Diskussionskultur etablieren kann und dass die Mitglieder des Verwaltungsrats besser kennenlernen.

Selbstverständlich muss auch über solche Verhandlungen und Beschlüsse ein Protokoll gemäss geltendem Absatz 3 geführt werden. Der Verwaltungsrat hat zudem aufgrund seiner Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 717 OR) dafür zu sorgen, dass keine unbefugten Personen an der schriftlichen oder elektronischen Entscheidungsfindung teilnehmen und das Abstimmungsergebnis verfälschen können.

Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3, 7 und 8 Unübertragbare Aufgaben

In Artikel 716a Absatz 1 Ziffer 3 wird ein Fremdkörper entfernt. Gemäss geltendem Recht muss der Verwaltungsrat eine Finanzplanung nur vorsehen, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist. Diese Einschränkung ist sachlich nicht gerechtfertigt. Auch im Hinblick auf die neue Bestimmung betreffend die Massnahmen zur Behebung der drohenden Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft (s. Art. 725), ist es notwendig, dass der Verwaltungsrat stets für eine Finanzplanung sorgt. Selbstverständlich darf die Finanzplanung auf die wirtschaftliche Bedeutung der Gesellschaft und die Geschäftstätigkeit angepasst werden. Es wird von keinem Kleinunternehmen verlangt, dass es eine komplexe Finanzplanung betreibt wie eine Gesellschaft, deren Aktien an einer Börse kotiert sind. Aber auch ein Kleinunternehmen muss neben der Budgetierung dafür sorgen, dass der Umfang der Liquidität und das Verhältnis von Eigen- und Fremdkapital eine Fortführung der Gesellschaft nicht gefährden.³³¹ Oftmals wird hierzu eine (einfache) Geldflussrechnung notwendig sein.³³²

Die Benachrichtigung des Gerichts im Falle der Überschuldung (bisherige Ziff. 7) kann nach bisherigem Recht zur Konkurseröffnung oder, bei Aussicht auf Sanierung, zum Konkursaufschub führen. Mit der Aufhebung des Konkursaufschubs und dem nach revidiertem SchKG neu möglichen Einsatz der Nachlassstundung als Sanierungsinstrument übernimmt die Nachlassstundung integral die bisherige Funktion des Konkursaufschubs (s. vorne Ziff. 1.3.7.3). Die Einreichung eines Gesuchs um Nachlassstundung ist ein fundamentales Ereignis im Dasein der Gesellschaft und soll auch deshalb in Ziffer 7 explizit als unübertragbare Aufgabe des Verwaltungsrates aufgeführt werden.

Gemäss Ziffer 8 ist der Verwaltungsrat von Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien für die jährliche Erstellung des Vergütungsberichts zuständig (s. Art. 734 ff.).

Art. 716b Übertragung der Geschäftsführung

Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe b BV³³³ schreibt für börsenkotierte Aktiengesellschaften zwingend vor, dass die Führung der Gesellschaft nicht an eine juristische Person delegiert werden darf. Diese Vorgabe wird in Absatz 1 Satz 1 für sämtliche

³³¹ S. bereits die Botschaft vom 23. Februar 1983 über die Revision des Aktienrechts, BBl **1983** II 745, 922.

³³² S. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Zürich 2009, § 13 N 353 f.

³³³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR **101**).

Gesellschaften umgesetzt. Bereits nach geltendem Handelsregisterrecht werden nur natürliche Personen als Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans sowie als Zeichnungsberechtigte ins Handelsregister eingetragen (Art. 120 HRegV³³⁴).

Zulässig bleibt gemäss Absatz 1 Satz 2 die Übertragung der Vermögensverwaltung an juristische Personen. Ansonsten würden insbesondere börsennotierte Investmentgesellschaften (s. Art. 2 Abs. 3 KAG³³⁵) vor kaum lösbare Probleme gestellt. Die Vermögensverwaltung erfasst auch die Tätigkeit als Vermögensverwalter gemäss Artikel 18 f. KAG. Die Überwachung der externen Vermögensverwalter und die Fassung der zentralen Entscheide der Anlagepolitik obliegen weiterhin dem Verwaltungsrat der übertragenden Gesellschaft (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR).

Wird die Vermögensverwaltung an Konzerngesellschaften übertragen, so findet Artikel 735d Anwendung. Erfolgt die Vermögensverwaltung durch echte Drittgesellschaften, so stellt sich die Vergütungsproblematik nicht, da keine Interessenkonflikte bestehen. Absatz 1 Satz 2 schafft somit keine Umgehungsmöglichkeiten hinsichtlich der zwingenden Vergütungsvorschriften bei börsennotierten Gesellschaften.

Die Bestimmung über das Organisationsreglement wird neu strukturiert und in materieller Hinsicht ergänzt. Absatz 2 umschreibt den zwingenden Mindestinhalt des Organisationsreglements. Die Organisation des Verwaltungsrats und allfällige Verwaltungsratsausschüsse (Ziff. 1) und die Organisation der mit der Geschäftsführung betrauten Personen (Ziff. 2) sind im Organisationsreglement festzuhalten. Dabei sind auch die mit der Geschäftsführung betrauten Stellen und deren Aufgaben zu bezeichnen. Auch die Modalitäten der Berichterstattung innerhalb des Verwaltungsrats bzw. zwischen der Geschäftsleitung und dem Verwaltungsrat sind zu regeln (Ziff. 3). Zudem hat das Organisationsreglement den Umgang mit den Interessenskonflikten zu enthalten (s. Art. 717a).

Der Verwaltungsrat muss gemäss Absatz 4 jede Aktionärin und jeden Aktionär auf Wunsch schriftlich über die Organisation des Verwaltungsrats und der Geschäftsführung orientieren; ein Nachweis besonderer Interessen ist dafür nicht erforderlich. Der Informationsanspruch bezieht sich jedoch nur auf Tatsachen, die Teil des zwingenden Inhalts des Organisationsreglements gemäss Absatz 2 sind. Dadurch soll verhindert werden, dass die Gesellschaft sich im Organisationsreglement nur auf das absolut Notwendige beschränkt, um bestimmte Informationen nicht offenlegen zu müssen. Auch Gläubigerinnen und Gläubiger der Gesellschaft haben einen Informationsanspruch; sie müssen allerdings ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft machen (Abs. 4; s. hierzu auch Art. 958e Abs. 2 OR).

Art. 717 Randtitel und Abs. 1bis Sorgfalts- und Treuepflicht; Im Allgemeinen

Zusätzlich zur allgemeinen Sorgfaltspflicht nach Artikel 717 Absatz 1 OR hält der neue Absatz 1^{bis} die Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrats und der mit der Geschäftsführung befassten Personen in Bezug auf die Festlegung der Vergütungen explizit

³³⁴ Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (SR **221.411**); CHRISTIAN CHAMPEAUX, Art. 120 N 4 ff., in: Rino Siffert/Nicholas Turin, Stämpflis Handkommentar (HRegV), Bern 2013.

³³⁵ Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagen-gesetz, KAG, SR **951.31**).

fest. Sie haben dafür zu sorgen, dass die von ihnen festgelegten Vergütungen sowohl mit der wirtschaftlichen Lage als auch mit dem dauernden Gedeihen des Unternehmens im Einklang stehen. Zudem müssen die Vergütungen in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben, Leistungen und der Verantwortung der Empfängerinnen und Empfänger stehen.

Absatz 1^{bis} verdeutlicht, dass der Verwaltungsrat und die mit der Geschäftsführung befassten Personen im Rahmen einer Verantwortlichkeitsklage ersatzpflichtig werden können, wenn sie durch Nachlässigkeit bei der Festlegung der Vergütungen die Gesellschaft schädigen. Marktkonforme Vergütungen des obersten Kaders, die aufgrund des fehlenden offensichtlichen Missverhältnisses zur erbrachten Gegenleistung nicht der Rückerstattungsklage nach Artikel 678 Absatz 1 unterliegen, können trotzdem zu einer Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates führen, wenn diese Vergütungen nicht mit der wirtschaftlichen Lage oder dem dauernden Gedeihen des Unternehmens im Einklang stehen bzw. nicht in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben, Leistungen und der Verantwortung der Empfängerinnen und Empfänger stehen.

Das Kriterium der wirtschaftlichen Lage bringt zum Ausdruck, dass die Vergütungen auch mit dem aktuellen Geschäftsgang des Unternehmens vereinbar sein müssen (als Kriterien fallen unter anderem die Kapitaldeckung, der Verschuldungsgrad, die Ertragslage oder der Cash Flow in Betracht). Die Vergütungen berücksichtigen Erfolg und Misserfolg des Unternehmens in einem ausgewogenen Verhältnis.

Die Konkretisierung der Sorgfaltspflicht bei Vergütungen durch den Bezug auf die wirtschaftliche Lage des Unternehmens steht nicht im Widerspruch dazu, dass auf dasselbe Kriterium bei der Rückerstattungsklage nach Artikel 678 Absatz 1 neu verzichtet wird. Bei Artikel 678 geht es um den Schutz des Gesellschaftsvermögens. Dieses ist ungeachtet der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens vor verdeckten Gewinn- und Kapitalentnahmen zu schützen. Demgegenüber verpflichtet Artikel 717 Abs. 1^{bis} den Verwaltungsrat und die mit der Geschäftsführung befassten Personen zur Sorgfalt bei der Festlegung der Vergütungen. Es ist sachgerecht, dass sich diese konkrete Sorgfaltspflicht an der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens auszurichten hat.

Der Begriff des dauernden Gedeihens des Unternehmens ist dem schweizerischen Recht nicht unbekannt (Art. 960e Abs. 3 Ziff. 4 OR). In Bezug auf die Sorgfaltspflicht bei der Festlegung der Vergütungen soll damit zum Ausdruck gebracht werden, dass durch die Vergütungspolitik keine kurzfristige Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft gefördert werden soll. Vielmehr soll durch diese Politik ein nachhaltiger, im langfristigen Interesse der Gesellschaft liegender Gewinn angestrebt werden. Dem Verwaltungsrat und den mit der Geschäftsführung befassten Dritten steht bei der Festlegung der Vergütungen ein Ermessensspielraum zu; die Vergütungen müssen nicht starr gewissen wirtschaftlichen Kennzahlen folgen. Es sind beispielsweise auch Situationen denkbar, in denen es trotz schlechter wirtschaftlicher Lage angezeigt sein kann, attraktive Löhne zu gewähren, um hoch qualifizierte Führungs- und Fachkräfte halten oder rekrutieren zu können.

Mit dem Kriterium des angemessenen Verhältnisses der Vergütung zu den Aufgaben, Leistungen und der Verantwortung der Empfängerinnen und Empfänger wird schliesslich klargestellt, dass für die Beurteilung der Frage der sorgfältigen Festlegung der Vergütung nicht nur auf gesamtunternehmerische Kriterien abgestellt werden muss, sondern auch auf individuelle Elemente der Vergütungsempfängerin-

nen und -empfänger. Dadurch wird sichergestellt, dass die Vergütungen auch bei guter wirtschaftlicher Lage und langfristiger Ausrichtung nicht beliebig festgelegt werden dürfen, sondern immer auch durch Aufgaben, Leistungen und Verantwortung der Empfängerinnen und Empfänger gerechtfertigt sein müssen. Durch dieses zusätzliche Kriterium kann auf die von gewissen Kreisen geforderte staatlich festgelegte absolute oder relative Vergütungsobergrenze (z. B. eine Maximalvergütung von einer Million Franken resp. einem Verhältnis zwischen der niedrigsten und höchsten Vergütung von maximal 1 zu 20) verzichtet werden (s. aber zur verbesserten Transparenz Art. 626 Abs. 2 Ziff. 3).

Das Abstellen auf die Angemessenheit der Vergütungen ist kein Novum im schweizerischen Gesellschaftsrecht. Dieses Kriterium wurde bereits in Artikel 679 aOR³³⁶ verwendet und besteht für Genossenschaften heute noch in Artikel 904 OR. Es ist dabei nicht auf eine absolute Höhe der Vergütung abzustellen, sondern es muss im Einzelfall anhand der Aufgaben, Leistungen und Verantwortung der Empfängerin oder des Empfängers geprüft werden, ob diese noch angemessen ist.³³⁷

Die konkretisierte Sorgfaltspflicht gemäss Absatz 1^{bis} bedeutet schliesslich nicht, dass Vergütungen, die nicht vom Verwaltungsrat oder von mit der Geschäftsführung betrauten Personen festgelegt werden, unsorgfältig und entgegen dem Gesellschaftsinteresse festgelegt werden dürfen.

Artikel 717 Absatz 1^{bis} war bereits im indirekten Gegenvorschlag vom 16. März 2012 zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» enthalten (s. Ziff. 1.1.6.2).³³⁸ In der VegüV³³⁹ konnte der Bundesrat die Konkretisierung der Sorgfaltspflicht nicht vornehmen, da Artikel 95 Absatz 3 BV³⁴⁰ keine ausreichende Kompetenzgrundlage bildete (s. Ziff. 1.3.4.1).

Art. 717a Interessenkonflikte

Eine wichtige Neuerung für eine gute Corporate Governance findet sich in Artikel 717a, der sich mit Interessenkonflikten im Verwaltungsrat befasst. Da eine entsprechende Bestimmung im geltenden Recht fehlt, wurde bisher versucht, die Frage von Interessenskonflikten unter Bezug der Vorschriften zur Treuepflicht des Verwaltungsrats (Art. 717 Abs. 1 OR) sowie zur arbeits- und auftragsvertraglichen Treuepflicht zu lösen (Art. 321a und 398 Abs. 1 und 2 OR). Absatz 1 hält neu ausdrücklich fest, dass Mitglieder des Verwaltungsrats die Präsidentin oder den Präsidenten des Verwaltungsrats unverzüglich und vollständig über Interessenkonflikte informieren müssen. Ein Interessenkonflikt kann u. a. dadurch bestehen, dass das Organmitglied in einer engen Beziehung zu einer Dritten oder einem Dritten steht, die oder der mit der Gesellschaft geschäftliche Beziehungen knüpft.

Gemäss Absatz 2 wendet sich die Präsidentin oder der Präsident des Verwaltungsrats bei eigenen Interessenkonflikten an die Vize-Präsidentin oder den Vize-

³³⁶ AS 1937 185, 216 und 345; in Kraft bis zum 30. Juni 1992.

³³⁷ S. WOLFHART BÜRGEL, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, b/1, Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660-697), Zürich 1957, Art. 679 aOR N 9.

³³⁸ S.
<http://www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgesseite/2010/20100443/Schlussabstimmungstext%201%20NS%20D.pdf> (S. 8).

³³⁹ SR 221.331

³⁴⁰ SR 101

Präsidenten. Gibt es diese Funktion in der Gesellschaft nicht, so wendet sie oder er sich an den Verwaltungsrat.

Je nach Art und potenziellen Folgen des Interessenkonflikts für die Gesellschaft muss die Präsidentin oder der Präsident (Absatz 1) bzw. die Vizepräsidentin oder der Vizepräsident (Absatz 2) die weiteren Mitglieder des Verwaltungsrats informieren. Dies wird der Regelfall sein. Das Organisationsreglement kann vorsehen, dass die Präsidentin oder der Präsident sämtliche ihr oder ihm bekannten Interessenkonflikte dem Verwaltungsrat melden muss.

Der Verwaltungsrat oder die (Vize-)Präsidentin oder der (Vize-)Präsident ist gemäss Absatz 3 verpflichtet, die nötigen Massnahmen zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft zu ergreifen.³⁴¹ Selbstverständlich darf das betreffende Verwaltungsratsmitglied an der Beschlussfassung nicht teilnehmen, ob überhaupt Massnahmen einzuleiten sind. Der Ausstand kann die Beratung des Geschäfts und die Beschlussfassung oder in weniger gravierenden Fällen nur die Beschlussfassung umfassen. Verfügt die betroffene Person beispielsweise als einzige über das erforderliche Sachwissen, um das Geschäft zu beurteilen, kann es nötig sein, dass sie an der Beratung teilnimmt und lediglich bei der Abstimmung in Ausstand tritt. Musste die Präsidentin oder Präsident bzw. die Vizepräsidentin oder der Vizepräsident die übrigen Mitglieder des Verwaltungsrats nicht informieren, obliegt es ihr oder ihm, die Massnahmen nach Absatz 3 zu ergreifen.

Hat der Verwaltungsrat die Geschäftsführung ganz oder zum Teil übertragen, so hat das Organisationsreglement den Umgang mit Interessenkonflikten in sinngemässer Weise zu regeln (s. Art. 716b Abs. 2 Ziff. 4). Der Verwaltungsrat hat folglich klare Verfahrensabläufe vorzugeben und ist den Umständen entsprechend einzubinden.

Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder sind aufgrund der aktienrechtlichen Treuepflicht (Art. 717 OR) gehalten, das Auftreten von Interessenskonflikten so weit wie möglich zu vermeiden. Wenn sie die Gesellschaft aufgrund eines fehlerhaften Umgangs mit einem Interessenkonflikt schädigen, haften sie gestützt auf Artikel 754 OR. Dies gilt insbesondere auch für die Mitglieder des Verwaltungsrates, wenn sie entgegen der Vorgabe von Artikel 717a Absatz 3 untätig blieben, obwohl sie von einem Interessenkonflikt Kenntnis hatten.

Art. 718 Randtitel

Vertretung; im Allgemeinen

Dem Randtitel wird aufgrund von Änderungen in der Gesetzessystematik eine neue Nummerierung zugeteilt.

³⁴¹ S. dazu PETER BÖCKLI/CLAIRE HUGUENIN/FRANÇOIS DESSEMONTET, Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004, S. 208 f.

Art. 722 Haftung für Organe

Der Randtitel wird richtig gestellt. Es geht nicht um die Haftung der Organe, sondern um die Haftung der Gesellschaft für die Organe (Art. 55 ZGB³⁴²) und für die zur Vertretung befugten Personen. Inhaltlich ändert sich nichts.

Die bisherigen Vorschriften betreffend den Kapitalverlust und die Überschuldung der Gesellschaft werden umfassend überarbeitet. Zusätzliche Indikatoren wirtschaftlicher Schwierigkeiten und der graduelle Einbezug externer Stellen sollen bewirken, dass der Verwaltungsrat früher als bisher Sanierungsmassnahmen vornimmt. Diese sollen noch vor oder gegebenenfalls ergänzend zu den Sanierungswerkzeugen des neuen Nachlassrechts ergriffen werden.

Art. 725 Drohende Zahlungsunfähigkeit

Artikel 725 befasst sich mit der drohenden Zahlungsunfähigkeit, dem wichtigsten der oben angesprochenen «Frühwarnsysteme» (s. Ziff. 1.3.7.1), und den dadurch ausgelösten Handlungspflichten.

Die Finanzplanung gehört zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates (s. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3). Der neue Artikel 725 hält fest, dass sich diese Pflicht bei drohenden Liquiditätsproblemen akzentuiert, indem zum planenden Element explizite Handlungspflichten hinzutreten, deren wirksame Erfüllung zeitnah überwacht wird. Artikel 725 wird den Regeln zum Kapitalverlust und zur Überschuldung vorangestellt und bildet den Kern des neuen Sanierungsrechts im OR.

Zahlungsunfähigkeit im Sinne von Absatz 1 liegt vor, wenn der Schuldner seine fälligen Verbindlichkeiten längerfristig nicht mehr erfüllen kann, somit der Schuldner weder über die Mittel verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen, noch über den erforderlichen Kredit, sich diese Mittel nötigenfalls zu beschaffen,³⁴³ wobei die einmalige Unmöglichkeit, fristgerecht zu zahlen, noch keine Zahlungsunfähigkeit begründet.³⁴⁴ Begründete Besorgnis der Zahlungsunfähigkeit ist namentlich gegeben, wenn sich die Hinweise darauf verdichten, dass die Zahlungsverpflichtungen in den nächsten 12 Monaten nicht erfüllt werden können, sei es als Folge einzelner Ereignisse oder aufgrund struktureller Veränderungen im unternehmerischen Umfeld. Die 12 Monate entsprechen dem Zeitraum, der für die Annahme der Fortführung der Geschäftstätigkeit gemäss Rechnungslegungsrecht massgebend ist (Art. 958a OR).

Wichtige Neuerungen bestehen bei den Rechtsfolgen bzw. den ausgelösten Handlungspflichten: Es soll primär eine Pflicht des Verwaltungsrats zur Liquiditätspla-

³⁴² SR 210

³⁴³ BGE 111 II 206

³⁴⁴ BGE 109 II 78

nung ausgelöst werden (Abs. 1–3). Erst in einer allfälligen zweiten Phase muss die GV einbezogen werden (Abs. 4).

Beim Liquiditätsplan gemäss Absatz 2 handelt es sich um eine Geldflussrechnung i. S. v. Artikel 961b OR, die jedoch prospektive Elemente enthält. Sie stellt sowohl den Bestand als auch die zu erwartende Veränderung der flüssigen Mittel des Unternehmens infolge Ein- und Auszahlungen aus der Geschäfts-, Investitions- und Finanzierungstätigkeit dar. Anders als die Liquiditätsplanung im revidierten Nachlassrecht ist ein Zeithorizont von 12 Monaten festgelegt. Dies schliesst aber nicht aus, dass der für die Zwecke dieses Artikels erstellte Liquiditätsplan auch zur Begründung eines Nachlassstundungsgesuchs nach Artikel 293 SchKG verwendet werden kann.

Der Liquiditätsplan ist gemäss Absatz 1 in eine umfassende Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft (s. Art. 958 OR) eingebettet. Bei dieser Gelegenheit kann sich eine begründete Besorgnis der Überschuldung im Sinne von Artikel 725b ergeben, was die dort vorgesehenen Handlungspflichten auslöst.

Der Liquiditätsplan kann die vom Verwaltungsrat in Ausübung der eigenen Kompetenzen (Art. 716 Abs. 1 OR) geplanten Sanierungsmassnahmen und deren zu erwartenden Auswirkungen berücksichtigen. Damit ist implizit die Erwartung verbunden, dass der Verwaltungsrat bereits zu diesem Zeitpunkt entsprechende Massnahmen ergreift. Ihm steht es zudem frei, die GV einzuberufen, etwa wenn die notwendigen Sanierungsmassnahmen deren Zustimmung erfordern (z. B. für eine ordentliche Kapitalerhöhung).

Ergibt der Liquiditätsplan, dass eine Zahlungsunfähigkeit nicht droht, so ist er gemäss Absatz 3 einer zugelassenen Revisorin oder einem zugelassenen Revisor bzw. der eigenen Revisionsstelle vorzulegen. Der Begriff «zugelassener Revisor» ist gemäss Artikel 727a f. OR auszulegen. Die zugelassene Revisorin oder der zugelassene Revisor bzw. die Revisionsstelle soll in Bezug auf den Vermögensbestand eine Richtigkeits- und in Bezug auf die künftigen Annahmen eine Plausibilitätsprüfung vornehmen. An letzterer sollte namentlich ein Liquiditätsplan scheitern, der unter allzu optimistischen Annahmen des Verwaltungsrats die Abwendung der drohenden Zahlungsunfähigkeit vorsieht.

Ergibt sich aus dem Liquiditätsplan, dass Zahlungsunfähigkeit droht, oder bestätigt die zugelassene Revisorin oder der zugelassene Revisor die Plausibilität des Liquiditätsplans nicht, so muss der Verwaltungsrat gemäss Absatz 4 eine GV einberufen und ihr Sanierungsmassnahmen beantragen. Ist der Umstand, dass die drohende Zahlungsunfähigkeit nicht behoben werden kann, schon vor der Prüfung durch die zugelassene Revisorin oder den zugelassenen Revisor bzw. der Revisionsstelle erkennbar, so ist wie unter bisherigem Recht unverzüglich eine GV einzuberufen und es sind dieser Sanierungsmassnahmen zu beantragen, namentlich solche, die deren Zustimmung erfordern. Sind die vom Verwaltungsrat der GV beantragten Massnahmen nicht ausreichend oder werden sie von dieser abgelehnt, so ist die Anwendbarkeit von Artikel 725b zu prüfen. Jederzeit kann zudem die Einleitung eines Nachlassverfahrens nach Artikel 293 SchKG sinnvoll erscheinen (Abs. 6).

Sanierungsverfahren sind zeitkritisch und die Akteurinnen und Akteure müssen schnell handeln. Aufgrund unterschiedlichster Sachverhalte (Grösse des Unternehmens, Zugehörigkeit zu einem Konzern, Komplexität der zu ergreifenden Massnahmen etc.) wird darauf verzichtet, fixe Fristen für die Einhaltung der Handlungspflichten vorzuschreiben. Stattdessen wird gemäss Absatz 5 die Pflicht für die zugelassene

Revisorin oder den zugelassenen Revisor bzw. die Revisionsstelle sowie für den Verwaltungsrat statuiert, «mit der gebotenen Eile» zu handeln. Dabei kann an die vom Bundesgericht zum Konkursaufschub entwickelte Praxis angeknüpft werden, wonach dem Verwaltungsrat die nötige Zeit für die Erarbeitung von Sanierungsmassnahmen und gegebenenfalls deren Vorlage zuhanden der GV zu gewähren ist, sofern begründete Aussicht auf wirksame und ausreichende Massnahmen besteht. Ansonsten aber besteht kein Raum für Verzögerungen und der Verwaltungsrat hat wie bisher unverzüglich zu handeln. Der in Absatz 5 statuierten Pflicht kommt im Falle einer späteren Überschuldung (s. Art. 725b) eine besondere Bedeutung zu, da deren Missachtung gegebenenfalls eine Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates begründen kann.

Anstelle des Vorgehens nach den Absätzen 1 bis 4 kann der Verwaltungsrat gemäss Absatz 6 ein Nachlassstundungsgesuch einreichen (Art. 293 Bst. a SchKG). Das Gesuch um Nachlassstundung muss ebenfalls eine Liquiditätsplanung enthalten (Art. 293 Abs. 1 SchKG). Diese braucht allerdings nicht geprüft zu werden. Durch die Ernennung einer Sachwalterin oder eines Sachwalters bzw. der Publikation sind die Interessen der Gläubigerinnen und Gläubiger mindestens in gleichem Masse gewahrt wie durch das Vorgehen gemäss den Absätzen 1 bis 4. Ein Nachlassstundungsgesuch kann auch von einer Gläubigerin oder einem Gläubiger eingereicht werden (Art. 293 Bst. b SchKG). Ein solches Gesuch entbindet den Verwaltungsrat aber nicht von seinen im OR festgelegten Pflichten, es sei denn, er schliesse sich dem Gesuch an. Wird aufgrund der Überschuldung der Richter benachrichtigt, so entfallen die Handlungspflichten gemäss den Absätzen 1 bis 4.

Art. 725a Kapitalverlust

Absatz 1 befasst sich mit weiteren, hauptsächlich kapitalbezogenen Warnindikatoren. Hier wird einerseits an das bewährte Recht angeknüpft,³⁴⁵ gleichzeitig aber auch der Katalog für das rechtzeitige Tätigwerden des Verwaltungsrates erweitert.

Der bisher massgebliche hälftige Kapitalverlust wird gemäss Ziffer 1 durch den Verlust von einem Drittel des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven ersetzt; er setzt somit früher ein als unter bisherigem Recht (Art. 725 Abs. 1 OR). Die Ziffer 2 führt als neuen Indikator die rasche Verringerung des Eigenkapitals infolge eines hohen Jahresverlustes ein. Die ebenfalls neue Ziffer 3 stellt auf drei aufeinander folgende Jahresverluste ab. Massgebend für die Indikatoren gemäss Absatz 1 ist die ordnungsgemäss erstellte Jahresrechnung (Art. 958 ff. OR).

Jeder der drei gesetzlichen Tatbestände von Absatz 1 führt zur Auslösung der Pflichten nach Artikel 725, nämlich zur Erstellung und allenfalls Prüfung eines aktuellen Liquiditätsplans sowie einer umfassenden Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft, allenfalls auch zur Einberufung einer GV. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass ein hinter diesen Indikatoren liegender Sachverhalt regelmässig Liquiditäts- und/oder Kapitalisierungsschwierigkeiten umfasst.

Hinzu kommt für Gesellschaften ohne Revisionsstelle gemäss Absatz 2 die Pflicht, die letzte Jahresrechnung mindestens eingeschränkt durch eine zugelassene Revisorin oder einen zugelassenen Revisor prüfen zu lassen. Damit soll sichergestellt werden, dass die wirtschaftliche Lage nicht schlechter ist, als sie vom Unternehmen dargestellt wird.

³⁴⁵ S. etwa die in BGE 132 III 572 f., E. 5.1 zitierten Indikatoren.

Der Verweis auf Artikel 725 umfasst auch die Verpflichtung aller Beteiligten (Verwaltungsrat sowie zugelassene Revisorin oder zugelassener Revisor bzw. Revisionsstelle), mit der gebotenen Eile zu handeln (s. Art. 725 Abs. 5).

Den Aktionärinnen und Aktionären steht es frei, gegebenenfalls in den Statuten zusätzliche Indikatoren für die Ergreifung von Sanierungsmassnahmen vorzusehen oder die gesetzlichen Voraussetzungen zu verschärfen (z. B. bereits dann, wenn ein Viertel des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist). Eine Lockerung der Indikatoren von Artikel 725 und Artikel 725a ist demgegenüber unzulässig.

Art. 725b Überschuldung

Artikel 725b befasst sich mit dem Zustand der möglichen Überschuldung und knüpft weitgehend am bisherigen Artikel 725 OR an.

Regelmässig werden den Fällen von Artikel 725b ein Zustand und ein Verfahren nach Artikel 725 oder 725a vorangehen. Dies ist aber keinesfalls immer der Fall. Es kann sich erweisen, dass das Vorliegen einer Überschuldung zu prüfen ist, bevor die Handlungspflichten der Artikel 725 und 725a ausgelöst werden. Alle drei Bestimmungen stehen zwar in einem inhaltlichen Zusammenhang, doch begründen sie Pflichten, die unabhängig voneinander bestehen, sobald die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind.

Absatz 1 entspricht im Wesentlichen dem geltenden Artikel 725 Absatz 2 OR. Der zweite Satz beinhaltet den Sonderfall, in welchem nur eine Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten relevant ist (Art. 958a Abs. 2 OR). In diesem Sonderfall ist, wo in den nachfolgenden Absätzen dieser Bestimmung auf «Zwischenbilanzen» Bezug genommen wird, nur die Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten gemeint.

Gemäss Absatz 2 muss der Verwaltungsrat die Zwischenbilanzen durch eine zugelassene Revisorin oder einen zugelassenen Revisor bzw. durch die Revisionsstelle prüfen lassen.

Für die Anzeigepflicht an das Gericht ist gemäss Absatz 3 einzig die Überschuldung ausschlaggebend. Die Anrufung des Gerichts kann in einem (provisorischen) Nachlassstundungs- oder einem Konkurseröffnungsbegehren bestehen. Die Zahlungsunfähigkeit ist demgegenüber nur für die Folgen von Artikel 725 relevant; sie wird aber regelmässig in zwangsvollstreckungsrechtlichen Schritten seitens der Gläubigerinnen und Gläubiger und letztlich ebenfalls in ein Nachlassstundungs- oder Konkursverfahren münden.

Der unter geltendem Recht vorgesehene Rangrücktritt, ergänzt um die im Entwurf 2007 vorgeschlagenen Neuerungen bzw. Präzisierungen (Erfordernis der Stundung des Zinsenlaufs, mit zeitlicher Präzisierung), besteht gemäss Absatz 4 weiterhin und erlaubt es gemäss Ziffer 1, von einer Benachrichtigung des Gerichts abzusehen (s. auch Art. 757 Abs. 4). Solch nachrangige Verpflichtungen sind als Anwendungsfälle von Artikel 959a Abs. 3 OR in der Bilanz gesondert aufzuführen.

Ziffer 2 regelt neu die Möglichkeit, die Anrufung des Gerichts zeitlich hinauszuschieben. An einen solchen Aufschub werden strenge Anforderungen gestellt:

- Es muss eine begründete und konkrete Aussicht auf Sanierung bestehen;³⁴⁶ und
- es muss zudem eine begründete und konkrete Aussicht bestehen, dass sich während dieses Zuwartens die Überschuldung nicht wesentlich vergrössert.

Nur unter diesen kumulativen Voraussetzungen sind die Interessen der Gläubigerinnen und Gläubiger nicht gefährdet. Allerdings soll das Unternehmen im Zustande der Überschuldung selbst bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen nicht zeitlich unbegrenzt am Rechtsverkehr teilnehmen dürfen. Deshalb wird eine zeitliche Grenze von 90 Tagen festgelegt. Wenn es sich abzeichnet, dass diese Frist nicht ausreichend ist oder wenn sich die Überschuldung wesentlich erhöht, darf von der Überschuldungsanzeige nicht mehr abgesehen werden. Gegebenenfalls kann eine (provisorische) Nachlassstundung beantragt werden, um die vorgesehene Sanierung unter Beizug einer Sachwalterin oder eines Sachwalters zu beenden.

Verfügt die Gesellschaft über keine Revisionsstelle, so obliegen gemäss Absatz 5 der zugelassenen Revisorin oder dem zugelassenen Revisor die Anzeigepflichten der eingeschränkt prüfenden Revisionsstelle. Diese Bestimmung entspricht dem geltenden Artikel 725 Absatz 3 OR.

Wie bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit und beim Kapitalverlust haben der Verwaltungsrat sowie die zugelassene Revisorin oder der zugelassene Revisor bzw. die Revisionsstelle gemäss Absatz 6 mit der gebotenen Eile zu handeln (s. Art. 725).

Wo Artikel 725b mittels Verweises des GmbH-Rechts (s. Art. 820 Abs. 1) und des Genossenschaftsrechts (s. Art. 903) anwendbar ist, können ausstehende Nachschüsse, deren Einzahlung unmittelbar bevorsteht (längstens aber innerhalb der 90-tägigen Frist) berücksichtigt werden. Vorausgesetzt ist dabei stets, dass die Leistungen aus den Nachschüssen alleine oder mit anderen Sanierungsmassnahmen zur Beseitigung der Überschuldung ausreichen. Besteht diesbezüglich Unsicherheit, ist ein Gesuch um (provisorische) Nachlassstundung angebracht. Ist die Überschuldungsanzeige bereits eingereicht, kann in solchen Konstellationen auch Artikel 173a SchKG zur Anwendung kommen.

Art. 725c Aufwertung

Artikel 725c behält in Absatz 1 und 2 den Regelungsgehalt der Artikel 670 und Art. 671b OR bei. Unter bestimmten Umständen dürfen also weiterhin Grundstücke oder Beteiligungen aufgewertet werden. Auf die im Entwurf 2007 noch vorgesehene Aufhebung dieser bilanzmässigen Sanierungsmassnahme³⁴⁷ wird verzichtet, da berechtigte Gründe gegen die Aufhebung vorgebracht wurden³⁴⁸ und zudem im Vorentwurf die Vorschriften zur drohenden Zahlungsunfähigkeit (s. Art. 725) verschärft werden.

³⁴⁶ BGE **116** II 533, E. 5a; BGE **132** III 564 E. 5.1; Urteil 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001, E. 4b.

³⁴⁷ S. Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl **2008** 1589, 1658.

³⁴⁸ S. LUKAS HANDSCHIN, Rechnungslegung im Gesellschaftsrechts, Basel 2013, N 662 ff.

Die Aufwertung ist gemäss Absatz 2 nur zulässig, wenn eine zugelassene Revisorin oder ein zugelassener Revisor bzw. die Revisionsstelle zuhanden der GV bestätigt, dass die gesetzlichen Bestimmungen eingehalten sind. Der Aufwertungsbetrag ist zudem unter der gesetzlichen Gewinnreserve (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. c OR) gesondert als Aufwertungsreserve auszuweisen.

Die Bestimmung kommt sowohl im Falle der Überschuldung (s. Art. 725b) als auch beim Kapitalverlust (s. Art. 725a Abs. 1 Ziff. 1) zum Tragen.

Die Aufwertungsreserve darf gemäss Absatz 3 wie im geltenden Recht nur unter bestimmten Umständen aufgelöst werden. Die Umwandlung in Aktien(nennwert)kapital umfasst dabei auch die Umwandlung in Partizipations(nennwert)kapital.

Art. 726 Randtitel Abberufung und Einstellung

Dem Randtitel wird aufgrund von Änderungen in der Gesetzessystematik eine neue Nummerierung zugeteilt.

2.1.34 Aufgaben und Organisation der Revisionsstelle

Art. 727 Abs. 1 Ziff. 1 Bst. c sowie Ziff. 3 Revisionspflicht; Ordentliche Revision

Diese Änderung betrifft nur den französischen Text.

Art. 727a Abs. 2 Eingeschränkte Revision

Es wird in Absatz 2 ausdrücklich festgehalten, dass bei den juristisch anspruchsvollen und für die Gläubigerinnen und Gläubiger potenziell heiklen Rechtsinstituten des Kapitalbands (s. Art. 653s) und der Zwischendividenden (s. Art. 675a) kein Verzicht auf die eingeschränkte Revision der Jahresrechnung zulässig ist.

Art. 728 Abs. 6 Ordentliche Revision; Unabhängigkeit der Revisionsstelle

Der Wortlaut von Artikel 728 Absatz 6 wird an die neuen Bestimmungen zur Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung angepasst (Art. 963 Abs. 1 und 2 OR). Es wird also auch hier vom Leitungs- zum Kontrollprinzip gewechselt.³⁴⁹ Die Möglichkeit zur Kontrolle reicht aus, um den Anschein der fehlenden Unabhängigkeit (Art. 728 Abs. 1 OR) zu erwecken.

Art. 728a Abs. 1 Ziff. 4 Aufgaben der Revisionsstelle

Im geltenden Recht müssen die Vergütungen im Anhang zur Bilanz/Jahresrechnung offen gelegt werden (Art. 663b^{bis} OR). Da der Anhang gemäss Artikel 958 Absatz 2 OR Teil der Jahresrechnung ist, prüft die Revisionsstelle die Angaben zu den offen-

³⁴⁹ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl **2008** 1589, 1723.

gelegten Vergütungen auf ihre Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften, den Statuten und dem gewählten Regelwerk (Art. 728a Abs. 1 Ziff. 1 OR).³⁵⁰

Mit den Artikeln 734 ff. werden die Informationen zu den Vergütungen vom Anhang zur Jahresrechnung in den Vergütungsbericht verschoben. Die Aufgaben der Revisionsstelle müssen deshalb hinsichtlich der Prüfung des Vergütungsberichts angepasst werden. Artikel 728a Absatz 1 Ziffer 4 sieht deshalb vor, dass die Revisionsstelle börsenkotierter Gesellschaften prüfen muss, ob der Vergütungsbericht dem Gesetz und den Statuten entspricht. Dies muss die Revisionsstelle bereits heute hinsichtlich der Jahresrechnung und der Verwendung des Bilanzgewinns tun. Eine andere materielle und formelle Handhabung der Prüfung des Vergütungsberichts liesse sich nicht rechtfertigen. Materiell ändert sich zudem im Vergleich zu Art. 17 VegüV³⁵¹ nichts.³⁵² Die Revisionsstelle hat den Vergütungsbericht auf seine Vollständigkeit und die darin enthaltenen Informationen auf ihre Richtigkeit zu überprüfen.

Bei unzutreffenden Angaben über die Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirats wird die Revisionsstelle oftmals die GV benachrichtigen müssen, da ein wesentlicher Verstoss gemäss Artikel 728c Absatz 2 Ziffer 1 OR vorliegt. Unvollständige oder unrichtige Angaben im Vergütungsbericht würden die Meinungsbildung und damit die in Artikel 735 verankerten Mitwirkungsrechte der Aktionärinnen und Aktionäre beeinträchtigen.³⁵³

Art. 729 Bereinigung der Marginalie zur eingeschränkten Revision

Die Marginalie von Artikel 729 beinhaltet zurzeit den Begriff «Review», der im Rahmen des seit dem 1. Januar 2008 geltenden Revisionsrechts eingeführt worden war.³⁵⁴ Dieser Begriff ist irreführend, da er in der Praxis nicht die eingeschränkte Revision, sondern die weniger umfassende prüferische Durchsicht von Abschlüssen und anderer Sachverhalte, z. B. Budgets, umschreibt.³⁵⁵ Um (weiteren) Missverständnissen vorzubeugen, wird der Begriff «Review» ersatzlos aus der Marginalie gestrichen. Es wird nun auch aus dem Wortlaut von Artikel 729 ersichtlich, dass die eingeschränkte Revision nicht nur eine prüferische Durchsicht/ein «Review» ist (s. auch Art. 960f). Inhaltlich werden Artikel 729 bzw. die Anforderungen an die eingeschränkte Revision (Art. 729a ff. OR) dadurch nicht geändert.

³⁵⁰ S. Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band 1, Zürich 2009, S. 292 f.; Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Buchführung und Rechnungslegung», Zürich 2014, S. 88.

³⁵¹ SR **221.331**.

³⁵² S. Zusatzbericht vom 8. Oktober 2013 zum Entwurf zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), S. 9.

³⁵³ S. ROLF WATTER/KARIM MAIZAR, Art. 728c N 22; in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

³⁵⁴ Botschaft vom 23. Juni 2004 zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren, BBl **2004** 3969, 3994.

³⁵⁵ S. Treuhand-Kammer, Schweizer Prüfungsstandard 910, Review (prüfende Durchsicht) von Abschlüssen, Ausgabe 2013; Treuhand-Kammer, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Eingeschränkte Revision», Zürich 2013, S. 3; SPR-MARTIN HÜRZELER, § 7 N 103, in: Roland von Büren/Christine Chappuis/Daniel Girsberger/Ernst A. Kramer/Thomas Sutter-Somm/Sibylle Hofer/Wolfgang Wiegand/Stephan Wolf, Schweizerisches Privatrecht, Basel 2014; PETER BÖCKLI, Revisionsstelle und Abschlussprüfung nach neuen Recht, Zürich 2007, N 456.

Art. 732 Geltungsbereich

Bisher war im vierten Abschnitt die Herabsetzung des Aktienkapitals geregelt (Art. 732–735 OR). Diese wird neu in den Artikeln 653j ff. normiert. Diese Umplazierung ermöglicht es, im vierten Abschnitt neu die umfassenden Bestimmungen zu den Vergütungen bei börsenkotierten Gesellschaften vorzusehen. Es werden dabei zentrale Aspekte der zwingenden Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 BV umgesetzt. Die Grundlage bildet die Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV)³⁵⁶, die seit dem 1. Januar 2014 in Kraft ist.

Absatz 1 hält fest, dass der vierte Abschnitt für Gesellschaften gilt, deren Aktien teilweise oder vollständig an einer Börse kotiert sind. Der Anwendungsbereich ist somit grundsätzlich deckungsgleich mit Artikel 1 VegüV. Es ist irrelevant, ob die Aktien vinkuliert, teil- oder vollliberiert, im In- oder Ausland kotiert sind und ob es sich um Inhaber- oder Namenaktien handelt. Zur Vermeidung von Unklarheiten gilt es festzuhalten, dass die Artikel 732 ff. nur auf privatrechtliche Gesellschaften gemäss Artikel 620 ff. OR Anwendung finden. Nicht in den Anwendungsbereich fallen somit Aktiengesellschaften, bei denen die wesentlichsten Elemente der Organisation durch das Spezialrecht (z. B. bei der Schweizerischen Nationalbank³⁵⁷) und nicht mehr oder weniger nur durch einen Verweis auf die Artikel 620 ff. OR (z. B. beim Telekommunikationsunternehmen des Bundes, Swisscom AG³⁵⁸) geregelt werden. Die Anwendung der entsprechenden Bestimmungen auf öffentlich-rechtliche Anstalten wird durch Artikel 763 OR ausgeschlossen. Nicht in den Geltungsbereich fallen weiter Gesellschaften, die ausschliesslich Partizipationsscheine kotiert haben. Dies entspricht Artikel 95 Absatz 3 BV, der zwar von «kotierten Schweizer Aktiengesellschaften» spricht, jedoch primär die Rechte der Aktionärinnen und Aktionäre stärken will.³⁵⁹ Deshalb sind für die zwingende Anwendung der Artikel 732 ff. ausschliesslich Aktien relevant, also Effekten, die ein Stimmrecht beinhalten. Daran ändert sich auch nichts, wenn die Statuten in Anwendung von Artikel 656c Absatz 1 und 2 OR den Partizipantinnen und Partizipanten ein oder mehrere mit dem Stimmrecht zusammenhängende Rechte zugestehen.

In der Schweiz gelten als Börsen Einrichtungen des Effektenhandels, die den gleichzeitigen Austausch von Angeboten unter mehreren Effektenhändlern sowie den Vertragsabschluss bezwecken (Art. 2 Bst. b BEHG³⁶⁰). Obschon das ausländische Recht seine Börsen eigenständig reguliert, muss die schweizerische Definition sinngemäss auf den Begriff der ausländischen Börse angewendet werden. Nur öffentlich regulierte und anerkannte Einrichtungen, die der Definition von Artikel 2 Buchstabe b BEHG entsprechen, rechtfertigen die Auferlegung der Pflichten, die

³⁵⁶ SR **221.331**

³⁵⁷ Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über die Schweizerische Nationalbank (Nationalbankgesetz, NBG, SR **951.11**).

³⁵⁸ Bundesgesetz vom 30. April 1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (Telekommunikationsunternehmensgesetz, TUG, SR **784.11**).

³⁵⁹ S. GesKR-Kommentar VegüV-HANS-UELI VOGT, Art. 1 N 19 m. w. H., in: Gerhard, Frank/Maizar, Karim/Spillmann, Till/Wolf, Matthias, Vergütungsrecht der Schweizer Publikumsgesellschaften, GesKR-Kommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), Zürich 2014.

³⁶⁰ Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG, SR **954.1**).

sich aus dem vierten Abschnitt ergeben.³⁶¹ Ansonsten bestünde die Gefahr, dass der ausländische Gesetzgeber oder sogar Private den Geltungsbereich der Artikel 732 ff. direkt beeinflussen könnten.

Nach Artikel 2 Buchstabe c BEHG ist unter dem Begriff der Kotierung die Zulassung zum Handel an der Haupt- oder Nebenbörse zu verstehen. Unter dem Begriff der Börsenkotierung ist nur auf die Kotierung abzustellen, die auf Veranlassung der Gesellschaft selbst herbeigeführt wurde.

In Absatz 2 wird zum Ausdruck gebracht, dass Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, die Möglichkeit haben, einzelne oder alle Bestimmungen zu den Vergütungen bei börsenkotierten Gesellschaften durch Aufnahme in die Statuten ebenfalls als anwendbar zu erklären. So kann etwa mit entsprechender statutarischer Grundlage der Verwaltungsrat verpflichtet werden einen Vergütungsbericht zu erstellen und/oder der GV die Kompetenz erteilt werden, über die Vergütungen abzustimmen.

Art. 733 Vergütungsausschuss

Gemäss Absatz 1 weist jede Gesellschaft mit börsenkotierten Aktien einen Vergütungsausschuss des Verwaltungsrats aus. Ein Ausschuss ist «eine für besondere Aufgaben aus einer grösseren Gemeinschaft ausgewählte Personengruppe»³⁶². Deshalb dürfen nicht sämtliche Mitglieder des Verwaltungsrats gleichzeitig den Vergütungsausschuss bilden. Auch eine einzelne Person kann keinen Ausschuss bilden. Die GV kann nur Mitglieder des Verwaltungsrats in den Vergütungsausschuss wählen. Die Wahl erfolgt gemäss Absatz 2 für jedes Mitglied einzeln.

Gemäss Absatz 3 wählt die GV die Mitglieder des Vergütungsausschusses bis zur nächsten ordentlichen GV. Eine Wiederwahl ist möglich

Diese drei Absätze setzen die Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV um.

Um den verschiedenen Bedürfnisse der Gesellschaften gerecht zu werden, wird wie bei der VegüV bewusst darauf verzichtet, Wählbarkeitserfordernisse für die Mitglieder des Vergütungsausschusses vorzugeben. Als Richtlinie einer guten Corporate Governance dient diesbezüglich der «Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance» der ECONOMIESUISSE. Dieser sieht u. a. vor, dass alle Mitglieder des Vergütungsausschusses unabhängig sein müssen.³⁶³ Dadurch können allfällige Interessenkonflikte bei der Festlegung der Vergütungen vermieden sowie die Glaubwürdigkeit des Vergütungsausschusses gegenüber den Aktionärinnen und Aktionären gestärkt werden.

Ist der Vergütungsausschuss nicht mehr vollständig besetzt, so darf der Verwaltungsrat gemäss Absatz 4 diesen Mangel in der Organisation des Vergütungsausschusses ohne Mitwirkung der GV beheben. Vorbehalten bleiben anders lautende Statutenbestimmungen. Selbstverständlich hat der Verwaltungsrat die gesetzlichen und statutarischen Wählbarkeitsvoraussetzungen (Mitgliedschaft im Verwaltungsrat,

³⁶¹ S. ROLF WATTER/KARIM MAIZAR, Art. 727 N 9, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedom Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

³⁶² Duden, Deutsches Universalwörterbuch, Mannheim 2003.

³⁶³ Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance der ECONOMIESUISSE, Zürich 2007, Anhang 1, N 2.

allfällige Vorgaben an die Unabhängigkeit etc.) auch in solchen Fällen zu berücksichtigen.

Die Mitglieder des Vergütungsausschusses verfügen über alle Rechte, die ihnen auch als gewöhnliches Mitglied des Verwaltungsrats zustehen, z. B. die Auskunfts- und Einsichtsrechte (Art. 715a OR). Soweit es für die Erfüllung seiner Aufgaben notwendig ist, hat jedes Mitglied des Vergütungsausschusses das Recht, dass ihm Akten (z. B. Arbeitsverträge) und Bücher (z. B. Dokumente zur Rechnungslegung) vorgelegt und detailliert erläutert werden.

Die Statuten müssen gemäss Absatz 5 die Grundsätze der Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses enthalten. So können die Statuten vorsehen, dass dem Vergütungsausschuss eine Beschlusskompetenz, eine Kompetenz zum Entscheid unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Gesamtverwaltungsrat oder eine reine Antragskompetenz zusteht.³⁶⁴ Absatz 5 garantiert somit das Mitspracherecht der Aktionärinnen und Aktionäre und ermöglicht flexible und auf den Einzelfall abgestimmte Lösungen. Die Einzelheiten zum Vergütungsausschuss sind im Organisationsreglement zu regeln (s. Art. 716b Abs. 2 Ziff. 1) und den Aktionärinnen und Aktionären zugänglich (s. Art. 716b Abs. 4).

Art. 734 Vergütungsbericht; Im Allgemeinen

Bisher waren Angaben zu den Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats nicht in einem eigenständigen Bericht, sondern im Anhang zur Bilanz/Jahresrechnung enthalten (Art. 663b^{bis} OR). Neu müssen die Gesellschaften diese Transparenz in einem eigenständigen Vergütungsbericht vornehmen. Dieser unterliegt aber weiterhin der Prüfung durch die Revisionsstelle (s. Art. 728a Abs. 1 Ziff. 4). Durch diese Verschiebung wird vermieden, dass die GV sowohl bei der Genehmigung der Jahresrechnung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR) als auch bei der Genehmigung der Gesamtbeträge der Vergütungen (s. Art. 735) die Vergütungen genehmigt. Dadurch kann widersprüchlichen Abstimmungsergebnissen vorgebeugt werden.

Gemäss Absatz 1 hat der Verwaltungsrat den Vergütungsbericht jährlich zuhanden der GV zu erstellen (s. auch Art. 716a Abs. 1 Ziff. 8). Dieser enthält die quantitativen Elemente der Vergütungen gemäss den Vorgaben der Artikel 734a–d. Der Vergütungsbericht dient folglich nicht der subjektiv gefärbten Meinungsäusserung des Verwaltungsrats zum Vergütungssystem der Gesellschaft (z. B. «marktgerechte und angemessene Vergütungen»). Solche Äusserungen sind zu vermeiden oder zumindest deutlich von den quantitativen Vorgaben zu trennen.

Absatz 2 enthält mehrere Verweise auf die Bestimmungen des neuen Rechnungslegungsrechts. Diese sind notwendig, da die Angaben zu den Vergütungen nicht mehr im Anhang zur Jahresrechnung enthalten sind und somit auch die Bestimmungen des Rechnungslegungsrechts nicht mehr automatisch zur Anwendung gelangen. Bei der Erstellung des Vergütungsberichts müssen weiterhin die Grundsätze ordnungsgemässer Rechnungslegung beachtet werden (Art. 958c OR). Die Anwendung des

³⁶⁴ S. Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Zürich 2007, Anhang 1, N 1. Es ist auch möglich, diese Modelle miteinander zu kombinieren (z. B. beantragt der Vergütungsausschuss dem Verwaltungsrat die Vergütungen des Verwaltungsratspräsidenten und des CEO und bestimmt selber die Vergütungen aller anderen Verwaltungsrat- und Geschäftsleitungsmitglieder).

Wesentlichkeitsprinzips (Art. 958c Abs. 1 Ziff. 4 OR) bedeutet dabei aber nicht, dass die Auswirkung der Vergütungen auf die gesamten Aufwände der Gesellschaft massgeblich wäre. Wäre dies so, würde bei grossen Gesellschaften ein Grossteil der Vergütungen im Dunkelbereich der Unwesentlichkeit verschwinden.³⁶⁵ Materiell ändert sich also im Vergleich zum geltenden Recht nichts.³⁶⁶ Durch den Verweis auf Artikel 958d Absatz 2 OR wird zudem klargestellt, dass der Vergütungsbericht auch die Vorjahreszahlen enthalten muss. Hinsichtlich Sprache und Währung wird auf Artikel 958d Absätze 3 und 4 OR verwiesen. Artikel 958f OR stellt insbesondere klar, dass der Vergütungsbericht während zehn Jahren schriftlich und unterzeichnet aufzubewahren ist.

Nach Absatz 3 gelten für die Bekanntgabe und die Veröffentlichung des Vergütungsberichts sowie des Berichts der Revisionsstelle die Vorschriften über den Geschäftsbericht (Art. 696 und 958e Abs. 1 OR).

Art. 734a–c Vergütungsbericht; Vergütungen, Darlehen/Kredite, nahestehende Personen

Die Artikel 734a–c regeln detailliert den Inhalt des Vergütungsberichts des Verwaltungsrats. Die Bestimmungen entsprechen grundsätzlich Artikel 663b^{bis} OR³⁶⁷ bzw. den mittlerweile anzuwendenden Artikeln 14–16 VegüV³⁶⁸. Es geht folglich weiterhin um die Offenlegung der gesamten Vergütungen, Darlehen und Kredite an gegenwärtige und frühere Mitglieder des Verwaltungsrats (oberstes Leitungs- und Verwaltungsorgan), der Geschäftsleitung, des allfälligen Beirats sowie diesen nahe stehenden Personen.

Gemäss Artikel 734a Absatz 1 Ziffer 2 gehören zur Geschäftsleitung natürliche Personen (s. Art. 716b), denen vom Verwaltungsrat ganz oder zum Teil die Geschäftsführung übertragen wurden. Es handelt sich – entsprechend dem heutigen Artikel 663b^{bis} Absatz 1 Ziffer 2 OR – um die Mitglieder des Gremiums, das unmittelbar dem Verwaltungsrat untergeordnet ist,³⁶⁹ d. h. um die oberste Hierarchiestufe unterhalb des Verwaltungsrats.³⁷⁰

Beiräte kommen bei Schweizer Gesellschaften zwar selten vor, da sich teilweise heikle juristische Fragen im Hinblick auf die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats stellen.³⁷¹ Der Beirat ist jedoch weiterhin in den Artikeln 734a–d OR erwähnt, um allfälligen Missbräuchen hinsichtlich der Offenlegung durch Verlagerung der Vergütungen z. B. vom Verwaltungsrat auf den Beirat bereits auf Gesetzesstufe deutlich entgegenzutreten. Aufgrund der potenziellen

³⁶⁵ S. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrechts, 4. Auflage, Zürich 2009, § 8 N 525.

³⁶⁶ S. ROLF WATTER/KARIM MAIZAR, Art. 663b^{bis} N 68; in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

³⁶⁷ Botschaft vom 23. Juni 2004 zur Änderung des Obligationenrechts (Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung), BBl 2004 4471, 4489 ff.

³⁶⁸ SR 221.331

³⁶⁹ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts vom 23. Juni 2004 (Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung), BBl 2004 4471, 4481.

³⁷⁰ ROLF WATTER/KARIM MAIZAR, Art. 663b^{bis} N 28, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrechts, 4. Auflage, Zürich 2009, § 8 N 496 ff.

³⁷¹ S. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 13 N 428 ff.

Vielfalt an denkbaren Beiräten wird weiterhin auf eine abschliessende Definition des Beirats verzichtet. Es kann jedoch festgehalten werden, dass eine gewisse Institutionalisierung erforderlich ist, d. h., der Beirat muss eine bestimmte Organisation und Stellung gegenüber der Gesellschaft bzw. dem Verwaltungsrat aufweisen. Ohne diese Institutionalisierung führt der Beizug von Beraterinnen und Beratern durch den Verwaltungsrat, selbst wenn er regelmässig erfolgt, nicht dazu, dass diese als Beirätinnen und Beiräte zu qualifizieren sind.³⁷²

Insbesondere aufgrund der Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 Buchstaben b und c BV müssen einzelne inhaltliche Anpassungen im Vergleich zu Artikel 663b^{bis} OR vorgenommen:

- Der Hinweis auf die Abgangsentschädigungen, die gemäss Artikel 735c Ziffer 1 unzulässig sind, ist entfernt worden (bisher Art. 663b^{bis} Abs. 2 Ziff. 5 OR).
- Bei den Vergütungen werden in Artikel 734a Absatz 2 Ziffer 3 neu neben den Sachleistungen auch die Dienstleistungen erwähnt. Dies ist jedoch keine materielle Erweiterung des Vergütungsberichts, da die bisherige Aufzählung ebenfalls nicht abschliessend war (s. Art. 663b^{bis} Abs. 2 OR, einleitender Satz). Es werden also weiterhin sämtliche Lohnnebenleistungen in Form von unentgeltlichen oder verbilligten Sach- und Dienstleistungen erfasst. In der Praxis werden diese oftmals als *Fringe Benefits* bezeichnet.
- In Ziffer 5 werden neu die Antrittsprämien ausdrücklich erwähnt. Im Gegensatz zu den Abgangsentschädigungen sind sie nur unzulässig, wenn sie keinen klar nachweisbaren finanziellen Nachteil kompensieren (s. Art. 735c Ziff. 5).
- (Karenz-)Entschädigungen aufgrund eines Konkurrenzverbots gelten gemäss Ziffer 10 neu explizit als Vergütungen, die im Vergütungsbericht offen gelegt werden müssen. Die entsprechende Transparenz ist gerechtfertigt, damit die Aktionärinnen und Aktionäre Informationen erhalten, ob es sich nicht um eine marktunübliche und damit verbotene Entschädigung handeln könnte (s. Art. 735c Ziff. 3).
- Gemäss Artikel 734a Absatz 3 Ziffer 3 muss neu der ausgerichtete Zusatzbetrag (s. Art. 735a) im Vergütungsbericht offen gelegt werden. Durch diese Offenlegung können die Aktionäre überprüfen, ob der Zusatzbetrag, welcher der Abstimmung über die Vergütungen nicht unterliegt (s. Art. 735a Abs. 3), nicht missbräuchlich eingesetzt wurde. Die Aktionärinnen und Aktionäre müssen erkennen können, welches Mitglied wie viel vom gesamten Zusatzbetrag erhält.

In Bezug auf Artikel 734a Absatz 2 Ziffer 8, der vollständig dem bisherigen Artikel 663b^{bis} Absatz 2 Ziffer 8 entspricht, ist festzuhalten, dass Leistungen aus Guthaben, die dem Freizügigkeitsgesetz vom 17. Dezember 1993³⁷³ unterstehen, keine Vergütungen im Sinne von Artikel 734a sind. Diese Leistungen, etwa an ein Mitglied des Verwaltungsrats, stammen nicht von der Gesellschaft, sondern von der

³⁷² S. ROLF WATTER/KARIM MAIZAR, Art. 663b^{bis} N 18; in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedin Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

³⁷³ Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, SR 831.42).

Vorsorgeeinrichtung. Aufwendungen der Gesellschaft an die Vorsorgeleistungen stellen hingegen Vergütungen dar.

Der Inhalt von Artikel 663b^{bis} OR wird zur Verbesserung seiner Lesbarkeit auf drei Bestimmungen verteilt:

- Die Absätze 1 und 2 entsprechen Artikel 734a (Vergütungen).
- Absatz 3 bildet Artikel 734b (Darlehen und Kredite).
- Absatz 4 muss in Folge der vorangehenden Aufteilung sowohl in Artikel 734a als auch in 734b enthalten sein.
- Absatz 5 entspricht Artikel 734c (nahe stehende Personen).

Neu sehen Artikel 734a Absatz 3 Ziffer 2 und 734b Absatz 2 vor, dass den auf jedes Mitglied der Geschäftsleitung entfallenden Betrag unter Nennung des Namens und der Funktion des betreffenden Mitglieds offen zu legen ist. Eine überzeugende Rechtfertigung, weshalb eine individuelle Offenlegung bei den Mitgliedern des Verwaltungsrats und des Beirats erfolgen muss, nicht jedoch bei den Mitgliedern der Geschäftsleitung, deren Vergütungen oftmals zu den höchsten in der Gesellschaft zählen, ist nicht mehr erkennbar. Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV sieht für die Aktionärinnen und Aktionäre zwingende Mitwirkungsrechte vor (u. a. die jährliche Abstimmung über die Vergütungen), die gegenüber der Geschäftsleitung nur effektiv ausgeübt werden können, wenn umfassende Transparenz vorliegt. Es soll sich kein Mitglied der Geschäftsleitung mit seiner Vergütung hinter der Anonymität des Gesamtbetrags verstecken können. Weiterhin müssen aber die Namen der nahestehenden Personen nicht offen gelegt werden (Art. 734c Abs. 2).

Mit der Wendung «direkt oder indirekt ausgerichtet» wird klargestellt, dass auch eine Vergütung anzugeben ist, die nicht durch die Gesellschaft selbst, sondern durch eine Konzerngesellschaft ausgerichtet worden ist.³⁷⁴

Massgeblich für die Pflicht der Offenlegung der Vergütungen im Vergütungsbericht ist wie bereits im geltenden Recht der Zeitpunkt, in dem diese in der Rechnungslegung erfasst werden müssen. Der Vergütungsbericht stellt somit auf das vergangene Geschäftsjahr ab.

Art. 734d Vergütungsbericht; Tätigkeiten bei anderen Unternehmen

Der Vergütungsbericht gibt gemäss Absatz 1 Auskunft über die Tätigkeiten der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirats in vergleichbaren Funktionen bei schweizerischen oder ausländischen Unternehmen, die einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen (s. Art. 626 Abs. 2 Ziff. 1 und Abs. 3).

Die Angaben haben gemäss Absatz 2 für jedes Mitglied unter Nennung seines Namens, der Bezeichnung des Unternehmens (Firma/Name) und der ausgeübten Funktion zu erfolgen. Beispiel: H. A.: Mitglied des Verwaltungsrats und des Vergütungsausschusses bei der N. Ltd.; Direktor bei der S. plc; Stiftungsrat bei den H. und I. Stiftungen; Mitglied der Geschäftsführung der A. GmbH; Mitglied der Verwaltung und des Audit-Committees der G. Genossenschaft; Mitglied in den Verwaltungsräten der Tochtergesellschaften O. AG, D. AG, E. GmbH, S. GmbH und

³⁷⁴ So bereits die Botschaft vom 23. Juni 2004 zur Änderung des Obligationenrechts (Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung), BBl 2004 4471, 4489.

S. Kommanditaktiengesellschaft der A. Genossenschaft, wo er auch Mitglied der Verwaltung und der Konzernleitung ist; Mitglied des Vorstands des Wirtschaftsdachverbands E. Die detaillierte Angabe der Funktionen ist für die Aktionärinnen und Aktionäre wichtig, damit sie das Vorhandensein allfälliger Interessenkonflikte (s. Art. 717a) und die ungefähre zeitliche Beanspruchung der betroffenen Person abschätzen können. Auch die Firma bzw. der Name der Unternehmen sind vollständig wiederzugeben, so dass das Unternehmen klar identifiziert werden kann.

Diese Transparenzvorschrift ist in der VegüV nicht enthalten. Sie drängt sich jedoch auf, da bereits kurz nach Inkrafttreten der Verordnung erkennbar wurde, dass viele Gesellschaften die Pflicht zur Verankerung der Anzahl solcher Tätigkeiten in den Statuten (s. Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1 VegüV) rechtlich fragwürdig ausgelegt haben. Sie scheuen es offensichtlich, der GV eine genaue Ziffer der zulässigen Tätigkeiten offenzulegen. Einerseits werden Tätigkeiten in anderen Unternehmensgruppen nur als eine Tätigkeit gewichtet, obschon die betreffenden Personen im obersten Kader etlicher Gesellschaften der Gruppe tätig sind. Andererseits werden Tätigkeiten in Vereinen und Stiftungen zum Teil überhaupt nicht gewichtet.

Der Vorentwurf verzichtet darauf, die Vorgaben zur statutarischen Grundlage zu verschärfen. Hingegen wird für die Aktionärinnen und Aktionäre umfassende Transparenz hinsichtlich der tatsächlich ausgeübten Tätigkeiten ausserhalb der eigenen Gesellschaft gewährleistet. Gestützt auf diese Informationen kann die GV besser beurteilen, ob sie die statutarische Grundlage der Gesellschaft anpassen und die Anzahl der zulässigen Tätigkeiten einschränken will. Zudem findet eine Prüfung der entsprechenden Angaben durch die Revisionsstelle statt (s. Art. 728a Abs. 1 Ziff. 4).

Art. 734e Vergütungsbericht; Vertretung der Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung

Bei börsenkotierten Gesellschaften, welche die Schwellenwerte von Artikel 727 Absatz 1 Ziffer 2 OR überschreiten, sind im Vergütungsbericht gemäss Artikel 734e gewisse Angaben zur Zusammensetzung des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung zu machen, sofern nicht jedes Geschlecht mindestens zu 30 Prozent vertreten ist. So sind die Gründe, weshalb die Geschlechter nicht je zu mindestens 30 Prozent vertreten sind, und die geplanten oder bereits umgesetzten Massnahmen zur Förderung des weniger stark vertretenen Geschlechts anzugeben («Comply or explain»-Ansatz). Die Pflicht zur Berichterstattung im Vergütungsbericht gilt spätestens ab dem Geschäftsjahr, das 5 Jahre nach Inkrafttreten des neuen Rechts beginnt (s. Art. 5 der Übergangsbestimmungen).

Es sind zwar seit einigen Jahren Bemühungen grosser Gesellschaften erkennbar, mehr Frauen in die Verwaltungsräte und die Geschäftsführung zu wählen. Betrachtet man jedoch die 100 grössten Unternehmen der Schweiz, so ist die Situation noch immer ernüchternd. Gemäss dem anerkannten *Schillingreport* 2014, der seit neun Jahren die Zusammensetzung der obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane der grössten Schweizer Unternehmen analysiert, beträgt der Anteil der Verwaltungsrätinnen lediglich 13 Prozent und der Anteil der Frauen in der Geschäftsleitung sogar nur 6 Prozent (die Zahlen 2014 basieren auf einer Erhebung per Stichtag 31. De-

zember 2013).³⁷⁵ Politischer und rechtlicher Druck ist deshalb notwendig und gerechtfertigt.

Der Richtwert von 30 Prozent setzt der Wirtschaft ein deutliches Zeichen, ihre Bemühungen zur aktiven und umfassenden Kaderförderung von Frauen zu intensivieren. Die Höhe des Richtwerts und die Anpassungsfrist von 5 Jahren sorgen gleichzeitig dafür, dass die Gesellschaften sorgfältig vorgehen können und nicht mit unzumutbaren Vorgaben überfordert werden. Der Handlungsspielraum des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung wird nicht unverhältnismässig eingeschränkt. Der Vorentwurf ermöglicht dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung weiterhin, eine im Hinblick auf die Unternehmenstätigkeit und die Aufgaben des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung gebotene Vielfalt an Mitgliedern, namentlich im Hinblick auf ihre Erfahrung, ihre Ausbildung und ihre Fähigkeiten, zu gewährleisten.

Der Vorentwurf knüpft an die hohen Schwellenwerte von Artikel 727 Absatz 1 Ziffer 2 OR (Bilanzsumme von 20 Millionen Franken; Umsatzerlös von 40 Millionen Franken; 250 Vollzeitstellen)³⁷⁶ an. Mit dieser Anknüpfung lässt es sich vermeiden, dass kleinere börsenkotierte Gesellschaften, insbesondere solche die nicht am *Main Standard* der SIX Swiss Exchange kotiert sind, in den Anwendungsbereich von Absatz 3 fallen. Nur 0,37 Prozent aller börsen- und nicht börsenkotierter Schweizer Unternehmen (hiez zu zählen nicht nur Aktiengesellschaften) weisen mehr als 250 Vollzeitstellen auf und nur 1,3 Prozent erzielen einen Umsatzerlös von mehr als 40 Millionen Franken.³⁷⁷ Zur Bilanzsumme gibt es keine zuverlässigen Zahlen, da hier der Handlungsspielraum der Unternehmen, insbesondere aufgrund der Möglichkeit zur Bildung stiller Willkürreserven, relativ gross ist.

Art. 735 Abstimmungen der Generalversammlung; Vergütungen

Die GV stimmt gemäss Absatz 1 über alle Vergütungen ab, welche die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats direkt oder indirekt von der Gesellschaft erhalten.

Um den Gesellschaften im Rahmen der Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV eine gewisse Flexibilität zu gewähren, statuiert Artikel 735 in Bezug auf die Festlegung der Vergütungen nur die zwingend einzuhaltenden Grundvoraussetzungen (Abs. 3 Ziff. 1–4). Dies ermöglicht den Gesellschaften ein System zu wählen, das ihren konkreten Bedürfnissen gerecht wird. Die Statuten müssen die Einzelheiten zur Abstimmung der GV über die Vergütungen regeln (Abs. 2 Satz 1, Art. 626 Abs. 2 Ziff. 5). Es ist also auch zulässig, dass die Statuten weitergehendere Rechte für die Aktionärinnen und Aktionäre vorsehen, so z. B. die Möglichkeit zur Abstimmung über die Vergütungen an einzelne Personen. Die Statuten können zudem das weitere Vorgehen bei einer Ablehnung der Vergütungen durch die GV regeln (Abs. 2 Satz 2).

³⁷⁵ Schillingreport 2014 der guido schilling ag, Transparenz an der Spitze, Die Geschäftsleitungen und Verwaltungsräte der hundert grössten Schweizer Unternehmen im Vergleich, S. 15 und 24.

³⁷⁶ Diese wurden auf den 1. Januar 2012 von 10-20-50 auf die erwähnten 20-40-250 erhöht; s. FLORIAN ZIHLER, Erhöhung der Schwellenwerte von Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR, ST 2011/9, S. 670 ff.

³⁷⁷ Zu den Zahlen von 2010 des Bundesamtes für Statistik bzw. der Eidg. Steuerverwaltung: FLORIAN ZIHLER, Das zukünftige Rechnungslegungsrecht, ST 2011/I-2, S. 43. S. auch NZZ vom 12. August 2014, Nr. 184, S. 22 (Kleinstbetriebe dominieren).

Der Begriff «Abstimmung» ermöglicht sowohl Genehmigungen als auch Beschlüsse. Die Gesellschaft kann somit wählen, ob die Gesamtbeträge der Vergütungen genehmigt werden, was dazu führt, dass von den Aktionärinnen und Aktionären keine anderen Anträge gestellt werden können, oder ob die GV über die beantragten Vergütungen beschliesst. In diesem Fall könnte jede Aktionärin oder jeder Aktionär an der GV neue Anträge stellen (z. B. auf einen tieferen Gesamtbetrag der Vergütungen).

Es wird auf eine Vorgabe zur Referenzperiode der Vergütungen, über welche die Aktionärinnen und Aktionäre abzustimmen haben, verzichtet. Aus dem Erfordernis der jährlichen Abstimmung gemäss Absatz 3 Ziffer 1 ergibt sich jedoch, dass beispielsweise die prospektive Abstimmung über ein mehrjähriges Budget für die Vergütungen unzulässig ist. Zudem sind gemäss Absatz 3 Ziffer 4 neu prospektive Abstimmungen über variable Vergütungen unzulässig. Die Gesellschaft kann Planungssicherheit im Hinblick auf die Vergütungen insbesondere an die Mitglieder der Geschäftsleitung durch die prospektive Abstimmung über die *fixen* Vergütungen schaffen. Die variablen Vergütungen („Boni“) sollen erst festgelegt und von der GV genehmigt werden, wenn die revidierte Jahresrechnung und damit die definitiven Zahlen vorliegen. Dadurch müssen die Aktionärinnen und Aktionäre den Beschluss über ihre Stimmabgabe nicht auf Eventualitäten abstützen.

Art. 735 macht bewusst keine Vorgaben, wie vorzugehen ist, wenn die Aktionärinnen und Aktionäre den beantragten Gesamtbetrag der Vergütungen ablehnen. Es darf zu keiner Verschiebung der von Artikel 95 Absatz 3 BV vorgesehenen Zuständigkeiten führen. Die Vergütungen des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats sind erst dann definitiv festgelegt, wenn sie von der GV angenommen wurden. Statutarische Regelungen, die bei einer Ablehnung der Vergütungen durch die GV die letztmals genehmigten Vergütungen gelten lassen würden oder die Entscheidungsgewalt dem Vergütungsausschuss zukommen lassen würden, wären unzulässig. Jedoch ist es der Gesellschaft überlassen, ob sie eine ausserordentliche GV durchführt oder erst an der nächsten ordentlichen GV einen erneuten Versuch auf Gutheissung der Vergütungen unternimmt.

Absatz 3 enthält vier kumulativ anzuwendende Grundvoraussetzungen für die Abstimmung über die Vergütungen. Er hält fest, dass die GV

- jährlich (Ziff. 1),
- gesondert (Ziff. 2) und
- mit bindender Wirkung (Ziff. 3) über die Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrats, des Beirats und der Geschäftsleitung abstimmt.
- Die GV darf zudem nicht prospektiv über die variablen Vergütungen abstimmen.

Blosse Konsultativabstimmungen sind folglich unzulässig.

Art. 735a Abstimmungen der Generalversammlung; Zusatzbetrag

Der Verwaltungsrat hat die unübertragbare Aufgabe, die Mitglieder der Geschäftsleitung zu ernennen und abzuberufen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR). Die Ernennung ist im Gegensatz zur Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats nicht an die Durchführung einer GV gekoppelt. Die Einberufung einer ausserordentlichen GV nur zur

Abstimmung über die Vergütung eines neu ernannten Mitglieds der Geschäftsleitung wäre bei einer börsenkotierten Gesellschaft unverhältnismässig.

Der Vorentwurf sieht deshalb wie Art. 19 VegüV³⁷⁸ die Möglichkeit zur statutarischen Verankerung eines Zusatzbetrags für Mitglieder der Geschäftsleitung vor, die zwischen zwei in der Regel ordentlichen GV neu ernannt werden. Da Artikel 735 keine Vorgaben zur Referenzperiode der Vergütungen macht, präzisiert Absatz 1, dass die Verwendung eines Zusatzbetrags nur dann möglich ist, wenn die GV prospektiv über die Vergütungen abstimmt. Bei einer retrospektiven Abstimmung über die Vergütungen würde die Verwendung des Zusatzbetrags einer ungerechtfertigten Umgehung der Zuständigkeit der GV gleichkommen, da sich das neu ernannte Geschäftsleitungsmitglied bei einem retrospektiven Abstimmungsmodell in der gleichen Situation wie die bisherigen Mitglieder befindet.

Absatz 2 legt fest, wann der statutarisch vorgesehene Zusatzbetrag verwendet werden darf. Zum einen darf er nur dann eingesetzt werden, wenn der von der GV beschlossene Gesamtbetrag für die Vergütungen eines oder mehrerer *neuer* Mitglieder nicht ausreicht. Die teilweise oder vollständige Verwendung des Zusatzbetrags darf nicht zur Erhöhung der Vergütungen an bisherige Mitglieder der Geschäftsleitung führen. Der Zusatzbetrag darf also weder direkt noch indirekt für interne Beförderungen eingesetzt werden. Zum andern darf der Zusatzbetrag in zeitlicher Hinsicht nur bis zur nächsten Abstimmung der GV über die Vergütungen verwendet werden (*pro rata temporis* bis zur nächsten GV).

Die GV stimmt gemäss Absatz 3 über den tatsächlich verwendeten Zusatzbetrag nicht ab. Er ist jedoch detailliert pro Empfängerin und Empfänger im Vergütungsbericht offen zu legen (s. Art. 734a Abs. 3 Ziff. 3).

Art. 735b Dauer der Vertragsverhältnisse

Die Dauer der Verträge, die den Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrates zugrunde liegen, dürfen gemäss Absatz 1 die Amtsdauer als Verwaltungsrat nicht überschreiten (s. Art. 710). Die Verträge müssen folglich den Vorbehalt der Wiederwahl als Mitglied des Verwaltungsrats enthalten.

Die Dauer bzw. die Kündigungsfrist der Verträge, die den Vergütungen an die Mitglieder der Geschäftsleitung und des Beirats zugrunde liegen, dürfen gemäss Absatz 2 höchstens ein Jahr betragen. Durch diese einjährige Frist wird die ordnungsgemässe Vertragsabwicklung von den unzulässigen Abgangsentschädigungen abgegrenzt und somit für alle beteiligten Personen Rechtssicherheit geschaffen. Die GV kann die Frist nicht verlängern, jedoch kann sie sie mittels Statutenbestimmung z. B. auf sechs Monate kürzen (s. insgesamt Art. 735c Ziff. 1).

Art. 735c Unzulässige Vergütungen; In der Gesellschaft

Artikel 735c Absatz 1 Ziffer 1–9 enthält Bestimmungen sowohl zu vollständig verbotenen Vergütungen (z. B. Abgangsentschädigungen oder Provisionen der Gesellschaft für Umstrukturierungen) als auch zu Vergütungen, die nur unter bestimmten Voraussetzungen unzulässig sind (z. B. nicht marktübliche Entschädigungen für ein Konkurrenzverbot).

³⁷⁸ SR 221.331

Die folgenden Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats sind unzulässig:

- Vertraglich vereinbarte oder statutarisch vorgesehene Abgangsentschädigungen sind gemäss Ziffer 1 unzulässig. Keine solchen Abgangsentschädigungen sind gemäss Absatz 2 Vergütungen, die bis zur Beendigung der Vertragsverhältnisse nach Artikel 735*b* geschuldet sind, u. a. Lohnfortzahlungen bei einem gekündigten Arbeitsvertrag. Die GV kann gestützt auf Artikel 626 Absatz 2 Ziffer 2 die Höhe dieser Vergütungen mitgestalten, indem sie beispielsweise für die Kündigungsfristen die maximale Frist von Artikel 735*b* Absatz 2 nicht ausschöpft. Ebenfalls nicht unter das Verbot von Ziffer 1 fallen Abgangsentschädigungen, die sich aus zwingendem in- oder ausländischem Recht ergeben (z. B. gemäss Artikel 339*b* OR).
- In den letzten Jahren führten Entschädigungen aus Konkurrenzverboten zu zum Teil grossen Diskussionen anlässlich der GV und in der Öffentlichkeit.³⁷⁹ Ein absolutes Verbot von Konkurrenzverboten oder von damit verbundenen Karenzentschädigungen für das oberste Kader einer Gesellschaft wäre unverhältnismässig und ein zu grosser Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit. Es kann durchaus sachgerecht sein z. B. mit einem Mitglied der Geschäftsleitung, das sensible Geschäftsgeheimnisse aus dem Forschungs- und Entwicklungsbereich kennt, ein entschädigungspflichtiges Konkurrenzverbot zu vereinbaren. Der Vorentwurf sieht jedoch zwei Einschränkungen vor. In einem ersten Schritt muss gemäss Ziffer 2 untersucht werden, ob das Konkurrenzverbot geschäftsmässig begründet ist. Es muss also schützenswerte Interessen der Gesellschaft wahren; es gilt potenzieller Schaden von der Gesellschaft abzuwenden. Auch die Dauer des Konkurrenzverbots muss geschäftsmässig begründet sein. Als geschäftsmässig nicht begründet, gilt gemäss Absatz 3 insbesondere ein Konkurrenzverbot von mehr als 12 Monaten. Ist das Konkurrenzverbot geschäftsmässig begründet, so muss gemäss Ziffer 3 in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob die Höhe einer allfälligen Karenzentschädigung marktüblich ist. Dabei bilden Dauer und Umfang des Konkurrenzverbots, die Auswirkungen des Verbots auf die berufliche Entwicklung der betroffenen Person sowie die Branchenüblichkeit besonders wichtige Faktoren.
- Unzulässig sind gemäss Ziffer 4 sämtliche nicht marktüblichen Vergütungen, die einen Bezug zur früheren Tätigkeit als Mitglied des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung oder des Beirats haben. Es soll vermieden werden, dass das Verbot der Abgangsentschädigungen (Ziff. 1) bzw. der nicht marktüblicher Karenzentschädigungen (Ziff. 3) u. U. Jahre nach dem Austritt aus der Gesellschaft ausgehebelt werden. Letztendlich handelt es sich um eine Konkretisierung des allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbots gemäss Artikel 2 Absatz 2 ZGB³⁸⁰.
- Antrittsprämien sind von den generell unzulässigen Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden (Ziff. 6), zu trennen. Antrittsprämien sind Ersatzzahlungen, d. h. Entschädigungen für werthaltige Ansprüche gegenüber dem *bisherigen* Arbeit- oder Auftraggeber (z. B. Teilnahme an einem noch laufenden Optionsplan, gesperrte Aktien), die einem Mitglied des Verwal-

³⁷⁹ S. NZZ online vom 15. Februar 2013.

³⁸⁰ SR 210

tungsrats oder der Geschäftsleitung zugestanden hätten, wenn es nicht das Unternehmen gewechselt hätte. Die Leistung einer Antrittsprämie ist weiterhin zulässig, jedoch muss gemäss Ziffer 5 ein klar nachweisbarer finanzieller Nachteil der Empfängerin oder des Empfängers aufgrund des Stellenantritts bei der Gesellschaft kompensiert werden. Es geht also nie um den Ersatz hypothetischer Schäden oder sogar eines blossen Affektionsinteresses. Auch eine pauschale Zahlung («Einstiegsboni»/«Antrittsboni») ist nicht mehr zulässig, wenn kein klar nachweisbarer finanzieller Nachteil der Empfängerin oder des Empfängers kompensiert wird.

- Gemäss Ziffer 6 sind Vergütungen im Voraus unzulässig. Diese Bestimmung will vermeiden, dass Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats (hohe) finanzielle Vergütungen oder Naturalleistungen erhalten, bevor sie für die Gesellschaft überhaupt aktiv geworden sind, Verantwortung übernommen und einen Mehrwert geschaffen haben. Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe b BV erwähnt das Verbot dieser Vergütungsart explizit.
- Gemäss Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe b BV «erhalten Organmitglieder keine Prämie für Firmenkäufe und -verkäufe». Ziffer 7 setzt diese juristisch untechnisch und offen formulierte Vorgabe wie folgt um: Provisionen an die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats für die Übernahme oder Übertragung von Unternehmen oder Teilen davon sind unzulässig (z. B. der Verkauf eines direkt kontrollierten Unternehmens an einen Drittkäufer, der Erwerb eines bisher nur indirekt kontrollierten Unternehmens durch die Gesellschaft oder die Abspaltung von Aktiven und Passiven auf ein anderes Unternehmen des Konzerns). Der Tatbestand ist bewusst offen formuliert. Nicht nur Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen gemäss Fusionsgesetz³⁸¹ werden erfasst, sondern auch ihnen wertungsmässig gleich zu stellende Vorgänge, beispielsweise Quasifusionen und unechte Fusionen³⁸². Der Begriff der Provision ist an das Arbeitsrecht angelehnt (Art. 322b OR). Er soll hervorheben, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats nicht für einzelne vollzogene Umstrukturierungen *spezifisch* entschädigt werden dürfen. Jedoch dürfen die Leistungen von Mitgliedern des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats betreffend Umstrukturierungen bei der Festlegung ihrer sonstigen Vergütungen durchaus einfließen (s. Art. 717 Abs. 1^{bis}).
- Darlehen, Kredite, Vorsorgeleistungen ausserhalb der beruflichen Vorsorge, erfolgsabhängige Vergütungen sowie Beteiligungspapiere, Wandel- und Optionsrechten für die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats sind gemäss Ziffer 8 und 9 unzulässig, wenn die Grundlage in den Statuten fehlen.

³⁸¹ Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG, SR 221.301).

³⁸² S. LUKAS GLANZMANN, Umstrukturierungen, 3. Auflage, Bern 2014, N 70 ff.

Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe b BV sieht vor, dass «die Organmitglieder keinen zusätzlichen Berater- oder Arbeitsvertrag von einer anderen Gesellschaft der Gruppe erhalten».

Sinn und Zweck dieser verfassungsmässigen Bestimmung ist es nicht, dass die Organmitglieder überhaupt keine Verträge mit anderen Konzerngesellschaften abschliessen dürfen. Dies würde das Kontrollieren und Leiten eines Konzerns unverhältnismässig erschweren. Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe b BV will vielmehr vermeiden, dass diejenigen Teile der Vergütungen der Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats, die von anderen Konzernunternehmen stammen, nicht offen gelegt werden bzw. dieselbe Tätigkeit mehrfach entschädigt wird. Ohne Offenlegung im Vergütungsbericht könnte zudem die Genehmigungskompetenz der GV (s. Art. 735) umgangen werden.

Artikel 735d sieht deshalb vor, dass Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats der Gesellschaft für Tätigkeiten bei Unternehmen, die durch die Gesellschaft direkt oder indirekt kontrolliert werden, vom Grundsatz her unzulässig sind. Wenn diese Vergütungen jedoch den rechtlichen Vorgaben und den Statuten entsprechen und zudem durch die GV der Gesellschaft gutgeheissen werden, sind sie zulässig. Die Pflicht zur Offenlegung solcher Vergütungen ergibt sich bereits aus der Formulierung von Artikel 734a Absatz 1 («indirekt ... ausgerichtet hat»).

Der Begriff der Kontrolle und des Unternehmens ist den seit dem 1. Januar 2013 geltenden Bestimmungen zur Konzernrechnung entnommen (Art. 963 Abs. 1 OR).³⁸³

Selbstverständlich dürfen nicht durch die Hintertür der beschränkt zulässigen Vergütungen im Konzern gemäss Artikel 735d den Mitgliedern des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats der Gesellschaft unzulässige Vergütungen gemäss Artikel 735c zufließen.

2.1.36 Auflösung der Gesellschaft

Art. 736 Abs. 1 Ziff. 4, Abs. 2 Auflösung im Allgemeinen; Gründe

Aktionärinnen und Aktionäre können gemäss Absatz 1 Ziffer 4 aus wichtigen Gründen die Auflösung der Gesellschaft verlangen, sofern sie entweder mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals (wie bisher) oder zehn Prozent der Stimmen vertreten. Es wird nicht zwischen börsenkotierten und nicht börsenkotierten Gesellschaften unterschieden (s. Ziff. 1.3.6.6).

Von grosser Bedeutung ist, dass es dem Gericht gemäss Absatz 2 frei steht, anstelle der Auflösung der Gesellschaft eine andere sachgerechte und für die Beteiligten

³⁸³ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1589, 1722 f. i.V.m. 1696. S. zum nicht mehr explizit im Gesetz definierten Begriffs des Unternehmens: FLORIAN ZIHLER, Die Konzernrechnung gemäss zukünftigem Rechnungslegungsrecht, ST 2012/5, S. 285.

zumutbare Lösung anzuordnen. Im Vordergrund steht der Erwerb der Aktien der klagenden Partei durch die Gesellschaft. Insbesondere bei privaten Aktiengesellschaften, deren Minderheitsaktionärinnen und Minderheitsaktionäre ihre Anteile faktisch nicht an Dritte verkaufen können, dient das Auflösungsrecht dazu, den Beteiligten in Härtefällen das Ausscheiden zu ermöglichen. Wird die Aktiengesellschaft wie in der Schweiz auch für kleinere Gesellschaften verwendet, deren Aktien faktisch nicht veräussert werden können, weil dafür kein aktiver Markt besteht, so ist die Klage auf Auflösung für den Schutz von Personen mit Minderheitsbeteiligungen wichtig. Ihr kann im Ergebnis die Funktion zu einer Klage auf Ausscheiden aus der Gesellschaft wegen wichtigen Gründen zukommen.³⁸⁴

Im Zusammenhang mit Artikel 736 steht auch die Neuregelung des Erwerbs eigener Aktien durch die Gesellschaft. Die Höchstgrenze für den Erwerb wurde im Fall der Auflösungsklage auf 20 Prozent erhöht (s. Art. 659 Abs. 3).

2.1.37 Organverantwortlichkeit

Art. 753 Ziff. 1 Gründungshaftung

Da die Sachübernahme neu nicht mehr als qualifizierter Tatbestand bei der Gründung angesehen wird, entfällt auch der entsprechende Gründungshaftungstatbestand (. Wird im Rahmen von «Sachübernahmen» künftig ein Schaden verursacht, so greifen insbesondere der Haftungstatbestand von Artikel 754 sowie der Rückerstattungsanspruch gemäss Artikel 678 (s. Ziff. 1.3.1.3).

Art. 754 Abs. 1 Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung, unabhängige Stimmrechtsvertretung und Liquidation

Der Haftungstatbestand gemäss Artikel 754 wird neu um die unabhängige Stimmrechtsvertretung ergänzt. Ansonsten bleibt die Norm unverändert. Die Ergänzung des persönlichen Anwendungsbereich ist gerechtfertigt, da die unabhängige Stimmrechtsvertreterin bzw. der unabhängige Stimmrechtsvertreter infolge der Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV³⁸⁵ auch im Vorentwurf eine wichtige Stellung hinsichtlich der Ausübung des Stimmrechts der Aktionärinnen und Aktionäre erhält (s. Art. 689c ff.). Müsste beispielsweise aufgrund des Verschuldens der unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder des unabhängigen Stimmrechtsvertreters die Durchführung einer GV teilweise wiederholt werden, so ist es gerechtfertigt, dass diese oder dieser u. a. gegenüber der Gesellschaft für damit verbundene Schäden haftbar gemacht werden kann.

Art. 756 Abs. 2 Schaden der Gesellschaft; Ansprüche ausser Konkurs

Aufgrund derselben Situation wie bei Artikel 678 Absatz 5 wird Absatz 2 eingefügt.

Zur Möglichkeit, die Rückerstattungsklage auf Kosten der Gesellschaft zu erheben, wird auf die Erläuterungen zu den Artikeln 697j und 697k verwiesen.

³⁸⁴ RETO SANWALD, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, Zürich 2009, S. 177 f.
³⁸⁵ SR 101

Art. 757 Abs. 4 Ansprüche im Konkurs

Der neue Absatz 4 von Artikel 757 steht in Zusammenhang mit der Revision des Sanierungsrechts des OR (s. Ziff. 1.3.7) und betrifft die Behandlung der mit einem Rangrücktritt belasteten Forderungen im Rahmen einer Verantwortlichkeitsklage.

Der Rangrücktritt stellt für sich alleine zwar keine echte Sanierungsmassnahme dar, ist aber häufig ein wichtiger erster Schritt zur Sanierung des Unternehmens. Im Rangrücktritt erklärt eine Gläubigerin oder ein Gläubiger eines überschuldeten Unternehmens, auf die Bezahlung ihrer oder seiner Forderung solange zu verzichten, bis die übrigen Gläubigerinnen und Gläubiger befriedigt sind (s. Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1). Falls in der weiteren Folge die Sanierung scheitert und über der Gesellschaft der Konkurs eröffnet wird, haftet der Verwaltungsrat unter bestimmten Voraussetzungen für den der Gesellschaft entstandenen Schaden (Art. 754 ff. OR). Für die Berechnung dieses (mittelbaren) Schadens besagt die bundesgerichtliche Rechtsprechung³⁸⁶, dass die rangrücktrittsbelasteten Forderungen einzubeziehen sind. Dieses Ergebnis ist in der Lehre auf Kritik gestossen, da der Verwaltungsrat für diesen Teil des «Schadens» pflichtgemäss gehandelt habe, mithin ein erhaltener gültiger Rangrücktritt keinen Schaden darstelle.³⁸⁷ Diese Rechtsprechung erschwert Sanierungen. Falls nämlich eine Sanierung in der weiteren Folge scheitert und der Konkurs eröffnet wird, werden rangrücktrittsbelastete Forderungen gestützt auf die bundesgerichtlichen Erwägungen bei der Schadensberechnung in der Verantwortlichkeitsklage einbezogen, was weder mit Blick auf die rangrücktrittsbeginünstigten Drittgläubiger gerechtfertigt ist noch aus der Sicht der haftpflichtigen Gesellschaftsorgane angemessen erscheint. Hier bedarf es der Klarstellung des Gesetzgebers. Ansonsten bliebe es bei der jetzigen Rechtslage, die es den Gesellschaften erschwert, Rangrücktritte zu erlangen.

Art. 758 Abs. 2 Wirkung des Entlastungsbeschlusses

Gemäss Absatz 2 wird die Klagefrist für Aktionärinnen und Aktionäre ausserhalb des Konkurses, die dem Entlastungsbeschluss nicht zugestimmt haben, von sechs auf zwölf Monate verlängert. Diese Verlängerung ist notwendig, da sich die geltende Frist von sechs Monaten oftmals als zu kurz erwiesen hat. Bei komplexen Sachverhalten ermöglicht sie den Aktionärinnen und Aktionären insbesondere nicht, die notwendigen Informationen für die Substantiierung ihrer Klage zusammenzustellen.

Die Frist steht während dem Verfahren auf Anordnung und der Durchführung einer Sonderuntersuchung sowie dem Verfahren zur Zulassung einer Klage auf Kosten der Gesellschaft still. Somit können die Ergebnisse dieser Verfahren im Moment der Einleitung der Klage genutzt werden.

Art. 759 Differenzierte Solidarität und Rückgriff

Der geltende Absatz 1 sieht wie das geltende Recht eine differenzierte Solidarität vor: Wenn für einen Schaden mehrere Personen ersatzpflichtig sind, so ist jede von ihnen insoweit mit den anderen solidarisch haftbar, als ihr der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist. Diese

³⁸⁶ Zuletzt bestätigt in BGer 4A_277/2010 vom 2. September 2010, E. 2.3.

³⁸⁷ RICO A. CAMPONOV/ANDREAS C. BAUMGARTNER, Wird der Rangrücktritt unbrauchbar? Schadenserhöhende Wirkung von Rangrücktrittserklärungen im Verantwortlichkeitsfall, ST 2011/12, S. 1036 ff.

Regelung wurde im Rahmen der Revision des Aktienrechts von 1991 ins Gesetz aufgenommen. Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass das Verschulden der verschiedenen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterstehenden Personen meist sehr unterschiedlich ist. Insbesondere will die Bestimmung ermöglichen, bei der Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane zu berücksichtigen, dass der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung einerseits und die Revisionsstelle andererseits funktional anders gelagerte Aufgaben erfüllen. Daraus resultieren häufig kaum zu vergleichende Verschulden.

Die neue Ordnung der Solidarität im Aktienrecht von 1991 hat sich allerdings in der Praxis nicht bewährt. In nicht sachgerechter Weise wurde die Revisionsstelle zunehmend zum Hauptadressat von Verantwortlichkeitsklagen. Ungeachtet des effektiven Verschuldens aller beteiligten Personen wurde nicht selten sogar ausschliesslich die Revisionsstelle ins Recht gefasst, dies namentlich aus folgenden Gründen:

- Die berufsrechtlichen Normen zur Revision sind umfassend und detailliert. In einem Verantwortlichkeitsverfahren kann es aus diesem Grund einfacher sein, eine möglicherweise geringfügige Nachlässigkeit der Revisionsstelle zu belegen, als an sich schwerer wiegende Verletzungen der Sorgfaltspflicht durch den Verwaltungsrat oder die Geschäftsleitung nachzuweisen.
- Die Revisionsunternehmen sind in der Regel solventer als die Mitglieder des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung; üblicherweise verfügen sie über eine Haftpflichtversicherung.
- Im Interesse ihres geschäftlichen Ansehens stehen Revisionsunternehmen unter erheblichem Druck, durch einen Vergleich ein gerichtliches Verfahren zu vermeiden. Ferner wirken auch die Haftpflichtversicherer auf eine aussergerichtliche Erledigung von Streitfällen hin.

Rechtspolitisch ist es problematisch, wenn die Revisionsstelle in der Praxis regelmässig trotz nur geringem Verschulden für einen grossen Teil des Schadens aufkommen muss, während Personen mit einem grösseren Verschulden nicht belangt werden. Die Tatsache, dass aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklagen vornehmlich gegen die Revisionsstelle gerichtet werden, führt im Ergebnis zu einer Verschiebung der Verantwortlichkeit von den Geschäftsführungsorganen auf die Revisionsstelle. Aus Sicht der Corporate Governance ist deshalb auch im Bereich der Verantwortlichkeit ein besseres Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Organen der Gesellschaft herzustellen. Dabei muss der besonderen Stellung der mit der Revision betrauten Personen im Verhältnis zu den Geschäftsführungsorganen Rechnung getragen werden. Die Revisorinnen und Revisoren können im Rahmen ihrer Kontrollaufgaben die Entstehung eines Schadens meistens nicht unmittelbar verhindern, sondern lediglich die Vergrösserung eines bereits verursachten Schadens beschränken. Die gesetzliche Regelung muss gewährleisten, dass in erster Linie die Geschäftsführungsorgane für Schäden aufkommen, die sich aus ihrer Tätigkeit ergeben haben.

Weiter gilt es, einen funktionierenden Markt mit Revisionsdienstleistungen zu sichern. Es ist zu vermeiden, dass Revisionsstellen auf existenzbedrohende Schadenssummen belangt werden können, obwohl ihr Verschulden im Vergleich mit demjenigen der andern beteiligten Personen gering ist.

Der Vorentwurf zum Entwurf 2007 sah nach dem Vorbild gewisser ausländischer Rechtsordnungen vor, die solidarische Haftung der Revisionsstelle auf einen Maximalbetrag zu beschränken, soweit sie nur für ein leichtes Verschulden verantwortlich ist. Diese Haftungsmitel wurde im Allgemeinen auf 10 Millionen Franken festgesetzt. Für die Revision von Gesellschaften mit börsenkotierten Beteiligungspapieren und für die Revision von andern wirtschaftlich bedeutenden Unternehmen sollte eine erhöhte Schranke von 25 Millionen Franken massgebend sein.³⁸⁸ Die Stellungnahmen im Vernehmlassungsverfahren zum Vorentwurf 2005 waren kontrovers. Eine Mehrheit vertrat die Ansicht, dass die vorgeschlagene Regelung der Revisionsstelle in nicht gerechtfertigter Art Vorteile gegenüber anderen Gesellschaftsorganen einräume. Von anderer Seite wurde eine umfassende Überprüfung der Regelung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gefordert, die sich nicht auf die Haftung der Revisionsstelle beschränkt. Nur in einem kleinen Teil der Stellungnahmen wurden die im Vorentwurf 2005 vorgesehenen Haftungsmitel begrützt.³⁸⁹

Auf der Grundlage der Vernehmlassungsergebnisse liess der Bundesrat verschiedene Alternativen für eine Verbesserung der gesetzlichen Regelung prüfen. Eine umfassende Neuordnung der Haftung der Gesellschaftsorgane ist nicht erforderlich und könnte schwer absehbare Auswirkungen für die Rechtsanwendung zur Folge haben. Ebenfalls nicht problemlos erscheint eine generelle Begrenzung der Haftung für Revisionsdienstleistungen auf beispielsweise 25 Prozent des eingetretenen Schadens. Dieser Regelungsvorschlag beruht auf der Generalisierung eines Bundesgerichtsentscheids, der in einem konkreten Fall die solidarische Haftung der Revisionsstelle in Anwendung von Artikel 759 Absatz 1 OR auf ein Viertel des Gesamtschadens begrenzt hat (wobei *in casu* ein relativ erhebliches Verschulden der Revisionsstelle vorlag)³⁹⁰. Eine entsprechende Regelung würde jedoch eine materiell nicht begründete Pauschalisierung vornehmen. Vorgeschlagen wurde weiter eine privatautonome Haftungsbegrenzung der Revisionsstelle in den Statuten der zu revidierenden Gesellschaft. Die Höhe der Begrenzung würde von der Gesellschaft mit ihrer Revisionsstelle vereinbart. Dadurch könnte jedoch die Rechtsstellung der Gläubigerinnen und Gläubiger erheblich beeinträchtigt werden; es käme zu einer Art Vertrag zulasten Dritter. Auch ergäben sich sachlich nicht begründbare Haftungsunterschiede zwischen den Gesellschaften. Eine statutarische Haftungsbegrenzung wäre daher rechtspolitisch bedenklich. Auch eine gesetzliche Begrenzung der Haftung auf ein Vielfaches des Revisionshonorars vermag nicht zu überzeugen. Eine entsprechende Regelung hätte zur Folge, dass das Revisionshonorar nach Möglichkeit künstlich tief gehalten würde, während weitere Dienstleistungen, die über die Grundaufgabe der Revision hinausgehen, separat verrechnet würden. In der Rechtsanwendung könnten sich erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben.

Der Vorentwurf, der auf dem Entwurf 2007 basiert, sieht aus den dargelegten Gründen eine andere Lösung vor und verdeutlicht die bereits im geltenden Recht vorgesehene Regelung der differenzierten Solidarität. Der bisherige Absatz 1 gilt unverändert für die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung. Auch für diese Personen ist nicht die absolute, sondern eine nach dem Verschulden und den Umständen differenzierende Ordnung anwendbar. Für die Personen, die der Revisi-

³⁸⁸ S. Begleitbericht vom 2. Dezember 2005 zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, S. 88.

³⁸⁹ S. Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse vom Februar 2007 des EJPD, S. 25.

³⁹⁰ Urteil des Bundesgerichts 4C.506/1996 vom 3. März 1998.

onshaftung unterstehen, wird diese in einem neuen Absatz 2 spezifiziert. Sofern die mit der Revision betrauten Personen im Rahmen ihrer gesetzlichen Aufgabe einen Schaden lediglich fahrlässig mitverursachen, haften sie auch gegenüber Dritten bis höchstens zum Betrag, für den sie zufolge Rückgriffs aufkommen müssten. Dadurch wird der besonderen Stellung der Revisionsstelle Rechnung getragen und vermieden, dass diese auch bei einem geringen Verschulden faktisch voll für das Verschulden des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung aufkommen muss. Die vorgesehene Regelung entspricht Entwurf und Botschaft des Bundesrats zur Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983³⁹¹. Sie vermeidet pauschale, verschuldensunabhängige Haftungsbeschränkungen und steht daher in Übereinstimmung mit der differenzierenden Grundregelung von Absatz 1.

Absatz 2 findet sowohl auf die Revisionsstelle als auch auf andere Personen Anwendung, die vom Gesetz vorgesehene Revisionsdienstleistungen erbringen.

Die Regelung erfasst alle Fälle der fahrlässigen Handlung. Eine Differenzierung zwischen leichter, mittlerer und schwerer Fahrlässigkeit würde für die Praxis zu schwierigen Abgrenzungsproblemen führen, womit sich letztlich dieselben Anwendungsprobleme ergeben würden wie im geltenden Recht. Dennoch findet der Grad der Fahrlässigkeit aber Berücksichtigung, weil die relative Grösse des Verschuldens für die Bemessung des Rückgriffs von zentraler Bedeutung ist. Absatz 2 ist daher im Fall einer schweren Fahrlässigkeit von geringerer Tragweite als bei einem leichten Verschulden.

In den Absätzen 3 und 4 wird insbesondere «Richter» durch «Gericht» ersetzt. Es handelt sich um rein redaktionelle Anpassungen.

Art. 760 Verjährung

Es wird derselbe Verjährungsmechanismus vorgesehen wie bei Artikel 678a. Die relative Verjährungsfrist des geltenden Rechts von fünf Jahren wird beibehalten.

2.1.38 Beteiligung von Körperschaften des öffentlichen Rechts

Art. 762 Abs. 5 Beteiligung von Körperschaften des öffentlichen Rechts

Neu wird in Absatz 5 festgehalten, dass das Abordnungs- und Abberufungsrecht von öffentlich-rechtlichen Körperschaften gemäss Artikel 762 OR auch bei Gesellschaften gilt, deren Aktien an einer Börse kotiert sind.

Dieser Vorbehalt zugunsten des Abordnungs- und Abberufungsrechts gemäss Artikel 762 ist bereits in Artikel 1 Absatz 2 Satz 2 VegüV so vorgesehen und führt aufgrund des relativ bescheidenen Anwendungsbereichs zu keiner Umgehung der Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV.

³⁹¹ Botschaft vom 23. Februar 1983 über die Revision des Aktienrechts, BBl **1983** II 745, 938.

2.2 Änderung weiterer Bestimmungen des Obligationenrechts

2.2.1 Kommanditaktiengesellschaft

Art. 765 Abs. 2 Verwaltung, Bezeichnung und Befugnisse

Der Vorentwurf sieht neu ausdrücklich vor, dass bei ausländischen Mitgliedern der Verwaltung sowie bei zur Vertretung befugten Ausländerinnen und Ausländern die Staatsangehörigkeit im Handelsregister anzugeben ist. Dies entspricht Artikel 119 Absatz 1 Buchstabe der Handelsregisterverordnung³⁹².

2.2.2 Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Art. 772 Abs. 1 Begriff

Artikel 772 Absatz 1 Satz 1 wird an Artikel 620 angepasst, indem explizit festgehalten wird, dass auch Rechtsgemeinschaften eine GmbH gründen können. Bisher konnte zumindest gemäss Wortlaut eine Rechtsgemeinschaft, z. B. eine Erbengemeinschaft, nur die Stammanteile einer bereits bestehenden GmbH erwerben und veräussern (Art. 788 Abs. 1 i. V. m. Art. 792 OR).

Art. 773 Stammkapital

In Analogie zum Aktienrecht wird die Möglichkeit geschaffen, ein Stammkapital in einer Fremdwährung vorzusehen. Zum Zeitpunkt der Handelsregistereintragung muss das Stammkapital in Fremdwährung mindestens einem Gegenwert von 20'000 Franken entsprechen.

Für sämtliche weiteren Aspekte im Zusammenhang mit einem Stammkapital in einer Fremdwährung wird auf die entsprechenden Erläuterungen bei der Aktiengesellschaft verwiesen (s. Art. 621).

Art. 774 Stammanteile

In Analogie zum Aktienrecht wird vorgesehen, dass die Stammanteile einen Nennwert aufweisen müssen, der grösser als Null ist. Auch wenn die GmbH in ihren Grundzügen für die Bedürfnisse von Gesellschaften mit einem beschränkten Kreis von beteiligten Personen konzipiert ist, scheint es sinnvoll, eine Angleichung ans Aktienrecht vorzunehmen. Ein Bedürfnis, einen Nennwert von unter 100 Franken zu haben, kann sich insbesondere im Rahmen von Umstrukturierungen ergeben. Zudem lässt sich das Stammkapital in Fremdwährung (s. Art. 773) einfacher umsetzen.

Art. 775 Aufgehoben

Aufgrund der Neuformulierung von Artikel 772 Absatz 1 kann Artikel 775 OR wie die entsprechende Bestimmung im Aktienrecht (s. Art. 625) aufgehoben werden.

³⁹² Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV, SR **221.411**).

Art. 776 Ziff. 4 Statuten; gesetzlich vorgeschriebener Inhalt

Der Begriff «Bekanntmachungen» wird durch die zutreffendere Bezeichnung «Mitteilungen» ersetzt. Neu haben die Statuten nur noch anzugeben, in welcher Form die Mitteilungen an die Gesellschafter zu erbringen sind (s. Art. 626 Abs. 1 Ziff. 7). Mit dieser Angabe wird gleichzeitig auch die in den Statuten vorgeschriebene Form für die Einberufung der Gesellschafterversammlung festgelegt (Art. 805 Abs. 5 Ziff. 1 OR i. V. m. Art. 700 Abs. 1).

Art. 777 Abs. 2 Ziff. 2bis Gründung

Absatz 2 wird in Anlehnung an das Aktienrecht mit einer Ziffer 2^{bis} ergänzt, wonach bei einem Stammkapital in Fremdwährung die Gründer festzustellen haben, dass dieses einem Gegenwert von mindestens 20'000 Franken entspricht (s. Art. 629).

Art. 776a Aufgehoben

In Anlehnung ans Aktienrecht wird Artikel 776a aufgehoben und es wird auf die Auflistung des bedingt notwendigen Statuteninhalts verzichtet. Siehe zur Begründung die Ausführungen zu Artikel 627. Materiell sind damit keine Änderungen verbunden.

Art. 777b Abs. 2 Ziff. 6 Belege

In Anlehnung an die Änderungen im Aktienrecht wird auch bei der GmbH eine (beabsichtigte) Sachübernahme künftig nicht mehr als qualifizierter Tatbestand angesehen, der im Rahmen einer Gründung oder Kapitalerhöhung der Statuten- und der Registerpublizität unterliegt (s. Ziff. 1.3.1.3).

Entsprechend sind Sachübernahmeverträge nicht mehr Beilagen zum Errichtungsakt und Artikel 777b Absatz 2 Ziffer 6 kann aufgehoben werden (s. Art. 628).

Art. 777c Einlagen

Da neu auch das Aktienrecht zwingend die Vollliberierung vorschreibt (s. Art. 632), kann betreffend die Einlagen neu gesamthaft auf das Aktienrecht verwiesen werden (s. Art. 632 ff.).

Art. 781 Abs. 4 Erhöhung des Stammkapitals

In Anlehnung an die Änderung im Aktienrecht wird die Frist, innert der eine Erhöhung des Stammkapitals beim Handelsregisteramt anzumelden ist, von drei auf sechs Monate erhöht (s. Art. 650).

Art. 782 Abs. 2 Herabsetzung des Stammkapitals

Artikel 782 Absatz 2 wird sprachlich dahingehend angepasst, dass das Stammkapital in keinem Fall unter das *Mindestkapital gemäss Artikel 773* herabgesetzt werden kann. Diese Formulierung erfolgt aufgrund des neuen Artikels 773. Materiell erfolgt keine Änderung.

Art. 791 Abs. 1 Eintragung ins Handelsregister

Der Vorentwurf sieht neu ausdrücklich vor, dass bei ausländischen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern im Handelsregister die Staatsangehörigkeit anzugeben ist. Dies entspricht Artikel 119 Absatz 1 Buchstabe d der Handelsregisterverordnung³⁹³.

Art. 798, 798a und 798b

Dividenden, Zinse, Tantiemen

Für Dividenden, Zwischendividenden, Zinsen, Bauzinsen und Tantiemen wird in Artikel 798 gesamthaft auf das Aktienrecht verwiesen, so u. a. auf die Artikel 660 OR bzw. auf die Artikel 661, Art. 675a–677). Artikel 798a und 798b werden daher aufgehoben.

Hinsichtlich der Reserven und ihrer Rückzahlung verweist Artikel 801 OR ebenfalls auf das Aktienrecht, insbesondere auf die Artikel 671–674 und 677a.

Art. 802 Abs. 2 und 4

Auskunfts- und Einsichtsrecht

Die Änderungen von Artikel 802 Absatz 2 sind rein terminologischer Natur («Geschäftsbücher» statt «Bücher»; s. Art. 958/OR).

Die Änderung in Absatz 4 betrifft nur den französischen Gesetzestext.

Art. 804 Abs. 2 Ziff. 3, 5^{bis} und 14

Gesellschafterversammlung; Aufgaben;

Infolge des seit dem 1. Januar 2008 geltenden Revisionsrechts wird Ziffer 3 angepasst. Nach Artikel 728a OR prüft die Revisionsstelle bei der Aktiengesellschaft auch eine allfällige Konzernrechnung. Bei der GmbH gilt dasselbe; der Hinweis auf den Konzernprüfer kann deshalb gestrichen werden.

Entsprechend dem Aktienrecht wird die Beschlussfassung über die Rückzahlung von Kapitalreserven in Ziffer 5^{bis} ausdrücklich erwähnt und sauber vom Beschluss über die Verwendung des Gewinns getrennt (s. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6).

Die Änderung in Ziffer 14 betrifft nur den französischen Gesetzestext.

Art. 805 Abs. 4 und 5 Ziff. 2, 2^{bis}, 8 und 10 Einberufung und Durchführung

Das GmbH-Recht sieht vor, dass die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung auch auf dem Zirkularweg gefasst werden können. Der Entwurf 2007³⁹⁴ wollte die schriftliche Beschlussfassung auf Beschlüsse beschränken, die nicht der öffentlichen Beurkundung bedürfen. Dies entspricht allerdings nicht den Tendenzen in der Lehre, welche die öffentliche Beurkundung von Zirkularbeschlüssen zulässt (s. Art. 701d).

In Artikel 805 Absatz 5 Ziffer 2, 2^{bis}, 8 und 10 wird der Verweis auf das Aktienrecht den neuen Bestimmungen zur Einberufung und Durchführung der GV angepasst.

³⁹³ Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV, SR **221.411**).

³⁹⁴ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl **2008** 1589, 1726.

Art. 808b Abs. 1 Ziff. 2^{bis} 6^{bis} und 8 Wichtige Beschlüsse

Mit den Ziffern 2^{bis} und 6^{bis} erfolgt die Anpassung an die neuen Bestimmungen des GmbH-Rechts (s. Art. 773; Art. 805 Abs. 5 Ziff. 10) und des Aktienrechts (s. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 9 und 10).

Die Änderung in Ziffer 8 betrifft nur den französischen Gesetzestext.

Art. 810 Abs. 2 Ziff. 3, 5 und 7 *Aufgaben der Geschäftsführer*

Artikel 810 Absatz 2 Ziffer 3, 5 und 7 werden an die Bestimmungen des Aktienrechts angepasst (s. Art. 716a).

Art. 820 *Drohende Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung*

Die vorgeschlagenen aktienrechtlichen Neuerungen im Bereich der Sanierung (s. Art. 725 ff.) bedingen eine Anpassung der darauf verweisenden Normen.

Kraft Verweisung sind die Bestimmungen, die auf das Aktienkapital abstellen, entsprechend auf das Stammkapital anzuwenden. Die Handlungspflichten des Verwaltungsrates treffen entsprechend die Geschäftsführung der GmbH (s. Art. 810 Abs. 2 Ziff. 7).

Mit der Integration des Konkursaufschubes in das Nachlassrecht (s. Ziff. 1.3.7.3) geht die Streichung des entsprechenden Hinweises einher.

Unverzüglich einbezahlte Nachschüsse sind nunmehr insbesondere im Rahmen der Anwendung von Artikel 725b Absatz 4 Ziffer 2 oder im Rahmen eines Nachlassgesuchs zu prüfen.

Der Verweis auf die Bestimmungen des Aktienrechts umfasst stets auch die Bestimmung zur Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen (Art. 725c).

2.2.3 Genossenschaft

Art. 832 Ziff. 1 und 3-5 *Gesetzlich vorgeschriebener Inhalt*

Ziffer 1 enthält eine redaktionelle Anpassung. Die Bezeichnung «Namen» wird aus dem Gesetz entfernt. Die Genossenschaft geniesst den Firmenschutz nach Artikel 951 Absatz 2 OR und ist daher Trägerin einer Firma und nicht eines Namens.

Ziffer 3 wird aufgehoben. Die Bestimmung hätte bereits heute materielle und systematisch zum bedingt notwendigen Inhalt der Statuten gehört (s. Art. 833).

Die Verwaltung und Vertretung in der Genossenschaft ist in den Artikeln 894 ff. und 898 ff. OR geregelt; für die Revisionsstelle sind die aktienrechtlichen Bestimmungen entsprechend anwendbar (Art. 906 Abs. 1 OR i. V. m. Art. 727 ff. OR). Somit ist es nicht erforderlich, entsprechende Statutenbestimmungen zu verlangen. Ziffer 4 wird deshalb aufgehoben (s. auch Art. 626).

Auch bei der Genossenschaft ist bei Ziffer 5 der Begriff «Bekanntmachungen» durch «Mitteilungen» zu ersetzen (s. Art. 626).

Art. 833 Ziff. 3, 5 und 8 Weitere Bestimmungen

Im Unterschied zum Aktien- und GmbH-Recht (s. Art. 627 und 776a) wird im Genossenschaftsrecht die Bestimmung zum bedingt notwendigen Statuteninhalt nicht aufgehoben (s. Art. 627 und Art. 776a). Auch wenn in Bezug auf den Katalog des bedingt notwendigen Statuteninhalts eine Analogie zur Aktiengesellschaft und zur GmbH angezeigt gewesen wäre, ist die Situation bei der Genossenschaft differenzierter zu betrachten. Im Genossenschaftsrecht sind die materiellen Normen sehr viel weniger umfangreich und detailliert als bei der Aktiengesellschaft und bei der GmbH. Zum einen basiert das geltende Genossenschaftsrecht noch weitgehend auf der Grundlage von 1936. Zum anderen besteht im Genossenschaftsrecht mehr Flexibilität und Freiheit, da materielle Normen analog dem Aktien- oder GmbH-Recht oftmals fehlen. So verfügt die Genossenschaft als personenbezogene Körperschaft im Unterschied zur Aktiengesellschaft und zur GmbH nicht über ein in einzelne Teile zerlegtes feststehendes Grundkapital. Bestimmungen zum Kapital wie etwa über die Mindesthöhe des Kapitals, über den Mindestnennwert der Anteile und über die minimale Liberierung fehlen. Eine Aufhebung von Artikel 833 in Analogie zum Aktienrecht hätte daher zur Folge, dass verschiedenste Bestimmungen materiell ergänzt und somit auch oftmals die Systematik angepasst werden müsste. So müsste etwa eine Bestimmung zum Kapital geschaffen werden, die besagt, dass die Genossenschaft über ein Genossenschaftskapital verfügen kann, wenn die notwendige statutarische Grundlage vorhanden ist. Weiter müssten analog dem Aktienrecht Bestimmungen über eine Sacheinlagegründung geschaffen werden. Dies soll jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Aktienrechtsrevision sein. Entsprechend wird der bestehende Artikel 833 nicht aufgehoben, sondern nur in den zwingend revisionsbedürftigen Punkten angepasst.

In Analogie zum Aktienrecht ist auch bei der Genossenschaft die Sachübernahme nicht mehr als qualifizierter Tatbestand bei einer Gründung oder Kapitalerhöhung anzusehen und unterliegt somit nicht der Statuten- und der Registerpublizität (s. Ziff. 1.3.1.3). Ziffer 3 kann daher ersatzlos gestrichen werden. Sofern die empfangene Gegenleistung in einem Missverhältnis zur Höhe des Vermögenswertes steht, entsteht ein Rückerstattungsanspruch (s. Art. 902a i. V. m. Art. 678).

Artikel 832 Ziffer 3 OR wird in Artikel 833 Ziffer 5 übertragen und redaktionell überarbeitet (s. Art. 832 Ziff. 3).

In Ziffer 8 wird «Reinertrag» durch «Bilanzgewinn» ersetzt; damit erfolgt eine Anpassung ans Aktienrecht (s. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR).

Art. 834 Abs. 2 Konstituierende Versammlung

In Übereinstimmung mit den Änderungen des Aktien- und GmbH-Rechts (Sachübernahme gilt nicht mehr als qualifizierter Tatbestand, welcher der Statuten- und Registerpublizität unterliegt; s. Ziff. 1.3.1.3) wird Absatz 2 dahingehend angepasst, dass im Gründerbericht nur zu den Sacheinlagen Stellung zu nehmen ist.

Art. 856 Randtitel, Abs. 2 Bekanntgabe des Lageberichts, der Jahresrechnung und der Konzernrechnung

Die Norm wird der entsprechenden Bestimmung im Aktienrecht nachgebildet (s. Art. 696 Abs. 3).

Art. 857 Abs. 2bis und 3 Auskunftserteilung

Die aktienrechtlichen Vorschriften über die Offenlegung der Vergütungen des obersten Kaders sollen sinngemäss auch bei Genossenschaften gelten. Bei Genossenschaften mit mehr als 2'000 Mitgliedern erfolgt die Bekanntgabe gemäss den Artikeln 734–734d. Bei den übrigen Genossenschaften gelangt Artikel 697 Absatz 4 zur Anwendung.

In Absatz 3 wird «Richter» durch «Gericht» ersetzt. Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung.

Art. 874 Abs. 2 Änderungen der Haftungsbestimmungen

Die Bestimmung wird terminologisch ans Aktienrecht angepasst. Der generelle Verweis macht deutlich, dass analog dem Aktienrecht sowohl eine ordentliche Kapitalherabsetzung wie auch eine Kapitalherabsetzung zur Beseitigung einer Unterbilanz oder eine Harmonika möglich sind (s. Art. 653j ff.).

Art. 879 Abs. 2 Ziff. 2bis und 3bis Generalversammlung; Befugnisse

Bei der Anpassung an das neue Rechnungslegungsrecht wurde die Befugnis der GV zur Genehmigung des Lageberichts und der Konzernrechnung auch für die Genossenschaft ausdrücklich vorgesehen (Art. 879 Abs. 2 Ziff. 3 OR).³⁹⁵ Dadurch ist die Befugnis der GV zur Genehmigung der Betriebsrechnung (Erfolgsrechnung) und der Bilanz sowie der Verteilung des Reinertrages weggefallen (s. Art. 879 Abs. 2 Ziff. 3 aOR). Dieses gesetzgeberische Versehen wird nun korrigiert, indem die frühere Ziffer 3 wieder ins Gesetz aufgenommen wird. Sie wird dabei terminologisch an das Aktien- und Rechnungslegungsrecht angepasst.

Die neue Ziffer 3^{bis} wird in Übereinstimmung mit dem Aktienrecht eingefügt (s. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6).

Art. 893a Verwendung elektronischer Mittel

Für die Verwendung elektronischer Mittel wird neu auf das Aktienrecht verwiesen (s. Art. 701c ff.).

Art. 902 Abs. 3 Pflichten. Im Allgemeinen

Die Bestimmung wird aus gesetzestechnischen Gründen neu gegliedert und redaktionell überarbeitet. Im Hinblick auf das neue Rechnungslegungsrecht wird neu in Absatz 3 Ziffer 2 der Begriff «Geschäftsbericht» verwendet.

Art. 902a Rückerstattung von Leistungen

Das Genossenschaftsrecht kennt keine allgemeine Pflicht zur Rückerstattung wie sie für die Aktiengesellschaft (Art. 678 OR) bzw. die GmbH (Art. 800 OR) gelten. Gemäss Art. 904 OR besteht lediglich ein Schutz der Gesellschaftsgläubiger von ungerechtfertigten Bezügen, der allerdings erst im Konkurs greift.

³⁹⁵ AS 2012 6679, 6696.

Es ist nicht nachvollziehbar, wieso ein Rückerstattungsanspruch analog dem Aktienrecht nicht auch im Genossenschaftsrecht gelten sollte. Soweit sich aus den wesensmässigen Unterschieden der verschiedenen Rechtseinheiten nichts anderes ergibt, sind dieselben Fragestellungen in den verschiedenen Rechtseinheiten grundsätzlich gleich zu regeln. Bezüglich der Rückerstattung von Leistungen ist im Recht der Genossenschaft, der Aktiengesellschaft und der GmbH kein wesensmässiger Unterschied zu erkennen, weshalb eine Vereinheitlichung gerechtfertigt ist. Neu wird daher eine Norm geschaffen, die für die Rückerstattung von Leistungen auf das Aktienrecht verweist (s. Art. 678 f.).

Art. 903 Drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung

Es wird auf die Anmerkungen zu Artikel 820 verwiesen, unter Vorbehalt der nachfolgenden Besonderheiten.

Die Pflichten des Verwaltungsrats unter den Artikeln 725 ff. treffen bei der Genossenschaft entsprechend deren Verwaltung.

Die Bestimmungen zum Kapitalverlust (s. Art. 725a) kommen nur zur Anwendung, wenn es sich um eine Genossenschaft mit Anteilsscheinen handelt (Art. 853 OR). Dieser Umstand, der sich auch sachlogisch ergeben hätte, wird in Absatz 2 ausdrücklich festgehalten.

Bei der Berechnung des Kapitalverlusts bzw. der Überschuldung sind die Reserven nach Art. 860 OR mit einzubeziehen.

Auf die Klarstellung im bisherigen Absatz 6, wonach die Ansprüche aus Versicherungsverträgen als Gläubigerrechte zu behandeln seien, wird verzichtet. Die Lehre bezeichnet diese Bestimmung als überflüssig, da sie eine Selbstverständlichkeit beinhalte.³⁹⁶

Art. 919 Verjährung

Es wird derselbe Verjährungsmechanismus vorgesehen wie bei Artikel 760, der entsprechenden aktienrechtlichen Bestimmung.

2.2.4 Rechnungslegung

Art. 958b Abs. 3 Zeitliche und sachliche Abgrenzung

Das Nennwertkapital von Aktiengesellschaften und GmbH darf gemäss Vorentwurf auch auf eine Fremdwährung lauten (s. Art. 621 und 773). Deshalb muss Artikel 958b um einen Absatz 3 erweitert werden, der den anzuwendenden Umrechnungsmechanismus festlegt.

³⁹⁶ S. etwa HANSPETER WÜSTINER, Art. 903 N 15., in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

Artikel 959c Absatz 2 Ziffer 4 wird besser an die neuen Bestimmungen zu den eigenen Aktien angepasst (s. Art. 659 ff.). Das Unternehmen hat im Anhang zur Jahresrechnung die Anzahl eigener Anteile, die es selbst oder welche die von ihm direkt oder indirekt kontrollierten Unternehmen halten, offen zu legen. Bezüglich der Frage, wann ein Unternehmen (direkt oder indirekt) kontrolliert wird, wird auf Artikel 963 Absatz 2 verwiesen. Eine über den Konzern hinausgehende Offenlegung scheitert oftmals daran, dass ohne Kontrolle die Durchsetzung des Informationsflusses nicht möglich ist. Die neue Regelung entspricht inhaltlich dem auf den 1. Januar 2013 aufgehobenen Artikel 663b Ziffer 10 aOR.

Art. 960f Zwischenbilanz

An verschiedener Stelle werden Aktiengesellschaften zur Erstellung einer Zwischenbilanz verpflichtet. So etwa bei der Kapitalherabsetzung, wenn der Bilanzstichtag im Zeitpunkt, in dem die GV die Herabsetzung beschliesst, mehr als sechs Monate zurückliegt (s. Art. 653I), bei der Ausrichtung einer Zwischendividende (s. Art. 675a) oder beim Abschluss des Fusionsvertrages, wenn bei dessen Abschluss der Bilanzstichtag mehr als sechs Monate zurückliegt oder wichtige Änderungen in der Vermögenslage der an der Fusion beteiligten Gesellschaften eingetreten sind (Art. 11 FusG³⁹⁷). Zur Stärkung der Einheitlichkeit der Zwischenbilanzen und aufgrund der Tatsache, dass diese auch für weitere Rechtseinheiten relevant sind – z. B. für die GmbH –, werden die grundlegenden Anforderungen an die Zwischenbilanz neu in Artikel 960f geregelt, also im 32. Titel des Obligationenrechts zur kaufmännischen Buchführung und Rechnungslegung.

Artikel 960f orientiert sich an Artikel 11 FusG. Demgemäss ist die Zwischenbilanz anhand der Grundsätze und Vorschriften für die Jahresrechnung zu erstellen (Art. 958 ff. OR). Es sind aber gewisse Erleichterungen vorgesehen. Gemäss Ziffer 1 ist eine körperliche Bestandsaufnahme nicht notwendig, d. h., es müssen keine Inventare erstellt werden. Gemäss Ziffer 2 brauchen zudem die in der letzten Bilanz vorgenommenen Bewertungen nur nach Massgabe der Bewegungen in den Geschäftsbüchern verändert zu werden. Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen für die Zwischenzeit sowie wesentliche, aus den Büchern nicht ersichtliche Veränderungen der Werte (z. B. Kapitalrückzahlungen, Gewinnausschüttungen) müssen jedoch zwingend berücksichtigt werden. Je nach Entwicklung des Geschäftsgangs und des Unternehmens seit der letzten Jahresrechnung kann es für das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan aufgrund seiner Sorgfaltspflichten trotzdem angezeigt sein, zumindest eine teilweise Inventur oder gewisse Neubewertungen vorzunehmen.

Muss die Gesellschaft ihre Jahresrechnung aufgrund einer gesetzlichen oder statutarischen Revisionspflicht prüfen lassen (z. B. Art. 727 f. OR), ist sie für die Zwischenbilanz ebenfalls prüfungspflichtig.³⁹⁸ Infolge der vorangehend erwähnten Erleichterungen ist eine vollständige eingeschränkte oder ordentliche Prüfung, wie

³⁹⁷ Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG, SR 221.301).

³⁹⁸ Zum Fusionsgesetz: S. LUKAS GLANZMANN, Umstrukturierungen, 3. Auflage, Bern 2014, N 318 f.; Eidg. Amt für das Handelsregister, Kurzkommentar zu den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung zum Fusionsgesetz, in: REPRAX 2/3/2004, S. 8 (noch unter dem vor dem 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Revisionsrecht).

sie für den Jahresrechnung durchgeführt werden müsste, oftmals nicht möglich. Im Ergebnis müsste teilweise von den anzuwendenden Prüfungsstandards abgewichen werden, was sich negativ im Testat der Revisionsstelle niederschlagen würde. Der Umfang der Prüfung der Zwischenbilanz hat sich nach der Bedeutung der Zwischenbilanz zu richten. Je wichtiger diese ist – z. B. ist eine hohe Zwischendividende nach Artikel 675a oder eine für den Konzern gewichtige Umstrukturierung nach Fusionsgesetz geplant –, desto umfassender ist die Prüfung auszugestalten. Das bedeutet konsequenterweise, dass das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan des Unternehmens die erwähnten Erleichterungen bei der Erstellung der Zwischenbilanz allenfalls nicht oder nur teilweise anwenden darf³⁹⁹ und entsprechend eine umfassende eingeschränkte oder ordentliche Prüfung der Zwischenbilanz ermöglichen muss. Bei einfacheren Situationen oder einem normalen Geschäftsgang seit der letzten Jahresrechnung erscheint es demgegenüber nicht unzulässig, dass bei der Prüfung einer Zwischenbilanz – z. B. im Rahmen des Fusionsgesetzes⁴⁰⁰ – die in der Praxis entwickelte prüferische Durchsicht (Review) ausreichend ist.⁴⁰¹ Diese schmälert zwar zwangsläufig die Aussagekraft der Prüfung und mittelbar der Zwischenbilanz, was jedoch aus dem Testat der Revisionsstelle ersichtlich ist.⁴⁰²

Art. 963a Abs. 1, 2 und 4 Befreiung von der Pflicht zur Erstellung der Konzernrechnung

Die Schwellenwerte gemäss Absatz 1 Ziffer 1 werden von 20 Millionen Franken Bilanzsumme, 40 Millionen Franken Umsatzerlös und 250 Vollzeitstellen auf 40-80-500 verdoppelt. Damit wird vermieden, dass durch die Abschaffung der Möglichkeit zur Buchwertkonsolidierung (s. Art. 963b) eine grössere Anzahl von Unternehmen, von denen das Parlament im Rahmen der Beratung zum neuen Rechnungslegungsrecht keine Konzernrechnung nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung verlangen wollte, nun doch unter diese Art der Konsolidierung fällt.⁴⁰³ Es ist sogar davon auszugehen, dass durch diese deutliche Anhebung der Schwellenwerte weitere Unternehmensgruppen aus dem Bereich der allgemeinen gesetzlichen Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung fallen. Teilweise kann dies durch die unveränderte Pflicht des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans des Unternehmens gemäss Artikel 963a Absatz 2 Ziffer 1 OR abgefedert werden. Eine Konzernrech-

³⁹⁹ S. zum Fusionsgesetz: S. Empfehlung der Treuhand-Kammer zur Prüfung 800-1, Version 2.0, Prüfungen nach dem Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG), N 68; CASPAR VON DER CRONE/ANDREAS GERSBACH/Franz J. Kessler, www.fusg.ch – die Internetplattform zum Transaktionsrecht, <http://www.fusg.ch/site/fusion/rechtliches/bilanz/index.php?datum=2012-05-24>, Prüfungsstandards (Stand: 24. Mai 2012).

⁴⁰⁰ S. Empfehlung der Treuhand-Kammer zur Prüfung 800-1, Version 2.0, Prüfungen nach dem Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG), N 67.

⁴⁰¹ S. Treuhand-Kammer, Schweizer Prüfungsstandard 910, Review (prüfende Durchsicht) von Abschlüssen, Ausgabe 2013.

⁴⁰² S. Treuhand-Kammer, Schweizer Prüfungsstandard 910, Review (prüfende Durchsicht) von Abschlüssen, Ausgabe 2013, Anhang 3.

⁴⁰³ AB 2010 N 1916 ff. S. FLORIAN ZIHLER, Konzernrechnung nach zukünftigem Recht, ST 2012/5, S. 290.

nung ist nämlich auch zu erstellen, wenn dies für eine möglichst zuverlässige Beurteilung der wirtschaftlichen Lage notwendig ist.⁴⁰⁴

In Absatz 2 Ziffer 2 wird die Höhe des Schwellenwerts für die Ausübung des Minderheitenrechts beim Verein an die Höhe der Schwellenwerte der Artikel 961d Absatz 2 Ziffer 2 und Artikel 962 Absatz 2 Ziffer 2 OR angepasst. Ein tieferer Schwellenwert im Bereich der Konsolidierung ist sachlich nicht zu begründen. Ansonsten bleibt der Minderheitenschutz unverändert.

Absatz 2 Ziffer 5 entspricht dem bisherigen Artikel 963b Absatz 1 Ziffer 1 OR. Die Börse muss weiterhin die Möglichkeit haben, von Gesellschaften, deren Beteiligungspapiere an der Börse kotiert sind und welche die Schwellenwerte von Absatz 1 Ziffer 1 nicht überschreiten, eine Konzernrechnung nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung zu verlangen.

Das Nennwertkapital von Aktiengesellschaften und GmbH darf gemäss Vorentwurf auch auf eine Fremdwährung lauten (s. Art. 621 und 773). Deshalb muss Artikel 963a um einen Absatz 4 erweitert werden, der den anzuwendenden Umrechnungsmechanismus festlegt.

Art. 963b Abs. 1, 3 und 4 Konzernrechnung gemäss anerkanntem Standard zur Rechnungslegung

Im Bericht des Bundesrats vom 13. Dezember 2013 über die Regulierungskosten wurde festgehalten, dass der Nutzen von Buchwertkonsolidierungen umstritten ist und dass diese Art der Konsolidierung Kosten in Millionenhöhe verursachen (s. Ziff. 1.3.8). Der Vorentwurf nimmt dies zum Anlass, um die Bestimmungen zur Konzernrechnung anzupassen. Alle gemäss Artikel 963a vorgeschriebenen Konzernrechnungen müssen neu gemäss Absatz 1 anhand eines anerkannten Standards zur Rechnungslegung erstellt werden.⁴⁰⁵ Dies entspricht vom Grundsatz her dem Entwurf 2007.⁴⁰⁶ Im Unterschied dazu sind jedoch die Schwellenwerte sehr viel höher angesetzt (s. Art. 963a). Es besteht folglich für KMU-Konzerne keine allgemeine gesetzliche Pflicht mehr, eine Konzernrechnung zu erstellen. Deshalb wird Absatz 3 aufgehoben, der als Grundlage u. a. für Buchwertkonsolidierungen diente.

Auch Absatz 4 kann aufgehoben werden, da insbesondere Minderheiten gemäss Artikel 963a Absatz 2 Ziffer 2 eine Konzernrechnung nach anerkanntem Standard zur Rechnungslegung gegen den Willen des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans eines Unternehmens durchsetzen können. Dies entspricht dem geltenden Recht und bedeutet weder einen Aus- noch einen Abbau des Minderheitenschutzes.

⁴⁰⁴ S. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 9 N 28 (i): «In der Tat wird man nur in seltensten Fällen bei der Grössenordnung, die der Gesetzgeber ins Auge gefasst hat [10-20-200, Art. 663e Abs. 2 aOR], bestätigen können, dass noch ein zuverlässige Beurteilung *ohne* Konsolidierung möglich ist.»

⁴⁰⁵ S. zu den vom Bundesrat festgelegten Standards: Verordnung vom 21. November 2012 über die anerkannten Standards zur Rechnungslegung (VASR, SR **221.432**).

⁴⁰⁶ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl **2008** 1589, 1627 f. und 1724 f.

2.2.5

Transparenz bei Rohstoffunternehmen

Art. 964a Grundsatz

Absatz 1 regelt den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich der Pflicht zur Erstellung eines Berichts über die Zahlungen an staatliche Stellen im Rohstoffsektor. Danach müssen Unternehmen, die kumulativ erstens von Gesetzes wegen zu einer ordentlichen Revision ihrer Jahresrechnung verpflichtet und zweitens im Bereich der Gewinnung von Mineralien, Erdöl, Erdgas und der Gewinnung bzw. des Einschlags von Holz in Primärwäldern tätig sind, jährlich einen Bericht über ihre Zahlungen an staatliche Stellen verfassen. Unter welchen Voraussetzungen ein Unternehmen zur ordentlichen Revision der Jahresrechnung verpflichtet ist, regelt Artikel 727 OR. Demnach müssen namentlich börsenkotierte Unternehmen sowie Gesellschaften, die zwei der nachstehenden Grössen in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren überschreiten, ihre Jahresrechnung und gegebenenfalls ihre Konzernrechnung durch eine Revisionsstelle ordentlich prüfen lassen: a) Bilanzsumme von 20 Millionen Franken, b) Umsatzerlös von 40 Millionen Franken, und c) 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt. Die Regelung von Artikel 964a erfasst somit ausschliesslich börsenkotierte und grosse Unternehmen; kleine und mittlere Unternehmen fallen nicht in den Anwendungsbereich.⁴⁰⁷

Wenn ein Unternehmen eine konsolidierte Jahresrechnung (Konzernrechnung) zu erstellen hat (Art. 963 OR), so muss es gemäss Absatz 2 auch einen konsolidierten Bericht über die Zahlungen an staatliche Stellen verfassen. In diesem Fall erübrigt sich die Berichterstattung der einzelnen Gesellschaften. In den Anwendungsbereich der Regelung fallen Unternehmen, welche direkt oder indirekt im Bereich der Rohstoffgewinnung und des Holzeinschlags in Primärwäldern tätig sind. Damit werden auch Aktivitäten von Konzernuntergesellschaften und von Subunternehmen erfasst. Es spielt keine Rolle, ob das Unternehmen selbst oder eine von diesem kontrollierte Tochtergesellschaft bzw. eine beauftragte Gesellschaft die Tätigkeit ausübt.

Die der Berichterstattungspflicht unterliegenden Unternehmen müssen im Bereich der Gewinnung von Mineralien, Erdöl, Erdgas und/oder der Gewinnung resp. des Einschlags von Holz in Primärwäldern tätig sein. Unter *Mineralien* sind Elemente oder chemische Verbindungen zu verstehen, die im Allgemeinen kristallin und durch geologische Prozesse gebildet worden sind. Zu nennen sind beispielsweise Kohle (z. B. Braun- oder Steinkohle), Erze (z. B. Eisenerz) sowie Natursteine wie Kies, Sand oder Ton. Edelmetalle fallen ebenfalls unter den Begriff der Mineralien. *Erdöl* wird definiert als ein in der Erdkruste eingelagertes, hauptsächlich aus Kohlenwasserstoffen bestehendes Stoffgemisch, das bei Umwandlungsprozessen organischer Stoffe entstanden ist. *Erdgas* ist ein brennbares Naturgas, welches in unterirdischen Lagerstätten vorkommt und häufig zusammen mit Erdöl auftritt, da es auf ähnliche Weise entsteht. Erdgase bestehen hauptsächlich aus Methan, unterscheiden sich aber in ihrer weiteren chemischen Zusammensetzung. *Holz* bezeichnet im allgemeinen Sprachgebrauch das feste bzw. harte Gewebe der Sprossachsen (Stamm, Äste und Zweige) von Bäumen und Sträuchern. Als Primärwälder werden natürlich regensierte Wälder mit einheimischen Arten verstanden, in denen es keine deutlich sicht-

⁴⁰⁷ Abgesehen von der abweichenden Währung bei den Geldbeträgen für die Schwellenwerte, entspricht diese Regelung weitgehend den Transparenzbestimmungen der Europäischen Union (s. Art. 1, Art. 3 Ziff. 4 RL 2013/34/EU).

baren Anzeichen für menschliche Eingriffe gibt und in denen die ökologischen Prozesse nicht wesentlich gestört sind.

Der Begriff der Gewinnung ist in Absatz 3 definiert. Er umfasst sämtliche Unternehmenstätigkeiten auf dem Gebiet der Exploration, Prospektion, Entdeckung, Erschliessung und Förderung. Exploration bezeichnet sämtliche Tätigkeiten, die mit der Erkundung von Lagerstätten zusammenhängen. Der Begriff der Prospektion umfasst das Erkunden und Aufsuchen von Rohstoffen und Lagerstätten. Mit dem Ausdruck Entdeckung ist die Suche nach neuen Rohstoffen bzw. Lagerstätten gemeint. Die Erschliessung bezieht sich auf das Zugänglich- und Nutzbarmachen von Vorkommen. Mit dem Begriff der Förderung ist der industrielle Abbau der genannten Stoffe (Erdöl, Erdgas etc.) gemeint.

Der (statutarische) Zweck bzw. die effektive Tätigkeit des Unternehmens muss nicht ausschliesslich oder überwiegend auf die Gewinnung von Rohstoffen ausgerichtet sein. Auch Unternehmen, die nur gelegentlich oder auch nur einmalig (z. B. projektbasiert) in der Rohstoffgewinnung tätig werden, fallen in den Anwendungsbereich, sofern sie die Schwellenwerte erreichen.

Die Regelung erfasst gemäss Absatz 4 Zahlungen an staatliche Stellen, namentlich nationale, regionale oder kommunale Behörden eines Drittlandes. Unter die staatlichen Stellen fallen auch die Behördenmitglieder. Unbeachtlich ist, wo sich diese staatlichen Stellen befinden und ob die Zahlung, z. B. bei Kontoüberweisungen, im In- oder Ausland bzw. von der Schweiz ins Ausland erfolgt. Offenlegungspflichtig sind die Zahlungen auch dann, wenn sie nicht direkt an einen Staat oder eine staatliche Behörde fliessen, sondern an staatlich kontrollierte Abteilungen oder Unternehmen. Zu den kontrollierten Abteilungen gehören namentlich öffentlich-rechtliche Anstalten und Körperschaften. Zur Definition des Begriffs der (staatlichen) Kontrolle über eine Abteilung oder ein Unternehmen sind die Kriterien betreffend die Kontrolle eines Unternehmens durch eine juristische Person gemäss Artikel 963 Absatz 2 Ziffern 1–3 OR heranzuziehen. Die Kontrolle aufgrund eines beherrschenden Einflusses des Staates auf eine Abteilung oder ein Unternehmen kann sich aber auch aus einem Gesetz ergeben. Auch Zahlungen, die an eine der staatlichen Stelle nahe stehende Person geleistet werden, sind gemäss Absatz 4 offenkundigspflichtig. Die Regelung soll insbesondere Umgehungsgeschäfte erfassen. Als Personen im Sinne der Bestimmung gelten sowohl natürliche wie auch juristische Personen. Der Begriff «nahe stehende Person» kommt im Aktienrecht in den Artikeln 628, 663^{bis} und 678 OR bzw. Artikel 16 VegüV⁴⁰⁸ bereits vor. Die Umschreibung der nahe stehenden Person orientiert sich daher an den bestehenden Definitionen. Als nahe stehend können somit z. B. Verwandte, Ehe- und Lebenspartner, unter Umständen auch Berater und Vertrauenspersonen, von Behördenmitgliedern verstanden werden. Zudem kann eine Personen- oder Kapitalgesellschaft nahe stehend sein, falls eine Aktionärin oder ein Aktionär einen wesentlichen Einfluss auf sie hat. Der Vorentwurf verzichtet bewusst auf die Verwendung des Begriffs «ausländisch politisch exponierte Person» (PEP), wie er im Entwurf vom 21. Mai 2014 zum Bundesgesetz über die Sperrung und Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte ausländischer politisch exponierter Personen⁴⁰⁹ vorgesehen ist, weil dieser in den EU-Richtlinien nicht enthalten und dem Schweizer Privatrecht unbekannt ist. Zudem

⁴⁰⁸ SR 221.331

⁴⁰⁹ S. http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20140039 (14.039).

ist der Kreis der von der Regelung gemäss Vorentwurf erfassten Personen sehr weit gefasst.

Art. 964b Arten von Leistungen

Es spielt keine Rolle, auf welche Weise die Zahlung erbracht wird, d. h., es kann sich um eine Banküberweisung, aber auch um eine Barzahlung handeln. Nach Absatz 1 kann die Zahlung sowohl in einer Geldleistung als auch in einer Sachleistung bestehen. Im Falle einer Sachleistung sind gemäss Absatz 2 der Gegenstand, der Wert und der Umfang derselben anzugeben. Zudem muss erläutert werden, wie der Wert derselben festgelegt wurde. Dabei geht es insbesondere um die Angabe der angewendeten Bewertungsmethode.

Gemäss Absatz 1 bezeichnet der Ausdruck «Zahlung» die Entrichtung einer bestimmten oder bestimmbaren, nachstehend beispielhaft aufgezählten Leistung:

- die Befriedigung von Produktionsansprüchen;
- Steuern auf die Produktion, die Erträge oder Gewinne von Unternehmen, unter Ausschluss von Steuern auf den Verbrauch (wie etwa Mehrwert- oder Umsatzsteuern);
- Nutzungsentgelte;
- Dividenden, ausgenommen die an eine staatliche Stelle als Stammaktionär dieses Unternehmens gezahlten Dividenden, solange diese unter denselben Bedingungen an die staatliche Stelle wie an die anderen Aktionäre gezahlt werden;
- Unterzeichnungs-, Entdeckungs- und Produktionsboni;
- Lizenz-, Miet- und Zugangsgebühren oder sonstige Gegenleistungen für Bewilligungen oder Konzessionen;
- Zahlungen zur Verbesserungen der Infrastruktur.

Art. 964c Form und Inhalt des Berichts

Die Bestimmung regelt die inhaltlichen und formellen Anforderungen an den Bericht.

Der Bericht soll sich gemäss Absatz 1 nur auf Zahlungen erstrecken, die sich aus der Geschäftstätigkeit in der mineral-, erdöl- und erdgasgewinnenden Industrie oder auf dem Gebiet des Holzeinschlags in Primärwäldern ergeben.

Gemäss Absatz 2 sind im Bericht alle Zahlungen an staatliche Stellen von 120'000 Franken und mehr pro Geschäftsjahr aufzuführen. Das Geschäftsjahr entspricht demjenigen Zeitraum, für welchen die Jahresrechnung erstellt wird. Die in einem Geschäftsjahr geleisteten Zahlungen sind auf das Ende des Geschäftsjahres zu ermitteln.

Werden die Zahlungen in einer Fremdwährung erbracht, sind die Fremdwährungsbeträge am Ende des Geschäftsjahres auf der Basis des am letzten Tag des Geschäftsjahres geltenden Wechselkurses in Schweizer Franken umzurechnen. Abzustellen ist auf die publizierten Mittelkurse im Interbankhandel der weltweit anerkannten unabhängigen Devisenkursinformationssysteme wie z. B. Reuters oder Bloomberg.

Es kann sich bei den Zahlungen an staatliche Stellen um Einzelzahlungen oder Zahlungen in Teilbeträgen (z. B. Ratenzahlungen), die insgesamt mindestens 120'000 Franken erreichen, handeln. Nach Artikel 8 VE Ueb. Best. finden die Vorschriften des 6. Abschnitts des 32. Titels erstmals Anwendung für das Geschäftsjahr, das ein Jahr nach Inkrafttreten dieser Gesetzesänderung beginnt. Im ersten Geschäftsjahr nach dem Inkrafttreten der Bestimmungen, d.h. bei der erstmaligen Anwendung der Regelung, sind bei Zahlungen in Teilbeträgen bzw. Raten nur diejenigen Zahlungen anzugeben, die auf dieses (erste) Geschäftsjahr entfallen, selbst wenn aus dem gleichen Vertragsverhältnis bereits vor dem Inkrafttreten der Berichterstattungspflicht Zahlungen geleistet wurden.

Es ist der Gesamtbetrag der geleisteten Zahlungen an jede staatliche Stelle anzugeben. Zudem ist der Gesamtbetrag je Art der an jede staatliche Stelle geleisteten Zahlung gemäss Artikel 964b Absatz 1 offenzulegen. Absatz 3 regelt zudem die projektbezogenen Zahlungen: Wurden Zahlungen für ein bestimmtes Projekt geleistet, müssen der Gesamtbetrag je Art der Zahlung gemäss Artikel 964b Absatz 1 für jedes Projekt und der Gesamtbetrag der Zahlungen für jedes Projekt angegeben werden. Unter Projekt sind die operativen Tätigkeiten zu verstehen, die sich nach einem einzigen Vertrag, einer Lizenz, einem Mietvertrag, einer Konzession oder ähnlichen rechtlichen Vereinbarungen richten und die Grundlage für Zahlungsverpflichtungen gegenüber einer staatlichen Stelle bilden; falls allerdings mehrere solche Vereinbarungen materiell miteinander verbunden sind, werden diese als ein Projekt betrachtet.

Der Bericht muss nach Absatz 4 schriftlich abgefasst werden. Das oberste Leitungs- und Verwaltungsorgan hat ihn zu genehmigen. Die Möglichkeit der Sprachenwahl (Berichterstattung in einer der Landessprachen oder Englisch) entspricht der Regelung für die kaufmännische Buchführung (Art. 957a Abs. 5 OR).

Art. 964d Veröffentlichung

Diese Bestimmung statuiert die Pflicht der Gesellschaft zur Veröffentlichung des Berichts über Zahlungen an staatliche Stellen. Publiziert werden muss der vollständige Bericht über die Zahlungen an staatliche Stellen. Die Publikation hat jährlich elektronisch, z. B. auf der Website des Unternehmens, zu erfolgen. Der Bericht muss zudem mindestens zehn Jahre lang öffentlich zugänglich sein. Es kann davon ausgegangen werden, dass sämtliche betroffenen Unternehmen über eine eigene Homepage bzw. Webseite verfügen. Die Publikationspflicht geht weiter als die Offenlegungspflicht betreffend die Jahres- und Konzernrechnung gemäss Artikel 958e OR. Es ist davon auszugehen, dass der Kreis derjenigen, die am Bericht über Zahlungen an staatliche Stellen interessiert sind, grösser ist als jene, die sich über die Jahres- und Konzernrechnung informieren wollen. Insbesondere Nichtregierungsorganisationen werden dazu zu zählen sein.

Art. 964e Aufbewahrung und Dokumentation

Diese Bestimmung ist der Regelung über die Aufbewahrung der Geschäftsbücher in Artikel 958f OR nachgebildet. Die Berichte über Zahlungen an staatliche Stellen und alle wesentlichen Unterlagen sind gemäss Absatz 1 während mindestens zehn Jahren aufzubewahren; die Aufbewahrungsfrist beginnt mit dem Ende des Geschäftsjahres. Als wesentliche Unterlagen im Sinne der Bestimmung sind namentlich die Bu-

chungsbelege betreffend die Zahlungen oder die diesen zugrunde liegenden Verträge zu qualifizieren.

Der Bericht über Zahlungen an staatliche Stellen muss gemäss Absatz 2 schriftlich und unterzeichnet aufbewahrt werden. Der Bericht über die Zahlungen an staatliche Stellen ist dann ordnungsgemäss unterzeichnet, wenn entweder ein einzelzeichnungsberechtigtes Organmitglied den Bericht unterzeichnet hat oder zwei Mitglieder des Organs mit Kollektivunterschrift zu zweien diesen unterschrieben haben. Die anderen wesentlichen Unterlagen können auf Papier oder elektronisch aufbewahrt werden.

Elektronische Daten müssen gemäss Absatz 3 während zehn Jahren wieder lesbar gemacht werden können. Das betrifft sämtliche von der Aufbewahrungspflicht erfassten Dokumente, die auch elektronisch verfügbar sind.

Vorbehalten bleiben längere Aufbewahrungsfristen, die sich aus Spezialgesetzen (z. B. im Steuerrecht) ergeben.

Art. 964f Ausdehnung des Anwendungsbereichs

Diese Delegationsnorm ermächtigt den Bundesrat, im Rahmen eines international abgestimmten Vorgehens auf dem Verordnungsweg den Anwendungsbereich der Verpflichtungen nach Artikel 964a ff. auch auf Unternehmen auszudehnen, die mit Rohstoffen handeln, und die Kriterien festzulegen, welche Rohstoffhandelsunternehmen konkret erfasst werden sollen. Der Bundesrat erhält damit die Möglichkeit, die Regelung rasch und flexibel anzupassen. Ein international abgestimmtes Vorgehen liegt dann vor, wenn mehrere international bedeutende Rohstoffhandelsplätze die Transparenzbestimmungen auch auf rohstoffhandelnde Unternehmen anwenden. Mit der Ausdehnung des Anwendungsbereichs sollen insbesondere auch die Leistungen an staatliche Stellen in bar oder in Sachwerten von der Offenlegung erfasst werden.

2.2.6 Übergangsbestimmungen

Art. 1 und 2 VE Ueb. Best. Allgemeine Regel;
Anpassung von Statuten und Reglementen

Die Artikel 1–4 des Schlusstitels des Zivilgesetzbuches⁴¹⁰ finden auch für die vorliegende Gesetzesrevision Anwendung, insbesondere für Änderung des Obligationenrechts⁴¹¹. Die Artikel 2 ff. der Übergangsbestimmungen können jedoch spezifische Vorgaben enthalten, die den Artikeln 1–4 des Schlusstitels des Zivilgesetzbuches vorgehen (Art. 1 Abs. 1 VE Ueb. Best.). Die Vorschriften des neuen Rechts gelangen unmittelbar nach ihrem Inkrafttreten auf alle bestehenden Gesellschaften zur Anwendung (Art. 1 Abs. 2 VE Ueb. Best.), ausser es ergibt sich aus dem Übergangsrecht etwas anderes.

Für die Anpassung der Statuten und Reglemente an die neuen Bestimmungen stehen den Unternehmen aber zwei Jahre seit Inkrafttreten des neuen Rechts zur Verfügung (Art. 2 Abs. 1 VE Ueb. Best.). Die Aktienrechtsrevision von 1991 sah eine Über-

⁴¹⁰ SR 210

⁴¹¹ SR 220

gangsfrist von fünf Jahren vor.⁴¹² Diese Frist hat sich jedoch in der Praxis nicht bewährt, da die Anpassung zuerst aufgeschoben und anschliessend vergessen wurde. Die Übergangsfrist von 1991 wurde daher in der Lehre zu Recht als zu lang kritisiert.⁴¹³ Die vom Vorentwurf vorgesehene Frist von zwei Jahren ist für die Anpassung der Statuten und Reglemente ausreichend. Auch beim neuen Rechnungslegungsrecht, das auf den 1. Januar 2013 in Kraft trat, hat sich die zweijährige Anpassungsfrist als ausreichend erwiesen.

Nimmt die Gesellschaft die notwendigen Anpassungen nicht fristgerecht vor, so werden die statutarischen oder reglementarischen Bestimmungen, die nicht in Einklang mit dem neuen Recht stehen, nach Ablauf der Frist ungültig (Art. 2 Abs. 2 VE Ueb.Best.).

Art. 3 VE Ueb. Best.

Genehmigte Kapitalerhöhung und Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital

Hat die GV vor dem Inkrafttreten des Gesetzes eine bedingte oder eine genehmigte Kapitalerhöhung beschlossen (Art. 651 und 653 OR), so kommt gemäss Absatz 1 das bisherige Recht weiterhin zu Anwendung. Die Beschlüsse können jedoch nicht mehr verlängert oder modifiziert werden.

Art. 4 VE Ueb. Best.

Einlage

In Bezug auf die zu leistenden Einlagen (neu zwingende Vollliberierung), besteht für bereits bestehende Aktiengesellschaften eine Besitzstandsgarantie, solange sie keine Änderungen am Kapital vornehmen. Die Vorschriften zur Vollliberierung gelten für Gesellschaften, die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts gegründet wurden, gemäss Absatz 1 grundsätzlich nicht. Sobald die Gesellschaft jedoch eine Veränderung des Kapitals vornimmt, den Grad der Liberierung ändert oder eine neue Stückelung der Aktien beschliesst, ist sie an die Pflicht zur Vollliberierung gebunden. Für die Nachliberierung gelten die Vorschriften des bisherigen Rechts (Art. 634a OR); Absatz 2 hält die bisherige Kompetenz des Verwaltungsrats ausdrücklich fest. Erhöht etwa eine im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft mit einem zur Hälfte liberierten Kapital von 100'000 Franken ihr Kapital auf 200'000 Franken, so hat sie zusammen mit der Kapitalerhöhung eine Nachliberierung durchzuführen (total müssen somit mindestens 150'000 Franken aufgebracht werden). Weiter ist es für eine Gesellschaft mit einem zur Hälfte liberierten Kapital von 200'000 Franken nicht zulässig, die Liberierung in einem ersten Schritt auf 150'000 Franken zu erhöhen; auch hier ist das Kapital zwingend voll zu liberieren. Ebenfalls ausgeschlossen sind Kapitalherabsetzungen bei Gesellschaften mit teillibermiertem Kapital, wenn im Zuge der Herabsetzung nicht eine Vollliberierung realisiert wird. Bei einer Gesellschaft mit einem zur Hälfte liberierten Kapital von 200'000 Franken wäre die Herabsetzung auf 150'000 Franken bei gleichbleibender Liberierung unzulässig.

⁴¹² AS 1992 733, 781.

⁴¹³ S. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage, Zürich 2004, § 19 N 30.

Art. 5 VE Ueb. Best. Vertretung der Geschlechter

Börsenkotierte Gesellschaften, welche die Schwellenwerte gemäss Artikel 727 Absatz 1 Ziffer 2 überschreiten, haben spätestens 5 Jahre nach Inkrafttreten dieses Gesetzes die Pflicht zur Berichterstattung im Vergütungsbericht gemäss Artikel 734e zu erfüllen.

Art. 6 VE Ueb. Best. Konkursaufschub

Ein vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts bewilligter Konkursaufschub (Art. 725a OR) soll gemäss den Bestimmungen des bisherigen Rechts weiter gelten bzw. zum Abschluss gebracht werden. Der Konkursaufschub darf auch verlängert werden. Es ist aber auch denkbar, sofern die Voraussetzungen hierfür gegeben sind, mittels eines Nachlassstundungsgesuchs das hängige Verfahren in ein Nachlassstundungsverfahren (Art. 293 ff. SchKG⁴¹⁴) zu überführen.

Art. 7 VE Ueb. Best. Anpassung von altrechtlichen Arbeitsverträgen

Gemäss Artikel 7 VE Ueb. Best. sind Arbeitsverträge innerhalb von zwei Jahren seit Inkrafttreten des neuen Rechts an dessen Vorgaben anzupassen. Nach Ablauf dieser Frist sind ihre Vorgaben auch auf alle bestehenden Arbeitsverträge uneingeschränkt anwendbar. Angesichts der Vielzahl der möglichen Anwendungsfälle wird auf eine explizite Regelung der Rechtsfolgen verzichtet. Diese müssen durch das Gericht im konkreten Einzelfall bestimmt werden.⁴¹⁵

Art. 8 VE Ueb. Best. Transparenz bei Rohstoffunternehmen

Die Vorschriften des 6. Abschnitts des 32. Titels, also die Bestimmungen zur Transparenz bei Rohstoffunternehmen in Artikel 964a ff. finden erstmals Anwendung auf das Geschäftsjahr, das ein Jahr nach Inkrafttreten des neuen Rechts beginnt. Damit wird den betroffenen Unternehmen genügend Zeit für die Umsetzung der neuen Transparenznormen eingeräumt.

2.3 Änderungen weiterer Erlasse

2.3.1 Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907⁴¹⁶

2.3.1.1 Vereinsrecht

Art. 61 Abs. 3 Eintragung

Die Handelsregisterverordnung⁴¹⁷ regelt umfassend, welche Belege bei der Anmeldung beim Handelsregisteramt vorzulegen sind (Art. 90 HRegV). Artikel 61 Absatz 3 ZGB wird deshalb aufgehoben.

⁴¹⁴ SR **281.1**

⁴¹⁵ S. Erläuternder Bericht vom 14. Juni 2013 zur Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA), S. 45.

⁴¹⁶ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR **210**).

Art. 69d Drohende Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung

Vereine, die verpflichtet sind, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen (Art. 61 Abs. 2 ZGB), müssen die Artikel 725 bis 725c entsprechend anwenden. Sie werden somit gleich behandelt wie die Genossenschaften mit Anteilsscheinen (s. Art. 903).

Nicht anwendbar ist mangels entsprechender Bezugsgrösse Artikel 725a Absatz 1 Ziffer 1.

2.3.1.2 Stiftungsrecht

Art. 84a Drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung

Der Vorentwurf verweist in Absatz 1 auf die neuen aktienrechtlichen Bestimmungen über die Zahlungsunfähigkeit und die Überschuldung, womit etwa die Pflicht zur Erstellung eines Liquiditätsplanes im Falle drohender Zahlungsunfähigkeit eingeführt wird. Die dort verankerten Pflichten treffen im Stiftungsrecht das oberste Stiftungsorgan (meistens als Stiftungsrat bezeichnet). Auf eine Anwendung der Bestimmungen zum Kapitalverlust (Art. 725a) wird hingegen weiterhin verzichtet, da die Stiftungsaufsichtsbehörden im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeiten Probleme ausreichend früh entdecken und geeignete Massnahmen veranlassen können.

Die bisherigen Zuständigkeiten der Aufsichtsbehörde werden nicht verändert. Die Benachrichtigungspflicht der Revisionsstelle wird in Absatz 2 ausdrücklich in Erinnerung gerufen.

In Absatz 4 wird der Hinweis auf den Konkursaufschub entfernt. Der Hinweis auf die «vollstreckungsrechtlichen Massnahmen» wird in den Absatz 3 integriert. Statt dieser wird aber die Benachrichtigung des Gerichts erwähnt. In beiden Fällen sind damit die Einreichung eines Nachlassgesuchs oder der Überschuldungsanzeige gemeint.

Art. 84b Offenlegung von Vergütungen

Der Vorentwurf sieht vor, dass das oberste Stiftungsorgan gegenüber der Aufsichtsbehörde jährlich die Summe der ihm direkt oder indirekt ausgerichteten Vergütungen (s. Art. 734a Abs. 2) offenlegt. Existiert eine Geschäftsleitung, so sind auch deren Vergütungen der Aufsichtsbehörde gesondert bekannt zu geben (Art. 84b VE ZGB). Diese wird in der Regel bereits heute von sich aus die Offenlegung der Höhe der Bezüge verlangen, um ihrer Kontrollfunktion nachzukommen. Eine Klarstellung im Gesetz erscheint aber dennoch sinnvoll.

Art. 89a Abs. 6 Ziff. 18 Personalfürsorgestiftungen

In Artikel 89a Absatz 6 Ziffer 18 VE ZGB wird festgehalten, dass die Stimm- und Offenlegungspflichten nach den Artikeln 71a und 71b VE BVG ebenso für Personalfürsorgestiftungen gelten, die auf dem Gebiet der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge tätig und dem Freizügigkeitsgesetz⁴¹⁸ unterstellt sind und die rein

⁴¹⁷ Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV, SR 221.411).

⁴¹⁸ Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, FZG, SR 831.42)

ausserobligatorische Vorsorgeleistungen erbringen, sofern sie der versicherten Person einen Anspruch auf Vorsorgeleistungen gewähren.⁴¹⁹

2.3.2 Fusionsgesetz vom 3. Oktober 2003⁴²⁰

Art. 6 Abs. 1 und 1^{bis} Fusion von Gesellschaften im Fall von Kapitalverlust oder Überschuldung

Die Bestimmung betreffend den Rangrücktritt von Gläubigerinnen und Gläubigern im Falle einer Sanierungsfusion wird an die Artikel 725 ff. und die neuen Bestimmungen zu den Reserven (s. Art. 671 f.) angeglichen.

Art. 9 Abs. 2 Kapitalerhöhung bei der Absorptionsfusion

Artikel 9 FusG besagt, dass im Rahmen einer Absorptionsfusion die Vorschrift von Artikel 651 Absatz 2 OR, wonach der Umfang für eine genehmigte Kapitalerhöhung auf die Hälfte des bisherigen Aktienkapitals beschränkt ist, keine Anwendung findet. Der Vorentwurf sieht die Einführung des Kapitalbandes vor; das Institut der genehmigten Kapitalerhöhung wird aufgehoben. Artikel 9 VE FusG wird an die neuen Kapitalbestimmungen angepasst und besagt, dass die Vorschriften über die Begrenzung des Umfangs des Kapitalbandes (s. Art. 653s Abs. 2) keine Anwendung finden. Auch der Verweis auf die Sacheinlagen wird angepasst (s. Art. 634).

Art. 11 Abs. 2 Aufgehoben

Neu werden die Anforderungen an die Zwischenbilanz einheitlich in Artikel 960f geregelt. Artikel 11 Absatz 2 FusG kann daher aufgehoben werden.

Art. 32 Herabsetzung des Kapitals bei der Abspaltung

Artikel 32 FusG dient der Koordination der Gläubigerschutzbestimmungen des FusG sowie des OR und damit der Vermeidung von Doppelspurigkeiten. Artikel 32 VE FusG muss infolge Umplazierung der Vorschriften zur Kapitalherabsetzung an die neue Nummerierung der Bestimmungen im OR angepasst werden.

Art. 33 Abs. 2 Kapitalerhöhung

S. die Erläuterungen zu Artikel 9 Absatz 2 VE FusG.

Art. 35 Abs. 2 Aufgehoben

Neu werden die Anforderungen an die Zwischenbilanz einheitlich in Artikel 960f geregelt. Artikel 35 Absatz 2 FusG kann daher aufgehoben werden.

⁴¹⁹ Zu erwähnen bleibt die Parlamentarische Initiative «Stärkung der Wohlfahrtsfonds mit Ermessensleistungen» (Pa.IV. 11.457).

⁴²⁰ Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG, SR **221.301**).

Art. 58 Abs. 2 Aufgehoben

Neu werden die Anforderungen an die Zwischenbilanz einheitlich in Artikel 960f geregelt. Artikel 58 Absatz 2 FusG kann daher aufgehoben werden.

Art. 70 Abs. 2 dritter Satz Abschluss des Übertragungsvertrags

Die Anpassung in Artikel 70 Absatz 2 VE FusG ist rein sprachlicher Natur und entspricht Artikel 634 Absatz 3 Satz 1.

2.3.3 Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008⁴²¹

Art. 5 Abs. 1 Bst. g Einzige kantonale Instanz

Redaktionelle Anpassung an die neuen Bestimmungen zur Sonderuntersuchung (s. Art. 697c ff.).

Art. 47 Abs. 2 Bst. f Ausstandsgründe

Analog beispielsweise zur Mitwirkung einer Gerichtsperson an einem Entscheid über vorsorgliche Massnahmen oder über die unentgeltliche Rechtspflege soll auch die Mitwirkung beim Entscheid über die Zulassung einer Klage auf Kosten der Gesellschaft (s. Art. 697k) für sich nicht als Ausstandsgrund gelten und ist daher in den Negativkatalog von Artikel 47 Absatz 2 ZPO aufzunehmen.

Art. 107 Abs. 1^{bis} Verteilung nach Ermessen

Mit dieser neuen Bestimmung, die bereits einmal im Rahmen der vom Parlament als indirekten Gegenvorschlag zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» verabschiedeten Revision des Obligationenrechts vom 16. März 2012 beschlossen wurde,⁴²² kann das Gericht die Prozesskosten bei Abweisung gesellschaftsrechtlicher Klagen, die auf Leistung an die Gesellschaft lauten, nach Ermessen verteilen, und zwar auf die Gesellschaft und die klagende Partei. Damit wird sowohl bei Rückerstattungsklagen (s. Art. 678) als auch bei Verantwortlichkeitsklagen (Art. 752 ff. OR) das Prozesskostenrisiko für die klagende Partei gesenkt, indem für den Fall der Abweisung vom Grundsatz von Artikel 106 Absatz 1 ZPO⁴²³ abgewichen und die unterliegende Partei entlastet werden kann.

Das Gericht muss bei seinem Entscheid über die Kostenverteilung alle relevanten Umstände des Einzelfalls berücksichtigen. Voraussetzung für die Entlastung der klagenden Aktionärin oder des klagenden Aktionärs sollte jedenfalls sein, dass sie oder er aufgrund der (vorprozessualen) Sach- und Rechtslage begründeten Anlass zur Klage hatte. Dabei ist auch eine allfällige Beschlussfassung der GV oder ein allfälliges vorgängiges Zulassungsverfahren (s. 697j f.) zu berücksichtigen. Mit dem neuen Artikel 107 Absatz 1^{bis} VE ZPO wird die Klagemöglichkeit der Aktionärin oder des Aktionärs auf Leistung an die Gesellschaft gestärkt, indem das Prozesskos-

⁴²¹ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO, SR 272).

⁴²² AB 2012 S 269; AB 2012 N 554.

⁴²³ SR 272

tenrisiko und die Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses bei Rückerstattungs- und Verantwortlichkeitsklagen deutlich gemildert werden. Damit wird die Rechtsdurchsetzung deutlich gestärkt.

Art. 250 Bst. c Ziff. 7–11 und 14

Obligationenrecht

Artikel 250 Buchstabe c wird in den Ziffern 7–11 an die Bestimmungen des Vorentwurfs bzw. an die Änderungen des Aktien-, Genossenschaft-, Handelsregister- und Firmenrechts vom 16. Dezember 2005 (seit dem 1. Januar 2008 in Kraft) angepasst bzw. entsprechend präzisiert. Inhaltlich ändert sich damit nichts, da die betreffenden Streitigkeiten bereits nach geltendem Recht dem summarischen Verfahren zugewiesen sind.

Mit einer neuen Ziffer 14 wird auch das Verfahren zur Zulassung einer Klage auf Kosten der Gesellschaft (s. Art. 697j) neu dem summarischen Verfahren zugewiesen. Dies ist gerechtfertigt, weil über die Zulassung in einem flexiblen und raschen Verfahren entschieden werden muss, was die Beschränkung der Angriffs- und Verteidigungsmittel sowie der Beweismittel rechtfertigt, zumal es lediglich um eine vorsorgliche und vorübergehende Beurteilung und einen Entscheid in Bezug auf die Kostenfolgen eines späteren Hauptprozesses geht.

2.3.4 Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs⁴²⁴

Die nachfolgenden Anpassungen im SchKG stehen in engem Zusammenhang mit den revidierten Bestimmungen zur Sanierung im Obligationenrecht (s. Art. 725 ff.). Die Anpassungen in den Artikeln 295 und 319 SchKG betreffen hingegen kleinere Korrekturen im Nachgang zur am 1. Januar 2014 in Kraft getretenen SchKG-Revision.

Art. 173a Abs. 2 Aussetzung des Entscheides; Wegen Einreichung eines Gesuches um Nachlass- oder Notstundung oder von Amtes wegen

Das revidierte Sanierungsrecht des SchKG ist nicht mehr einzig auf das Zustandekommen eines Nachlassvertrags gerichtet, sondern kann auch anderen Zwecken dienen, z. B. einer blossen Stundung, um die bevorstehende Sanierung eines Unternehmens zu ermöglichen.⁴²⁵ Entsprechend ist die Aussicht auf das Zustandekommen eines Nachlassvertrags keine Voraussetzung mehr für die Gewährung der Nachlassstundung. In der geltenden Fassung von Artikel 173a Absatz 2 SchKG spiegelt sich dieser Aspekt nicht. Der Vorentwurf sieht deshalb vor, dass es möglich ist, den Konkursentscheid von Amtes wegen auszusetzen, wenn konkrete Hinweise auf die Möglichkeit einer unmittelbaren Sanierung auch ohne Nachlassvertrag vorliegen. .

Der Verweis auf die Überweisung der Akten an das Nachlassgericht wird im Gesetz beibehalten. Dies im Bewusstsein, dass in den meisten Kantonen keine eigentliche

⁴²⁴ SR **281.1**

⁴²⁵ S. Botschaft vom 8. September 2010 zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht), BBl 2010 6455, 6460.

Überweisung, sondern ein Rollenwechsel des sinnvollerweise sowohl als Konkurs- als auch als Nachlassgericht amtierenden Gerichts stattfindet. Diese Praxis ist zu begrüßen, würde doch eine eigentliche Überweisung das Verfahren unnötig verzögern. Mit dem Aussetzungsentscheid und der formlosen «Eigenüberweisung» wird in diesen Fällen das Nachlassverfahren eingeleitet (Art. 293 Bst. c SchKG).

Art. 285 Abs. 4 Grundsätze

Unter dem geltenden Anfechtungsrecht ist die Tätigkeit des Verwaltungsrats oder der Sachwalterin oder des Sachwalters auch nach der Einleitung eines Nachlassstundungsverfahrens mit grosser Rechtsunsicherheit behaftet. Diese Rechtsunsicherheit, die sich auch auf Dritte auswirkt (z. B. potenzielle Kreditgeber oder Lieferantinnen), schlägt sich negativ auf die Aussichten nieder, ein Unternehmen vor oder während der Nachlassstundung zu sanieren.

Seit dem 1. Januar 2014 sind Rechtshandlungen, die während der Nachlassstundung stattgefunden haben und vom Nachlassgericht oder vom Gläubigerausschuss genehmigt worden sind, von der paulianischen Anfechtbarkeit ausgenommen (Art. 285 Abs. 3 SchKG). Es ist jedoch nicht vorgesehen, dass auch die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts durch die Sachwalterin oder den Sachwalter die betreffende Rechtshandlung von der Anfechtbarkeit ausnimmt.

Der neue Absatz 4 regelt, dass während der Stundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangene Verbindlichkeiten nicht nur Masseschulden in einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung oder in einem nachfolgenden Konkurs sind (Art. 310 Abs. 2 SchKG), sondern mit dieser Zustimmung gleichzeitig anfechtungsresistent werden. Um den Kreis der anfechtungssicheren Rechtsgeschäfte nicht zu weit zu ziehen, wird bewusst der engere Begriff «Verbindlichkeiten» des Artikels 310 Absatz 2 SchKG gewählt und nicht der ansonsten im Anfechtungsrecht verwendete, weitere Begriff der «Rechtshandlungen».

Obwohl Darlehen einen wichtigen Anwendungsfall darstellen, ist die vorgeschlagene Bestimmung nicht auf diese Verträge beschränkt. Nicht nur Darlehensgeberinnen und Darlehensgeber, sondern z. B. auch Lieferantinnen und Lieferanten, die weiterhin auf Kredit liefern, können für die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes im Hinblick auf eine Sanierung unentbehrlich sein.

Mit Ausnahme der in Artikel 298 Absatz 2 SchKG genannten Verfügungen über das Anlagevermögen und der unentgeltlichen Leistungsversprechen des Schuldners, die weiterhin der Zustimmung des Nachlassgerichts oder des Gläubigerausschusses bedürfen, soll somit neu auch die Genehmigung der Sachwalterin oder des Sachwalters ausreichend sein, um die Anfechtbarkeit gewisser Rechtsgeschäfte auszuschliessen. Dies betrifft wie erwähnt beispielsweise die Vereinbarung eines Darlehens. Bei einer (u. U. mit der Darlehensgewährung verbundenen) Pfandbestellung bleibt es also beim Erfordernis der Ermächtigung durch das Nachlassgericht. Dies ist gerechtfertigt, geht es doch bei einem Darlehen nicht um die Entäusserung der potentiell den Gläubigerinnen und Gläubigern verfangenen Aktiven des Schuldners, sondern zunächst um die Zufuhr neuer flüssiger Mittel zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs, zur Werterhaltung der Aktiven und zur Sanierung des Geschäftsbetriebs. Letztendlich werden damit auch Erträge generiert, welche für die spätere Rückzahlung dieses Darlehens verwendet werden können (Masseverbindlichkeiten, Art. 310 Abs. 2 SchKG). Für die sachgerechte Verwendung des Darlehens hat die Sachwalterin oder der Sachwalter zu sorgen (Art. 298 Abs. 1 SchKG). Deshalb ist es system-

konform, auf die Genehmigung der Sachwalterin oder des Sachwalters und nicht des Nachlassgerichts abzustellen und diese Masseverbindlichkeiten generell von der Anfechtbarkeit auszunehmen. Nachdem es sich bei den betroffenen Rechtshandlungen um die von Artikel 310 Absatz 2 SchKG erfassten Tatbestände handelt, sind entsprechend auch Gegenforderungen aus Dauerschuldverhältnissen nach Artikel 310 Absatz 2 SchKG von der Ausnahme von der Anfechtbarkeit erfasst.

Die vorgeschlagene Regelung betrifft wie erwähnt diejenigen Darlehen, die während der Nachlassstundung aufgenommen werden, und tangiert daher die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Rückzahlung von vor diesem Zeitpunkt gewährten Sanierungsdarlehen nicht.⁴²⁶ Diese Rechtsprechung soll ihre Geltung beibehalten. Allerdings lässt sich angesichts der darin aufgestellten Kriterien oft schwer mit Bestimmtheit sagen, ob ein bestimmtes Darlehen zum Zeitpunkt seiner Vereinbarung auch aus einer *ex post*-Beurteilung als Sanierungsdarlehen im Sinne dieser Rechtsprechung qualifiziert werden wird oder nicht. Diese Rechtsunsicherheit kann nunmehr für diejenige Schuldnerin oder denjenigen Schuldner behoben werden, die oder der sich unter den Schutz des Nachlassstundungsverfahrens begibt. Dadurch wird ein Anreiz geschaffen, die provisorische Nachlassstundung als Sanierungsgefass zeitlich früher wahrzunehmen als bisher.

Art. 293a Abs. 2

Provisorische Stundung

Die erstmalige Gewährung der provisorischen Nachlassstundung soll gemäss Absatz 2 Satz 1 weiterhin die Dauer von vier Monaten nicht überschreiten. Dem Gericht steht es sogar frei, einen kürzeren Zeitraum vorzusehen (eine Verlängerung innerhalb dieses Zeitraumes ist zulässig und nicht an die unten vorgesehenen Bedingungen geknüpft).

Neu soll die provisorische Nachlassstundung über diesen Zeitraum hinaus um maximal weitere vier Monate verlängert werden können. Eine solche Verlängerung soll gemäss Absatz 2 Satz 2 allerdings nur «in begründeten Fällen» ausgesprochen werden. Dazu zählen etwa die besondere Komplexität eines Nachlassverfahrens, die Notwendigkeit, über den Zeitraum von vier Monaten hinaus auf die Publikation des Nachlassverfahrens zu verzichten, oder der Umstand, dass eine Sanierung unmittelbar bevorsteht. Da der Verlängerungsentscheid nicht anfechtbar ist, kommt eine Verlängerung nur in Frage, wenn die Gewährung der definitiven Nachlassstundung nicht ebenso zielführend wäre. Das Gericht kann im Rahmen des Verlängerungsentscheides die Bedingungen der Nachlassstundung verändern (etwa trotz Publikation einen Sachwalter ernennen oder der bereits ernannten Sachwalterin besondere Rechte und Pflichten auferlegen).

Übergangsrechtlich sollen auch vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes bewilligte Nachlassstundungsverfahren in den Genuss einer Verlängerung nach dieser Bestimmung kommen können.

Art. 295 Abs. 4 Sachwalter

Artikel 295 Absatz 3 aSchKG wurde im Rahmen der letzten Revision des Sanierungsrechts des SchKG ersatzlos gestrichen bzw. durch eine Bestimmung ersetzt, die nicht mit dem bisherigen Regelungszustand in direktem Zusammenhang steht. Diese

⁴²⁶ BGE 134 III 458 f. m. w. H.

Streichung ist – mangels eines Verweises in der damaligen Botschaft – als gesetzgeberisches Versehen zu bewerten.⁴²⁷ Eine Änderung der Rechtsstellung der Sachwalterin oder des Sachwalters war nicht beabsichtigt. Deshalb wird im Rahmen der vorliegenden Revision die Gelegenheit ergriffen, den Regelungsgehalt von Artikel 295 Absatz 3 aSchKG wieder aufzugreifen.

Gegenüber der früheren Fassung wird verdeutlicht, dass auch Artikel 8a (Einsichtsrecht) vom Verweis erfasst ist. Die sinnngemässe Anwendung dieser Bestimmung auf die Sachwalterin oder den Sachwalter beschränkt sich allerdings auf den Regelungsgehalt von Artikel 8a Absatz 1 in Bezug auf die von der Sachwalterin oder vom Sachwalter nach Artikel 8 zu erstellenden Protokolle.

Art. 319 Abs. 1 Wirkung der Bestätigung

Der am 1. Januar 2014 in Kraft getretene Artikel 308 SchKG stellt für die Verbindlichkeit des Nachlassvertrages auf dessen Vollstreckbarkeit ab. Demgegenüber stellt Artikel 319 Abs. 1 SchKG für den Eintritt der Wirkungen eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung noch immer auf die Rechtskraft der Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung ab und lässt mit diesem Zeitpunkt das Verfügungsrecht des Schuldners und die Zeichnungsbefugnis der bisher Berechtigten erlöschen. Vollstreckbarkeit und Rechtskraft sind aber nicht zwingend deckungsgleich, insbesondere wenn wie vorliegend nur Rechtsmittel ohne grundsätzliche aufschiebende Wirkung in Frage kommen (s. Art. 309 Ziff. 7 i. V. m. Art. 325 und Art. 336 ZPO⁴²⁸). Auch in Artikel 319 SchKG ist daher – entgegen dem bislang nicht angepassten Gesetzeswortlaut – auf die Vollstreckbarkeit und nicht auf die Rechtskraft des richterlichen Bestätigungsentscheids abzustellen.⁴²⁹ Die neue Fassung ermöglicht der Beschwerdeinstanz, die Vollstreckbarkeit in Einzelfällen aufzuschieben (Art. 325 Abs. 2 ZPO).

Art. 334 Abs. 4 Stundung; Ernennung eines Sachwalters

Auch hier gilt es, einen Verweis (bislang auf Art. 294 Abs. 3 und 4 aSchKG) an das seit 1. Januar 2014 geltende Recht anzupassen. Dadurch ist künftig bezüglich der Beschwerdelegitimation und der Wirkungen der Beschwerde Artikel 295c SchKG auch auf Entscheide nach Artikel 334 Absätze 1 und 2 SchKG anzuwenden.

2.3.5 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937⁴³⁰

Art. 34 Abs. 2 erster Satz Geldstrafe; Bemessung

Nach geltendem Recht beträgt der Tagessatz für die Geldstrafe im gesamten Bereich des Strafrechts höchstens 3'000 Franken (Art. 34 Abs. 2 Satz 1 StGB). Ausnahmen sind – wie dies zum Beispiel bei der Höchstanzahl Tagessätze der Fall sein kann (Art. 34 Abs. 1 StGB) – keine vorhanden.

⁴²⁷ So auch DANIEL HUNKELER, Gesetzgeberische Fehler im neuen Sanierungsrecht, in: Jusletter 2. Juni 2014, Rz 12.

⁴²⁸ SR 272

⁴²⁹ S. DANIEL HUNKELER, A.a.O., Rz 13.

⁴³⁰ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0).

Artikel 154 Absatz 4 VE StGB sieht neu vor, dass bei der Berechnung der Geldstrafe die Höhe des Tagessatzes nicht auf 3'000 Franken begrenzt sein soll und die Bemessung der Geldstrafe anders erfolgt. Dementsprechend ist Artikel 34 Absatz 2 Satz 1 StGB anzupassen.

*Art. 154 Strafbarkeit der Mitglieder des Verwaltungsrates und der
Geschäftsleitung börsenkotierter Gesellschaften*

Artikel 154 VE StGB setzt die Strafbestimmungen, die zurzeit in Artikel 24 VegüV⁴³¹ geregelt sind, auf Gesetzesebene um.

Da es sich insbesondere beim Bezug bzw. Ausrichten von gewissen Vergütungen um Vermögensdelikte handelt, wird die neue Strafbestimmung bei den strafbaren Handlungen gegen das Vermögen (Art. 137 ff. StGB) eingereiht.

Absatz 1

Absatz 1 enthält Widerhandlungen gegen die Vergütungsregeln einer börsenkotierten Gesellschaft.

Als Täterinnen und Täter können die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung sein. Die Einschränkung der Täterschaft auf diesen Personenkreis rechtfertigt sich, weil diese Personen für die (Ober-)Leitung der Gesellschaft verantwortlich sind⁴³² und mit selbstständiger Entscheidkompetenz ausgestattet sind.

Es handelt sich mithin um ein Sonderdelikt, denn Täterin und Täter kann nur sein, wer die erwähnten Eigenschaften in eigener Person erfüllt.⁴³³ Personen, denen diese Sondereigenschaft nicht zukommt (z. B. Beiräte, Revisionsstelle, Rechtsanwälte, Treuhänder etc.) können sich nur – aber immerhin – strafbar machen, wenn sie als Anstifter (Art. 24 StGB) oder Gehilfen (Art. 25 StGB) handeln. Sie unterstehen zwar der gleichen Strafandrohung wie der Täter, sind aber milder zu bestrafen (Art. 26 StGB).

Zudem erfasst Artikel 154 nur Mitglieder von Verwaltungsräten und Geschäftsleitungen von Gesellschaften, deren Aktien teilweise oder vollständig an einer in- oder ausländischen Börse kotiert sind (s. Art. 732 zum Begriff der Börse).

Strafbar soll sich nicht nur dasjenige Mitglied machen, das die betreffende Vergütung *ausrichtet*, sondern auch dasjenige, das die unzulässigen Vergütung *bezieht*.⁴³⁴ Die Strafbarkeit beider drängt sich deshalb auf, weil in den leitenden Gremien oftmals personelle Verflechtungen bestehen.

Gründet die zu beurteilende Widerhandlung (Deliktserfolg) auf einem Gremiumsentscheid (z. B. Beschluss des Verwaltungsrates), so soll jedes Mitglied nach seinem jeweiligen Stimmverhalten beurteilt werden. Aufgrund des strafrechtlichen Zurech-

⁴³¹ Verordnung vom 20. November 2013 gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV, SR **221.331**).

⁴³² Diese Personen können z. B. für Schäden, die sie der Gesellschaft verursacht haben, zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen werden (Art. 754 OR).

⁴³³ S. GÜNTHER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2011, § 9 N 5.

⁴³⁴ S. Art. 95 Abs. 3 Bst. b BV: «... Organmitglieder erhalten keine ...».

nungsprinzips dürften sich nur diejenigen Mitglieder strafbar machen, die einem (Mehrheits-)Entscheid zugestimmt haben.⁴³⁵

Strafbar soll nicht der Bezug bzw. das Ausrichten aller Vergütungen sein, welche Artikel 735c sowie Artikel 735d in Verbindung mit Artikel 735c als unzulässig erklären, sondern nur der Bezug bzw. das Ausrichten derjenigen Vergütungen, die Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe b BV ausdrücklich für unzulässig erklärt.

Es handelt sich dabei um die folgenden unzulässigen Vergütungen:

- Abgangsentschädigungen, die vertraglich vereinbart oder statutarisch vorgesehen sind; nicht als Abgangsentschädigungen gelten Vergütungen, die bis zur Beendigung der Vertragsverhältnisse geschuldet sind (s. Art. 735c Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 1 i. V. m. Art. 626 Abs. 2 Ziff. 2);
- Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden (s. Art. 735c Abs. 1 Ziff. 6);
- Provisionen für die Übernahme oder Übertragung von Unternehmen oder Teilen davon (s. Art. 735c Abs. 1 Ziff. 7);

Das Ausrichten bzw. der Bezug der soeben genannten Vergütungen ist auch strafbar, wenn sie für Tätigkeiten in Konzernunternehmen geleistet werden (s. Art. 735d Ziff. 1 i. V. m. Art. 735c Abs. 1 Ziff. 1, 6 und 7).

Demgegenüber soll das Ausrichten bzw. Beziehen der übrigen Vergütungen, die der Vorentwurf *einschränkt*, nicht strafbar sein. Dies gilt z. B. für gewisse nicht marktübliche Entschädigungen/Vergütungen (s. Art. 735c Abs. 1 Ziff. 2–4), Antrittsprämien, die keinen klar nachweisbaren finanziellen Nachteil kompensieren (Art. 735c Abs. 1 Ziff. 5) oder gewisse Vergütungen, deren Grundsätze nicht in den Statuten vorgesehen sind (z. B. Darlehen und Kredite oder die Zuteilung von Beteiligungspapieren; s. Art. 735c Abs. 1 Ziff. 8 und 9). Die Ausdehnung der Strafbarkeit auf alle unzulässigen Vergütungen könnte unter dem Aspekt der Kohärenz wünschenswert sein. Allerdings wurde dieses Vorgehen aus den unter Ziffer 1.3.5.3 genannten Gründen verworfen. Zudem sind diese Vergütungen nicht *per se* unzulässig.

Das heisst aber nicht, dass sich z. B. Verwaltungsratsmitglieder, die unzulässige Vergütungen ausrichten bzw. beziehen, die nicht unter Artikel 154 Absatz 1 VE StGB fallen, sich nicht trotzdem strafbar machen könnten. Solche Verhaltensweisen könnten unter Umständen den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung erfüllen (Art. 158 StGB).

Damit der Täter den subjektiven Straftatbestand erfüllt, muss er mit direktem Vorsatz handeln (s. nachfolgende Erläuterungen zu Abs. 3).

Die Strafandrohung lautet übereinstimmend mit Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe d BV auf Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe. Das Gericht hat damit nebst der Freiheitsstrafe – wie beispielsweise auch bei Artikel 135 Absatz 3 StGB (Gewaltdarstellungen), Artikel 182 Absatz 3 StGB (Menschenhandel) oder bei Artikel 305^{bis} Ziffer 2 StGB – obligatorisch eine Geldstrafe auszusprechen. Entgegen Artikel 42 Absatz 4 StGB muss es auch bei einer unbedingten oder teilbedingten Freiheitsstrafe obligatorisch eine Geldstrafe aussprechen. Bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen können diese Sanktionen (Freiheits- und Geldstrafe) aber

⁴³⁵ S. zur Haftung für Gremiumsentscheide: ANDREAS EICKER, Haftung für Dritte: Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Führungspersonen in Unternehmen nach dem revidierten Allmeinen Teil des StGB, AJP 6/2010, S. 683 ff.

bedingt oder teilbedingt ausgesprochen werden (Art. 42 ff. StGB). Die im Einzelfall verhängte Sanktion – d. h. die Freiheitsstrafe und die Geldstrafe – muss insgesamt dem Verschulden des Täters angemessen sein (Art. 47 StGB).

Absatz 2

Absatz 2 von Artikel 154 VE StGB fasst in den Ziffern 1–3 diejenigen Verstösse zusammen, die vor allem die Mitwirkungsrechte der Aktionärinnen und Aktionäre in börsenkotierten Gesellschaften tangieren.

Der Kreis der möglichen Täter wird – anders als in Absatz 1 von Artikel 154 VE StGB – aus Gründen der Verhältnismässigkeit auf die Mitglieder des Verwaltungsrates beschränkt. Dies insbesondere weil die Vorbereitung und Durchführung der GV und die Ausführung von deren Beschlüssen zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats gehören (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR). Die Mitglieder des Beirats und der Geschäftsführung können sich jedoch – wie sämtliche weiteren Personen, die nicht Mitglieder des Verwaltungsrates sind – weiterhin wegen Anstiftung (Art. 24 StGB) oder Gehilfenschaft (Art. 25 StGB) strafbar machen.

Zur Erfüllung des subjektiven Tatbestands wird – wie in Absatz 1 – bei allen Widerhandlungen nach Absatz 2 verlangt, dass die Täterin oder der Täter mit direktem Vorsatz handelt (s. die nachfolgenden Erläuterungen zu Abs. 3). Dadurch sollen die Strafbarkeit auf eindeutige Fälle beschränkt und Abgrenzungsschwierigkeiten vermieden werden.

Da die in Absatz 2 von Artikel 154 VE StGB geregelten Verhaltensweisen – im Vergleich zu denjenigen in Absatz 1 – einen geringeren Unrechtsgehalt aufweisen, ist eine mildere Strafdrohung vorgesehen. Die Verstösse werden mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedroht. Damit soll insbesondere dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung getragen und die Kohärenz des Strafrechts gewahrt werden (s. Ziff. 1.3.4.3).

Ziffer 1

Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe b BV untersagt, die Führung einer börsenkotierten Aktiengesellschaft an eine juristische Person zu delegieren. Diesbezüglich regelt Artikel 716b Absatz 1, dass die Statuten den Verwaltungsrat ermächtigen können, die Geschäftsführung einer Aktiengesellschaft nach Massgabe eines Organisationsreglements ganz oder zum Teil an einzelne Mitglieder oder an andere natürliche Personen (Geschäftsleitung) zu übertragen. Einzig die Vermögensverwaltung kann auch an juristische Personen übertragen werden.

Überträgt der Verwaltungsrat die Geschäftsführung (mit Ausnahme der Vermögensverwaltung) entgegen den Vorgaben von Artikel 716b Absatz 1 Satz 1 ganz oder zum Teil an eine juristische Person, so ist dies gemäss Ziffer 1 strafbar (s. Art. 24 Abs. 2 Ziff. 1 VegüV).

Ziffer 2

Gemäss Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV sind Organ- und Depotstimmrechtsvertretungen untersagt. Artikel 689b Absatz 2 setzt diese Vorgabe um (s. Art. 24 Abs. 2 Ziff. 2 VegüV).

Ziffer 3

Ziffer 3 stellt bestimmte Handlungen der Mitglieder des Verwaltungsrates unter Strafe, die dazu führen, dass die Ausübung gewisser Mitwirkungsrechte der Aktionärinnen und Aktionäre in einer börsenkotierten Gesellschaft verhindert wird.

Unter dem Begriff «verhindern» sind Tätigkeiten zu verstehen, die dazu führen, dass eines der genannten Ereignisse nicht stattfinden kann (z. B. die jährliche Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats oder die jährliche Abstimmung über die Vergütungen durch die GV). Nicht bereits die Tätigkeit an sich – z. B. das Verhindern der gehörigen Traktandierung des Antrags auf Genehmigung der Vergütungen – soll zur Erfüllung des Straftatbestands ausreichen. Es bedarf hierfür überdies ein von der Tätigkeit getrennter Erfolgseintritt (z. B. die durch die nicht gehörige Traktandierung effektiv verhinderte Abstimmung der Aktionärinnen und der Aktionäre über den entsprechenden Antrag im Rahmen der GV). Erst im Erfolgseintritt ist das strafwürdige Unrecht der Tathandlung zu erblicken. Es soll sich somit um Erfolgs- und nicht um Tätigkeitsdelikte handeln.

Buchstabe a

Nach Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe c BV müssen die Statuten von börsenkotierten Gesellschaften Regelungen über die Anzahl zulässiger Mandate der Organmitglieder ausserhalb des Konzerns sowie Regelungen über die Dauer der Arbeitsverträge der Geschäftsleitungsmitglieder enthalten. Artikel 626 Absatz 2 Ziffer 1 und 2 setzt diese Vorgabe um. Artikel 154 Absatz 2 Ziffer 3 Buchstabe a VE StGB erklärt die Mitglieder des Verwaltungsrates für strafbar, wenn sie die GV daran hindern (z. B. durch das Nichtstellen des entsprechenden Antrages), über diese zwingend notwendigen Statutenbestimmungen befinden zu können (s. Art. 24 Abs. 2 Ziff. 3 Bst. d VegüV).

Buchstabe b

Gemäss Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV ist die GV zuständig für die jährliche Wahl der Verwaltungsratspräsidentin oder des Verwaltungsratspräsidenten und der einzelnen Mitglieder des Verwaltungsrates und des Vergütungsausschusses sowie der unabhängigen Stimmrechtsvertretung. Artikel 698 Absatz 2 Ziffer 2 OR weist der GV als oberstes Organ einer Aktiengesellschaft unter anderem die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates als unübertragbare Aufgabe zu. Bei Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, stehen der GV im Speziellen folgende weiteren unübertragbaren Befugnisse zu (s. Art. 698 Abs. 3 Ziff. 1–3):

- die Wahl der Präsidentin oder des Präsidenten;
- die Wahl der Mitglieder des Vergütungsausschusses;
- die Wahl der unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder des unabhängigen Stimmrechtsvertreters.

Ein Mitglied des Verwaltungsrats einer börsenkotierten Gesellschaft macht sich strafbar, wenn es z. B. durch nicht gehörige Traktandierung verhindert, dass die GV jährlich und einzeln die Mitglieder und die Präsidentin des Verwaltungsrates, die Mitglieder des Vergütungsausschusses sowie den unabhängigen Stimmrechtsvertreter wählen kann (s. Art. 24 Abs. 2 Ziff. 3 Bst. a VegüV).

Buchstabe c

Nach Artikel 698 Absatz 3 Ziffer 4 stimmt die GV von börsenkotierten Gesellschaften jährlich über die Gesamtsumme aller Vergütungen des Verwaltungsrates, der

Geschäftsleitung und des Beirats ab (s. auch Art. 95 Abs. 3 Bst. a BV). Wird die GV durch ein Mitglied des Verwaltungsrates daran gehindert (z. B. durch nicht gehörige Traktandierung), so ist dies gemäss Artikel 154 Absatz 2 Ziffer 3 Buchstabe c VE StGB strafbar (s. Art. 24 Abs. 2 Ziff. 3 Bst. b VegüV).

Buchstabe d

Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV statuiert, dass die Aktionärinnen und Aktionäre von börsenkotierten Gesellschaften *elektronisch fernabstimmen* können.

Artikel 689c Absatz 7 regelt – in Umsetzung dieser Vorgabe – zum einen, dass die Aktionäre der unabhängigen Stimmrechtsvertretung elektronisch Vollmachten und Weisungen erteilen können müssen (*indirect voting*).

Artikel 701c Absatz 1 sieht zum anderen vor, dass die Gesellschaften den Aktionären, die nicht an der GV teilnehmen, ermöglichen können, ihre Rechte auf elektronischem Weg auszuüben («direct voting»). Zudem kann eine GV laut Artikel 701d Absatz 1 auch ausschliesslich mit elektronischen Mitteln ohne Tagungsort durchgeführt werden, sofern die Voraussetzungen dafür erfüllt sind («direct voting» im Rahmen einer Cybergeneralversammlung).

Artikel 154 Absatz 2 Ziffer 3 Buchstabe d VE StGB erklärt die Mitglieder des Verwaltungsrates für strafbar, wenn sie die Aktionärinnen und Aktionäre oder ihre Vertretung daran hindern (z. B. weil die hierfür notwendigen Vorkehrungen nicht getroffen werden), ihr Stimmrecht im Rahmen der GV auf elektronischem Weg auszuüben (insbesondere die Abgabe der Stimme). Der Vorentwurf sieht nur beim «indirect voting» eine Pflicht für den Verwaltungsrat vor (s. Art. 689c Abs. 7). Deshalb ist nur dieser Bereich der elektronischen Ausübung der Aktionärsrechte unter Strafe gestellt (s. auch Art. 24 Abs. 2 Ziff. 3 Bst. c VegüV).

Absatz 3

Gemäss Absatz 3 ist eventualvorsätzliches Handeln nicht strafbar. Eventualvorsatz liegt vor, wenn der Täter die Verwirklichung des Tatbestandes für ernsthaft möglich hält und in Kauf nimmt (s. Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB).

Der Täter muss zur Verwirklichung eines Straftatbestandes nach den Absätzen 1 und 2 infolgedessen mit direktem Vorsatz handeln.⁴³⁶ Direkter Vorsatz liegt zum einen dann vor, wenn es dem Täter gerade darauf ankommt, den Tatbestand zu verwirklichen (Absicht, direkter Vorsatz 1. Grades). Ob sich der Täter die Verwirklichung als sicher⁴³⁷ oder nur als möglich vorstellt, ist unerheblich.

Der Verwaltungsrat, der z. B. mit der Absicht, die Aktionärinnen und Aktionäre daran zu hindern, ihrem unabhängigen Stimmrechtsvertreter auf elektronischem Weg Weisungen zu erteilen, die dafür notwendigen Vorkehrungen nicht trifft (z. B. die technische Infrastruktur nicht bereit stellt), macht sich strafbar (Art. 154 Abs. 2 Ziff. 3 Bst. d VE StGB i.V.m. Art. 689c Abs. 6).

Direkter Vorsatz (2. Grades) liegt zum anderen auch dann vor, wenn der Täter sicher weiss, dass er durch sein Handeln den Tatbestand verwirklichen wird, was zwar

⁴³⁶ S. Art. 260quinquies Abs. 2 StGB, der eine ähnliche Formulierung aufweist.

⁴³⁷ Anzumerken ist, dass es sich nur um relativ sicheres Wissen handeln kann, denn Wissen ist selten wirklich sicher. S. GUNTER ARZT, Art. 260 quinquies StGB, § 5 N 32, in: Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäsche, N. Schmid (Hrsg.), 2. Auflage, Zürich, 2007.

nicht das eigentliche Ziel seiner Handlung ist, aber als notwendige Folge seiner Handlung oder als Mittel zur Erreichung des verfolgten Ziels mitgewollt ist.⁴³⁸

So macht sich der Verwaltungsrat auch dann strafbar, wenn er z. B. die notwendigen Vorkehrungen nicht trifft, weil er Geld sparen will; dies obschon er weiss, dass er die Aktionärinnen und Aktionäre daran hindert, ihre Stimmrechte auf elektronischem Weg auszuüben (s. oben).

Mit dem Ausschluss des Eventualvorsatzes wird bezweckt, die Strafbarkeit auf solche Fälle zu beschränken, die in Bezug auf den Unwertsgehalt eine gewisse Intensität aufweisen. Zwar wird bei den im StGB geregelten Vermögensdelikten regelmässig kein direkter Vorsatz verlangt. Weil die inkriminierten Handlungen aber vergleichsweise strengen Strafdrohungen unterliegen, erscheint diese Einschränkung mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip gerechtfertigt (s. auch Ziff. 1.3.4.3). Zudem wird für die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes keine Bereicherungsabsicht vorausgesetzt. Schliesslich hat der Ausschluss zum Ziel, Schwierigkeiten zu vermeiden, die sich bei der Abgrenzung von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit ergeben können.

Absatz 4

Absatz 4 regelt die Strafzumessung der Geldstrafe. Diese darf laut Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe d BV maximal sechs Jahresvergütungen betragen.

Für die Berechnung der Geldstrafe ist das Gericht – abweichend von Artikel 34 Absatz 2 Satz 1 StGB – nicht an die maximale Höhe des Tagessatzes gebunden. Die kapitalisierte Summe der Geldstrafe darf jedoch das Sechsfache der Jahresvergütung, die im Zeitpunkt der Tat mit der betroffenen Gesellschaft vereinbart ist, nicht übersteigen.

Die Berechnung der Geldstrafe erfolgt wie nach dem geltenden Recht im Tagessatzsystem (Artikel 34 StGB). Die maximal zulässige Anzahl Tagessätze liegt somit bei 360. Gemäss Artikel 34 Absatz 2 Satz 2 StGB bestimmt das Gericht die Höhe des einzelnen Tagessatzes nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils. Die Obergrenze des Tagessatzes beträgt gemäss Artikel 34 Absatz 2 Satz 1 StGB 3'000 Franken. Der Gesamtbetrag der maximal zulässigen Geldstrafe liegt demnach bei 1.08 Millionen Franken.⁴³⁹ Da sich diese kapitalisierte Summe der nach geltendem Recht maximal zulässigen Geldstrafe im Vergleich zu den laut Verfassungsbestimmung maximal zulässigen sechs Jahresvergütungen als zu tief erweisen könnte, ist vorgesehen, dass das Gericht nicht an den in Artikel 34 Absatz 2 Satz 2 StGB statuierten Höchstbetrag von 3'000 Franken pro Tagessatz gebunden ist (s. Art. 34 Abs. 2 Satz 1 VE StGB). Damit das Gericht jedoch keine Geldstrafen in unbeschränkter Höhe ausfällen kann, sieht Artikel 154 Absatz 3 VE StGB vor, dass die kapitalisierte Summe der Geldstrafe, d. h. die Anzahl Tagessätze multipliziert mit der Höhe des Tagessatzes, das Sechsfache der Jahresvergütung⁴⁴⁰ nicht übersteigen darf, die zum Zeitpunkt der Straftat mit dem betroffenen Unternehmen vereinbart worden ist.

⁴³⁸ Im Detail zum direkten Vorsatz s. MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MÄDER, Art. 12 N 43 ff., in: Basler Kommentar Strafrecht I, M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (Hrsg.), 3. Auflage, Basel 2013.

⁴³⁹ 360 Tagessätze à 3'000 Franken = 1'080'000 Franken.

⁴⁴⁰ Zum Begriff der Vergütung s. Artikel 734a Absatz 2.

Das Sechsfache dieses ermittelten Betrags bildet in jedem Fall die Obergrenze der kapitalisierten Geldstrafe, selbst dann wenn sie unterhalb der Grenze von 1.08 Millionen Franken gemäss geltendem Recht liegt. Dies könnte zwar dazu führen, dass ein Täter im Einzelfall wegen einer relativ tiefen Jahresvergütung keine den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen angepasste Geldstrafe erhält und er im Vergleich zu anderen Tätern besser gestellt würde, die z. B. gestützt auf eine Straftat des StGB zu einer Geldstrafe verurteilt werden. Dies wäre etwa in folgendem Beispiel der Fall: Eine Person übt bei drei börsenkotierten Aktiengesellschaften ein Verwaltungsratsmandat aus. Von der X-AG erhält er für das Jahr 2014 eine Jahresvergütung von 10'000 Franken, von der Y-AG 500'000 Franken und von der Z-AG 1 Million Franken. Nur bei der X-AG begeht er im Jahre 2014 z. B. eine Widerhandlung gegen Artikel 154 Absatz 1 VE StGB. In diesem Fall würde die Obergrenze für die Gesamtgeldstrafe bei maximal 60'000 Franken liegen. Dieses Spannungsverhältnis ergibt sich jedoch aus dem Wortlaut von Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe d BV. Ein Einbezug von allfälligen Jahresvergütungen, welche die verurteilte Person aufgrund zusätzlicher Mandate von anderen Gesellschaften (innerhalb oder ausserhalb des Konzerns) erhalten hat, in denen aber keine Widerhandlungen stattgefunden haben, erscheint nicht sachgerecht und unverhältnismässig. Massgebend für die Ermittlung der Obergrenze ist die Jahresvergütung, die im Tatzeitpunkt mit dem betroffenen Unternehmen vereinbart worden ist. Wurden mehrere Straftaten über mehrere Jahre hinweg verübt, ist der Durchschnitt der entsprechenden Jahresvergütungen zu nehmen.

Abgesehen davon, dass das Gericht im Rahmen von Artikel 154 VE StGB nicht an die maximale Höhe des Tagessatzes gemäss geltendem Recht (Art. 34 Abs. 2 erster Satz StGB) gebunden sein sollte, soll die Berechnung der Höhe des Tagessatzes hingegen gemäss geltendem Recht und Praxis erfolgen.⁴⁴¹ Das Gericht bestimmt die Höhe des einzelnen Tagessatzes nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils, namentlich nach Einkommen und Vermögen, Lebensaufwand, allfälligen Familien- und Unterstützungspflichten sowie nach dem Existenzminimum (Art. 34 Abs. 2 zweiter Satz StGB).

Dieses Vorgehen drängt sich aus Gründen der Rechtsgleichheit und Kohärenz des Strafrechts auf. Würde man bei der Berechnung nur auf die Jahresvergütung abstellen, die der Täter von der betroffenen Gesellschaft für seine Dienste erhalten hat, so könnte nur gerade dieser Teilbereich seines Einkommens berücksichtigt werden; dies hätte eine Ungleichbehandlung zur Folge im Vergleich zu all den Tätern, die wegen anderer Straftaten zu einer Geldstrafe verurteilt werden und bei denen das gesamte Einkommen, egal woher es stammt, zur Berechnung der Höhe des Tagessatzes herangezogen wird. Eine solche Sonderbehandlung für Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung einzuführen, die sich wegen Widerhandlungen gegen die vorliegende Strafnorm strafbar gemacht haben, wäre nicht sachgerecht.

Art. 325^{bis} Verletzung der Berichterstattung über Zahlungen an staatliche Unternehmen

Die Bestimmung schliesst an die Strafnorm betreffend die «Ordnungswidrige Führung der Geschäftsbücher» an (Art. 325 StGB). Dies deshalb, weil die Berichterstat-

⁴⁴¹ Zur Berechnung eingehend: ANNETTE DOLGE, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Auflage, Basel 2007, Art. 34 N und 42 ff.

tung über Zahlungen an staatliche Stellen systematisch im zweiunddreissigsten Titel über die kaufmännische Buchführung im Obligationenrecht eingefügt wurde. Tatobjekt der Regelung von Artikel 325 StGB sind ausschliesslich die Geschäftsbücher. Damit sind nach Artikel 957 OR diejenigen Bücher gemeint, welche nach Art und Umfang eines Geschäfts nötig sind, um dessen Vermögenslage und die mit dem Geschäftsbetrieb zusammenhängenden Schuld- und Forderungsverhältnisse sowie die Ergebnisse der einzelnen Geschäftsjahre festzustellen (namentlich Hauptbuch, Hilfsbücher, Bilanz, Erfolgsrechnung, Inventar; gegebenenfalls Mittelflussrechnung und Jahresbericht). Artikel 325 StGB erfasst somit die Berichterstattung über Zahlungen an staatliche Stellen nicht.

Der Täterkreis umfasst nur Personen, die der Berichterstattungspflicht über Zahlungen an staatliche Stellen (Bst. a) oder der diesbezüglichen Aufbewahrungspflicht (Bst. b) unterstehen. Bei der Verletzung der Vorschriften betreffend die Berichterstattung über Zahlungen an staatliche Stellen handelt es sich somit um ein echtes Sonderdelikt. Die Verpflichtung zur Berichterstattung über Zahlungen an staatliche Stellen ist in Artikel 964a geregelt, die Aufbewahrungspflicht ergibt sich aus Artikel 964e.

Die Strafnorm dient der Durchsetzung der Vorschriften zur Berichterstattung über die Zahlungen an staatliche Stellen (s. Ziff. 1.4.6).

Die Bestimmung enthält zwei Tathandlungen. Demnach erfüllt den objektiven Tatbestand, wer (i) im Bericht über Zahlungen an staatliche Stellen gemäss Artikel 964c falsche Angaben macht oder (ii) die Berichterstattung ganz oder teilweise unterlässt. Falsch sind die Angaben im Bericht dann, wenn sie nicht mit den tatsächlichen Gegebenheiten übereinstimmen, mithin unwahr sind. Die inhaltlichen Anforderungen an den Bericht ergeben sich aus Artikel 964c Absätze 1–3. Werden Zahlungen an staatliche Stellen nicht oder unvollständig offengelegt, liegt eine vollständige bzw. teilweise Unterlassung der Berichterstattung vor.

Der Tatbestand kann sowohl vorsätzlich als auch fahrlässig begangen werden.

Die Aufbewahrungs- und Dokumentationspflichten ergeben sich aus Artikel 964e. Aufbewahrungspflichtig sind die Berichte über Zahlungen an staatliche Stellen und alle wesentlichen Unterlagen, wobei eine Frist von mindestens zehn Jahren gilt (s. Art. 964e Abs. 1). Der Bericht über Zahlungen an staatliche Stellen ist gemäss Artikel 964e Absatz 2 schriftlich und unterzeichnet aufzubewahren. Elektronische Daten müssen während demselben Zeitraum wieder lesbar gemacht werden können (s. Art. 964e Abs. 3). Die Aufbewahrungspflicht wird namentlich dann verletzt, wenn die erwähnten Dokumente und/oder Datenträger vor Fristablauf vernichtet oder unbrauchbar gemacht werden.

Der Tatbestand kann sowohl vorsätzlich als auch fahrlässig begangen werden

Art. 325^{ter} Widerhandlungen gegen die Bestimmungen zum Schutz der Mieter von Wohn- und Geschäftsräumen

Bei dieser Bestimmung ändert nur die Nummerierung.

Art. 326^{bis} im Falle von Artikel 325^{ter}

In der Marginalie und in der Bestimmung ist der Verweis anzupassen. Neu muss auf Artikel 325^{ter} VE-StGB verwiesen werden (bisher Art. 325^{bis} StGB).

2.3.6

Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer⁴⁴²

Art. 80 Abs. 1^{bis} Bemessung des Reingewinns

Der Ausdruck Geschäftsabschluss bezieht sich auf Artikel 79 Absatz 3 DBG, wonach in jedem Kalenderjahr – ausgenommen im Gründungsjahr – ein Geschäftsabschluss mit Bilanz und Erfolgsrechnung zu erstellen ist. Das Aktienkapital muss neu nicht mehr zwingend auf Schweizer Franken lauten (s. Art. 621). Die Erhebung der Gewinnsteuer erfolgt jedoch weiterhin in Schweizer Franken. Deshalb sieht Artikel 80 Absatz 1^{bis} VE DBG folgende zwingende Umrechnung vor: Der Reingewinn ist mittels des durchschnittlichen Devisenkurses (Verkauf) der Steuerperiode umzurechnen. Dadurch wird berücksichtigt, dass der Gewinn während eines Zeitraums, d. h. während der Steuerperiode, erwirtschaftet wird. Bei unterjähriger Steuerpflicht gilt der durchschnittliche Kurs der Dauer der unterjährigen Steuerperiode. Dauert die Steuerpflicht beispielsweise neun Monate so ist der durchschnittliche Währungskurs dieser neun Monate massgebend.

Eine analoge Regelung für Einzelunternehmen und Personengesellschaften ist nicht notwendig, weil sich die Denomination nur auf juristische Personen mit Nennwertkapital bezieht (s. Art. 621 und Art. 773).

2.3.7

Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden⁴⁴³

Art. 31 Abs. 3^{bis} und Abs. 5 Zeitliche Bemessung

Siehe zu Absatz 3^{bis} die Ausführungen zu Artikel 80 Absatz 1^{bis} VE DBG.

Für die Bewertung des Vermögens gilt handels- und steuerrechtlich das Stichtagsprinzip. Dementsprechend ist gemäss Absatz 5 für die Umrechnung des Eigenkapitals der Devisenkurs (Verkauf) am Ende der Steuerperiode heranzuziehen. Dies gilt auch bei unterjähriger Steuerpflicht (s. Art. 80 Abs. 1^{bis} VE DBG).

2.3.8

Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge⁴⁴⁴

Art. 49 Abs. 2 Ziff. 21 Selbständigkeitsbereich

Da der Begriff «Pensionskassen» in Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV⁴⁴⁵ dem Sinn nach sämtliche Vorsorgeeinrichtungen umfasst, die den versicherten Personen

⁴⁴² Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (DBG, SR **642.11**).

⁴⁴³ Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG, SR **642.14**).

⁴⁴⁴ SR **831.40**

einen Anspruch auf Vorsorgeleistungen gewähren, wird in Artikel 49 Absatz 2 Ziffer 21 VE BVG festgehalten, dass die Stimm- und Offenlegungspflichten nach Artikel 71a und 71b VE BVG auch für umhüllende Vorsorgeeinrichtungen gilt.

Art. 53g Abs. 1 Zweck und anwendbares Recht

Der Hinweis auf die Bestimmungen des Zivilgesetzbuches (ZGB) ist nicht mehr aktuell und wird deshalb in Artikel 53g Absatz 1 VE BVG angepasst. Materiell ändert sich dadurch nichts.

Art. 65a Abs. 3 Transparenz

Es wird aus Gründen der Verhältnismässigkeit auf die Pflicht des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtung verzichtet, den Versicherten das Reglement mit den Grundsätzen zur Ausübung des Stimmrechts (s. Art. 71a BVG) bzw. jede damit verbundene Änderung automatisch zukommen zu lassen. Das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung muss aber gemäss Artikel 65 Absatz 3 VE BVG in der Lage sein, Informationen über die Grundsätze zur Ausübung der Stimmpflicht als Aktionär abgeben zu können (s. Art. 71a und 86b VE BVG).

Art. 71a Stimmpflicht als Aktionär

Gemäss Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV müssen Pensionskassen im Interesse ihrer Versicherten abstimmen. Der Begriff «Pensionskassen» ist umgangssprachlich deckungsgleich mit «Vorsorgeeinrichtungen» (s. im Weiteren Ziff. 1.3.4.2). Da die Stimmpflicht im Interesse der Versicherten ausgeübt werden muss, ist nach Sinn und Zweck der Bestimmung bei Vorsorgeeinrichtungen eine Stimmpflicht vorzusehen, wo Interessen von Versicherten tangiert werden. Dies ist dann der Fall, wenn die Vorsorgeeinrichtungen den Versicherten aufgrund ihres Reglements einen Rechtsanspruch auf Vorsorgeleistungen einräumen.

Die Stimmpflicht gilt gemäss Absatz 1 Satz 1 grundsätzlich nur für direkt gehaltene Aktien. Ausnahmsweise – wenn der Vorsorgeeinrichtung vertraglich ein Stimmrecht eingeräumt wird (also nicht nur die Möglichkeit zur Abgabe unverbindlicher Präferenzen gegenüber der Fondsleitung) oder ein Anlagefonds von der Vorsorgeeinrichtung kontrolliert wird (z. B. Ein-Anleger-Fonds) – gilt gemäss Absatz 1 Satz 2 die Stimmpflicht auch für indirekt gehaltene Aktien.

Vorsorgeeinrichtungen müssen an allen angekündigten Wahlen und Abstimmungen der börsenkotierten Gesellschaft teilnehmen. Artikel 22 Absatz 1 Ziffer 1–3 VegüV⁴⁴⁶ sieht noch eine Einschränkung auf die in Artikel 95 Absatz 3 BV⁴⁴⁷ enthaltenen Aspekte der Stimmpflicht vor. Der rechtsstaatliche Grund dafür war, dass die Verfassungsbestimmung hinsichtlich der Stimmpflicht zu stark auslegungsbedürftig war, als dass bereits damals von einer umfassenden Stimmpflicht ausgegangen werden konnte.⁴⁴⁸ Bereits anlässlich der VegüV gab es keinen materiell überzeugenden Grund, dass die Vorsorgeeinrichtungen nicht auch bei der Genehmigung der Jahresrechnung, bei Mittelabflüssen (Rückzahlung von Kapitalreserven, Ausrich-

⁴⁴⁵ SR 101

⁴⁴⁶ SR 221.331

⁴⁴⁷ SR 101

⁴⁴⁸ S. Zusatzbericht vom 8. Oktober 2013 zum Entwurf zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), S. 12.

tung von Dividenden, Kapitalherabsetzungen) oder bei der Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrats abstimmen müssen.

Ein vorgängiger Verzicht auf die Stimmabgabe ist nicht zulässig. Vorsorgeeinrichtungen dürfen sich aber – wie andere Aktionärinnen und Aktionäre – der Stimme enthalten. Sie müssen sich aber bewusst sein, dass die Stimmenthaltung gemäss Vorentwurf grundsätzlich nicht mehr als Nein-Stimme, sondern als Nicht-Teilnahme an der entsprechenden Abstimmung auswirkt (s. Art. 703 f.). Ein solches Vorgehen ist nur zulässig, wenn es im Interesse der Versicherten ist.

Die Stimmrechtsausübung kann der internen Kompetenzordnung der Vorsorgeeinrichtung gemäss vom obersten Organ selber, von einem Ausschuss, vom Vermögensverwalter, vom Geschäftsführer oder mittels unabhängiger Stimmrechtsvertretung wahrgenommen werden. Die Verantwortung für die korrekte Stimmrechtsausübung liegt aber beim obersten Organ (s. nachfolgend Abs. 3).

Gemäss Absatz 2 muss das Stimmrecht im Interesse der Versicherten ausgeübt werden. Dieses gilt als gewahrt, wenn das Stimmverhalten dem dauernden Gedeihen der Vorsorgeeinrichtung dient. Der Begriff des dauernden Gedeihens ist im Aktien- und Rechnungslegungsrecht an mehreren Orten zu finden (s. u. a. Art. 673 OR/ Art. 673 Abs. 2; Art. 717 Abs. 1^{bis}; Art. 960a Abs. 4 OR). Insbesondere bedeutet dies, dass das oberste Organ bei der Festlegung dieser Grundsätze darauf zu achten hat, dass eine faire und angemessene Verteilung des Unternehmensgewinns an die Aktionärinnen und Aktionäre angestrebt wird, so dass die Vorsorgeeinrichtung diese Mittel zu Gunsten der Versicherten verwenden kann.

Das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung ist gemäss Absatz 3 für die Festlegung der Grundsätze zuständig, die das Interesse der Versicherten bei der Ausübung der Stimmpflicht konkretisieren. Das Interesse der Versicherten kann nicht in generell-abstrakter Weise auf Gesetzesstufe für alle Vorsorgeeinrichtungen auf gleiche Weise umschrieben werden. Es ist jeweils den Besonderheiten der entsprechenden Vorsorgeeinrichtung Rechnung zu tragen, so z. B. der Struktur der Vorsorgeeinrichtung (unternehmenseigene Vorsorgeeinrichtung, Gemeinschaftsstiftung, Verbandseinrichtung usw.) und ihrer Bestandesstruktur. Diese Aufgabe muss das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung selbst wahrnehmen. Es hat dies unter Berücksichtigung der Struktur der entsprechenden Einrichtung in generell-abstrakter Weise in einem Reglement der Vorsorgeeinrichtung festzuhalten.

Zur Information der Versicherten über die Grundsätze zur Ausübung der Stimmpflicht als Aktionär bzw. das entsprechende Reglement siehe Artikel 86b Absatz 2 VE BVG.

Art. 71b Berichterstattung und Offenlegung betreffend Stimmpflicht

Da das Stimmrecht im Interesse der Versicherten ausgeübt werden muss (s. Art. 71a Abs. 2 VE BVG), ist die Offenlegung gegenüber diesen vorzunehmen.

Die Offenlegung erfolgt gemäss Absatz 1 mindestens einmal jährlich in einem zusammenfassenden Bericht. Dies entspricht der für Vorsorgeeinrichtungen und den ihnen im Aufsichtsprozess nachgelagerten Revisionsstellen und Aufsichtsbehörden massgebenden Periodizität. Es kann damit ein unverhältnismässig hoher Aufwand für die Vorsorgeeinrichtungen verhindert werden. Die Offenlegung kann zusammen mit der Jahresrechnung, auf der Internetseite der Einrichtung oder auf andere geeignete Weise erfolgen. Als besonders geeignet für die Offenlegung erscheint der

Anhang zur Jahresrechnung, der von der Revisionsstelle geprüft wird und eine gewisse Stetigkeit hinsichtlich des Ortes und der Art der Offenlegung gewährleistet.

Um einen unverhältnismässigen Verwaltungsaufwand für die Vorsorgeeinrichtungen zu vermeiden, muss gemäss Absatz 2 die Offenlegung nur dort detailliert erfolgen, wo die Vorsorgeeinrichtung den Anträgen des Verwaltungsrates nicht gefolgt ist, also bei der Ablehnung des Antrags, oder bei der Stimmenthaltung.

Die Offenlegung hat spätestens im Kalenderjahr nach der GV zu erfolgen. Eine häufigere und/oder detailliertere Berichterstattung ist aber zulässig, da es sich bei Artikel 71b VE BVG um eine Mindestvorgabe handelt.

Art. 76 Vergehen

Aus redaktionellen Gründen wird Artikel 76 BVG umgestaltet.

Die Strafdrohung (s. nachfolgend), die im geltenden Recht in Artikel 76 Lemmata 8 BVG enthalten ist, wird dem revidierten Sanktionensystem des Allgemeinen Teils des StGB angepasst und ist neu im Einleitungssatz von Absatz 1 geregelt.

In den Buchstaben a–g von Absatz 1 werden die strafbaren Verhaltensweisen aufgelistet, die im geltenden Recht in Lemmata 1–7 geregelt sind. Materiell ändert sich nichts an diesen Bestimmungen.

Die Widerhandlung gegen die Vorgabe von Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV, wonach die Pensionskassen im Interesse ihrer Versicherten abzustimmen haben, wird neu in Buchstabe h VE BVG geregelt.

Um dem Bestimmtheitsgebot zu genügen, ist der Personenkreis, der unter die Strafbarkeit nach dieser Bestimmung fällt, klar zu umschreiben. Nur diejenigen Personen, die über eine gewisse Entscheidungskompetenz verfügen, können sich strafbar machen. Weitere Personen, denen diese Sondereigenschaft nicht zukommt, können sich allenfalls als Teilnehmer strafbar machen (Anstiftung/Gehilfenschaft).

Die strafbaren Tathandlungen ergeben sich aus den Artikeln 71a und 71b VE BVG: Es sind dies einerseits die Nichtausübung des Stimmrechts (Art. 71a Abs. 1), das Stimmen gegen das Interesse der Versicherten bzw. entgegen den entsprechenden Grundsätzen im Reglement (Art. 71a Abs. 2 und Abs. 3) sowie das Nichtfestlegen in einem Reglement, wie das Interesse der Versicherten beurteilt wird (Art. 71a Abs. 3). Andererseits macht sich strafbar, wer nicht mindestens einmal jährlich in einem zusammenfassenden Bericht offenlegt, wie die Stimmpflicht ausgeübt wurde (Art. 71b).

Zur Erfüllung des subjektiven Straftatbestandes muss die Täterin oder der Täter mit direktem Vorsatz handeln. Dies ergibt sich aus Artikel 76 Absatz 2 VE BVG. Eventualvorsätzliches Handeln ist demzufolge nicht strafbar. Damit sollen insbesondere Abgrenzungsschwierigkeiten vermieden werden (s. Art. 154 VE StGB).

Es ist eine relativ milde Strafdrohung aufgrund des im Vergleich zu den Delikten von Artikel 154 Absatz 1 VE StGB (s. Ziff. 1.3.4.3) deutlich geringeren Unrechtsgehaltes der Tathandlungen vorgesehen. Die Strafdrohung fügt sich zudem in das bestehende Gefüge der BVG-Vergehen ein, die vom Unrechtsgehalt her vergleichbare Widerhandlungen beinhalten. Die Strafdrohung, die Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe d BV vorsieht, macht in diesem Bereich keinen Sinn. Mitglieder des obersten

Organs der Vorsorgeeinrichtung erhalten für ihre Tätigkeit teilweise nicht einmal eine direkte monetäre Vergütung, weil sie für diese Tätigkeit im Rahmen ihrer Anstellung beim Arbeitgeber freigestellt werden. Überdies wurde die mildere Strafdrohung von einer Vielzahl der Anhörungsteilnehmenden zur VegüV (damals noch: Verordnung gegen die Abzockerei) begrüsst.⁴⁴⁹

Art. 86b Abs. 1 Bst. d und Abs. 2 Information der Versicherten

Absatz 1 wird infolge der Offenlegungspflicht nach Artikel 71b VE BVG um einen Buchstaben d erweitert.

In Absatz 2 wird infolge der Änderung von Artikel 65a Absatz 3 VE BVG das Recht der Versicherten verankert, auf Anfrage hin die Grundsätze des obersten Organs zur Ausübung der Stimmpflicht als Aktionär bzw. das entsprechende Reglement zu erhalten. Die Vorsorgeeinrichtung kann die entsprechende Information auch jeweils zusammen mit dem jährlichen Bericht zu den ausgeübten Stimmrechten im Internet oder an anderer geeigneter Stelle offen legen (s. entsprechend Art. 71b VE BVG).

2.3.9 Kollektivanlagengesetz vom 23. Juni 2006⁴⁵⁰

Art. 137 Abs. 2 Konkurseröffnung

Der Verweis auf die Bestimmungen über das Nachlassverfahren und über die Benachrichtigung des Gerichts wurde an die Streichung des Konkursaufschubs und an die neuen aktienrechtlichen Bestimmungen zur Benachrichtigung des Gerichts (s. Ziff. 2.1.33) angepasst. Im Übrigen bleibt es aber bei einer sinngemässen Anwendbarkeit der (neuen) Pflichten des Verwaltungsrates bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung (s. Art. 725 ff.).

2.3.10 Bankengesetz vom 8. November 1934⁴⁵¹

Art. 25 Abs. 3 Massnahmen bei Insolvenzgefahr; Voraussetzungen

Der Verweis auf die Bestimmungen über das Nachlassverfahren und über die Benachrichtigung des Gerichts wurde an die Streichung des Konkursaufschubs und an die neuen aktienrechtlichen Bestimmungen zur Benachrichtigung des Gerichts (s. Ziff. 2.1.33) angepasst. Im Übrigen bleibt es aber bei der grundsätzlichen Anwendbarkeit der (neuen) Pflichten des Verwaltungsrates bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung (s. Art. 725 ff.) auf Banken und Sparkassen.

⁴⁴⁹ S. Zusammenfassung der Stellungnahmen zum Vorentwurf der Verordnung gegen die Abzockerei des Bundesamtes für Justiz vom 4. September 2013, S. 7 f.

⁴⁵⁰ SR 951.31

⁴⁵¹ SR 952.0

Art. 53 Abs. 2 Konkurseröffnung

Der Verweis auf die Bestimmungen über das Nachlassverfahren und über die Benachrichtigung des Gerichts wurde an die Streichung des Konkursaufschubs und an die neuen aktienrechtlichen Bestimmungen zur Benachrichtigung des Gerichts (s. Ziff. 2.1.33) angepasst. Im Übrigen bleibt es aber bei der grundsätzlichen Anwendbarkeit der (neuen) Pflichten des Verwaltungsrates bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung (Art. 725 ff.) auf Versicherungsunternehmen.

3 Auswirkungen**3.1 Auswirkungen auf den Bund****3.1.1 Finanzielle Auswirkungen**

Mit den beabsichtigten Bestimmungen sind keine unmittelbaren finanziellen Auswirkungen für den Bund im Sinne zusätzlicher Ausgaben verbunden. Es wird insbesondere keine neue Behörde vorgesehen bzw. keine bestehende Behörde ausgebaut.

Ob einzelne börsenkotierte Aktiengesellschaften ihren Sitz ins Ausland verlegen werden und damit Steuereinnahmen, Sozialabgaben und Arbeitsplätze verloren gehen, lässt sich nicht genau voraussagen. Mit vielen zusätzlichen Sitzverlegungen ist nicht zu rechnen, da die Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV)⁴⁵³ bereits viele der einschneidendsten Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 BV⁴⁵⁴ umgesetzt hat. Und in diesem Umfeld haben einige Sitzverlegungen, z. T. auch nur des Sitzes der börsenkotierten Holdinggesellschaft, stattgefunden. Wahrscheinlicher ist es hingegen, dass Sitzverlegungen von Gesellschaften in die Schweiz, die unter die strengeren Vorschriften für börsenkotierte Gesellschaften fallen würden, abnehmen werden. Diese Tendenz besteht jedoch seit Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei».

3.1.2 Personelle Auswirkungen

Im Zusammenhang mit den beabsichtigten Bestimmungen sind keine zusätzlichen Stellen beim Bund geplant. Der Vollzug des Aktienrechts erfolgt weiterhin schwergewichtig durch die Unternehmen und die kantonalen Handelsregisterämter. Für die Untersuchung allfälliger Verstösse gegen die neuen Strafbestimmungen sind die kantonalen Strafverfolgungsbehörden zuständig (s. Ziff. 1.5).

Das Eidg. Amt für das Handelsregister (EHRA), das zum Bundesamt für Justiz gehört und für die Oberaufsicht im Handelsregisterbereich zuständig ist (Art. 5

⁴⁵² SR **961.01**

⁴⁵³ Verordnung vom 20. November 2013 gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV, SR **221.331**).

⁴⁵⁴ SR **101**

HRegV⁴⁵⁵), wird die Handelsregisterverordnung umfassend überarbeiten müssen. Zudem wird es dafür sorgen müssen, dass die neuen Bestimmungen handelsregisttermässig möglichst einheitlich angewendet werden (z. B. mittels Praxismitteilungen⁴⁵⁶). Diese vorübergehende Zunahme der Arbeitslast wird mit dem vorhandenen Personal bewältigt werden können.

Die erleichterte aktienrechtliche und zivilprozessuale Ausübung der Aktionärsrechte insbesondere bei börsenkotierten Gesellschaften (s. Art. 697j f., 699 Abs. 3, 699a Abs. 1 bzw. Art. 107 Abs. 1^{bis} VE ZPO) kann zu einer gewissen Zunahme der Verfahren vor Bundesgericht führen, insbesondere wenn einige Leitentscheide notwendig sind. Es ist jedoch nicht damit zu rechnen, dass es notwendig sein wird, die personellen Ressourcen des Bundesgerichts zu erweitern.

3.2 Auswirkungen auf die Kantone

Nach dem Inkrafttreten der beabsichtigten Bestimmungen und der damit verbundenen neuen Handelsregisterverordnung wird die Arbeitslast der Handelsregisterämter für eine gewisse Zeit zunehmen. Bei jeder grösseren Änderung im Gesellschaftsrecht, insbesondere im Aktienrecht, ergibt sich diese Zunahme zwangsläufig. Es gilt u. a. neue Rechtsinstitute umzusetzen, so z. B. das Kapitalband (s. Art. 653s ff.). Dabei werden die Handelsregisterämter aber vom Eidg. Amt für das Handelsregister unterstützt. Nach dieser Übergangsphase wird sich entlastend auswirken, dass insbesondere die Vorschriften zur Gründung (s. Ziff. 1.3.1.3) und zur Kapitalherabsetzung flexibler ausgestaltet werden (s. z. B. Art. 653k). Zudem ermöglicht die Überarbeitung der Handelsregisterverordnung, weitere Aspekte zu verbessern, die in der Handelsregisterpraxis zu Schwierigkeiten geführt haben. Auch dies wird sich spätestens mittelfristig positiv auf die Arbeitsbelastung der Handelsregisterämter auswirken. Hinzu kommt, dass eine Modernisierung des Handelsregisters bereits eingeleitet wurde, die sich höchstwahrscheinlich ebenfalls positiv auf die Umsetzung der vorliegenden Revision auswirken wird.⁴⁵⁷

Die erleichterte Ausübung der Aktionärsrechte insbesondere bei börsenkotierten Gesellschaften kann zu einer gewissen Zunahme der Verfahren vor den kantonalen Zivil- und Handelsgerichten führen (s. Ziff. 3.1.2). Es ist jedoch nicht damit zu rechnen, dass es notwendig sein wird, nur aufgrund der neuen Bestimmungen die personellen Ressourcen der Gerichte zu erweitern.

Trotz zwei neuen Strafbestimmungen (s. Art. 154 VE StGB, Art. 76 VE BVG) ist auch nicht davon auszugehen, dass die Arbeitsbelastung der kantonalen Strafverfolgungsbehörden bzw. der Strafgerichte im Vergleich zur geltenden Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV)⁴⁵⁸ zunehmen wird.

Hinsichtlich der steuerlichen Auswirkungen wird sinngemäss auf die Ausführungen zu den finanziellen Auswirkungen des Bundes verwiesen (s. Ziff. 3.1.1).

⁴⁵⁵ Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV, SR 221.411).

⁴⁵⁶ S. <http://www.zefix.ch> (rechtliche Grundlagen).

⁴⁵⁷ S. <https://www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/handelsregister.html>

⁴⁵⁸ Verordnung vom 20. November 2013 gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV, SR 221.331).

3.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

3.3.1 Struktur des Kapitals

Die neuen Bestimmungen des vorliegenden Vorentwurfs betreffend Gründung, Liberierung, Änderungen und Verwendung des Aktienkapitals bezwecken namentlich, den Unternehmen eine grössere Flexibilität anzubieten und die Wettbewerbsfähigkeit auf dem Kapitalmarkt zu stärken. Die voraussehbaren Folgen der Revision für die Unternehmen und die anderen Wirtschaftsakteure sind die folgenden:

- Die Möglichkeit das Aktienkapital z. B. in US-Dollar oder in Euro festzulegen (s. Art. 621, Art. 733) beseitigt die Widersprüche zwischen dem neuen Rechnungslegungsrecht und dem Aktienrecht. Sie beseitigt Rechtsunsicherheiten und erleichtert die Rechnungslegung in einer ausländischen Währung.
- Die Aufhebung des Mindestnennwerts erlaubt den Unternehmen nach ihren Bedürfnissen die Aktien zu gliedern (Art. 622 Abs. 4, Art. 774 Abs. 1). Die Herabsetzung des Aktienkapitals durch Reduktion des Nennwerts wird damit erleichtert.
- Die Pflicht, zumindest den Nennwert jeder Aktie zu liberieren, garantiert die vollständige Liberierung des Aktienkapitals. Die Gesellschaft wie auch die Aktionärinnen und Aktionäre und die Gläubigerinnen und Gläubiger werden besser gegen das Ausfallrisiko des Einlegers geschützt. Die Gesellschaften, die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts gegründet wurden, müssen sich nicht an die neue Regelung anpassen (Art. 4 VE Ueb.Best.). Die Aufhebung der Möglichkeit zur teilweisen Liberierung erhöht den notwendigen Betrag zur Gründung einer Aktiengesellschaft; sie bedeutet aber kein Hindernis, um eine Kapitalgesellschaft zu gründen. Den Gründerinnen und Gründer, welche die notwendigen 100'000 Franken nicht aufbringen können, bleibt nämlich die Möglichkeit, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem Mindestkapital von nur 20'000 Franken zu gründen (Art. 773).
- Durch die Streichung der (beabsichtigten) Sachübernahme aus der Liste der Fälle der qualifizierten Gründung und Kapitalerhöhung (Art. 628 Abs. 2 und Art. 652e OR) sparen die Gesellschaften die Kosten, die mit dem Erstellen des Gründungs- oder Kapitalerhöhungsberichts und dem Erhalten der Prüfbestätigung verbunden sind. Die Geschäfte, gegen welche die geltenden Bestimmungen zur (beabsichtigten) Sachübernahme gerichtet sind, bleiben unzulässig, insbesondere aufgrund der Bestimmungen des Kapitalschutzes und der Rechnungslegung. Diese Geschäfte können den Anlass zu einer Verantwortlichkeits- und/oder Rückerstattungsklage bilden, gemäss den Regeln des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)⁴⁵⁹ umstritten sein oder zu einer Strafverfolgung führen. Die vorgeschlagene Gesetzesänderung sollte folglich die Anzahl der (beabsichtigten) Sachübernahmen zum Nachteil der Gesellschaft nicht erhöhen.
- Die Klarstellung der Zulässigkeit einer Liberierung durch Verrechnung einer Forderung im Falle einer Sanierung wird Sanierungen von Unternehmen erleichtern (Art. 634a Abs. 2). Zudem werden die Pflichten des Verwaltungs-

⁴⁵⁹ Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG, SR 281.1)

rats insbesondere im Falle den drohenden Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft ein schnelleres Einleiten der Sanierungsverfahren zur Folge haben (Art. 725 ff.).

- Die neuen Regeln zur Erhöhung und Herabsetzung des Aktienkapitals (Art. 650 ff.) bieten dem Verwaltungsrat eine grössere Flexibilität bei der Planung von Restrukturierungen an, stets unter Verbesserung des Schutzes der Interessen der Minderheitsaktionärinnen und -aktionäre sowie der Gläubigerinnen und Gläubiger.
- Das Kapitalband beschleunigt und erleichtert das Verfahren zur Anpassung des Aktienkapitals an die Bedürfnisse des Kapitalmarktes (Art. 653s ff.).
- Die Abschaffung der Begrenzung des Betrags des Partizipationskapitals auf die zweifache Höhe des Aktienkapitals bei einer Gesellschaft, deren Partizipationsscheine an der Börse kotiert sind (Art. 656b Abs. 1), gibt den betreffenden Gesellschaften eine grössere Freiheit bei der Festlegung der Kapitalstruktur.
- Die Anwendung der spezifischen Grenze von 20 Prozent für eigene Aktien im Falle des Erwerbs im Zusammenhang mit einer Auflösungsklage (Art. 659 Abs. 3, Art. 736 Abs. 1 Ziff. 4) erlaubt es der Gesellschaft die Alternative des Rückkaufs eigener Aktien vermehrt gegen die Auflösung anzuwenden und erleichtert den Austritt von Minderheitsaktionärinnen und -aktionären aus privaten Gesellschaften.
- Die Möglichkeit, den Aktionärinnen und Aktionären gesetzliche Kapitalreserven zurückzuzahlen, soweit die gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven die Hälfte des Aktienkapitals übersteigen (Art. 671 Abs. 2 Ziff. 4), bestätigt im Aktienrecht das Kapitaleinlageprinzip, das im Rahmen der Unternehmenssteuerreform II am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist.⁴⁶⁰ Die Verankerung dieses Prinzips beseitigt die Rechtsunsicherheit, die bei der Zulässigkeit der Rückerstattung von Kapitaleinlagen im Hinblick auf den Kapitalschutz besteht. Die Möglichkeit der Aktionärinnen und Aktionäre, ihre Kapitaleinlagen, die sie bei finanziellen Schwierigkeiten der Gesellschaften geleistet haben, später zurückzuerhalten, verbessert die Sanierungsaussichten. Die Gesellschaften, die eine Rückzahlung vollziehen wollen, müssen jedoch die damit verbundenen Kosten für die Prüfbestätigung eines zugelassenen Revisionsexperten tragen, der bestätigt, dass die Forderungen der Gläubigerinnen und Gläubiger gedeckt bleiben und kein Liquiditätsrisiko entsteht (Art. 671 Abs. 3).

3.3.2 Corporate Governance und Aktionärsrechte

Die Stärkung der Corporate Governance des Unternehmens durch die Festigung der rechtlichen Position der Aktionärinnen und Aktionäre ist eines der Hauptziele der vorliegenden Revision. Die Änderung der Bestimmungen zu den Aktionärsrechten (Art. 689 ff.) und zur Organisation der GV (Art. 699 ff.) bezwecken, das funktionel-

⁴⁶⁰ Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Unternehmenssteuerreformgesetz II, AS 2008 2893).

le Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Organen der Gesellschaft zu verbessern, indem die Kontrolle der Aktionärinnen und Aktionäre über den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung verstärkt wird. Die Ziele der Corporate Governance, d. h. die Berücksichtigung der Interessen der Aktionärinnen und Aktionäre, eine optimale Verwaltung der Werte der Gesellschaft und ein gewisser Schutz gegen fehlerhafte Entwicklungen,⁴⁶¹ können somit erreicht werden. Die Revision wird das langfristige Wachstum der Unternehmen unterstützen und eine Verbesserung ihrer finanziellen Leistung mit sich bringen.

Die Festigung der Mechanismen der Corporate Governance führt zu einer Verringerung der Risiken, dass die Organe gegen die Interessen der Gesellschaft handeln und diese wie auch ihre Aktionärinnen und Aktionäre, ihre Gläubigerinnen und Gläubiger und die Wirtschaft insgesamt schädigen. Es ist zu erwarten, dass die vorgeschlagenen Änderungen gewisse administrative Aufwände und zusätzliche Kosten für die betroffenen Gesellschaften mit sich bringen werden. Die zusätzlichen Kosten sind jedoch im Gleichgewicht mit den zahlreichen Verbesserungen der Revision. Zudem wird die Auswirkung auf die KMU aufgrund der differenzierten Regulierung begrenzt sein, da der Vorentwurf für die kleinen, nicht börsenkotierten Gesellschaften Erleichterungen vorsieht.

Zum heutigen Zeitpunkt ist es nicht einfach, die ökonomischen Vor- und Nachteile der vorgeschlagenen Gesetzesänderungen genau zu bestimmen. Es ist dennoch mit den folgenden Auswirkungen für die Unternehmen und die weiteren Akteurinnen und Akteure der Wirtschaft zu rechnen:

- Die Revision trägt zu einer besseren Corporate Governance bei, indem sie den Zugang der Aktionärinnen und Aktionäre zu Informationen erleichtert, die sie für ihre Entscheidungsfindung und die Ausübung ihrer Rechte benötigen (Informationsrechte, Art. 696 ff.). Die Möglichkeiten der Aktionärinnen und Aktionäre, der GV Vorschläge zu unterbreiten, werden ausgebaut (Traktandierungsrecht, Art. 699a; Vorschlag, eine Sonderuntersuchung einzusetzen, Art. 697c; Recht auf Zulassung einer Klage auf Kosten der Gesellschaft, Art. 697j f.).
- Die Reformen betreffend die Vertretung der Aktionärinnen und Aktionäre in der GV (Art. 689 ff.), die Durchführung der GV an mehreren Orten oder im Ausland (Art. 701a Abs. 2 und 701b), die Verwendung elektronischer Mittel (Art. 701 ff.) und die Möglichkeit der Ausschüttung einer höheren Dividende für Aktionärinnen und Aktionäre, die ihre Stimmrecht in der GV ausüben oder einer tieferen Dividende für den umgekehrten Fall (Art. 661 Abs. 2 und 3) werden zu einer aktiveren Mitwirkung der Aktionärinnen und Aktionäre bei der Bildung der Gesellschaftswillens führen, was im Interesse der Corporate Governance ist. Ausserdem ermöglicht die intensivere Verwendung elektronischer Mittel vor und während der GV vielen Gesellschaften ihre Kosten zu senken.
- Die neuen Informationsrechte für Aktionärinnen und Aktionäre nicht börsenkotierter Gesellschaften könnten einen Anstieg der administrativen Arbeit für solche Gesellschaften erzeugen (Art. 697 Abs. 2 bis 4). In Anbe-

⁴⁶¹ BÖCKLI PETER, HUGUENIN CLAIRE ET DESSEMONTET FRANÇOIS, Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004, S. 19 f.

tracht der Tatsache, dass die grosse Mehrheit der privaten Gesellschaften nur einige wenige Aktionärinnen und Aktionäre haben, wird die zusätzliche Belastung begrenzt sein, insbesondere bei Gesellschaften, bei denen alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter an der Geschäftsführung beteiligt sind und somit einen direkten Zugang zu den Informationen des Geschäftsverlaufs haben.

- Die Senkung der Hindernisse für die Ausübung der Verantwortlichkeits- und der Rückerstattungsklage (Art. 678 f., 697j f. und 758 Abs. 2) tragen dazu bei, dass die Effektivität der abgeleiteten Klage erhöht wird. Die neuen Bestimmungen werden eine stärkere abschreckende Wirkung auf die Organe haben und sollten das Risiko verringern, dass diese durch Pflichtverletzungen der Gesellschaft einen Schaden zuführen (s. Ziff. 1.3.6.5).
- Die Änderung der Bestimmung der Verantwortlichkeit der Revisionsstelle (Art. 759) folgt der Tendenz der europäischen Regelung.⁴⁶² Sie will das gute Funktionieren des Marktes der Revisionsunternehmen, welche die Jahresrechnungen der grossen Unternehmen revidieren, gewährleisten. Sie dient auch der Corporate Governance, indem sie das Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Organen der Gesellschaft hinsichtlich der Verantwortung verbessert und damit die besondere Position der Revisionsstelle wiederherstellt. Der neue Artikel 759 Absatz 2 verschiebt das Risiko der Zahlungsunfähigkeit der Mitverantwortlichen von der Revisionsstelle auf die Unternehmen, die Aktionärinnen und Aktionäre und die geschädigten Gläubigerinnen und Gläubiger. Diese können nicht mehr den Ersatz des gesamten Schadens von den Revisoren, die nur fahrlässig gehandelt haben, verlangen. Sie müssen gegen die anderen Verantwortlichen, schewergewichtig gegen die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsführung, vorgehen, um den Restbetrag des Schadenersatzes zu erhalten. Wenn diese Verantwortlichen zahlungsunfähig sind, erleiden die Geschädigten einen finanziellen Verlust. Dieses Szenario sollte jedoch die Ausnahme bilden, da grundsätzlich die Versicherungen der beklagten Organe oder geschädigten Unternehmen den Ersatz des Schadens übernehmen.
- Die Erweiterung der verschiedenen Aktionärsrechte könnte zu einem Anstieg der Anzahl Gerichtsverfahren im Bereich des Gesellschaftsrechts führen. Ein grosser Teil dieser Verfahren sind jedoch im Interesse der Unternehmen. Dies ist grundsätzlich bei den Verantwortlichkeits- (Art. 756) und den Rückerstattungsverfahren (Art. 678) der Fall, die den Ersatz des Schadens der Gesellschaft bezwecken. Im Übrigen sind die formellen und materiellen Voraussetzungen ausreichend restriktiv, um das Risiko zu begrenzen, dass die Gesellschaften Opfer schikanöser oder missbräuchlicher Klagen werden.
- Gewisse Gesellschaften werden innerhalb von zwei Jahren ihre Statuten und Reglemente an die neuen zwingenden Vorgaben anpassen müssen (Art. 2 Abs. 1 VE Ueb.Best.). Damit verbunden sind Kosten für die Rechtsberatung, für die öffentliche Beurkundung bei der Änderung der Statuten und für den Handelsregistereintrag.

⁴⁶² Empfehlung 2008/473/EG der Kommission vom 5. Juni 2008 zur Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften.

3.3.3 Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV

Die Überführung der seit dem 1. Januar 2014 geltenden Ausführungsbestimmungen zu Artikel 95 Absatz 3 BV, die in der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV)⁴⁶³ enthalten sind, hat keine eigenständigen Auswirkungen (s. Ziff. 1.3.4). Die Bestimmungen des Vorentwurfs, die aufgrund der nicht ausreichenden verfassungsmässigen Grundlage nicht in der VegüV enthalten sind, konkretisieren oder präzisieren insbesondere geltende Bestimmungen. Sie ermöglichen folglich gewichtige Unsicherheiten zu verringern, ohne neue grössere wirtschaftliche Folgen für die Unternehmen mit sich zu bringen.

3.3.4 Vertretung der Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung

Die neuen Bestimmungen zur Vertretung der Geschlechter (Art. 734e) sollen langfristig zu einer entsprechenden Parität in Verwaltungsräten und in der Geschäftsleitung führen.

Gemäss mehreren Studien könnte die Parität Männer-Frauen in den Verwaltungsräten und in der Geschäftsleitung dazu führen, dass diese ihre finanziellen Leistungen verbessern, indem ein produktiveres und innovativeres Arbeitsumfeld gebildet wird. Die KMU sind vom Richtwert nicht betroffen, da dieser nur für wirtschaftlich bedeutende, börsenkotierte Gesellschaften gilt. Die Frist von 15 Jahren, die den Gesellschaften für die Anpassung an die neue Bestimmung gewährt wird (Art. 5 VE Ueb.Best.), ist ausreichend, um ein Durcheinander in den Verwaltungsräten und in der Geschäftsleitung zu vermeiden, das seinem guten Funktionieren schaden könnte. Im Übrigen besteht eine grosse Anzahl hoch qualifizierter Frauen, die sich für einen Sitz in Verwaltungsräten und in der Geschäftsleitung eignen.

Die vorgeschlagene Reform ist auch im Interesse der Wirtschaft, da sie dazu führt, dass besser von den beruflichen Fähigkeiten der Frauen in hohen Positionen profitiert werden kann. Damit trägt sie dazu bei, dass die Probleme mit der zunehmenden Überalterung der Bevölkerung und mit dem damit verbundenen Mangel an Fachkräften gemildert werden können. Zudem ermuntert sie die Frauen, stärker in den Arbeitsmarkt einzutreten und dort zu bleiben; dies führt zu einer Erhöhung ihrer Beschäftigungsquote. Selbst wenn der Handlungsspielraum der betroffenen Gesellschaften bei der Zusammensetzung der Verwaltungsräte und der Geschäftsleitung eingeschränkt wird, sollte der neue Richtwert der Attraktivität des schweizerischen Wirtschaftsstandorts nicht schaden. Zahlreiche Länder kennen ein solches System oder sind auf dem Weg dorthin.

3.3.5 Aufhebung der Buchwertkonsolidierung

Der Vorentwurf erhöht die Schwellenwerte bei der Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung und sieht gleichzeitig vor, dass diese gemäss einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung zu erstellen ist (Art. 963a und Art. 963b Abs. 1).

⁴⁶³ SR 221.331

Diese Erhöhung der Schwellenwerte befreit eine gewisse Anzahl von Unternehmen von der Pflicht zur Konsolidierung, was ihnen erlaubt, ihre Kosten zu senken. Der Bericht des Bundesrats vom 13. Dezember 2013 über die Regulierungskosten erkennt ein Kostensenkungspotenzial im Falle der Aufhebung der Buchwertkonsolidierung in der Höhe von 23.5 Millionen Franken.⁴⁶⁴ Die börsenkotierten Gesellschaften und der Mehrheit der betroffenen Gesellschaften wenden bereits heute einen anerkannten Standard zur Rechnungslegung an. Für sie entstehen keine zusätzlichen Kosten. Die anderen Unternehmen, die eine Buchwertkonsolidierung machen, werden neu einen anerkannten Standard zur Rechnungslegung anwenden müssen. Die höheren Kosten für die Konsolidierung anhand eines anerkannten Standards zur Rechnungslegung anstelle einer Buchwertkonsolidierung werden durch den höheren Nutzen der Konzernrechnung für die betroffenen Gesellschaften wettgemacht.

3.4 **Zusammenhang des Indikators «Protecting Investors» der Weltbank zum Vorentwurf**

Seit 2003 veröffentlicht die Weltbank jährlich ihren Bericht «Doing Business», der die auf private Unternehmen anwendbare staatliche Regulierung misst. Dazu werden zehn Teilindikatoren zu verschiedenen Stufen im Lebenszyklus eines Unternehmens bewertet. Der *Index Doing Business*⁴⁶⁵ bewertet 189 Staaten; die Schweiz liegt auf dem 20. Platz.

Den grössten Rückstand hat die Schweiz beim Teilindex *Protecting Investors* (Rang 78), der anhand der Transaktion eines Kadermitglieds, die zur persönlichen Bereicherung führt, folgende Aspekte untersucht: 1) die Offenlegungs- und Genehmigungspflicht von Transaktionen mit nahestehenden Parteien, 2) die Haftung des Managements bei Insichgeschäften und 3) die Möglichkeit der Aktionärinnen und Aktionäre, gegen Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung Klage wegen missbräuchlichem Verhalten zu erheben. Mit dem Bericht 2015 wird neu auch die allgemeine Corporate Governance, so z. B. die Aktionärsrechte bei wichtigen Unternehmensentscheidungen, die Führungsstruktur und die Offenlegung nichtfinanzieller Informationen berücksichtigt. Die relativ schlechte Position der Schweiz ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass die Beurteilung der rechtlichen Situation der Schweiz durch die Autoren des Berichts auch anders vorgenommen werden kann. Z. B. wird in der Berechnung des Indexes nicht berücksichtigt, dass im Falle einer ungetreuen Geschäftsbesorgung die Geschäftsleitung anhand von Art. 158 des Strafgesetzbuches⁴⁶⁶ angeklagt werden könnte (s. auch Art. 24 VegüV⁴⁶⁷).

Nichtsdestotrotz können folgende Bestimmungen des Vorentwurfs die Position der Schweiz im Teilindex *Protecting Investors* verbessern bzw. diese zumindest erhalten, wenn es sich um Bestimmungen handelt, die bereits in der VegüV enthalten sind. Bei den Aktionärsrechten und der Rolle der GV u. a.:

⁴⁶⁴ Bericht über die Regulierungskosten, Schätzung der Kosten von Regulierungen sowie Identifizierung von Potenzialen für die Vereinfachung und Kostenreduktion, Bern Dezember 2013, S. 30.

⁴⁶⁵ S. <http://www.doingbusiness.org>.

⁴⁶⁶ SR 311.0

⁴⁶⁷ SR 221.331

- die Verschärfung der Rückerstattungsklage der Gesellschaft oder der Aktionärinnen und Aktionäre gegenüber dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung (s. Art. 678 f.);
- die Möglichkeit, zur erleichterten Erhebung von Rückerstattungs- und Verantwortlichkeitsklagen (s. Art. 697j f.);
- die Erweiterung von Beschlüssen, die einem qualifizierten Mehr bedürfen (s. Art. 704);
- der Grundsatz der jährlichen Einzelwahl der Mitglieder des Verwaltungsrats und von dessen Präsidentin oder dessen Präsidenten bei börsenkotierten Gesellschaften (s. Art. 710).

Bezüglich der Rolle des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung u. a.:

- die ausdrückliche Verpflichtung der Mitglieder des Verwaltungsrats zur vollständigen Information über Interessenskonflikte an die Vorsitzende oder den Vorsitzenden und falls erforderlich durch diese oder diesen an den gesamten Verwaltungsrat (s. Art. 717a Abs. 1–3);
- das Organisationsreglement des Verwaltungsrats muss ähnliche Regeln für die Behandlung von Interessenskonflikten von mit der Geschäftsführung betrauten Personen vorsehen (s. Art. 716b Abs. 2 Ziff. 4);
- die explizitere Verpflichtung des Verwaltungsrats, die notwendigen Massnahmen zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft zu ergreifen, und bei der diesbezüglichen Beschlussfassung die betroffene Person in den Ausstand treten zu lassen (s. Art. 717a Abs. 3);
- die Haftung eines Mitglieds des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung, das die Gesellschaft aufgrund eines fehlerhaften Umgangs mit einem Interessenskonflikt schädigt, obwohl es einen Interessenskonflikt hätte kennen müssen (Art. 717a i. V. m. Art. 754 OR);
- die Offenlegung sämtlicher Vergütungen, Darlehen und Kredite an die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung börsenkotierter Gesellschaften im von der Revisionsstelle geprüften Vergütungsbericht (s. Art. 734a–c, Art. 728a Abs. 1 Ziff. 4).

4 Verhältnis zur Legislaturplanung und zu nationalen Strategien des Bundesrates

Im Bundesbeschluss vom 15. Juni 2012 über die Legislaturplanung 2011–2015⁴⁶⁸ wird die Revision des Aktienrechts – im Gegensatz zur Legislaturplanung 2003–2007⁴⁶⁹ – nicht ausdrücklich erwähnt, dies v. a. aus zwei Gründen:

- Von Anfang 2008 bis zur Sommersession 2013 behandelte das Parlament verschiedene Vorlagen zur Revision des Aktienrechts (s. Ziff. 1.1);
- Volk und Stände haben die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» erst am 3. März 2013 angenommen (s. Ziff. 1.1.7).

⁴⁶⁸ BBl 2012 7155 ff.

⁴⁶⁹ BBl 2004 1149, 1163 und 1193.

Zum Zeitpunkt des Bundesbeschlusses über die Legislaturplanung 2011–2015 bestand folglich kein Anlass, spezifisch auf das Aktienrecht Bezug zu nehmen. Das Parlament wies den Entwurf 2007 erst in der Sommersession 2013 an den Bundesrat zurück (s. Ziff. 1.1.9).

Der Bundesrat hat hingegen in seinen Jahreszielen 2014 explizit festgehalten, dass er im zweiten Halbjahr 2014 die Vernehmlassung zur Revision des Obligationenrechts eröffnen wird (Aktienrecht inklusive Umsetzung der Volksinitiative «gegen die Abzockerei»). Neben der Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV soll die neue, einheitliche Vorlage weitere Aspekte der Corporate Governance umsetzen, die Kapitalvorschriften modernisieren sowie die Vorschriften zur GV präzisieren.⁴⁷⁰

Wichtige Aspekte des Vorentwurfs finden zumindest einen mittelbaren Aufhänger im Bundesbeschluss über die Legislaturplanung 2011–2015:

- Der administrative Aufwand für die Unternehmen soll gesenkt werden (Massnahme 5 zu Ziel 2): Dies versucht der Vorentwurf u. a. durch die Flexibilisierung der Kapitalvorschriften und der Straffung der Bestimmungen zur Gründung. Zudem sind Massnahmen im Rechnungslegungsrecht vorgesehen (Abschaffung der Buchwertkonsolidierung; Nennwertkapital in Fremdwährung). Die Umsetzung der zwingenden inhaltlichen Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 BV wird jedoch wie bereits die VegüV⁴⁷¹ bei börsenkotierten Gesellschaften teilweise zu einem zusätzlichen administrativen Aufwand führen, z. B. hinsichtlich der jährlichen Wahlen und Abstimmungen;
- Aktualisierung und Umsetzung der Strategie für eine Informationsgesellschaft in der Schweiz (Massnahme 24 zu Ziel 7): Der Vorentwurf setzt den gesetzlichen Rahmen für den Einsatz elektronischer Mittel bei der Ausübung der Aktionärsrechte. Zudem schreibt er börsenkotierten Gesellschaften vor, im Vorfeld einer GV ein elektronisches Forum für den Informations- und Meinungsaustausch zu implementieren;
- Beobachtung der Situation in den Schweizer Unternehmen mit Blick auf die Entwicklung des Frauenanteils in den Verwaltungsräten und in der Geschäftsleitung (Massnahme 113 zu Ziel 27): Der Vorentwurf sieht für den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung börsenkotierter Gesellschaften – unter Anwendung einer langen Übergangsfrist – einen Richtwert für die Vertretung beider Geschlechter im Umfang von mindestens 30 Prozent vor.

5 Rechtliche Aspekte

5.1 Verfassungsmässigkeit

Der Vorentwurf setzt Artikel 95 Absatz 3 BV⁴⁷² um, der zwingende inhaltliche Vorgaben zum Aktienrecht börsenkotierter Gesellschaften, zur Stimm- und Offenlegungspflicht der Pensionskassen und zum Strafrecht enthält.

⁴⁷⁰ Bundesratsbeschluss vom 30. Oktober 2013, Ziel 2.

⁴⁷¹ SR **221.331**

⁴⁷² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR **101**).

Darüber hinaus stützt sich der Vorentwurf auf verschiedene allgemeine Kompetenzbestimmungen der Bundesverfassung:

- Artikel 98 BV ermöglicht, Vorschriften über das Banken-, Börsen- und Versicherungswesen zu erlassen;
- Artikel 122 Absatz 1 BV bildet die Grundlage für die Änderungen des Obligationenrechts⁴⁷³, insbesondere des Aktien- und des Rechnungslegungsrechts (26. und 32. Titel des OR);
- Artikel 122 Absatz 1 BV ermöglicht die Änderung der Zivilprozessordnung⁴⁷⁴;
- Artikel 123 Absatz 1 BV ist die Basis für die Strafbestimmungen im Strafgesetzbuch⁴⁷⁵ bzw. im Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge⁴⁷⁶.

5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Der Vorentwurf berührt die internationalen Verpflichtungen der Schweiz nicht und wirkt sich nicht auf die geltenden Abkommen mit der Europäischen Union aus.

5.3 Erlassform

Das Aktienrecht, das Recht zur beruflichen Vorsorge und das Strafrecht sind bereits heute in Bundesgesetzen geregelt (Obligationenrecht⁴⁷⁷; Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge⁴⁷⁸; Strafgesetzbuch⁴⁷⁹). Es werden deshalb schwergezwichtigt diese Erlasse geändert.

Mit der Verordnung vom 20. November 2013 gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV)⁴⁸⁰ hat der Bundesrat die zwingenden Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 BV umgesetzt. Gestützt auf Artikel 197 Ziffer 10 BV⁴⁸¹ wird der Bundesrat diese Verordnung auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der formell-gesetzlichen Ausführungsbestimmungen aufheben (s. Ziffer 1.1.8.4).

⁴⁷³ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter: Titel: Obligationenrecht, OR, SR **220**).

⁴⁷⁴ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO, SR **272**).

⁴⁷⁵ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR **311.0**).

⁴⁷⁶ Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR **831.40**).

⁴⁷⁷ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter: Titel: Obligationenrecht, OR, SR **220**).

⁴⁷⁸ Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR **831.40**).

⁴⁷⁹ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR **311.0**).

⁴⁸⁰ SR **221.331**

⁴⁸¹ SR **101**

5.4

Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen

Der Bundesrat erhält keine neuen Rechtssetzungskompetenzen (s. aber Art. 964*h*).

Im Bereich des Aktienrechts, insbesondere bei den Bestimmungen zur Gründung und zum Kapital, wird jedoch – gestützt auf den 30. Titel des Obligationenrechts (s. u. a. Art. 929 OR)⁴⁸² – die Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007⁴⁸³ angepasst werden müssen.

Mit Inkrafttreten der formell-gesetzlichen Bestimmungen zur Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV wird Artikel 197 Ziffer 10 BV die verfassungsmässige Grundlage für die selbstständige Verordnung des Bundesrats vom 20. November 2013 gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV)⁴⁸⁴ hinfällig.

⁴⁸² S. auch Artikel 940 VE OR (Modernisierung des Handelsregisters) vom 19. Dezember 2012 (zu finden unter: <https://www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/handelsregister.html>).

⁴⁸³ Handelsregistervorordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV, SR 221.411).

⁴⁸⁴ SR 221.331

