



16.077

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)

vom 23. November 2016

Sehr geehrte Frau Nationalratspräsidentin
Sehr geehrter Herr Ständeratspräsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit dieser Botschaft unterbreiten wir Ihnen, mit dem Antrag auf Zustimmung, den Entwurf einer Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht).

Gleichzeitig beantragen wir Ihnen, die folgenden parlamentarischen Vorstösse abzuschreiben:

- | | | | |
|------|---|---------|--|
| 2000 | P | 00.3423 | Nennwertlose Aktie
(S 13.12.2000, Kommission für Wirtschaft und Abgaben SR) |
| 2000 | P | 00.3598 | Einführung der nennwertlosen Aktie
(N 30.11.2000, Kommission für Wirtschaft und Abgaben NR) |
| 2001 | M | 01.3153 | Transparenz der Kaderlöhne und Verwaltungsratsentschädigungen
(S 05.06.2002, als Postulat überwiesen, Leutenegger Oberholzer) |
| 2001 | M | 01.3261 | Mehr Schutz für Minderheitsaktionäre
(S 05.06.2002, Teile davon als Postulat überwiesen, Leutenegger Oberholzer) |
| 2001 | M | 01.3329 | Corporate governance in der Aktiengesellschaft
(S 05.06.2002, als Postulat überwiesen, Walker) |
| 2002 | P | 02.3045 | Rechtliche Analyse als Folge des Swissair-Debakels
(S 05.06.2002, Wicki) |
| 2002 | P | 02.3086 | Corporate Governance. Anlegerschutz
(N 21.06.2002, Walker) |

- 2012 M 12.3403 Sanierungsverfahren vor Nachlassstundung und Konkurs-
eröffnung (N 03.12.2012, Kommission für Rechtsfragen
SR)
- 2012 M 12.3654 Sanierungsverfahren vor Nachlassstundung und Konkurs-
eröffnung
(N 03.12.2012, Kommission für Rechtsfragen NR)

Wir versichern Sie, sehr geehrte Frau Nationalratspräsidentin, sehr geehrter Herr
Ständeratspräsident, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hoch-
achtung.

23. November 2016

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident: Johann N. Schneider-Ammann

Der Bundeskanzler: Walter Thurnherr

Übersicht

Der Entwurf des Bundesrats verfolgt das Ziel, die per 1. Januar 2014 in Kraft gesetzte Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften in die Bundesgesetze zu überführen sowie das Aktienrecht zu modernisieren und den wirtschaftlichen Bedürfnissen der nächsten Jahre anzupassen. Die Gründungs- und Kapitalbestimmungen sollen flexibler ausgestaltet und das Aktienrecht auf das neue Rechnungslegungsrecht abgestimmt werden. Weiter schlägt der Entwurf Geschlechterrichtwerte für grosse börsenkotierte Unternehmen und Bestimmungen für die Regelung der Transparenz bei wirtschaftlich bedeutenden, in der Rohstoffförderung tätigen Unternehmen vor.

Ausgangslage

Am 21. Dezember 2007 hatte der Bundesrat den Entwurf zur Revision des Aktienrechts und des Rechnungslegungsrechts verabschiedet (E 2007). 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 und es folgte ein mehrjähriger politischer Hindernislauf. Aufgrund der von Volk und Ständen am 3. März 2013 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 den E 2007 an den Bundesrat zurück mit dem Auftrag, die Arbeiten mit der Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV zu koordinieren. Am 28. November 2014 hat der Bundesrat die Vernehmlassung zum Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) eröffnet. Die Stellungnahmen aus der Vernehmlassung waren zum Teil kontrovers. Um eine gewisse Rechtssicherheit zu schaffen, hat der Bundesrat bereits am 4. Dezember 2015 inhaltliche Eckwerte für den zukünftigen Entwurf festgelegt.

Inhalt der Vorlage

Der Entwurf des Bundesrats nimmt die abgebrochene Revision des Aktienrechts wieder auf. Da der Ständerat im Jahr 2009 den E 2007 vollständig beraten hat und dabei vieles unbestritten blieb, bildet dieser Grundlage der vorliegenden Aktien-

rechtsrevision. 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 E 2007 zu verfeinern, einen ausgewogenen Minderheitenschutz zu erreichen und grösstmögliche Flexibilität für die Gesellschaften zu schaffen.

Punktuellen Revisionen und Abspaltungen von einzelnen Sachbereichen seit der bundesrätlichen Verabschiedung des E 2007 führten zu neuen Schnittstellen und neuem Abstimmungsbedarf. Insbesondere die Abspaltung des Rechnungslegungsrechts, das vom Parlament ab dem Sommer 2009 getrennt behandelt wurde und am 1. Januar 2013 in Kraft getreten ist, führte zu gewissen Unstimmigkeiten, die mit dem vorliegenden Entwurf behoben werden. Die Bestimmungen zu den Reserven und den eigenen Aktien werden harmonisiert und das Aktienkapital muss neu nicht mehr zwingend auf Franken lauten. Die Rechtssicherheit wird damit gestärkt.

Der Entwurf überführt die Bestimmungen der VegüV in die Bundesgesetze (Obligationenrecht, Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, Strafgesetzbuch) und setzt damit den Verfassungsauftrag von Artikel 95 Absatz 3 BV um. Im Unterschied zum Vorentwurf werden die Bestimmungen der VegüV weitgehend unverändert ins Gesetz überführt. Dies schafft Rechtssicherheit und stärkt den Wirtschaftsstandort Schweiz.

Mit Richtwerten für die Vertretung beider Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung grosser, börsenkotierter Gesellschaften wird ein zweiter Verfassungsauftrag zumindest ein Stück weiter umgesetzt (Art. 8 Abs. 3 BV). Die Gleichstellung von Mann und Frau, u. a. im Berufsleben, ist seit 1981 in der Bundesverfassung verankert.

Über diese Bereiche hinaus gibt es weitere Themen, die der Entwurf aufgrund parlamentarischer Vorstösse sowie politischer und öffentlicher Diskussionen in den letzten Jahren aufnimmt. Revidierte Bestimmungen zur Sanierung sollen Anreize dafür schaffen, dass Unternehmen frühzeitig, wenn möglich schon vor der Eröffnung eines formellen Nachlassverfahrens, die notwendigen Sanierungsmassnahmen treffen. Dabei wird der Liquidität eine grössere Bedeutung zugemessen und das Aktienrecht besser auf das Nachlassverfahren abgestimmt. Sofern einfache Verhältnisse vorliegen, sollen Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften ohne Urkundsperson gegründet, aufgelöst und im Handelsregister gelöscht werden können. Weiter werden mit dem Entwurf aktienrechtliche Streitigkeiten als schiedsfähig erklärt.

Der Entwurf trägt schliesslich der internationalen Rechtsentwicklung Rechnung und 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	401
1 Grundzüge der Vorlage	409
1.1 Ausgangslage der Aktienrechtsrevision	409
1.1.1 Entwurf vom 21. Dezember 2007	409
1.1.2 Einreichung der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und Entwurf vom 5. Dezember 2008	410
1.1.3 Abgeschlossene Beratung im Erstrat	411
1.1.4 Sistierung der Beratung im Zweitrat und erster direkter Gegenentwurf	411
1.1.5 Befreiungsschlag mittels parlamentarischer Initiative der ständerätlichen Rechtskommission	411
1.1.6 Neuer indirekter Gegenvorschlag 2010	412
1.1.6.1 Ausarbeitung und Berücksichtigung einer weiteren parlamentarischen Initiative	412
1.1.6.2 Vorlage 1 von 10.443 als neuer indirekter Gegenvorschlag	413
1.1.6.3 Vorlage 2 von 10.443 und zweiter direkter Gegenentwurf	414
1.1.7 Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei»	414
1.1.8 Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV	415
1.1.8.1 Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV)	415
1.1.8.2 Keine direkte Anwendbarkeit von Artikel 95 Absatz 3 BV und Vorrang der VegüV	416
1.1.8.3 Überblick über die Bestimmungen der VegüV	416
1.1.8.4 Zeitliche Geltung der VegüV	418
1.1.9 Rückweisung des Entwurfs vom 21. Dezember 2007 und parlamentarischer Auftrag	419
1.2 Vorentwurf vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)	419
1.2.1 Eröffnung der Vernehmlassung	419
1.2.2 Hauptergebnisse der Vernehmlassung	419
1.2.3 Hauptergebnisse der Regulierungsfolgenabschätzung	420
1.2.4 Bundesratsbeschluss vom 4. Dezember 2015 zu den Ergebnissen der Vernehmlassung	422
1.2.5 Marschhalt oder zwei Vorlagen?	422
1.2.5.1 Kein Marschhalt	422
1.2.5.2 Einheitliche Vorlage in zweifacher Hinsicht	422
1.3 Verzicht auf Bestimmungen des Vorentwurfs	424
1.3.1 Eckwerte des Bundesrates vom 4. Dezember 2015	424
1.3.2 Verzicht auf die Abschaffung der Möglichkeit zur Teilliberierung	424

1.3.3	Verzicht auf die Bonus-/Malusdividende	424
1.3.4	Verzicht auf die Prüfpflicht für die Rückzahlung gesetzlicher Reserven	425
1.3.5	Verzicht auf die Abschaffung der Buchwertkonsolidierung	425
1.3.6	Verzicht auf mehrere über die VegüV hinausgehende Bestimmungen	426
1.3.7	Verzicht auf die Ausdehnung der Organverantwortlichkeit auf die unabhängige Stimmrechtsvertretung	427
1.3.8	Verzicht auf das elektronische Aktionärsforum	427
1.3.9	Verzicht auf die Klage auf Kosten der Gesellschaft	428
1.4	Die beantragte Neuregelung	428
1.4.1	Kapital und Reserven	428
1.4.1.1	Aktienkapital in ausländischer Währung	428
1.4.1.2	Nennwert	431
1.4.1.3	(Beabsichtigte) Sachübernahme	432
1.4.1.4	Kapitalherabsetzung und Kapitalband	435
1.4.1.5	Reserven	436
1.4.2	Abschaffung der öffentlichen Beurkundung bei einfach strukturierten Unternehmen	436
1.4.3	Private-Equity-Unternehmen	437
1.4.3.1	«Heuschrecken»-Debatte in Deutschland	437
1.4.3.2	Erkenntnisse für die Schweiz	439
1.4.4	Dispoaktien	440
1.4.4.1	Begriff der Dispoaktien	440
1.4.4.2	Mögliche Probleme bei Dispoaktien	441
1.4.4.3	Keine Regelung im Entwurf vom 21. Dezember 2007	442
1.4.4.4	Grundzüge des ständerätlichen <i>Nominee</i> -Modells	442
1.4.4.5	Vor- und Nachteile des <i>Nominee</i> -Modells	443
1.4.4.6	Bonus-/Malusdividende gemäss Vorentwurf und Erkenntnisse aus der Vernehmlassung	444
1.4.4.7	Verzicht auf eine gesetzliche Regelung	446
1.4.5	Verwendung elektronischer Mittel	447
1.4.6	Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV	447
1.4.6.1	Aktienrechtliche Bestimmungen	447
1.4.6.2	Bestimmungen zu den Vorsorgeeinrichtungen	449
1.4.6.3	Strafbestimmungen	449
1.4.7	Richtwerte für die Vertretung beider Geschlechter im VR und in der Geschäftsleitung	452
1.4.8	Corporate Governance	455
1.4.8.1	Checks and balances	455
1.4.8.2	Auskunfts- und Einsichtsrecht als Beispiel	455
1.4.8.3	Verzicht auf den Genehmigungsvorbehalt für Beschlüsse des VR	456

1.4.8.4	Teilweise Senkung von Schwellenwerten	456
1.4.8.5	Rückerstattungsklage	459
1.4.8.6	Beibehaltung der Stimmrechtsaktien	460
1.4.9	Sanierung im Obligationenrecht	462
1.4.9.1	Hintergrund und Kernelemente der Revision	462
1.4.9.2	Darlehen in der Sanierung	464
1.4.9.3	Eingliederung des Konkursaufschubs in ein revidiertes SchKG-Nachlassrecht	465
1.4.10	Berichterstattung von Rohstoffunternehmen über Zahlungen an staatliche Stellen	466
1.4.10.1	Ausgangslage	466
1.4.10.2	Überblick über die Regelung	467
1.4.10.3	Ziele der Regelung	468
1.4.11	Bestimmungen zu anderen Rechtseinheiten	468
1.5	Verhältnis zum europäischen Recht	469
1.5.1	Keine unmittelbaren Verpflichtungen	469
1.5.2	Richtlinie 2007/36/EG über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften	470
1.5.3	Vorschlag der EU-Kommission zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG	471
1.5.4	Zweite Gesellschaftsrechtsrichtlinie 2012/30/EU («Kapitalrichtlinie»)	473
1.5.5	Empfehlungen der EU Kommission zur Vergütungspolitik bei börsenkotierten Gesellschaften	475
1.5.6	Richtlinie 2013/34/EU («Rechnungslegungsrichtlinie») und Richtlinie 2013/50/EU (Änderungen der «Transparenzrichtlinie»)	475
1.6	Umsetzung	477
1.7	Erledigung parlamentarischer Vorstösse	478
1.7.1	Zu erledigende parlamentarische Vorstösse	478
1.7.2	Vom Parlament noch nicht beratene Vorstösse	479
2	Erläuterungen zu einzelnen Artikeln	479
2.1	Aktiengesellschaft	479
2.1.1	Ausgestaltung der Aktiengesellschaft	479
2.1.2	Liberierung und Sachübernahme	487
2.1.3	Besondere Vorteile	494
2.1.4	Eintragung ins Handelsregister	495
2.1.5	Ordentliche Kapitalerhöhung	496
2.1.6	Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital	501
2.1.7	Ordentliche Kapitalherabsetzung	505
2.1.8	Sonderformen der Kapitalherabsetzung	510
2.1.9	Kapitalband	513
2.1.10	Partizipationsscheine	517
2.1.11	Erwerb eigener Aktien	519

2.1.12	Aufhebung der aktienrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften	521
2.1.13	Reserven	522
2.1.14	Zwischendividenden	526
2.1.15	Verbot von Rückzahlungen	527
2.1.16	Rückerstattung von Leistungen	528
2.1.17	Vinkulierung börsenkotierter Namenaktien	532
2.1.18	Vertretung in der GV	533
2.1.19	Stimmrecht, Stimmrechtsaktien	538
2.1.20	Bekanntgabe des Geschäftsberichts	539
2.1.21	Auskunfts- und Einsichtsrecht	539
2.1.22	Sonderuntersuchung	543
2.1.23	Statutarische Schiedsklausel	545
2.1.24	Unübertragbare Befugnisse der GV	548
2.1.25	Einberufung der GV und Traktandierung	549
2.1.26	Tagungsort der GV	556
2.1.27	Verwendung elektronischer Mittel	557
2.1.28	Durchführung der GV	561
2.1.29	Zusammensetzung und Organisation des VR	566
2.1.30	Haftung für Organe	573
2.1.31	Drohende Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung	573
2.1.32	Aufgaben und Organisation der Revisionsstelle	581
2.1.33	Vergütungen bei börsenkotierten Gesellschaften	584
2.1.34	Auflösung der Gesellschaft	599
2.1.35	Organverantwortlichkeit	600
2.1.36	Beteiligung von Körperschaften des öffentlichen Rechts	605
2.2	Änderung weiterer Bestimmungen des Obligationenrechts	605
2.2.1	Kommanditaktiengesellschaft	605
2.2.2	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	606
2.2.3	Genossenschaft	611
2.2.4	Handelsregister	615
2.2.5	Rechnungslegung	616
2.2.6	Transparenz bei Rohstoffunternehmen	620
2.2.7	Wertpapiere	626
2.2.8	Übergangsbestimmungen	626
2.3	Änderungen anderer Erlasse	628
2.3.1	Zivilgesetzbuch	628
	2.3.1.1 Vereinsrecht	628
	2.3.1.2 Stiftungsrecht	628
2.3.2	Fusionsgesetz vom 3. Oktober 2003	630
2.3.3	Zivilprozessordnung	631
2.3.4	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs	632
2.3.5	Strafgesetzbuch	636

2.3.6	Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer	646
2.3.7	Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden	650
2.3.8	Verrechnungssteuergesetz vom 13. Oktober 1965	650
2.3.9	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge	651
2.3.10	Kollektivanlagengesetz vom 23. Juni 2006	655
2.3.11	Bankengesetz vom 8. November 1934	655
2.3.12	Versicherungsaufsichtsgesetz vom 17. Dezember 2004	656
3	Auswirkungen	656
3.1	Auswirkungen auf den Bund	656
3.1.1	Finanzielle Auswirkungen	656
3.1.2	Personelle Auswirkungen	656
3.2	Auswirkungen auf die Kantone	657
3.3	Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	657
3.3.1	Struktur des Kapitals	657
3.3.2	Corporate Governance und Aktionärsrechte	659
3.3.3	Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV	661
3.3.4	Vertretung der Geschlechter im VR und in der Geschäftsleitung	662
3.4	Auswirkungen auf die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann	662
3.5	Zusammenhang mit dem Indikator « <i>Protecting Investors</i> » der Weltbank	663
3.6	Überblick über die administrative Entlastung, die Stärkung des Minderheiten-, Investoren- und Gläubigerschutzes und die Schaffung von Rechtssicherheit	664
3.6.1	Vorbemerkungen	664
3.6.2	Administrative Entlastung und zusätzliche Flexibilität für die Unternehmen	665
3.6.3	Minderheiten-, Investoren- und Gläubigerschutz	669
3.6.4	Schaffung von Rechtssicherheit	671
4	Verhältnis zur Legislaturplanung und zu den Zielen des Bundesrates 2016	673
5	Rechtliche Aspekte	674
5.1	Verfassungsmässigkeit	674
5.2	Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	674
5.3	Erlassform	674
5.4	Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen	674
5.5	Unterstellung unter die Ausgabenbremse	675

6	Materialien-, Abkürzungs- und Gesetzesverzeichnisse	675
6.1	Materialienverzeichnis	675
6.2	Abkürzungs- und Gesetzesverzeichnis	679
	Obligationenrecht (Aktienrecht) (Entwurf)	683

Botschaft

1 Grundzüge der Vorlage

1.1 Ausgangslage der Aktienrechtsrevision

1.1.1 Entwurf vom 21. Dezember 2007

Mit dem Entwurf vom 21. Dezember 2007¹ (E 2007) 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 Generalversammlung (GV) regeln und das veraltete und lückenhafte 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 des Geschäfts 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 Verordnung vom 21. November 2012 über die anerkannten Standards zur Rechnungslegung (VASR) auf den 1. Januar 2013 in Kraft setzen.⁴

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 des Obligationenrechts (OR) zu, welche die eingeschränkte von der ordentlichen Revision abgrenzen. Damit wurden die erst seit dem 1. Januar 2008 geltenden 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 Geschäfts 08.011.⁵ Diese Erhöhung der Schwellenwerte wurde von beiden Räten nach einigem Hin und Her deutlich gutgeheissen und vom Bundesrat auf den 1. Januar 2012 in Kraft gesetzt.⁶

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), BBI 2008 1589 ff. S. Katharina Rüdinger, Was bringt der Entwurf zum neuen Aktienrecht?, ST 1-2/2008, 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 Medienmitteilung des EJPD vom 22. November 2012. S.

⁵ AB 2010 N 1373.

⁶ Medienmitteilung des EJPD vom 31. August 2011. S. Florian Zihler, Erhöhung der Schwellenwerte von Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR, ST 9/2011, S. 670 ff.

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

Zwei Monate nach Verabschiedung des E 2007 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 BV zur privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit um einen dritten Absatz ergänzt werden.

Mit dem Entwurf vom 5. Dezember 2008⁷ (E 2008) 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 den E 2007 mit spezifischen Bestimmungen zu den Vergütungen an das oberste Kader. So sollten die Sorgfaltspflichten des Verwaltungsrats (VR) 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.⁸

Im Laufe des Jahres 2008 verhinderte der Bundesrat zusammen mit der Schweizerischen Nationalbank den Niedergang der Grossbank UBS.⁹ 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. Unter anderem diese Vorgänge sollten die parlamentarische Beratung der Aktienrechtsrevision bis Ende 2012 prägen.

⁷ Botschaft vom 5. Dezember 2008 zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBI **2009** 299 ff.

⁸ Medienmitteilung des EJPD vom 5. Dezember 2008. S. Oliver Blanc/Florian Zihler, Die neuen aktienrechtlichen Vergütungsregeln gemäss dem Entwurf vom 5. Dezember 2008, GesKR 1/2009, S. 66 ff.

⁹ Botschaft vom 5. November 2008 zu einem Massnahmenpaket zur Stärkung des schweizerischen Finanzsystems, BBI **2008** 8943 ff.

1.1.3 Abgeschlossene Beratung im Erstrat

Dem erwähnten öffentlichen Druck konnte sich der Ständerat als Erstrat grösstenteils noch entziehen. Ihm gelang es in der Sommersession 2009, die Beratung der E 2007 und 2008 abzuschliessen.¹⁰

1.1.4 Sistierung der Beratung im Zweirat und erster direkter Gegenentwurf

Der nationalrätlichen Rechtskommission lagen als vorberatender Kommission des Zweitrats 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.¹¹ Das EJPD arbeitete bis im Januar 2010 eine entsprechende Gesetzesfahne für die nationalrätliche Rechtskommission aus. Diese im Internet nicht frei zugängliche Gesetzesfahne wurde Anfang 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.¹²

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 E 2007 und 2008 nicht als indirekte Gegenvorschläge reaktivieren, da sich diese aufgrund der vorgezogenen Beratung des soeben erwähnten direkten Gegenentwurfs noch immer bei der nationalrätlichen Schwesterkommission befanden.

Im Frühling 2010 befand sich die Aktienrechtsrevision damit endgültig in einer Sackgasse. Der verfahrensmässige Befreiungsschlag gelang der Rechtskommission des Ständerats jedoch mit der parlamentarischen Initiative vom 20. Mai 2010¹³, der sich die nationalrätliche Rechtskommission später anschloss.¹⁴ Nur diejenigen Bestimmungen des OR, des BVG, des AHVG und des StGB, 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

¹⁰ AB 2009 S 601 ff. (9.–11. Juni 2009).

¹¹ Medienmitteilung der RK-N vom 30. Oktober 2009.

¹² 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.

¹³ Parlamentarische Initiative der RK-S vom 20. Mai 2010, Indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» (10.443).

¹⁴ Medienmitteilung der RK-N vom 2. Juni 2010.

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 E 2007 und faktisch der aktienrechtlichen Bestimmungen des E 2008.¹⁵ 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 mit Unterstützung des Bundesamts für Justiz den neuen indirekten Gegenvorschlag.¹⁶

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 Initiative¹⁷ und in Übereinstimmung mit einer im Ständerat kurz zuvor eingereichten Motion¹⁸ –, 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.¹⁹ Die Umsetzung dieser parlamentarischen Initiative bzw. der Motion sollte im Rahmen der Erarbeitung des neuen indirekten Gegenvorschlags durch die ständerätliche Rechtskommission erfolgen.²⁰

¹⁵ Medienmitteilung der RK-N vom 3. September 2010.

¹⁶ Medienmitteilung der RK-S vom 17. August 2010.

¹⁷ Parlamentarische Initiative der WAK-S vom 21. Juni 2010, Aktien- und steuerrechtliche Behandlung sehr hoher Vergütungen (10.460).

¹⁸ Motion Graber vom 10. Juni 2010, Bezüge von über drei Millionen Franken dem Beschluss der Generalversammlung unterstellen (10.3402).

¹⁹ Medienmitteilung der WAK-N vom 29. Juni 2010.

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

Das Ergebnis der beiden parlamentarischen Initiativen waren der Bericht vom 25. Oktober 2010²¹, der sich relativ stark an den E 2008 anlehnte, und der Zusatzbericht vom 22. November 2010²² der ständerätlichen Rechtskommission sowie je eine Stellungnahme des Bundesrats vom 17. November 2010²³ bzw. vom 3. Dezember 2010²⁴.

1.1.6.2 **Vorlage 1 von 10.443 als neuer indirekter Gegenvorschlag**

Der Entwurf gemäss Bericht vom 25. Oktober 2010 – 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 entgegengestellt wurde. In der Schlussabstimmung vom 16. März 2012 stimmten sowohl der Ständerat²⁵ als auch der Nationalrat²⁶ dem indirekten Gegenvorschlag²⁷ deutlich zu. Dieser sah insbesondere Folgendes vor:

Bei börsenkotierten Unternehmen erlässt der VR in einem Vergütungsreglement die Grundsätze zu den Vergütungen für die Mitglieder des VR, der Geschäftsleitung und des Beirats. Das Vergütungsreglement muss den Aktionärinnen und Aktionären zur Genehmigung unterbreitet werden. Die Vergütungen an den VR, 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. Abgangsschädigungen und Vergütungen, die im Voraus an Mitglieder des VR, 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 VR beträgt ein Jahr; sie kann – im Gegensatz zur Volksinitiative – in den Statuten bis auf drei Jahre verlängert werden. Auf die Einführung einer neuen Strafbestim-

²¹ Parlamentarische Initiative, Indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei», Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 25. Oktober 2010, BBI **2010** 8253 ff.

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

²³ Stellungnahme des Bundesrates vom 17. November 2010 zum Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 25. Oktober 2010, BBI **2010** 8323 ff.

²⁴ Stellungnahme des Bundesrates vom 3. Dezember 2010 zum Zusatzbericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 22. November 2010, BBI **2011** 243 ff.

²⁵ AB **2012** S 269 f.

²⁶ AB **2012** N 553 f.

²⁷ Vorlage der Redaktionskommission für die Schlussabstimmung vom 16. März 2012, zu finden im Internet unter: (www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgeseite/2010/20100443/Schlussabstimmungstext%201%20NS%20D.pdf). Der neue indirekte Gegenvorschlag wurde an keinem weiteren Ort publiziert.

mung 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 explizite Bestimmungen zur Sorgfaltspflicht des VR und der Geschäftsleitung im Bereich der Vergütungen vor. Zudem wurde im indirekten Gegenvorschlag die Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Vergütungen erleichtert.

1.1.6.3 **Vorlage 2 von 10.443 und zweiter direkter Gegentwurf**

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 ständerätlichen 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).²⁸ Diese Vorlage 2 von 10.443 scheiterte jedoch, da der Nationalrat zweimal beschloss, nicht auf die Vorlage einzutreten.²⁹

In der Rechtskommission des Nationalrats wurden die steuerrechtlichen Bestimmungen zu den sehr hohen Vergütungen später in Form eines neuen *direkten* Gegentwurfs nochmals aufgegriffen.³⁰ Jener Anteil der Vergütung an ein Mitglied des VR, der Geschäftsleitung, des Beirats oder an einen Arbeitnehmer, der pro Empfänger oder ihm 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 Gegentwurf im Nationalrat in der Schlussabstimmung vom 15. Juni 2012.³¹ Dies hatte zur Folge, dass das Parlament nach mehrjähriger Detailberatung keine Stimmempfehlung zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» beschliessen konnte.³²

1.1.7 **Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei»**

In der Volksabstimmung vom 3. März 2013 stimmten 68 Prozent der Stimmenden und alle Kantone für die Volksinitiative «gegen die Abzockerei».³³

²⁸ In der Gesetzesfahne Entwurf 2 Herbstsession 2011 Beschluss Ständerat (www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgeseite/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).

²⁹ AB 2011 N 1949.

³⁰ Medienmitteilung der RK-N vom 2. Februar 2012.

³¹ AB 2012 N 1234 ff.

³² AB 2012 S 637.

³³ S. www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis348.html.

Durch die Annahme der Volksinitiative wurde Artikel 95 BV 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:

- 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 enthält, bekam die folgende Ziffer 10 (im Initiativtext noch Ziffer 8):

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)

Am 14. Juni 2013 eröffnete das EJPD die schriftliche Anhörung zum Vorentwurf (damals: Verordnung gegen die Abzockerei, VgdA) und zum erläuternden Bericht.³⁴ Bis zum 28. Juli 2013 wurden 71, zum Teil sehr umfangreiche Stellungnahmen eingereicht. Trotz vieler Änderungsvorschläge wurde der Vorentwurf insgesamt positiv aufgenommen, da er ein gutes Gleichgewicht zwischen den zwingenden

³⁴ 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 («Minder-Initiative in Einzelschritten umsetzen»).

Vorgaben der Verfassung und einer praxistauglichen Umsetzung darstellte.³⁵ Am 26. August bzw. 5./6. September 2013 wurden die beiden Rechtskommissionen angehört. Auch sie beurteilten den Vorentwurf wohlwollend.

Gestützt auf die Ergebnisse der Anhörungen überarbeitete das EJPD die Vorlage und verfasste den Zusatzbericht vom 8. Oktober 2013. Am 20. November 2013 beschloss der Bundesrat, die Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) auf den 1. Januar 2014 in Kraft zu setzen.³⁶

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, welche «vom Gesetz zu regeln sind». Der Verfassungstext enthält wichtige Aspekte, die in einem Grad auslegungsbedürftig sind, dass nur das Parlament – bzw. in der Übergangsphase der Bundesrat (Art. 197 Ziff. 10 BV) – 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 OR teilweise änderte, 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.³⁷

1.1.8.3 Überblick über die Bestimmungen der VegüV

In den Anwendungsbereich der VegüV fallen alle Aktiengesellschaften gemäss den Artikeln 620–762 OR, deren Aktien an einer in- oder ausländischen Börse³⁸ 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 der Tätigkeit der Aktien-

³⁵ Zusammenfassung der Stellungnahmen zum Vorentwurf der Verordnung gegen die Abzockerei des EJPD vom 4. September 2013.

³⁶ Medienmitteilung des EJPD 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 1-2/2014, S. 46 ff.; NZZ vom 10. Dezember 2013, S. 29 («Aufgeblasene Mängelliste zu den neuen «Minder»-Regeln»).

³⁷ Bericht VgdA, S. 6 f.

³⁸ Bericht VgdA, S. 9.

gesellschaft im Ausland³⁹ oder die ausländische Vergangenheit der Gesellschaft vor der Sitzverlegung in die Schweiz⁴⁰.

Die GV wählt jährlich und einzeln die Mitglieder des VR, dessen Präsidenten, die Mitglieder des Vergütungsausschusses und die unabhängige Stimmrechtsvertretung (Art. 2 ff. VegüV). Jede Aktiengesellschaft 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 VR, 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 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).⁴¹ 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.⁴²

Der VR 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).⁴³

Der VR darf die Geschäftsführung nicht ganz oder zum Teil an juristische Personen übertragen. Die Vermögensverwaltung kann er jedoch an juristische Personen delegieren (Art. 6 VegüV).⁴⁴

Das Depot- und das Organstimmrecht sind abgeschafft (Art. 11 VegüV). Die einzige zulässige Art der institutionellen Stimmrechtsvertretung ist die unabhängige Stimmrechtsvertretung, die von der GV jährlich gewählt wird (Art. 8 ff. VegüV). Die Gesellschaft stellt sicher, dass die Aktionärinnen und Aktionäre der unabhängigen Stimmrechtsvertretung auch elektronisch Vollmachten und Weisungen erteilen können (*indirect voting*).⁴⁵ Dauervollmachten oder -weisungen sind unzulässig.⁴⁶

³⁹ Sonst wären vermutlich sämtliche grossen Gesellschaften aus dem Geltungsbereich der VegüV gefallen. Dies wäre mit dem Wortlaut bzw. Sinn und Zweck von Artikel 95 Absatz 3 BV nicht zu vereinbaren gewesen.

⁴⁰ S. NZZ vom 19. September 2013 («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; erneut vorgebracht zum VE OR: Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 22.

⁴¹ Bericht VegüV, S. 10 f.

⁴² Bericht VegüV, S. 11.

⁴³ Bericht VgdA, S. 19; Bericht VegüV, S. 8.

⁴⁴ Bericht VegüV, S. 4 f.

⁴⁵ Bericht VgdA, S. 15.

⁴⁶ Bericht VegüV, S. 6.

Die Statuten müssen Angaben zu bestimmten Aktivitäten und Anstellungsverhältnissen der Organe sowie zu den Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses und zum Genehmigungsmechanismus enthalten (Art. 12 Abs. 1 VegüV).⁴⁷ Abgangsschädigungen, Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden, und Provisionen für Umstrukturierungen sind untersagt (Art. 20 VegüV).⁴⁸ Vergütungen an die Mitglieder des VR, 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).⁴⁹

Vorsorgeeinrichtungen, die dem FZG unterstehen, müssen ihre Stimmrechte aus Aktien einer in den Geltungsbereich fallenden Aktiengesellschaft im Interesse der Versicherten ausüben (Art. 22 VegüV). Die Stimpfpflicht 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.⁵⁰ Das Interesse der Versicherten gilt als gewahrt, wenn die Ausübung des Stimmrechts dem dauernden Gedeihen der Vorsorgeeinrichtung entspricht. Entscheidend sind also Langzeitperspektiven.⁵¹ 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 Aktiengesellschaft (Art. 24 VegüV) und der Vorsorgeeinrichtung (Art. 25 VegüV). In beiden Fällen handelt es sich um Offizial- und echte Sonderdelikte.⁵² Die Organmitglieder müssen wider besseres Wissens handeln; eine eventualvorsätzliche Tatbegehung ist folglich ausgeschlossen.⁵³

1.1.8.4 Zeitliche Geltung der VegüV

Die VegüV gilt seit dem 1. Januar 2014 (Art. 33 VegüV). Aufgrund der Übergangsbestimmungen (Art. 26 ff. VegüV) wurde sie zusammen mit den Strafbestimmungen stufenweise wirksam. Seit dem 1. Januar 2016 gilt sie vollumfänglich.

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

⁴⁷ Bericht VegüV, S. 7 f.

⁴⁸ Bericht VegüV, S. 11 f.

⁴⁹ Bericht VgdA, S. 27.

⁵⁰ Bericht VegüV, S. 12.

⁵¹ Bericht VegüV, S. 12 f.

⁵² Bericht VgdA, S. 34 ff.; Bericht VegüV, S. 15 f.

⁵³ Bericht VegüV, S. 15 und 18.

1.1.9 Rückweisung des Entwurfs vom 21. Dezember 2007 und parlamentarischer Auftrag

Nationalrat und Ständerat wiesen Mitte 2013 den seit Herbst 2010 sistierten E 2007 und faktisch auch die aktienrechtlichen Bestimmungen des E 2008 an den Bundesrat zurück. Sie beauftragten ihn, die Bestimmungen zur Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV in den E 2007 einzubauen.⁵⁴

1.2 Vorentwurf vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)

1.2.1 Eröffnung der Vernehmlassung

Der Bundesrat setzte den vorangehend erwähnten parlamentarischen Auftrag im Vorentwurf und erläuternden Bericht vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)⁵⁵ um. Er nahm den Auftrag zum Anlass, um punktuelle Anpassungen und Verbesserungen an den Bestimmungen der E 2007 und 2008 vorzunehmen. Zudem griff er Aspekte auf, welche die Diskussionen im Parlament und in der Öffentlichkeit geprägt hatten oder die sich aufgrund der internationalen Rechtsentwicklung aufdrängten, so z. B. Bestimmungen zur Stärkung der Transparenz der Finanzströme von Unternehmen, die im Rohstoffabbau tätig sind.⁵⁶

1.2.2 Hauptergebnisse der Vernehmlassung

Der Bericht vom 17. September 2015 zur Vernehmlassung zum Vorentwurf zeigte, dass die Stellungnahmen zum Teil sehr kontrovers waren. Die Palette reichte von der grundsätzlichen Zustimmung zum Vorentwurf bis hin zu dessen gänzlicher Ablehnung.

So stimmte rund ein Viertel der Teilnehmenden, insbesondere der Grossteil der Kantone, dem Vorentwurf grundsätzlich zu. Insbesondere die Überführung der VegüV auf Gesetzesstufe, die Liberalisierung der Gründungs- und Kapitalbestimmungen, die punktuelle Verbesserung der *Corporate Governance* und die Abstimmung des Aktienrechts auf das Rechnungslegungsrecht wurden positiv bewertet.

Ein weiterer Viertel der Teilnehmenden lehnte hingegen den Vorentwurf ab, u. a. viele Wirtschafts- und Branchenverbände. Aufgrund der aufgehobenen Euro-Franken-Untergrenze im Januar 2015 seien die Auswirkungen des Vorentwurfs auf den Wirtschaftsstandort Schweiz noch kritischer zu betrachten. Es gelte alles zu unterlassen, was zu Verunsicherung und hohen Kosten bei den Unternehmen führe. Falls kein Marschhalt beschlossen werde, solle die Vorlage ohne Belastung der Wirtschaft weitergeführt werden. Abgelehnt wurden unter diesem Gesichtspunkt

⁵⁴ AB 2013 N 884 ff.; AB 2013 S 568 ff.

⁵⁵ Zu finden auf der Homepage des BJ: www.bj.admin.ch > Wirtschaft > Revision des Aktienrechts.

⁵⁶ Medienmitteilung des EJPD vom 28. November 2014.

sämtliche über die VegüV hinausgehenden Bestimmungen und die Ausdehnung von Vorgaben für börsenkotierte auf nicht börsenkotierte Aktiengesellschaften.⁵⁷

1.2.3 Hauptergebnisse der Regulierungsfolgenabschätzung

Parallel zur Vernehmlassung und zu ihrer Auswertung führten zwei Wirtschaftsfachhochschulen eine Regulierungsfolgenabschätzung (RFA) zu einzelnen Aspekten des Vorentwurfs zur Aktienrechtsrevision durch.⁵⁸ Die Bestimmungen der E 2007 und 2008 waren nicht Gegenstand der RFA. Es wären kaum neue Erkenntnisse zu erwarten gewesen. Der Ständerat hatte die beiden Entwürfe bereits einmal vollständig beraten und beide Rechtskommissionen hatten Anhörungen u. a. von Vertretern der Wirtschaft durchgeführt.⁵⁹ Auch die Überführung der Bestimmungen der VegüV wurde von der RFA grundsätzlich nicht erfasst, da die VegüV von den Aktiengesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, und von den Vorsorgeeinrichtungen bereits angewendet werden muss.

Gegenstand der RFA waren deshalb die Abschaffung der Möglichkeit zur Teilliberierung, die Geschlechterrichtwerte für das oberste Kader grosser börsenkotierter Aktiengesellschaften, die Antrittsprämien und Konkurrenzverbote bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, das Verbot prospektiver Abstimmungen über variable Vergütungen sowie die Präzisierung der Sorgfaltspflichten für das oberste Kader einer Aktiengesellschaft bezüglich der Vergütungspolitik.

Die Hauptergebnisse der RFA sind aus der nachfolgenden Tabelle ersichtlich:

Vorentwurf	Gegenstand	Hauptergebnis
Teilliberierung des Aktienkapitals		
Art. 632 VE OR	Abschaffung der Möglichkeit zur Teilliberierung	Aus rechtlicher Perspektive wird die Abschaffung unterstützt, da sie Rechtssicherheit schafft. Aus betriebs- und volkswirtschaftlicher Optik wird die Abschaffung zurückhaltend beurteilt, obschon die geschätzten betriebs- und volkswirtschaftlichen Kosten gering ausfallen würden.

⁵⁷ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 5 ff.

⁵⁸ Haute école de gestion Arc, Neuchâtel/Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Analyse d'impact de la réglementation relative à la modernisation du droit de la société anonyme, rapport final, 30 septembre 2015. Zu finden auf der Homepage des BJ: <https://www.bj.admin.ch> > Wirtschaft > Revision des Aktienrechts.

⁵⁹ Medienmitteilung der RK-S vom 26. August 2008; Medienmitteilung der RK-N vom 28. August 2009.

Vorentwurf	Gegenstand	Hauptergebnis
Geschlechterrichtwerte		
Art. 734e VE OR	Geschlechterrichtwerte für das oberste Kader grosser börsenkotierter AG	<p>Eine staatliche Intervention ermöglicht es, die Erhöhung der Vertretung des unterrepräsentierten Geschlechts in Publikumsge- sellschaften zu beschleunigen.</p> <p>Angesichts der Verpflichtung, die Nicht- einhaltung der Geschlechterrichtwerte nur erklären zu müssen (<i>Comply-or-Explain- Ansatz</i>), ist die Beschränkung der Wirt- schaftsfreiheit sowohl für den VR als auch für die Geschäftsleitung verhältnismässig.</p> <p>Die Geschlechterrichtwerte verursachen keine erheblichen Mehrkosten und sie wirken sich nicht wesentlich negativ auf die Wettbewerbsfähigkeit der Schweiz aus. Es wird sogar erwartet, dass die erzeugte Vielfalt positive wirtschaftliche Auswir- kungen entfaltet.</p>
Vergütungsbestimmungen		
Art. 735c Abs. 1 Ziff. 2 und 3 VE OR	Konkurrenzverbote bei bör- senkotierten AG	Insbesondere die wirtschaftliche Bedeu- tung der Konkurrenzverbote, das Risiko der Umgehung des geltenden Verbots der Abgangsentschädigungen und die straf- rechtlichen Risiken für die Vertragspartei- en rechtfertigen eine staatliche Interventi- on.
Art. 735c Abs. 1 Ziff. 5 VE OR	Antrittsprämien bei börse- notierten AG	Einzeln betrachtet, hätten die Bestimmun- gen nur geringfügige Auswirkungen auf die Unternehmen und die Wirtschaft als Ganzes. Es wird aber befürchtet, dass selbst geringfügige Auswirkungen die Toleranzschwelle überschreiten könnten.
Art. 735 Abs. 3 Ziff. 4 VE OR	Verbot prospektiver Abstim- mungen über variable Vergü- tungen bei börsenkotierten AG	Das Verbot prospektiver Abstimmungen über variable Vergütungen hätte die nega- tivsten Auswirkungen, ohne dabei die Erwartungen der Investorinnen und Inves- toren sowie der Analytinnen und Analy- sten zu erfüllen.
Art. 717 Abs. 1 ^{bis} VE OR	Präzisierung der Sorgfalts- pflicht bezüglich der Vergütungspolitik	<p>Insbesondere mit einer unverbindlich wirkenden, retrospektiven Abstimmung über den Vergütungsbericht, der bereits aufgrund der VegüV erstellt werden muss, stünde eine elegante und kostengünstige Alternative zur Verfügung.</p>

1.2.4 Bundesratsbeschluss vom 4. Dezember 2015 zu den Ergebnissen der Vernehmlassung

Am 4. Dezember 2015 nahm der Bundesrat die Ergebnisse der Vernehmlassung und der RFA zum Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision zur Kenntnis.

Er beauftragte das EJPD, im Lichte der Ergebnisse der Vernehmlassung eine Botschaft auszuarbeiten und sie ihm Ende 2016 vorzulegen. Zudem legte er inhaltliche Eckwerte fest, um für die Wirtschaft eine gewisse Rechtssicherheit und für das EJPD eine gewisse Planungssicherheit für die Ausarbeitung der Botschaft zu schaffen (s. hierzu v. a. Ziff. 1.3).

1.2.5 Marschhalt oder zwei Vorlagen?

1.2.5.1 Kein Marschhalt

Entsprechend der Forderung gewichtiger Teilnehmerinnen und Teilnehmer der Vernehmlassung stellte sich dem Bundesrat in verfahrensmässiger Hinsicht vorab die Frage, ob ein gesetzgeberischer Marschhalt einzulegen und die Einberufung einer politisch breit abgestützten «Groupe de réflexion»⁶⁰ angezeigt seien. Der Bundesrat lehnte dies ab. Zunächst sollte dem Parlament ermöglicht werden, die Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV auf Gesetzesstufe zeitnah zur Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» vorzunehmen. Zudem war der Bundesrat der Auffassung, dass die Einsetzung einer weiteren Expertengruppe kaum zu einem materiellen oder sogar politischen Erkenntnisgewinn geführt hätte. Es fanden bereits zwei Vernehmlassungen zum Aktienrecht (2005/2014) und eine schriftliche Anhörung zur VegüV (2013) statt. Dabei gingen sehr viele Stellungnahmen ein. Diese wurden vom EJPD im Internet veröffentlicht und ausgewertet. Die Ergebnisse dieser Auswertungen wurden in Berichten veröffentlicht. Ausschlaggebend war für den Bundesrat schliesslich auch, dass der Ständerat die E 2007 und 2008, die für den Vorentwurf neben der VegüV die wichtigsten Grundlagen bildeten, bereits im Detail beraten und ihnen im Jahr 2009 mit wenigen Änderungen zugestimmt hatte.⁶¹

1.2.5.2 Einheitliche Vorlage in zweifacher Hinsicht

In materieller Hinsicht entschied sich der Bundesrat am 4. Dezember 2015 bewusst für eine einheitliche Revision des Aktienrechts. Entsprechend sieht der vorliegende Entwurf weder eine Zweiteilung des Aktienrechts (Gesellschaften mit börsenkotierten/nicht börsenkotierten Aktien) noch eine separate Vorlage für die Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV vor. Auf beide Arten des «Splittings» war bereits im Rahmen der Beratung der Aktienrechtsrevision von 2007 ausdrücklich verzichtet worden:

⁶⁰ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 5.

⁶¹ AB 2009 S 718.

- Die RK-N hatte die eigene Idee der Zweiteilung des Aktienrechts (s. Ziff. 1.1.4)⁶² im Frühling 2013 fallengelassen.⁶³
- Sowohl der Nationalrat als auch der Ständerat hatten Mitte 2013 den E 2007 an den Bundesrat zurückgewiesen. Sie hatten ihn dabei beauftragt, die Bestimmungen zur Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV (Volksinitiative «gegen die Abzockerei») in den E 2007 aufzunehmen.⁶⁴

Der Entwurf verzichtet deshalb – wie bereits der Vorentwurf – bewusst darauf, eine Vorlage zur Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV und eine Vorlage zur restlichen Aktienrechtsrevision vorzusehen. Dies aus folgenden Gründen:

- Nach vielen Jahren politischer Turbulenzen in der Beratung der Aktienrechtsrevision ist es notwendig, dass dem Parlament eine einheitliche Vorlage vorgelegt wird. Die Wahrung der inhaltlichen Kohärenz und damit eng verbunden der Rechtssicherheit lässt sich nur dadurch sicherstellen. Zudem lässt sich keine klare Trennung vornehmen. Bestimmungen beispielsweise zur Verwendung elektronischer Mittel, zur Sonderuntersuchung und zur Rückerstattungsklage lassen sich mit guten Argumenten beiden Vorlagen zuordnen. Oftmals betreffen sie sowohl börsenkotierte als auch nicht börsenkotierte Gesellschaften. Hinzu kommt, dass selbst innerhalb einer Bestimmung Aufteilungen vorgenommen werden müssten (z. B. bei einer Bestimmung mit unterschiedlichen Schwellenwerten oder Fristen). Dies würde die parlamentarische Beratung zusätzlich erschweren. Eine Zweiteilung lässt sich also sachlich nicht sauber begründen und würde grosse inhaltliche und formelle Kohärenzprobleme schaffen. Bereits bei der Abspaltung des Rechnungslegungsrechts vom Aktienrecht im Rahmen der parlamentarischen Beratung der E 2007 und 2008, 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 ausländischer Währung und den Bestimmungen zu den Reserven).⁶⁵
- Mit einer Zweiteilung würde kaum Zeit gewonnen. Gerade die Aspekte zur Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV waren und sind politisch besonders umstritten. 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 E 2007 und der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» sowie aufgrund der politischen Vorstösse nicht ausgegangen werden. Eine Zweiteilung birgt zudem das Risiko in sich, dass die gleichen Anträge doppelt eingereicht würden.
- Und schliesslich forderte kaum mehr eine Teilnehmerin oder ein Teilnehmer in der Vernehmlassung eine Zweiteilung irgendwelcher Art.

⁶² Medienmitteilung der RK-N vom 30. Oktober 2009.

⁶³ Medienmitteilung der RK-N vom 26. April 2013.

⁶⁴ AB 2013 N 884 ff.; AB 2013 S 568 ff.

⁶⁵ S. Susanne Haas, Diskrepanzen zwischen neuem Rechnungslegungsrecht und bestehendem Aktienrecht, ST 10/2014, S. 868 ff.

1.3 Verzicht auf Bestimmungen des Vorentwurfs

1.3.1 Eckwerte des Bundesrates vom 4. Dezember 2015

Nachfolgend werden die im Vergleich zum Vorentwurf bedeutendsten Verzicht dargelegt, die sich v. a. aufgrund der deutlichen Ablehnung einer Bestimmung oder sogar eines ganzen Themenkomplexes in der Vernehmlassung ergaben. Bereits am 4. Dezember 2015 hat der Bundesrat diese Verzicht in der Form inhaltlicher Eckwerte für den Entwurf beschlossen und offengelegt.⁶⁶

Inhaltlich weniger weitreichende Abweichungen vom Vorentwurf werden unmittelbar bei den einzelnen Bestimmungen erläutert.

Wird auf einen Artikel des Entwurfs des OR hingewiesen oder erfolgt ein Querverweis auf eine entsprechende Erläuterung (beispielsweise: s. Art. 621), so wird in der *gesamten* vorliegenden Botschaft auf den Zusatz «E OR» verzichtet. Unter Ziffer 6 sind zudem ein Materialverzeichnis sowie ein Abkürzungs- und Gesetzesverzeichnis enthalten.

1.3.2 Verzicht auf die Abschaffung der Möglichkeit zur Teilliberierung

Hinsichtlich der Aufhebung der Möglichkeit der Teilliberierung der Aktien⁶⁷ ergab die Vernehmlassung kein klares Bild.⁶⁸ Insbesondere weil die GmbH keine vollständige Alternative zur Aktiengesellschaft bildet (Letztere sieht z. B. die Möglichkeit eines bedingten Kapitals vor), angesichts des starken Frankens und der damit verbundenen angespannten Wirtschaftslage sowie der nicht eindeutigen Ergebnisse der RFA wird die Möglichkeit zur Teilliberierung beibehalten.

1.3.3 Verzicht auf die Bonus-/Malusdividende

Die vorgeschlagene statutarische Möglichkeit einer Bonus-/Malusdividende für aktive/passive Aktionärinnen und Aktionäre⁶⁹ wurde in der Vernehmlassung deutlich abgelehnt, weshalb der Entwurf darauf verzichtet.⁷⁰ Zu den Einzelheiten wird auf die Erläuterungen unter Ziffer 1.4.4.6 f. verwiesen.

⁶⁶ Die meisten dieser Eckwerte sind in der Medienmitteilung des EJPD vom 4. Dezember 2015 enthalten. Einen vollständigen Überblick geben Karin Poggio/Florian Zihler, Weiterer Meilenstein in der Aktienrechtsrevision, ExpertFocus 1-2/2016, S. 79 ff.

⁶⁷ Art. 632 VE OR; vgl. Bericht Vorentwurf Aktienrecht 2014, S. 21 f. und S. 74.

⁶⁸ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 8.

⁶⁹ Art. 661 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 VE OR; vgl. Bericht Vorentwurf Aktienrecht 2014, S. 34 und S. 96 f.

⁷⁰ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 26 f.

1.3.4 Verzicht auf die Prüfpflicht für die Rückzahlung gesetzlicher Reserven

Die neue Prüfpflicht im Zusammenhang mit der Rückzahlung gesetzlicher Reserven an die Aktionärinnen und Aktionäre (v. a. von Agio)⁷¹ wurde in der Vernehmlassung abgelehnt. Sie entspreche nicht der neusten bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁷² und sei als allgemeine Pflicht überschüssend.⁷³

Im Entwurf wird deshalb auf diese spezifische Prüfpflicht verzichtet. Der VR darf aber eine solche oder eine vergleichbare Prüfung vornehmen lassen, bevor er der GV einen Antrag auf Rückzahlung gesetzlicher Reserven zum Beschluss unterbreitet. Unter Umständen drängt sich eine solche aufgrund seiner Sorgfaltspflichten (Art. 717 OR) sogar auf. Auch die GV kann eine Prüfpflicht verlangen.

Der Verzicht auf die spezifische Prüfpflicht hat keine Auswirkungen auf den Umfang der Prüfung der Jahresrechnung (Art. 728a bzw. 729a OR).

1.3.5 Verzicht auf die Abschaffung der Buchwertkonsolidierung

In der Vernehmlassung wurde die Abschaffung der Möglichkeit der Buchwertkonsolidierung unter gleichzeitiger Erhöhung der Schwellenwerte bei der Konsolidierungspflicht⁷⁴ deutlich abgelehnt. Die Erhöhung der Schwellenwerte sei verfrüht; es würden noch keinerlei Erfahrungen mit dem neuen Rechnungslegungsrecht vorliegen. Die Möglichkeit der Buchwertkonsolidierung müsse für mittelständische Konzerne erhalten bleiben, sonst würde die Bildung stiller Reserven vereitelt. Ohne Konsolidierung sei die Jahresrechnung des beherrschenden Unternehmens nicht aussagekräftig. Aktionärinnen und Aktionäre würden nur die Buchwerte der Beteiligungen, nicht hingegen das konsolidierte Eigenkapital oder die konsolidierte Bilanzsumme des Konzerns sehen. Zudem bliebe das Ertragspotenzial des Konzerns verborgen. Bei Vorliegen einer Konzernrechnung richte sich das Fragerecht der Aktionärinnen und Aktionäre immer auch auf die Konzernrechnung. Der Vorentwurf würde folglich die Rechte der Aktionärinnen und Aktionäre schwächen.⁷⁵

Um diesen Anliegen gerecht zu werden, wird im Entwurf darauf verzichtet, die Bestimmungen zur Konzernrechnung im Sinne des Vorentwurfs zu ändern.⁷⁶ Das neue Rechnungslegungsrecht wurde erst auf den 1. Januar 2013 in Kraft gesetzt. Die Bestimmungen zur Konzernrechnung müssen zudem erst ab dem Geschäftsjahr 2016 angewendet werden.⁷⁷

⁷¹ Art. 671 Abs. 3 VE OR; vgl. Bericht Vorentwurf Aktienrecht 2014, S. 26 und S. 99.

⁷² BGE 140 III 533 E. 6.2.2, S. 547 f.

⁷³ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 14.

⁷⁴ Art. 963b Abs. 1 i. V. m. Art. 963a Abs. 1 Ziff. 1 VE OR; vgl. Bericht Vorentwurf Aktienrecht 2014, S. 54 f. und S. 171 f.

⁷⁵ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 35.

⁷⁶ S. auch den Bericht des Bundesrats vom Februar 2016 «Massnahmen zur Reduktion von Regulierungskosten – Umsetzungsstand und weiteres Vorgehen», S. 4, 8 f. und 17.

⁷⁷ Art. 2 Abs. 3 der Übergangsbestimmungen der Änderung vom 23. Dezember 2011.

1.3.6 Verzicht auf mehrere über die VegüV hinausgehende Bestimmungen

Mehrere Bestimmungen des Vorentwurfs, die einen direkten Bezug zu Artikel 95 Absatz 3 BV haben und die über die Vorgaben der VegüV hinausgehen, wurden in der Vernehmlassung deutlich abgelehnt. Hauptsächlich wurde vorgebracht, dass zuerst Erfahrungen mit den Bestimmungen der VegüV gesammelt werden müssten. Diese seien erst seit dem 1. Januar 2014 in Kraft und müssten gemäss den Übergangsbestimmungen erst im Geschäftsjahr 2016 vollumfänglich angewandt werden. Es brauche eine objektive Auseinandersetzung mit diesen Erfahrungen, um beurteilen zu können, ob die Unternehmen tatsächlich mit neuen Vorgaben konfrontiert werden müssten. Den Unternehmen sowie ihren Aktionärinnen und Aktionären sei es nach derart kurzer Zeit nicht zumutbar, erneut wesentliche Änderungen der Statuten vorzunehmen. Das Vertrauen in die Stabilität und Vorhersehbarkeit der Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandorts Schweiz würde stark beeinträchtigt werden.⁷⁸

Deshalb wird im Entwurf auf folgende Pflichten und Verbote verzichtet:

- Die Pflicht zur statutarischen Festlegung des Verhältnisses zwischen fixen und variablen Vergütungen.⁷⁹ Der «Bonus Cap» führe zu höheren fixen Vergütungen und somit zu geringer Flexibilität der Unternehmen in Krisenzeiten.⁸⁰
- Die vergütungsspezifische Sorgfaltspflicht des obersten Kaders.⁸¹ Dessen allgemeine Sorgfalts- und Treuepflicht erfasse auch die Festsetzung der Vergütungen. Es sei deshalb nicht ersichtlich, weshalb ein einzelner Aspekt der Sorgfaltspflicht speziell hervorgehoben werden müsse.⁸²
- Die Einzeloffenlegung der Vergütungen sämtlicher Mitglieder der Geschäftsleitung.⁸³ In Bezug auf die Offenlegung der Vergütungen sei eine Differenzierung zwischen Mitgliedern des VR (hier gibt es bereits eine Einzeloffenlegung) und der Geschäftsleitung gerechtfertigt. Letztere stünden in einem arbeitsrechtlichen Verhältnis zur Gesellschaft. Es obliege dem VR, sie anzustellen bzw. zu entlassen und die Verteilung der Vergütungen innerhalb der Geschäftsleitung festzulegen. Die Mitglieder des VR hingegen würden direkt von der GV gewählt, womit sich eine präzisere Offenlegung rechtfertige. Es lägen zudem die Gefahr der Nivellierung der Vergütungen der Geschäftsleitung nach oben und datenschutzrechtliche Schwierigkeiten vor.⁸⁴

⁷⁸ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 21 f.

⁷⁹ Art. 626 Abs. 2 Ziff. 3 VE OR; vgl. Bericht Vorentwurf Aktienrecht 2014, S. 72.

⁸⁰ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 15 f.

⁸¹ Art. 717 Abs. 1^{bis} VE OR; vgl. Bericht Vorentwurf Aktienrecht 2014, S. 134 ff.

⁸² Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 21.

⁸³ Art. 734a Abs. 3 Ziff. 2 VE OR; vgl. Bericht Vorentwurf Aktienrecht 2014, S. 150.

⁸⁴ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 22 f.

- Das Verbot prospektiver Abstimmungen über variable Vergütungen.⁸⁵ Das Verbot solcher Abstimmungen über den Boni-Pool führe zu grosser Planungsunsicherheit und zu einem Wettbewerbsnachteil für die Schweizer Unternehmen bei der Rekrutierung geeigneter Kandidatinnen und Kandidaten auf dem globalen Arbeitsmarkt. Ein entsprechendes Verbot würde zudem bei vielen Gesellschaften erneut zu wesentlichen Änderungen der Statuten führen, was so kurze Zeit nach Inkrafttreten der VegüV nicht zumutbar sei. Und schliesslich würde die Freiheit der Aktionärinnen und Aktionäre unnötig eingeschränkt, selber zu entscheiden, welcher Abstimmungsmechanismus ihnen als der geeignetste für ihre Gesellschaft erscheine.⁸⁶
- In diesem Zusammenhang wird auch auf die Ausweitung gewisser Vorgaben der VegüV bzw. von Artikel 95 Absatz 3 BV auf grosse Genossenschaften verzichtet. Der Vorentwurf sah vor, dass die Vergütungen an die Mitglieder der Verwaltung und der Geschäftsleitung hätten detailliert offengelegt werden müssen.⁸⁷ Dies wurde in der Vernehmlassung deutlich abgelehnt.⁸⁸ Hinsichtlich des Auskunftsrechtsrechts der Genossenschafterinnen und Genossenschafter bezüglich der Personalpolitik wird auf die entsprechend anwendbaren Ausführungen zum Aktienrecht verwiesen (s. Art. 697).

Die entsprechenden Aspekte des Vorentwurfs können aber freiwillig in den Statuten verankert werden, da keine unentziehbaren Aufgaben des VR vorliegen.

1.3.7 Verzicht auf die Ausdehnung der Organverantwortlichkeit auf die unabhängige Stimmrechtsvertretung

Im Vorentwurf war vorgesehen, die Organverantwortlichkeit auf die unabhängige Stimmrechtsvertretung auszudehnen.⁸⁹ Dies wurde im Rahmen der Vernehmlassung deutlich abgelehnt.⁹⁰ Die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder der unabhängige Stimmrechtsvertreter sei gerade kein Organ der Gesellschaft und weise auch faktisch keine Organfunktion auf, sondern erfülle nur treuhänderische Aufgaben. Der Entwurf bleibt deshalb beim geltenden Recht.

1.3.8 Verzicht auf das elektronische Aktionärsforum

Die vorgeschlagene Pflicht von börsenkotierten Aktiengesellschaften, den Aktionärinnen und Aktionären im Vorfeld einer GV ein elektronisches Forum zur Verfügung zu stellen,⁹¹ wurde in der Vernehmlassung deutlich abgelehnt. Es wurde

⁸⁵ Art. 735 Abs. 3 Ziff. 4 VE OR; vgl. Bericht Vorentwurf Aktienrecht 2014, S. 153.

⁸⁶ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 22.

⁸⁷ Art. 857 Abs. 2^{bis} VE OR; vgl. Bericht Vorentwurf Aktienrecht 2014, S. 168.

⁸⁸ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 38.

⁸⁹ Art. 754 Abs. 1 VE OR; vgl. Bericht Vorentwurf Aktienrecht 2014, S. 158.

⁹⁰ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 29.

⁹¹ Art. 701g VE OR; vgl. Bericht Vorentwurf Aktienrecht 2014, S. 126 ff.

befürchtet, dass ein solches Forum mit grossem administrativem Aufwand und hohen Kosten verbunden sei und entsprechend zu einer starken Belastung für den VR führen würde. Aufwand und Nutzen stünden oftmals in einem Missverhältnis. Es bestünde zudem die Gefahr, dass das Forum zweckentfremdet und ein zusätzliches Haftungsrisiko des VR für die Inhalte im Forum entstehen würde.⁹²

Im Entwurf wird auf die Pflicht zu einem solchen Forum verzichtet. Es ist jedoch denkbar, dass insbesondere der VR ein elektronisches Forum freiwillig einführt.

1.3.9 Verzicht auf die Klage auf Kosten der Gesellschaft

Das vorgeschlagene Recht auf Einleitung einer Rückerstattungs- oder Verantwortlichkeitsklage auf Kosten der Gesellschaft⁹³ wurde in der Vernehmlassung deutlich abgelehnt. Das Risiko des Missbrauchs durch aktivistische Aktionärinnen und Aktionäre sowie durch Prozessanwältinnen und -anwälte wurde als hoch eingeschätzt. Unternehmen könnten ungerechtfertigt unter Druck geraten und destabilisiert werden. Die vorgängige Konsultation der GV ergebe keinen Sinn, weil Minderheitsaktionärinnen und -aktionäre bei einem ablehnenden Beschluss der GV das Gericht sowieso anrufen könnten. Es wurde bezweifelt, ob ein Gericht bei der Prüfung der Zulassung der Klage besser als die GV beurteilen könne, was im Interesse der Gesellschaft liege. Den prozessrechtlichen Rahmenbedingungen, mit denen Unternehmen konfrontiert sind, würde bei der Beurteilung eines Unternehmensstandorts grösste Bedeutung beigemessen.⁹⁴ Deshalb wird im Entwurf auf die Klage auf Kosten der Gesellschaft verzichtet.

1.4 Die beantragte Neuregelung

1.4.1 Kapital und Reserven

1.4.1.1 Aktienkapital in ausländischer Währung

Mangelnde Kohärenz zwischen Aktien- und Rechnungslegungsrecht

Das neue Rechnungslegungsrecht lässt die Buchführung und Rechnungslegung in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen ausländischen Währung zu (Art. 957a Abs. 4 und 958d Abs. 3 OR). Diese entspricht der funktionalen Währung, also der Währung des primären wirtschaftlichen Umfelds des Unternehmens,⁹⁵ und muss gegenüber dem Franken frei konvertierbar sein. Da es sich beim Abschluss in der funktionalen Währung weiterhin um einen Abschluss nach OR und nicht um einen Abschluss nach ausländischem Recht oder nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung handelt, sind sämtliche Vorgaben des OR einzuhalten, so z. B. das Vorsichtsprinzip und die Bewertungsvorschriften. Erfolgt die Rechnungslegung

⁹² Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 19.

⁹³ Art. 697j f. VE OR, vgl. Bericht Vorentwurf Aktienrecht 2004, S. 47 ff. und S. 115 ff.

⁹⁴ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 30 f.

⁹⁵ S. Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Buchführung und Rechnungslegung», Zürich 2014, S. 45 f.

nicht in Franken, müssen die Werte der Bilanz, der Erfolgsrechnung und des Anhangs zusätzlich in Franken angegeben werden (Art. 958*d* Abs. 3 OR).⁹⁶

Das Aktienkapital muss gemäss geltendem Recht auf Franken lauten (Art. 621 OR).⁹⁷ Daraus ergibt sich, dass es auch in Franken ins Handelsregister eingetragen wird (Art. 45 Abs. 1 Bst. h HRegV).⁹⁸ Die weiteren kapitalbezogenen Bestimmungen des Aktienrechts wurden mit dem neuen Rechnungslegungsrecht ebenfalls nicht verändert. Auch die Reserven sind in 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 Franken.⁹⁹ Das Aktienkapital und die Reserven in Franken bilden zudem die Bezugsgrössen zur Bestimmung, ob ein Kapitalverlust oder sogar eine Überschuldung vorliegt (Art. 725 OR, Art. 6 Abs. 1 FusG).¹⁰⁰

Auch nach Inkrafttreten des neuen Rechnungslegungsrechts stellt sich deshalb die Frage, ob die Grundsätze ordnungsgemässer Rechnungslegung (Art. 958*c* Abs. 1 OR) und die Bewertungsvorschriften (Art. 960 ff. OR) nur auf den Abschluss nach OR in ausländischer Währung (in dieser funktionalen Währung wird die Buchhaltung geführt und der Jahresabschluss erstellt) oder zusätzlich auch auf den umgerechneten Jahresabschluss in Franken anzuwenden sind. Streng genommen sind die Vorgaben des Rechnungslegungsrechts sowohl auf den Abschluss nach OR in ausländischer Währung als auch auf den Abschluss nach OR in Franken anzuwenden. Dieser muss folglich die historischen Werte (Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten) in Franken berücksichtigen und dem Vorsichtsprinzip genügen. Damit werden historische Werte in Franken im Zusammenhang mit der Umrechnung massgebend, obschon sämtliche oder zumindest die meisten Anschaffungen in der funktionalen ausländischen Währung erfolgten. In diesem Fall kann eine Jahresrechnung in ausländischer Währung nicht nur mittels einfachen Dreisatzes zum Stichtags- oder Durchschnittskurs umgerechnet werden, da die so ermittelten Resultate in Franken u. a. dem Vorsichtsprinzip nicht genügen könnten. Im Umfang der Veränderung der Kurse der ausländischen Währung können Umrechnungsdifferenzen entstehen, deren Ermittlung und Behandlung eine weitere Schwierigkeit bei der Erstellung des Jahresabschlusses in Franken bilden. In extremen Fällen kann sich ein Jahresgewinn in funktionaler ausländischer Währung durch die Umrechnung und die erneute Anwendung des Vorsichtsprinzips in einen Jahresverlust in Franken verwandeln.¹⁰¹

⁹⁶ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1703.

⁹⁷ Dies z. B. im Gegensatz zur Kommanditsumme, bei der das OR die Schweizer Währung nicht zwingend vorschreibt (Art. 608 OR, Art. 41 Abs. 2 Bst. g HRegV); s. Rino Siffert, Art. 41 N 23, in: Siffert, Rino/Turin, Nicholas (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar (HRegV), Bern 2013.

⁹⁸ S. Adrian Tagmann, Art. 45 N 12, in: Siffert, Rino/Turin, Nicholas (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar (HRegV), Bern 2013.

⁹⁹ S. Peter Böckli, Neue OR-Rechnungslegung, ST 11/2012, S. 830.

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ S. insgesamt René Buchmann/Jolanda Dolente, Rechnungslegung in Fremdwährung, ST 11/2012, S. 890 ff. mit konkreten Zahlenbeispielen.

Abhilfe in der Praxis

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 ausländischen Währung auf diese Währung angewendet. Der Buchhaltung können keine Werte mehr in 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 der ausländischen Währung massgebend. Die Angabe der Werte in Franken erfolgt nur zur Orientierung der Leserin und des Lesers der Jahresrechnung. Sie bilden keine Basis für ein zuverlässiges Urteil.¹⁰²

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 ausländischer Währung und in Franken dargestellt. Zur Beurteilung der maximalen Ausschüttung bleibt jedoch der Franken massgebend. Aus Vorsichtsgründen sind ein allfälliger Kapitalverlust oder eine Überschuldung (Art. 725 OR) sowohl in Franken als auch in ausländischer Währung darzustellen. Zeigt eine der Darstellungen kritische Werte, so werden die entsprechenden Handlungspflichten des VR ausgelöst, egal ob der Wert zuerst in Franken oder in der ausländischen Währung erreicht wird.¹⁰³

Aktienkapital in ausländischer Währung als einfache und liberale Lösung

Diese Inkohärenz zwischen dem Rechnungslegungs- und dem Aktienrecht lässt sich am einfachsten wie folgt lösen: Der Nennwert der Aktien soll nicht mehr zwingend auf Franken lauten.¹⁰⁴ Es ist neu ein Aktienkapital in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen ausländischen Währung zulässig (s. Art. 621). Sämtliche kapitalbezogenen Aspekte (Reservenbildung, Beschluss über die Ausschüttung einer Dividende oder Rückzahlung einer Kapitaleinlage, Feststellung eines Kapitalverlusts oder einer Überschuldung) würden sich sodann ausschliesslich auf diesen Jahresabschluss nach OR in ausländischer Währung beziehen. Auch die Schwierigkeit der Währungsumrechnung zwecks Steuerveranlagung entfiel.¹⁰⁵ Somit könnte der im E 2007 explizit als liberaler Ansatz bezeichnete Artikel 958d Absatz 3 OR¹⁰⁶ auch aktienrechtlich vollendet werden und entsprechende Rechtssicherheit im Bereich des Aktien-

¹⁰² S. Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Buchführung und Rechnungslegung», Zürich 2014, S. 45 f.

¹⁰³ S. insgesamt Stephan Glanz/Dieter Pfaff, Art. 958d N 39 ff., in: Pfaff, Dieter/Glanz, Stephan/Stenz, Thomas/Zihler, Florian (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht – veb.ch Praxiskommentar, Zürich 2014; Peter Böckli, Neue OR-Rechnungslegung, Zürich 2014, N 154.

¹⁰⁴ S. insgesamt 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.

¹⁰⁵ S. Stephan Glanz/Dieter Pfaff, Art. 958d N 49 f., in: Pfaff, Dieter/Glanz, Stephan/Stenz, Thomas/Zihler, Florian (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht – veb.ch Praxiskommentar, Zürich 2014;

¹⁰⁶ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1703.

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. Dieser Vorschlag eines Aktienkapitals in ausländischer Währung fand im Rahmen der Vernehmlassung deutliche Zustimmung.¹⁰⁷

1.4.1.2 Nennwert

Das geltende Aktienrecht beruht 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 heutigen 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 Entwurf 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 der unechten nennwertlosen Aktie 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.¹⁰⁸ Diese Aktienform ermöglicht insbesondere ebenfalls das 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 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.¹⁰⁹ 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 Bucheffektengesetz vom 3. Oktober 2008 (BEG) noch weiter zurückgegangen sein. Der erwähnte Nachteil ist daher für die Praxis nur noch von sehr beschränkter Bedeutung.

¹⁰⁷ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 7.

¹⁰⁸ S. Hans Caspar von der Crone, Bericht für das Bundesamt für Justiz zu einer Teilrevision des Aktienrechts, Teil I: Nennwertlose Aktien, Zürich/Bern 2001, S. 3 ff.

¹⁰⁹ Bericht Vorentwurf Aktienrecht 2005, S. 24 f.

1.4.1.3 (Beabsichtigte) Sachübernahme

Artikel 628 OR regelt 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 ein relevanter Zusammenhang mit der Gründung oder Kapitalerhöhung besteht, ist oftmals schwierig zu beantworten. Der Gesetzeswortlaut musste allgemein formuliert werden und ist dadurch stark auslegungsbedürftig. Insbesondere bei der beabsichtigten Sachübernahme ist die Abgrenzung schwierig, weil mit der Absicht ein subjektives Element hinzukommt.¹¹⁰ Da bei der Verletzung der Normen zur (beabsichtigten) Sachübernahme die Nichtigkeitsfolge droht (wobei selbst deren Umfang umstritten ist),¹¹¹ ist diese Rechtsunsicherheit für die Anwenderinnen und Anwender besonders gravierend.

Im Übrigen wirken die Schutzmechanismen der (beabsichtigten) Sachübernahme selektiv. So kann eine Gesellschaft unmittelbar nach ihrer Gründung Miet- und andere Verträge abschliessen oder sonstige Rechtsgeschäfte vornehmen, ohne dass die Schutzmechanismen greifen würden. Auch hier besteht die Gefahr, dass als Haftungssubstrat dienendes Aktien- und Partizipationskapital abfließt. Zu denken ist etwa an die Konstellation, in der sich die Gesellschaft in einer Liegenschaft einer Aktionärin oder eines Aktionärs einmietet und einen 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 die Sachverhalte zu beschränken, die im Einflussbereich der Aktionärin oder des Aktionärs oder diesen nahestehender Personen stehen und die dadurch die Kapitalaufbringung gefährden können (Art. 628 Abs. 2 OR).¹¹² Einige Probleme wurden damit entschärft. In den übrigen Bereichen besteht aber weiterhin die erwähnte Rechtsunsicherheit.

¹¹⁰ S. insgesamt Niklaus Dietschi, *Beabsichtigte Sachübernahmen*, Zürich 2012, N 173 ff. und 628 ff.; Markus D. Vischer, *Sachübernahmen als verdeckte Sacheinlagen*, SZW 4/2012, S. 294.

¹¹¹ BGE 83 II 284 E. 4, S. 290; s. insgesamt Adrian Plüss, Art. 628 N 19 f., in: Wibmer, Jeannette K. (Hrsg.) *Aktienrecht Kommentar*, Zürich 2016.; Franz Schenker, Art. 628 N 13, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, 4. Auflage, Basel 2012.

¹¹² AS 2007 4791, 4822.

Mit dem E 2007 wurde versucht, die Voraussetzungen der (beabsichtigten) Sachübernahme zu präzisieren und die bestehende Rechtsunsicherheit zumindest teilweise zu beseitigen.¹¹³ Dennoch wäre vieles beim Alten geblieben und die bestehenden Probleme wären nur teilweise gelöst worden.

Der Entwurf verzichtet – wie bereits der Vorentwurf – deshalb gänzlich darauf, die (beabsichtigte) Sachübernahme als qualifizierten Tatbestand bei einer Gründung oder Kapitalerhöhung zu bezeichnen. Die damit verbundene Statuten- und Registerpublizität entfällt für Sachübernahmege­schäfte und auch die weiteren Sicherheitsvorkehrungen der qualifizierten Gründung oder Kapitalerhöhung finden keine Anwendung. So entfällt etwa die Pflicht zur Erstellung eines Gründungs- bzw. 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 oder diesen nahestehenden Personen unterliegt aber (schon heute) den Vorschriften des Kapitalerhaltungs- und Verantwortlichkeitsrechts.¹¹⁴

So greifen der Rückerstattungstatbestand von Artikel 678, dessen zweiter Absatz im Vergleich zum geltenden Recht präzisiert wird, und das Verbot der Einlagerückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR). Ein Sachübernahmege­schäft 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 erfüllt ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagerückgewähr durch eine Sachübernahme auch die Voraussetzungen einer verdeckten Gewinnausschüttung. Der Rückerstattungstatbestand von Artikel 678 wirkt weniger selektiv als die Sachübernahmebestimmungen, da er funktional und nicht objektbezogen wirkt. Nicht nur die Übernahme von Vermögenswerten kann einen 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 (Art. 717 Abs. 1 i. V. m. 754 OR).

Auch die präziseren Vorschriften des Rechnungslegungsrechts¹¹⁵ 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 und 958c Abs. 1 OR). Erwirbt die Gesellschaft einen Vermögenswert zu einem überhöhten Preis und stellt sie

¹¹³ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1640 f.

¹¹⁴ S. Niklaus Dietschi, *Beabsichtigte Sachübernahmen*, Zürich 2012, N 653, Fussnote 1611.

¹¹⁵ Art. 957 ff. OR, in Kraft seit 1. Januar 2013.

ihn zu diesem Wert in der Bilanz ein, so handelt sie widerrechtlich (Verstoss gegen die Grundsätze der Bilanzwahrheit, der Vorsicht sowie der jeweils einschlägigen Bewertungsvorschriften).¹¹⁶ Für die direkten Steuern werden die Steuerbehörden inskünftig die Bewertung von Sachübernahmen selber überprüfen müssen, was mit zusätzlichem Verwaltungsaufwand verbunden ist. 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. Wird eine Sachübernahme überbewertet und ist dies für die Steuerbehörden nicht ohne weiteres erkennbar, so fällt die Gewinnsteuer aufgrund der zu hohen Abschreibungen zu tief aus. Dies kann zu Mindereinnahmen in nicht quantifizierbarer Höhe führen.

Die Gläubigerinnen und Gläubiger werden durch sanierungsrechtliche Vorschriften geschützt,¹¹⁷ die mit dem Entwurf ebenfalls präzisiert werden (s. Art. 725 ff.). Wenn eine Forderung fällig ist und von der Gesellschaft nicht bezahlt wird, steht den Gläubigerinnen und Gläubigern zudem eine ganze Palette konkurs- und betriebsrechtlicher Rechtsbehelfe zu.

Auch strafrechtliche Haftungsfolgen fallen in Betracht, so etwa Artikel 152 StGB (unwahre Angaben über kaufmännische Gewerbe), Artikel 158 StGB (ungetreue Geschäftsbesorgung), Artikel 163 StGB (betrügerischer Konkurs und Pfändungsbeitrag), 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 wesentlich auf das Vermögen oder die Liquidität der Gesellschaft auswirken können, der VR so oder so gut beraten ist, eine neutrale *Fairness-Opinion* zur Bewertung und Aktivierbarkeit des zu übernehmenden Vermögenswertes einzuholen.

Die bestehenden Schutzmechanismen, die mit dem Entwurf sogar punktuell verschärft werden, schützen das Kapital ausreichend und werden bei der Kapitalaufbringung noch stärker disziplinierend wirken. Damit ist die ersatzlose Streichung von Artikel 628 Absatz 2 OR gerechtfertigt.¹¹⁸ Im Rahmen der Vernehmlassung

¹¹⁶ S. Hans Peter Walter/Maja Blumer, «Sieben Thesen und Denkanstösse zur Sachübernahme», in: Waldburger, Robert/Baer, Charlotte M./Nobel, Ursula/Bernet, Benno (Hrsg.), Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, S. 412.

¹¹⁷ Zur paulianischen Anfechtungsklage im Zusammenhang mit Sachübernahmegeschäften s. Niklaus Dietschi, *Beabsichtigte Sachübernahmen*, Zürich 2012, N 464.

¹¹⁸ S. Hans Peter Walter/Maja Blumer: «Allerdings bleibt auch bei diesen «Symptomtherapien» das ungute 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.», *Sieben Thesen und Denkanstösse zur Sachübernahme*, S. 405 ff., in: Waldburger, Robert/Baer, Charlotte M./Nobel, Ursula/Bernet, Benno (Hrsg.), Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005.

wurden zudem kaum Bedenken geussert; die Abschaffung der (beabsichtigten) Sachübernahme fand breite Zustimmung.¹¹⁹

1.4.1.4 Kapitalherabsetzung und Kapitalband

Die neuen Kapitalbestimmungen schaffen mehr Flexibilität für die Unternehmen und sorgen gleichzeitig durch klare Regelungen für mehr Rechtssicherheit. Ihnen wurde im Rahmen der Vernehmlassung deutlich zugestimmt.¹²⁰

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 gegenüber der Gesellschaft Forderungen bestehen, die in den Geschäftsbüchern nicht verzeichnet sind. Weiter wird die gesetzliche Regelung zum Teil so ausgelegt, dass zwei Beschlüsse der GV erforderlich sind;¹²¹ 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.). Der Entwurf – wie auch schon der Vorentwurf – beseitigt mit einer klaren und vollständigen Regelung die Mängel des geltenden Rechts.

Das neue Kapitalband gemäss Entwurf ermöglicht es der GV, den VR zu ermächtigen, das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital während einer Dauer von maximal fünf Jahren innerhalb einer bestimmten Bandbreite zu erhöhen oder herabzusetzen (s. Art. 653s ff.). Der Beschluss wird ins Handelsregister eingetragen. Nach unten wird das Kapitalband durch die untere Grenze limitiert, die höchstens um die Hälfte tiefer als das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital liegen darf. Die untere Grenze des Kapitalbands übernimmt die Funktion einer Sperrziffer, wie sie nach geltendem Recht dem aktuell im Handelsregister eingetragenen Aktienkapital zukommt. Nach oben wird das Kapitalband durch die obere Grenze des Kapitalbands begrenzt. Diese darf um höchstens die Hälfte höher liegen als das im Handelsregister eingetragene Kapital.

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

¹¹⁹ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 9.

¹²⁰ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 9 ff.

¹²¹ S. insgesamt Peter Bockli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 2 N 342 ff.

Bei einer Kapitalherabsetzung im Rahmen des Kapitalbands wird der Gläubigerschutz auf den Zeitpunkt der Schaffung des Kapitalbands vorverlegt (s. Art. 653w Abs. 1). Dies ermöglicht dem VR, die effektive Kapitalherabsetzung dann ohne vorgängige Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger und ohne Prüfungsbestätigung durch eine zugelassene Revisorin oder einen zugelassenen Revisor vorzunehmen. Der nachträgliche Gläubigerschutz gemäss E 2007¹²² vermochte nicht zu überzeugen.¹²³ Gesellschaften, die in ihren Statuten ein Kapitalband mit der Möglichkeit zur Kapitalherabsetzung vorsehen, 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. 4 und 727a Abs. 2). Im Unterschied zum Vorentwurf ist hingegen ein Kapitalband, welches den VR nur zur Kapitalerhöhung ermächtigt, auch zulässig, wenn die Gesellschaft auf die eingeschränkte Revision verzichtet hat.

1.4.1.5 Reserven

Die Bestimmungen zu den Reserven (s. Art. 671 ff.) werden an das neue Rechnungslegungsrecht (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 OR) angepasst. Aufgrund der Abspaltung des Rechnungslegungsrechts vom E 2007 war eine inhaltliche Inkohärenz entstanden (s. Ziff. 1.2.5.2).

Die Rückzahlung gesetzlicher Kapital- und Gewinnreserven an die Aktionärinnen und Aktionäre wird liberalisiert. Dies war insbesondere ein Anliegen des Ständerats bei der Beratung des E 2007 und entspricht der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichts (s. Art. 671 Abs. 2).

Im Gegensatz zum E 2007¹²⁴ wird die Möglichkeit beibehalten, Beteiligungen und Grundstücke zur Beseitigung einer Unterbilanz aufzuwerten (Art. 670 und 671b OR). Sie wird in die neuen Bestimmungen zur Liquidität und Sanierung integriert (s. Art. 725c).

Weist die Gesellschaft einen Verlustvortrag auf, so sind die Rückzahlung gesetzlicher Kapital- und Gewinnreserven sowie die ordentliche Kapitalherabsetzung unzulässig (s. Art. 677a).

1.4.2 Abschaffung der öffentlichen Beurkundung bei einfach strukturierten Unternehmen

Das geltende Recht schreibt für die Gründung und Auflösung jeder Aktiengesellschaft und jeder GmbH zwingend die öffentliche Beurkundung vor (Art. 629 Abs. 1, 736 Ziff. 2, 777 Abs. 1 und 821 Abs. 2 OR). Zweck der öffentlichen Beurkundung sind die Belegfunktion, der Schutz vor Unbedachtheit und die Verfahrenskon-

¹²² Art. 653x E 2007 (Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1655 f. und 1765).

¹²³ S. Lukas Glanzmann, Die grosse Aktienrechtsrevision, in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/Jörg, Florian S., Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Bern 2009, S. 229 f.

¹²⁴ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1658.

trolle.¹²⁵ Im Rahmen des Gesellschaftsrechts kann diesen drei Funktionen nur eine beschränkte Bedeutung beigemessen werden.¹²⁶

Der Entwurf will deshalb im Bereich der Beurkundungspflicht eine Erleichterung schaffen und ermöglicht es, dass künftig einfach strukturierte Kapitalgesellschaften ohne Mitwirkung einer Urkundsperson gegründet, aufgelöst und liquidiert werden können. In Verbindung mit den übrigen Erleichterungen wird damit die Gründung einer Kapitalgesellschaft innerhalb von wenigen Werktagen ermöglicht.

Enthalten die Statuten einer Aktiengesellschaft oder GmbH ausschliesslich den gesetzlich vorgeschriebenen Mindestinhalt, lautet das Aktien- bzw. Stammkapital auf Franken und werden die Einlagen vollständig und in Franken geleistet, so wird auf das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung verzichtet (s. Art. 629 Abs. 4 und 777 Abs. 3). Die Statuten einer solchen Kapitalgesellschaft dürfen auch ohne öffentliche Beurkundung geändert werden. Davon ausgenommen sind zum Schutz von Gläubigerinteressen die Herabsetzung des Aktien- bzw. Stammkapitals und Erhöhungen des Aktien- bzw. Stammkapitals, die nicht ausschliesslich in Franken erfolgen (s. Art. 647 Abs. 2 bzw. 780 Abs. 2). Das Gleiche gilt entsprechend bei der Genossenschaft (s. Art. 830 und 838a).

Der Vorentwurf enthielt den Aspekt der Aufhebung der öffentlichen Beurkundung für einfach strukturierte Kapitalgesellschaften noch nicht. Hingegen war dieser Punkt bereits im Vorentwurf vom 19. Dezember 2012 zur Modernisierung des Handelsregisters enthalten.¹²⁷ Der Bundesrat hatte damals entschieden, dieses Revisionsanliegen nicht weiterzuverfolgen,¹²⁸ hält es aber angesichts der aktuellen Wirtschaftslage für angezeigt, diese Massnahme in der Aktienrechtsrevision erneut aufzunehmen und sie dem Parlament zur Detailberatung vorzulegen. KMU und Gesellschaften in Konzernen werden damit administrativ und finanziell entlastet. Auch im Rahmen der Vernehmlassung wurde dieser teilweise Verzicht auf die öffentliche Beurkundung von einzelnen Teilnehmerinnen und Teilnehmern explizit gefordert.¹²⁹

1.4.3 Private-Equity-Unternehmen

1.4.3.1 «Heuschrecken»-Debatte in Deutschland

Ende 2004 hielt der SPD-Politiker Franz Müntefering zum Grundsatzprogramm seiner Partei fest, dass diejenigen deutschen Unternehmern, welche die Zukunftsfähigkeit ihres Betriebs und die Interessen ihrer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Blick haben, vor verantwortungslosen Heuschreckenschwärmen zu schützen

¹²⁵ S. Christian Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, § 7 N 239 ff.

¹²⁶ S. Lukas Glanzmann/Claudia Walz, Gesellschaftsrecht und Notar – Entwicklungen und Tendenzen, in: Stiftung Schweizerisches Notariat (Hrsg.), Gesellschaftsrecht und Notar, la société au fil du temps, Zürich 2016, S. 10 und 36 f.

¹²⁷ Art. 629 Abs. 3 des Vorentwurfs vom 19. Dezember 2012 zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht sowie Anpassungen im Aktien-, GmbH- und Genossenschaftsrecht).

¹²⁸ Botschaft Handelsregister, S. 3628, Bericht Vernehmlassung Handelsregister, S. 7.

¹²⁹ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 7.

seien, die im Vierteljahrestakt Erfolg messen, Substanz absaugen und Unternehmen kaputtgehen lassen.¹³⁰ Konkrete Beispiele für die Metapher der Heuschrecken erwähnte er nicht. Aus den darauffolgenden Diskussionen wurde aber bald erkennbar, dass v. a. US-amerikanische Finanzinvestorinnen und Finanzinvestoren in Form von *Private-Equity-Unternehmen* und *Hedge-Funds* als Heuschrecken betrachtet wurden.¹³¹

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-Funds* traditionell durch einen kurzfristigen Investitionshorizont aus. Sie investieren fast ausschliesslich in börsennotierte Gesellschaften, um Kursgewinne zu erzielen. Die Grenze zwischen *Hedge-Funds* und *Private-Equity-Unternehmen* ist jedoch zunehmend fließend geworden. Gerade *Hedge-Funds* nehmen immer stärker auch Einfluss auf das oberste Kader eines Unternehmens.¹³²

Als Folge dieser Diskussionen griff der deutsche Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung (Sachverständigenrat)¹³³ die Thematik auf. Er hielt fest, dass viele der in den öffentlichen Diskussionen genannten Argumente zu kurz greifen. *Hedge-Funds* 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 Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmern zu übernehmen, und eröffnen für die Unternehmen neue Finanzierungsmöglichkeiten. Im Vordergrund der Diskussionen hätten die Risiken für Unternehmen gestanden, über die kurzfristig orientierte Finanzinvestorinnen und -investoren – Heuschrecken gleich – herfielen, sie abgrasten und dann weiterzögen. Der Sachverständigenrat hielt fest, dass diese einfache Argumentationslinie ökonomisch nicht begründet ist, da sie unterstellt, dass Finanzinvestorinnen und -investoren systematisch den Wert des Unternehmens zerstören, ihre Beteiligung dann aber gleichwohl mit Gewinn veräussern können.

Die stärksten Ängste rief die vermeintliche soziale Verantwortungslosigkeit der Finanzinvestorinnen und -investoren hervor. Konkret wurde 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

¹³⁰ S. www.franz-muentefering.de/reden/pdf/19.11.04.pdf, S. 6.

¹³¹ S. Stern online vom 28. April 2005 (Die Namen der «Heuschrecken»).

¹³² S. Jahresgutachten 2005/06 des Sachverständigenrats, S. 464.

¹³³ S. www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/index.html.

oder diesen sogar ausbauen. So würden Übernahmen durch Finanzinvestorinnen und -investoren 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 Finanzinvestorinnen und -investoren zur Last gelegt werden. Ihr Auftreten führe dazu, dass ohnehin notwendige Anpassungen durchgeführt werden. Genau genommen sei es allerdings im Einzelfall nur schwer möglich, die Frage nach der Beschäftigungswirkung zu beantworten, da hierzu eigentlich ein Vergleich mit der Beschäftigungsentwicklung vorgenommen werden müsste, die das Unternehmen ohne die Tätigkeit der Finanzinvestorinnen und -investoren aufgewiesen hätte. Empirische Untersuchungen über die Auswirkungen von *Private-Equity-Unternehmen*, die für verschiedene Länder vorlägen, würden mehrheitlich zeigen, dass durch *Private-Equity-Unternehmen* finanzierte Gesellschaften 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.

Der Sachverständigenrat kam deshalb zur Erkenntnis, dass von den Aktivitäten sowohl der *Hedge-Funds* als auch der *Private-Equity-Unternehmen* keine wesentlichen Risiken für die Unternehmen sowie Anlegerinnen 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 Anlegerinnen und Anleger oder ein allgemeines Verbot der Wertpapierleihe ab.¹³⁴

1.4.3.2 Erkenntnisse für die Schweiz

Im Vergleich zu den Debatten in Deutschland blieb es hinsichtlich der *Hedge-Funds* und *Private-Equity-Unternehmen* relativ ruhig.¹³⁵ Die Metapher der Heuschrecke

¹³⁴ S. Jahresgutachten 2005/06 des Sachverständigenrats, S. 35 und S. 468. Zu weiteren Ausführungen: S. 463 ff.

¹³⁵ 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 vom 19. März 2010 (10.3337) und Interpellation Kaufmann vom 19. März 2010 (10.3285).

wurde selten verwendet.¹³⁶ Ausländische Investorinnen und Investoren sind in der Schweiz willkommen, was der hohe Kapitalbestand von Auslandsinvestitionen in der Schweiz zeigt. Sie unterstützen die Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Wirtschaft und schaffen Arbeitsplätze.¹³⁷

Es gibt – ähnlich wie in Deutschland – keine umfassende empirische Grundlage, welche die Aktivitäten von *Hedge-Funds* und *Private-Equity-Unternehmen* als volkswirtschaftlich schädlich einstufen würden. Ein Kahlschlag an Arbeitsplätzen oder eine Zerschlagung schweizerischer Unternehmen oder Unternehmensgruppen waren bisher nicht erkennbar. Aufgrund der vergleichbaren Situation lassen sich die Überlegungen des deutschen Sachverständigenrats auf die Schweiz übertragen. Ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Aktienrecht ist zum heutigen Zeitpunkt nicht auszumachen. Auch im Rahmen der Vernehmlassung wurde kein solcher Handlungsbedarf erkennbar.

1.4.4 Dispoaktien

1.4.4.1 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 Aktionärin oder Aktionär (Art. 686 Abs. 4 OR).

Aktionärinnen und Aktionäre, die ihre Titel an der Börse verkaufen, verlieren 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 sowie Art. 689a Abs. 1 OR). In der Praxis überweisen jedoch die Unternehmen insbesondere die Dividenden über die Banken an die ihnen unbekanntenen «Aktionärinnen und Aktionäre». Die Rechtmässigkeit dieser Praxis ist nicht unumstritten.¹³⁸ Die Praxis

¹³⁶ S. Interpellation David vom 19. März 2010 (10.3254): Die «Heuschrecken» in der Ostschweiz. Vereinzelt wurde der Begriff im Rahmen der Beratungen der verschiedenen Aktienrechtsvorlagen bzw. der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» (2008–2013) 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.). Auch bei der Rückweisung des E 2007 an den Bundesrat wurden die «actionnaires prédateurs»/«criquets» erwähnt (Jean Christophe Schwaab, AB 2013 N 884 f.). Materielle Erkenntnisse lassen sich daraus insgesamt keine gewinnen.

¹³⁷ Medienmitteilung des WBF vom 30. Januar 2008.

¹³⁸ S. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 6 N 163–165.

ist jedoch seit Jahrzehnten dermassen etabliert, dass von Gewohnheitsrecht ausgegangen wird.¹³⁹

Die meisten grossen Publikumsgesellschaften weisen einen Dispoaktien-Bestand von 20–40 Prozent auf; drei Viertel der kleineren Publikumsgesellschaften hingegen einen solchen von unter 20 Prozent. Dass kleinere Publikumsgesellschaften in der Regel einen deutlich geringeren Dispoaktien-Bestand haben, liegt u. a. darin begründet, dass ein grösserer Anteil der Stimmrechte bei Grossaktionären liegt.¹⁴⁰

1.4.4.2 Mögliche Probleme bei Dispoaktien

Weist eine Gesellschaft einen hohen Bestand an Dispoaktien auf, könnten folgende Probleme auftreten:¹⁴¹

- Aushöhlung des Rechtsinstituts der Namenaktie: Namenaktien werden u. a. ausgegeben, damit der VR die Aktionärinnen und Aktionäre der Gesellschaft kennt. Somit wird eine direkte Kommunikation zwischen ihm und dem Aktionariat möglich. Ein hoher Bestand an Dispoaktien schränkt diesen Zweck ein. Folglich wird faktisch auch die unübertragbare Befugnis der GV zur Umwandlung von Aktien in Partizipationsscheine unterlaufen. Die Entwicklung der Informationstechnologien relativiert zumindest das Problem der erschwerten direkten Kommunikation jedoch mittlerweile erheblich.
- Beeinträchtigte *Corporate Governance*: Ein hoher Bestand an Dispoaktien bedeutet, dass ein gewichtiger Teil des Aktionariats nicht an der Entscheidungsfindung der Gesellschaft teilnimmt (wer nicht im Aktienbuch eingetragen ist, hat kein Stimmrecht). Je weniger breit abgestützt ein Beschluss der GV ist, desto geringer erscheint 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 ⅓ Prozent für einen Kontrollwechsel ausreichend. Den übrigen Aktionärinnen und Aktionären entgeht dadurch der übernahmerechtliche Schutz des Finanzmarktrechts (Art. 135 FinfraG). Teilweise wird die Gefahr der erleichterten (feindlichen) Übernahmen allerdings relativiert, da insbesondere die vorhandene Aktionärsstruktur (z. B. eine Ankeraktionärin oder ein Ankeraktionär) solche Übernahmen erschweren kann.¹⁴²

¹³⁹ S. Peter Forstmoser, *Corporate Social Responsibility, eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften*, in: Waldburger, Robert/Sester, Peter/Peter, Christoph/Baer, Charlotte M., *Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag*, Bern 2015, S. 163, Fn. 25.

¹⁴⁰ S. Daniel. M. Häusermann, *Dispoaktien: Ein 250-Milliarden-Problem?*, *GesKR* 2/2012, S. 223 f.

¹⁴¹ S. Karim Maizar, *Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften*, Zürich 2012, S. 461.

¹⁴² S. Daniel. M. Häusermann, *Dispoaktien: Ein 250-Milliarden-Problem?*, *GesKR* 2/2012, S. 224 ff.

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

1.4.4.3 Keine Regelung im Entwurf vom 21. Dezember 2007

In der Botschaft zum E 2007¹⁴³ wie auch im erläuternden Bericht zum VE 2005¹⁴⁴ wurden die vorangehend dargelegten Probleme offengelegt. 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 problematisch erwiesen, verzichtete der Bundesrat auf eine zwingende gesetzliche Regelung zur Behebung der Dispoaktien-Problematik.¹⁴⁵

Der Mehrheit des Ständerats hingegen schien eine Regelung unabdingbar. Der Ständerat stimmte deshalb einem umstrittenen *Nominee*-Modell zu, das von Gesetzes wegen zur Anwendung gelangen würde.¹⁴⁶ Das *Nominee*-Modell war von Peter Böckli und Jan Bangert für die Wirtschaftsverbände erarbeitet worden.¹⁴⁷ Der Nationalrat hat sich mit dem *Nominee*-Modell bisher nicht befasst.

1.4.4.4 Grundzüge des ständerätlichen *Nominee*-Modells

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

Um Doppelintragungen derselben Aktien ins 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 dann durch die Eintragung der Aktionärin oder des Aktionärs ersetzt, wenn sie in deren oder dessen 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 deren oder dessen Identität noch den Inhalt der Weisungen gegenüber der Gesellschaft offenlegt (aufgrund des Bankkundengeheimnisses). Erhält die Verwahrungsstelle im Hinblick auf eine bestimmte GV keine spezifischen Weisungen (z. B. hat die Aktionärin oder der Aktionär nicht reagiert), so übt sie das Stimmrecht anhand der allgemeinen Weisung der Aktionärin oder des Aktionärs aus (z. B. Abstimmen gemäss den Anträgen des VR). Die allgemeinen

¹⁴³ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1619.

¹⁴⁴ Bericht Vorentwurf Aktienrecht 2005, S. 18 f.

¹⁴⁵ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1620 f.

¹⁴⁶ AB 2009 S 602 ff. und 620 ff.

¹⁴⁷ Das Privatgutachten ist u. a. zu finden unter: www.swissholdings.ch/fileadmin/kundendaten/Dokumente/Archiv_Vernehmlassungen-Kapital/Erlaeuterungen_final.pdf.

Weisungen sind meistens in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Verwahrungsstelle zum Verwahrungs- und Depotvertrag enthalten.

Der Anteil der Stimmen, welche die Verwahrungsstelle für eine Aktionärin oder einen Aktionär ausüben darf, ist auf 0,2 Prozent des Aktienkapitals 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 (*Opting-out*).

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 angehen und das Stimmrecht weisungsgemäss ausüben. Dafür darf sie der Gesellschaft die notwendigerweise entstandenen Kosten in Rechnung stellen.

1.4.4.5 Vor- und Nachteile des *Nominee*-Modells

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

- Die Dispoaktien würden durch das *Nominee*-Modell grundsätzlich beseitigt. Da mangels Gesuch um Eintragung als Aktionärin oder Aktionär die Verwahrungsstelle eingetragen wird, weist das Aktienbuch keine Leerstellen mehr auf.
- Die direkte Kommunikation zwischen der Gesellschaft und den Dispoaktionärinnen und -aktionären 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 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 (Art. 685d OR).
- 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 hat jedoch auch zum Teil 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 Weisun-

gen an die Verwahrungsstelle zumindest einen Teil ihrer Stimmrechte ausüben. Das *Nominee*-Modell schafft folglich sogar einen Anreiz, sich nicht direkt ins Aktienbuch eintragen zu lassen.

- Artikel 4 Absatz 3 BEG lässt auch ausländische Banken und Effektenhändler als Verwahrungsstelle zu. Das *Nominee*-Modell sieht für die Funktion als *Nominee* hingegen nur schweizerische Banken bzw. Effektenhändler vor. Das *Nominee*-Modell diskriminiert folglich ausländische Institute direkt. Zudem erschwert es Personen mit ausländischem Wohnsitz oder Sitz, ihre Stimmrechte durch einen *Nominee* ausüben zu lassen, da sie ihre Aktien häufig bei ihrer ausländischen Hausbank aufbewahren und verwalten lassen.
- Gemäss *Nominee*-Modell könnten die Verwahrungsstellen 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 widerspricht dem Verursacherprinzip und 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 -aktionären erhält. Allgemeine Weisungen sind in den allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Verwahrungs- und Depotvertrag enthalten. Meistens geben sie vor, dass die Verwahrungsstelle gemäss den Anträgen des VR 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» verbieten Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV sowie Artikel 11 VegüV die Depotstimmrechtsvertretung explizit. Durch das *Nominee*-Modell, das eine institutionelle Stimmrechtsvertretung durch die Verwahrungsstelle (Bank, Effektenhändler) 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 (insbesondere in Verbindung mit der Möglichkeit zur Erteilung von Dauervollmachten) 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.

1.4.4.6 Bonus-/Malusdividende gemäss Vorentwurf und Erkenntnisse aus der Vernehmlassung

Aufgrund der vorangehend dargestellten Nachteile des *Nominee*-Modells und der Tatsache, dass der Ständerat im Rahmen der Beratung des E 2007 einen hohen Bestand an Dispoaktien als problematisch erachtete, enthielt der Vorentwurf einen Lösungsvorschlag. Die Statuten hätten vorsehen können, dass Aktionärinnen und Aktionäre, die an der GV ihr Stimmrecht ausüben, eine bis zu 20 % höhere Divi-

dende erhalten würden (Art. 661 Abs. 2 Ziff. 1 VE OR). Für den umgekehrten Fall hätten sie alternativ auch eine Malus-Dividende vorsehen können (Ziff. 2). Zudem hätten Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, die elektronische Anmeldung für die Eintragung ins Aktionärsbuch vorsehen müssen (Art. 686b VE OR).

In der Vernehmlassung wurde zwar begrüsst, dass der Bundesrat sich um eine Lösung der Dispoaktien-Problematik bemühte und dabei den Gesellschaften mittels Statuten einen Gestaltungsspielraum belassen wollte. Der Vorschlag einer Bonus- bzw. Malusdividende wurde jedoch deutlich abgelehnt, und zwar aus folgenden Überlegungen:

- Die Bestrafung passiver Aktionärinnen und Aktionäre soll nicht zulässig werden. Faktisch läge ein Stimmzwang vor, der durch die mittelbar gesetzlich verankerte, unechte Konventionalstrafe in Form der höheren oder tieferen Dividende entstände.
- Dieser Stimmzwang stünde im Widerspruch zum liberalen Konstrukt der schweizerischen Aktiengesellschaft und würde eine Ungleichbehandlung unter den Aktionärinnen und Aktionären schaffen. Es soll deren freier Entscheid bleiben, sich ins Aktienbuch eintragen zu lassen.
- Die Mitgliedschafts- und die Vermögensrechte der Aktionärinnen und Aktionäre sollen nicht vermischt werden. Im Hinblick auf die Ausübung ihres Stimmrechts würden die Aktionärinnen und Aktionäre finanziell und somit nicht primär von der Thematik der traktandierten Geschäfte motiviert.
- Die Verwaltung der Wertpapiere und Wertrechte würde komplexer und somit teurer. Die Attraktivität des Finanzplatzes Schweiz würde folglich beeinträchtigt.
- Aktionärinnen und Aktionäre mit ausländischem Wohnsitz oder Sitz würden oftmals diskriminiert. Die Regelung wäre für einen multinationalen Konzern mit breit gestreutem Aktionariat kaum durchsetzbar.
- Es werden Schwierigkeiten bei der Umsetzung befürchtet, u. a. beim Aktienhandel, da keine eindeutig bestimmte Dividendenberechtigung mehr vorliegt.
- Es werden Inkonsistenzen mit dem geltenden Vinkulierungsrecht (Art. 685f OR) befürchtet.¹⁴⁸

Im Gegensatz zum bundesrätlichen Standpunkt im erläuternden Bericht zum Vorentwurf (s. Ziff. 1.4.4.5)¹⁴⁹ beurteilten einige Teilnehmerinnen und Teilnehmer der Vernehmlassung das ständerätliche *Nominee*-Modell auch nach der Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» als zulässig. Es liege keine modifizierte Art der verbotenen Depotstimmrechtsvertretung und somit kein Verstoß gegen Artikel 95 Absatz 3 BV vor. Am Vorschlag des *Nominee*-Modells solle trotzdem nicht festgehalten werden. Einige der (oben erwähnten) Nachteile des *Nominee*-Modells seien aus heutiger Sicht auch für die Wirtschaft nicht unerheblich. Insbesondere

¹⁴⁸ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 26 f.

¹⁴⁹ Bericht Vorentwurf Aktienrecht 2014, S. 34.

bestünde die Gefahr, dass sich noch weniger Erwerberinnen und Erwerber von börsenkotierten Namenaktien direkt ins Aktienbuch eintragen lassen würden.¹⁵⁰

Die Vernehmlassung zur Pflicht für börsenkotierte Aktiengesellschaften, die elektronische Anmeldung für die Eintragung ins Aktienbuch vorzusehen (s. Art. 686b), lieferte kein klares Bild.¹⁵¹

1.4.4.7 Verzicht auf eine gesetzliche Regelung

Ein grundlegend neuer Lösungsansatz zur Reduktion eines hohen Bestands an Dispoaktien wurde in der Vernehmlassung nicht erkennbar; vereinzelt wurden die Loyalitätsdividenden erwähnt.¹⁵² Da Dispoaktien nur bei Aktiengesellschaften mit börsenkotierten Namenaktien entstehen können, liegt auch keine KMU-Problematik vor.

Gemäss einigen Teilnehmerinnen und Teilnehmern der Vernehmlassung ist die Dispoaktien-Problematik überbewertet. Sie sei die logische Folge des aktienrechtlichen Grundprinzips, dass Aktionärinnen und Aktionäre aufgrund des Aktienrechts nur die Pflicht zur Liberierung ihrer Aktien hätten.¹⁵³ Auch die Gefahr der erleichterten (feindlichen) Übernahmen wird in der neueren Literatur relativiert (s. Ziff. 1.4.4.2).¹⁵⁴

Trotz der oben dargestellten möglichen Probleme kann zudem argumentiert werden, dass ein Dispoaktien-Bestand auf rationalen Entscheiden der in- und ausländischen Anlegerinnen und Anleger basiert. Diese haben z. B. nur Interesse an einer regelmässigen Dividende sowie an Kursgewinnen, oder die Eintragung ins Aktienbuch erscheint ihnen als zu aufwendig (Letzterem soll mit Art. 686b Abhilfe geschaffen werden). Ein hoher Bestand an Dispoaktien muss also nicht *per se* ein pathologischer Zustand sein.¹⁵⁵

Auch der Nationalrat und der Ständerat haben bei ihrem indirekten Gegenvorschlag zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» auf das *Nominee*-Modell verzichtet (s. Ziff. 1.1.6).¹⁵⁶

Es wird deshalb – wie im E 2007¹⁵⁷ – auf eine gesetzliche Regelung der Dispoaktien verzichtet. Diese sind letztendlich mit ein Preis für die gewünschte leichte Handelbarkeit der börsenkotierten Namenaktien und des Bankkundengeheimnisses.

¹⁵⁰ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 27.

¹⁵¹ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 26.

¹⁵² Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 27.

¹⁵³ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 27.

¹⁵⁴ S. Daniel M. Häusermann, Dispoaktien: Ein 250-Milliarden-Problem?, GesKR 2/2012, S. 224 ff., der von «geringer Bedeutung des Beherrschungsarguments» schreibt.

¹⁵⁵ 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.

¹⁵⁶ S. Hans-Ueli Vogt, Aktionärsdemokratie, Zürich 2012, S. 130 f.

¹⁵⁷ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1619 ff.

1.4.5 Verwendung elektronischer Mittel

Im Gegensatz zum E 2007¹⁵⁸ bieten die neuen Bestimmungen zur Verwendung elektronischer Mittel (s. Art. 701c ff.) den Gesellschaften mehr Spielraum, z. B. bei der virtuellen GV. Auch mehrere weitere Anliegen, die im Rahmen der Vernehmlassung vorgebracht wurden, konnten im Gesetzestext umgesetzt oder in den Erläuterungen berücksichtigt werden.

1.4.6 Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV

Am 1. Januar 2014 ist die VegüV in Kraft getreten (s. Ziff. 1.1.8.1). Diese sieht Bestimmungen vor, die an sich ins OR, BVG und StGB gehören. Mit dem Entwurf werden diese Bestimmungen in die entsprechenden Bundesgesetze überführt, also auf die formell-gesetzliche Stufe angehoben. Der Überführung der Bestimmungen der VegüV ins Gesetzesrecht wurde in der Vernehmlassung deutlich zugestimmt. Die über die VegüV hinausgehenden Bestimmungen wurden hingegen grösstenteils deutlich abgelehnt.¹⁵⁹

Im Unterschied zum Vorentwurf beinhaltet der Entwurf daher eine «VegüV-nahe» Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV. Überlegungen zur Rechtssicherheit und zur Stabilität des Wirtschaftsstandorts Schweiz standen dabei im Vordergrund (s. Ziff. 1.3.6).

1.4.6.1 Aktienrechtliche Bestimmungen

Bei den Antrittsprämien, den Entschädigungen an ehemalige Mitglieder des obersten Kaders sowie beim Konkurrenzverbot und den damit verbundenen Karenzentschädigungen weicht der Entwurf aber dennoch von der VegüV ab, um die notwendige Rechtssicherheit zu schaffen. Die Abgrenzung der Antrittsprämien von den unzulässigen Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden (s. Art. 735c Abs. 1 Ziff. 6; Art. 20 Ziff. 2 VegüV), und die Abgrenzung der entschädigungspflichtigen Konkurrenzverbote von den unzulässigen Abgangsentschädigungen (s. Art. 735c Abs. 1 Ziff. 1; Art. 20 Ziff. 1 VegüV) können nun auf Gesetzesstufe vorgenommen werden. Dies ist im Interesse des obersten Kaders der Gesellschaft, da bei Widerhandlungen gegen das Verbot der unzulässigen Vergütungen hohe Freiheits- und Geldstrafen drohen (s. Art. 154 E StGB).

Antrittsprämien stellen eine Entschädigung bei Stellenantritt für den Verlust werthaltiger Ansprüche gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber oder Auftraggeber dar (z. B. Teilnahme an einem noch laufenden Optionsplan, gesperrte Aktien), die einem neuen Mitglied des VR oder der Geschäftsleitung zugestanden hätten, wenn es nicht das Unternehmen gewechselt hätte. Durch die Antrittsprämien wird also nicht die

¹⁵⁸ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1681 f. S. insgesamt Ines Pöschel, Generalversammlung und Internet: Versuch einer Ent-Täuschung, in: Watter, Rolf (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Eine Standortbestimmung per Ende 2010, S. 223 ff.

¹⁵⁹ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 6 und S. 21 f.

Arbeit beim neuen Arbeitgeber entschädigt, sondern es wird der Verzicht auf Ansprüche oder Anwartschaften gegenüber dem *bisherigen* Arbeitgeber entschädigt. Nach geltendem Recht sind die Antrittsprämien daher keine unzulässigen Vergütungen gemäss Artikel 20 VegüV; sie müssen aber nach Artikel 14 Absatz 2 Ziffer 5 VegüV im Vergütungsbericht offengelegt und durch die GV genehmigt werden.¹⁶⁰ Für die Statuierung eines Verbots oder von Einschränkungen von Antrittsprämien in der VegüV fehlte die klare verfassungsmässige Grundlage. Wird allerdings nicht ein tatsächlich entstandener finanzieller Nachteil kompensiert, so stellen die Antrittsprämien faktisch unzulässige Vergütungen dar, die im Voraus ausgerichtet werden (entsprechend Art. 20 Ziff. 2 VegüV).¹⁶¹ Im Interesse der Klarheit und der Rechtssicherheit nimmt der Entwurf die Antrittsprämien, die keinen nachweisbaren finanziellen Nachteil kompensieren, in die Liste der unzulässigen Vergütungen auf (s. Art. 735c Abs. 1 Ziff. 5). Der Vorentwurf sah vor, dass es eines «klaren» Nachweises bedürfe. Der Bundesrat verzichtet auf dieses Zusatzerfordernis, da die benötigten Informationen oftmals nur beim bisherigen Arbeitgeber vorliegen.¹⁶²

Ähnlich gestaltet sich die Situation bei den Karenzentschädigungen, insbesondere nach der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses. Unter Karenzentschädigung versteht man eine Summe, die dafür bezahlt wird, dass sich eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer eine Zeitlang 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 eine marktgerechte Karenzentschädigung zu leisten, muss zulässig bleiben. Ist das Konkurrenzverbot aber geschäftsmässig nicht begründet (z. B. weil gar kein Einblick in sensible Daten stattfand), so soll die Entschädigung gemäss Artikel 735c Absatz 1 Ziffer 2 unzulässig sein. In einem solchen Fall wird deutlich, dass der übereinstimmende wirkliche Wille der Vertragsparteien auf die Zahlung einer verdeckten Abgangentschädigung abzielt und das vereinbarte Konkurrenzverbot nur in der Absicht getroffen wurde, die wahre Beschaffenheit des Vertrags zu verbergen (Art. 18 OR); es liegt eine unzulässige Abgangentschädigung vor (s. Art. 735c Abs. 1 Ziff. 1; Art. 20 Ziff. 1 VegüV¹⁶³). Im Gegensatz zur VegüV qualifiziert der Entwurf entsprechende Tatbestände explizit als unzulässige Vergütungen und stellt klar, dass «Entschädigungen aufgrund eines geschäftsmässig nicht begründeten Konkurrenzverbots» unzulässig sind. Zudem wird festgehalten, dass die Entschädigung für ein Konkurrenzverbot die durchschnittliche Jahresvergütung der letzten drei Jahre nicht übersteigen darf (s. Art. 735c Abs. 1 Ziff. 3). Im Unterschied dazu sah der Vorentwurf eine Begrenzung der Dauer des Konkurrenzverbots auf zwölf Monate vor (Art. 735c Abs. 3 VE OR). Da längere Konkurrenzverbote in der Praxis zum Teil notwendig sein können, hat der Bundesrat sich für die finanzielle Begrenzung entschieden. Die Limitierung auf eine Jahresvergütung lässt den Unternehmen die

¹⁶⁰ Bericht VgDA, S. 25 f. und Bericht VegüV, S. 12.

¹⁶¹ Bericht VegüV, S. 12.

¹⁶² Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 24.

¹⁶³ Bericht VgDA, S. 25.

nötige Flexibilität und verhindert dennoch eine exzessive Vergütungspolitik im Bereich der Konkurrenzverbote.¹⁶⁴

1.4.6.2 Bestimmungen zu den Vorsorgeeinrichtungen

Der Entwurf 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 FZG unterstellt sind, werden ins BVG überführt (s. insbesondere Art. 71a f. und 76 Abs. 1 Bst. h E 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 nur durch den Anlagezweck faktisch verbunden sind.

1.4.6.3 Strafbestimmungen

Strafrecht als *Ultima Ratio*

Die heute in Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe d BV und in den Artikeln 24 und 25 VegüV verankerten Strafbestimmungen werden in Artikel 154 E StGB und in Artikel 76 E BVG überführt.

Der neue Artikel 154 E StGB regelt die Strafbarkeit der Mitglieder des VR und der Geschäftsleitung 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 Wortlaut 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:

Das Strafrecht dient dem Schutz der sozialen Grundordnung, und nur sozialschädliches Verhalten von gewisser Intensität sollte der staatlichen Strafgewalt und damit der schärfsten staatlichen Reaktion unterstellt werden. Es gilt, den verfassungsmässigen Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 und 36 Abs. 3 BV) zu beachten. Der Einsatz des Strafrechts, das einen weitreichenden Eingriff in die persönliche Freiheit und das Eigentum des Einzelnen nach sich zieht, ist nur dann

¹⁶⁴ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 23 f.

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.¹⁶⁵

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* ist, solche Verhaltensweisen umfassend zu pönalisieren. Diese Frage gilt umso mehr, als das geltende Aktienrecht, einschliesslich der VegüV, und der vorliegende Entwurf diverse Instrumente umfassen, mit denen insbesondere die Aktionärinnen und Aktionäre auf die Vergütungspolitik einwirken können (Subsidiarität des Strafrechts). Zu erwähnen sind etwa die Rückerstattungsklage (s. Art. 678), die Verantwortlichkeitsklage (Art. 754 OR), die Anfechtbarkeit bzw. Nichtigkeit von Organ-Beschlüssen (Art. 706 ff. und 714 OR), die Abberufung z. B. des fehlbaren Mitglieds des VR (Art. 705 Abs. 1 OR) und die Abstimmung der GV über die Vergütungen (s. Art. 735; bisher Art. 18 f. VegüV). 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 Offizial- oder Antragsdelikte handeln soll. Im geltenden Strafrecht sind die meisten Strafnormen 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 Unrechtsgehalts; b) weil das Strafverfahren die Persönlichkeitssphäre des Verletzten regelmässig stark tangiert; c) weil die Strafverfolgung enge persönliche Beziehungen zwischen dem Opfer und der Täterin oder dem Täter beeinträchtigen könnte.¹⁶⁶

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, könnte für die Ausgestaltung als Antragsdelikte sprechen. Auch die Prägung des Aktienrechts durch privatrechtliche und wirtschaftliche Prinzipien würde für eine Ausgestaltung als Antragsdelikte sprechen.

Nachdem sich aber – wie bereits im Rahmen der Anhörung zum Vorentwurf zur VegüV (damals noch: Verordnung gegen die Abzockerei) – auch bei der Vernehm-

¹⁶⁵ S. Franz Riklin, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich 2007, § 4 N 4 ff.; Kurt Seelmann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Zürich 2012, S. 6 ff.; Peter Albrecht, Strafrecht ohne Recht?, ZStrR 04/2013, S. 387.

¹⁶⁶ S. Christoph Riedo, vor Art. 30 N 9, mit Verweisen, in: Niggli, Marcel Alexander/Wiprächtiger, Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Auflage, Basel 2013.

lassung nur eine kleine Anzahl der Teilnehmenden explizit für eine Ausgestaltung der Strafnormen als Antragsdelikte ausgesprochen haben,¹⁶⁷ erscheint es sachgerecht, die Ausgestaltung als Officialdelikte – wie im Vorentwurf vorgeschlagen – aus folgenden Gründen beizubehalten:

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 Aktionären zukommen.¹⁶⁸ 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 StPO). 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 oder sein kann.¹⁶⁹ So gesehen besteht – zumindest bei einem Teil der Widerhandlungen – ein spezifisches Interesse der Öffentlichkeit an einer Strafverfolgung. Aus ähnlichen Überlegungen hat das Parlament am 25. September 2015 beschlossen, die aktive und passive Privatbestechung, mit Ausnahme der leichten Fälle, neu als Officialdelikte auszugestalten (s. Art. 322^{octies} Abs. 1 und 322^{novies} Abs. 1 nStGB).¹⁷⁰ Auch ist darauf hinzuweisen, dass die Strafverfolgungsbehörden in über 90 % aller Fälle (also auch bei den meisten Officialdelikten) nur über Hinweise aus der Bevölkerung von einer Straftat erfahren.¹⁷¹ Und schliesslich sind die Straftatbestände bereits im geltenden Recht als Officialdelikte ausgestaltet (Art. 24 f. VegüV).

Strafdrohung

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.¹⁷² Die Strafdrohungen sind nach der Schwere der Rechtsgutverletzung abzustufen und in Einklang mit den bestehenden Straftatbeständen des Strafrechts zu bringen.¹⁷³ Die in Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe d BV vorgesehene Strafdrohung (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen) wird deshalb differenziert ausgestaltet (s. Art. 154 Abs. 1 und 2 E StGB, Art. 76 Abs. 1 Bst. h E BVG), denn die laut diesen Bestimmungen zu sanktionierenden Verhaltensweisen weisen nicht alle den gleichen Unrechtsgehalt auf. So lässt sich z. B. der Bezug einer unzulässigen Abgangsentschädi-

¹⁶⁷ S. Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 39.

¹⁶⁸ S. Marcel Alexander Niggli, Art. 158 N 174, in: Niggli, Marcel Alexander/Wiprächtiger, Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II, 3. Auflage, Basel 2013.

¹⁶⁹ S. dazu den Ingress von Art. 95 Abs. 3 BV: «Zum Schutz der Volkswirtschaft [...]»
¹⁷⁰ BBI 2015 7165.

¹⁷¹ S. Christoph Riedo, vor Art. 30 N 5, in: Niggli, Marcel Alexander/Wiprächtiger, Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Auflage, Basel 2013.

¹⁷² BGE 123 IV 29 E. 4.c, S. 38.

¹⁷³ S. auch den Bericht zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht, Ziff. 1.4.

gung 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.¹⁷⁴

1.4.7 **Richtwerte für die Vertretung beider Geschlechter im VR und in der Geschäftsleitung**

Richtwerte für die Vertretung beider Geschlechter in VR und Geschäftsleitung sind seit mehreren Jahren ein aktuelles und viel diskutiertes Thema. Die neusten Zahlen ergeben ein durchzogenes Fazit. Am 8. März 2016 ist zum elften Mal der *Schillingreport*¹⁷⁵ publiziert worden, der die 100 grössten Schweizer Unternehmen analysiert. Demgemäss gibt es in den VR der 100 grössten Schweizer Unternehmen zwar mit 16 Prozent mehr Verwaltungsrätinnen als im Vorjahr (15 %), der Frauenanteil unter den neuen Mitgliedern des VR fällt mit 23 Prozent allerdings geringer aus als im Vorjahr (33 %). Auf Geschäftsleitungsebene fällt der Befund ernüchternd aus: Nur 4 Prozent aller neu gewählten Geschäftsleitungsmitglieder waren laut der Analyse im *Schillingreport* Frauen (2015 waren es noch 9 %). Damit stagniert der Frauenanteil auf bescheidenen 6 Prozent.¹⁷⁶

Auch in der EU sind Geschlechterrichtwerte ein aktuelles Thema. Am 14. November 2012 hat die EU-Kommission einen Vorschlag für einen gesetzlich zu verankernden Richtwert für die Vertretung beider Geschlechter im VR verabschiedet.¹⁷⁷ Dieser Richtlinienvorschlag enthält eine Zielvorgabe, wonach das unterrepräsentierte Geschlecht 40 Prozent der Aufsichtsratsmitglieder bzw. der nicht geschäftsführenden Direktorinnen und Direktoren in börsenkotierten Unternehmen stellen soll. Unternehmen, in denen dieser Anteil weniger als 40 Prozent beträgt, müssen die betreffenden Positionen durch Vergleich der Qualifikationen der Kandidatinnen und Kandidaten auf der Grundlage klarer, geschlechtsneutraler und eindeutiger Kriterien besetzen. Bei gleicher Qualifikation erhält das unterrepräsentierte Geschlecht den Vorzug. Private börsenkotierte Unternehmen müssten die Zielvorgabe bis zum Jahr 2020 umsetzen, öffentlich beherrschte Unternehmen schon zwei Jahre früher. Die Richtlinie wird für etwa 5000 börsenkotierte Unternehmen in der EU gelten. Kleine und mittlere Unternehmen (mit weniger als 250 Beschäftigten und einem weltweiten Jahresumsatz bis 50 Millionen Euro) sowie nicht börsenkotierte Gesellschaften sind von dieser Regelung ausgenommen. Das EU-Parlament stimmte am 20. November 2013 dem entsprechenden Vorschlag mit bedeutenden Abänderungen zu. Bei den zu

¹⁷⁴ S. Bericht Vernehmlassung VgdA, S. 7.

¹⁷⁵ S. Schillingreport 2016 der guido schilling ag, Transparenz an der Spitze, Die Geschäftsleitungen und Verwaltungsräte der hundert grössten Schweizer Unternehmen im Vergleich.

¹⁷⁶ S. Medienmitteilung vom 8. März 2016 mit den wichtigsten Erkenntnissen des *Schillingreports* 2016 (zu finden auf www.schilling.ch).

¹⁷⁷ Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Gewährleistung einer ausgewogeneren Vertretung von Frauen und Männern unter den nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften und über damit zusammenhängende Maßnahmen (COM (2012) 614 final).

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 Ministerrats steht noch aus und ist ungewiss, obschon bereits einige Mitgliedstaaten Geschlechterrichtwerte in unterschiedlicher Ausgestaltung auf nationaler Ebene eingeführt haben.

Im internationalen Umfeld sind klare Bestrebungen für mehr Frauen in VR und Geschäftsleitung erkennbar. Etliche Staaten haben einen Geschlechterrichtwert gesetzlich verankert. Norwegen hat bereits 2003 einen gesetzlich verankerten Geschlechterrichtwert von 40 Prozent für die Aufsichtsräte eingeführt, der von börsenkotierten Unternehmen bis 2008 umgesetzt werden musste. Im Extremfall hätte bei der Nichteinhaltung des Geschlechterrichtwerts die Auflösung des Unternehmens angeordnet werden können.¹⁷⁸ Für Deutschland gilt seit 2016, dass 30 Prozent der Aufsichtsräte in deutschen börsenkotierten Unternehmen Frauen sein müssen. Eine Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrats unter Verstoß gegen den Geschlechterrichtwert ist nichtig. Die für das unterrepräsentierte Geschlecht vorgesehenen Plätze bleiben unbesetzt (Prinzip des «leeren Stuhls»¹⁷⁹). Bemerkenswert ist auch die Entwicklung in Grossbritannien. Der Anteil von Verwaltungsrätinnen in den 100 grössten britischen Unternehmen ist seit 2011 um mehr als das Doppelte gestiegen (von 12,5 % auf 26,1 %).¹⁸⁰ Der Ansatz beruht in Grossbritannien allerdings auf einem freiwilligen, von der Wirtschaft initiierten Geschlechterrichtwert von 25 Prozent und nicht auf gesetzlichen Vorgaben.

In einer Studie von Ernst & Young belegt die Schweiz im internationalen Vergleich von 59 Ländern bezüglich der Vertretung der Frauen in der Geschäftsleitung lediglich Rang 56. Beim Anteil der Verwaltungsrätinnen sieht es für die Schweiz immerhin etwas besser aus, hier liegt sie auf Rang 42.¹⁸¹

Artikel 8 Absatz 3 BV besagt, dass der Gesetzgeber für die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung von Mann und Frau sorgt, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Die Verfassung statuiert hier über die allgemeine Chancengleichheit hinaus eine Verpflichtung des Gesetzgebers, für die tatsächliche Gleichheit im Sinne einer Ergebnisgleichheit zu sorgen. Dieser anspruchsvolle Auftrag umfasst auch «positive» Massnahmen, d. h. Sondermassnahmen, die eine besondere Behandlung von Frauen oder Männern beinhalten können, so z. B. Unterstützungsmassnahmen und Vorzugsbehandlungen. Es können somit Massnahmen zur Kompensation getroffen

¹⁷⁸ S. Spiegel online «Quote in Norwegen: Frau am Steuer» (28. Mai 2012).

¹⁷⁹ S. E&Y, Corporate Law Newsletter 2/2015, «Neueste Rechtsprechung und aktuelle Entwicklungen aus dem Bereich Corporate Law»; Hartmut Oetker, § 96 AktG N 7, in: Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Auflage, München 2016.

¹⁸⁰ S. NZZ vom 31. Oktober 2015, S. 34 («Freiwillig mehr Frauen in britischen Verwaltungsräten»).

¹⁸¹ S. Medienmitteilung E&Y vom 7. März 2016 «Internationale Studie: Schweiz bei der Entwicklung weiblicher Führungskräfte weit abgeschlagen».

werden oder Zielgrössen vorgeben werden.¹⁸² In den letzten 35 Jahren ist es nicht gelungen, auf dem Weg der Selbstregulierung eine ausgewogene Vertretung von Frauen und Männern im obersten Kader grosser Unternehmen zu erreichen. Ein mit Grossbritannien vergleichbares Modell, bei dem sich die Wirtschaftsverbände und Unternehmen freiwillig auf Geschlechterrichtwerte geeinigt haben und diese innert einiger Jahren umgesetzt haben, ist nicht vorhanden. Der *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance* von Economiesuisse, der seit 2002 als Richtschnur für *Corporate Governance* gilt und die entsprechende Entwicklung der Unternehmen mitprägt, enthält in der revidierten Fassung von 2014¹⁸³ immerhin einen Hinweis auf die Vertretung beider Geschlechter im VR. Unter Ziffer 12 (Zusammensetzung von VR und Geschäftsleitung) wird jedoch nur 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». Somit ist man sehr deutlich vom erwähnten Selbstregulierungsansatz von Grossbritannien entfernt.

Rechtliche Rahmenbedingungen können diesen Prozess unterstützen und sind somit gerechtfertigt. Nur so kann der erwähnte Verfassungsauftrag weiter umgesetzt werden. Der im Vorentwurf und nun auch im Entwurf verfolgte *Comply-or-explain*-Ansatz¹⁸⁴ ist verhältnismässig, da er nicht übermässig in die Organisationsfreiheit bzw. in die verfassungsmässige Wirtschaftsfreiheit der Unternehmen eingreift. Er lässt diesen einen ausreichenden Spielraum zur Abweichung von den Geschlechterrichtwerten.¹⁸⁵ Auch die RFA hat die Geschlechterrichtwerte des Vorentwurfs gestützt (s. Ziff. 1.2.3).¹⁸⁶ Der Bundesrat hat sich daher am 4. Dezember 2015 für die Beibehaltung der Geschlechterrichtwerte ausgesprochen und die eingeschlagene Richtung der regulierten Selbstregulierung beibehalten.¹⁸⁷

Im Unterschied zum Vorentwurf differenziert der Entwurf allerdings zwischen dem VR und der Geschäftsleitung. Eine Differenzierung erscheint gerechtfertigt, da in der Geschäftsleitung mehr spezifische Branchenkenntnisse erforderlich sind. Geschäftsleitungsmitglieder werden zudem oft intern gefördert und eine Beförderung in

¹⁸² S. insgesamt BGE 116 Ib 270 E 7.a, S. 283; Margrith Bigler-Eggenberger/Regula Kägi-Diener, Art. 8 N 111, in: Ehrenzeller, Bernhard/Schindler, Benjamin/Schweizer, Rainer J./Vallender, Klaus A., Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, St. Gallen 2014; Bernhard Waldmann, Art. 8 N 106 ff., in: Waldman, Bernhard/Belser, Eva Maria/Epiney, Astrid, Bundesverfassung, Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015; Pascal Mahon, Droit constitutionnel, Droits fondamentaux, 3. Auflage, Basel 2015, S. 260 f., N 153; Giovanni Biaggini, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007, Art. 8 N 30.

¹⁸³ Die öffentliche Konsultation dauerte bis Ende Juni 2014. Die Neuauflage erfolgte im September 2014, inkl. des Grundlagenberichts von Karl Hofstetter zur Revision.

¹⁸⁴ Einen vergleichbaren Ansatz kennt auch das deutsche Recht (Art. 289a Abs. 2 Nr. 5 Bst. a des Handelsgesetzbuches).

¹⁸⁵ S. insgesamt Christian Rioult, Gender Diversity in der Unternehmensführung, St. Galler Dissertation 2016, S. 210 ff. und 240; Urs Schenker, Gleichstellung – ein aktienrechtliches Thema, SZW 5/2015, S. 475 ff.; Valérie Junod, Quotas féminins dans le CO: Que penser de la volte-face du Conseil fédéral?, GesKR 3/2015, S. 385 f. und 394; Mirina Grosz, Frauenquoten im Aktienrecht? – Die Verfassungsmässigkeit der Vorgabe zur Geschlechtervertretung im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung gemäss Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision, ZBl 10/2015, S. 532 ff.

¹⁸⁶ RFA, S. 48 ff.

¹⁸⁷ Medienmitteilung des Bundesrats vom 4. Dezember 2015.

die Geschäftsleitung erfolgt im Durchschnitt erst nach rund 13 Jahren. Dem internen Talentmanagement soll beim Richtwert für die Geschäftsleitung genügend Zeit eingeräumt werden.

In Artikel 734f wird deshalb vorgesehen, dass bei grossen börsenkotierten Gesellschaften im jährlichen Vergütungsbericht gewisse Angaben zu machen sind, sofern nicht jedes Geschlecht mindestens zu 30 Prozent im VR bzw. zu 20 Prozent in der Geschäftsleitung vertreten ist. Es sind die Gründe anzugeben, wieso die Richtwerte nicht erreicht werden, und es sind die Massnahmen anzugeben, die zur Förderung des weniger stark vertretenen Geschlechts ergriffen werden bzw. ergriffen worden sind.

Die Pflicht zur Berichterstattung gilt für den VR spätestens ab dem Geschäftsjahr, das fünf Jahre nach Inkrafttreten des neuen Rechts beginnt und für die Geschäftsleitung zehn Jahre nach Inkrafttreten des neuen Rechts (s. Art. 4 E Ueb. Best. OR).

1.4.8 Corporate Governance

1.4.8.1 Checks and balances

Eine moderne *Corporate Governance* bezweckt ein funktionales Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Organen der Gesellschaft (*checks and balances*), eine ausreichende Transparenz gesellschaftsinterner Vorgänge und die Sicherung der Rechtsstellung der Aktionärinnen und Aktionäre.¹⁸⁸ Insbesondere auch bei den nicht börsenkotierten Gesellschaften will der Entwurf die *Corporate Governance* punktuell verbessern.

1.4.8.2 Auskunfts- und Einsichtsrecht als Beispiel

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 werden soll (s. Art. 697c ff.) oder eine Verantwortlichkeitsklage (Art. 754 OR) beziehungsweise eine Klage auf Rückerstattung von Leistungen (s. Art. 678) nötig bzw. erfolgversprechend ist.

Heute stehen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern nichtkotierter Unternehmen nur beschränkte Mittel zur Verfügung, um an aktuelle gesellschaftsrelevante Informationen zu gelangen. Sie können ihren Informationsanspruch nur in der GV geltend machen. Der Entwurf sieht deshalb vor, dass Aktionärinnen und Aktionäre, die über eine gewisse Beteiligung verfügen, vom VR schriftlich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen können, soweit dies zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und keine Geschäftsgeheimnisse oder anderen

¹⁸⁸ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1606 f.; S. Peter Böckli/Claire Huguenin/François Dessemontet, Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004, S. 19 ff.

vorrangigen Interessen der Gesellschaft dem entgegenstehen. Der VR hat innerhalb von vier Monaten auf die Anfragen zu reagieren (s. Art. 697).

1.4.8.3 Verzicht auf den Genehmigungsvorbehalt für Beschlüsse des VR

Der E 2007 sah die Möglichkeit einer obligatorischen Genehmigungskompetenz von Beschlüssen des VR durch die GV vor. Die Statuten hätten bestimmte Entscheide des VR der Genehmigung durch die GV unterstellen können.¹⁸⁹ Darauf wird verzichtet. Mit einer solchen Bestimmung würde das heute geltende Paritätsprinzip in der Aktiengesellschaft auf eine problematische Art durchbrochen. Die Aktiengesellschaft zeichnet sich gerade dadurch aus, dass der VR sämtliche geschäftsführenden Handlungen vornehmen kann, sofern diese nicht zu einer (faktischen) Liquidation der Gesellschaft oder zu einer Änderung des Zwecks führen.¹⁹⁰ Eine Bestimmung über eine obligatorische Genehmigungskompetenz 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.¹⁹¹ Für die Aktiengesellschaft wird daher am Paritätsprinzip festgehalten. Gesellschafterinnen und Gesellschafter, die eine fallbezogene Kontrolle über die Leitungsorgane haben wollen, können sich der Rechtsform der GmbH bedienen (Art. 811 OR).

1.4.8.4 Teilweise Senkung von Schwellenwerten

Der Vorentwurf sah die teilweise Senkung von Schwellenwerten für die Ausübung von Aktionärsrechten vor, z. B. beim Antrags- und Traktandierungsrecht. Dadurch soll der Minderheitenschutz gestärkt werden; zu hohe Schwellenwerte behindern die effektive Ausübung der Rechte der Minderheitsaktionärinnen und -aktionäre.¹⁹²

¹⁸⁹ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1611.

¹⁹⁰ Gemäss BGE 116 II 320 E. 3. a, S. 323 liegt grundsätzlich alles im Rahmen des Zwecks der Gesellschaft, was diesem nicht geradezu widerspricht.

¹⁹¹ S. insgesamt Lukas Glanzmann, Die grosse Aktienrechtsrevision, in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/Jörg, Florian S., Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Bern 2009, S. 248 ff.; Peter Böckli, Nachbesserungen und Fehlleistungen in der Revision des Aktienrechts, SJZ 104 (2008), S. 359 ff.; Hans-Ueli Vogt, Aktionärsdemokratie, Zürich 2012, S. 69 ff.

¹⁹² Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1609 f.

Die Vernehmlassung ergab kein klares Bild zu den Schwellenwerten, ab welchen Minderheitsgesellschafterinnen und -gesellschafter eine GV gegen den Willen des VR einberufen, einen Verhandlungsgegenstand bzw. einen Antrag zu einem Verhandlungsgegenstand auf die Traktandenliste einer GV setzen oder vom Gericht eine Sonderuntersuchung anordnen lassen können. Folgende Tendenzen wurden jedoch erkennbar:¹⁹³

- Die Abschaffung des Schwellenwerts, der an einer bestimmten Nennwertmenge anknüpft (z. B. Art. 699 Abs. 3 OR: «Aktien im Nennwerte von 1 Million Franken»),¹⁹⁴ wurde begrüsst.
- Auch die Differenzierung hinsichtlich der Tatsache, ob die Aktien einer Gesellschaft an einer Börse kotiert sind oder nicht, fand Zuspruch.
- Die Senkung der Schwellenwerte bei Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, wurde vom Grundsatz her begrüsst. Die im Vorentwurf vorgeschlagene Senkung wurde jedoch als zu weitgehend eingestuft.¹⁹⁵
- Die KMU-Tauglichkeit bei den Schwellenwerten von Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, müsse gewährleistet sein. Diesen Standpunkt vertrat auch der Bundesrat bei der Kenntnisnahme der Ergebnisse der Vernehmlassung am 4. Dezember 2015. Er beauftragte deshalb das EJPD, die entsprechenden Schwellenwerte nochmals zu überprüfen und sie gegebenenfalls anzupassen.

Gestützt auf diese Tendenzen werden im Entwurf folgende Anpassungen der Schwellenwerte vorgenommen:

- Die Schwellenwerte zum *Traktandierungsrecht* und zum *Antragsrecht* (s. Art. 699b) bleiben im Vergleich zum Recht auf Einberufung einer GV und zum Recht auf Durchführung einer Sonderuntersuchung tiefer angesetzt. Im Vergleich zum Vorentwurf werden sie jedoch erhöht. Bei Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, wird der Schwellenwert für das Traktandierungs- und Antragsrecht von 0,25 auf 0,5 Prozent des Aktienkapital erhöht (① in der nachfolgenden Tabelle); bei den übrigen Gesellschaften von 2,5 auf 5 Prozent (② in der Tabelle). Es ist materiell gerechtfertigt, zwischen dem Recht auf Einberufung einer GV einerseits und dem Traktandierungs- bzw. dem Antragsrecht andererseits zu unterscheiden. Letztere sind mit einem geringen Mehraufwand für die Gesellschaften verbunden, da eine ordentliche oder ausserordentliche GV bereits einberufen wurde. Das Traktandierungs- und das Antragsrecht ermöglichen den Minderheitsgesellschafterinnen und -gesellschaftern, ein Anliegen in das gesetzlich und statutarisch geregelte Forum der GV zu tragen. Dort kann darüber diskutiert und abgestimmt werden. Der Beschluss der GV muss protokolliert werden und ist zudem anfechtbar. Mit der angepassten Höhe der Schwellenwerte werden die

¹⁹³ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 17 und S. 30.

¹⁹⁴ So auch noch Art. 699 f. E 2007 (Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1677 f.) und der Ständerat (AB 2009 S 662 f.). Die Nennwertmenge, die kein Prozentsatz ist, bildet keinen klaren Indikator dafür, wie gross eine Investition der Aktionärin oder des Aktionärs ist (s. Bericht Vorentwurf Aktienrecht 2014, S. 46).

¹⁹⁵ Noch anders der Ständerat im 2009 zum E 2007 (AB 2009 S 662 f.).

Anliegen der Vernehmlassung berücksichtigt und gleichzeitig der Minderheitenschutz gestärkt, ohne jedoch die Gesellschaften in unzumutbarem Umfang zu belasten.

- Beim *Recht auf Einberufung einer GV* (s. Art. 699) und beim *Recht auf Durchführung einer Sonderuntersuchung* (s. Art. 697d) werden nur die Schwellenwerte bei den Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, im Vergleich zum geltenden Recht (10 %) gesenkt. Im Vergleich zum Vorentwurf wird der Schwellenwert beim Recht auf Einberufung einer GV von 3 auf 5 Prozent erhöht (③ in der Tabelle). Der Schwellenwert des Vorentwurfs von 3 Prozent orientierte sich am Börsengesetz (Offenlegungspflicht, Parteistellung).¹⁹⁶ Aufgrund des meistens viel höheren Aktienkapitals und der Tatsache, dass im Normalfall der Börsenkurs ein Vielfaches höher ist als der Nennwert der Aktie, ist eine Senkung der Schwellenwerte im Vergleich zum geltenden Recht notwendig. Aus der unten stehenden Tabelle mit den Zahlenbeispielen zu den Minderheitenrechten bei einer börsenkotierten Aktiengesellschaft ist ersichtlich, dass der heutige Schwellenwert von 10 Prozent oftmals dazu führte, dass die entsprechenden Minderheitenrechte toter Buchstabe blieben. Mit dem Schwellenwert von 3 Prozent (bei der Sonderuntersuchung, ④ in der Tabelle) bzw. demjenigen von 5 Prozent (beim Recht auf Einberufung einer GV) wird ein Gleichgewicht zwischen der Stärkung des Minderheitenschutzes einerseits und den Interessen der Mehrheit bzw. des VR andererseits angestrebt. Bei den Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, wird der Schwellenwert hingegen unverändert bei 10 Prozent belassen. Damit wird dem in der Vernehmlassung geäußerten Anliegen der KMU-Tauglichkeit und der Tatsache, dass das Aktienkapital das Mindestkapital von 100 000 Franken oftmals nicht überschreitet, Rechnung getragen.
- Unverändert bleiben – dem Vorentwurf entsprechend – der Schwellenwert zur *Ausübung des Rechts auf Durchführung einer ordentlichen Revision* (Art. 727 Abs. 2 OR) und derjenige zur *Anhebung der Klage auf Auflösung der Gesellschaft* (Art. 736 Ziff. 4 OR). Letztere soll nur als *Ultima Ratio* in Frage kommen. In beiden Fällen beträgt der Schwellenwert 10 Prozent. Bezüglich Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, brauchen die Schwellenwerte nicht gesenkt zu werden: Eine ordentliche Revision ist von Gesetzes wegen durchzuführen (Art. 727 Abs. 1 Ziff. 1 Bst. a OR), und eine Exit-Möglichkeit für die Aktionärinnen und Aktionäre besteht aufgrund der Börsenkotierung der Aktien.

¹⁹⁶ Bericht Vorentwurf Aktienrecht 2014, S. 46 (neu: Art. 120 FinfraG Abs. 1).

Aktienrechtliche Minderheitenrechte (Schwellenwerte in % des Aktienkapitals)						
Minderheitenrecht	nicht börsenkotierte Gesellschaft			börsenkotierte Gesellschaft		
	OR	VE	E	OR	VE	E
Traktandierungsrecht	10	2,5	5 ^②	10	0,25	0,5 ^①
Antragsrecht	10	2,5	5 ^②	10	0,25	0,5 ^①
Auskunftsrecht ausserhalb der GV	kein Schwellenwert			Finanzmarktrechtliche Bestimmungen, z. B. Ad-hoc-Publizität		
Recht auf Einberufung einer GV	10	10	10	10	3	5 ^③
Recht auf Sonderuntersuchung	10	10	10	10	3	3 ^④
Recht auf ordentliche Revision	10	10	10	von Gesetzes wegen ordentliche Revision		
Klage auf Auflösung der AG	10	10	10	10	10	10

Zahlenbeispiele zu den Minderheitenrechten bei einer börsenkotierten AG					
Aktienkapital: CHF 100 Mio., eingeteilt in 1000 Mio. Aktien zu CHF 0,1					
Preis in CHF für ... % des Aktienkapitals bei einem Börsenkurs von CHF ... (z. B. 10 % des Aktienkapitals bei CHF 10/Aktie = CHF 1000 Mio.)					
	CHF 1	CHF 10	CHF 25	CHF 50	CHF 75
10 %	100 Mio.	1000 Mio.	2500 Mio.	5000 Mio.	7500 Mio.
5 %	50 Mio.	500 Mio.	1250 Mio.	2500 Mio.	3750 Mio.
3 %	30 Mio.	300 Mio.	750 Mio.	1500 Mio.	2250 Mio.
1 %	10 Mio.	100 Mio.	250 Mio.	500 Mio.	750 Mio.
0,5 %	5 Mio.	50 Mio.	125 Mio.	250 Mio.	375 Mio.
0,25 %	2,5 Mio.	25 Mio.	62,5 Mio.	125 Mio.	187,5 Mio.

1.4.8.5 Rückerstattungsklage

Die Pflicht von mit der Gesellschaft eng verbundenen Personen zur Rückerstattung von Leistungen hat sich im geltenden Recht als wenig griffig erwiesen und wird daher punktuell verbessert (s. Art. 678).

Der persönliche und der sachliche Geltungsbereich werden präzisiert. Die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft ist kein Tatbestandselement mehr. Ist ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zuungunsten der Gesellschaft gegeben, so greift neu eine Pflicht zur Rückerstattung, auch wenn es der Gesellschaft wirtschaftlich gut geht. Zudem sollen die Gläubigerinnen und Gläubiger aktivlegitimiert sein, wenn die Leistungen innerhalb eines Konzerns erfolgten.

1.4.8.6 Beibehaltung der Stimmrechtsaktien

Das schweizerische Aktienrecht geht grundsätzlich von einem Gleichlauf von Kapitaleinsatz und Stimmkraft aus (Art. 692 Abs. 1 OR); inhaltlich unpräzise wird dabei oft von «*one share, one vote*» gesprochen.

Das Aktienrecht erlaubt verschiedene Abweichungen von diesem Grundsatz. So kann die GV mittels Statuten unechte Stimmrechtsaktien vorsehen. Diese werden geschaffen, indem die Gesellschaft Namenaktien mit unterschiedlichem Nennwert ausgibt (z. B. Namenaktien zu 1000 Franken und solche zu 100 Franken) und die Statuten bestimmen, dass jede Aktie eine Stimme hat (Art. 693 Abs. 1 OR). Die Inhaberinnen und Inhaber der Aktien mit dem tieferen Nennwert geniessen insofern ein Stimmrechtsprivileg, als für die Berechnung der Stimmkraft nicht an der Höhe ihrer finanziellen Beteiligung, sondern an der Anzahl Aktien angeknüpft wird. Der Nennwert der Stimmrechtsaktien darf aber höchstens zehnmal kleiner sein als derjenige der übrigen Aktien (Art. 693 Abs. 2 OR), und bezüglich bestimmter Beschlüsse der GV wirken sie sich nicht aus (Art. 693 Abs. 3 OR). Zudem sind echte Stimmrechtsaktien, z. B. Aktien mit mehrfacher Stimmkraft,¹⁹⁷ unzulässig; daran ändert auch der vorliegende Entwurf nichts.

Nebst der Schaffung von Stimmrechtsaktien haben die Aktionärinnen und Aktionäre weitere Möglichkeiten, vom Prinzip des Gleichlaufs von Kapitaleinsatz und Stimmkraft abzuweichen. Es können Partizipationsscheine geschaffen werden («stimmrechtslose Aktien»; Art. 656a ff. OR), oder bei Namenaktien kann eine prozentuale Beschränkung des Stimmrechts pro Aktionärin oder Aktionär vorgesehen werden (Vinkulierung; Art. 685a ff. OR).

In letzter Zeit wurde vereinzelt gefordert, im Aktienrecht den Grundsatz «*one share, one vote*» konsequenter umzusetzen und beispielsweise die Möglichkeit der Schaffung von Stimmrechtsaktien zu verbieten. Im Parlament wurden diesbezüglich drei Vorstösse eingereicht: die Interpellation Bischof vom 11. Dezember 2014 betreffend «Sika Schweiz AG. Nachhilfe für die Aktienrechtsreform?»¹⁹⁸, die Interpellation Vogler vom 18. März 2015 betreffend «Besserer Schutz der Minderheitsaktionäre»¹⁹⁹ sowie das (zurückgezogene) Postulat Minder vom 1. Juni 2015 betreffend «Von der Aktionärsoligarchie zur Aktionärsdemokratie. Das Prinzip ‘One share,

¹⁹⁷ S. Hans Caspar von der Crone, Bericht für das Bundesamt für Justiz zu einer Teilrevision des Aktienrechts, Teil 5: Einführung echter Stimmrechtsaktien, Zürich/Bern 2001, S. 18 f., der die Aufhebung des Verbotes echter Stimmrechtsaktien ebenfalls ablehnt.

¹⁹⁸ 14.4154.

¹⁹⁹ 15.3163.

one vote' prüfen)²⁰⁰. Im Rahmen der Vernehmlassung wurde die Thematik «one share, one vote» kaum erwähnt.²⁰¹

Verschiedene Punkte sprechen für die Beibehaltung der Stimmrechtsaktien:

- Stimmrechtsaktien sind ein Instrument, das sich in Klein- und Familiengesellschaften zur Bildung von Führungsschwergewichten eignet. Namentlich kann in Familiengesellschaften der Erbin oder dem Erben, die oder der das Unternehmen operativ führt, die Kontrolle eingeräumt werden, ohne dass sie oder er dafür einen grösseren Kapitalanteil braucht, als ihr oder ihm zusteht. Stimmrechtsaktien ermöglichen weiter den bisherigen Aktionärinnen und Aktionären, Kapital bei Dritten aufzunehmen und dennoch die Kontrolle über das Unternehmen zu behalten. Auch in grossen Publikumsgesellschaften kann eine beherrschende Aktionärin oder ein beherrschender Aktionär von strategischer Bedeutung sein, etwa wenn alt gediente Gründerinnen oder Gründer (bis auf Weiteres) ihre Kontrolle nicht preisgeben möchten.²⁰²
- Die Publizität ist aufgrund der u. a. bei den Handelsregisterämtern öffentlich zugänglichen Statuten und des Handelsregistereintrags (z. B. «100 vinkulierte Namenaktien à CHF 100 (Stimmrechtsaktien) und 90 vinkulierte Namenaktien à CHF 1000») jederzeit gewährleistet. Eine potenzielle Investorin oder ein potenzieller Investor kann sich über die Aktienstruktur jederzeit ein Bild machen. Es kann dem Markt überlassen werden, ob es in Zukunft Stimmrechtsaktien geben wird oder nicht,²⁰³ denn es liegt in der unübertragbaren Zuständigkeit der GV, über die Art der Aktien zu entscheiden. In der Tat sind etliche Publikumsgesellschaften aufgrund des Drucks der Investorinnen und Investoren in den letzten 20 Jahren freiwillig zur Einheitsaktie übergegangen.²⁰⁴
- Stimmrechtsaktien sind aufgrund der über hundertjährigen Verwendung immer noch verbreitet. Würde man alle Stimmrechtsprivilegien abschaffen, würden sich die Machtverhältnisse in etlichen Aktiengesellschaften stark verändern. Ohne eine «Grandfathering»-Klausel oder zumindest eine lange Anpassungsfrist wäre die Abschaffung der Stimmrechtsaktien deshalb undenkbar. Eine Abschaffung der Stimmrechtsaktien würde eine massive Beeinträchtigung der Aktionärsrechte mit sich bringen.²⁰⁵ Weil bloss der Einfluss der Inhaberinnen und Inhaber von Stimmrechtsaktien sinken würde, wäre der Anspruch auf Gleichbehandlung beeinträchtigt.²⁰⁶

²⁰⁰ 15.3504.

²⁰¹ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 48 f.

²⁰² S. Daniel M. Häusermann, Stimmrechtsaktien zwischen Gestaltungsfreiheit und Minderheitenschutz, SZW 3/2015, S. 241 f.

²⁰³ S. Hans Caspar von der Crone, Bericht für das Bundesamt für Justiz zu einer Teilrevision des Aktienrechts, Teil 5: Einführung echter Stimmrechtsaktien, Zürich/Bern 2001, S. 17.

²⁰⁴ S. Daniel Daeniker, One Share, one vote – Bedeutung der Debatte für die M&A-Praxis, in: Tschäni, Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XV, Zürich 2013, S. 150 f.

²⁰⁵ S. Hans-Ueli Vogt, Aktionärsdemokratie, Zürich 2012, S. 124 f.

²⁰⁶ S. Hans Caspar von der Crone, Bericht für das Bundesamt für Justiz zu einer Teilrevision des Aktienrechts, Teil 5: Einführung echter Stimmrechtsaktien, Zürich/Bern 2001, S. 17.

- Besonders aktuell wurde die Thematik «one share, one vote» im Zusammenhang mit dem Übernahmekampf rund um die Sika AG.²⁰⁷ Bedeutend war dort allerdings, dass die Statuten der Sika AG zwei Aspekte kombinierten: Zum einen bestand eine duale Aktienkapitalstruktur mit Stimmrechts- und Stammaktien. Zum anderen enthielten die Statuten eine Klausel, wonach insbesondere den Aktionärinnen und Aktionären ohne Stimmrechtsaktien kein öffentliches Kaufangebot unterbreitet werden musste. Dieses börsenrechtliche *Opting-out* war bisher in Artikel 22 Absatz 2 BEHG enthalten. Am 1. Januar 2016 ist das neue FinfraG in Kraft getreten. Das Parlament hat die *Opting-out*-Möglichkeit unverändert beibehalten (Art. 125 Abs. 3 FinfraG).

Gestützt auf diese Ausführungen ist ein dringender gesetzgeberischer Handlungsbedarf bezüglich Stimmrechtsaktien zu verneinen.²⁰⁸

1.4.9 Sanierung im Obligationenrecht

1.4.9.1 Hintergrund und Kernelemente der Revision

Am 1. Januar 2014 ist das revidierte Sanierungsrecht des SchKG in Kraft getreten.²⁰⁹ Im Rahmen der parlamentarischen Beratung dieser Vorlage wurde der Bundesrat mit zwei gleichlautenden Motionen der national- und ständerätlichen Rechtskommissionen²¹⁰ beauftragt, in Ergänzung zu seiner Botschaft zum Sanierungsrecht ein umfassendes Sanierungsverfahren im OR vorzulegen, das die Sanierung von Unternehmen vor der Einleitung eines formellen öffentlichen Nachlassverfahrens ermöglichen bzw. erleichtern soll. Um diesem Auftrag nachzukommen, zog das Bundesamt für Justiz verwaltungsexterne Sachverständige bei.²¹¹ Angesichts der engen Verbindung mit zahlreichen Bestimmungen der Aktienrechtsrevision schien es angezeigt, die Ergebnisse der Überlegungen dieser Sachverständigen in die vorliegende Vorlage einfließen zu lassen.

Den Kern der sanierungsrechtlichen Neuerungen im OR bilden die Artikel 725–725c. Den Motionen folgend liegt das Hauptziel dieser Bestimmungen darin, präzisere und z. T. neue Handlungspflichten für die Unternehmen bzw. deren VR einzuführen, damit möglichst frühzeitig Sanierungsschritte erfolgen. Dazu dient in erster

²⁰⁷ S. dazu diverse Medienmitteilungen der Sika AG ab dem 5. Dezember 2014, zu finden unter: www.sika.com (Das Neuste von Sika bzw. weitere News).

²⁰⁸ S. Hans Caspar von der Crone, Bericht für das Bundesamt für Justiz zu einer Teilrevision des Aktienrechts, Teil 5: Einführung echter Stimmrechtsaktien, Zürich/Bern 2001, S. 16 ff.; Daniel Daeniker, One Share, one vote – Bedeutung der Debatte für die M&A-Praxis, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions XV*, Zürich 2013, S. 181 f.; Daniel M. Häusermann, Stimmrechtsaktien zwischen Gestaltungsfreiheit und Minderheitenschutz, *SZW* 3/2015, S. 239 ff.

²⁰⁹ AS 2013 4111 ff.

²¹⁰ Motionen der national- und ständerätlichen Kommissionen für Rechtsfragen vom 21. Mai/28. Juni 2012 betreffend «Sanierungsverfahren vor Nachlassstundung und Konkursöffnung» (12.3403/12.3654).

²¹¹ Thomas Bauer (Basel), Andreas Binder (Baden/St. Gallen), Ueli Huber (Zürich), Vincent Jeanneret (Genf).

Linie die Neugestaltung der «Frühwarnsysteme»: Das Bewusstsein des VR bezüglich Liquidität und Kapitaldeckung soll geschärft werden, indem sowohl seine Handlungsspielräume erweitert als auch seine Pflichten konkretisiert werden.

Eine zentrale Rolle spielt dabei das Kriterium der drohenden Zahlungsunfähigkeit (s. Art. 725). Dieses war bereits im E 2007 vorgesehen.²¹² Die drohende Zahlungsunfähigkeit soll die Handlungspflicht des VR zur Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft auslösen. Zudem soll sie bewirken, dass der VR die Entwicklung der Zahlungsfähigkeit des Unternehmens stets im Auge behält.

Wenngleich eine bilanzielle Überschuldung nicht immer die Fortführungsfähigkeit eines Unternehmens ausschliesst (v. a. in einem Konzern), soll die im geltenden Recht vorgeschriebene Benachrichtigung des Gerichts nicht eingeschränkt werden. Bezüglich der Pflicht zur Einreichung der Überschuldungsanzeige bleibt es somit beim bisher massgebenden Kriterium der Überschuldung (s. Art. 725b). Jedoch soll eine Toleranzfrist von bis zu 90 Tagen dem VR erlauben, im Falle einer konkreten Aussicht auf Sanierung die Anrufung des Gerichts aufzuschieben, wenn bestimmte Voraussetzungen gegeben sind. Damit wird gegenüber der geltenden Rechtslage Rechtssicherheit geschaffen und der Handlungsspielraum des VR für Sanierungsmassnahmen vor der Eröffnung eines Nachlass- oder Konkursverfahrens erweitert.

Im Zusammenwirken mit dem revidierten Sanierungsrecht des SchKG, das im vorliegenden Entwurf ebenfalls punktuelle Anpassungen erfährt, sehen die Artikel 725–725c für Unternehmen in finanzieller Bedrängnis ein flexibles System mit klaren Handlungspflichten und graduell ansteigendem Einbezug externer Stellen vor (Revisionsstelle, GV, Nachlass- oder Konkursgericht). Die neuen Bestimmungen im Aktienrecht sollen allerdings nicht dazu führen, dass insbesondere die Überschuldungsanzeige später eingeleitet wird als bisher. An der rechtzeitigen Nutzung aller Mittel wird die Wahrung der Sorgfaltspflichten des VR zu messen sein.

In engem Zusammenhang mit der Sanierung im OR steht auch die Möglichkeit zur Verrechnungslieberierung mit nicht werthaltigen Forderungen (s. Art. 634a). Eine wichtige Präzisierung in Bezug auf die Haftungsfolgen beim Rangrücktritt (s. Art. 757 Abs. 4) zielt ebenfalls darauf, Sanierungsmassnahmen ausserhalb des Nachlassverfahrens zu fördern. Auch das neue Institut des Kapitalbands (s. Art. 653s ff.) ermöglicht insbesondere aufgrund der damit verbundenen Möglichkeit zur Kapitalherabsetzung («genehmigte Kapitalherabsetzung») ein rascheres Vorgehen des VR. Mit diesen Massnahmen verbessert der Entwurf folglich die Sanierungsmöglichkeiten ausserhalb eines Nachlassverfahrens.

Das Sanierungsrecht des OR ist weiterhin im Aktienrecht enthalten. Entsprechend werden auch die Bestimmungen zu anderen Rechtseinheiten (z. B zur GmbH) angepasst, die auf das Aktienrecht verweisen.

In der Vernehmlassung wurde die Erweiterung der Vorschriften der Sanierung im OR, die sich bisher auf den Kapitalschutz konzentrierten (Art. 725 f. OR), auf den Schutz der Zahlungsfähigkeit des Unternehmens begrüsst, namentlich die Einführung des Frühindikators der drohenden Zahlungsunfähigkeit (s. Art. 725).²¹³ Auch

²¹² Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1689 f.

²¹³ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 32.

die daran anknüpfende Pflicht zur Erstellung einer Liquiditätsplanung wurde positiv aufgenommen. Und schliesslich wurde der Gewinn an Rechtsicherheit bezüglich der Sanierungshandlungen und -fristen bei Vorliegen einer Überschuldung (s. Art. 725b) überwiegend positiv beurteilt.

Diesen Ergebnissen entsprechend übernimmt der Entwurf weitgehend die Struktur und die Kernelemente des Vorentwurfs. Zugleich enthält der Entwurf gegenüber dem Vorentwurf aber auch einige Anpassungen, um Anliegen und Vorbehalten, die in der Vernehmlassung geäussert wurden, Rechnung zu tragen. So wird darauf verzichtet, den Liquiditätsplan einer zwingenden Plausibilitätsprüfung durch eine zugelassene Revisorin oder einen zugelassenen Revisor zu unterziehen. Damit wird den Bedenken Rechnung getragen, die verschiedene Teilnehmerinnen und Teilnehmer bezüglich der KMU-Tauglichkeit einer solchen Massnahme geäussert hatten. Auch der unklare Prüfungsmassstab und mit ihm die Praktikabilität der Massnahme wurden beanstandet. Darüber hinaus wurden in der Vernehmlassung die vorgeschlagenen Frühindikatoren der drei aufeinanderfolgenden Jahresverluste (Art. 725a Abs. 1 Ziff. 3 VE OR) und der deutlichen Verringerung des Eigenkapitals infolge eines hohen Jahresverlustes (Art. 725a Abs. 1 Ziff. 2 VE OR) kritisiert. Ersterer sei ungeeignet, weil er auch Unternehmen mit gesunder Kapitaldecke und ohne Zahlungsrisiken erfasse. Bei Letzterem sei zu bezweifeln, ob er gegenüber dem verschärften Kapitalverlust einen Mehrwert schaffe, der die zusätzliche Komplexität rechtfertige. Beide Frühindikatoren würden zudem Start-up-Unternehmen, die viel Eigenkapital verbrauchen, ab dem Gründungsjahr erfassen.²¹⁴ Vor dem Hintergrund dieser Kritik beschränkt sich der Entwurf beim Kapitalverlust auf den (verschärften) Frühindikator des Verlusts von einem Drittel des Aktienkapitals.

1.4.9.2 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 Sachverständigen gegen die Sonderbehandlung im Sinne einer Nachrangigkeit oder eines Umqualifizierens in Eigenkapital aus. Weder lassen sich leicht anwendbare Kriterien festlegen, wann ein solches Darlehen vorliegt, noch lassen sich zweckgerichtete Rechtsfolgen daraus ableiten. Zudem erweisen sich in der Krise insbesondere nahestehende Personen oft als letzte Finanzierungsquelle für das Unternehmen. Deren Rechtsstellung in Bezug auf ein Darlehen zum ohnehin hohen Verlustrisiko zusätzlich zu verschlechtern, liefe der Sanierung entgegen. Das Bundesgericht hat denn auch zum kapitalersetzenden Darlehen erklärt, dieses sei «dem geltenden schweizerischen Recht fremd»²¹⁵. Auch Forderungen von Aktionärinnen und Aktionären gegenüber der eigenen Gesellschaft seien als Fremdkapital zu behandeln und – unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs – von der Gesellschaft entsprechend zu erfüllen.²¹⁶ Dabei soll es gemäss Entwurf

²¹⁴ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 33.

²¹⁵ Urteil 5C.226/2005 des Bundesgerichts vom 2. März 2005, E. 3.

²¹⁶ Urteil 4A_496/2010 des Bundesgerichts vom 14. Februar 2011, E. 2.4; s. insgesamt Jürg Roth, Sanierungsdarlehen, Nachrang – Vorrang – Gleichrang, Basel 2009.

bleiben; auch die Vernehmlassung gibt keinen Anlass, von dieser Schlussfolgerung abzuweichen.

In Bezug auf Sanierungsdarlehen wird der vom revidierten Sanierungsrecht des SchKG gewählte Ansatz allerdings noch konsequenter umgesetzt. Bislang konnte nur das Nachlassgericht oder der Gläubigerausschuss bestimmte Rechtshandlungen der Anfechtung entziehen. Neu soll die Anfechtungssicherheit zusätzlich auch für andere während der Stundung mit Zustimmung der Sachwalterin oder des Sachwalters eingegangene Verbindlichkeiten gelten (s. Art. 285 Abs. 4 E 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.²¹⁷

1.4.9.3 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. Der Konkursaufschub ermögliche es dem VR, gleichzeitig sowohl seiner Benachrichtigungspflicht nachzukommen als auch das Ruder herumzureissen, bevor ein förmliches Insolvenzverfahren einsetze. Unter dem Konkursaufschub sei auch – im Gegensatz zum revidierten Nachlassverfahrensrecht – eine zeitlich unbeschränkte «stille Sanierung» (ohne Publikation) möglich, was jedoch aus Sicht der Gläubigerinnen und Gläubiger nicht unproblematisch erscheine.

Der Entwurf integriert die Vorteile des Konkursaufschubs 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 E SchKG). Es ist folglich neu eine provisorische Nachlassstundung von bis zu acht Monaten zulässig. In Verbindung mit dem Sanierungsverfahren im OR (s. Art. 725 ff.) erlaubt es diese zeitliche Flexibilisierung, den Konkursaufschub im Nachlassrecht aufgehen zu lassen und im OR zu streichen. Dabei sollte das Sanierungsverfahren des OR im Regelfall zeitlich einem allfälligen Nachlassverfahren des SchKG vorgelagert sein und allenfalls um die Sanierungsinstrumente des Nachlassverfahrens ergänzt werden können. Die Verfahren des OR und des SchKG sollen komplementär wirken und somit einen nahtlosen Übergang ohne Doppelspurigkeiten ermöglichen. Entsprechend wird – im Einklang mit der Beurteilung der Sachverständigen und der Vernehmlassung – auch im Entwurf darauf verzichtet, das bestehende Instrumentarium des SchKG-Nachlassverfahrens im OR teilweise oder sogar vollständig zu wiederholen. Den Unternehmen sollen im OR und im SchKG Instru-

²¹⁷ S. insgesamt Susan Emmenegger, Das Sanierungsdarlehen, in: Emmenegger, Susan (Hrsg.), Kreditrecht, Basel 2010, S. 153 ff., insbesondere die S. 169 ff.; Olivier Hari, Action révocatoire et prêt d'assainissement font-ils bon ménage?, GesKR 4/2008, S. 372 ff.

mente zur Verfügung gestellt werden, die es ihnen bei Bedarf erlauben, sich über einen mehrmonatigen Zeitraum ohne potenziell nachteilig wirkende Publikation, jedoch unter Wahrung des Gläubigerschutzes, um eine gesellschafts- oder nachlassrechtliche Sanierungslösung zu bemühen.

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 des Gelingens der Sanierung der Gesellschaft rechtfertigt. Die hierzu im Detail 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. Es kann deshalb auf eine Änderung von Artikel 293c Absatz 2 SchKG verzichtet werden.

1.4.10 Berichterstattung von Rohstoffunternehmen über Zahlungen an staatliche Stellen

1.4.10.1 Ausgangslage

Am 25. Juni 2014 hat der Bundesrat den Bericht vom 16. Mai 2014 in Erfüllung der Empfehlung 8 des Grundlagenberichts Rohstoffe sowie des Postulats «Mehr Transparenz im Schweizer Rohstoffsektor» der Aussenpolitischen Kommission des Nationalrats vom 29. April 2013²¹⁸ verabschiedet.²¹⁹ Darin empfiehlt der Bundesrat, in der Schweiz eine Transparenzregelung einzuführen, die sich an den Regelungen der EU orientiert (s. Ziff. 1.5.6).

In der EU wurde am 26. Juni 2013 die geänderte Richtlinie 2013/34/EU²²⁰ (Rechnungslegungsrichtlinie) verabschiedet, die am 19. Juli 2013 in Kraft trat und innert zwei Jahren von den Mitgliedstaaten in ihren nationalen Gesetzgebungen umgesetzt werden musste. Weiter wurden am 22. Oktober 2013 mit der Richtlinie

²¹⁸ 13.3365.

²¹⁹ Der Bericht ist im Internet unter folgendem Link abrufbar: www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2014/2014-06-25.html

²²⁰ Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen 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 vom 29.6.2013, S. 19).

2013/50/EU²²¹ Änderungen der Transparenzrichtlinie verabschiedet. Diese traten am 26. November 2013 in Kraft und waren innert zwei Jahren 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 Ausführungsbestimmungen der *U.S. Securities and Exchange Commission (SEC)* wurden vom *American Petroleum Institute* und von der *U.S. Chamber of Commerce* im 2013 erfolgreich angefochten. Die SEC wurde angewiesen, neue Ausführungsbestimmungen zu erarbeiten. Am 27. Juni 2016 hat die SEC die *Final Rule*²²² bezüglich Zahlungstransparenz von in der Rohstoffgewinnung tätigen Unternehmen veröffentlicht. Die Berichterstattungspflicht gilt erstmals für das Geschäftsjahr, das am 30. September 2018 oder später endet.

1.4.10.2 Überblick über die Regelung

Die neuen Bestimmungen in den Artikeln 964a ff. sind den EU-Richtlinien nachgebildet (s. Ziff. 1.5.6). Im Entwurf sind sie systematisch Teil des zweieinunddreissigsten Titels des OR über die kaufmännische Buchführung und Rechnungslegung, weil sie thematisch einen engen Zusammenhang mit dem Rechnungslegungsrecht aufweisen.²²³

Die Regelung gilt ausschliesslich für Unternehmen, die von Gesetzes wegen zu einer ordentlichen Revision ihrer Jahresrechnung verpflichtet und im Bereich der Rohstoffgewinnung tätig sind (Gewinnung von Mineralien, Erdöl, Erdgas oder Gewinnung bzw. Einschlag von Holz in Primärwäldern). Damit werden ausschliesslich börsenkotierte und grosse Unternehmen erfasst. Der Entwurf sieht für diese Unternehmen eine Pflicht vor, in einem schriftlichen Bericht Zahlungen von mindestens 100 000 Franken pro Geschäftsjahr offenzulegen, die das Unternehmen an staatliche Stellen geleistet hat. Der Bericht muss vom Unternehmen elektronisch veröffentlicht werden. Die Strafbestimmung in Artikel 325^{bis} E StGB sanktioniert die Verletzung der Vorschriften betreffend die Berichterstattung über Zahlungen an staatliche Stellen.

²²¹ 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 (ABl. 294 vom 6.11.2013, S. 13).

²²² S. <https://www.sec.gov/rules/final/2016/34-78167.pdf>.

²²³ S. Peter Forstmoser, Corporate Social Responsibility, eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften?, in: Waldburger, Robert/Sester, Peter/Peter, Christoph/Baer, Charlotte M., Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015, S. 165 f.

1.4.10.3 Ziele der Regelung

In der industrialisierten 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 rechtsstaatliche 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 und Korruption versickern oder im schlimmsten Fall zur Konfliktfinanzierung 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 «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, so leistet dies einen Beitrag zu mehr Transparenz. Investorinnen und Investoren sowie Banken von Rohstoffunternehmen können zudem besser nachvollziehen, welche wirtschaftlichen und finanziellen Zahlungen diese in Abbauländern tätigen. International ist ein Trend in Richtung erhöhter Transparenz bei 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) offengelegt werden.

1.4.11 Bestimmungen zu anderen Rechtseinheiten

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

Der Entwurf stimmt deshalb teilweise auch die Bestimmungen zur GmbH sowie zur Genossenschaft, zum Verein und zur Stiftung mit dem Aktienrecht ab. Dies insbesondere in folgenden Punkten:

- Gesellschaftskapital in fremder Währung;
- Abschaffung der üblichen Beurkundung bei einfach strukturierten Gesellschaften;
- 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;
- Bildung und Verwendung von Kapital- und Gewinnreserven;
- Rückerstattung von Leistungen;
- Bestimmungen über Dividenden und Zwischendividenden;
- Verwendung elektronischer Mittel bei der Vorbereitung und Durchfuhung der GV;
- Schiedsgerichtsbarkeit;
- 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 revidiert, auf die an anderer Stelle verwiesen wird, so beziehen sich die entsprechenden Verweisungen auf das jeweils geltende neue Recht. Eine abweichende Ordnung müsste vom Gesetzgeber vorgesehen sein.²²⁴

1.5 **Verhältnis zum europäischen Recht**

1.5.1 **Keine unmittelbaren Verpflichtungen**

Die Schweiz ist staatsvertraglich nicht zur Übernahme des einschlägigen Sekundärrechts der EU im Bereich des Gesellschaftsrechts verpflichtet. Nichtsdestotrotz wäre eine völlig eigenständige Rechtsentwicklung des schweizerischen Gesellschaftsrechts für den mit dem europäischen Binnenmarkt eng verbundenen Wirtschaftsstandort Schweiz problematisch. Zudem basieren die Bestimmungen der EU oftmals auf ähnlichen Konzeptionen wie das schweizerische Gesellschaftsrecht.²²⁵

²²⁴ S. Heinrich Koller/Hanspeter Kläy, Das Mittel der gesetzlichen Verweisung im Gesellschaftsrecht (zur «Breitenwirkung» des revidierten Aktienrechts), in: von Büren, Roland (Hrsg.), Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz – Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1997, S. 193 ff.

²²⁵ S. Bericht Groupe de réflexion, S. 8.

Der Entwurf steht in weiten Teilen mit dem massgeblichen Recht der EU im Einklang. Auf eine Übernahme der einschlägigen europäischen Vorschriften wurde jedoch insbesondere dort verzichtet, wo diese materiell nicht überzeugen oder wo Artikel 95 Absatz 3 BV zwingende inhaltliche Vorgaben macht.

Der Entwurf 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 Entwurf dargestellt.

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

Es stellt sich die Frage, wie weit der Entwurf der Richtlinie über die grenzüberschreitende Ausübung bestimmter Aktionärsrechte²²⁶ entspricht. Diese bezweckt primär, bei börsenkotierten Gesellschaften die Teilnahme von gebietsfremden Aktionärinnen und Aktionären an der GV zu erleichtern. Der Entwurf weicht in folgenden relativ geringfügigen Punkten von der Richtlinie ab:

- Die Richtlinie (RL) enthält ausführliche Vorgaben zu Form und Inhalt der Einberufung der GV und zur Publikation der entsprechenden Angaben auf der Internetseite des Unternehmens (Art. 5 RL). Der Entwurf verzichtet auf diese umfassende Regelung (s. Art. 700 Abs. 2–4). Die Einberufung der GV erfolgt anhand der statutarisch vorgegebenen Arten der Mitteilungen an die Aktionärinnen und Aktionäre (s. Art. 699a);
- Im Unterschied zur Richtlinie (Art. 12 RL) ist die briefliche Stimmabgabe im Entwurf nicht ausdrücklich vorgesehen. Dafür sieht der Entwurf die Pflicht zur unabhängigen Stimmrechtsvertretung (s. Art. 689c), die schriftliche Zustimmung auf Papier oder in elektronischer Form zu einem Antrag (s. Art. 701 Abs. 3) und die Möglichkeit einer virtuellen GV 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 Entwurf schreibt demgegenüber vor, dass das gesamte Protokoll der GV spätestens 30 Tage nach der GV den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern zugänglich gemacht werden muss (s. Art. 702 Abs. 4). Bei Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, müssen zudem die Beschlüsse und die Abstimmungsergebnisse unter Angabe der genauen

²²⁶ 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 vom 14.7.2007, S. 17); zuletzt geändert durch Richtlinie 2014/59/EU (ABl. L 173 vom 12.6.2014, S. 190).

Stimmverhältnisse bereits innerhalb von 15 Tagen nach der GV auf elektronischem Weg zugänglich gemacht werden (s. Art. 702 Abs. 5).

1.5.3 **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 im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Einbeziehung der Aktionärinnen und Aktionäre.²²⁷ 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 Aktionärinnen und Aktionäre übermitteln. Informationen der Gesellschaft an die Aktionärinnen und Aktionäre sind von den Finanzintermediären an diese weiterzuleiten. Es darf eine verhältnismässige Gebühr erhoben werden.²²⁸ Diese Pflichten sollen auch für Finanzintermediäre aus Drittländern mit einer Zweigniederlassung in der EU gelten.²²⁹
- 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 vorgesehen, u. a. im Hinblick auf die langfristigen Ziele, die Ausübung der Stimmrechte und die Vermeidung von Interessenkonflikten.²³⁰
- Von Stimmrechtsberaterinnen und 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 offenzulegen. Auch die Gesamtzahl der im vergangenen Jahr abgegebenen Stimmempfehlungen ist zu publizieren.²³¹
- Die Vergütungen an die Mitglieder der Unternehmensleitung sollen in einem Vergütungsbericht offengelegt werden. Jährlich wird über den Vergütungsbericht abgestimmt. Stimmen die Aktionärinnen und Aktionäre gegen den Vergütungsbericht, so legt die Gesellschaft im nächsten Vergütungsbericht dar, ob und gegebenenfalls wie der negativen Abstimmung Rechnung getra-

²²⁷ Vorschlag der EU-Kommission vom 9. April 2014 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Einbeziehung der Aktionäre sowie der Richtlinie 2013/34/EU in Bezug auf bestimmte Elemente der Erklärung zur Unternehmensführung (COM (2014) 213 final). Der Vorschlag ist im Internet zu finden unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=COM:2014:213:FIN&from=DE>.

²²⁸ Art. 3a–3d

²²⁹ Art. 3e

²³⁰ Art. 3f–3h

²³¹ Art. 3i

gen wurde. Die Aktionärinnen und Aktionäre sollen zudem das Recht erhalten, mindestens alle drei Jahre über die Vergütungspolitik der Gesellschaft abstimmen zu können. Darin muss u. a. offengelegt 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 nahestehenden Unternehmen und Personen müssen offengelegt werden und gegebenenfalls begutachtet sowie den Aktionärinnen und Aktionären zur Abstimmung vorgelegt werden.²³²

Die EU-Kommission hat die Mitgliedstaaten aufgefordert, ihr erläuternde Dokument 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.²³³

Der Entwurf greift diesen Vorschlägen der EU-Kommission nicht systematisch vor. Wichtige Aspekte bezüglich der Transparenz bei institutionellen Anlegerinnen und Anlegern und der Mitwirkung der Aktionärinnen und Aktionäre im Bereich der Vergütungen sind u. a. aufgrund der zwingenden Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 BV bereits im Schweizer Recht enthalten bzw. werden mit dem vorliegenden Entwurf umgesetzt.

Zu den Stimmrechtsberaterinnen und -beratern sehen weder der Entwurf noch das geltende Recht spezifische Bestimmungen vor. Seit der Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» wird in der Schweiz zwar vermehrt über die Stimmrechtsberatung im Zusammenhang mit der GV von Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien geschrieben und diskutiert. Von Unternehmensseite wird zum Teil moniert, dass die Stimmrechtsberatung zu wenig transparent sei und über ein grosses Druckpotenzial ohne eigenen Kapitaleinsatz verfüge. Nichtsdestotrotz ist zurzeit ein Handlungsbedarf des Gesetzgebers nicht erkennbar. Ein solcher wäre allenfalls zu bejahen, wenn die unabhängigen Stimmrechtsberaterinnen und -berater die Beschlussfassung in der GV in einer Art und Weise beeinflussen würden, welche die unverfälschte Willenskundgabe der Aktionärinnen und Aktionäre gefährden würde.²³⁴ Der Markt ist in Bewegung. Der VR hat seiner Gesellschaft eine geeignete moderne *Corporate Governance* zu geben. Die Anlegerinnen und Anleger ihrerseits haben ihre Selbstverantwortung zu übernehmen, indem sie nicht ohne sachliche Gründe den Stimmempfehlungen folgen. Und schliesslich haben die Unternehmen, die in der Stimmrechtsberatung tätig sind, für die notwendige Transparenz bezüglich

²³² Art. 9a–3c

²³³ Vorschlag der Kommission vom 9. April 2014 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG, S. 11 f.

²³⁴ S. Hans-Ueli Vogt, *Aktionärsdemokratie*, Zürich 2012, S. 112.

der wissenschaftlichen Methodik und des Vermeidens von Interessenkonflikten in Bezug auf ihre Empfehlungen zu sorgen. Bestimmungen zur Stimmrechtsberatung wären im Übrigen teilweise schwierig durchzusetzen, da die zwei mit Abstand grössten *Proxy Advisors* (ISS, Glass Lewis) ihren Hauptsitz ausserhalb von Europa haben.²³⁵

Die Pflicht bzw. das Recht der Finanzintermediäre, den Gesellschaften mit börsenkotierten Namenaktien die Aktionärinnen und Aktionäre zu melden, besteht in der Schweiz nicht (Art. 685e OR *e contrario*; s. Ziff. 1.4.4.1 ff.). Sie wurde auch im Rahmen der Beratung des E 2007 nicht gefordert.

Im Mai 2014 haben das Europäische Parlament und der Rat die Richtlinie 2014/59/EU²³⁶ verabschiedet, mit der mittels Artikel 121 die Richtlinie 2007/36/EG punktuell angepasst wurde (u. a. kürzere Frist zur Einberufung der Hauptversammlung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen bei einer Kapitalerhöhung zur Vermeidung weitergehender Abwicklungs- und Sanierungsmassnahmen). Die weiteren Vorschläge der EU-Kommission sind von Parlament und Rat noch nicht definitiv verabschiedet worden.

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

Für verschiedene Bestimmungen des Entwurfs ist auch die überarbeitete zweite Gesellschaftsrechtsrichtlinie der EU von Bedeutung.²³⁷ Der Entwurf steht mit der Richtlinie in weiten Teilen in Einklang. Unterschiede bestehen nur in wenigen Bereichen:

- ²³⁵ S. Urs Bertschinger, *Proxy Advisors – Fluch oder Segen in der Corporate Governance?*, SZW 5/2015, S. 506 ff.; Peter Böckli, *Proxy Advisors: Risikolose Stimmenmacht mit Checklisten*, SZW 3/2015, S. 209 ff.; Christian Rioult, *Regulierung von Stimmrechtsberatern*, AJP 9/2014, S. 1176 ff.; Christophe Volonté/Simon Zaby, *Stimmrechtsberatung, Eine kritische Betrachtung*, ST 8/2013, S. 499 ff.; Gaudenz G. Zindel/René Schwarzenbach, *Neue Spielregeln durch die Minder- Initiative*, NZZ vom 25. Januar 2014, S. 35.
- ²³⁶ Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EWG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 173 vom 12.6.2014, S. 190).
- ²³⁷ 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 EU 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 vom 14.11.2012, S. 74; zuletzt geändert durch Richtlinie 2014/59/EU, ABl. L 173 vom 12.6.2014, S. 190).

- Der Entwurf sieht keine Pflicht vor, die Gründungskosten offenzulegen (Art. 3 Bst. j RL). Diese dürfen mit dem neuen Rechnungslegungsrecht auch nicht mehr aktiviert werden.²³⁸
- Die Vorschriften zu den Sacheinlagen des Entwurfs (s. Art. 634) weisen dieselbe Stossrichtung auf wie die Richtlinie (Art. 10 RL). Der Entwurf 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 Entwurf jedoch das Konzept der (beabsichtigten) Sachübernahme aufheben (s. Ziff. 1.4.1.3).
- Hinsichtlich der Voraussetzungen und der Offenlegung des Erwerbs eigener Aktien ist der Entwurf (s. Art. 659 ff.; 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 von 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 Entwurf 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 Kapitalherabsetzungs- oder Liquidationsverfahrens gleichkommt. Ausserdem haben sich die aktien- und steuerrechtlichen Abläufe in der Praxis eingespielt. Im Gegensatz zur Richtlinie (Art. 20 RL) sieht der Entwurf dafür weiterhin kein Verbot für die Gesellschaft vor, eigene Aktien zu zeichnen.
- Kleinere Unterschiede bestehen bereits nach geltendem Recht (Art. 652b OR) auch beim Bezugsrecht (s. Art. 652b). Die Regelung des Vorentwurfs betreffend die Wahrung des Bezugsrechts bei Festübernahmen (Art. 652b Abs. 1^{bis} VE OR) orientierte sich an der Richtlinie (Art. 33 Abs. 7 RL). Aus verschiedenen, u. a. in der Vernehmlassung geäusserten Gründen wird auf die beabsichtigte Regelung verzichtet (s. Art. 652b).²³⁹
- Die Neuordnung der ordentlichen Kapitalherabsetzung (s. Art. 653j ff.) entspricht grundsätzlich den Vorgaben der Richtlinie. Im Unterschied zu dieser (Art. 44 RL) verlangen jedoch weder das geltende Recht (Art. 703 f. OR) noch der Entwurf 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 und 29 Abs. 3 RL) – keine Sonderversammlung der betroffenen Aktionärinnen und Aktionäre durchgeführt werden (was in der Praxis allerdings nicht unumstritten ist²⁴⁰). Auch in der Vernehmlassung wurden keine solchen Begehren geäussert.

²³⁸ S. Dieter Pfaff/Florian Zihler, Übergangsbestimmungen N 38 f., in: Pfaff, Dieter/Glanz, Stephan/Stenz, Thomas/Zihler, Florian (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht – veb.ch Praxiskommentar, Zürich 2014

²³⁹ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 9.

²⁴⁰ S. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 12 N 379 ff.

1.5.5 **Empfehlungen der EU 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;²⁴¹
- Empfehlung vom 15. Februar 2005 zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren bzw. Aufsichtsratsmitgliedern börsenkotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs- bzw. Aufsichtsrats;²⁴²
- Empfehlung vom 30. April 2009 zur Ergänzung dieser zwei Empfehlungen zur Regelung der Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsenkotierter Gesellschaften.²⁴³

Durch diese Empfehlungen wollte die EU-Kommission sicherstellen, dass die Regelungen zu den Vergütungen der Gesellschaft transparent sind, dass durch die Offenlegung, durch die Einführung einer bindenden oder konsultativen 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- oder Aufsichtsrats gegeben ist und dass der Vergütungsausschuss hinsichtlich der Vergütungspolitik zumindest eine beratende Funktion hat. Viele Aspekte wurden bereits in der VegüV umgesetzt und werden mit dem vorliegenden Entwurf in die entsprechenden Bundesgesetze überführt (s. Art. 732 ff., E StGB, E BVG).

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

Die im Entwurf vorgesehenen Bestimmungen zur Berichterstattung über Zahlungen an staatliche Stellen (s. Art. 964a ff.) lehnen sich inhaltlich an die Richtlinie

²⁴¹ Empfehlung 2004/913/EG der Kommission vom 14. Dezember 2004, ABl. L 385/55 vom 29.12.2004.

²⁴² Empfehlung 2005/162/EG der Kommission vom 15. Februar 2005, ABl. L 52/51 vom 25.2.2005.

²⁴³ Empfehlung 2009/385/EG der Kommission vom 30. April 2009, ABl. L 120/28 vom 15.5.2009.

2013/34/EU («Rechnungslegungsrichtlinie»)²⁴⁴ und die Richtlinie 2013/50/EU (Änderungen der «Transparenzrichtlinie»)²⁴⁵ an. Die Richtlinie 2013/34/EU trat am 19. Juli 2013 in Kraft und musste innert zwei Jahren von den Mitgliedstaaten der EU in ihren nationalen Gesetzgebungen umgesetzt werden. Die Richtlinie 2013/50/EU ist am 26. November 2013 in Kraft getreten und musste ebenfalls innerhalb von zwei Jahren von den Mitgliedstaaten umgesetzt werden. Weil die Umsetzung erst kürzlich begonnen hat, sind noch einige Auslegungsfragen in der EU und den nationalen Gesetzgebungen der Mitgliedstaaten offen (z. B. im Bereich der Sanktionen).

Der Bundesrat hat am 4. Dezember 2015 als einen von mehreren materiellen Eckwerten (s. Ziff. 1.3.1) beschlossen, die Bestimmungen zur Berichterstattung über Zahlungen an staatliche Stellen im Entwurf beizubehalten. Widersprüche zu den materiellen Vorgaben der EU-Gesetzgebung sollen dabei vermieden werden. Der Entwurf weicht deshalb nur zur Wahrung der Kohärenz der Rechtsordnung (Aktien-, Revisions- und Rechnungslegungsrecht) vereinzelt und punktuell von den EU-Richtlinien ab. Dies insbesondere bei folgenden Punkten:

- 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 OR und die in Ziffer 2 enthaltenen Schwellenwerte verwiesen. Diese Schwellenwerte sind in Franken angegeben. Die Angabe der Schwellenwerte in den EU-Richtlinien erfolgt demgegenüber in Euro. Auf eine Umrechnung und Erhöhung der Schwellenwerte wurde im Entwurf verzichtet, weil die Anzahl der ohne Umrechnung zusätzlich in den Anwendungsbereich der Regelung fallenden Unternehmen kaum beeinflusst wird und der Umrechnungskurs ständigen Änderungen unterliegt. Würden die Schwellenwerte umgerechnet und angepasst, so würde eine neue Definition von KMU nur für die Zahlungstransparenzbestimmungen geschaffen. Dafür gibt es keinen sachlichen Grund bzw. keine Notwendigkeit. Das Parlament hat immer Wert auf einheitliche Schwellenwerte bei den Definitionen für KMU im Handelsrecht gelegt (vgl. die übereinstimmenden Zahlen der Schwellenwerte in Artikel 727 Absatz 1 Ziffer 2 Buchstaben 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 FusG betreffend die Defi-

²⁴⁴ 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 vom 29.6. 2013, S. 19; zuletzt geändert durch Richtlinie 2014/102/EU, ABl. L 223 vom 21.11.2014, S. 86).

²⁴⁵ 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 (ABl. L 294 vom 6.11.2013, S. 13).

dition von KMU bei Umstrukturierungen). Die einheitlichen Schwellenwerte haben sich zudem bewährt, weshalb eine Abweichung in den Bestimmungen über die Zahlungstransparenz ungerechtfertigt wäre.

- Es ist keine Pflicht zur systematischen Hinterlegung des Berichts über Zahlungen an staatliche Stellen, z. B. beim Handelsregisteramt, vorgesehen. Auch auf die Publikation in einem Amtsblatt, z. B. im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB), wird verzichtet (s. Art. 964d).
- Die EU-Richtlinien enthalten einen Mechanismus, um die Gleichwertigkeit von ausländischen Vorschriften anerkennen zu können (Art. 46 Rechnungslegungsrichtlinie und Art. 23 RL Transparenzrichtlinie, wie von der Richtlinie 2013/50/EU geändert). Im Entwurf wurde auf die Übernahme einer entsprechenden Regelung verzichtet, weil die Kontrolle bzw. Überprüfung der Gleichwertigkeit der ausländischen Bestimmungen aufwendig und mit Schwierigkeiten verbunden wäre. Dafür besteht eine *Opting-out*-Möglichkeit, wenn ein Konzernzahlungsbericht vorliegt (s. Art. 964a Abs. 3). Solche *Opting-out*-Möglichkeiten sind bereits im Rechnungslegungsrecht enthalten (s. Art. 958e).

Ein Gutachten des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung zu Transparenzbestimmungen im Rohstoffsektor hält unter Ziffer 3 einige weitere mögliche Abweichungen von der EU-Gesetzgebung fest. Im Entwurf wurden diese Abweichungen beseitigt.²⁴⁶

1.6 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 Entwurf ändert grundsätzlich nichts an der bisherigen Umsetzung des Aktienrechts, der Bestimmungen zur beruflichen Vorsorge und des Strafrechts.

Im Übrigen wird auf die Ausführungen zu den Auswirkungen auf die Volkswirtschaft (s. Ziff. 3.3.2) und zur Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen verwiesen (s. Ziff. 5.4).

²⁴⁶ S. Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, Gutachten vom 5. August 2016 zu Transparenzbestimmungen im Rohstoffsektor (Co-Autorschaft: Lukas Heckendorf Urscheler/John Curran/Johanna Fournier/Carole Viennet/Henrik Westermarck).

1.7 Erledigung parlamentarischer Vorstösse

1.7.1 Zu erledigende parlamentarische Vorstösse

Da vom 21. Dezember 2007²⁴⁷ bis am 18. Juni 2013²⁴⁸ immer zumindest eine Vorlage zur Aktienrechtsrevision im Parlament hängig war (s. Ziff. 1.1 ff.) und da mehrere an den Bundesrat überwiesene Vorstösse mittlerweile vom Parlament abgeschlossen wurden, gibt es relativ wenige Vorstösse zum Aktienrecht. Die folgenden parlamentarischen Vorstösse sind vorliegend relevant:

- Postulate der stände- und nationalrätlichen Kommissionen für Wirtschaft und Abgaben vom 11. September/30. Oktober 2000 betreffend «Nennwertlose Aktie»/«Einführung der nennwertlosen Aktie»²⁴⁹;
- Motion Leutenegger Oberholzer vom 22. März 2001 betreffend «Transparenz der Kaderlöhne und Verwaltungsratsentschädigungen» (als Postulat überwiesen)²⁵⁰;
- Motion Leutenegger Oberholzer vom 9. Mai 2001 betreffend «Mehr Schutz für Minderheitsaktionäre» (Teile davon als Postulat überwiesen)²⁵¹;
- Motion Walker vom 20. Juni 2001 betreffend «Corporate governance in der Aktiengesellschaft» (als Postulat überwiesen)²⁵²;
- Postulat Wicki vom 12. März 2002 betreffend «Rechtliche Analyse als Folge des Swissair-Debakels»²⁵³;
- Postulat Walker vom 20. März 2002 betreffend «Corporate Governance. Anlegerschutz»²⁵⁴;
- Motionen der stände- und nationalrätlichen Kommissionen für Rechtsfragen vom 21. Mai/28. Juni 2012 betreffend «Sanierungsverfahren vor Nachlassstundung und Konkursöffnung»²⁵⁵.

Die vorgebrachten Begehren wurden geprüft und im Entwurf weitgehend berücksichtigt. Gewisse Aspekte wurden bereits in früheren Rechtsetzungsprojekten umgesetzt, so insbesondere in Artikel 663b^{bis} OR und in der VegüV. Die oben aufgelisteten Motionen und Postulate werden zur Abschreibung beantragt.

Im Zusammenhang mit den Bestimmungen betreffend die Berichterstattung über die Zahlungen an staatliche Stellen ist auf das Postulat der Aussenpolitischen Kommission des Nationalrats «Mehr Transparenz im Schweizer Rohstoffsektor»²⁵⁶ vom 29. April 2013 hinzuweisen. Dieses bezieht sich auf die im Grundlagenbericht

²⁴⁷ BBl 2008 1589 ff.

²⁴⁸ AB 2013 S 570

²⁴⁹ 00.3423 und 00.3598

²⁵⁰ 01.3153

²⁵¹ 01.3261

²⁵² 01.3329

²⁵³ 02.3045

²⁵⁴ 02.3086

²⁵⁵ 12.3403 und 12.3654

²⁵⁶ 13.3365

Rohstoffe²⁵⁷ 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 beauftragte den Bundesrat auch zu prüfen, ob der gesamte Schweizer Rohstoffsektor miteinbezogen werden soll, d. h. sowohl börsenkotierte als auch nichtkotierte Rohstoffunternehmen und sowohl Förder- als auch physische Handelsaktivitäten. Der Bundesrat sollte 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 erwähnten Postulats wurde vom Bundesrat am 25. Juni 2014 zuhänden des Parlaments verabschiedet. Das Postulat wurde anschliessend abgeschrieben (s. Ziff. 1.4.10.1).

1.7.2 Vom Parlament noch nicht beratene Vorstösse

Zurzeit liegen keine parlamentarischen Vorstösse vor, die unmittelbar das Aktienrecht betreffen und vom Parlament noch nicht beraten wurden.

2 Erläuterungen zu einzelnen Artikeln

2.1 Aktiengesellschaft

2.1.1 Ausgestaltung der Aktiengesellschaft

Art. 620 Begriff

Die Legaldefinition der Aktiengesellschaft in Artikel 620 OR befriedigt nicht. Einerseits enthält sie Unwesentliches, z. B. den Hinweis auf die Firma. Andererseits werden wichtige Strukturelemente nicht explizit erwähnt.

Neu wird in Absatz 1 Satz 1 festgehalten, dass neben den natürlichen und juristischen Personen sowie den Handelsgesellschaften (Kollektiv- und Kommanditgesellschaften) auch Rechtsgemeinschaften, insbesondere eine Erbgemeinschaft 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.²⁵⁸ Es besteht deshalb kein Anlass, Rechtsgemeinschaften nicht bereits beim ersten Schritt – der Gründung – zuzulassen.²⁵⁹

²⁵⁷ S. Grundlagenbericht Rohstoffe vom 27. März 2013, S. 44 (zu finden unter www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/30133.pdf).

²⁵⁸ S. Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 45 N 3 ff.

²⁵⁹ S. insgesamt Lukas Glanzmann, Die grosse Aktienrechtsrevision, in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/Jörg, Florian S., Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Bern 2009, S. 213 f.

Die Grundstruktur der Aktiengesellschaft entspricht derjenigen einer «Kapital bezogenen» Kapitalgesellschaft²⁶⁰ mit einem in den Statuten bestimmten Aktienkapital. Im Gegensatz zum Vorentwurf wird der Hinweis, dass das Aktienkapital in den Statuten festgelegt ist, nicht mehr explizit erwähnt. Die Pflicht zur statutarischen Verankerung ergibt sich bereits aus Artikel 626 Absatz 1 Ziffer 3.

Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet gemäss Satz 2 nur das Gesellschaftsvermögen. Die Statuten dürfen folglich keine Nachschusspflichten oder persönlichen Haftungen der Aktionärinnen und Aktionäre vorsehen.

Absatz 2 hält fest, dass eine Person Aktionärin oder Aktionär ist, wenn sie mit mindestens einer Aktie an der Gesellschaft beteiligt ist. Im Gegensatz zum Vorentwurf wird der Hinweis weggelassen, dass die Aktionärin oder der Aktionär nur zur Liberierung der Anteile verpflichtet ist. Einerseits wiederholte er andere spezifischere Bestimmungen (Art. 680 OR); andererseits griff er zu kurz, da das Aktienrecht (z. B. Art. 697i ff. OR) oder ein Spezialerlass (z. B. das FinfraG) durchaus weitere Pflichten für die Aktionärin oder den Aktionär vorsehen kann.

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.

Der Entwurf sieht vor, dass das Aktienkapital nicht mehr ausschliesslich in Franken denominiert sein muss, sondern dass auch die für die Geschäftstätigkeit wesentliche ausländische Währung verwendet werden darf, wie z. B. US-Dollar, Euro oder englische Pfund. Der Möglichkeit, ein Aktienkapital in ausländischer Währung festzulegen, wurde im Rahmen der Vernehmlassung deutlich zugestimmt.²⁶¹ Auch andere Staaten kennen ein Aktienkapital bzw. GmbH-Stammkapital in fremder Währung, so beispielweise das Fürstentum Liechtenstein in Euro und US-Dollar.²⁶²

Das Aktienkapital in ausländischer Währung 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 ausländischen Währung festzulegen. Dies führt zur Kohärenz zwischen dem Aktienrecht und dem Rechnungslegungsrecht (Art. 957a Abs. 4 und Art. 958d Abs. 3 OR), die bisher nicht vollständig gelungen ist (s. Ziff. 1.4.1.1). Die indirekten und direkten Steuern werden weiterhin in Franken erhoben; die Umrechnung kann in einem einfachen mathematischen Dreisatz erfolgen (s. Art. 80 Abs. 1^{bis} E DBG bzw. Art. 31 Abs. 3^{bis} und 5 E StHG).

²⁶⁰ S. Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Auflage, Bern 2012, § 3 N 8 ff. und § 16 N 29 f.

²⁶¹ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 7.

²⁶² Art. 122 Abs. 1a des Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR) vom 20. Januar 1926.

Ein Aktienkapital in ausländischer Währung ist nach Absatz 2 zulässig, wenn drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: (1) Es handelt sich bei der ausländischen Währung um die für die Geschäftstätigkeit wesentliche ausländische Währung; (2) das Aktienkapital in ausländischer Währung entspricht zum Zeitpunkt der Errichtung einem Gegenwert von mindestens 100 000 Franken und (3) die Buchfuhung und die Rechnungslegung erfolgen in derselben Währung.

Durch die Verbindung zum Rechnungslegungsrecht wird sichergestellt, dass die Wahl einer ausländischen Währung als Aktienkapital sachlich begründet ist und die freie Konvertierbarkeit zum Franken vorliegt.²⁶³ Nur damit ist gewährleistet, dass die einfache Umrechnung u. a. hinsichtlich der Steuern und der vom Rechnungslegungsrecht geforderten Angaben in Franken (Art. 958d Abs. 3 Satz 2 OR) gelingt. Ansonsten verbleibt es bei den erwähnten Schwierigkeiten und Mehraufwänden (s. Ziff. 1.4.1.1). Wird also für das Aktienkapital eine ausländische Währung nach Absatz 2 verwendet, so hat gemäss Absatz 2 Satz 3 die Buchfuhung und Rechnungslegung in derselben ausländischen 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 Franken Buch zu führen und Rechnungslegung zu betreiben.

Das Aktienkapital in ausländischer Währung muss gemäss Absatz 2 Satz 2 zum Zeitpunkt der Errichtung einem Gegenwert von mindestens 100 000 Franken entsprechen. Der für die Kapitaldeckung massgebliche Zeitpunkt war in der Vernehmlassung umstritten.²⁶⁴ Im Vorentwurf war als relevanter Zeitpunkt die Handelsregistereintragung vorgesehen (Art. 621 Abs. 2 Satz 2 VE OR). Dies überzeugte nicht restlos, da allfällige Kursschwankungen zwischen Handelsregisteranmeldung und Handelsregistereintragung nicht zulasten der Gründerinnen und Gründer gehen sollten. Zudem würde bei der Variante des Vorentwurfs die detaillierte Überprüfung des Gegenwerts dem Handelsregisteramt obliegen. Gemäss Entwurf wird für die Überprüfung der Kapitaldeckung auf den Zeitpunkt des Errichtungsakts abgestellt. Dies entspricht auch Artikel 629 Absatz 2 Ziffer 3, wonach die Gründerinnen und Gründer festzustellen haben, dass die gesetzlichen und statutarischen Anforderungen an die geleisteten Einlagen *im Zeitpunkt des Errichtungsakts* erfüllt sind. Der für die Berechnung massgebliche Umrechnungskurs ist zwingend der aktuelle Tageskurs im Gründungszeitpunkt. Gemäss Artikel 629 Absatz 3 ist der angewandte Umrechnungskurs in der öffentlichen Urkunde anzugeben. Dies sorgt für die nötige Transparenz und ermöglicht dem Handelsregisteramt eine einfache Überprüfung der Kapitaldeckung. Eine weitere Prüfung, etwa die Überprüfung der Kapitaldeckung im Zeitpunkt der Handelsregistereintragung, liegt hingegen weder in der Verantwortung noch in der Kompetenz des Handelsregisteramts. Auch die Überprüfung, ob der korrekte Umrechnungskurs angewendet wird, obliegt nicht dem Handelsregisteramt. Die Gründerinnen und Gründer tragen für den angewendeten Umrechnungskurs die volle Verantwortung. Das Handelsregisteramt hat lediglich zu überprüfen, ob die notwendigen Feststellungen gemacht wurden, der Umrechnungskurs in der öffentlichen angeben wurde und unter Anwendung dieses Kurses der Gegenwert von mindestens 100 000 Franken gegeben ist. Lediglich in Fällen, wo *offensichtlich* ein

²⁶³ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1698.

²⁶⁴ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 7.

falscher Umrechnungskurs angewendet wurde, wäre das Handelsregisteramt zum Einschreiten verpflichtet.

Gemäss Absatz 3 Satz 1 kann die GV den Wechsel der Währung beschliessen, auf die das Aktienkapital lautet. Sie hat den Wechsel auf Beginn eines Geschäftsjahrs zu beschliessen. Somit besteht die inhaltliche Kohärenz zur Rechnungslegung (Währung des Aktienkapitals entspricht der Währung der Rechnungslegung) und es wird unvorhersehbaren Umrechnungsproblemen vorgebeugt. Die Gesellschaften verfügen über ausreichenden Handlungsspielraum, da der Wechsel rückwirkend auf den Beginn des laufenden Geschäftsjahrs oder prospektiv auf den Beginn des zukünftigen Geschäftsjahrs beschliessen werden darf. Aufgrund seiner Sorgfaltspflichten wird der VR die Änderung der Währung des Aktienkapitals nur vorsehen, wenn sie sachlich begründet ist. Zum Schutz der Aktionärinnen und Aktionäre hat die GV den Beschluss zudem mit dem qualifizierten Mehr zu fällen (s. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 9). Obschon die Ausgestaltung des Rechnungswesens und der Finanzplanung eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des VR ist, ist die GV für den Beschluss des Währungswechsels zuständig, da eine Statutenänderung grundsätzlich in ihre Kompetenz fällt. Der VR wird der GV in aller Regel einen Antrag für den Wechsel der Währung stellen und ihr die notwendigen Angaben, insbesondere den aktuellen Umrechnungskurs, offenlegen.

Für die Umsetzung dieses Grundsatzbeschlusses der GV ist der VR zuständig. Er nimmt die notwendigen Umrechnungen vor und gibt den angewendeten Umrechnungskurs an. Er ändert die Statuten und stellt dabei fest, dass im Zeitpunkt seiner Feststellungen die Voraussetzungen von Absatz 2 erfüllt sind: (1) Es handelt sich bei der gewählten Währung um die für die Geschäftstätigkeit wesentliche ausländische Währung; (2) das Aktienkapital in ausländischer Währung entspricht einem Gegenwert von mindestens 100 000 Franken und (3) die Buchführung und die Rechnungslegung erfolgen in derselben Währung.

Im Vorentwurf war für den Wechsel der Währung ein Revisionsbericht vorgesehen, der hätte bestätigen sollen, dass das Aktienkapital auch nach dem Wechsel der Währung voll gedeckt ist (Art. 621 Abs. 3 Ziff. 2 VE OR). Im Rahmen der Vernehmlassung wurde dies teilweise kritisiert.²⁶⁵ Es ist tatsächlich nicht ganz kohärent, dass eine Gründung mit einem Aktienkapital in ausländischer Währung ohne Revisionsbericht möglich ist, nicht aber der Währungswechsel. Damit die Voraussetzungen beim Währungswechsel nicht strenger sind als diejenigen bei der Gründung, wird im Entwurf auf den Revisionsbericht verzichtet. Die Voraussetzungen des Währungswechsels sind jetzt denjenigen bei der Gründung mit einem Aktienkapital in ausländischer Währung nachgebildet. Es sind dieselben Vorschriften zu beachten (Abs. 2) und die Feststellungen des VR beim Währungswechsel sind den Feststellungen der Gründerinnen und Gründer nach Artikel 629 Absatz 2 nachgebildet.

Es ist ein Wechsel von Franken in eine ausländische Währung gemäss Absatz 2 und umgekehrt denkbar. Jedoch ist es auch zulässig, dass zwischen zwei ausländischen Währungen gemäss Absatz 2 gewechselt wird (z. B. ein Wechsel von Euro in dänische Kronen).

²⁶⁵ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 7.

Es ist zu beachten, dass der Wechsel der Währung nicht zu einer verdeckten Kapitalerhöhung oder -herabsetzung führen darf. Soll das Aktienkapital im Rahmen des Währungswechsels auf einen dem VR vernunftig erscheinenden Betrag auf- oder abgerundet werden, sollen z. B. 120 123.50 Euro auf 120 000 Euro abgerundet werden, so ist zusätzlich eine Kapitalherabsetzung in der Hohede entsprechenden Differenz zu beschliessen und es sind die entsprechenden Vorschriften zu beachten. Der einfache Wahrungswchsel nach Artikel 621 Absätze 3 ist nur für Fälle vorgesehen, in denen nach dem aktuellen Wechselkurs umgerechnet wird. Zusätzliche Flexibilität für den VR bezüglich des Wechsels der Währung kann das Kapitalband schaffen (s. Art. 653s ff.). Im Rahmen dieses Kapitalbands könnte der VR das Aktienkapital anlässlich des Währungswechsels auf einen runden Betrag der neuen Währung festsetzen, ohne durch die GV eine Kapitalerhöhung oder -herabsetzung beschliessen lassen zu müssen und ohne die entsprechenden Vorschriften – insbesondere zur Kapitalherabsetzung – einhalten zu müssen.

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

Gemäss ständiger Praxis der Handelsregisterbehörden dürfen die Aktionärinnen und Aktionäre bei einem Aktienkapital in Franken ihre Einlagen in einer zum Franken frei konvertierbaren ausländischen Währung erbringen. 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

Artikel 622 Absatz 3 OR sieht vor, dass die jeweiligen Aktienarten ineinander umgewandelt werden können, *sofern die Statuten dies 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.²⁶⁶ 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 (Art. 626 Ziff. 4 OR), 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 VR, 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 Verusserung der Aktien berührt wird. Nur wenn insbesondere das Interesse der

²⁶⁶ S. Carl Baudenbacher, Art. 622 N 17, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

Gesellschaft offensichtlich überwiegt, muss die Aktionärin oder der Aktionär die Umwandlung der Inhaberaktien in vinkulierte Namenaktien hinnehmen.²⁶⁷

Die Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien wird gemäss Artikel 704a OR mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Die Statuten dürfen die Umwandlung nicht erschweren.²⁶⁸

Artikel 622 Absatz 4 sieht vor, dass der Nennwert der Aktien unter einem Rappen liegen kann.²⁶⁹ 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 unechten nennwertlosen Aktien, ohne dass ein grundsätzlicher Systemwechsel im Schweizer Aktienrecht erforderlich ist (s. Ziff. 1.4.1.2). Die währungsneutrale Formulierung in Absatz 4 steht in Einklang mit Artikel 621 Absatz 2, der vorsieht, dass das Aktienkapital auch in ausländischer Währung 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 Beweisurkunde verlangen. Die Unterzeichnung der Aktientitel durch ein Mitglied des VR kann wie bis anhin eigenhändig oder durch Faksimileunterschrift erfolgen (Art. 14 OR).

Art. 623 Abs. 2

Das Zusammenlegen von Aktien bedarf nach geltendem Recht der Zustimmung der betroffenen Aktionärinnen und Aktionäre. Bei kotierten Gesellschaften mit breit gestreutem Aktionariat führt dies 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, der Zustimmung aller betroffenen Aktionärinnen und 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 Charakter des wohlerworbenen Rechts auf Erhaltung der Mitgliedschaft.²⁷⁰ Würde auch hier ein qualifizierter Mehrheitsbeschluss genügen, so könnte die Zusammenlegung von

²⁶⁷ S. insgesamt Hanspeter Kläy, Die Vinkulierung, Basel 1997, S. 342 ff.

²⁶⁸ Eingefügt durch Ziff. 12 des Bundesgesetz vom 12. Dezember 2014 zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière, in Kraft seit 1. Juli 2015 (AS 2015 1389; BBI 2014 605).

²⁶⁹ Die letzte Herabsetzung erfolgte von zehn Franken auf einen Rappen (s. parlamentarische Initiative, Herabsetzung des Mindestnennwertes von Aktien (WAK-S), Bericht und Antrag der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates vom 11. September 2000, BBI 2000 5501 f. (Geschäfts 00.435)).

²⁷⁰ S. Carl Baudenbacher, Art. 623 N 9, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

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 müssten 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 Markts meist schwierig. Bei nicht börsenkotierten Gesellschaften wird daher weiterhin die Zustimmung aller betroffenen Aktionärinnen und Aktionäre benötigt.

Art. 625

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

Art. 626 Randtitel, Abs. 1 Ziff. 3 und 5–7, Abs. 2 und 3

Gegenstand von Artikel 626 ist der gesetzlich vorgeschriebene Inhalt der Statuten. Absatz 1 Ziffer 3 entspricht Ziffer 3 des geltenden Rechts. Neu wird jedoch die Währung des Aktienkapitals ausdrücklich erwähnt. Bereits heute erwähnen die Statuten der Gesellschaften die Währung.

Der gesetzlich vorgeschriebene Mindestinhalt der Statuten wird auf das notwendige Minimum beschränkt. In der Praxis wird für die in Artikel 626 Ziffern 5 und 6 OR geforderten Regelungen meistens der dispositive Gesetzeswortlaut abgeschrieben. Die beiden Ziffern werden daher zur Vereinfachung aufgehoben. Enthalten die Statuten keine anderslautenden Vorschriften, so 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 VR 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 werden sowohl die Mitteilungen an die Aktionärinnen und Aktionäre als auch jene an Dritte (z. B. an die Gläubigerinnen und Gläubiger der Gesellschaft) verstanden. Artikel 931 Absatz 2 OR sieht vor, dass alle vom Gesetz vorgeschriebenen Veröffentlichungen im SHAB erfolgen müssen.²⁷¹ Zu diesen Veröffentlichungen gehören alle Bekanntmachungen, die nicht ins Handelsregister eingetragen werden, wie z. B. der Schuldenruf bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung (s. Art. 653k). Da sie 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. Deshalb soll gemäss Artikel 626 Absatz 1 Ziffer 7 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. 1).

Artikel 626 wird mit einem neuen Absatz 2 ergänzt, der nur von börsenkotierten Gesellschaften zwingend anzuwenden ist. In Umsetzung von Artikel 12 Absatz 1

²⁷¹ Artikel 936a Abs. 2 E OR (Botschaft Handelsregister, S. 3646).

VegüV müssen die Statuten Bestimmungen enthalten über die Anzahl der zulässigen Tätigkeiten der Mitglieder des VR, der Geschäftsleitung und des Beirats in vergleichbaren Funktionen bei anderen Unternehmen mit wirtschaftlichem Zweck. Von einem wirtschaftlichen Zweck wird dann gesprochen, wenn eine Gesellschaft einen ökonomischen Vorteil (geldwerten Nutzen) zugunsten ihrer Gesellschafterinnen und Gesellschafter anstrebt.²⁷² 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. Die Konzernbetrachtung gilt nur innerhalb des *eigenen* Konzerns.

Weiter haben die Statuten die Dauer der Verträge, die den Vergütungen für die Mitglieder des VR, 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.

Die Statuten müssen auch die Grundsätze zu den Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses (Ziff. 3) und die Grundsätze zur Abstimmung der GV über die Vergütungen des VR, der Geschäftsleitung und des Beirats (Ziff. 4) enthalten. Der begriffliche Wechsel in Ziffer 4 von «Einzelheiten» (Art. 626 Abs. 2 Ziff. 5 VE OR, Art. 12 Abs. 1 Ziff. 4 VegüV) zu «Grundsätze» bedeutet keine materielle Änderung. Es handelt sich lediglich um eine Vereinheitlichung der Terminologie (z. B. im Vergleich zu Ziffer 3).

Nicht zum zwingend notwendigen Statuteninhalt gehört hingegen – im Unterschied zum Vorentwurf – das maximal zulässige Verhältnis zwischen fixer Vergütung und der gesamten Vergütung («Bonus Cap»). Eine solche Statutenbestimmung würde zu höheren fixen Vergütungen und somit zu weniger Flexibilität der Unternehmen in Krisenzeiten führen (vgl. Ziff. 1.3.6).²⁷³

Art. 627

Artikel 627 OR soll aufgehoben werden. Er zählt Bestimmungen auf, die zu ihrer Verbindlichkeit der Aufnahme in die Statuten bedürfen. Die heutige Regelung ist lückenhaft und unbefriedigend. Es gibt eine Reihe von Bestimmungen des Gesetzes, die im Ergebnis ebenfalls bedingt notwendigen Statuteninhalt schaffen, in Artikel 627 OR aber fehlen.²⁷⁴ Um nur einige Beispiele zu nennen: die Bestimmungen zur qualifizierten Gründung, die Wahl einer Vertreterin oder eines Vertreters einer Aktienkategorie in den VR, 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.

Mit dem E 2007 wurde angestrebt, Artikel 627 nachzuführen.²⁷⁵ Trotz der deutlichen Erweiterung – der E 2007 sah bereits 25 Ziffern vor²⁷⁶ – blieben immer noch

²⁷² S. Arthur Meier-Hayoz, Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Auflage, Bern 2012, § 4 N 5 ff.

²⁷³ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 15 f.

²⁷⁴ S. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 1 N 488.

²⁷⁵ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1637 f.

²⁷⁶ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1752 f.

zahlreiche Gegenstände übrig, welche die Gesellschaften trotz fehlender Aufzählung in Artikel 627 OR nur in den Statuten hätten regeln können.

Würde Artikel 627 OR 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 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.

Artikel 627 OR hat eine gewisse Checklisten-Funktion. Die HRegV oder ein öffentlich zugängliches Dokument der Handelsregisterbehörden kann diese Funktion aber adäquater und im Hinblick auf das Inkrafttreten späterer Gesetzesrevisionen zeitnah übernehmen.

2.1.2 Liberierung und Sachübernahme

Art. 628

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). Dies entspricht dem Vorentwurf und dem E 2007.²⁷⁷

Einzig die bisher in Artikel 628 Absatz 2 OR geregelte (beabsichtigte) Sachübernahme ist – entsprechend dem Vorentwurf²⁷⁸ und entgegen E 2007²⁷⁹ – nicht mehr in den Artikeln 634 ff. 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 spezifischen Sicherheitsmassnahmen (Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsbericht, Prüfungsbericht) entfallen (s. Ziff. 1.4.1.3).

Art. 629 Randtitel und Abs. 2 Ziff. 3 und 4 sowie Abs. 3 und 4

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

Absatz 2 Ziffer 3 wird bezüglich des massgebenden Zeitpunkts präzisiert, in welchem die geleisteten Einlagen den gesetzlichen und statutarischen Anforderungen entsprechen müssen. Entscheidend ist der Zeitpunkt des Errichtungsakts. Dieser

²⁷⁷ Bericht Aktienrecht 2014, S. 74 ff., Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1639 und 1641 ff.

²⁷⁸ Bericht Aktienrecht 2014, S. 22 ff.

²⁷⁹ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1640 f.

Zeitpunkt ist v. a. bei Gründungen, die einen Bezug zu einer ausländischen Währung haben (s. Art. 621 Abs. 2 und 633 Abs. 3), und den damit verbundenen Währungsschwankungen zwischen dem Errichtungsakt und der Handelsregistereintragung bedeutsam. Dadurch wird die Rechtssicherheit geschaffen, die in der Vernehmlassung gewünscht wurde.²⁸⁰

Im Gegensatz zum Vorentwurf ist die Ziffer 2^{bis} nicht mehr im Entwurf enthalten. Diese sah vor, dass die Gründerinnen und Gründer im Errichtungsakt hätten ausdrücklich feststellen müssen, dass bei einem Aktienkapital in ausländischer Währung dieses einem Gegenwert von mindestens 100 000 Franken entspricht. Diese Feststellung ist implizit bereits in Ziffer 3 enthalten. Materiell ändert sich also im Vergleich zum Vorentwurf nichts.

Gemäss Artikel 43 Absatz 1 Buchstabe h HRegV müssen die Gründerinnen und Gründer dem Handelsregisteramt als Beleg die Erklärung beibringen, dass bei der Gründung keine anderen Sachwerte im Sinne von Artikel 628 Absätze 1 und 2 OR übernommen worden sind (Sacheinlagen und Sachübernahmen) oder unmittelbar nach der Gründung übernommen werden (beabsichtigte Sachübernahmen), dass keine anderen Verrechnungstatbestände bestehen und dass keine anderen besonderen Vorteile im Sinne von Artikel 628 Absatz 3 OR ausbedungen worden sind als die in den Handelsregisterbelegen bereits aufgeführten. Das Bundesgericht hat die Einholung dieser «Stampa-Erklärung» aus Praktikabilitätsgründen sowie aus Gründen der Rechtssicherheit bei allen Gründungen als zulässig erachtet.²⁸¹ Die «Stampa-Erklärung» wird nun auch auf Gesetzesstufe geregelt. Es liegt nahe, die Erklärung anlässlich des Errichtungsakts abzugeben und dementsprechend als Teil der öffentlichen Urkunde vorzusehen, weshalb sie in Artikel 629 Absatz 2 Ziffer 4 eingeführt wird.²⁸²

Im Errichtungsakt sind gemäss Absatz 3 alle Umrechnungskurse anzugeben, die für die Gründung relevant sind (s. Art. 621 und 633 Abs. 3). Dadurch wird die Nachvollziehbarkeit anlässlich und nach der Gründung gewährleistet. Der Errichtungsakt als Handelsregisterbeleg ist öffentlich zugänglich (Art. 10 Satz 1 und 43 Abs. 1 Bst. a HRegV).

Die Gründung einer Aktiengesellschaft ist bis anhin nur mittels öffentlicher Beurkundung des Errichtungsakts möglich (Art. 629 Abs. 1 OR). Neu soll es gemäss Absatz 4 den Beteiligten möglich sein, auf die öffentliche Beurkundung zu verzichten, sofern einfache Verhältnisse vorliegen. Bei einer Gründung ist dies der Fall, wenn die Einlagen vollständig (d. h. ohne Teillibrierung nach Art. 632 OR) in Franken (d. h. Barlibrierung ohne ausländische Währungen) geleistet werden. Zudem haben sich die Statuten der Gesellschaft ausschliesslich auf den gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt nach Artikel 626 Absatz 1 zu beschränken. Diese erleichterte Gründung soll zukünftig allen zur Verfügung stehen, die eine einfache Aktienge-

²⁸⁰ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 7

²⁸¹ BGE 119 II 463 E. 2.c, S. 465 f.

²⁸² Zu beachten ist die Botschaft Handelsregister, S. 3653, welche diese Änderung ebenfalls enthält. Sollte die Vorlage zum Handelsregister vor der Änderung des Aktienrechts oder gleichzeitig mit ihr in Kraft treten, so müsste in der vorliegenden neuen Fassung von Artikel 629 Absatz 2 Ziffer 4 lediglich der Hinweis auf die Sachübernahme (s. Ziff. 1.4.1.3) gestrichen werden.

sellschaft mit Statuten im Umfang einer A4-Seite gründen wollen (s. Ziff. 1.4.2). Da die Gestaltungsmöglichkeit der Statutenbestimmungen auf den gesetzlich vorgesehenen Mindestinhalt begrenzt bleibt und die Liberierung nicht durch Sacheinlagen oder Verrechnungen erfolgen kann, ist die öffentliche Beurkundung als strengstes Formerfordernis nicht mehr gerechtfertigt. Die schriftliche Form genügt in solchen Fällen, insbesondere auch deshalb, weil das Gründungsverfahren in allen anderen Punkten (Zeichnung der Aktien, Statutenfestsetzung etc.) grundsätzlich unverändert bestehen bleibt. Die Gesellschaft muss weiterhin ins Handelsregister eingetragen werden, damit sie ihre Rechtspersönlichkeit erlangt (Art. 643 OR).

Eine Befreiung von der öffentlichen Beurkundung ist nur möglich, wenn sich die Statuten auf den gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt von Artikel 626 *Absatz 1* beschränken. Deshalb ist für die börsenkotierten Gesellschaften eine Gründung ohne Urkundsperson von vornherein ausgeschlossen, da die Statuten dieser Gesellschaften zwingend auch die Bestimmungen von Artikel 626 *Absatz 2* enthalten müssen.

Art. 631 Abs. 2 Ziff. 6

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- und Registerpublizität entfällt (s. Ziff. 1.4.1.3), kann Ziffer 6 aufgehoben werden.

Art. 632 Abs. 2 zweiter Satz

Nach Artikel 632 Absatz 1 OR muss die Einlage für mindestens 20 Prozent des Nennwerts jeder Aktie geleistet sein. In allen Fällen muss die geleistete Einlage mindestens 50 000 Franken betragen (Art. 632 Abs. 2 OR). Der Vorentwurf wollte diese Möglichkeit der bloss teilweisen Liberierung einer Aktie u. a. aus Gläubigerschutzüberlegungen abschaffen (Art. 632 VE OR). Der Entwurf kehrt zum geltenden Recht zurück; die Möglichkeit zur teilweisen Liberierung bleibt bestehen (s. Ziff. 1.3.2).

Da gemäss Artikel 621 Absatz 2 das Aktienkapital neu auf eine ausländische Währung lauten kann, muss die Mindesteinlage auch für diese Fälle geregelt werden. In Analogie zu Artikel 621 Absatz 2 Satz 2 muss die geleistete Einlage mindestens einem Gegenwert von 50 000 Franken entsprechen. Der massgebliche Zeitpunkt für die Überprüfung des Gegenwerts ist – wie bei der Überprüfung des Gegenwerts nach Artikel 621 Absatz 2 Satz 2 – derjenige der Errichtung der Gesellschaft (s. auch Art. 629 Absatz 2 Ziff. 3).

Art. 633 Leistung der Einlagen, Einzahlungen

Die Terminologie in den Absätzen 1 und 2 wird an die Begrifflichkeit des Bankengesetzes angepasst. Dort wird als allgemeiner Begriff nicht «Institut», sondern «Bank» verwendet. Die Änderung hat keine materiellen Auswirkungen.

Absatz 3 enthält neu verschiedene Aspekte zur Bargründung bzw. -liberierung:

Gemäss erstem Halbsatz gelten als Einlagen in Geld Einzahlungen in der Währung, auf die das Aktienkapital lautet, z. B. die Liberierung eines Aktienkapitals in Euro mit dieser Währung.

Gemäss zweitem Halbsatz gelten auch Einzahlungen in anderen zum Aktienkapital frei konvertierbaren Währungen als Einlagen in Geld. Eine solche Situation liegt z. B. vor, wenn ein Aktienkapital in Franken mittels US-Dollar und Euro liberiert wird. Dies entspricht bezuglich des Verhältnisses ausländische Währung und Aktienkapital in Franken seit 1999 der Praxis der Handelsregisterbehörden.²⁸³

Der Vorentwurf enthielt einen weiteren Satz, der festhielt, dass die Einlagen in Geld im Zeitpunkt des Feststellungsbeschlusses den Ausgabebetrag decken müssen. Die Wiederholung dieses Hinweises erübrigt sich. Im Rahmen des Errichtungsakts müssen die Gründerinnen und Gründer gemäss Artikel 629 Absatz 2 Ziffer 3 festhalten, dass die statutarischen und gesetzlichen Anforderungen an die geleisteten Einlagen im Zeitpunkt des Errichtungsakts erfüllt sind. Sie müssen also bei Einlagen in einer anderen Währung als derjenigen, auf die das Aktienkapital lautet, feststellen, dass diese unter Berücksichtigung des aktuellen Umrechnungskurses mindestens den Betrag der zu leistenden Einlagen decken.

Die *Liberierung* mittels ausländischer Währung ist zu unterscheiden von der neuen Möglichkeit des *Aktienkapitals* in ausländischer Währung (s. Art. 621).

Art. 634 Sacheinlagen

Absatz 1 kodifiziert die seit 2001 geltende Praxis zur Sacheinlage: Ein Vermögenswert kann in Form einer Sacheinlage in eine Gesellschaft eingebracht werden, wenn er kumulativ (1) bilanzierungsfähig, (2) frei übertragbar, (3) frei verfügbar und (4) verwertbar ist.²⁸⁴ Im Rahmen der Vernehmlassung gab es nur wenige Anmerkungen zur Kodifizierung dieses Konzepts.²⁸⁵

Die Bilanzierungsfähigkeit 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 ins 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 flüssige Mittel umgewandelt

²⁸³ S. insgesamt Paul Tahlmann, Bares ist Wahres, REPRAX 4/2003, S. 19 ff.; Rino Siffert/Adrian Tagmann, Art. 43 N 20, in: Siffert, Rino/Turin, Nicholas (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar (HRegV), Bern 2013.

²⁸⁴ Mitteilung des Eidg. Amts für das Handelsregister betr. Sacheinlage und Sachübernahme vom 15. August 2001, REPRAX 2/2001, S. 59 ff.

²⁸⁵ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 9.

werden kann. Die Sacheinlage soll Haftungssubstrat für die Gläubigerinnen und Gläubiger bilden. Auf der Grundlage dieser Kriterien sind etwa Arbeitsleistungen, persönliche Fähigkeiten und Erfahrungen, geleaste Vermögenswerte mit Eigentumsvorbehalt und zukünftige Rechte nicht sacheinlagefähig. Auch Lizenzen, vinkulierten Wertpapieren und Prototypen dürfte es oftmals an der Verwertbarkeit fehlen.

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, so gilt nach herrschender Auffassung die *lex rei sitae*, d. h., die öffentliche Beurkundung hat am Ort der gelegenen Sache zu erfolgen.²⁸⁶ In Anlehnung an Artikel 70 Absatz 2 FusG 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 FusG angezeigt.²⁸⁷ 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 wird die kantonale Zuständigkeit im Bereich der öffentlichen Beurkundung nicht untergraben (Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB). 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, 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 gelegenen 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 *innerkantonaler* 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 diesfalls 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 Domiziladres-

²⁸⁶ S. Christian Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, § 106 N 2985.

²⁸⁷ AB 2003 N 242 f.

se abgestellt werden. 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, so 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. 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. Leistet eine Aktionärin oder ein Aktionär eine Sacheinlage, deren anzurechnender Wert die Einlagepflicht übersteigt und für welche 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 ins Handelsregister einzutragen, folglich unterliegt auch diese weitere Gegenleistung der Registerpublizität.²⁸⁸ 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 weiterhin zulässig sein und vollumfänglich den Regeln zur Sacheinlage folgen. Auch die allfällige weitere Gegenleistung unterliegt der Statuten- und Registerpublizität, was dem Wortlaut von Absatz 4 zu entnehmen ist («allfällige weitere Gegenleistungen»).

Das geltende Recht schreibt in Artikel 642 OR vor, welche Tatsachen bei qualifizierten Tatbeständen ins Handelsregister eingetragen werden müssen. Der Vorentwurf hat an dieser Konzeption festgehalten und die einzutragenden Tatbestände in Absatz 5 geregelt. Nach der neuen Konzeption des Entwurfs, werden die ins Handelsregister einzutragenden Tatsachen ausschliesslich in der HRegV geregelt (s. für die Neueintragung einer Aktiengesellschaft etwa Art. 45 HRegV). Das OR enthält nur noch die allgemeine Pflicht zur Eintragung einer Gesellschaft ins Handelsregister (Art. 640 OR) bzw. zur Anmeldung einer späteren Statutenänderung (s. Art. 647). Auf diese Weise werden Doppelspurigkeiten vermieden und es wird verhindert, dass Widersprüche zwischen Gesetz und Verordnung auftreten.

Art. 634a Verrechnung mit einer Forderung

Artikel 634a kodifiziert neu die Liberierung durch Verrechnung, die im geltenden Recht nur lückenhaft geregelt ist. Der bisherige Artikel 634a OR zur nachträglichen Leistung von Einlagen wird in Artikel 634b verschoben. Inhaltlich orientiert sich Artikel 634a an der geltenden Praxis, schafft aber für bestimmte umstrittene Fragen Klarheit.

²⁸⁸ S. Adrian Tagmann, Art. 45 N 39, in: Siffert, Rino/Turin, Nicholas (Hrsg.), Handkommentar zur Handelsregisterverordnung (HRegV), Bern 2013

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.

Absatz 2 behandelt die 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 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 Verbindlichkeiten der Gesellschaft führt. Zwar fliessen dieser keine neuen flüssigen Mittel zu, doch vermindert sich das Fremdkapital der Gesellschaft im entsprechenden Umfang. Die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital verbessert die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft. Es ist deshalb aus betriebswirtschaftlicher Sicht sinnvoll, die Verrechnungsliberierung, auch in solchen Fällen zuzulassen. Stets bleiben aber die Bestimmungen über die Liquidität, den Kapitalverlust und die Überschuldung vorbehalten. Es ergibt sich namentlich keine Einschränkung der Handlungspflichten des VR nach den Artikeln 725 ff. Bei der Gründung ist eine Verrechnung mit nicht werthaltigen Forderungen selbstverständlich weiterhin nicht zulässig.

Für die Verrechnung kommen die allgemeinen Regeln über die Verrechnung (Art. 7 ZGB 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. Die Verfügbarkeit der Gesellschaft über die Einlage wäre nicht gegeben (s. Art. 634 i. V. m. Art. 959 Abs. 2 OR).²⁸⁹

Nach dem geltenden Recht musste die Liberierung durch Verrechnung – im Unterschied zur Liberierung durch Sacheinlage – nicht in den Statuten offengelegt werden. Diese Inkongruenz ist jedoch sachlich verfehlt. Zwar erhalten Dritte schon bisher durch das Handelsregister Kenntnis vom Verrechnungstatbestand (Art. 45 Abs. 2 Bst. c HRegV) und sie können auch Einsicht in den Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsbericht nehmen. 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.²⁹⁰ Neu unterliegt die Verrechnung daher nicht nur der Register-, sondern auch der Statutenpublizität. Diese wird in Absatz 3 geregelt. Die Registerpublizität ergibt sich nach neuer Konzeption des Entwurfs direkt aus der HRegV. Die neuen Publizitätsvorschriften verbessern die Transparenz zugunsten der Gläubigerinnen und Gläubiger sowie der Investorinnen und Investoren. Für die Gesellschaft bedeutet die Aufnahme in die Statuten keine wesentliche Mehrbelastung, da sie die entsprechenden Belege bei der Gründung beziehungsweise der Kapitalerhöhung bereits heute beim Handels-

²⁸⁹ S. Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 15 N 31.

²⁹⁰ S. Lukas Glanzmann, Verrechnungsliberierung, GesKR Sondernummer, Die grosse Aktienrechtsrevision, Zürich 2008, S. 16 f.

registeramt einzureichen hat. Werden die Vorschriften zur Statuten- und Registerpublizität missachtet, so ist die Liberierung nicht in rechtsgenügender Weise erfolgt.

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. 634b Nachträgliche Leistung

Absatz 1 entspricht vollständig dem heutigen Artikel 634a Absatz 1 OR.

Die nachträgliche Leistung oder Nachliberierung kann auch durch die Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital erfolgen. Deshalb wird Absatz 2 entsprechend ergänzt. In einem solchen Fall muss aber die GV dem VR die frei verfügbaren Reserven mit dem Auftrag zur Nachliberierung zur Verfügung stellen.²⁹¹ Durch die ausdrückliche Erwähnung, dass die Nachliberierung auch mittels Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital erfolgen darf, wird entsprechend Rechtssicherheit für die Praxis geschaffen.²⁹²

Art. 635 Ziff. 1

Artikel 635 äussert sich zum Inhalt des Gründungsberichts, der bei qualifizierten Gründungen zu erstellen ist.

Infolge der Änderung in Bezug auf die Sachübernahme (s. Ziff. 1.4.1.3) wird Ziffer 1 angepasst und der entsprechende Hinweis gestrichen.

Der Bericht hat darzulegen, dass die Bewertung der Sacheinlage angemessen ist. Auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass keine Emission der Aktien *unter pari* vorliegt. Bei einer Sacheinlage mit weiterer Gegenleistung (s. Art. 634 Abs. 4) 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. Inhalt und Wert der besonderen Vorteile unterliegen ebenfalls der Statutenpublizität. Die Registerpublizität ergibt sich direkt aus der HRegV (Art. 45 Abs. 2 Bst. d HRegV). Materiell entspricht die Norm der bisherigen Regelung.

²⁹¹ S. Bernard Kroug, La libération ultérieure du non-versé au moyen de fonds propres de la société est-elle possible au regard de l'art. 634a CO?, in: Registergilde Zürich (Hrsg.), Jahrbuch des Handelsregisters, Zürich 1993, S. 37.

²⁹² S. Franz Schenker, Art. 634a N 9, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

2.1.4 Eintragung ins Handelsregister

Art. 640 Randtitel

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

Art. 642

Artikel 642 OR führt auf, welche Aspekte der qualifizierten Tatbestände ins Handelsregister einzutragen sind. Entsprechende Vorschriften finden sich nach der neuen Konzeption des Entwurfs nur noch in der HRegV (s. Art. 634). Er wird daher aufgehoben.

Art. 643 Randtitel

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

Art. 644 Randtitel und Abs. 1

Der Randtitel und der Wortlaut von Absatz 1 werden an den Wortlaut von Artikel 652h Absatz 3 angepasst. Damit wird Rechtssicherheit geschaffen; eine materielle Änderung wird damit nicht bezweckt.

Art. 647 Statutenänderung

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

Nach Artikel 647 OR muss jeder Beschluss der GV oder des VR über eine Änderung der Statuten öffentlich beurkundet und ins Handelsregister eingetragen werden.

Neu wird Artikel 647 um einen Absatz 2 erweitert, wonach auf die öffentliche Beurkundung verzichtet werden kann, sofern einfache Verhältnisse vorliegen. Solche Verhältnisse liegen vor, wenn sich die Statuten der Gesellschaft sowohl vor als auch nach ihrer Änderung auf den gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt nach Artikel 626 Absatz 1 beschränken, wenn also Minimalstatuten vorliegen und die Einlagen vollständig und in Franken geleistet werden (s. Art. 629 Abs. 4). Explizit keine einfachen Verhältnisse liegen gemäss Absatz 2 Satz 2 im Falle einer Kapitalherabsetzung vor. Wenn das Aktienkapital herabgesetzt wird, ist aus Gläubigerschutzüberlegungen zwingend die öffentliche Beurkundung notwendig.

Sofern *keine* Minimalstatuten (s. Art. 626 Abs. 1) vorliegen, ist die öffentliche Beurkundung bei jeder Statutenänderung notwendig; also auch dann, wenn die Statuten nur bezüglich des zwingend notwendigen Statuteninhalts angepasst werden (z. B. Sitzänderung der Gesellschaft ohne weitere Anpassung der Statuten). Massgebend sind somit stets die gesamten Statuten, unabhängig davon, ob eine Totalrevision oder bloss eine Teilrevision vorgenommen wird.

Der Wechsel von umfangreichen Statuten zu den Minimalstatuten bedarf der öffentlichen Beurkundung. Er hat für die Gesellschaft stets gewisse Konsequenzen (z. B. in Bezug auf die Organisation der Gesellschaft). Eine Rechtsbelehrung durch die Urkundsperson erscheint deshalb sinnvoll. Zudem ist zu beachten, dass gewisse Statutenbestimmungen, die über den Minimalinhalt hinausgehen, erst nach einer gewissen Dauer aus den Statuten gestrichen werden können, z. B. die Bestimmungen zu den Sacheinlagen. Ein Wechsel zu den Minimalstatuten muss also genau überprüft werden. Dass der umgekehrte Fall (Wechsel von Minimal- zu Maximalstatuten) ebenfalls öffentlich beurkundet werden muss, liegt auf der Hand. Hier verlässt die Gesellschaft die einfachen Verhältnisse, womit die strengeren Formvorschriften einzuhalten sind.

Auch wenn Minimalstatuten vorliegen, kann ein Statutenänderungsbeschluss (z. B. eine Zweckänderung) freiwillig öffentlich beurkundet werden. Dies hat keinen Einfluss auf die zu beachtenden Formvorschriften einer nächsten Statutenänderung.

Gemäss Absatz 2 Satz 1 hat die Beschlussfassung beim Vorliegen einfacher Verhältnisse in schriftlicher Form zu erfolgen. Artikel 702 Absatz 2 äussert sich zum Inhalt des Protokolls. Artikel 702 Absatz 3 hält fest, dass das Protokoll von der Protokollführerin und vom Vorsitzenden der GV zu unterzeichnen ist. Weitere formelle Anforderungen an die Beschlussfassung ergeben sich aus der jeweiligen Art der Versammlung, z. B. Unterzeichnung durch sämtliche Aktionärinnen und Aktionäre beim Zirkularbeschluss (s. Art. 701 Abs. 3).

Gemäss der Konzeption des Entwurfs ist die Formvorschrift für alle Arten von Statutenänderungen durch die GV oder den VR einheitlich in Artikel 647 geregelt. Spezifische Normen zu Formvorschriften in Zusammenhang mit Statutenänderungen werden deshalb im Entwurf gestrichen. Die Pflicht zur Eintragung einer Statutenänderung ins Handelsregister ergibt sich für alle Arten von Statutenänderungen – auch im Zusammenhang mit einer Kapitalveränderung – aus Artikel 647. Entsprechende Vorschriften bei den spezifischen Normen werden gestrichen (z. B. Art. 652*h* Abs. 1 OR). Zudem wurde darauf geachtet, die aktienrechtlichen Bestimmungen von handelsregisterspezifischen Vorgaben zu entschlacken (einzureichende Handelsregisterbelege, Inhalt des Registereintrags, Ordnungsfristen für die Handelsregisteranmeldung etc.).

2.1.5 Ordentliche Kapitalerhöhung

Art. 650 Erhöhung und Herabsetzung des Aktienkapitals, ordentliche Kapitalerhöhung, Beschluss der Generalversammlung

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

So vervollständigt der Entwurf die Liste zum Inhalt des Kapitalerhebungsbeschlusses der GV, namentlich betreffend die Liberierung durch Verrechnung (Abs. 2 Ziff. 5) und die Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital (Abs. 2

Ziff. 6). 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. Neu wird in den Ziffern 1 und 2 die bereits nach geltendem Recht zulässige Kapitalerhöhung bis zu einem Maximalbetrag geregelt.²⁹³ In der HRegV ist die Kapitalerhöhung mit Maximalbetrag bereits enthalten (Art. 47 Abs. 1 Bst. a und b HRegV); die Bestimmung des OR wird somit an diejenige der HRegV angeglichen. Eine unzulässige Vermischung von ordentlicher und genehmigter Kapitalerhöhung bzw. neu von ordentlicher Erhöhung und Kapitalband liegt nicht vor, da bei der Kapitalerhöhung mit Maximalbetrag die GV gemäss Absatz 1 diese beschliesst und den VR anweist, die Erhöhung im Umfang der eingegangenen Zeichnungen zu vollziehen. Der VR hat keinen Entscheidungsspielraum; eine Kompetenzdelegation von der GV an der VR liegt also nicht vor.

Das heutige Recht räumt dem VR 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. Bei der Frist handelt es sich um eine Verwirkungsfrist. Nach Ablauf der Frist verliert der Erhöhungsbeschluss der GV seine Wirkung und er fällt *ex tunc* dahin. Anmeldungen, die nach Fristablauf eingereicht werden, müssen vom Handelsregisteramt abgewiesen werden.²⁹⁴ Die GV kann diese Frist im Rahmen ihres Erhöhungsbeschlusses 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 VR die Kapitalerhöhung in rechtsgenügender Form beim zuständigen Handelsregisteramt anmeldet. Eine fristgerechte Anmeldung ist rechtsgenügend, wenn sie den Vorschriften des Gesetzes und der HRegV 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.

Neu wird Artikel 650 um einen Absatz 4 erweitert, wonach auf die öffentliche Beurkundung verzichtet werden kann, sofern einfache Verhältnisse vorliegen (s. Art. 629 Abs. 3 und 647 Abs. 2). Einfache Verhältnisse liegen bei einer Kapitalerhöhung dann vor, wenn die Statuten (vor *und* nach der Kapitalerhöhung) ausschliesslich die Angaben gemäss Artikel 626 Absatz 1 enthalten (Ziff. 1), das Aktienkapital auf Franken lautet (Ziff. 2) und die Einlagen der Kapitalerhöhung vollständig und in Franken geleistet werden (Ziff. 3). Soll bei einfachen Verhältnissen eine Kapitalerhöhung ohne die Mitwirkung einer Urkundsperson möglich sein, so müssen – wie soeben erläutert – sowohl der Kapitalerhöhungsbeschluss der GV als auch der Beschluss über die Statutenänderung und die Feststellungen des VR (s. Art. 652g) ohne die Mitwirkung einer Urkundsperson möglich sein.

²⁹³ S. insgesamt Gaudenz G. Zindel/Peter R. Isler, Art. 650 N 8, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

²⁹⁴ S. Rino Siffert/Adrian Tagmann, Art. 46 N 8, in: Siffert, Rino/Turin, Nicholas (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar (HRegV), Bern 2013.

Art. 651 und 651a

Mit der Einführung des Kapitalbands (s. Art. 653s ff.) kann das in den Artikeln 651 und 651a des bisherigen Rechts geregelte Institut der genehmigten Kapitalerhöhung aufgehoben werden.

Art. 652 Randtitel und Abs. 3

Aufgrund der Aufhebung der Artikel 651 und 651a OR muss der Randtitel formell angepasst werden.

Artikel 652 Absatz 3 OR enthält eine Frist für die Verbindlichkeit des Zeichnungsscheins. Der Vorentwurf hat noch eine Angleichung an Artikel 650 Absatz 3 vorgesehen und verlängerte die Frist von drei Monaten auf sechs Monate. Gemäss Artikel 652 Absatz 2 OR muss der Zeichnungsschein auf den konkreten Erhöhungsbeschluss Bezug nehmen. Die Kapitalerhöhung muss gemäss Artikel 650 Absatz 3 innerhalb der Verwirkungsfrist von sechs Monaten beim Handelsregisteramt zur Eintragung angemeldet werden. Indirekt gilt die Sechsmonatsfrist somit auch für die Befristung des Zeichnungsscheins. Dieser kann nicht länger gültig sein als der Kapitalerhöhungsbeschluss der GV. Eine explizite Verankerung der Befristung im Gesetz ist nicht notwendig. Absatz 3 kann somit aufgehoben werden.

Art. 652a Randtitel, Abs. 1 Ziff. 1–3, 5 und 5^{bis} 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 ein Zwischenabschluss zu erstellen ist. In Ziffer 5^{bis} wird klargestellt, dass auch über einen allfälligen Vergütungsbericht und den zugehörigen Revisionsbericht Aufschluss zu geben ist.

Nach Absatz 4 darf auf einen Emissionsprospekt verzichtet werden, wenn die Aktien ausschliesslich qualifizierten Anlegerinnen und Anlegern im Sinne des KAG angeboten werden.²⁹⁵

Art. 652b Randtitel, Abs. 2 dritter Satz und Abs. 4

Von Artikel 652b Absatz 2 OR wird der letzte Satz gestrichen («Durch die Aufhebung des Bezugsrechts darf niemand in unsachlicher Weise begünstigt oder benachteiligt werden.») und in einen neuen Absatz 4 verschoben. Neu wird in Absatz 4 ausdrücklich erwähnt, dass nicht nur durch die Aufhebung des Bezugsrechts, sondern auch durch die Festsetzung des Ausgabebetrags niemand in unsachlicher Weise begünstigt oder benachteiligt werden darf. 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. Im Unterschied zum Vorentwurf

²⁹⁵ Zu beachten ist die Botschaft FIDLEG/FINIG (Geschäft 15.073), S. 9093: Artikel 652a OR soll aufgehoben werden. Sollte diese Aufhebung vor der Änderung des Aktienrechts oder gleichzeitig mit ihr in Kraft treten, so wird die vorliegende Änderung von Artikel 652a OR grundsätzlich hinfällig.

gelten gemäss Entwurf für die Aufhebung des Bezugsrechts und die Festlegung des Bezugspreises die gleichen Schranken. So können neue unbestimmte Rechtsbegriffe vermieden werden, die für Rechtsunsicherheit sorgen könnten. Somit wird den in der Vernehmlassung geäusserten Bedenken Rechnung getragen.²⁹⁶

Legt die GV die Modalitäten der Bezugsrechtsausübung oder den Ausgabepreis in missbräuchlicher Weise fest, so ist der betreffende Beschluss zumindest anfechtbar (Art. 706 OR). Der Entwurf verzichtet darauf, Beschlüsse des VR 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 insbesondere Schadenersatzansprüche.

Der Vorentwurf wollte in einem neuen Absatz 1^{bis} das Bezugsrecht im Rahmen der Festübernahme regeln. Der Entwurf verzichtet aufgrund der Ergebnisse der Vernehmlassung auf die Regelung der Festübernahme. Es wurde vorgebracht, dass die wirtschaftliche Freiheit zu stark eingeschränkt werde und auch ausländische Finanzinstitute als Festübernehmer erlaubt sein müssten. In der Praxis führe die rechtlich unbedenkliche Festübernahme zu keinen nennenswerten Schwierigkeiten.²⁹⁷

Art. 652c Randtitel

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

Art. 652d Randtitel und Abs. 2 und 3

Eine streng grammatikalische Auslegung des geltenden Wortlauts lässt den Schluss zu, dass die Prüfung des Zwischenabschlusses durch eine nicht von der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde zugelassene Person ausreicht. Um Klarheit zu schaffen, wird der Wortlaut von Absatz 2 Ziffer 2 entsprechend ergänzt (mit einem «durch einen zugelassenen Revisor²⁹⁸ geprüften» Zwischenabschluss).

Neu wird Artikel 652d mit einem Absatz 3 ergänzt, der die Statutenpublizität regelt. Heute unterliegen die Sacheinlage- und die Verrechnungslieberierung der Statutenpublizität, die Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital hingegen nicht. Das ist nicht kohärent. Letztere stellt ebenfalls einen qualifizierten Tatbestand im Rahmen einer Kapitalerhöhung dar, und es werden ein Kapitalerhöhungsbericht und eine Prüfungsbestätigung verlangt. Mit dem Entwurf sollen die qualifizierten Tatbestände möglichst einheitlich geregelt werden. Dies erleichtert die Anwendung und erhöht somit die Rechtssicherheit. Bei der Sacheinlage und der Verrechnung kann im Zusammenhang mit der Statutenpublizität auf die Bestimmungen über die Gründung verwiesen werden (Art. 652c OR). Bei der Umwandlung von frei verwendba-

²⁹⁶ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 9. S. Dieter Gericke, Mindestausgabebetrag bei der Kapitalerhöhung, GesKR 2/2016, S. 229 ff.

²⁹⁷ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 9.

²⁹⁸ Es ist anzumerken, dass natürliche Personen nur dann selbstständig Revisionsdienstleistungen durchführen dürfen, wenn sie zumindest ein Einzelunternehmen ins Handelsregister eingetragen haben und dieses über die notwendige Zulassung verfügt (Art. 8 Abs. 1 RAV).

rem Eigenkapital ist dies nicht möglich, da diese Konstellation im Gründungszeitpunkt nicht in Frage kommt. Die Regelung der Statutenpublizität muss daher direkt in Artikel 652d geregelt werden. Die Registerpublizität ergibt sich aus der HRegV.

Art. 652e Randtitel und Ziff. 1

Ziffer 1 wird in Übereinstimmung mit den übrigen Bestimmungen dahingehend angepasst, dass die Sachübernahme als qualifizierter Tatbestand, über welchen der VR Rechenschaft abzulegen hat, wegfällt. Im Übrigen wird auf die Ausführungen zum Gründungsbericht im Rahmen einer qualifizierten Gründung verwiesen (s. Art. 635).

Art. 652f Randtitel

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

Art. 652g Randtitel, Abs. 1 Ziff. 3–5, Abs. 2 und 3

Der Randtitel erhält aufgrund von Änderungen in der Gesetzessystematik eine neue Nummerierung und wird präzisiert.

Die Änderung von Absatz 1 Ziffer 3 stellt keine materielle Änderung dar, sondern es wird die aktuelle Formulierung präzisiert und vereinheitlicht (s. Art. 629 Abs. 2 Ziff. 3). Die Formulierung «im Zeitpunkt der Feststellungen» stellt eigentlich eine Selbstverständlichkeit dar. Es liegt auf der Hand, dass sich die Feststellungen des VR weder auf einen Zeitpunkt in der Vergangenheit noch auf einen Zeitpunkt in der Zukunft beziehen. Die Präzisierung ist allerdings insbesondere im Zusammenhang mit einer Liberierung mittels einer frei konvertierbaren ausländischen Währung (s. Art. 633 Abs. 3) wichtig. Die neue Fassung von Ziffer 3 macht deutlich, dass in einem solchen Fall zwingend der Umrechnungskurs im Zeitpunkt der Feststellungen anzuwenden ist.

Da in Artikel 629 Absatz 2 Ziffer 4 die «Stampa-Erklärung» neu ins Gesetz aufgenommen wird und Artikel 46 Absatz 2 Buchstabe g HRegV auch bei der Kapitalerhöhung die Abgabe dieser Erklärung verlangt, wird Artikel 652g Absatz 1 OR mit einer neuen Ziffer 4 ergänzt. Dementsprechend ist die «Stampa-Erklärung» nun Teil der Feststellungsbeschlüsse des VR anlässlich einer Kapitalerhöhung.²⁹⁹

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 VR vorgelegen haben. In Übereinstimmung mit den Vorschriften zur Gründung (Art. 631 Abs. 1 OR) hat die Urkundsperson jedoch zwingend auch zu bestätigen, dass die Belege *ihr* vorgelegen haben (so auch Art. 47 Abs. 2 Bst. d HRegV). Die Urkundsperson hat zu prüfen, ob die Belege formell in Ordnung sind, ob sie die vom

²⁹⁹ Zu beachten ist die Botschaft Handelsregister, S. 3653, welche diese Änderung ebenfalls enthält. Sollte die Vorlage zum Handelsregister vor der Änderung Aktienrechtsrevision oder gleichzeitig mit ihr in Kraft treten, so müsste in der neuen Fassung von Artikel 652g Absatz 1 Ziffer 4 lediglich der Hinweis auf die Sachübernahme (s. Ziff. 1.4.1.3) gestrichen werden.

Gesetz verlangten Angaben enthalten und ob ihr Inhalt mit den zu beurkundenden Feststellungen des VR übereinstimmt. Die Bestätigung, ob die Belege auch dem VR vorgelegen haben (Art. 652g Abs. 2 OR und Art. 652g Abs. 2 VE OR), stellt gemäss Vernehmlassung für die Urkundsperson oft ein Problem dar, wenn im Organisationsreglement der Gesellschaft vorgesehen ist, dass ein Mitglied des VR allein die Feststellungs- und Statutenänderungsbeschlüsse nach Artikel 652g fassen kann.³⁰⁰ Diese Feststellung ist daher nicht durch die Urkundsperson, sondern durch den VR oder das hierzu bevollmächtigte Mitglied des VR zu machen. Entsprechend wird Absatz 1 (Feststellungen des VR) mit einer neuen Ziffer 5 ergänzt. Es liegt in der Verantwortung des VR oder des hierzu bevollmächtigten Mitglieds des VR, dass die nicht anwesenden Mitglieder Kenntnis von den Unterlagen hatten und der Entscheid über den Vollzug der Kapitalerhöhung vom VR getragen wird.

Um die Norm übersichtlicher und klarer zu gestalten, wird der bisherige Absatz 3 gestrichen und Absatz 2 stattdessen dahingehend ergänzt, dass die Belege der öffentlichen Urkunde beizulegen sind. Eine materielle Änderung ergibt sich daraus nicht.

Absatz 3 enthält neu die Möglichkeit, von der öffentlichen Beurkundung abzusehen, wenn die Statuten nur die Angaben gemäss Artikel 626 Absatz 1 enthalten, das Aktienkapital auf Franken lautet und die Einlagen vollständig und in Franken geleistet werden (s. Art. 650 Abs. 4).

Art. 652h Nichtigkeit von Aktien, die vor der Eintragung ausgegeben werden
Der Randtitel wird sprachlich angepasst.

Der geltende Absatz 1 wird gestrichen, da sich die Pflicht zur Anmeldung der Eintragung ins Handelsregister für jede Statutenänderung aus Artikel 647 ergibt.

Der geltende Absatz 2 wird ebenfalls aufgehoben. Zukünftig sollen die beim Handelsregisteramt einzureichenden Belege einheitlich in der HRegV geregelt werden (Art. 46 HRegV).

Die Änderung im geltenden Absatz 3 ist sprachlicher Natur («ins Handelsregister»). Die Bestimmung entspricht dem Wortlaut von Artikel 644 Absatz 1. Der geltende Absatz 3 wird neu zum einzigen Absatz dieser Bestimmung.

2.1.6 Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital

Art. 653, 653a Abs. 1 und 653b Abs. 1 Ziff. 1, 4 und 7
Erhöhung aus bedingtem Kapital,
Beschluss der Generalversammlung

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

³⁰⁰ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 10.

In Artikel 653 Absatz 1 werden neu auch die Aktionärinnen und Aktionäre sowie die Mitglieder des VR als mögliche Adressatinnen und Adressaten eines bedingten Kapitals aufgeführt. Bereits nach der heutigen Praxis werden Aktionärsoptionen im Rahmen einer Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital ausgegeben.³⁰¹ Verbreitet ist auch die Ausrichtung von Optionen als Teil der Vergütungen für den VR.³⁰² Die Aufzählung des Entwurfs ist – im Unterschied zum Vorentwurf – nicht abschliessend («insbesondere»), was der aktuellen liberalen Praxis entspricht und vereinzelt explizit in der Vernehmlassung gewünscht wurde.³⁰³ In jedem 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.

Artikel 653 Absatz 2 entspricht dem geltenden Absatz 2. Es werden nur leichte sprachliche Änderungen vorgenommen.

Der geltende Absatz 3 von Artikel 653 wird aufgehoben, da spezialgesetzliche Bestimmungen ohnehin vorgehen. Ein expliziter Hinweis im Gesetz ist daher nicht notwendig.

Die Änderung in Artikel 653a hat keine materielle Änderung zur Folge. Die neue Formulierung verdeutlicht das schon in der Praxis angewandte Stichtagsprinzip.³⁰⁴ Massgebend ist das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital. Spätere Kapitalveränderungen haben keinen Einfluss auf die Begrenzung. Auch eine hängige, aber noch nicht im Handelsregister eingetragene Kapitalerhöhung oder -herabsetzung bleibt unberücksichtigt. Gleich verhält es sich mit einem noch nicht verwendeten genehmigten Kapital. Falls jedoch an derselben GV vorgängig zur Einführung eines bedingten Kapitals eine ordentliche Kapitalerhöhung beschlossen wird, darf vom erhöhten Betrag des Aktienkapitals ausgegangen werden, sofern die ordentliche Kapitalerhöhung unmittelbar anschliessend durchgeführt und gleichzeitig mit der Statutenänderung über das bedingte Kapital zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet wird.³⁰⁵ Die neue Formulierung in Artikel 653a bezweckt keine Änderung des soeben Dargelegten. Die Abstützung auf das *im Handelsregister eingetragene* Aktienkapital steht im Übrigen in Einklang mit der Formulierung zum Kapitalband (s. Art. 653s Abs. 2) und derjenigen zum Partizipationskapital (s. Art. 656b Abs. 1).

Artikel 653b äussert sich zum Statuteninhalt. Die Pflicht zur Anmeldung der Statutenänderung beim Handelsregisteramt ergibt sich aus Artikel 647. Die Änderung in Absatz 1 Ziffer 1 ist redaktioneller Art. Ziffer 4 stellt klar, dass die allfällige Aufhebung oder Beschränkung des Bezugsrechts in den Statuten vorzusehen ist. Gemäss

³⁰¹ 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.

³⁰² 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.

³⁰³ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 10.

³⁰⁴ S. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 2 N 207.

³⁰⁵ S. Gaudenz G. Zindel/Peter R. Isler, Art. 653a N 1, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

einer neuen Ziffer 7 müssen die Statuten sich auch zur Form der Ausübung der Wandel- oder Optionsrechte und zum Verzicht auf diese Rechte äussern. Bisher hatte die Ausübung der Rechte gemäss Artikel 653e OR zwingend durch eine schriftliche Erklärung zu erfolgen. Diese Regelung ist nicht mehr zeitgemäss. Neu können in den Statuten auch elektronische Mittel für die Ausübung der Rechte vorgesehen werden.

Art. 653c, 653d Abs. 1 und 653e Abs. 1 und 2 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 Aktionärinnen und Aktionären Optionsrechte eingeräumt werden.

Die gesetzliche Verweisung ist auch für die Ausübung des Bezugsrechts und die Festsetzung des Ausgabepreises massgebend.

Der bisherige Absatz 1 wird neu Absatz 2.

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 neue Formulierung ist einfacher; materielle Änderungen sind damit keine verbunden.

Artikel 653d Absatz 1 wird aufgrund der Änderung in Artikel 653 Absatz 1 angepasst und offen formuliert («Personen, die ein Wandel- oder Optionsrecht haben» anstatt Aufzählung der einzelnen Berechtigten).

In Artikel 653e Absatz 1 wird die Form für die Ausübung der Wandel- und Optionsrechte gestrichen, da diese Vorschrift nicht mehr zeitgemäss ist. Neu regeln die Statuten die Form für die Ausübung der Wandel- und Optionsrechte (s. Art. 653b Abs. 1 Ziff. 7). Absatz 2 wird an den Wortlaut von Artikel 633 Absatz 1 OR angeglichen.

Art. 653f, 653g, 653h und 653i

Prüfungsbestätigung

Statutenänderung und Feststellungen des Verwaltungsrats

Eintragung ins Handelsregister und Streichung

Die Änderungen in den Artikeln 653f und 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 und die Feststellungen des VR öffentlich zu beurkunden sind. Ersteres würde sich bereits aus Artikel 647 ergeben; die Wiederholung ist allerdings notwendig, damit klar hervorgeht, dass auch die Feststellungen des VR öffentlich zu beurkunden sind. Die Regelung entspricht Artikel 652g Absatz 2. Im Unterschied zur ordentlichen Kapitalerhöhung ist allerdings bei der bedingten Kapitalerhöhung der Beschluss des VR stets öffent-

lich zu beurkunden. Ein Verzicht auf die öffentliche Beurkundung, wie er in Artikel 652g Absatz 3 vorgesehen ist, ist bei der bedingten Kapitalerhöhung nicht möglich, da mit dem erforderlichen Statutenartikel zum bedingten Kapital (s. Art. 653b) stets über den Minimalinhalt der Statuten nach Artikel 626 Absatz 1 hinausgegangen wird.

Artikel 653g wird in verschiedener Hinsicht an Artikel 652g angepasst. So hat der VR auch im Rahmen der genehmigten Kapitalerhöhung festzustellen, dass die der Kapitalerhöhung zugrunde liegenden Belege ihm vorgelegen haben. Die Urkundsperson muss lediglich bestätigen, dass *ihr* die Belege vorgelegen haben. Im letzten Satz von Absatz 2 wird zudem festgehalten, dass die Belege der öffentlichen Urkunde beizulegen sind (s. Art. 652g Abs. 2 letzter Satz).

Artikel 653h OR äussert sich zur Handelsregistereintragung und zu den dem Handelsregisteramt einzureichenden Belegen. Die Pflicht zur Anmeldung der Statutenänderung beim Handelsregisteramt ergibt sich direkt aus Artikel 647. Eine spezifische Regelung für die bedingte Kapitalerhöhung ist nicht notwendig. Die in Artikel 653h OR enthaltene Dreimonatsfrist stellt im Unterschied zur Frist nach Artikel 650 Absatz 3 keine Verwirkungsfrist, sondern lediglich eine Ordnungsvorschrift dar. Ordnungsfristen im Zusammenhang mit Handelsregisteranmeldungen werden gemäss neuer Konzeption ausschliesslich in der HRegV geregelt. Auch die dem Handelsregisteramt einzureichenden Belege werden gemäss Entwurf einheitlich in der HRegV geregelt. Artikel 653h kann daher aufgehoben werden.

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 VR 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.

Gemäss Artikel 653i darf der VR aber die Statutenbestimmung über das bedingte Kapital aufheben oder anpassen, wenn die Wandel- oder Optionsrechte erloschen (Ziff. 1) oder keine solche Rechte eingeräumt worden sind (Ziff. 2) oder wenn alle oder ein Teil der Berechtigten auf die Ausübung der ihnen eingeräumten Wandel- oder Optionsrechte verzichtet haben (Ziff. 3). Willigt nur ein Teil der Inhaberinnen und Inhaber der Wandel- oder Optionsrechte in den Verzicht ein, so darf die Statutenbestimmung nicht gestrichen werden, doch bleibt eine entsprechende Anpassung möglich. Die Form für den Verzicht ist zwingend in den Statuten zu regeln (s. Art. 653b Abs. 1 Ziff. 7).

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 offenzulegen (Art. 959a Abs. 3 OR).

Gemäss Artikel 653i Absatz 2 dürfen die Statuten nur geändert werden, wenn ein zugelassener Revisionsexperte oder eine zugelassene Revisionsexpertin den Sachverhalt schriftlich bestätigt hat. Dass diese Bestätigung die erforderlichen Angaben enthält (s. Art. 653i Abs. 1), wird durch das Handelsregisteramt geprüft (Art. 28 HRegV).

Der Vorentwurf äusserte sich in Absatz 2 zur Form der Statutenänderung. Da sich die Form für eine Statutenänderung zwingend aus Artikel 647 ergibt, kann der entsprechende Hinweis gestrichen werden. Ein Verzicht auf die öffentliche Beurkundung ist bei der Einführung oder beim Vollzug des bedingten Kapitals nie möglich, da mit der spezifischen Statutenbestimmung zum bedingten Kapital (s. Art. 653b) stets über den minimalen Statuteninhalt gemäss Artikel 626 Absatz 1 hinausgegangen wird.

2.1.7 Ordentliche Kapitalherabsetzung

Art. 653j Herabsetzung des Aktienkapitals, 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 Entwurf beseitigt werden sollen (s. Ziff. 1.4.1.4). Artikel 653j regelt die Grundsätze der ordentlichen Kapitalherabsetzung.

Absatz 1 weist der GV die Kompetenz zu, über den Umfang der Kapitalherabsetzung zu entscheiden. Dem VR 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. Denkbar ist auch ein Mix davon. Der Herabsetzungsbeschluss der GV hat entsprechende Angaben zu enthalten (s. Art. 653n Abs. 1 Ziff. 2).

Die Aktionärinnen und Aktionäre können von der Kapitalherabsetzung in verschiedener Weise profitieren. In Frage kommen (1) eine Auszahlung flüssiger Mittel an die Aktionärinnen und Aktionäre, (2) eine Umwandlung des Aktienkapitals in Reserven oder Fremdkapital, namentlich Aktionärsdarlehen, oder (3) eine Verrechnung mit Schulden der Aktionärinnen und Aktionäre, z. B. aus ihrer Liberierungspflicht.³⁰⁶ Von dieser Verrechnung mit Liberierungspflichten zu unterscheiden ist die Rückliberierung, d. h. die Herabsetzung der Liberierungsquote bei gleichblei-

³⁰⁶ S. Manfred Küng/Niklaus Schoch, vor Art. 732–735 N 17 ff., in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

bendem Nennwert. Auch bei einem solchen Vorgehen müssen aber die Vorschriften der Kapitalherabsetzungsverfahren eingehalten werden.³⁰⁷

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. 653g). Neu ist gemäss Artikel 621 Absatz 2 auch ein Aktienkapital in ausländischer Währung möglich. Die Verwendung einer ausländischen Währung soll im Vergleich zum Franken gleich behandelt werden, weshalb das Kapital durch ein Kapital mit einem Gegenwert von mindestens 100 000 Franken ersetzt werden muss (analog Art. 621 Abs. 2).

Analog der Kapitalerhöhung (s. Art. 650 Abs. 3) wird zudem in Absatz 4 neu eine Verwirkungsfrist aufgeführt, innert welcher die Kapitalherabsetzung beim Handelsregisteramt zur Eintragung angemeldet werden muss. Wie bei der Kapitalerhöhung beträgt die Frist sechs Monate und kann als Verwirkungsfrist durch die GV zwar verkürzt, nicht aber verlängert werden. Durch diese Verwirkungsfrist wird die ordentliche Kapitalherabsetzung von einer genehmigten Kapitalherabsetzung (im Rahmen eines Kapitalbands) abgegrenzt.

Art. 653k Gläubigerschutz

Artikel 653k regelt die Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger.

Im Unterschied zum geltenden Recht (Art. 733 OR) und zum Vorentwurf verzichtet der Entwurf auf den *dreimaligen* Schuldeneruf. Dieser ist nicht mehr zeitgemäss; neu genügt eine *einmalige* Publikation. Online können sämtliche SHAB-Publikationen der letzten drei Jahr konsultiert werden.³⁰⁸ Der Nutzen eines dreimaligen Schuldenerufs ist daher nicht mehr nachvollziehbar. Seine Berechtigung geht auf die Zeit zurück, wo das SHAB noch in Papierform gelesen wurde. Der dreimalige Schuldeneruf sollte verhindern, dass infolge Abwesenheit eine Ausgabe und somit die entscheidende Meldung verpasst wurde. Da der dreimalige Schuldeneruf allerdings in der Regel in drei aufeinander folgenden SHAB-Ausgaben publiziert wurde, wurde auch dieser Zweck mehr oder weniger vereitelt. Dies ist allerdings nicht weiter tragisch, da im SHAB problemlos nach einer verpassten Meldung gesucht werden kann. Zudem können Online-Abonnemente bestellt werden, welche es ermöglichen, die Inhalte der täglichen SHAB-Ausgaben gemäss den Bedürfnissen entweder gesamthaft oder rubrikspezifisch zu beziehen. Der Gläubigerschutz kann somit auch mit einer Publikation gewährleistet werden.

Die Gesellschaft kann die Aufforderung vor oder nach dem Herabsetzungsbeschluss der GV durchführen. Diese Wahlmöglichkeit eröffnet dem VR 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 Revisionsexperten oder den zugelassenen Revisionsexperten vor der GV durchgeführt werden. Die GV kann so vor dem Beschluss über die Kapitalherabsetzung über die Ergebnisse der Auffor-

³⁰⁷ S. Manfred Küng/Niklaus Schoch, vor Art. 732–735 N 19, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

³⁰⁸ www.shab.ch (Schuldenerufe).

derung und der Prüfung informiert werden. Dies ist aber sachlich nicht in jedem Fall zwingend erforderlich, wenn in den relevanten Fragen klare Verhältnisse bestehen. Es soll daher ermöglicht werden, die GV bereits vor oder zumindest während der Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger durchzuführen. Dies erlaubt ein rascheres Vorgehen. Es kann aber 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).

Wird der Schuldenruf *vor* der GV durchgeführt, so nimmt dieser Bezug auf die durchzuführende Kapitalherabsetzung und hat zeitnah zur geplanten GV zu erfolgen. Eine Frist, wie weit die SHAB-Publikation im Zeitpunkt des Beschlusses der GV zurückliegen darf, wird im Gesetz allerdings nicht verankert. Es liegt in der Verantwortung des VR, allenfalls einen neuen Schuldenruf durchzuführen, da nur ein aktueller Schuldenruf eine zweckmässige Informationsgrundlage darstellt. Zudem würde ein veralteter Schuldenruf Sinn und Zweck des Gläubigerschutzes zuwiderlaufen, da neueren Gläubigerinnen und Gläubigern nicht die Gelegenheit gegeben würde, ihre Forderungen anzumelden. Ändern sich die Modalitäten der Kapitalherabsetzung, z. B. weil die GV einen höheren Herabsetzungsbetrag beschliesst, ist der Schuldenruf zu wiederholen.

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

Absatz 3 entspricht sinngemäss der Regelung bei der Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger gemäss Artikel 25 FusG. Die Gesellschaft kann sich von der Sicherstellung einer angemeldeten Forderung befreien, wenn sie die Forderung erfüllt oder 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 genügen, wonach das Fremdkapital trotz der Herabsetzung des Aktienkapitals vollständig gedeckt ist. In besonderen Fällen wird jedoch diese Prüfungsbestätigung allein nicht ausreichen, so bei Forderungen, die erst lange nach der Herabsetzung fällig werden. Durch eine allfällige Erfüllung der Forderung dürfen die übrigen Gläubigerinnen und Gläubiger nicht benachteiligt werden (betreibungsrechtliches Gleichbehandlungsgebot). Zudem ist erforderlich, dass die Forderung gemäss Artikel 81 OR erfüllbar ist.

Art. 653l Zwischenabschluss

Artikel 653l sieht im Einklang mit der heutigen Praxis vor,³⁰⁹ dass die Gesellschaft einen Zwischenabschluss erstellen muss, wenn der letzte Bilanzstichtag länger als sechs Monate zurückliegt. Da bereits heute eine Zwischenbilanz ohne Zwischenerfolgsrechnung methodisch undenkbar ist,³¹⁰ verwendet der Entwurf – im Unterschied zum Vorentwurf – den präziseren Begriff des Zwischenabschlusses.

Die gesetzlichen Anforderungen an den Inhalt des Zwischenabschlusses sind neu einheitlich in Artikel 960f geregelt.

Art. 653m Prüfungsbestätigung

Artikel 653m regelt die Prüfungsbestätigung einer zugelassenen Revisionsexpertin oder eines zugelassenen Revisionsexperten. Diese oder dieser muss gemäss Absatz 1 bestätigen, dass gestützt auf den Jahres- oder Zwischenabschluss und das Ergebnis des Schuldenerufs die Forderungen der Gläubigerinnen und Gläubiger trotz der Herabsetzung des Aktienkapitals voll gedeckt sind.

Die Prüfung gemäss Vorentwurf erfasste explizit auch die Folgen der Kapitalherabsetzung auf die Liquidität der Gesellschaft. Eine zugelassene Revisionsexpertin oder ein zugelassener Revisionsexperte hätte bestätigen müssen, dass mit der Herabsetzung des Aktienkapitals weder die Erfüllung der Forderungen der Gläubigerinnen und Gläubiger gefährdet wird, noch begründete Besorgnis besteht, dass die Gesellschaft in den nächsten zwölf Monaten zahlungsunfähig wird. Da die prüfende Person oftmals kein voraussetzungsloses Prüffeststat hätte abgeben können,³¹¹ wurde diese Prüfung im Entwurf fallengelassen. Der VR muss die Liquidität jedoch im Sinne von Artikel 725 im Auge behalten. Die Kapitalherabsetzung darf demgemäss nicht zu einer begründeten Besorgnis der Zahlungsunfähigkeit führen.

Die Bestätigung der zugelassenen Revisionsexpertin oder des zugelassenen Revisionsexperten muss 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 den ihr vorgelegten Jahres- oder Zwischenabschluss für die Abgabe der erforderlichen Prüfungsbestätigung prüfen muss.

³⁰⁹ S. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 2 N 356; Karl Rebsamen, Das Handelsregister, 2. Auflage, Zürich 1999, N 585; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 53 N 95.

³¹⁰ S. insgesamt Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 3 N 81 und § 13 N 770; Lukas Glanzmann, Umstrukturierungen, 3. Auflage, Bern 2014, N 315.

³¹¹ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 11.

Die Prüfungsbestätigung hat bedingungslos und ohne Vorbehalte zu erfolgen.³¹² Im Vorentwurf war die entsprechende Voraussetzung in Artikel 653o Absatz 4 VE OR (Eintragung ins Handelsregister) zu finden. Sie muss sich nicht explizit aus dem Gesetzestext ergeben, da sie eine Selbstverständlichkeit darstellt.

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

Art. 653n, 653o Beschluss der Generalversammlung, Änderung der Statuten und Feststellungen des Verwaltungsrats; Eintragung in das Handelsregister

Artikel 653n regelt den Inhalt und die Form des Kapitalherabsetzungsbeschlusses der GV. Neu wird in Ziffer 1 analog zur Kapitalerhöhung bis zu einem Maximalbetrag (s. Art. 650 Abs. 2 Ziff. 1 und 2) die Möglichkeit der Kapitalherabsetzung bis zu einem Maximalbetrag geregelt. Zum Teil wird dieses Vorgehen bereits heute als zulässig beurteilt.³¹³ Ein praktisches Bedürfnis besteht insbesondere im Zusammenhang mit Aktienrückkaufprogrammen, bei welchen zu Beginn oft nicht klar ist, in welchem Umfang Aktien zurückgekauft werden. Verschiedentlich wurde dies auch im Rahmen der Vernehmlassung vorgebracht.³¹⁴

Die Änderungen in den Ziffern 2 und 3 sind sprachlicher Natur und sorgen für mehr Klarheit und Kohärenz. Gemäss Ziffer 2 hat der Beschluss der GV Angaben zu enthalten über die Art und Weise der Durchführung der Kapitalherabsetzung. In Frage kommt die Herabsetzung durch Reduktion des Nennwerts oder diejenige durch Vernichtung von Aktien oder ein Mix von beiden. Da durch die Kapitalherabsetzung nicht zwingend Mittel frei werden, wird auch die Formulierung von Ziffer 3 des Vorentwurfs angepasst. Gemäss Entwurf muss der Beschluss der GV Angaben enthalten über die Verwendung des Herabsetzungsbetrags. Denkbar sind etwa eine Auszahlung in flüssigen Mitteln, die Verrechnung, z. B. mit einer noch offenen Liberierungspflicht, oder die Umwandlung in Fremdkapital oder in Reserven (s. Art. 653f).

Artikel 653o legt die Pflichten des VR bei der Durchführung der von der GV beschlossenen Kapitalherabsetzung fest (Änderung der Statuten und Feststellungen des VR). Die Formulierung wird an diejenige bei der Kapitalerhöhung angepasst (s. Art. 652g und 653g). Insbesondere hat der VR auch bei der Kapitalherabsetzung zu bestätigen, dass die Belege, die der Kapitalherabsetzung zugrunde liegen, ihm vorgelegen haben. In Absatz 2 wird explizit festgehalten, dass die Belege der öffentlichen Urkunde beizulegen sind.

³¹² Entscheid V 2010 136 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 9. Dezember 2010 i. S. Transocean Ltd.

³¹³ S. insgesamt Michel Heinzmann, Die Herabsetzung des Aktienkapitals, Zürich 2004, S. 218 ff.

³¹⁴ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 11.

Im Unterschied zum Vorentwurf ist im Entwurf in Artikel 653o die Pflicht des VR zur Anmeldung der Kapitalherabsetzung beim Handelsregisteramt nicht enthalten. Dies ist allerdings keine materielle Änderung, da sich die Pflicht zur Anmeldung der Statutenänderung direkt aus Artikel 647 ergibt.

Die Anweisung an das Handelsregisteramt, die Kapitalherabsetzung nur ins Handelsregister einzutragen, sofern eine rechtsgenügende Prüfungsbestätigung vorliegt, in der keine Vorbehalte angebracht werden, ist im Entwurf nicht mehr enthalten. Dass die Prüfungsbestätigung bedingungslos abgefasst werden muss, ergibt sich aus Artikel 653m. Dass das Handelsregisteramt die Kapitalherabsetzung erst eintragen darf, wenn die notwendigen Belege vorliegen und diese den gesetzlichen Inhalt aufweisen, ergibt sich aus Artikel 28 HRegV. Die durch die Herabsetzung des Aktienkapitals frei werdenden Mittel dürfen den Aktionärinnen und Aktionären gemäss Artikel 653o Absatz 3 erst nach der Eintragung ins Handelsregister ausgerichtet werden.

2.1.8 Sonderformen der Kapitalherabsetzung

Art. 653p 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).³¹⁵ Dieser Spezialfall der Kapitalherabsetzung, der auch als deklaratorische oder nominelle Kapitalherabsetzung bezeichnet wird, wird neu in Artikel 653p 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 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 sie oder er immer auch prüfen, ob tatsächlich eine Unterbilanz vorliegt.³¹⁶ Eine solche echte Unterbilanz liegt vor, wenn das auf der Aktivseite aufgeführte Reinvermögen tiefer als der Betrag des auf der Passivseite aufgeführten Aktienkapitals ist. 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 653p 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

³¹⁵ S. Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band 3, Zürich 2009, S. 61.

³¹⁶ BGE 76 I 162 E. 3, S. 166.

werden.³¹⁷ Im Falle eines Kapitalverlusts (s. Art. 725a) muss der VR die notwendigen Massnahmen zur Beseitigung des Kapitalverlusts ergreifen. Die Kapitalherabsetzung im Sinne von Artikel 653p wird hier ein wichtiger Anwendungsfall sein. Sieht die finanzielle Situation noch schlechter aus und liegt sogar eine Überschuldung gemäss Artikel 725b vor, so hat der VR grundsätzlich das Gericht zu benachrichtigen. Eine Kapitalherabsetzung gemäss Artikel 653p ist allerdings auch hier als Sanierungsmassnahme zur Mitbeseitigung einer Überschuldung denkbar. Die Kapitalherabsetzung allein wird jedoch in dieser Konstellation nicht genügen, um die finanzielle Situation der Gesellschaft zu bereinigen; es sind stets weitere Massnahmen notwendig.

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 VR (s. Art. 653o) keine Anwendung.

Gemäss Absatz 2 beschliesst die GV gestützt auf den Revisionsbericht über die deklaratorische Kapitalherabsetzung. Der Beschluss der GV enthält die Angaben gemäss Artikel 653n. Er nimmt Bezug auf das Ergebnis des Prüfungsberichts und ändert die Statuten.

Art. 653q Gleichzeitige Herabsetzung und Erhöhung des Aktienkapitals

Bereits das geltende Recht erlaubt die Harmonika (Kapitalschnitt), bei der das Kapital herabgesetzt und unmittelbar danach mindestens im gleichen Umfang durch voll einbezahltes Kapital wieder erhöht wird. Die Harmonika wird allerdings vom Gesetz nicht systematisch geregelt. Der geltende Artikel 732 Absatz 1 OR erwähnt sie als Variante der 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 der bisherigen Praxis entspricht.³¹⁸

Beim Beschluss über die gleichzeitige Kapitalherabsetzung und -erhöhung müssen die Vorschriften zur Kapitalherabsetzung grundsätzlich nicht angewendet werden, sofern die Wiedererhöhung auf mindestens den gleichen Nennwertbetrag erfolgt. Eine Neuerung findet sich im Hinblick auf den Grad der Liberierung: Das neue Kapital ist – anders als heute – nicht mehr zwingend voll zu liberieren; es genügt, wenn der bisherige Liberierungsgrad nicht herabgesetzt wird. Dem entspricht die neue Regelung von Artikel 653q Absatz 1, wonach die Regeln der Kapitalherabsetzung über den Gläubigerschutz, den Zwischenabschluss, die Prüfungsbestätigung und die Feststellungen des VR keine Anwendung finden. Ein genereller Ausschluss der Bestimmungen zur ordentlichen Kapitalherabsetzung, wie er noch im E 2007

³¹⁷ S. insgesamt Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 2 N 399 f.; Schweizer Handbuch für Wirtschaftsprüfung, Band 3, Zürich 2009, S. 61; Adrian Tagmann, Art. 56 N 3 ff., in: Siffert, Rino/Turin, Nicholas (Hrsg.), Handkommentar zur Handelsregisterverordnung (HRegV), Bern 2013.

³¹⁸ S. Manfred Küng/Niklaus Schoch, vor Art. 732–735 N 41 ff., in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

vorgesehen war,³¹⁹ 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 werden (Art. 57 Abs. 1 HRegV).

Wird das Kapital auf einen *tieferen* Betrag als den bisherigen erhöht, so sind die Vorschriften über die ordentliche Kapitalherabsetzung anwendbar (s. Art. 653j ff.). Wird die Kapitalherabsetzung zu Sanierungszwecken vorgenommen, so gilt Artikel 653p (die entsprechende Konzeption ergibt sich bereits aus Art. 58 HRegV).³²⁰

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

Absatz 3 enthält sodann eine Spezialvorschrift zur Änderung der Statuten. Demnach ist keine Statutenänderung erforderlich, wenn das Aktienkapital, die darauf geleisteten Einlagen (der Liberierungsgrad) und die Aktienstückelung unverändert bleiben.

Der Vorentwurf enthielt die Pflicht des VR zur Anmeldung der gleichzeitigen Herabsetzung und Erhöhung des Aktienkapitals innerhalb von sechs Monaten beim Handelsregisteramt (Art. 653p Abs. 4 VE OR). Da bei der Harmonika die Grundsätze und die Regeln über die ordentliche Kapitalerhöhung Anwendung finden, gilt die sechsmontatige Verwirkungsfrist für die Handelsregisteranmeldung mittels Verweis ohnehin. Eine Wiederholung in Artikel 653q ist daher nicht notwendig.

Dieselben Regeln, die für die Herabsetzung und gleichzeitige Erhöhung des Aktienkapitals anwendbar sind, gelten auch für den umgekehrten Fall (Erhöhung und gleichzeitige Herabsetzung auf den ursprünglichen Betrag). Im Ergebnis sind die beiden Konstellationen vergleichbar und es wäre nicht einzusehen, wieso nur im einen Fall von den Erleichterungen nach Artikel 653q profitiert werden könnte.

Art. 653r Vernichtung von Aktien

Wird das Kapital zum Zweck der Sanierung auf null herabgesetzt und gleichzeitig wieder erhöht, so müssen die bisherigen Aktien gemäss Absatz 1 vernichtet werden. Den Aktionärinnen und Aktionären steht im Gegenzug zur Vernichtung der Aktien nach Absatz 2 ein unentziehbares Bezugsrecht zu («Ausschluss mit gesetzlicher Option auf Wiedereintritt»³²¹). Bereits Artikel 732a OR sieht eine gleichlautende Regelung vor. Diese Bestimmung wurde aufgrund einer umstrittenen Rechtsprechung des Bundesgerichts³²² im Rahmen der Revision des GmbH-Rechts eingeführt.³²³

Dient die Harmonika nicht der Sanierung, so darf die Vernichtung der Aktien nur mit Zustimmung der betroffenen Aktionärinnen und Aktionäre erfolgen, da sie sonst eine Enteignung darstellen und gegen den verfassungsmässigen Schutz des Eigentums (Art. 26 BV) verstossen würde.³²⁴ Im Falle der Sanierung ist dieser Eingriff

³¹⁹ Artikel 653p Absatz 2 E 2007 (Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1762).

³²⁰ S. Adrian Tagmann, Art. 57 N 8 ff., in: Siffert, Rino/Turin, Nicholas (Hrsg.), Handkommentar zur Handelsregisterverordnung (HRegV), Bern 2013.

³²¹ S. Reto Sanwald, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, Zürich 2009, S. 301.

³²² BGE 121 III 420 ff.

³²³ Botschaft GmbH-Recht, S. 3233 f., s. insgesamt Hans Bodmer/Marc Blumenfeld, Art. 732a N 6 f., in: Wibmer, Jeannette K. (Hrsg.) Aktienrecht Kommentar, Zürich 2016.

³²⁴ S. Reto Sanwald, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, Zürich 2009, S. 297 ff.

aber sachrichtig, da der bisherige Anteil am Risikokapital verloren ist und die Anwartschaften auf Dividenden und auf Anteil am Liquidationserlös wertlos geworden sind.

2.1.9 Kapitalband

Art. 653s Ermächtigung

Der Entwurf 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. 1.4.1.4).³²⁵ Das Kapitalband ersetzt die genehmigte Kapitalerhöhung (Art. 651 ff. OR).

Die Statuten können gemäss Absatz 3 neu den VR ermächtigen, innerhalb zweier Sperrziffern das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital herauf- und herabzusetzen. Die Kapitalerhöhung kann ordentlich oder bedingt erfolgen. Das Aktienkapital kann zu Sanierungszwecken oder aus anderen Gründen herabgesetzt werden (durch Vernichtung der Aktien oder durch Reduzierung des Nennwerts). Denkbar ist zudem auch eine Herabsetzung und gleichzeitige Erhöhung (Harmonika). Der Beschluss der GV zur Einführung einer solchen Statutenbestimmung erfordert – wie bisher bei der genehmigten Kapitalerhöhung – ein qualifiziertes Mehr (s. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 5).

Die Statuten legen eine obere Grenze fest. Bis zu dieser Sperrziffer darf der VR das Aktienkapital erhöhen. Nach unten schränkt die untere Grenze das Ermessen des VR ein. Unter diese Sperrziffer darf das Aktienkapital nicht herabgesetzt werden (selbst dann nicht, wenn das Kapital im Rahmen einer Harmonika sogleich wieder erhöht wird). Der dritte Parameter ist das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital. Die obere Grenze des Kapitalbands darf gemäss Absatz 2 höchstens 50 Prozent über dem bisher im Handelsregister eingetragenen Aktienkapital liegen und die untere Grenze darf nicht weniger als die Hälfte des eingetragenen Kapitals betragen. Dabei ist stets das gesetzliche Mindestkapital zu beachten (s. Art. 621).

Im Vorentwurf wurden die Begriffe Maximal- und Basiskapital verwendet. Der Begriff des Basiskapitals war allerdings nicht optimal. Als Basiskapital könnte – im Sinne der Kapitalbasis, von der man ausgeht – auch das aktuelle, im Handelsregister eingetragene Aktienkapital verstanden werden. Minimalkapital konnte als Begriff nicht verwendet werden, da dies zu Verwechslungen mit dem Mindestkapital nach Artikel 621 geführt hätte. Im Entwurf wird deshalb nur von der oberen und der unteren Grenze des Kapitalbands gesprochen.

³²⁵ S. Hans Caspar von der Crone, Bericht für das Bundesamt für Justiz zu einer Teilrevision des Aktienrechts, Teil 1: Nennwertlose Aktien, Zürich/Bern 2001, S. 19 ff.

Die Abstützung auf *das im Handelsregister eingetragene* Aktienkapital verdeutlicht das Stichtagsprinzip, welches schon heute bei der Berechnung der Grenze für das genehmigte Kapital gilt (Art. 651 OR) und ebenso bei der Berechnung der Grenze des bedingten Kapitals Anwendung findet (s. Art. 653a).³²⁶

Die Statuten können die Befugnisse des VR zusätzlich beschränken (s. Art. 653t Abs. 1 Ziff. 3). So können sie insbesondere bestimmen, dass der VR das Aktienkapital nur erhöhen oder nur herabsetzen darf. Wenn der VR das Aktienkapital nur erhöhen kann, entspricht das Kapitalband der heutigen genehmigten Kapitalerhöhung. Räumt die GV dem VR demgegenüber lediglich die Möglichkeit ein, das Aktienkapital herabzusetzen, so kann eine heute unzulässige genehmigte Kapitalherabsetzung realisiert werden.

Gemäss Absatz 4 dürfen die Statuten den VR nur dann ermächtigen, das Aktienkapital herabzusetzen, wenn die Gesellschaft nicht auf die eingeschränkte Revision der Jahresrechnung verzichtet hat (s. Art. 727a Abs. 2, *Opting-out*). Gemäss Vorentwurf war ein Kapitalband generell nur dann möglich, wenn die Gesellschaft nicht auf die eingeschränkte Revision verzichtet hat, unabhängig davon, ob der VR das Kapital nur erhöhen oder auch herabsetzen darf. In der Tat ist das Erfordernis der Prüfung der Jahresrechnung aus Gläubigerschutzüberlegungen aber nur dann zwingend notwendig, wenn der VR ermächtigt wird, das Kapital auch herabzusetzen. Wird der VR lediglich ermächtigt das Kapital zu erhöhen, so gleicht das Kapitalband der früheren genehmigten Kapitalerhöhung, welche nach geltendem Recht auch bei einem *Opting-out* möglich ist.³²⁷

Die Dauer der Ermächtigung beträgt nach Absatz 1 maximal fünf Jahre. Der E 2007 sah aufgrund der Vernehmlassungsergebnisse eine Frist von drei Jahren vor.³²⁸ Der Ständerat hat sich jedoch für eine Frist von fünf Jahren ausgesprochen.³²⁹ Der Entwurf folgt – wie auch schon der Vorentwurf – dem Beschluss des Ständerats. Die Frist beginnt mit dem Beschluss der GV zu laufen.

Im Vorentwurf umfasste Artikel 653s zum Kapitalband vier weitere Absätze, die mit dem Entwurf gestrichen wurden. Die Streichungen haben allerdings keine materielle Änderung zur Folge. Vielmehr wurden durch die Streichung Doppelspurigkeiten und Wiederholungen vermieden (die öffentliche Beurkundung ergibt sich – wie für alle Statutenänderungen – aus Art. 647 und die Möglichkeit der bedingten Kapitalerhöhung im Rahmen eines Kapitalbands ergibt sich aus Art. 653t Abs. 1 Ziff. 9).

Vorbehalten bleiben im Übrigen die Vorschriften des Bankengesetzes vom 8. November 1934 über das Vorratskapital. Auf materielle Hinweise im Aktienrecht auf das Bankengesetz (wie etwa im Vorentwurf noch bei Art. 653 Abs. 4) wird verzichtet. Das Spezialgesetz hat ohnehin Vorrang.

³²⁶ S. Gaudenz G. Zindel/Peter Isler, Art. 651 N 6 ff., in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 2 N 87 f.

³²⁷ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 12.

³²⁸ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1652 f.

³²⁹ AB 2009 S 646.

Art. 653t Statutarische Grundlagen

Artikel 653t äussert sich zu den statutarischen Grundlagen bei einem Kapitalband. Solche unübertragbaren und unverzichtbaren Entscheidungsbefugnisse der GV finden sich bereits heute bei der genehmigten Kapitalerhöhung (Art. 651 OR).

Die GV muss gemäss Absatz 1 über bestimmte Punkte beschliessen. So sind im Beschluss der GV stets die obere und die untere Grenze des Kapitalbands, dessen Befristung sowie allfällige Einschränkungen, Auflagen und Bedingungen aufzuführen (Ziff. 1–3). Weitere Punkte betreffen die Kapitalerhöhung und entsprechen grundsätzlich den statutarischen Vorgaben zur ordentlichen Kapitalerhöhung bzw. zur Erhöhung aus bedingtem Kapital. (Ziff. 4 ff.). Es bestehen aber bewusste Abweichungen, insbesondere zu den Sacheinlagen, zu den Verrechnungen und zum Ausgabebetrag. Diese Abweichungen sollen dem VR bei der Nutzung des Kapitalbands Flexibilität ermöglichen (ausser die GV schränkt diesen Handlungsspielraum bewusst ein, Ziff. 3). Andere Modalitäten, z. B. die Vinkulierung von Aktien, bedürfen zu ihrer Gültigkeit ebenfalls der Aufnahme in die Statuten (Ziff. 6). Die GV muss auch die Voraussetzungen für die Ausübung vertraglich erworbener Bezugsrechte regeln (Ziff. 8).

Nach Ablauf der Frist muss der VR gemäss Absatz 2 die Bestimmungen über das Kapitalband aus den Statuten streichen.

Art. 653u und 653v

Erhöhung und Herabsetzung des Aktienkapitals
innerhalb des Kapitalbands

Erhöhung oder Herabsetzung des Aktienkapitals
durch die Generalversammlung

Im Rahmen der Ermächtigung durch die GV und der gesetzlichen Vorgaben kann der VR nach Artikel 653u Absatz 1 das Kapital erhöhen und herabsetzen. So steht es ihm beispielsweise frei, bei einer oberen Grenze des Kapitalbands von 600 000 Franken, einer unteren Grenze 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 auf 600 000 Franken zu erhöhen.

Bei jeder Erhöhung oder Herabsetzung des Aktienkapitals nimmt der VR die erforderlichen Feststellungen vor und passt die Statuten entsprechend an. Er erlässt nach Absatz 2 die notwendigen Bestimmungen, soweit diese nicht bereits im Beschluss der GV über das Kapitalband enthalten sind. Der Beschluss des VR ist öffentlich zu beurkunden. Da die Statuten bei einem Kapitalband über den Minimalinhalt nach Artikel 626 Absatz 1 hinausgehen, kann auf die öffentliche Beurkundung nie verzichtet werden. Die Pflicht zur Anmeldung der Statutenänderung beim Handelsregisteramt ergibt sich aus Artikel 647 Absatz 1.

Die Bestimmungen über die ordentliche Kapitalerhöhung und die Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital sowie über die Kapitalherabsetzung kommen gemäss Absatz 4 – sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt – sinngemäss zur Anwendung. So hat zum Beispiel der Kapitalerhebungsbeschluss des VR Angaben zur Art der Einlagen zu machen, wenn die GV sich den Entscheid über die Form der Liberierung nicht selber vorbehalten hat (s. Art. 653t Abs. 1 Ziff. 3).

Auch während der Gültigkeitsdauer des Kapitalbands kann die GV beschliessen, das Aktien- oder Partizipationskapital zu erhöhen oder herabzusetzen. Mit dem Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluss fällt jedoch der Beschluss über das Kapitalband aus Gründen der Rechtssicherheit dahin. Die Statuten sind gemäss Artikel 653v entsprechend anzupassen. Es steht der GV aber frei, unmittelbar nach dem Beschluss über eine ordentliche Erhöhung oder Herabsetzung des Kapitals erneut ein Kapitalband vorzusehen. Auch der Beschluss über die Einführung eines neuen bedingten Kapitals oder die Änderung der Währung des Aktien- bzw. Partizipationskapitals führt zum Dahinfallen des Beschlusses über das Kapitalband.

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 für die Erstellung einer Prüfungsbestätigung durch eine zugelassene Revisionsexpertin oder einen zugelassenen Revisionsexperten. Diese oder dieser bestätigt, dass trotz der potenziellen Herabsetzung auf die untere Grenze des Kapitalbands die Forderungen der Gläubigerinnen und Gläubiger vollgedeckt sind. Aufgrund der Eintragung des Kapitalbands ins Handelsregister können zukünftige Gläubigerinnen und Gläubiger aber erkennen, dass das Aktienkapital bis auf die offengelegte untere Grenze des Kapitalbands 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 die untere Grenze des Kapitalbands nicht tiefer festgesetzt wird als das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital.

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

Voraussetzung für jede Kapitalherabsetzung im Rahmen eines Kapitalbands ist aber nach Absatz 3, dass die Forderungen der Gläubigerinnen und Gläubiger durch die Herabsetzung nicht gefährdet werden. Der VR trägt dafür die Verantwortung und haftet gemäss den aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsregeln (Art. 717 und 754 OR). Um das Haftungsrisiko zu beschränken, kann er freiwillig eine Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger durchführen und eine Prüfungsbestätigung einholen.

Ein entscheidendes Wesensmerkmal des Kapitalbands liegt darin, dass die im Handelsregister eingetragene untere Grenze des Kapitalbands dieselbe Funktion als Sperrziffer einnimmt wie das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital im geltenden Recht. Für die Gläubigerinnen und Gläubiger ist also die untere Grenze des Kapitalbands von besonderer Bedeutung.

Im Gegensatz zum E 2007³³⁰ verlangt der Entwurf – wie im Übrigen auch schon der Vorentwurf – nicht mehr, dass infolge einer Kapitalherabsetzung innerhalb des

³³⁰ Art. 653x E 2007 (Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1655 f. und 1765).

Kapitalbands nach Abschluss des Geschäftsjahrs die Prüfbestätigung einer zugelassenen Revisionsexpertin oder eines zugelassenen Revisionsexperten eingeholt werden muss. Hingegen sieht der Entwurf vor, dass Gesellschaften, die im Rahmen des Kapitalbands eine Kapitalherabsetzung zulassen, zwingend eingeschränkt oder ordentlich revisionspflichtig sind (s. Art. 653s Abs. 4 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 Gläubigerinnen und Gläubiger weiterhin voll gedeckt sind. Dies ist ein ausgewogener Kompromiss zwischen der Flexibilität des Kapitalbands und den Bedürfnissen des Gläubigerschutzes.

Sieht das in den Statuten verankerte Kapitalband für den VR nur die Möglichkeit zu Kapitalerhöhungen vor (dies entspricht der heutigen genehmigten Kapitalerhöhung), so ist das *Opting-out* weiterhin möglich. Der Vorentwurf war diesbezüglich strenger, was in der Vernehmlassung zu Recht kritisiert wurde.³³¹

Artikel 653x VE OR, der für Gesellschaften mit einem Kapitalband gewisse Angaben im Anhang zur Jahresrechnung vorschrieb, wurde aus systematischen Gründen ins Rechnungslegungsrecht überführt (s. Art. 959c Abs. 2 Ziff. 15). Materiell ändert sich dadurch nichts.

2.1.10 Partizipationsscheine

Art. 656a Abs. 1 und 4

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) auf dieselbe Währung zu lauten 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 (Ziff. 1) vorhanden sein, sondern kann nach Absatz 4 auch nachträglich geschaffen werden, was dem heute geltenden Grundsatz entspricht (Art. 656b Abs. 5 OR). Die nachträgliche Schaffung von PS-Kapital kann nicht nur mittels ordentlicher Kapitalerhöhung (Ziff. 2), sondern auch durch Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital (Ziff. 3) oder innerhalb eines Kapitalbands (Ziff. 4) erfolgen.

³³¹ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 12.

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

Art. 656b Partizipations- und Aktienkapital

Auf die bisherige Beschränkung des PS-Kapitals 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 Partizipantinnen und Partizipanten mit der Unternehmensführung oder den Beschlüssen der GV nicht einverstanden sind. Das Fehlen von Mitwirkungsrechten wird gewissermassen durch die Möglichkeit der Veräusserung der Partizipationsscheine kompensiert. Demgegenüber ist die Veräusserung nicht börsenkotierter Partizipationsscheine je nach den Umständen schwierig oder sogar faktisch 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.

Die Präzisierung des Entwurfs auf das Doppelte *des im Handelsregister eingetragenen* Aktienkapitals hat keine materielle Änderung zur Folge. Mit dieser Präzisierung soll das schon heute geltende Stichtagsprinzip³³² verdeutlicht werden, d. h. der Grundsatz, dass auf das aktuelle, im Handelsregister eingetragene Aktienkapital abgestützt wird und eine spätere Kapitalherabsetzung des Aktienkapitals nicht schadet (s. Art. 653a Abs. 1 und Art. 653s Abs. 2).

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.

Absatz 3 legt fest, wann das PS-Kapital dem Aktienkapital zuzurechnen ist, so z. B. gemäss Ziffer 1 hinsichtlich der Bildung der gesetzlichen Gewinnreserve (s. Art. 672).

³³² S. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 5 N 42.

Die Trennung von Aktionärinnen und Aktionären einerseits und Partizipantinnen und Partizipanten andererseits gilt gemäss Absatz 4 für die Einleitung einer Sonderuntersuchung (s. Art. 697d und Art. 656c Abs. 3), die Auflösungsklage (s. Art. 736) sowie die Berechnung des Grenzwerts gemäss Artikel 697j OR (Meldepflicht bezüglich der wirtschaftlichen Berechtigung). 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 sind das Recht auf Einleitung einer Sonderuntersuchung sowie die Auflösungsklage 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 den Mindestschutz ihres Eigentums sicherstellen.

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

Art. 656c Abs. 3 sowie 656d Randtitel und Abs. 2

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

Artikel 656d Absatz 2 entspricht Artikel 702 Absatz 4. Partizipantinnen und Partizipanten haben betreffend das Protokoll der GV dasselbe Einsichtsrecht wie Aktionärinnen und Aktionäre. Dies ist sachlich gerechtfertigt, da viele Beschlüsse der GV Auswirkungen auf die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Partizipantinnen und Partizipanten haben können.

Art. 657 Randtitel

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

2.1.11 Erwerb eigener Aktien

Art. 659 Eigene Aktien, Voraussetzungen und Einschränkungen 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 im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals zu erwerben.

Im Gegensatz zum Vorentwurf wird in Absatz 1 der Ausgabebetrag nicht mehr explizit erwähnt. In der Vernehmlassung wurde vorgebracht, dass die alternative Nennung von Anschaffungswert und Ausgabebetrag zu Missverständnissen führen

könne.³³³ Diesen Bedenken wird vorliegend Rechnung getragen. Durch die Streichung des Ausgabebetrags ändert sich jedoch materiell nichts. Die Gesellschaft kann eigene Aktien auch originär im Rahmen einer Kapitalerhöhung erwerben. Der Anschaffungswert wird in diesem Fall dem Ausgabebetrag entsprechen.

Die bisherige besondere Obergrenze von 20 Prozent für den Erwerb im Zusammenhang mit einer Übertragbarkeitsbeschränkung wird gemäss Absatz 3 Satz 1 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. Die über zehn Prozent hinaus erworbenen Aktien sind innerhalb von zwei Jahren zu veräussern oder durch Kapitalherabsetzung zu vernichten.

Eine Erhöhung der Schwellenwerte gemäss den Absätzen 2 und 3, wie sie vereinzelt in der Vernehmlassung gefordert wurde,³³⁴ wird abgelehnt. Das Missbrauchspotenzial und die wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Gesellschaft wären zu gross (umfassende Kurs-/Marktpreispflege; Verminderung der flüssigen Mittel; weniger Ressourcen für Investitionen; Umgehung der Vorschriften zur Liquidation etc.).³³⁵

Art. 659a Folgen des Erwerbs

Gemäss Absatz 1 ruhen das Stimmrecht und die damit verbundenen Rechte aus eigenen Aktien, wenn eine Gesellschaft solche Aktien erwirbt.

Absatz 2 stellt klar, dass dies auch dann gilt, wenn die eigenen Aktien im Rahmen einer Effektenleihe, eines 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 (Art. 14 BEHV-FINMA). 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 frei verwendbare Eigenkapital ähnlich wie im geltenden Recht, aber die Bilanz wird wie bei einer Kapitalherabsetzung verkürzt. Diese Darstellung in der Bilanz richtet sich bereits heute nach Artikel 959a Absatz 2 Ziffer 3 Buchstabe e OR. Durch Absatz 4 wird die Kohärenz zwischen dem Aktien-

³³³ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 13.

³³⁴ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 13.

³³⁵ S. insgesamt Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 4 N 195 ff.

und dem Rechnungslegungsrecht hergestellt, die in der Praxis bereits vorgenommen wird.³³⁶

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 und 659a) umgangen werden. Die bisherige Norm wird vereinfacht, und die Absätze 1 und 2 des geltenden Rechts, die faktisch die gleiche Aussage enthielten, werden in einem Absatz zusammengefasst.

Kontrolliert eine Gesellschaft direkt oder indirekt ein oder mehrere Unternehmen (Art. 963 OR), so gelten gemäss Absatz 1 für den Erwerb ihrer Aktien durch diese Unternehmen die gleichen Voraussetzungen, Einschränkungen und Folgen wie für den eigenständigen Erwerb eigener Aktien. Materiell ändert sich gegenüber dem geltenden Recht nichts. Absatz 1 wird an die neuen Bestimmungen zur Konzernrechnung angepasst (Art. 963 Abs. 1 und 2 OR).

Absatz 2 gemäss Vorentwurf wurde in der Vernehmlassung kritisiert. Die bereits vom geltenden Aktienrecht erreichte Ausschüttungssperre durch Bildung einer Reserve sei ausreichend. Zudem wurde die Praktikabilität teilweise bestritten.³³⁷ Dieser Kritik wird Rechnung getragen, indem das heute in der Praxis angewandte System der Bildung einer Gewinnreserve übernommen wird.³³⁸ Absatz 2 sieht deshalb vor, dass die kontrollierende Gesellschaft einen dem Anschaffungswert der eigenen Aktien entsprechenden Betrag gesondert als gesetzliche Gewinnreserve ausweisen muss.

2.1.12 Aufhebung der aktienrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften

Art. 663b^{bis}, 663c und 670

Die meisten aktienrechtlichen Vorschriften zur Rechnungslegung wurden mit Inkrafttreten des neuen Rechnungslegungsrechts bereits aufgehoben.³³⁹

Artikel 663b^{bis} OR wird aufgehoben, da die Angaben zu den Vergütungen an das oberste Kader börsenkotierter Gesellschaften nicht mehr im Anhang zur Bilanz oder zur Jahresrechnung enthalten sind, sondern im separaten Vergütungsbericht gemäss den Artikeln 734 ff. (so bereits Art. 13 ff. VegüV).

Artikel 663c OR (Beteiligungsverhältnisse bei Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien) wird aufgehoben. Die Informationen gemäss Absatz 2 sind aufgrund der Meldepflichten gemäss Artikel 120 FinfraG allgemein zugänglich. Die Informationen

³³⁶ S. Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Buchführung und Rechnungslegung», Zürich 2014, S. 243.

³³⁷ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 13 f.

³³⁸ S. Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Buchführung und Rechnungslegung», Zürich 2014, S. 243.

³³⁹ AS 2012 6679.

gemäss Absatz 3 zu den Beteiligungsrechten und Optionen auf solche Rechte sind neu im Vergütungsbericht enthalten (s. Art. 734d).

Artikel 670 OR wird im Gegensatz zum E 2007³⁴⁰ materiell beibehalten. Er wird jedoch zu den überarbeiteten Bestimmungen zur Sanierung im Aktienrecht überführt (s. Art. 725c). Deshalb ist er vorliegend formell aufzuheben.

2.1.13 Reserven

Art. 671 Gesetzliche Kapitalreserve

Der Entwurf lehnt sich an die Vorschläge des E 2007³⁴¹ an. Ziel ist es weiterhin, die Vorschriften des geltenden Rechts zu vereinfachen und den internationalen Gepflogenheiten anzupassen. So wird zwischen Kapital- und Gewinnreserven unterschieden, deren Ursprung unterschiedlich ist. Diese Unterscheidung entspricht dem Rechnungslegungsrecht, 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 geleistet 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 weitere 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 DBG. Demnach werden diese Leistungen sowie das Agio 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.

Absatz 2 wird im Vergleich zum Vorentwurf deutlich vereinfacht:

- Die Möglichkeit, Verluste mit der gesetzlichen Kapitalreserve zu verrechnen, ergibt sich bereits aus Artikel 674 Absatz 1 Ziffer 4. Sie braucht vorliegend nicht wiederholt zu werden.

³⁴⁰ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1658.

³⁴¹ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1659 ff.

- Die Hinweise, dass die gesetzliche Kapitalreserve für Massnahmen zur Weiterführung des Unternehmens bei schlechtem Geschäftsgang sowie zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und Milderung ihrer Folgen verwendet werden kann, werden ebenfalls gelöscht (bisher in Art. 671 Abs. 3 OR enthalten). Bis heute blieb unklar, was damit gemeint ist. Denn jeder Einsatz von Mitteln im Interesse der Gesellschaft ist zugleich eine Massnahme, die hilft, dem schlechten Geschäftsgang und seinen Folgen, z. B. der Arbeitslosigkeit, entgegenzuwirken. Es wird sogar vermutet, dass der Gesetzgeber von der falschen Annahme ausging, dass Reserven nicht eine rein rechnerische Grösse seien, sondern zweckgebundene Aktiven.³⁴² Zudem besteht auch unter dem neuen Rechnungslegungsrecht bezüglich Rückstellungen, Abschreibungen und Wertberichtigungen zur Sicherung des dauernden Gedeihens des Unternehmens ein beachtlicher Handlungsspielraum (Art. 960a Abs. 4 und 960e Abs. 3 Ziff. 4 OR).
- Notwendig ist hingegen explizit festzuhalten, unter welchen Voraussetzungen die gesetzliche Kapitalreserve an die Aktionärinnen und Aktionäre zurückbezahlt werden darf. Dies ist der Fall, wenn die gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven (s. Art. 671 Abs. 1 und 672 Abs. 1) die Hälfte des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals übersteigen. Bei dieser Berechnung dürfen gemäss Absatz 4 die spezifischen gesetzlichen Gewinnreserven aus Aufwertungen (s. Art. 725c) und für eigene Aktien im Konzern (s. Art. 659b) nicht berücksichtigt werden. Diese liberale Möglichkeit zur Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve entspricht sowohl dem deutlich gefällten Beschluss des Ständerats im Rahmen der Beratung von Artikel 671 gemäss E 2007³⁴³ als auch der neusten Rechtsprechung des Bundesgerichts von 2014³⁴⁴.

Absatz 3 sieht für Holdinggesellschaften die prozentmässig tiefere Schwelle von 20 Prozent für die Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve vor. Dies entspricht grundsätzlich Artikel 671 Absatz 3 OR und der herrschenden Praxis.³⁴⁵

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

Art. 671a und 671b

Der bisherige Artikel 671a OR (Reserve für eigene Aktien) wird aufgehoben, da für die eigenen Aktien die Darstellungsart gemäss neuem Rechnungslegungsrecht gilt (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. e OR; s. Art. 659a Abs. 4). Die Pflicht zur Bildung einer gesetzlichen Gewinnreserve für eigene Aktien, die von direkt oder indirekt kontrollierten Konzerngesellschaften gehalten werden, ergibt sich direkt aus Artikel 659b Absatz 2.

³⁴² S. Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 50 N 28.

³⁴³ AB 2009 S 647 ff.

³⁴⁴ BGE 140 533 E. 6.2.2, S. 547 f.

³⁴⁵ S. Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Buchführung und Rechnungslegung», Zürich 2014, S. 237.

Der bisherige Artikel 671b OR zur Aufwertungsreserve wird aufgehoben und – wie bereits Artikel 670 OR – zu den Bestimmungen zur Sanierung 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 Gewinnreserve (s. Art. 672) und freiwillige Gewinnreserven (s. Art. 673).

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

Die gesetzliche Gewinnreserve ist gemäss Absatz 2 zu äufnen, 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 zweite Zuweisung an die gesetzliche Reserve (Art. 671 Abs. 2 Ziff. 3 OR). Die Bildung der Reserven wird also vereinfacht.

Für die Berechnung der gesetzlichen Gewinnreserve ist das Partizipationskapital dem Aktienkapital 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. Eine Absenkung ist hingegen nicht zulässig.

Bei Gesellschaften, deren Zweck hauptsächlich in der Beteiligung an anderen Unternehmen besteht (Holdinggesellschaften), ist die gesetzliche Gewinnreserve zu äufnen, 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).

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 nicht uneingeschränkt zulässig. Nicht zulässig ist die Bildung von Reserven insbesondere dann, wenn sie unternehmensfremden Zwecken, der «Aushungierung» 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 (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 bezüglich Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen zur Sicherung des dauernden Gedeihens des Unternehmens über einen beachtlichen Handlungsspielraum (Art. 960a Abs. 4 und 960e Abs. 4 OR).

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 also nach ihrer Zweckbestimmung, sofern 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.³⁴⁶

Art. 674 Verrechnung mit Verlusten

Jahresverluste müssen gemäss Absatz 1 in folgender Reihenfolge verrechnet werden: mit dem Gewinnvortrag (Ziff. 1), mit den 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 Jahresverluste teilweise oder ganz auf die neue Jahresrechnung vorgetragen werden.

Die Verrechnung dient dem Grundsatz der Klarheit und Verständlichkeit der Rechnungslegung (Art. 958c Abs. 1 Ziff. 1 OR). Es soll beispielsweise nicht ein Jahresverlust gleichzeitig mit einem Gewinnvortrag in der Eröffnungsbilanz des neuen Geschäftsjahrs ausgewiesen werden.

Art. 675 Abs. 3

Artikel 675 wird mit einem neuen Absatz 3 ergänzt. Dividenden dürfen erst festgesetzt werden, nachdem die Zuweisung an die gesetzliche Gewinnreserve und an die freiwilligen Gewinnreserven erfolgt ist (s. Art. 672 und 673). Diese Ergänzung präzisiert die Bestimmung zu den Dividenden. Materiell beinhaltet sie nichts Neues.

³⁴⁶ S. Markus R. Neuhaus/Patrick Balkanyi, Art. 674 N 20, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

2.1.14 Zwischendividenden

*Art. 675a Zwischendividenden,
Art. 676 Randtitel und Art. 677 Randtitel*

Das Aktienrecht enthält keine Bestimmung zur Zwischendividende (auch als Interimsdividende bezeichnet). In der Praxis zeigt sich ein verstärktes Bedürfnis betreffend die Ausrichtung von Zwischendividenden, insbesondere zur Liquiditätsumverteilung innerhalb eines Konzerns und bei Gesellschaften, deren Aktionärinnen und Aktionäre aufgrund ihrer Herkunft Quartalsdividenden gewöhnt sind. Es ist jedoch umstritten, ob und gegebenenfalls in welcher Form nach geltendem Recht die Ausrichtung von Zwischendividenden überhaupt zulässig ist.³⁴⁷ Zum Teil wurde das juristisch sicherere Verfahren der gestaffelten Kapitalherabsetzung angewandt, um ein ähnliches Ergebnis für die Empfängerinnen und Empfänger zu erzielen.³⁴⁸ Der Entwurf will bezüglich der Zwischendividenden klare rechtliche Grundlagen schaffen. Diesem Vorgehen wurde in der Vernehmlassung deutlich zugestimmt.³⁴⁹

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 eines Zwischenabschlusses (s. Art. 960f) beschlossen werden. Im Gegensatz zum Vorentwurf wird auf eine Befristung verzichtet, d. h., wer eine Zwischendividende ausschütten will, ist immer zur Erstellung eines Zwischenabschlusses verpflichtet. Dieser ist insbesondere aufgrund des Gläubigerschutzes notwendig. Zwischendividenden bergen u. a. die Gefahr, dass flüssige Mittel aus einer operativ bereits schlecht laufenden Gesellschaft abfliessen. Der Zwischenabschluss liefert dem VR die notwendigen Informationen über den Geschäftsgang. Der VR kann nur gestützt auf aktuelle und einigermaßen verlässliche Zahlen entscheiden, ob er mit dem Antrag an die GV auf Ausschüttung einer Zwischendividenden seiner Sorgfaltspflicht bezüglich ausreichender Liquidität und Kapitalisierung der Gesellschaft (Art. 717 OR, s. Art. 725) gerecht wird.

Vor dem Beschluss der GV über die Ausrichtung einer Zwischendividende muss die Revisionsstelle gemäss Absatz 2 den Zwischenabschluss prüfen. Dieser ist anhand der Vorgaben von Artikel 960f zu erstellen und darf entsprechend Vereinfachungen und Verkürzungen enthalten.

Gemäss Absatz 3 sind für die Ausrichtung von Zwischendividenden die Bestimmungen zur Dividende zu beachten. Im Vergleich zum E 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 Zwischen-

³⁴⁷ S. Reto Eberle/Daniel Lengauer, Art. 728a N 171 f., in: Handschin, Lukas (Hrsg.), Die Aktiengesellschaft, Die Revisionsstelle, Art. 727–731a OR, Zürich 2016; Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Buchführung und Rechnungslegung», Zürich 2014, S. 239 f.; Rico A. Camponovo/Hans Moser, Interimsdividende soll in der Schweiz möglich werden, ST 1-2/2010, S. 48.

³⁴⁸ S. insgesamt Rino Siffert/Florian Zihler, Herabsetzung des Aktienkapitals unter besonderer Berücksichtigung der gestaffelten Kapitalherabsetzung, Jusletter vom 29. Juni 2009, S. 7 ff.

³⁴⁹ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 15.

dividende führt. Solchermassen bezogene 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 Jahresrechnung – mehrere Dividendenausschüttungen beschliessen. Dabei handelt es sich aber nicht um Zwischendividenden, sondern um gestaffelte Ausschüttungen aus dem Jahres-/Bilanzgewinn bereits abgeschlossener Geschäftsjahre. Keine Zwischendividende ist deshalb die ausserordentliche Dividende, die zulasten des verwendbaren Eigenkapitals einer bereits genehmigten Jahresrechnung in der Zeit nach der ordentlichen GV von den Aktionärinnen und Aktionären beschlossen wird.³⁵⁰

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

2.1.15 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 die Gesellschaft keinen Verlustvortrag aufweist (s. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. f). Der Vorentwurf verwendete den Begriff des Bilanzverlusts (Jahresverlust plus Verlustvortrag). Dies ist im Hinblick auf Artikel 674 nicht notwendig, da diese Bestimmung vorschreibt, dass ein Jahresverlust zu verrechnen ist (Abs. 1) oder seinerseits zu einem Verlustvortrag wird (Abs. 2).

Artikel 677a verbietet es der Gesellschaft nicht, Verluste gemäss Artikel 674 Absatz 2 ins nächste Geschäftsjahr zu übertragen. Er sieht also diesbezüglich keinen Systemwechsel vor, indem er eine neue allgemeine Pflicht zur umfassenden Verlustbeseitigung im Gesetz verankert. Jedoch unterbindet er, dass wichtige Posten des Eigenkapitals reduziert werden, solange die Gesellschaft einen Verlustvortrag bzw. potenzielle wirtschaftliche Probleme aufweist. Falschen wirtschaftlichen Anreizen soll vorgebeugt werden. Dies dient dem Gläubigerschutz, dem Minderheitenschutz sowie dem dauernden Gedeihen der Gesellschaft. 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.³⁵¹ Artikel 677a schafft also auch diesbezüglich mehr Kohärenz, da die Rückzahlung gesetzlicher Kapitalreserven in der Praxis teilweise die Funktion von Dividenden übernommen hat (s. Art. 20 Abs. 4 E DBG).

Weiterhin zulässig sind die gleichzeitige Herabsetzung und Erhöhung mindestens auf denselben Betrag des Aktienkapitals (Harmonika, s. Art. 653q f.) und die Kapi-

³⁵⁰ S. Reto Eberle/Daniel Lengauer, Art. 728a N 170, Fn. 282, in: Handschin, Lukas (Hrsg.), Die Aktiengesellschaft, Die Revisionsstelle, Art. 727–731a OR, Zürich 2016.

³⁵¹ 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.

talherabsetzung im Falle einer Unterbilanz (s. Art. 653*p*), weil hier vom Ergebnis her kein Mittelabfluss stattfindet. Unzulässig bleibt aber in Anwendung von Artikel 677*a* eine Kapitalherabsetzung im Rahmen des Kapitalbands, wenn sie einer ordentlichen Kapitalherabsetzung entspricht.

2.1.16 Rückerstattung von Leistungen

Art. 678 Rückerstattung von Leistungen, im Allgemeinen

Eine griffigere Regelung der Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen, die für Gesellschaften mit börsenkotierten und nicht börsenkotierten Aktien gilt, ist für eine gute *Corporate Governance* wichtig. Dadurch kann ein ungerechtfertigter Abfluss von Gesellschaftsvermögen, v. a. von flüssigen Mitteln, rückgängig gemacht werden. Artikel 678 schützt präventiv und repressiv 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 Beirats³⁵² als rückerstattungspflichtige Personen ebenfalls ausdrücklich erwähnt.³⁵³ Durch diese Formulierung wird verdeutlicht, dass auch materielle und faktische Organe von der Pflicht zur Rückerstattung erfasst werden. Personen, die Aktionärinnen und Aktionären, Mitgliedern des VR, 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. Aus Absatz 1 ergibt sich zudem, dass die Pflicht zur Rückerstattung auch die ungerechtfertigte Rückzahlung gesetzlicher Kapital- und Gewinnreserven (s. Art. 671, 672 und 677*a*) und die ungerechtfertigte Leistung unzulässiger oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässiger Vergütungen (s. Art. 735*a* und 735*c* f.) erfasst.

Gemäss Absatz 2 entsteht ebenfalls ein Rückerstattungsanspruch, wenn die Gesellschaft von Aktionärinnen und Aktionären (hierzu zählen auch Partizipantinnen und Partizipanten), von Mitgliedern des VR 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 Vermögenswerts oder der sonstigen Leistung steht. Es soll im Zusammenhang mit der Abschaffung der Vorschriften zur (beabsichtigten) Sachübernahme (s. Ziff. 1.4.1.3) klar hervorgehoben werden, dass die Übernahme von Vermögenswerten von den erwähnten Personen zu offensichtlich nicht marktüblichen Bedingungen zulasten der Gesellschaft weiterhin unzulässig ist. Der Rückerstattungsanspruch erstreckt sich jedoch nicht auf die gesamte Gegenleistung, sondern nur auf denjenigen Teil, der in einem offensichtlichen Missverhältnis zur erbrachten Leistung steht. Im Übrigen bleibt das abgeschlossene Rechtsgeschäft bestehen. Absatz 2 verdeutlicht, dass nicht nur der

³⁵² Zum Begriff des Beirats, s. Kommentar zu Art. 734*a*–734*c*.

³⁵³ So bereits Botschaft Aktienrecht 2008, S. 316 und Bericht I indirekter Gegenentwurf 2010, S. 8260.

überbezahlte Erwerb von Vermögenswerten, sondern auch sämtliche weiteren Rechtsgeschäfte zuungunsten der Gesellschaft – z. B. der Abschluss eines Miet- oder Leasingvertrags zwischen einer Aktionärin und der Gesellschaft oder eines Arbeitsvertrags zwischen einem Mitglied der Geschäftsleitung und der Gesellschaft – einen Anspruch auf Rückerstattung begründen, wenn Leistung und Gegenleistung in einem offensichtlichen Missverhältnis zueinander stehen.

Auf das gemäss herrschender Lehre sinnwidrige Kriterium im geltenden Absatz 2, dass die Leistung der Gesellschaft zudem in einem offensichtlichen Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen muss, wird verzichtet. Sorgfalts- und Treuepflichten sowie das Gebot der Gleichbehandlung der Aktionärinnen und Aktionäre gelten für den VR in guten wie in schlechten Zeiten gleichermaßen.³⁵⁴ Auch eine gute wirtschaftliche Situation der Gesellschaft kann deshalb ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zulasten der Gesellschaft nie rechtfertigen. Es genügt daher, dass gemäss Absatz 2 ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht.³⁵⁵

Es wird darauf verzichtet, in Absatz 2 «offensichtlich» durch «erheblich» zu ersetzen. Der Begriff der Offensichtlichkeit ist möglicherweise weniger präzise, jedoch hat er sich in der Praxis etabliert. Entscheidend ist stets eine ins Gewicht fallende Wertdisparität zwischen Leistung und Gegenleistung, die einen Rückerstattungsanspruch zugunsten der Gesellschaft begründet.³⁵⁶ Es geht folglich nicht darum, ob das Missverständnis zwischen Leistung und Gegenleistung sofort ins Auge springt,³⁵⁷ was z. B. bei komplexen Vergütungssystemen oder schwierig zu bewertenden Vermögenswerten kaum je der Fall sein wird.

Der Vorentwurf sah in Absatz 3 vor, dass die Pflicht zur Rückerstattung entfällt, wenn die Empfängerin oder der Empfänger der Leistung nachweist, dass sie oder er diese in gutem Glauben empfangen hat und zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist.³⁵⁸ Diese Abweichung von der Vermutung des guten Glaubens (Art. 3 Abs. 1 ZGB) wurde in der Vernehmlassung deutlich ablehnt.³⁵⁹ Deshalb wird vorliegend auf die Beweislastumkehr verzichtet. Das Erfordernis der Bösgläubigkeit der Empfängerin oder des Empfängers gemäss Artikel 678 Absatz 1 OR soll aber weiterhin aufgehoben werden. Der böse Glaube als innerer, subjektiver Sachverhalt ist kaum nachweisbar, und eine Abweichung vom allgemeinen Bereicherungsrecht (Art. 62 OR) lässt sich sachlich nicht begründen. Hinsichtlich des Umfangs der Rückerstattung wird deshalb – wie im E 2007³⁶⁰ – auf Artikel 64 OR verwiesen. Die

³⁵⁴ S. insgesamt Roger Dürr, Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerungen, Zürich 2005, § 6 N 12; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 12 N 556; Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 50 N 121.

³⁵⁵ So bereits die Botschaft Aktienrecht 2008, S. 316 und der Bericht I indirekter Gegenentwurf 2010, S. 8261.

³⁵⁶ S. Christoph B. Bühler, Aktionärskontrolle auf der Führungsebene: Klagemöglichkeiten bei mangelhaften Verwaltungsratsbeschlüssen, in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/Jörg, Florian S. (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Bern 2015, S. 68.

³⁵⁷ S. Peter Böckli/Claire Huguenin/François Dessemontet, Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004, S. 183.

³⁵⁸ Bericht Vorentwurf Aktienrecht 2014, S. 104.

³⁵⁹ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 28.

³⁶⁰ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1664.

Rückerstattung gemäss den Absätzen 1 und 2 kann insoweit nicht zurückgefordert werden, als die Empfängerin oder der Empfänger nachweisbar zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist, es sei denn, dass sie oder er sich der Bereicherung entäusserte und hierbei nicht in gutem Glauben war oder mit der Rückerstattung rechnen muss. Dieser Querverweis auf das allgemeine Bereicherungsrecht hat den Vorteil, dass mit Artikel 64 OR eine Bestimmung anzuwenden ist, die seit Langem geltendes Recht ist.

Gemäss Absatz 4 steht der Anspruch auf Rückerstattung der Gesellschaft sowie der Aktionärin und dem Aktionär zu. Dies entspricht geltendem Recht (Art. 678 Abs. 3 OR). Neu sieht Absatz 4 vor, dass auch eine Gläubigerin oder ein Gläubiger die Rückerstattung an die Gesellschaft verlangen kann. Im Gegensatz zum E 2008,³⁶¹ welcher der Gläubigerin oder dem Gläubiger ein allgemeines Klagerecht zugestand und vom Ständerat im 2009 abgelehnt wurde,³⁶² wird vorliegend ein Kompromiss vorgeschlagen: Eine Gläubigerin oder ein Gläubiger soll zur Klage auf Rückerstattung nur aktivlegitimiert sein, wenn die Leistungen gemäss den Absätzen 1 und 2 innerhalb des Konzerns erfolgten. Insbesondere wenn flüssige Mittel innerhalb des Konzerns, z. B. von der kontrollierten Tochtergesellschaft an die sie kontrollierende Muttergesellschaft verschoben werden, sind die Interessen der Gläubigerinnen und Gläubiger auch ausserhalb eines Konkurses berührt. Es gibt regelmässig Konstellationen, bei denen ausser der kontrollierenden Muttergesellschaft keine weiteren Aktionärinnen und Aktionäre vorhanden sind. In solchen Fällen gäbe es vor Eröffnung eines Konkurses keine gesellschaftsexternen und ausreichend unabhängigen Personen und Unternehmen, die dafür sorgen würden, dass ungerechtfertigte Leistungen gemäss den Absätzen 1 und 2 an die Gesellschaft zurückfliessen. Zudem ist von diesem partiellen Klagerecht für die Gläubigerinnen und Gläubiger eine präventive Wirkung zu erwarten.

Absatz 5 hält 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 unmittelbar das Prozesskostenrisiko tragen müssen. Um allfällige Interessenkonflikte zu vermeiden, kann die GV mit der Prozessführung anstelle des VR eine Vertreterin oder einen Vertreter betrauen. Zur Feststellung des Sachverhalts können die Aktionärinnen und Aktionäre zudem ihr Auskunftsrecht geltend machen und eine Sonderuntersuchung beantragen (s. Art. 697 ff.).

Art. 678a Verjährung

Die Verjährung des Rückerstattungsanspruchs (s. Art. 678) wird neu in einem eigenen Artikel 678a geregelt.

Entsprechend dem Konzept der Revision des Verjährungsrechts wird anstelle einer einzigen, fünfjährigen Verjährungsfrist das Konzept der doppelten Verjährungsfrist mit einer kurzen relativen und einer längeren absoluten Verjährungsfrist eingeführt. Dies entspricht der bewährten Regelung von Artikel 67 OR, der die Verjährung von

³⁶¹ Botschaft Aktienrecht 2008, S. 317.

³⁶² AB 2009 S 650 ff. und Protokoll der RK-S vom 26./27. Januar 2009, S. 48, aber je ohne eingehende materielle Auseinandersetzung.

bereicherungsrechtlichen Ansprüchen allgemein regelt. Es ist kein Grund ersichtlich, von dieser allgemeinen Regelung weiterhin abzuweichen. Dadurch wird das Ziel der Revision des Verjährungsrechts umgesetzt, die Verjährungsfristen möglichst zu vereinheitlichen und dadurch zu vereinfachen, was der Rechtssicherheit dient.³⁶³

Die in der Vernehmlassung von verschiedenen Teilnehmerinnen und Teilnehmern geäusserte Kritik, dass damit die Verjährungsfrist von fünf auf zehn Jahre unangemessen verlängert werde,³⁶⁴ übersieht die gleichzeitige Einführung einer relativen Frist von drei Jahren, die gegenüber dem geltenden Recht zu einer Verkürzung der Verjährungsfrist führt. Darin besteht auch der wesentliche Unterschied zur Regelung, wie sie im Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts aus dem Jahr 2005 enthalten war (alleinige zehnjährige Verjährungsfrist).³⁶⁵ Insgesamt wird damit im Interesse aller Beteiligten zusätzliche Rechtssicherheit geschaffen.

Der Rückforderungsanspruch verjährt 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 während des gerichtlichen Verfahrens auf Anordnung und der Durchführung einer Sonderuntersuchung still (s. Art. 697d ff.).

Absatz 2 regelt den Fall, dass die Empfängerin oder der Empfänger durch ihr bzw. sein Verhalten zugleich 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. Es handelt sich auch hier um die Übernahme der Regelung, wie sie im Rahmen der Revision des Verjährungsrechts verfolgt wird.³⁶⁶

Art. 679 Randtitel

Aufgrund der neuen Gesetzessystematik erhält der Randtitel eine neue Nummerierung.

Art. 682 Abs. 1 erster Satz

Der *dreimalige* Schuldenruf ist nicht mehr zeitgemäss und wird durch einen *einfachen* Schuldenruf ersetzt (s. Art. 653k). Im Übrigen entspricht die Norm dem geltenden Recht.

³⁶³ Botschaft Verjährungsrecht, S. 243 f.

³⁶⁴ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 28 f.

³⁶⁵ Bericht Vorentwurf Aktienrecht 2005, S. 65.

³⁶⁶ Botschaft Verjährungsrecht, S. 254 ff.

2.1.17 Vinkulierung börsenkotierter Namenaktien

Art. 685d Abs. 2

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 erklärt, 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 ins 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 wurden, wird verzichtet. Die Gesellschaften sollen entscheiden, inwieweit sie im Rahmen der Gleichbehandlung der Aktionärinnen und Aktionäre 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 Entwurf sieht – neben der bereits heute vorhandenen Möglichkeit zur Streichung der Eintragung im Aktienbuch (Art. 686a OR) – keine neue aktienrechtliche Sanktion für die Abgabe einer wahrheitswidrigen Erklärung der Erwerberin oder des Erwerbers vor.

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

Art. 686b Elektronisches Gesuch um Anerkennung

Der VR 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 der Eintragung ins Aktienbuch. Dadurch wird ein Anreiz geschaffen, sich als Aktionärin oder Aktionär ins Aktienbuch eintragen zu lassen und gegebenenfalls aktiv in der GV mitzuwirken. Bereits heute bestehen Systeme zur elektronischen Anmeldung.³⁶⁷

³⁶⁷ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 26.

2.1.18 Vertretung in der GV

Art. 689 Abs. 2

Artikel 689 Absatz 2 OR kann aufgehoben werden. Die Vertretung der Aktionärin oder des Aktionärs wird detailliert in den Artikeln 689b ff. geregelt.

Art. 689a Abs. 2–4

Der bisherige 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. Die Bevollmächtigung darf also neu auch in den allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sein.³⁶⁸ Ansonsten erfolgt keine inhaltliche Änderung.

Der neue Absatz 4 hält fest, dass der VR – 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 qualifizierte elektronische Signatur gemäss Art. 14 Abs. 2^{bis} OR) oder die Hinterlegung der Inhaberaktien während einem bestimmten Zeitraum. Aufgrund seiner Sorgfaltspflicht hat der VR 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

Artikel 689b regelt Aspekte zur Stimmrechtsvertretung, die grundsätzlich für alle Gesellschaften gelten.

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

Absatz 2 Satz 1 hält fest, dass die Organstimmrechtsvertretung (Art. 689c OR) für alle Gesellschaften aufgehoben wird. Eine institutionelle Stimmrechtsvertretung durch den VR ist aufgrund des geltenden Paritätsprinzips, d. h. der gesetzlich vorgeschriebenen Zuteilung bestimmter Kompetenzen an die GV oder den VR, des Anscheins der Befangenheit des VR und der beschränkten Nachprüfbarkeit der tatsächlichen Stimmrechtsausübung durch die Aktionärinnen und Aktionäre nicht mit einer modernen *Corporate Governance* zu vereinbaren. Für Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien ergibt sich das Verbot zudem aus Artikel 11 VegüV, der Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV umsetzt. Der bisherige Absatz 2 ist neu in Artikel 689a Absatz 3 enthalten.

³⁶⁸ S. Hans-peter Schaad, Art. 689b N 21, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

Bei Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien ist gemäss Absatz 2 Satz 2 zudem die Depotstimmrechtsvertretung (Art. 689d OR) unzulässig. Dies entspricht ebenfalls Artikel 11 VegüV bzw. Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV. Im Gegensatz zum E 2007³⁶⁹ und zum in der Vernehmlassung teilweise kritisierten Artikel 689b Absatz 2 VE OR³⁷⁰ wird bei Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, kein Verbot mehr vorgesehen (s. Art. 689e). Es soll ihnen die entsprechende Flexibilität erhalten bleiben (s. zur allfälligen statutarischen Einschränkung Art. 689d).

Die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder der unabhängige Stimmrechtsvertreter ist gemäss Absatz 3 Satz 1 verpflichtet, die ihr oder ihm übertragenen Stimmrechte weisungsgemäss auszuüben (Art. 398 OR). Haben sie keine Weisungen erhalten, so müssen sie sich gemäss Absatz 3 Satz 2 an der GV der Stimme enthalten. Diese Vorgaben entsprechen Artikel 10 VegüV.

In Absatz 3 Satz 3 wird zudem festgehalten, dass der VR für die Erstellung der Formulare für die Erteilung der Vollmachten und Weisungen bezüglich der unabhängigen Stimmrechtsvertretung verantwortlich ist. Damit wird eine kohärente Regelung getroffen, da der VR auch für die Einberufung und Durchführung der GV zuständig ist. Zudem wird eine in der Praxis zum Teil umstrittene Frage beantwortet.³⁷¹

Die Unabhängigkeit der unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder des unabhängigen Stimmrechtsvertreeters beurteilt sich gemäss Absatz 4 entsprechend den Unabhängigkeitsvorschriften der Revisionsstelle bei der ordentlichen Revision nach Artikel 728 Absätze 2–6 OR. Dies entspricht Artikel 8 Absatz 3 VegüV und scheint sich in der Praxis bewährt zu haben.

Als unabhängige Stimmrechtsvertreterinnen und -vertreter dürfen gemäss Absatz 5 natürliche Personen, Personengesellschaften sowie juristische Personen vorgesehen werden. Dies entspricht Artikel 8 Absatz 2 VegüV.

Art. 689c Unabhängige Stimmrechtsvertretung in Gesellschaften,
deren Aktien an einer Börse kotiert sind

Artikel 689c entspricht den Artikeln 8 und 9 VegüV, die Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV umsetzen. Er regelt die unabhängige Stimmrechtsvertretung bei Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien.

Bei Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien ist gemäss Absatz 1 Satz 1 die Wahl der unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder des unabhängigen Stimmrechtsvertreeters eine unübertragbare Kompetenz der GV (s. Art. 698 Abs. 3 Ziff. 3). Die Wahl erfolgt gemäss Absatz 1 Satz 2 für die Dauer bis zum Abschluss der nächsten ordentlichen GV. Die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder der unabhängige Stimmrechtsvertreter wird also auch für alle ausserordentlichen GV gewählt, die

³⁶⁹ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1613 f.

³⁷⁰ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 16.

³⁷¹ S. Alexander Nikitine, Der unabhängige Stimmrechtsvertreter in der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften («VegüV»): Überblick – herausgegriffene Fragen – Lösungsansätze, SZW 5/2013, S. 357 f.

zwischen der Wahl und der nächsten ordentlichen GV stattfinden. Eine Wiederwahl ist gemäss Absatz 1 Satz 3 möglich.

Eine jederzeitige Abwahlmöglichkeit (s. Art. 705) 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 2 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, 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, muss gemäss Absatz 3 Satz 1 diese oder dieser für die nächste GV ausnahmsweise vom VR bestimmt werden. Dieser Fall kann z. B. dann eintreten, wenn die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder der unabhängige Stimmrechtsvertreter zurücktritt, die Unabhängigkeit verliert oder keine Wahl durch die GV zustande kommt. Die Statuten können gemäss Absatz 3 Satz 2 eine abweichende Lösung vorsehen, z. B. die vorgängige Wahl einer Ersatzperson durch die GV.

Der VR muss gemäss Absatz 4 sicherstellen, dass die Aktionärinnen und Aktionäre insbesondere 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 (Ziff. 2). Die Aktionärinnen und Aktionäre müssen diesbezüglich die Auswahl haben, neue Anträge und Verhandlungsgegenstände ablehnen oder annehmen oder sich der Stimme enthalten zu können. Nur die Möglichkeiten «Zustimmung zum Antrag des VR» und «Keine Stimmabgabe» bei nicht angekündigten Anträgen wären unzulässig. Es gilt auch bei nicht angekündigten Anträgen und Verhandlungsgegenständen der Grundsatz der Möglichkeit zur unverfälschten Meinungsäusserung. Aufgrund der in der Vernehmlassung bezweifelten Praktikabilität³⁷² wird in Ziffer 2 hingegen auf die im Vorentwurf enthaltene Unterscheidung zwischen nicht angekündigten Anträgen des VR und solcher anderer Aktionärinnen und Aktionäre verzichtet.

Absatz 4 enthält zwingende inhaltliche Vorgaben zur Ausgestaltung des Formulars für die Erteilung der Vollmachten und Weisungen an die unabhängige Stimmrechtsvertretung. Er verbietet jedoch nicht, dass der VR der Aktionärin oder dem Aktionär *zusätzlich* die Erteilung passiver genereller Weisung ermöglicht. Eine solche liegt insbesondere vor, wenn der VR den Mechanismus vorsieht, dass die Aktionärin oder der Aktionär gemäss den Anträgen des VR stimmt, wenn sie oder er das Formular zwar unterzeichnet und an die unabhängige Stimmrechtsvertretung zurücksendet,

³⁷² Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 16.

jedoch ohne teilweise oder vollständige explizite Weisungen zu erteilen. Diese passiv generellen Weisungen sind als Weisungserteilung einzustufen (deshalb gelangt Art. 689b Abs. 3 Satz 2 nicht zur Anwendung). Sie beeinträchtigen die Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV nicht, da die Aktionärin oder der Aktionär über die Möglichkeiten zur Erteilung expliziter Weisungen gemäss Absatz 4 Ziffern 1 und 2 verfügt hat, sie jedoch bewusst nicht genutzt hat. Die Praxis stuft solche passiv generellen Weisungen zudem bereits unter der VegüV als zulässig ein.³⁷³

Gemäss Absatz 5 Satz 1 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 BV müssen die Aktionärinnen und Aktionäre elektronisch fernabstimmen können. Absatz 5 Satz 2 setzt diese Verfassungsvorgabe zum *indirect voting* um (s. zum nicht zwingend vorgeschriebenen *direct voting* Art. 701c). Die Aktionärinnen und Aktionäre erhalten die Möglichkeit, der unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter auf elektronischem Weg Vollmachten und Weisungen zu erteilen. Für die elektronischen Identifikations- und Kommunikationssysteme zur Umsetzung des *indirect votings* ist der VR zuständig. Technisch durchschnittlich begabte und ausgerüstete Aktionärinnen und Aktionäre müssen die elektronischen Mittel einsetzen können (s. Ziff. 2.1.27).

Art. 689d Unabhängige Stimmrechtsvertretung in Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind

Aktiengesellschaften ohne börsenkotierte 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. Die Teilnahme *gesetzlicher* Vertreter, z. B. einer Vertretungsbeiständin, eines Mitwirkungsbeistands oder des gesetzlichen Organs einer juristischen Person, kann hingegen statutarisch nicht eingeschränkt werden.³⁷⁴

Enthalten die Statuten eine solche Bestimmung, so ist der VR 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

³⁷³ Exemplarisch Alexander Nikitine, Art. 9 N 32 ff., in: Watter, Rolf/Vogt, Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), Basel 2015.

³⁷⁴ S. Hans-peter Schaad, Art. 689 N 41, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

einem kleinen Aktionariat von Bedeutung. Aktionärinnen oder Aktionäre wären ansonsten gezwungen, sich durch Personen vertreten zu lassen, die ihre Ansichten nicht teilen oder mit denen sie bereits im Streit liegen. 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). 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 Satz 1 muss der VR 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 VR dieser Pflicht nicht nach, so können sich die Aktionärinnen und Aktionäre gemäss Absatz 3 Satz 2 durch beliebige Dritte vertreten lassen.

Für die unabhängige Stimmrechtsvertretung gelten die allgemeinen Vorgaben von Artikel 689b Absätze 3–5. Gemäss Absatz 4 findet zudem Artikel 689c Absatz 4 Ziffern 1 und 2 zur Stimmrechtsvertretung bei börsenkotierten Gesellschaften Anwendung.

Die Pflicht zu einem elektronischen *indirect voting* (s. Art. 689c Abs. 5 Satz 2) besteht hingegen nicht. Im Unterschied zu Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien (s. Art. 689c Abs. 5 Satz 1) 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.

Das Erfordernis einer statutarischen Grundlage für die Einschränkung der gewillkürten Stellvertretung und das Recht jeder Aktionärin und jedes Aktionärs, vom VR die Einsetzung einer unabhängigen Stimmrechtsvertretung verlangen zu können, sind gerechtfertigt und mit vernünftigem Aufwand zu bewältigen. Es wird relativ weitgehend ins Recht der Aktionärin und des Aktionärs eingegriffen, die Vertretung der Aktien selber festlegen zu können. Die Statuten unterliegen zudem der Öffentlichkeit des Handelsregisters (Art. 10 Satz 1 HRegV); dies schafft Transparenz. Hinzu kommt, dass die Einschränkung der gewillkürten Stellvertretung auf einem freiwilligen Entscheid der GV beruht.

Art. 689e Depotstimmrechtsvertretung in Gesellschaften,
deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind

Wer als Depotvertreterin oder Depotvertreter Stimmrechte aus Aktien ausüben will, die bei ihr oder ihm hinterlegt sind, muss gemäss Absatz 1 die Hinterlegerin oder den Hinterleger vor jeder GV um Weisungen für die Stimmabgabe ersuchen. Absatz 1 entspricht Artikel 689d Absatz 1 OR, ausser dass die Depotstimmrechtsvertretung auf Gesellschaften eingeschränkt wird, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind (s. Art. 689b).

Absatz 2 entspricht grundsätzlich Artikel 689d Absatz 2 OR. In Übereinstimmung mit den Regeln zur unabhängigen Stimmrechtsvertretung (s. Art. 689b Abs. 3 Satz 2) wird aber vorgesehen, dass sich die Depotvertreterin oder der Depotvertreter

der Stimme enthalten muss, wenn ihr oder ihm weder konkrete noch allgemeine Weisungen erteilt wurden. Letztere können in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sein. Aufgrund des neuen Stimm-Mechanismus der Artikel 703 und 704 wirken sich die Enthaltungen faktisch nicht mehr wie Nein-Stimmen aus.

Absatz 3 entspricht inhaltlich Artikel 689d Absatz 3 OR.³⁷⁵ Der Begriff «Institut» wird durch den im BankG verwendeten Begriff «Bank» ersetzt (s. Art. 633).

Art. 689f Bekanntgabe

Die Regelung der Bekanntgabe der institutionellen Stimmrechtsvertretung in der GV, bisher in Artikel 689e OR enthalten, wird an das Verbot der Organstimmrechtsvertretung angepasst (s. Art. 689b Abs. 2 Satz 1). Die Depotstimmrechtsvertretung ist nur noch bei Gesellschaften zulässig, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind (s. Art. 689b Abs. 2 Satz 2).

Art. 691 Abs. 2bis

Es wird in Absatz 2^{bis} festgehalten, dass Mitglieder des VR 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. Art. 702a).

2.1.19 Stimmrecht, Stimmrechtsaktien

Art. 692 Abs. 3

Die Aktionärinnen und Aktionäre üben ihr Stimmrecht in der GV grundsätzlich nach dem Verhältnis des gesamten Nennwerts der von ihnen vertretenen Aktien aus; die Statuten können abweichende Bestimmungen enthalten (Art. 692 Abs. 1 und 2 und Art. 693 OR).

Gemäss Artikel 692 Absatz 3 OR kann die GV im Fall einer Sanierung vorsehen, dass das Stimmrecht gemäss dem ursprünglichen Nennwert beibehalten wird. Es handelt sich dabei faktisch um eine Sonderform von Stimmrechtsaktien. Diese Privilegierung bisheriger Aktionärinnen und Aktionäre ist jedoch nicht unproblematisch. Zum einen sind diese 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 Kapitalgeberinnen und Kapitalgebern oft um bisherige Gläubigerinnen und Gläubiger, die sich bei der Umwandlung ihrer Forderungen in Aktienkapital anlässlich einer Sanierung in einer gewissen Zwangslage befinden. Artikel 692 Absatz 3 OR erschwert zudem Sanierungen.³⁷⁶

³⁷⁵ Allenfalls besteht ein Koordinationsbedarf mit der Vorlage zum FIDLEG/FINIG (Botschaft FIDLEG/FINIG, S. 9045).

³⁷⁶ S. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 2 N 382a.

Der Entwurf verzichtet deshalb auf das sachlich fragwürdige und in der Aktiengesellschaft systemwidrige Ausnahmeprivileg von Artikel 692 Absatz 3 OR. Es besteht 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 ist zudem auch im Hinblick auf das Erlöschen der Aktionärsrechte bei einer Kapitalherabsetzung auf null gemäss Artikel 653r folgerichtig.

Art. 693 Abs. 3 Ziff. 3 und 4

Die Änderungen in Artikel 693 Absatz 3 Ziffern 3 und 4 sind terminologischer Natur («Sonderuntersuchung» anstatt «Sonderprüfung» bzw. «Anhebung» anstatt «Erhebung»).

Neue materielle Einschränkungen werden bei der Stimmrechtsaktie keine vorgenommen. Insbesondere in Klein- und Familiengesellschaften sind Stimmrechtsaktien geeignete Instrumente zur Bildung von Führungsschwergewichten. Auch bei neuen Technologieunternehmen mit Gründerbeteiligung hat die Stimmrechtsaktie ihre Bedeutung. Da die Publizität aufgrund der Statuten als öffentlich zugänglicher Handelsregisterbeleg gewährleistet ist (Art. 10 Satz 1 HRegV), erscheint es gerechtfertigt, den grundsätzlich bewährten liberalen Ansatz des geltenden Rechts beizubehalten (s. Ziff. 1.4.8.6).³⁷⁷

2.1.20 Bekanntgabe des Geschäftsberichts

Art. 696

Der gesamte Artikel 696 wird aufgehoben (s. Art. 699a).

2.1.21 Auskunfts- und Einsichtsrecht

Art. 697 Auskunfts- und Einsichtsrecht, Auskunftsrecht

Gemäss Vorentwurf hätte jede Aktionärin und jeder Aktionär jederzeit schriftliche Fragen an den VR richten können, wenn dies für die Ausübung der Aktionärsrechte notwendig gewesen wäre. Der VR hätte die Anfragen mindestens zweimal pro Jahr beantworten müssen.

³⁷⁷ Antwort des Bundesrats vom 19. August 2015 auf das Postulat Minder vom 1. Juni 2015 betreffend «Von der Aktionärsoligarchie zur Aktionärsdemokratie. Das Prinzip «One share, one vote» prüfen» (15.3504).

Die Vernehmlassung ergab kein klares Bild zu diesem Auskunftsrecht ausserhalb der GV. Das Recht auf zweimalige Auskunft pro Jahr wurde teilweise ausdrücklich begrüsst, da die heutigen Informationspflichten des VR gegenüber den Aktionärinnen und Aktionäre von nicht börsenkotierten Gesellschaften zwischen den GV ungenügend seien. Andere erachteten dieses Recht als zu wenig weitgehend; es wurde deshalb ein regelmässigeres Informieren gefordert. Wiederum andere waren hingegen der Ansicht, dass das gesetzliche Auskunftsrecht zu streichen sei, weil ein Scheinproblem aufgegriffen werde und das bisherige Auskunftsrecht anlässlich der GV ausreiche.³⁷⁸ Bereits früher wurde zum Teil ein zu grosser administrativer Aufwand für den VR befürchtet.³⁷⁹

Ein blosses Scheinproblem wird mit dem neuen Auskunftsrecht ausserhalb der GV sicher nicht gelöst. Die heutige Rechtslage ist ungenügend, weil es eine *Ad-hoc*-Publizität nur bei börsenkotierten Gesellschaften gibt und die Aktionärinnen und Aktionäre zwischen den GV ausser von Gerüchten und Indiskretionen nichts erfahren.³⁸⁰ Eine Verbesserung der *Corporate Governance* ist folglich notwendig.

Absatz 1 entspricht dem geltenden Absatz 1.

Der Entwurf sieht nun gemäss Absatz 2 einen Kompromiss vor, der verschiedene Anliegen der Vernehmlassung aufgreift. Damit eine Aktionärin oder ein Aktionär das Auskunftsrecht ausserhalb der GV ausüben kann, muss sie oder er den Schwellenwert von 5 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen überschreiten. Es wird derselbe Schwellenwert vorgesehen wie beim Traktandierungs- und Antragsrecht (s. Art. 699b). Wie bei allen bisherigen Schwellenwerten können auch mehrere Aktionärinnen und Aktionäre zusammen den Schwellenwert von 5 Prozent erreichen und gemeinsam das Auskunftsrecht ausüben.

Dieser Schwellenwert ist eine Einschränkung des Auskunftsrechts ausserhalb der GV. Dafür wird im Gegensatz zum Vorentwurf vorgesehen, dass der VR gemäss Absatz 3 Satz 1 eine Anfrage innerhalb von vier Monaten beantworten muss. Mit dieser Frist kann der VR weiterhin die Antworten auf inhaltlich ähnliche Fragen strukturieren, ohne dass das Auskunftsrecht in zeitlicher Hinsicht ins Leere läuft. Wird die Frist von vier Monaten eingehalten, so ist es auch zulässig, dass der VR dem Aktionariat die Antworten direkt an der nächsten GV liefert.

Alle ausserhalb einer GV erteilten Antworten sind gemäss Absatz 3 Satz 2 an der nächsten GV zur Einsicht aufzulegen. Selbstverständlich können die Antworten auch umgehend allen Aktionärinnen und Aktionären z. B. elektronisch mitgeteilt werden. Wichtig ist, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionärinnen und Aktionäre eingehalten wird.

Gemäss Absatz 4 Satz 1 darf der VR die Auskunft verweigern, wenn sie für die Ausübung der Aktionärsrechte nicht erforderlich ist und Geschäftsgeheimnisse oder

³⁷⁸ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 16.

³⁷⁹ S. insgesamt Lukas Glanzmann, Die grosse Aktienrechtsrevision, in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/Jörg, Florian S., Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Bern 2009, S. 238 f.

³⁸⁰ S. Peter Böckli, Eine Blütenlese der Neuerungen im Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision, GesKR 1/2015, S. 4; Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Auflage, Zürich 2014, S. 509.

andere vorrangige Interessen der Gesellschaft gefährden würde. Die Verweigerung ist gemäss Absatz 4 Satz 2 schriftlich zu begründen. Das Auskunftsrecht ausserhalb der GV ist folglich nicht ein voraussetzungsloses Recht zur reinen Befriedigung der eigenen Neugierde.

Gemäss Vorentwurf hätte der VR einer Gesellschaft, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, 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–734c informieren müssen. In der Vernehmlassung wurde diese Informationspflicht des VR abgelehnt. Sie stelle einen unverhältnismässigen Eingriff in die Privatautonomie und -sphäre dar. Für Gesellschaften ohne börsennotierte Aktien sollten einfache Lösungen vorgesehen werden.³⁸¹

Der Entwurf enthält deshalb die entsprechende Bestimmung nicht mehr. Jedoch ist unbestritten, dass die Personalpolitik Gegenstand der Auskunftsrechte der Aktionärinnen und Aktionäre gemäss den Absätzen 1–3 ist.³⁸² Somit sind zumindest auch die Gesamtbeträge der jährlichen Vergütungen an den VR und die Geschäftsführung auf Anfrage hin offenzulegen, wenn dies nicht bereits im Geschäftsbericht geschieht. Diese Informationen sind u. a. im Hinblick auf die Genehmigung der Jahresrechnung und die Entlastung des VR sowie für eine Rückerstattungsklage bedeutend und könnten nicht gestützt auf Absatz 4 verweigert werden. Aktionärinnen und Aktionäre sollen Anspruch auf Vergütungsinformationen in einem Detaillierungsgrad haben, wie er für die Ausübung ihrer Aktionärsrechte unter den konkreten Umständen relevant ist. Deshalb ist es auch nicht ausgeschlossen, dass über z. B. die höchste an ein Mitglied des VR oder der Geschäftsleitung vorgesehene Vergütung informiert werden muss. Dies insbesondere dann, wenn den Aktionärinnen und Aktionären trotz guter wirtschaftlicher Lage der Gesellschaft keine Dividenden ausgeschüttet oder keine frei verwendbaren Reserven zurückbezahlt werden.

Art. 697a Einsichtsrecht

Die Voraussetzungen für das Einsichtsrecht werden an diejenigen für das Auskunftsrecht angepasst (s. Art. 697).

Es wird in Absatz 1 ebenfalls ein Schwellenwert von 5 Prozent vorgesehen. Es erfolgt zudem 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.³⁸³ Durch die Angleichung an das GmbH-Recht wird der präzisere Begriff der Akten verwendet, der jedoch zu keiner materiellen Änderung führt. Für das Einsichtsrecht ist es weiterhin ohne Bedeutung, ob die Geschäftsbücher und Akten in Papierform oder in elektronischer Form vorliegen. In Absatz 2 Satz 1 wird dieselbe Frist von vier Monaten vorgesehen, innert welcher der VR die Einsichtnahme gewähren muss. Der VR ist befugt, die Einsicht aus densel-

³⁸¹ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 17.

³⁸² S. insgesamt Rolf H. Weber, Art. 697 N 12 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

³⁸³ S. insgesamt Rolf H. Weber, Art. 697 N 16 und Art. 802 N 11, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

ben Gründen zu verweigern wie die Auskunftserteilung (s. Art. 697 Abs. 4). Neu hält Absatz 3 Satz 1 ausdrücklich fest, dass die Einsicht nicht gewährt werden muss, wenn vorrangige Interessen der Gesellschaft der Einsichtnahme entgegenstehen (der Gesetzestext erwähnte bisher nur das Geschäftsgeheimnis). Materiell ändert sich durch diese Klarstellung nichts. Eine Verweigerung der Einsichtnahme muss gemäss Absatz 3 Satz 2 vom VR schriftlich begründet werden.

Nicht mehr vorgesehen ist, dass auch die GV über das Einsichtsrecht entscheiden kann. Dadurch wird vermieden, dass es zu Kompetenzproblemen zwischen der GV und dem VR kommt. Aktionärinnen und Aktionäre unterliegen grundsätzlich keinen Treuepflichten und können oftmals nicht beurteilen, ob durch die Einsichtnahme beispielsweise Geschäftsgeheimnisse tangiert werden könnten.³⁸⁴

Die Änderungen in den Absätzen 1–3 führen dazu, dass für das Auskunfts- und Einsichtsrecht eine einheitliche Regelung vorliegt, die auch Mitglieder des VR sowie Aktionärinnen und Aktionäre von KMU einfach anwenden können.

Neu wird in Absatz 2 Satz 2 vorgesehen, dass die Aktionärinnen und Aktionäre bei der Einsichtnahme Notizen machen dürfen. Auch hier wird allfälligen Streitigkeiten über die Zulässigkeit vorgebeugt und entsprechend Rechtssicherheit geschaffen. Das Einsichtsrecht darf auch bei umfangreichen oder komplexen Geschäftsbüchern und Akten nicht ins Leere laufen. Es ist also sogar denkbar, dass die Aktionärinnen und Aktionäre eine fachkundige Person zur Einsichtnahme mitnehmen dürfen.

Art. 697b Ablehnung des Begehrens um Auskunft oder Einsicht

Wird das Gesuch um Auskunft oder Einsicht vollständig oder teilweise abgelehnt, so ist jede Aktionärin und jeder Aktionär wie bisher befugt (Art. 697 Abs. 4 OR), das Gericht anzurufen. Im Gegensatz zum Vorentwurf wird – wie bei Artikel 697c Absatz 2 – eine Frist von 30 Tagen vorgesehen. Dadurch wird eine gewisse Rechtssicherheit für die Gesellschaft geschaffen. Die Frist von 30 Tagen beginnt mit Verweigerung der Auskunft (s. Art. 697 Abs. 4) oder Einsichtnahme (s. Art. 697a Abs. 3) bzw. mit Ablauf der viermonatigen Frist gemäss Artikel 697 Absatz 3 oder Artikel 697a Absatz 2.

Die Aktionärin oder der Aktionär kann vor Gericht auch geltend machen, dass der VR ihr oder ihm zwar Einsicht in bestimmte Unterlagen gewährt habe, aber dass die Art der Einsichtnahme diese faktisch teilweise oder sogar ganz verunmöglicht hätte (z. B. grosse Menge an grösstenteils unnötigen Dokumenten oder Daten; keine Möglichkeit, eine fachkundige Begleitperson mitzunehmen; unverhältnismässig kurze Zeit für eine anspruchsvolle Einsichtnahme).

Das Gericht wird entscheiden müssen, ob der VR die Auskunft oder Einsichtnahme ungerechtfertigterweise verweigert oder verunmöglicht hat. Es wird die Interessen der Aktionärin oder des Aktionärs gegen diejenigen der Gesellschaft unter Berücksichtigung sämtlicher Aspekte des konkreten Sachverhalts abwägen müssen. Hierbei

³⁸⁴ S. Peter V. Kunz, *Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht*, Bern 2001, § 12 N 14 und 21.

sind die Interessen der Gesellschaft nicht *per se* höher zu gewichten.³⁸⁵ Wenn die Aktionärin oder der Aktionär obsiegt, ordnet das Gericht die notwendigen Massnahmen an. Das Gericht kann das Gesuch um Auskunft oder Einsichtnahme nur teilweise oder unter Auflagen gutheissen.

2.1.22 Sonderuntersuchung

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

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

Der Entwurf ersetzt – wie auch schon der Vorentwurf – 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 Generalversammlung

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. Um den Anliegen einer verbesserten *Corporate Governance* Rechnung zu tragen, regelt der Entwurf die Voraussetzungen daher neu.³⁸⁶ 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 3 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen repräsentieren, eine Sonderuntersuchung beantragen. Bei Gesellschaften ohne börsenkotierte Aktien liegt der Schwellenwert bei 10 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen. Siehe bezüglich der Höhe des Schwellenwerts bei Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien Ziffer 1.4.8.4.

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

³⁸⁵ S. Larissa Marolda Martinez, Information der Aktionäre nach schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, Zürich 2006, S. 231 ff.

³⁸⁶ S. Peter Böckli/Claire Huguenin/François Dessemontet, Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004, S. 191 ff.

10 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 Entwurf 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 Einsichtsbegehrens 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 und 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. Ein präventives Eingreifen der Minderheit vor Entstehung eines Schadens muss möglich sein.³⁸⁷

Um sicherzustellen, dass das Gericht innert nützlicher Frist eine Sonderuntersuchung einleitet, sieht die 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 E ZPO).

³⁸⁷ S. Rolf H. Weber, Art. 697b N 7, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

<i>Art. 697e–697h^{bis}</i>	Verfahren vor Gericht Durchführung der Sonderuntersuchung Bericht Behandlung und Bekanntgabe 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 (s. Art. 697e).

Materiell unverändert bleiben auch die Bestimmungen über die Durchführung der Sonderuntersuchung und den Bericht der Sachverständigen (Art. 697d und 697e OR; neu: s. Art. 697f und 697g). Die Änderungen sind grundsätzlich terminologisch oder gesetzestechisch bedingt. Neu wird in Artikel 697g Absatz 1 explizit festgehalten, dass die Sachverständigen *schriftlich* über das Ergebnis ihrer Untersuchung berichten. Das geltende Recht regelt die Form des Berichts nicht. Da der Bericht allerdings gemäss Art. 697e Absatz 1 OR dem Gericht einzureichen ist, ist schon heute Schriftlichkeit notwendig. Es versteht sich im Übrigen 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 697h entspricht vollumfänglich dem geltenden Artikel 697f OR.

Die heutige Regelung der Kosten der Sonderuntersuchung bleibt materiell grundsätzlich unverändert, wird aber gestrafft (s. Art. 697h^{bis}): 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 Sonderuntersuchung selten sein.³⁸⁸

2.1.23 Statutarische Schiedsklausel

Art. 697n Schiedsgericht

Der Entwurf strebt wie der E 2007 und 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 besonders fach- oder branchenkundigen Richterinnen und Richter. Die Möglichkeiten, die Öffentlichkeit des Verfahrens im Rahmen des rechtlich Zulässigen einzuschränken und das Verfahren auf die Bedürfnisse der Parteien auszurichten, stellen weitere Vorteile der Schiedsgerichtsbarkeit dar. Diese Eigenschaften können für

³⁸⁸ S. Rolf H. Weber, Art. 697g N 3, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

gesellschaftsrechtliche und damit in der Regel unternehmensbezogene Streitigkeiten besonders wichtig sein. In Deutschland (vorab für die GmbH) und in Österreich spielt darum die schiedsgerichtliche Erledigung gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten eine grosse Rolle.³⁸⁹

Anders verhält es sich heute in der Schweiz. Die Zulässigkeit statutarischer Schiedsklauseln ist nach geltendem Recht umstritten. Während die schiedsrechtliche Literatur und auch die Gerichte sie zwar überwiegend bejahen,³⁹⁰ werden aus aktienrechtlicher Sicht gegen solche Schiedsklauseln das Verbot gesetzlich nicht vorgesehener Pflichten für die Aktionärinnen und Aktionäre sowie das Verbot einer Beschränkung der Klagerechte der Aktionärin oder des Aktionärs vorgebracht (Art. 706b Ziff. 1 OR). Wenn überhaupt, dann sei eine statutarische Schiedsklausel nur mit Zustimmung aller Aktionärinnen und Aktionäre rechtswirksam.³⁹¹ Aus diesem Grund finden sich heute nur selten Schiedsklauseln in den Statuten von Aktiengesellschaften. Zum Teil werden sie von den Handelsregisterämtern auch explizit abgelehnt.

Im Interesse der Rechtssicherheit will der Entwurf wie auch schon der Vorentwurf (Art. 697f VE OR) eine klare gesetzliche Grundlage für statutarische Schiedsklauseln schaffen.³⁹² Eine Regelung im Aktienrecht erscheint auch deshalb sinnvoll, weil eine Schiedsklausel in den Statuten einer Genossenschaft und eines Vereins bereits nach geltendem Recht als zulässig eingestuft wird. Eine Klärung ist daher vorab im Aktienrecht notwendig.³⁹³ Das GmbH-Recht verweist – im Unterschied noch zum Vorentwurf – ebenfalls auf die Bestimmung des Aktienrechts (s. Art. 797a).

³⁸⁹ So wird für Deutschland geschätzt, dass rund ein Drittel aller innerstaatlichen Schiedsverfahren gesellschaftsrechtliche Fragen betrifft, s. insgesamt Karl-Heinz Böckstiegel, Vorwort und Einführung, S. 1, in: Böckstiegel, Heinz (Hrsg.), Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, Köln 1996 sowie Markus A. Papmehl, Die Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten, Frankfurt a. M. 2001, S. 2 ff.

³⁹⁰ Das Bundesgericht geht davon aus, dass eine Schiedsklausel lediglich die verfahrensmässige Behandlung der Streitigkeiten betrifft (BGE 24 II 552 E. 8, S. 565 f.; Urteil 4A 424/2011 des Bundesgerichts vom 2. November 2011, E. 10.1). Insofern stehen gesetzliche Beschränkungen der Leistungspflicht der Gesellschafterin oder des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft einer statutarischen Zuständigkeitsklausel grundsätzlich nicht entgegen. Das materielle Recht stellt weder von Rechtsverfolgungskosten frei, noch garantiert es staatlichen Rechtsschutz (s. Urteil 4A 446/2009 des Bundesgerichts vom 8. Dezember 2009, E. 2.2; Dieter Gränicher, Art. 178 IPRG, N 70, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Schnyder, Anton K./Berti, Stephen V. (Hrsg.), Basler Kommentar zum IPRG, Basel 2013; Daniel Girsberger, Art. 357 N 29 und 30a, in: Spühler, Karl/Tenchio, Luca/Infanger, Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar zur ZPO, Basel 2013; Gabrielle Kaufmann-Kohler/Antonio Rigozzi, Arbitrage International, 2. Auflage, Bern 2010, N 234b; Berti Stephen V., Some Thoughts on the Validity of Arbitration Clauses in the Articles of Association of Corporations under Swiss Law, ASA Special Series Nr. 8, 1994, S. 120 ff., 122).

³⁹¹ S. insgesamt Marc André Mauerhofer, Gültigkeit statutarischer Schieds- und Gerichtsstandsklauseln, GesKR 1/2011, S. 20 ff.; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 16 N 149 ff.

³⁹² S. auch BGE 142 III 220 E. 3.4.3, S. 227 ff.

³⁹³ S. Marc André Mauerhofer Gültigkeit statutarischer Schieds- und Gerichtsstandsklauseln, GesKR 1/2011, S. 26; Art. 6 Abs. 2 des früheren Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit.

Im Rahmen der Vernehmlassung wurde der Bestimmung über die Zulässigkeit einer statutarischen Schiedsklausel deutlich zugestimmt.³⁹⁴

Der Entwurf hält in Absatz 1 fest, dass die Statuten für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten eine Schiedsklausel zugunsten eines Schiedsgerichts mit Sitz in der Schweiz enthalten können (Satz 1). Darin widerspiegelt sich der über das Aktienrecht hinausreichende Grundsatz, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten nach schweizerischem Recht grundsätzlich schiedsfähig sind. Der Begriff der «gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten» knüpft an eine bestehende Terminologie und insbesondere an Artikel 151 Absatz 1 IPRG an. Als gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten schiedsfähig sind damit insbesondere die Anfechtungs- und die Nichtigkeitklage (Art. 706 und 706b OR), die Auflösungsklage (s. Art. 736 Ziff. 4), die Klage auf (Nach-)Liberierung des Aktienkapitals (s. Art. 634b), die Rückerstattungsklage (s. Art. 678) sowie Haftungs- und Verantwortlichkeitsklagen (Art. 752 ff. OR). Sofern die Statuten die objektive Reichweite der Schiedsklausel nicht einschränken, indem sie nur für bestimmte gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten die Erledigung durch ein Schiedsgericht vorsehen, erfasst die statutarische Schiedsklausel sämtliche gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten.

Auch die Frage der subjektiven Reichweite der Schiedsklausel richtet sich in erster Linie nach den Statuten. Diese können bestimmen, wer durch die Schiedsklausel gebunden sein soll. Die Statuten können also beispielsweise auch nur für Streitigkeiten zwischen der Gesellschaft und einzelnen Organen Schiedsgerichtsbarkeit vorsehen, sodass diese etwa für die Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen zur Verfügung steht. Wenn die Statuten die Geltung der Schiedsklausel nicht anders festlegen, bindet die Schiedsklausel die Gesellschaft, ihre Organe und deren Mitglieder sowie alle Aktionärinnen und Aktionäre (Satz 2). Es liegt im Interesse der Rechtssicherheit und im Interesse einer möglichst einheitlichen Streitbeilegung, dass eine Schiedsklausel, die keine Einschränkungen enthält, nicht nur die Gesellschaft selbst, sondern auch deren Organe bindet, also die GV, den VR, die Revisionsstelle sowie deren Mitglieder (insbesondere die einzelnen Mitglieder des VR und der Geschäftsleitung). Der Klarheit halber bleibt darauf hinzuweisen, dass Streitigkeiten unter Aktionärinnen und Aktionären – insbesondere aus Aktionärsbindungsverträgen – von einer statutarischen Schiedsklausel nicht erfasst werden.

Aus dem Handelsregistereintrag der Gesellschaft soll ersichtlich sein, dass die Statuten eine Schiedsklausel enthalten.³⁹⁵ Dies ist insbesondere deshalb wichtig, da neu hinzukommende Aktionärinnen und Aktionäre mit dem Erwerb ihrer Aktionärsstellung *ipso iure* der Schiedsklausel unterstehen. Sie erwerben die Mitgliedschaft mit allen Rechten und Pflichten so, wie sie im Gesetz und in den Statuten umschrieben ist. Es besteht kein zusätzliches Zustimmungs- und Formerfordernis für die Verbindlichkeit der Schiedsklausel. Die neu hinzukommenden Aktionärinnen und Aktionäre haben die bestehenden, öffentlich zugängigen Statuten zu kennen.³⁹⁶

³⁹⁴ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 32.

³⁹⁵ In der HRegV, z. B. in Art. 45 HRegV, ist deshalb vorzusehen, dass im Handelsregister zumindest auf das Vorliegen einer statutarischen Schiedsklausel hingewiesen wird (vergleichbar dem Hinweis auf eine Beschränkung der Übertragbarkeit von Namenaktien oder dem Bestehen von Nebenleistungspflichten bei einer GmbH).

³⁹⁶ BGE 33 II 205 E. 3 ff., S. 207 f. S. auch die vorangehende Fussnote.

Das Verfahren vor dem Schiedsgericht richtet sich gemäss Absatz 2 nach den Bestimmungen der ZPO betreffend die Binnenschiedsgerichtsbarkeit. Nur schon aufgrund des systematischen Binnenbezugs solcher Verfahren mit einer Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz, die zudem in einem kantonalen Handelsregister eingetragen ist, drängt sich diese Regelung auf. Zur Stärkung der Verfahrenssicherheit aller Betroffenen soll ein *Opting-out* in die schiedsrechtlichen Bestimmungen des IPRG gemäss Artikel 353 Absatz 2 ZPO nicht zulässig sein. Daher wird die Anwendung des 12. Kapitels des IPRG ausdrücklich ausgeschlossen. Durch den Ausschluss des *Opting-outs* wird ein Verzicht auf Rechtsmittel gemäss Artikel 192 Absatz 1 IPRG ausgeschlossen. Dadurch ist sichergestellt, dass stets ein Rechtsmittel gegen den Schiedsentscheid an das Bundesgericht besteht (oder ausnahmsweise an das zuständige kantonale Gericht, Art. 390 Abs. 1 ZPO).

Die Statuten können die Einzelheiten des Schiedsverfahrens im Rahmen des dritten Teils der ZPO regeln. Sie können insbesondere auf die Verfahrensordnung einer Schiedsinstitution verweisen (Art. 373 Abs. 1 Bst. b ZPO). Angesichts der Kritik in der Vernehmlassung³⁹⁷ wird auf die im Vorentwurf vorgesehene Bestimmung über die Mitteilung von Schiedsverfahren an die Aktionärinnen und Aktionäre verzichtet. In Bezug auf die Frage der Wirkung eines Schiedsspruchs ist diese entbehrlich. Die Statuten können jedoch eine entsprechende Regelung enthalten.

Weil die Aktionärinnen und Aktionäre mit einer statutarischen Schiedsklausel auf den Rechtsschutz durch die staatlichen Gerichte verzichten, erfordert die Einführung einer solchen Statutenbestimmung ein qualifiziertes Mehr (s. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 12).

2.1.24 Unübertragbare Befugnisse der GV

Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5–9 und Abs. 3

In Absatz 2 stellt die neue Ziffer 5 klar, dass auch die Genehmigung des Zwischenabschlusses und die Ausrichtung einer Zwischendividende (s. Art. 675a) in die Kompetenz der GV fallen.

Die neue Ziffer 6 ist eine notwendige aktienrechtliche Anpassung an die Unternehmenssteuereform II, welche die Rückzahlung von Kapitaleinlagen an die Aktionärinnen und Aktionäre steuerrechtlich attraktiv machte. Sie schreibt vor, dass die GV den Beschluss über die Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve (insbesondere von Agio, s. Art. 671 Abs. 2) formell 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 9 der bisherigen Ziffer 6.

Ziffer 8 sieht zudem im Unterschied zum Vorentwurf neu vor, dass die Dekotierung der Beteiligungspapiere der Gesellschaft, insbesondere der Aktien, der Zustimmung der Aktionärinnen und Aktionäre bedarf. Mit der Dekotierung liegt ein schwerer

³⁹⁷ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 32.

Eingriff in deren Rechtsposition vor, da die Aktien nicht mehr börsenmässig veräusserbar sind, eine strengere Vinkulierung droht, Mitwirkungsrechte verloren gehen (s. Art. 732 ff.), die Vorgaben an die Transparenz abnehmen (z. B. keine *Ad-hoc*-Publizität und geringere Anforderungen an die Rechnungslegung) und nicht mehr zwingend eine ordentliche Revision der Jahresrechnung durchzuführen ist. Aufgrund dieser grossen wirtschaftlichen und juristischen Folgen muss die Beschlussfassung über die Dekotierung explizit eine unübertragbare Befugnis der GV sein und dem qualifizierten Mehr unterliegen (s. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 10).³⁹⁸

Mit dem neuen Absatz 3 werden die Inhalte von Artikel 2 VegüV bzw. die Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV ins Aktienrecht überführt.

2.1.25 Einberufung der GV und Traktandierung

Die Artikel 699, 699a, 699b und 700 bilden ein Gesamtkonzept von der Bekanntgabe des Geschäftsberichts bis zur Einberufung der GV. Nach dem Wegfall des im Vorentwurf noch vorgesehenen elektronischen Forums (s. Ziffer 1.3.8) ist die GV das einzige aktienrechtlich formalisierte Forum der Aktionärinnen und Aktionäre.

Es wird nachfolgend an viele bewährte Vorgaben des geltenden Rechts angeknüpft. Primär neu ist eine zwingende gesetzliche Minimalfrist, innert der die Aktionärinnen und Aktionäre *nach* Bekanntgabe des Geschäftsberichts ihr Traktandierungs- und Antragsrecht ausüben können (s. Art. 699a Abs. 2).

Weiterhin ist die Durchführung einer Universalversammlung zulässig (s. Art. 701), die es ermöglicht, eine GV ohne Einhaltung der für die Einberufung vorgeschriebenen Vorschriften abzuhalten.

Art. 699 Einberufung und Durchführung der Generalversammlung, Art der Einberufung

Absatz 1 bleibt unverändert. Absatz 2 wird redaktionell angepasst und betrifft nur noch die Durchführung der jährlichen ordentlichen GV.

Wie bei der Sonderuntersuchung (s. Art. 697d) sieht der Entwurf eine Herabsetzung des Schwellenwerts für die Einberufung der GV bei börsenkotierten Gesellschaften vor. Diese Lockerung soll die Rechtsstellung der Aktionärinnen und Aktionäre im Sinne einer guten *Corporate Governance* stärken. Die Durchführung einer GV kann allerdings bei grossen Gesellschaften mit hohen Kosten verbunden sein. Die Schwelle für das Einberufungsrecht darf deshalb nicht zu tief angesetzt werden.

Bei Publikumsgesellschaften wird der Wert auf 5 Prozent des Aktienkapitals festgesetzt (Abs. 3 Ziff. 1). Demgegenüber wird bei Gesellschaften ohne börsenkotierte Aktien mit Blick auf die Verhältnisse in KMU am bisher geltenden Schwellenwert von 10 Prozent des Aktienkapitals festgehalten (Ziff. 2). Sowohl bei Gesellschaften mit börsenkotierten als auch bei Gesellschaften ohne börsenkotierte Aktien wird neu

³⁹⁸ S. Peter V Kunz, Kotierung sowie Dekotierung, GesKR 2-3/2006, S. 138; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 7 N 22c.; Karel Kohlik, Ausgewählte Aspekte von Going Private Transaktionen, Bamberg 2005, S. 289 f.

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 (5 bzw. 10 Prozent). Zu den verschiedenen Schwellenwerten wird auf die Ausführungen in Ziffer 1.4.8.4 verwiesen.

Absatz 4 wird sprachlich angepasst; er entspricht Artikel 699 Absatz 3 Satz 3 OR.

Absatz 5 setzt dem VR für die Vornahme der Einberufung einer ausserordentlichen GV neu eine Frist von 60 Tagen.³⁹⁹ Dadurch wird Rechtssicherheit geschaffen. Die bisherige Regelung, die lediglich verlangt, dass der VR 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 Einberufung der GV gewahrt. Bleibt der VR untätig, so erfolgt die Einberufung wie bisher durch das Gericht. Dieses entscheidet im summarischen Verfahren (s. Art. 250 Bst. c Ziff. 9 E ZPO).

Art. 699a Bekanntmachung des Geschäftsberichts

Gemäss Absatz 1 Satz 1 sind im Vorfeld der GV den Aktionärinnen und Aktionären der Geschäftsbericht und die Revisionsberichte zugänglich zu machen. Der VR teilt ihnen gemäss Absatz 1 Satz 2 mit, wie sie Zugang zu diesen Dokumenten erlangen können. Sofern die Unterlagen nicht elektronisch zugänglich sind, kann jede Aktionärin und jeder Aktionär gemäss Absatz 1 Satz 3 verlangen, dass diese ihr oder ihm unverzüglich und kostenlos auf Papier zugestellt werden.

Absatz 1 ersetzt Artikel 696 Absätze 1 und 2 OR und modernisiert dessen Inhalt. Verwendet die Gesellschaft für die Bekanntmachung des Geschäftsberichts elektronische Mittel (z. B. erhalten die Aktionärinnen und Aktionäre die Möglichkeit, sich mittels Benutzername und Passwort auf der Homepage der Gesellschaft Zugang zu den Dokumenten zu verschaffen), so kann der VR das Ersuchen einer Aktionärin oder eines Aktionärs um individuelle Zustellung der Dokumente ablehnen (Rechtsmissbrauch vorbehalten).

Gemäss Absatz 2 setzt der VR den Aktionärinnen und Aktionären in der Mitteilung gemäss Absatz 1 die Frist, bis wann sie schriftlich Traktanden verlangen und Anträge im Sinne von Artikel 699b stellen können, die in die Einberufung der GV aufgenommen werden. Absatz 2 will den Aktionärinnen und Aktionären ermöglichen, ihr Traktandierungs- und Antragsrecht gemäss Artikel 699b gestützt auf aktuelle Informationen auszuüben, insbesondere gestützt auf den Geschäftsbericht und die allfälligen Revisionsberichte. Wie bis anhin kann das Traktandierungs- und Antragsrecht auch vor Bekanntmachung des Geschäftsberichts ausgeübt werden. Die Frist, die der VR den Aktionärinnen und Aktionären gewähren muss, beträgt mindestens zehn Tage. Diese Frist ist nicht besonders lang. Sie ist aber als Kompromiss zwischen der Möglichkeit zu einer effektiven Ausübung der Aktionärsrechte und der effizienten

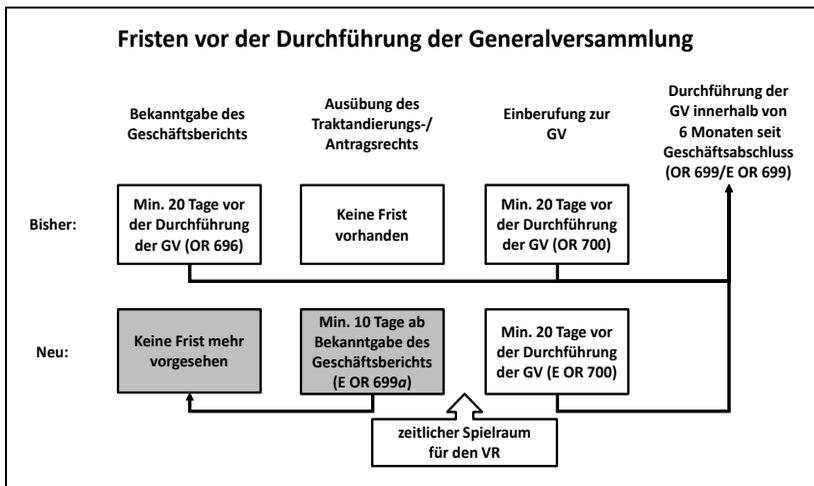
³⁹⁹ S. insgesamt Dieter Dubs/Roland Truffer, Art. 699 N 16, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

Vorbereitung und Einberufung der GV durch den VR zu betrachten. In der Vernehmlassung wurden Fristen zwischen sieben und 20 Tagen vorgeschlagen.⁴⁰⁰

In welcher Form die Mitteilung an die Aktionärinnen und Aktionäre erfolgen muss, ergibt sich aus dem zwingenden Statuteninhalt gemäss Artikel 626 Absatz 1 Ziffer 7.

Nach Ablauf der Traktandierungs- und Antragsfrist wird der VR die Einberufung der GV vorbereiten müssen. Gemäss Praxis benötigt er hierzu je nach Grösse der Gesellschaft und aufgrund der Tatsache, dass die meisten GV im Frühling, einer Zeit mit mehreren gesetzlichen Feiertagen, durchgeführt werden, zwischen 10 und 25 Tagen.⁴⁰¹ Da jede GV spätestens 20 Tage vor dem Versammlungstag einzuberufen ist (s. Art. 700 Abs. 1), ergibt sich folglich eine Gesamtfrist von 30 bis 45 Tagen. Der VR verfügt weiterhin über ausreichenden Handlungsspielraum, da er für seine Arbeiten zwischen dem Ablauf der zehntägigen Traktandierungs- und Antragsfrist und der Einberufung der GV spätestens 20 Tage vor Durchführung der GV weiterhin keiner unmittelbaren gesetzlichen Frist unterliegt.

Absatz 3 entspricht inhaltlich dem geltenden Artikel 696 Absatz 3 OR. Wie in Artikel 958e OR wird mit «Revisionsberichte» die Mehrzahl verwendet, um klarzustellen, dass auch hier ein allfälliger Revisionsbericht zur Konzernrechnung oder zum Abschluss nach anerkanntem Standard zur Rechnungslegung erfasst wird.



Art. 699b Traktandierungs- und Antragsrecht

Die Schwellenwerte für die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstands werden gesenkt. Da die Aufnahme eines zusätzlichen Punkts auf die Traktandenliste im Gegensatz zur Einberufung einer GV (s. Art. 699 Abs. 3) und zur Durchführung einer Sonderuntersuchung (s. Art. 697d Abs. 1) für die Gesellschaft mit deutlich

⁴⁰⁰ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 17.

⁴⁰¹ S. insgesamt Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 12 N 69.

geringerem Aufwand verbunden ist, setzt der Entwurf die Schwellenwerte für die Ausübung des Traktandierungsrechts tiefer an als bei den andern erwähnten Aktionärsrechten.

Bereits der Vorentwurf hat bei den Schwellenwerten zwischen Gesellschaften mit börsenkotierten und solchen ohne börsenkotierte Aktien unterschieden, um u. a. der unterschiedlichen Struktur des Aktionariats Rechnung zu tragen. Die Vernehmlassung ergab zur Höhe der Schwellenwerte kein klares Bild.⁴⁰² In Umsetzung der Ausführungen zu den verschiedenen Schwellenwerten (s. Ziff. 1.4.8.4) werden diese für das vorliegende Traktandierungs- und Antragsrecht im Vergleich zum Vorentwurf erhöht. Bei Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien sind für die Ausübung des Traktandierungsrechts neu gemäss Absatz 1 Ziffer 1 0,5 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen notwendig. Bei den übrigen Gesellschaften sind gemäss Absatz 1 Ziffer 2 5 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen erforderlich.⁴⁰³

Unter den gleichen Voraussetzungen können Aktionärinnen und Aktionäre nach Absatz 2 die Aufnahme von Anträgen zu Verhandlungsgegenständen in die Einberufung der GV verlangen. Anträge können selbstverständlich nicht nur zu «eigenen» Traktanden gemäss Absatz 1 gestellt werden, sondern z. B. auch zu gesetzlich vorgeschriebenen Verhandlungsgegenständen, z. B. zur jährlichen Genehmigung der Vergütungen an das oberste Kader börsenkotierter Gesellschaften.

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 Einberufung der GV den anderen Aktionärinnen und Aktionären zukommen zu lassen. Dies soll insbesondere das entsprechende Informationsbedürfnis der übrigen Aktionärinnen und Aktionäre im Vorfeld der GV befriedigen.

Die im Gesetz vorgesehenen Hürden für die Ausübung der Aktionärsrechte können in den Statuten herabgesetzt, aber nicht erhöht werden.

Absatz 4 gemäss Vorentwurf sah vor, dass die Statuten regeln, bis zu welchem Zeitpunkt die Aktionärinnen und Aktionäre die Begehren gemäss den Absätzen 1 und 2 hätten einreichen müssen (z. B. innerhalb von zwei Monaten seit Ende des Geschäftsjahres oder innert zwei Wochen seit Mitteilung des VR). Aufgrund des neuen Artikels 699a Absatz 2 ist er nicht mehr notwendig.

Lehnt der VR insbesondere ein Begehren um Traktandierung oder um Bekanntgabe eines Antrags in der Einberufung der GV ab, so können die Aktionärinnen und Aktionäre nach Absatz 4 ihren Anspruch wie bis anhin auf dem Rechtsweg durchsetzen. Das Gericht entscheidet im summarischen Verfahren (s. Art. 250 Bst. c Ziff. 9 E ZPO). Die Festlegung einer Frist analog zu Artikel 699 Absatz 5 ist nicht notwendig, da spätestens bei Erhalt der Einberufung der GV festgestellt werden kann, ob einem eingereichten Begehren Rechnung getragen wurde.

⁴⁰² Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 17.

⁴⁰³ Obschon der Wortlaut des geltenden Art. 699 Abs. 3 Satz 2 OR einen prozentualen Schwellenwert nicht enthält, gilt ein solcher bereits heute (Urteil 4A_296/2015 des Bundesgerichts vom 27. November 2015, E. 2.3; s. Christian Leisinger, Einberufung einer GV auf Verlangen von Minderheitsaktionären: Berechtigte und gerichtlicher Prüfungsumfang, GesKR 1/2016, S. 116 ff.).

Absatz 5 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 der Einberufung

Die GV muss 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 teilweise als zu kurz eingestuft.⁴⁰⁴ Deshalb sah der Vorentwurf in Absatz 1 für die ordentliche GV eine Frist von 30 Tagen und bei einer ausserordentlichen GV die bisherige Frist von 20 Tagen vor. In der Vernehmlassung wurde die verlängerte Frist jedoch abgelehnt; der GV-Terminplan des VR werde dadurch noch gedrängter.⁴⁰⁵ Es bleibt deshalb beim geltenden Recht, d. h. bei der 20-tägigen Frist für die ordentliche als auch die ausserordentliche GV.

Die Einberufung der GV erfolgt mittels Mitteilungen an die Aktionärinnen und Aktionäre in der Form, die in den Statuten vorgesehen ist (s. Art. 626 Abs. 1 Ziff. 7). Es ist also denkbar, dass die Einberufung ausschliesslich in elektronischer Form geschieht (z. B. mittels E-Mail an die Namensaktionärinnen und -aktionäre und mittels elektronischer SHAB-Publikation an die Inhaberaktionärinnen und -aktionäre).

Absatz 2 sieht vor, was die Einberufung der GV mindestens enthalten muss. Gesetzliche Minimalvorgaben sind gerechtfertigt und bereits im geltenden Recht zu finden, da der Inhalt der Einberufung sich präjudizierend auf die GV auswirkt. Die Bestimmung wird zur besseren Verständlichkeit neu gegliedert.

Den Aktionärinnen und Aktionären sind in der Einberufung gemäss Ziffer 1 das Datum, der Beginn, die Art und der Ort der GV bekanntzugeben. Aus Art und Ort der GV ist erkennbar, ob die ordentliche oder eine ausserordentliche GV stattfindet und ob eine physische GV an einem oder mehreren Orten durchgeführt wird, ob elektronische Mittel eingesetzt werden oder ob sogar eine rein virtuelle GV vorgesehen ist (s. Art. 701a ff.)

Bekanntzugeben sind des Weiteren alle Verhandlungsgegenstände (Traktanden) des VR und der Aktionärinnen und Aktionäre (Ziff. 2; s. Art. 703 Abs. 1). Verhandlungsgegenstände, über die nicht Beschluss gefasst werden soll, bedürfen keiner vorgängigen Ankündigung. Diese Selbstverständlichkeit, die im geltenden Recht in Artikel 700 Absatz 4 OR enthalten ist, findet sich nicht mehr im Gesetzestext; eine materielle Änderung ergibt sich daraus nicht.

Weiter sind gemäss den Ziffern 3 und 4 sowohl die Anträge des VR als auch diejenigen der Aktionärinnen und Aktionäre zwingende Bestandteile der Einberufung der GV. Bei Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, hat der VR seine Anträge kurz zu begründen. Die Aktionärinnen und Aktionäre haben gemäss Zif-

⁴⁰⁴ S. insgesamt Karim Maizar, Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften, Zürich 2012, S. 358 ff.

⁴⁰⁵ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 18.

fer 4 bei allen Gesellschaften das Recht, dass der VR zu den von ihnen gestellten Anträgen eine kurze Begründung in die Einberufung aufnimmt (s. Art. 699b Abs. 3).

Ist eine unabhängige Stimmrechtsvertretung von Gesetzes wegen oder aufgrund der Statuten vorgeschrieben, so muss der VR gemäss Ziffer 5 in der Einberufung zudem die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder den unabhängigen Stimmrechtsvertreter angeben. Bei Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, ist die Angabe obligatorisch (s. Art. 689c). Im Vergleich zum Vorentwurf nicht mehr vorgesehen ist die zusätzliche Pflicht des VR, den prozentualen Anteil der Aktien am Aktienkapital, deren Eigentümerinnen und Eigentümer nicht im Aktienbuch eingetragen sind, in der Einberufung festzuhalten. Es wurde in der Vernehmlassung zu Recht vorgebracht, dass diese Angabe im Hinblick auf Übernahmen heikel sei und sich der Bestand dauernd ändere.⁴⁰⁶

Der VR muss gemäss Absatz 3 sicherstellen, dass die Verhandlungsgegenstände der GV den Grundsatz der Einheit der Materie wahren. Die Aktionärinnen und Aktionäre sollen ihr Stimmrecht differenziert und gezielt ausüben können. Ein Verhandlungsgegenstand darf also nur Aspekte enthalten, die einen engen Zusammenhang aufweisen oder die sich gegenseitig bedingen. Zu diesem in der Praxis und Lehre weitverbreiteten Grundsatz,⁴⁰⁷ der sich aus dem Gebot der korrekten Ermittlung des tatsächlichen Willens der GV ergibt,⁴⁰⁸ liegt kein klares Bild aus der Vernehmlassung vor.

Die Einheit der Materie ist besonders wichtig bei Abstimmungen über Änderungen der Statuten. Nur weil neue gesetzliche Vorgaben umgesetzt werden müssen, als aktuelles Beispiel die VegüV als Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV, liegt noch kein enger Zusammenhang vor. Absatz 3 beabsichtigt jedoch nicht, dass in der GV ein Basar über jede einzelne Statutenbestimmung entsteht. Es ist also z. B. bei einer Totalrevision der Statuten weiterhin nicht notwendig, dass über jede Bestimmung einzeln abgestimmt werden muss. Inhaltliche Widersprüche wären vorprogrammiert. Es dürfen Themenblöcke, die voneinander inhaltlich abhängen, unter demselben Verhandlungsgegenstand zur Abstimmung gebracht werden. Der VR verfügt weiterhin über einen gewissen Handlungsspielraum, den er unter Wahrung seiner Sorgfaltspflicht mit ausreichender Begründung gegenüber den Aktionärinnen und Aktionären wahrnehmen darf.

Wird der Grundsatz der Einheit der Materie verletzt, so 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, die getrennte Behandlung von inhaltlich nicht zusammengehörenden (Teil-)Verhandlungsgegenständen zu verlangen (s. Art. 699b Abs. 5).

⁴⁰⁶ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 18.

⁴⁰⁷ S. Brigitte Tanner, Art. 700 N 24, in: Gauch, Peter/Schmid, Jörg (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V5b, Die Aktiengesellschaft, Die Generalversammlung, Art. 698–706b OR, Zürich 2003; Dieter Dubs, Das Traktandierungsbegehren im Aktienrecht, Zürich 2008, N 85; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 12 N 100d.

⁴⁰⁸ S. Tomas Poledna, Die Übertragung öffentlichrechtlicher Grundsätze auf Abstimmungen an der Generalversammlung, AJP 8/2001, S. 929.

Zudem sieht Absatz 3 die Pflicht für den VR vor, den Aktionärinnen und Aktionären sämtliche Informationen vorzulegen, die für ihre Beschlussfassung von Bedeutung sind. Dies bedingt eine sachliche und neutrale Information.⁴⁰⁹

Der VR darf gemäss Absatz 4 die Verhandlungsgegenstände 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 gemäss Vorentwurf hielt fest, dass die Statuten die weiteren Einzelheiten zu Form, Inhalt und Mitteilung der Einberufung regeln müssen. Zur Entlastung insbesondere der KMU wird diese Pflicht gestrichen. Die Aktionärinnen und Aktionäre dürfen statutarische Vorgaben machen. Tun sie dies nicht, so ist der VR für die Einzelheiten zur Einberufung der GV zuständig, soweit sie sich nicht aus dem Gesetz ergeben (Art. 716 Abs. 1 OR).

Art. 701 Universalversammlung und Zustimmung zu einem Antrag

In Absatz 1 wird «Formvorschriften» durch «Vorschriften» ersetzt. Die Artikel 699 ff. enthalten nicht nur Formvorschriften, von denen bei der Durchführung einer Universalversammlung abgewichen werden können, sondern z. B. auch Vorschriften bezüglich Fristen. Inhaltlich ändert sich für die Universalversammlung jedoch nichts.

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 notwendig ist. Es kann also z. B. eine Universalversammlung in Form einer virtuellen GV (s. Art. 701d) durchgeführt werden.

In Absatz 3 Satz 1 wird vorgesehen, dass die Beschlüsse der GV auch auf schriftlichem Weg auf Papier oder in elektronischer Form erfolgen können, insbesondere mittels Zirkularbeschlusses. Diese neue Art der Beschlussfassung der GV, die nach geltendem Recht nicht zulässig ist,⁴¹⁰ soll Gesellschaften mit kleinem Aktionariat sowie Gesellschaften, die in einen Konzern eingebunden sind, mehr Flexibilität ermöglichen.

Alle Eigentümerinnen oder Vertreter sämtlicher Aktien müssen gemäss Absatz 3 Satz 2 ihre Zustimmung zu dieser Art der Beschlussfassung erteilen. Dadurch kann eine Aktionärin oder ein Aktionär durchsetzen, dass eine GV unter Anwesenden mit mündlicher Beratung durchgeführt wird. Die Zustimmung kann konkludent geschehen, indem eine Aktionärin oder ein Aktionär an der entsprechenden Beschlussfassung aktiv teilnimmt (Zustimmung, Ablehnung, Enthaltung). Oder die Aktionärin

⁴⁰⁹ S. Tomas Poledna, Die Übertragung öffentlichrechtlicher Grundsätze auf Abstimmungen an der Generalversammlung, AJP 8/2001, S. 929.

⁴¹⁰ BGE 71 I 383 E. 2. a, S. 387 f.; s. insgesamt Dieter Dubs/Roland Truffer, Art. 698 N 7 ff., in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 12 N 52.

oder der Aktionär stimmt der Art der Beschlussfassung ausdrücklich zu, selbst wenn sie oder er nicht aktiv daran teilnimmt.

2.1.26 Tagungsort der GV

Art. 701a und 701b Im Allgemeinen, ausländischer Tagungsort

Das Schweizer Aktienrecht enthält keine Bestimmungen über den Tagungsort der GV. Der Entwurf schliesst diese Lücke und schafft Rechtssicherheit. Entsprechend wurde im Rahmen der Vernehmlassung den Bestimmungen zum Tagungsort zugestimmt.⁴¹¹

Sehen die Statuten nichts anderes vor, so bestimmt gemäss Artikel 701a Absatz 1 der VR den Ort der GV.

Die GV darf gemäss Absatz 2 an verschiedenen Tagungsorten parallel durchgeführt werden, sofern die Voten unmittelbar in Bild und Ton an die andern Tagungsorte übertragen werden. Der Vorentwurf sah vor, dass bei mehreren Tagungsorten ein Haupttagungsort bestimmt werden müsste, an dem bestimmte Personen anwesend sein müssten (z. B. die Urkundsperson). Auf diese Vorgabe wird verzichtet, da das Aktienrecht nirgendwo sonst an den Haupttagungsort anknüpft. Trotz einer Mehrzahl von Tagungsorten liegt formell nur eine GV gemäss Schweizer Aktienrecht vor. Es soll insbesondere dem VR überlassen sein, wie er im Rahmen seiner Sorgfaltpflichten eine GV mit mehreren in- und ausländischen Tagungsorten durchführt, z. B. bezüglich der Anwesenheit der Urkundsperson und der Revisionsstelle sowie der Gefahr der Begründung ausländischer Gerichtsstände.⁴¹²

Die GV kann gemäss Artikel 701b Absatz 1 im Ausland stattfinden, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen und in der Einberufung der GV eine unabhängige Stimmrechtsvertretung bezeichnet wird. Die unabhängige Stimmrechtsvertretung garantiert, dass Aktionärinnen und Aktionäre, die nicht ins Ausland reisen und somit nicht unmittelbar an der Diskussion in der GV teilnehmen können, zumindest ihr Stimmrecht ausüben können. Bei börsenkotierten Gesellschaften ergibt sich Letzteres bereits aus Artikel 689c. Bei Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, kann gemäss Absatz 2 auf die Bezeichnung einer unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters verzichtet werden, wenn alle Aktionärinnen und Aktionäre mit dem ausländischen Tagungsort einverstanden sind. Werden die Modalitäten betreffend das Einholen der Zustimmung nicht in den Statuten geregelt, so werden sie durch den VR festgelegt.

Zulässig ist auch die Durchführung der GV an mehreren Tagungsorten im Ausland oder an mehreren Tagungsorten in der Schweiz und im Ausland. Auch in solchen Fällen liegt die GV einer Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz vor, die den Vorgaben des Schweizer Aktienrechts unterliegt. In solchen Fällen sind wiederum alle Vorgaben der Artikel 701a und 701b umzusetzen.

⁴¹¹ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 18.

⁴¹² S. Claude Lambert, Die Durchführung einer Generalversammlung an zwei verschiedenen Tagungsorten, REPRAX 2/2000, S. 43 ff.

Der oder die Tagungsorte dürfen nicht so gewählt werden, dass ein wesentlicher Teil des Aktionariats von vornherein an der Teilnahme gehindert wird (Gebot der schonenden Rechtsausübung). Dies gilt insbesondere bei der Wahl eines ausländischen Tagungsorts für die GV. Andernfalls sind die Beschlüsse der GV zumindest anfechtbar (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 OR). In gleicher Weise unzulässig wäre die Wahl einer Verhandlungssprache, die von einem wesentlichen Teil des Aktionariats nicht verstanden würde.

Findet die GV im Ausland statt und werden Beschlüsse gefasst, die der öffentlichen Beurkundung unterliegen, so kommt im Hinblick auf die Eintragung ins Handelsregister Artikel 25 HRegV zur Anwendung.⁴¹³

2.1.27 Verwendung elektronischer Mittel

Es werden nachfolgend keine Details zur Verwendung elektronischer Mittel vorgegeben; diese werden vom VR (meistens in einem entsprechenden Reglement) oder mittels Statuten von der GV festgelegt. Damit soll die Anwendung elektronischer Innovationen nicht erschwert oder sogar verunmöglicht werden. Für die Beseitigung von Rechtsunsicherheiten⁴¹⁴ werden aber einige wichtige Voraussetzungen auf Gesetzesstufe verankert. Somit wird Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklagen ausreichend vorgebeugt, mit denen geltend gemacht würde, dass der Einsatz elektronischer Mittel überhaupt nicht zulässig gewesen wäre. Entsprechend wurde den Bestimmungen zur Verwendung elektronischer Mittel im Rahmen der Vernehmlassung grundsätzlich zugestimmt.⁴¹⁵

Bei der Verwendung elektronischer Mittel hat der VR von einer Durchschnittsaktionärin oder einem Durchschnittsaktionär auszugehen. Das Bundesgericht wendet diese Rechtsfigur u. a. bei der Beurteilung an, ob die Verhandlungsgegenstände und Anträge in der Einberufung der GV ausreichend klar sind.⁴¹⁶ Eine Aktionärin oder ein Aktionär, die oder der technisch durchschnittlich begabt und ausgerüstet ist, muss die elektronischen Mittel verwenden können. Eine gewisse technische Affinität der Aktionärin oder des Aktionärs, v. a. ein Internetzugang, wird also vorausgesetzt.⁴¹⁷

Der VR 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 – die Verwendung elektronischer Mittel entsprechend anpassen muss (z. B. durch Bereitstellen einer entsprechenden Applikation).

⁴¹³ S. Rino Siffert, Art. 25 N 1 ff., in: Siffert, Rino/Turin, Nicholas (Hrsg.), Handkommentar zur Handelsregisterverordnung (HRegV), Bern 2013.

⁴¹⁴ S. Hans Caspar von der Crone, Bericht für das Bundesamt für Justiz zu einer Teilrevision des Aktienrechts, Teil 2: Generalversammlung, Zürich/Bern 2001, S. 3 ff.

⁴¹⁵ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 18 f.

⁴¹⁶ BGE 121 III 420 E. 2.a, S. 424.

⁴¹⁷ S. insgesamt Urs Bertschinger, Aktienrecht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag St. Gallen 2015, S. 169 f. und 201; Ines Pöschel, Generalversammlung und Internet: Versuch einer Ent-Täuschung, in: Watter, Rolf (Hrsg.), Die «grosse» Aktienrechtsrevision, Zürich 2010, S. 239.

Die unabhängige Stimmrechtsvertretung (s. Art. 701b und 701d) und die Tatsache, dass die Verwendung elektronischer Mittel zur Ausübung der Aktionärsrechte nur zusätzlich zur Teilnahme an der physischen GV vorgesehen ist (s. Art. 701c), ermöglichen auch den elektronisch unterdurchschnittlich versorgten Aktionärinnen und Aktionären oder solchen, die elektronische Mittel ablehnen, die Ausübung ihres Stimmrechts.

Im Vergleich zum Vorentwurf wird – abgesehen von der virtuellen GV (s. Art. 701d) – nicht mehr eine statutarische Grundlage für die Verwendung elektronischer Mittel vorgeschrieben. Damit sollen die Hürden für den Einsatz elektronischer Mittel gesenkt und mehr Flexibilität für die Gesellschaften geschaffen werden. Die Aktionärinnen und Aktionäre können aber in den Statuten Vorgaben oder Einschränkungen verankern, an denen sich der VR zu orientieren hat.

Nicht unmittelbar erfasst werden nachfolgend der Einsatz elektronischer Abstimmungsgeräte innerhalb des Tagungsorts einer GV (*Televoters*) und die blosser Übertragung einer physischen GV via Webcast ohne die Möglichkeit zur Interaktion.⁴¹⁸ Es ist hier kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf zur Schaffung von mehr Rechtssicherheit erkennbar. Beide Möglichkeiten sind in der Praxis verbreitet und weiterhin zulässig.

Art. 701c Ausübung der Aktionärsrechte

Artikel 701c legt die rechtliche Grundlage dafür, dass der VR bei einer GV, die mindestens einen physischen Tagungsort aufweist, den Aktionärinnen und Aktionären ermöglichen kann, insbesondere ihr Stimmrecht direkt elektronisch auszuüben (*direct voting*).

Der Entwurf verzichtet darauf, eine rechtliche Pflicht für ein solches *direct voting* vorzusehen. Der VR bzw. das Aktionariat sollen entscheiden, ob der Nutzen des *direct votings* die Kosten und allfällige Implementierungsprobleme überwiegt.

Siehe zum *indirect voting* mittels der unabhängigen Stimmrechtsvertretung Artikel 689c Absatz 5.

Art. 701d Virtuelle Generalversammlung

Eine GV kann gemäss Absatz 1 ohne physischen Tagungsort durchgeführt werden. Der VR kann die GV also in Form der virtuellen GV durchführen, wenn die Statuten dies vorsehen und wenn eine unabhängige Stimmrechtsvertretung bezeichnet wird. Auf das Erfordernis der statutarischen Grundlage wird bei der virtuellen GV nicht verzichtet, da das Unmittelbarkeitsprinzip in physischer Hinsicht vollständig aufgehoben wird. Dies im Gegensatz zur blossen Ausübung der Aktionärsrechte gemäss Artikel 701c, wo weiterhin eine physische GV vorhanden ist.

Die Pflicht zur Bezeichnung einer unabhängigen Stimmrechtsvertretung dient insbesondere dazu, dass Aktionärinnen und Aktionäre auch zur Stimmrechtsausübung an der virtuellen GV nicht zwingend die von der Gesellschaft vorgesehenen elektroni-

⁴¹⁸ S. Ines Pöschel, Generalversammlung und Internet: Versuch einer Ent-Täuschung, in: Watter, Rolf (Hrsg.), Die «grosse» Aktienrechtsrevision, Zürich 2010, S. 240.

schen Mittel einsetzen müssen. Sie können die unabhängige Stimmrechtsvertretung bevollmächtigen und ihr Weisungen erteilen. Diese übt sodann im Rahmen der virtuellen GV das Stimmrecht aus.

Im Gegensatz zum E 2007⁴¹⁹ wird die virtuelle GV nicht mehr ausgeschlossen, wenn Beschlüsse gefällt werden, die öffentlich zu beurkunden sind. Es ist jedoch denkbar, dass das kantonale Beurkundungsrecht – gestützt auf Artikel 55 des Schlusstitels des ZGB – beispielsweise eine Gründung durch eine virtuelle GV oder die Beurkundung weiterer Willensäusserungen unter Abwesenden nicht zulässt. Liegt hingegen eine Sachbeurkundung vor – dies ist bei den Beschlüssen der GV der Regelfall –, so sind keine sachlichen Gründe erkennbar, weshalb eine virtuelle GV 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.⁴²⁰

Bei Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, kann gemäss Absatz 2 auf die Bezeichnung einer unabhängigen Stimmrechtsvertretung verzichtet werden, sofern alle Aktionärinnen und Aktionäre mit der Durchführung der virtuellen GV einverstanden sind. Soweit die Statuten keine Bestimmungen zur Einholung der Zustimmung der Aktionärinnen und Aktionäre vorsehen, bestimmt der VR die Modalitäten.

Art. 701e Voraussetzungen für die Verwendung elektronischer Mittel

Sofern die Statuten nichts vorgeben, regelt gemäss Absatz 1 der VR die Einzelheiten der Verwendung elektronischer Mittel.

Absatz 2 regelt die Grundvoraussetzungen der Verwendung elektronischer Mittel bei der Durchführung der GV, sowohl im Hinblick auf die Ausübung der Aktionärsrechte (s. Art. 701c) als auch hinsichtlich der Durchführung einer virtuellen GV (s. Art. 701d).

Gemäss Absatz 2 Ziffern 2 und 3 sollen sich die Aktionärinnen und Aktionäre ihre Meinung gestützt auf die Voten des VR und der anderen Aktionärinnen und Aktionäre bilden können. Es muss daher sichergestellt werden, dass jede Teilnehmerin und jeder Teilnehmer sich aktiv an der GV beteiligen und Anträge stellen kann. Es wird aber darauf verzichtet, bei der unmittelbaren Übertragung der Voten auch das Erfordernis des Bildes vorzuschreiben, obschon die Präsenz einer Teilnehmerin oder eines Teilnehmers dadurch etwas eingeschränkt wird. Somit ist bei Gesellschaften mit wenigen Aktionärinnen und Aktionären auch der Einsatz des Telefons denkbar, sofern die übrigen Voraussetzungen für die Verwendung elektronischer Mittel erfüllt sind.⁴²¹

Der VR muss gemäss Absatz 2 Ziffern 1 und 4 sicherstellen, dass die Identität der Teilnehmerinnen und Teilnehmer feststeht und das Abstimmungsergebnis nicht

⁴¹⁹ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1681.

⁴²⁰ S. Christian Brückner, Öffentliche Beurkundung von Urabstimmungen und Zirkularbeschlüssen, Bd. 94 (1998), Nr. 2, S. 33 ff.

⁴²¹ S. Urs Bertschinger, Aktienrecht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag St. Gallen 2015, S. 193 f.

verfälscht werden kann. Im Gegensatz zum Vorentwurf wird unter Ziffer 1 nicht mehr die «eindeutige» Feststellung der Identität durch den VR vorgesehen. Es soll nicht der Eindruck erweckt werden, dass der VR sämtliche Risiken, die mit der Verwendung elektronischer Mittel verbunden sind, auszuschliessen hat. Der VR hat hinsichtlich der konkreten GV im technisch zumutbaren und vernünftigerweise zu erwartenden Rahmen zu handeln. Auf ein unsicheres elektronisches Mittel hat er zu verzichten.

Art. 701f Technische Probleme

Sind technische Probleme aufgetreten, so muss der VR die Abstimmung oder Wahl wiederholen. Er kann sich von dieser Pflicht nicht mit dem Nachweis befreien, dass die technischen Probleme keinen Einfluss auf das Abstimmungs- oder Wahlergebnis gehabt haben. Das Aktionariat hat einen unverzichtbaren Anspruch darauf, dass die Abstimmungen und Wahlen zu traktandierten Geschäften formell sauber durchgeführt werden.

Kann die GV aufgrund technischer Probleme sogar nicht ordnungsgemäss durchgeführt oder beendet werden, so ist sie gemäss Absatz 1 zu einem späteren Zeitpunkt zu wiederholen. Die in Artikel 700 Absatz 1 vorgesehene Frist zur Einberufung der GV ist in diesem Fall 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 aber die ursprüngliche Traktandenliste angepasst oder ergänzt, so sind die rechtlichen und statutarischen Vorschriften zur Einberufung wieder vollständig einzuhalten, da es sich um eine neue Einberufung handelt. Andernfalls wäre es möglich, strenge Einberufungsvorschriften zu umgehen, indem nach (angeblichen) technischen Problemen neue Verhandlungsgegenstände hinzugefügt werden.

Nicht als technische Probleme im Sinne von Artikel 701f 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 VR 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 Hard- und Software fallen hingegen 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 weiterer Voraussetzungen (z. B. dem Einhalten von Quoren) zustande gekommen.

2.1.28 Durchführung der GV

Art. 702 Abs. 2–5

Artikel 702 Absatz 2 gibt dem VR den Mindestinhalt des Protokolls der GV vor. Selbstverständlich steht es diesem frei, über diese Vorgaben hinauszugehen; gegebenenfalls ist dies sogar im Einzelfall aufgrund seiner Sorgfaltspflicht erforderlich.

Gemäss Ziffer 1 müssen sich aus dem Protokoll das Datum, der Beginn und das Ende sowie die Art und der Ort der GV ergeben. Hierzu ein Beispiel: Die ordentliche Generalversammlung fand am 7. März 2016, zwischen 9:30 Uhr und 12:30 Uhr, im Berner Kulturcasino statt. Ortsabwesende Aktionärinnen und Aktionäre konnten ihr Stimmrecht elektronisch oder über die unabhängige Stimmrechtsvertretung ausüben. Die Informationen der Ziffer 1 korrespondieren mit den Vorgaben zur Einberufung der GV (s. Art. 700 Abs. 2 Ziff. 1).

Ziffer 2 entspricht Artikel 702 Absatz 2 Ziffer 1 OR, ausser dass der Hinweis auf die Organstimmrechtsvertretung gestrichen wird. Diese ist aufgrund von Artikel 689b Absatz 2 Satz 1 nicht mehr zulässig. Im Gegensatz zum Vorentwurf bleibt die Depotstimmrechtsvertretung erwähnt, da sie für Gesellschaften ohne börsennotierte Aktien weiterhin zulässig ist (s. Art. 689b Abs. 2 Satz 2).

Die Ziffern 3–5 entsprechen inhaltlich Artikel 702 Absatz 2 Ziffern 2–4 OR.

Im Protokoll wiederzugeben sind gemäss Ziffer 3 die Beschlüsse und die Wahlergebnisse. Auf die allgemeine Pflicht gemäss Vorentwurf, immer auch die genauen Stimmverhältnisse anzugeben, wird u. a. zur Entlastung der KMU verzichtet (s. für Gesellschaften mit börsennotierten Aktien aber Abs. 5). Der VR soll entscheiden, ob er in der Lage ist, das Zustandekommen eines Beschlusses oder einer Wahl nachzuweisen, wenn er nicht die genauen Stimmverhältnisse erhebt und im Protokoll festhält. Ist ein Verhandlungsgegenstand umstritten und liegen keine klaren Mehrheitsverhältnisse vor, so wird der VR kaum darum herumkommen, die genauen Stimmverhältnisse zu ermitteln und im Protokoll festzuhalten.

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 Absätze 2 und 3 müssen nicht zusätzlich erfasst werden.

Gemäss Ziffer 5 muss das Protokoll die von den Aktionärinnen und Aktionären zu Protokoll gegebenen Erklärungen festhalten.

Neu sieht Ziffer 6 vor, dass das Protokoll die technischen Probleme festhalten muss, die während der GV auftreten. Dies ist insbesondere bei mehreren Tagungsorten und bei der Verwendung elektronischer Mittel von Bedeutung (s. Art. 701a ff.). Auf die weiteren Vorgaben des Vorentwurfs bezüglich der Verwendung elektronischer Mittel wird verzichtet.

Absatz 3 sieht vor, dass der Protokollführer und die Vorsitzende der GV das Protokoll zu unterzeichnen haben (so bereits Art. 23 Abs. 2 HRegV).

Für das Recht der Aktionärinnen und Aktionäre auf Einsicht ins Protokoll der GV wird den technischen Entwicklungen Rechnung getragen. Den Aktionärinnen und

Aktionären ist gemäss Absatz 4 das Protokoll innert 30 Tagen nach der Durchführung der GV zugänglich zu machen. Dies kann auch per E-Mail geschehen. Wird das Protokoll nicht elektronisch zugänglich gemacht, so kann jede Aktionärin und jeder Aktionär verlangen, dass es ihr oder ihm unverzüglich und kostenlos auf Papier zugestellt wird (durch postalischen Versand). Dieselbe Regelung ist auch bei der Bekanntmachung des Geschäftsberichts vorgesehen (s. Art. 699a Abs. 1).

Bei Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, sind gemäss Absatz 5 die Beschlüsse und Wahlen unter Angabe der genauen Stimmenverhältnisse bereits innerhalb von 15 Tagen nach der GV auf elektronischem Weg zugänglich zu machen. Die entsprechende elektronische Aufbereitung ist mit keinem besonderen Aufwand verbunden, jedoch für das Aktionariat von grossem Interesse.

Im Gegensatz zum Vorentwurf wurden die Fristen in Absatz 4 (von 20 auf 30 Tage) und in Absatz 5 (von 2 auf 15 Tage) verlängert. Die im Vorentwurf vorgesehenen Fristen wurden zum Teil als zu kurz einschätzt. Die neue Frist von 15 Tagen orientiert sich am EU-Recht (s. Ziff. 1.5.2). Eine allfällige Anfechtungsklage, die innerhalb von zwei Monaten nach der GV angehoben werden muss (Art. 706a OR), wird durch die beiden Fristen nicht unnötig erschwert.

Das Protokoll der GV zählt zu den Geschäftsbüchern und ist – längere Fristen in Spezialgesetzen vorbehalten – während zehn Jahren aufzubewahren. Die Vorgaben von Artikel 958f OR bzw. der Geschäftsbücherverordnung vom 24. April 2002⁴²² (GeBüV) sind entsprechend anzuwenden. Es ist also auch zulässig, das Protokoll der GV in geeigneter elektronischer Form aufzubewahren.⁴²³

Art. 702a Äusserungsrecht der Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung; Antragsrecht des Verwaltungsrats

Im Regelfall wird die GV durch den VR einberufen und durchgeführt. In diesem Rahmen dürfen sich seine Mitglieder und die Mitglieder der Geschäftsleitung gemäss Absatz 1 zu allen Verhandlungsgegenständen äussern (selbstverständlich innerhalb ihrer Sorgfalts- und Treuepflichten). Sie gelten, auch wenn sie nicht zum Aktionariat gehören, als berechnete Personen (s. Art. 691 Abs. 2^{bis}). Neu wird in Absatz 2 ausdrücklich festgehalten, dass der VR zu jedem Verhandlungsgegenstand Anträge stellen kann.

Weder die Mitglieder des VR noch diejenigen der Geschäftsleitung haben hingegen ein rechtlich durchsetzbares Teilnahmerecht; der Wortlaut des geltenden Artikels 702a OR ist diesbezüglich unklar.⁴²⁴ Durch die Straffung des Wortlauts von Artikel 702a wird nun klar, dass die GV, z. B. in Form der Universalversammlung oder der schriftlichen Beschlussfassung (s. Art. 701), teilweise oder sogar vollständig ohne den VR oder die Geschäftsleitung durchgeführt werden kann. Wie insbe-

⁴²² SR 221.431

⁴²³ S. Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Auflage, Zürich 2014, S. 275; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 12 N 197.

⁴²⁴ 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.

sondere die Mitglieder des VR auf die verweigerete Möglichkeit zur Teilnahme an der GV reagieren sollen, ist ihnen überlassen. Im Extremfall bleibt ihnen nur der Rücktritt aus dem VR übrig. Ein rechtlich durchsetzbares Teilnahmerecht wäre im Übrigen von begrenztem Nutzen, da die GV die Mitglieder des VR jederzeit abberufen kann (s. Art. 705).

Art. 703 und 704 Abs. 1 und 2 Beschlussfassung und Wahlen im Allgemeinen,
wichtige Beschlüsse

Die Artikel 703 und 704 werden u. a. im Hinblick auf die Neuregelung des Weisungsrechts bei der institutionellen Stimmrechtsvertretung (s. Art. 689b Abs. 3 Satz 2, Art. 689e Abs. 2) geändert. Die Aktionärinnen und Aktionäre sollen ihren Willen unverfälschter als bisher in die GV einbringen können. Massgebend sollen nicht mehr die an der GV vertretenen, sondern die *abgegebenen* Aktienstimmen sein.

Artikel 703 Absatz 1 entspricht dem geltenden Artikel 700 Absatz 3 OR.

Gemäss Absatz 2 fällt die GV ihre Beschlüsse und vollzieht ihre Wahlen mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Vorbehalten bleiben höhere gesetzliche oder statutarische Quoren.

Gemäss Absatz 3 gelten Enthaltungen nicht als abgegebenen Stimmen (von dieser Vorgabe kann auch mittels Statuten nicht abgewichen werden). Enthaltungen werden sich folglich faktisch nicht mehr wie Nein-Stimmen auswirken, da sie nicht mehr zur Bemessungsgrundlage für die Beschlussfassung und die Wahlen zählen.⁴²⁵ Es werden echte Stimmenthaltungen möglich. Damit wird zudem der Einfluss der weisungslosen unabhängigen Stimmrechtsrechtsvertreterin oder des weisungslosen unabhängigen Depotstimmrechtsvertreters auf das Ergebnis der Beschlussfassung und der Wahlen beseitigt.⁴²⁶

Bereits heute sehen viele Gesellschaften in ihren Statuten als Bemessungsgrundlage die (gültig) abgegebenen Stimmen vor.⁴²⁷ Die neue Bemessungsgrundlage blieb denn auch im Ständerat bei der Detailberatung zum E 2007 unbestritten.⁴²⁸ Sie entspricht dem deutschen Aktiengesetz⁴²⁹. Zudem sieht das geltende Aktienrecht bei der Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien den nun allgemein vorgeschlagenen Abstimmungsmechanismus bezüglich der abgegebenen Stimmen bereits vor (Art. 704a OR).

Der einleitende Satz von Artikel 704 Absatz 1 wird an Artikel 703 Absatz 2 angeglichen. Auch hier wird zukünftig auf die abgegebenen Stimmen abgestellt. Der Ausdruck «absolut» wird gestrichen, da bei Abstimmungen über Sachthemen kein

⁴²⁵ S. Brigitte Tanner, Art. 703 N 88 f., in: Gauch, Peter/Schmid, Jörg (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V5b, Die Aktiengesellschaft, Die Generalversammlung, Art. 698–706b OR, Zürich 2003; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 12 N 356.

⁴²⁶ S. Ines Pöschel, Die Generalversammlung: Einberufung, Traktandierung und Durchführung, GesKR Sondernummer, Die grosse Aktienrechtsrevision, Zürich 2008, S. 125.

⁴²⁷ S. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 12 N 354 und N 389.

⁴²⁸ AB 2009 S 699 f.

⁴²⁹ § 133 des deutschen Aktiengesetzes.

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 VR sowie der Präsidentin oder des Präsidenten des VR 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 Bestimmungen des Entwurfs entsprechend ergänzt (s. 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 Partizipations scheinen in Aktien (Ziff. 6, s. Art. 704b), der Wechsel der Währung für das Aktienkapital (Ziff. 9, s. Art. 621 Abs. 3), der Beschluss über die Dekotierung der Beteiligungspapiere der Gesellschaft (Ziff. 10, s. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 8) und die Einführung einer statutarischen Schiedsklausel (Ziff. 12, s. Art. 697n).

Klargestellt wird gemäss Artikel 704 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.

Bei börsenkotierten 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.⁴³⁰

Bezüglich der passiv generellen Weisungen, die im vorliegenden Kontext von einer gewissen Bedeutung sind, wird auf die Erläuterungen zu Artikel 689c Absatz 4 verwiesen.

Art. 704b Umwandlung von Aktien in Partizipations scheine

Das geltende Recht regelt weder die Umwandlung von Aktien in Partizipations scheine noch den umgekehrten Vorgang ausdrücklich.

Die direkte Umwandlung von Aktien- in Partizipationskapital wird in der Praxis unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen.⁴³¹ Insbesondere müssen alle betroffenen Aktionärinnen und Aktionäre der Umwandlung ihrer Aktien in Partizipations scheine zustimmen, da sie dadurch ihre Mitwirkungsrechte verlieren. Die Zustimmung erfolgt entweder im Rahmen eines einstimmigen Beschlusses der GV (an der sämtliche betroffenen Aktionärinnen und Aktionäre anwesend oder rechtsgültig vertreten sind) oder mit einer schriftlichen Erklärung gegenüber der Gesellschaft. Sind nicht alle betroffenen Aktionärinnen und Aktionäre an der GV anwesend, so untersteht der Umwandlungsbeschluss der suspensiven Bedingung, dass die nicht anwesenden Aktionärinnen und Aktionäre nachträglich ihre Zustimmung erteilen.

⁴³⁰ S. den gestützt auf das alte Aktienrecht ergangenen BGE 117 II 290 E. 7.b, S. 313 ff.

⁴³¹ Praxismitteilung Eidg. Amt für das Handelsregister 1/09 vom 12. März 2009, Ziff. 10 f.

Da nach geltendem Recht keine explizite rechtliche Grundlage für die Umwandlung vorliegt, wird zudem eine statutarische Grundlage zur Möglichkeit der Umwandlung von Aktien- in Partizipationskapital verlangt.

Die Umwandlung von Aktien in Partizipationsscheine wird im neuen Artikel 704b explizit geregelt. Die Voraussetzung der statutarischen Grundlage wird nicht in den Entwurf aufgenommen, um einen administrativen Leerlauf zu vermeiden. Die Zustimmung sämtlicher betroffener Aktionärinnen und Aktionäre wird entsprechend der bisherigen Praxis übernommen. Es erfolgt der Entzug der Mitwirkungsrechte, insbesondere des Stimmrechts, 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» und «Aktie» aufgezwungen werden darf.⁴³² Im Unterschied zum Vorentwurf wird aber auf ein qualifiziertes Mehr für den Beschluss der GV verzichtet. Eine Beschlussfassung nach Artikel 703 ist ausreichend, da sämtliche betroffenen Aktionärinnen und Aktionäre der Umwandlung ihrer Aktien in Partizipationsscheine sowieso zustimmen müssen. Weitere Aktionärinnen und Aktionäre brauchen nicht zusätzlich geschützt zu werden.

Der umgekehrte Fall, d. h. die Umwandlung von Partizipationsscheinen in Aktien, hat den Ausschluss des Bezugsrechts der bisherigen Aktionärinnen und 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 der Handelsregisterbehörden.⁴³³ Auf das nach geltender Praxis weitere Erfordernis der statutarischen Grundlage wird mit dem Entwurf aus bereits erläuterten Gründen verzichtet (s. auch Art. 622 Abs. 3).

⁴³² S. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 5 N 30.

⁴³³ Praxismitteilung Eidg. Amt für das Handelsregister 1/09 vom 12. März 2009, Ziff. 11.

2.1.29 **Zusammensetzung und Organisation des VR**

Art. 705 Randtitel und Abs. 1

Absatz 1 wird vereinfacht und allgemeiner formuliert: Die GV kann alle Personen und Unternehmen abberufen, die von ihr gewählt wurden. Inhaltlich ändert sich dadurch nichts. Weiterhin kann auch der VR unter sofortiger Einberufung einer GV Bevollmächtigte und Beauftragte, die von der GV gewählt wurden, in ihrer Funktion einstellen, z. B. ein Mitglied des VR und die Präsidentin oder den Präsidenten des VR (Art. 726 OR).⁴³⁴

Art. 707 Im Allgemeinen, natürliche Personen

In Artikel 707 wird ausdrücklich festgehalten, dass ausschliesslich natürliche Personen Mitglieder des VR sein dürfen. Dies ergibt sich insbesondere aus der höchstpersönlichen Natur der Funktion als VR und entspricht der heutigen Praxis und Rechtslage (Art. 120 HRGv).⁴³⁵

Der damit verbundene Absatz 3 des geltenden Rechts wird aufgehoben, da er eine Selbstverständlichkeit enthält bzw. die Problematik «entsandter» Mitglieder des VR auch nicht löst.

Art. 710 Amtsdauer

Die Aktionärinnen und Aktionäre von Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien wählen gemäss Absatz 1 jährlich die Mitglieder des VR. Die Amtsdauer endet mit dem Abschluss der nächsten ordentlichen GV. Dadurch wird gewährleistet, dass der bisherige VR die GV noch durchführen kann. Vom einjährigen Wahlrhythmus kann nicht abgewichen werden, da sich dieser zwingend aus Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV ergibt.

Die Aktionärinnen und Aktionäre von Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, können gemäss Absatz 2 die Mitglieder des VR für eine Amtsdauer von bis zu vier Jahren wählen. Eine längere Amtsdauer ist unzulässig. Gemäss geltendem Recht ist eine Amtsdauer von drei Jahren vorgesehen, die mittels Statuten verdoppelt werden kann. Mit den vier Jahren wird ein Kompromiss vorgeschlagen, der vor Jahren bereits vorgebracht wurde; für eine sechsjährige Amtsdauer gebe es nämlich keine stichhaltigen Gründe.⁴³⁶

Der Vorentwurf sah bei allen Gesellschaften vor, dass die Mitglieder des VR hätten einzeln gewählt werden müssen. Es hätte den Aktionärinnen und Aktionären ermöglicht werden sollen, ihr Wahlrecht unverfälschter und differenzierter auszuüben. Diese Pflicht wurde in der Vernehmlassung bezüglich der Gesellschaften ohne

⁴³⁴ S. Rolf Watter, Art. 726 N 9, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

⁴³⁵ BGE 71 II 277 E. 1, S. 279; s. Martin Weber, Vertretung im Verwaltungsrat, Qualifikation – Zulässigkeit – Schranken, Zürich 1994, S. 91 ff.

⁴³⁶ S. Peter Böckli/Claire Huguenin/François Dessemontet, Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004, S. 90 und 199.

börsenkotierte Aktien kritisiert. Diese sollten nicht mit unverhältnismässigen *Corporate-Governance*-Anforderungen konfrontiert werden.⁴³⁷ In Absatz 3 wird deshalb die Einzelwahl nur noch für Gesellschaften vorgesehen, deren Aktien an einer Börse kotiert sind; dies in Umsetzung der zwingenden Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV. Die übrigen Gesellschaften können freiwillig die Einzelwahl vorsehen.

Die Wiederwahl von Mitgliedern des VR ist gemäss Absatz 4 möglich. Eine Amtsdauer- oder Altersbeschränkung ist im Aktienrecht nicht vorgesehen. Sie kann sich aber aus den Statuten ergeben.

Art. 712 Organisation, Präsident

Gemäss Absatz 1 muss die GV von Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, ein Mitglied des VR zur Präsidentin oder zum Präsidenten wählen. Die Amtsdauer endet spätestens mit dem Abschluss der nächsten ordentlichen GV. Eine längere Amtsdauer oder ein anderes Wahlprozedere würde gegen die zwingenden Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV verstossen (s. Art. 710).

Bei den übrigen Gesellschaften wählt gemäss Absatz 2 der VR eines seiner Mitglieder zur Präsidentin oder zum Präsidenten. Die Statuten können bestimmen, dass die Präsidentin oder der Präsident ebenfalls durch die GV gewählt wird.

Die Wiederwahl der Präsidentin oder des Präsidenten des VR ist gemäss Absatz 3 möglich.

Der VR kann eine Präsidentin oder einen Präsidenten, die oder der von der GV gewählt wurde, in ihrer oder seiner Funktion suspendieren (Art. 726 Abs. 2 OR; s. Art. 705).

Ist das Amt der Präsidentin oder des Präsidenten vakant, so ernennt der VR 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. Diese Regelung entspricht Artikel 4 Absatz 4 VegüV.

Zur Stärkung der organisatorischen Flexibilität werden den Gesellschaften keine Vorgaben mehr zur Vize-Präsidentin⁴³⁸ und zum Sekretär des VR gemacht. Es ist also denkbar, dass eine Gesellschaft auf die formelle Ernennung einer Sekretärin oder eines Sekretärs verzichtet. Bereits heute wird die Funktion des Sekretärs kaum mehr ins Handelsregister eingetragen.⁴³⁹ Deshalb wird Absatz 5 des Vorentwurfs gestrichen.

⁴³⁷ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 20.

⁴³⁸ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 20.

⁴³⁹ S. Florian Zihler/Samuel Krähenbühl, Zeichnungsberechtigungen und Funktionen in der handelsregisterrechtlichen Praxis, REPRAX 3/2010, S. 73 f.

Art. 713 Abs. 2 und 3

Absatz 2 hält fest, wie der VR seine Beschlüsse fällen kann. Ziel des Entwurfs ist es, ihm einen möglichst grossen Handlungsspielraum zu gewähren, den er situationsgerecht nutzen kann. Nicht alle Arten der Beschlussfassung, die in der Praxis genutzt werden,⁴⁴⁰ ergeben sich bisher aus dem Gesetzestext. Deshalb wird zur Schaffung von mehr Rechtssicherheit Absatz 2 entsprechend präzisiert.

Zulässig sind gemäss Ziffer 1 die Sitzung mit einem Tagungsort. Durch die physische Unmittelbarkeit erscheint es am wahrscheinlichsten, dass sich eine gute Diskussionskultur etablieren kann und sich die Mitglieder des VR besser kennenlernen. Zulässig sind gemäss Ziffer 2 aber auch eine Sitzung mit einem nur teilweise gemeinsamen Tagungsort oder sogar ohne gemeinsamen Tagungsort, die mit elektronischen Mitteln gemäss den Artikeln 701c–701e durchgeführt wird (z. B. Telefon- oder Videokonferenzen). Und schliesslich ist gemäss Ziffer 3 die Beschlussfassung auf schriftlichem Weg auf Papier oder in elektronischer Form zulässig (z. B. in Form eines Zirkularbeschlusses), es sei denn, ein Mitglied ist dagegen (s. Art. 701 Abs. 3). Dieses unentziehbare Recht des einzelnen Mitglieds ist dadurch begründet, dass bei der Beschlussfassung nach Ziffer 3 – im Gegensatz zu den Ziffern 1 und 2 – keine zeitgleiche Interaktion zwischen den Mitgliedern des VR stattfindet. Das geltende Recht sieht dieses Recht des Mitglieds bereits vor, indem dieses eine mündliche Beratung verlangen kann (Art. 713 Abs. 2 OR). Weitere Einzelheiten zur Beschlussfassung regelt der VR im Organisationsreglement (s. Art. 716b Abs. 2 Ziff. 1); statutarische Vorgaben bleiben wie immer vorbehalten.

Der VR hat gemäss Absatz 3 zu jeder Sitzung ein Protokoll über seine Verhandlungen und Beschlüsse zu führen. Dieses ist von der Vorsitzenden der Sitzung und vom Protokollführer zu unterzeichnen. Der VR ist gut beraten, im Protokoll die Entscheidungfindung, die ergriffenen Massnahmen bei Vorliegen von Interessenkonflikten (s. Art. 717a) sowie die Beschlüsse und Ernennungen für Dritte nachvollziehbar festzuhalten. Das Protokoll ist für den VR wichtig, um z. B. in einem Verantwortlichkeits- oder Rückerstattungsprozess nachweisen zu können, dass er einen Geschäftsentscheid unter Wahrung seiner aktienrechtlichen Sorgfaltspflichten und allenfalls weiterer rechtlich zwingender Vorgaben gefällt hat. In der Praxis hat sich deshalb zum Schutz des Geschäftsermessens eine Dreiteilung des Protokolls als zweckmässig erwiesen: Ausgangslage, Diskussion und Beschluss zu einem Verhandlungsgegenstand.⁴⁴¹

Zum elektronischen Protokoll und zur Aufbewahrung der Protokolle wird auf die Ausführungen zum Protokoll der GV verwiesen (s. Art. 702).

⁴⁴⁰ S. Rolf Watter/Sebastian Flückiger, Beschlussfassung unter abwesenden VR-Mitgliedern (inkl. durch Zirkularbeschluss), GesKR 3/2015, S. 410 ff.

⁴⁴¹ S. Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Auflage, Zürich 2014, S. 270 ff.; Lukas Handschin, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, Basel 2013, N 231; Peter Kartscher/Bruno Risi/Daniel Suter, Finanzberichterstattung, Zürich 2012, S. 5.

Art. 716a Randtitel (Betrifft nur den französischen und den italienischen Text) sowie Abs. 1 Ziff. 3 und 7–9

In Artikel 716a Absatz 1 Ziffer 3 wird ein Fremdkörper entfernt. Gemäss geltendem Recht muss der VR eine Finanzplanung nur vorsehen, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist. Diese Einschränkung ist sachlich nicht gerechtfertigt und täuschend. Die Finanzplanung ist für *jeden* VR ein unverzichtbares Instrument der Unternehmensführung. Mit ihrer Hilfe werden Kapitalbeschaffung, Mittelverwendung und Liquiditätssicherung in Übereinstimmung mit den obersten Zielen des Unternehmens zukunftsorientiert ausgestaltet.⁴⁴² Nur so wird der VR seinen Sorgfaltspflichten gerecht. 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 VR für eine Finanzplanung sorgt. Selbstverständlich darf die Finanzplanung an die wirtschaftliche Bedeutung der Gesellschaft und die Geschäftstätigkeit angepasst werden. Es wird von keinem kleinen Unternehmen 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.⁴⁴³

Die Benachrichtigung des Gerichts im Falle der Überschuldung (bisherige Ziff. 7) kann nach bisherigem Recht zur Konkursöffnung 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 (provisorische) Nachlassstundung die bisherige Funktion des Konkursaufschubs (s. vorne Ziff. 1.4.9.3). Die Einreichung eines Gesuchs um Nachlassstundung ist ein wesentliches Ereignis für die Gesellschaft und soll auch deshalb in Ziffer 8 explizit als unübertragbare Aufgabe des VR aufgeführt werden. Die neuen Sanierungsbestimmungen der Artikel 725, 725a und 725b schaffen bzw. präzisieren die Handlungspflichten des VR zur Vermeidung einer drohenden Zahlungsunfähigkeit sowie zur Behebung eines Kapitalverlusts oder einer drohenden Überschuldung. Bei diesen Handlungspflichten kann es sich einerseits um Massnahmen in der ausschliesslichen Kompetenz des VR handeln, andererseits auch um die Einberufung der GV, um dieser Massnahmen vorzuschlagen, die in deren Kompetenz fallen (z. B. eine ordentliche Kapitalerhöhung). Die vorgeschlagenen Ziffern 7 und 8 verdeutlichen die Pflicht des VR, nötigenfalls sowohl die Sanierungsinstrumente des OR als auch diejenigen des Nachlassrechts zu nutzen.

Gemäss Ziffer 9 ist der VR von Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien für die jährliche Erstellung des Vergütungsberichts zuständig (s. Art. 734 ff.). Sie entspricht Artikel 5 VegüV.

⁴⁴² S. Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Auflage, Zürich 2014, S. 261 ff.

⁴⁴³ So bereits die Botschaft Aktienrecht 1983, S. 922; s. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, Zürich 2009, § 13 N 353 f.

Art. 716b Übertragung der Geschäftsführung

Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe b BV 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 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 HRegV).⁴⁴⁴

Zulässig bleibt gemäss Absatz 1 Satz 2 die Übertragung der Vermögensverwaltung an juristische Personen. Ansonsten würden insbesondere börsenkotierte Investmentgesellschaften (Art. 2 Abs. 3 KAG) vor kaum lösbare Probleme gestellt. Die Vermögensverwaltung erfasst auch die Tätigkeit als Vermögensverwalterin oder Vermögensverwalter gemäss Artikel 18 f. KAG.

Die Überwachung der externen Vermögensverwaltung und die Fassung der zentralen Entscheide der Anlagepolitik obliegen weiterhin dem VR der übertragenden Gesellschaft (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und 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 börsenkotierten Gesellschaften.

Absatz 1 entspricht dem bereits geltenden Artikel 6 VegüV.

Absatz 2 umschreibt den Mindestinhalt des Organisationsreglements des VR. Er ist inhaltlich etwas ausführlicher und übersichtlicher strukturiert als das geltende Recht (Art. 716b Abs. 2 OR), ohne dass sich etwas Wesentliches ändert. In der Praxis enthalten die Organisationsreglemente bereits heute alle Aspekte des neuen Absatz 2.⁴⁴⁵ Es findet also keine Überreglementierung statt. Der VR kann sich zudem stets an den konkreten Anforderungen der eigenen Gesellschaft orientieren. In einfachen Verhältnissen kann als Organisationsreglement sogar ein Protokoll des VR ausreichen, da Reglement nicht in einem streng formellen Sinn zu verstehen ist.⁴⁴⁶

Im Vergleich zum Vorentwurf ist Absatz 2 vom Wortlaut her näher beim geltenden Recht und greift die Schliessung einer Lücke auf (s. Ziff. 5):

Die Organisation des VR und allfälliger Ausschüsse des VR (Ziff. 1) und die Organisation der Geschäftsführung (Ziff. 2) sind im Organisationsreglement festzuhalten. Durch Ziffer 1 wird keine zusätzliche Pflicht zur Bildung von Ausschüssen des VR eingeführt. Auch die Modalitäten der Berichtserstattung innerhalb des VR bzw.

⁴⁴⁴ S. Christian Champeaux, Art. 120 N 4 ff., in: Siffert, Rino/Turin, Nicholas (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar (HRegV), Bern 2013.

⁴⁴⁵ S. Peter Forstmoser, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich 2011, § 16 N 1 und N 15 ff.; Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Auflage, Zürich 2014, S. 72 ff.

⁴⁴⁶ S. Rolf Watter/Katja Roth Pellanda, Art. 716b N 5 und 7, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

zwischen der Geschäftsleitung und dem VR sind zu regeln (Ziff. 3). Zudem hat das Organisationsreglement – in Umsetzung von Artikel 717a – den Umgang mit den Interessenkonflikten näher zu umschreiben (Ziff. 4).

Gemäss Ziffer 5 hat das Organisationsreglement die Geschäfte zu enthalten, die im Fall der Übertragung der Geschäftsführung der Genehmigung durch den VR bedürfen. Versehentlich war diese Ziffer 5 im Vorentwurf nicht mehr enthalten, obschon eine vergleichbare Bestimmung des E 2007⁴⁴⁷ im Ständerat unbestritten blieb.⁴⁴⁸ Diese Lücke soll hiermit wieder geschlossen werden.

Soweit die Geschäftsführung nicht übertragen worden ist, wird sie gemäss Absatz 3 von allen Mitgliedern des VR gesamthaft wahrgenommen. Dies entspricht dem geltenden Recht (Art. 716b Abs. 3 OR). Nur die deutsche Version enthält eine redaktionelle Modifikation.

Der VR muss gemäss Absatz 4 jede Aktionärin und jeden Aktionär auf Wunsch schriftlich auf Papier oder in elektronischer Form über das Organisationsreglement orientieren; ein Nachweis besonderer Interessen ist dafür nicht erforderlich. Der vorliegende Informationsanspruch bezieht sich auf Tatsachen, die Teil des zwingenden Inhalts des Organisationsreglements gemäss Absatz 2 Ziffern 1–5 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 (entsprechend Art. 958e Abs. 2 OR). Das Informationsrecht der Aktionärin und des Gläubigers ist bereits im geltenden Recht enthalten (Art. 716b Abs. 2 Satz 2 OR). Neu wird jedoch präzisiert, welches der Informationsumfang ist, nämlich die Angaben gemäss Absatz 2 Ziffern 1–5. Dies schafft sowohl für die berechtigten Personen als auch für den VR Rechtssicherheit und verpflichtet den VR nicht zur Veröffentlichung heikler gesellschaftsinterner Informationen.

Art. 717a Interessenkonflikte

Die Mitglieder des VR und der Geschäftsleitung sind aufgrund ihrer arbeits-, auftrags- und aktienrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflichten bereits heute angehalten, das Auftreten von Interessenkonflikten so weit wie möglich zu vermeiden (Art. 321a, 398 Abs. 1 und 2 sowie 717 OR). Der VR kann vielen Interessenkonflikten bei der Festlegung der Organisation und der Zusammensetzung des VR und der Geschäftsleitung vorbeugen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR, s. Art. 716b).

Im Sinne einer guten *Corporate Governance* gibt der neue Artikel 717a vor, was zu geschehen hat, wenn trotzdem ein Interessenkonflikt auftritt. Obschon die Bestimmung in der Vernehmlassung relativ unbestritten blieb,⁴⁴⁹ wird sie nochmals vereinfacht. Dadurch wird dem VR in organisatorischer Hinsicht mehr Flexibilität zugestanden, u. a. auch im Hinblick auf Konzernverhältnisse.

⁴⁴⁷ Art. 716c E 2007 (Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1687); s. Peter Böckli/Claire Huguenin/François Dessemontet, Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004, S. 206 f.

⁴⁴⁸ AB 2009 S 701 (Art. 716c E 2007).

⁴⁴⁹ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 21.

Mitglieder des VR und, sofern eine Geschäftsleitung besteht, auch deren Mitglieder müssen gemäss Absatz 1 den VR über Interessenkonflikte unverzüglich und vollständig informieren. Für diese Meldepflicht ist es ohne Bedeutung, ob ein potenzieller Interessenkonflikt vorliegt oder bereits ein unauflösbarer Widerspruch entstanden ist.⁴⁵⁰ Ein Interessenkonflikt kann u. a. dadurch bestehen, dass das Organmitglied in einer engen geschäftlichen oder privaten Beziehung zu einer Dritten oder einem Dritten steht, die oder der mit der Gesellschaft geschäftliche Beziehungen knüpfen will. Aber auch ein Mangel an Zeit kann einen Interessenkonflikt begründen. So könnten sich z. B. die weiteren konzerninternen und -externen Tätigkeiten eines Mitglieds des VR – auch wenn sie den statutarischen Vorgaben gemäss Artikel 626 Absatz 2 Ziffer 1 entsprechen – als so arbeitsintensiv erweisen, dass es nicht mehr ausreichend Zeit für die sorgfältige Erfüllung seiner Aufgaben bei der eigenen Gesellschaft hat. Bei einem dauerhaften Interessenkonflikt bleibt einem Mitglied des VR oder der Geschäftsleitung letztendlich nur das Ausscheiden aus dem entsprechenden Organ übrig.

Gemäss Absatz 2 muss der VR die Massnahmen ergreifen, die zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft notwendig sind. Es wird – im Gegensatz zum E 2007⁴⁵¹ und zum Vorentwurf – auf eine zwingende Ausstandspflicht verzichtet. Oftmals ist das Wissen des sich in einem Interessenkonflikt befindenden Mitglieds des VR oder der Geschäftsleitung für die Willensbildung des Organs wichtig. Selbst der Ausschluss von der Beschlussfassung kann im konkreten Fall falsch sein, weil die betreffende Person dadurch oftmals aus ihrer Verantwortlichkeit entlassen würde. In der Praxis erfolgt in einem solchen Fall regelmässig eine zweistufige Abstimmung, zuerst im Kreis aller Mitglieder des VR und danach nochmals ohne die befangenen Mitglieder. Der Entscheid gilt nur als zustande gekommen, sofern er in beiden Zusammensetzungen angenommen wurde.⁴⁵²

Artikel 717a sieht «nur» eine Meldepflicht für die Mitglieder des VR und der Geschäftsleitung sowie eine Handlungspflicht des VR vor. Der VR hat deshalb die Einzelheiten im Organisationsreglement umzusetzen (s. Art. 716b Abs. 2 Ziff. 4). Er hat darin klare Verfahrensabläufe festzulegen, z. B. hinsichtlich der erwähnten zweistufigen Abstimmung, damit sich Interessenkonflikte nicht negativ zulasten der Gesellschaft auswirken.

Wenn Mitglieder des VR oder der Geschäftsleitung die Gesellschaft aufgrund eines fehlerhaften Umgangs mit einem Interessenkonflikt schädigen, haften sie gestützt auf Artikel 754 OR.

Art. 718 Randtitel

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

⁴⁵⁰ S. Rolf Watter/Katja Roth Pellanda, Geplante Neuerungen betreffend Organisation des Verwaltungsrates, GesKR Sondernummer, Die grosse Aktienrechtsrevision, Zürich 2008, S. 136.

⁴⁵¹ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1687 f.

⁴⁵² S. insgesamt Rolf Watter, Neuerungen im Bereich des Verwaltungsrates, in: Watter, Rolf (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Eine Standortbestimmung per Ende 2010, S. 294 f.

Art. 720

Die allgemeine Pflicht zur Eintragung der Aktiengesellschaft ins Handelsregister ergibt sich aus Artikel 640 OR. Nach Artikel 929 Absatz 1 OR bzw. Artikel 943 der Vorlage zur Modernisierung des Handelsregisters⁴⁵³ erlässt der Bundesrat Vorschriften u. a. über den Inhalt der Eintragungen. Gestützt darauf äussert sich Artikel 45 HRegV zum Inhalt des Eintrags bei einer Aktiengesellschaft. Gemäss Absatz 1 Buchstabe o sind die zur Vertretung berechtigten Personen einzutragen. Mit der Revision des Aktienrechts sollen Normen über den Inhalt der Eintragung aus dem OR gestrichen werden. Damit sollen Doppelspurigkeiten und Ungereimtheiten zwischen Gesetz und Verordnung vermieden werden (s. Art. 634 und 642). Der Bundesrat hat auch Vorschriften über die Anmeldung und die Belege zu erlassen. Die HRegV enthält entsprechend Normen über die zur Anmeldung befugten bzw. verpflichteten Personen und die Beglaubigung der Unterschriften (Art. 17 f. und 21 HRegV). Entsprechende Vorschriften werden ebenfalls aus dem OR gestrichen.

Artikel 720 OR, der sich zur Eintragung der zur Vertretung befugten Personen äussert, kann daher ersatzlos gestrichen werden. Die entsprechenden Vorschriften ergeben sich aus der HRegV.

2.1.30 Haftung für Organe

Art. 722 Randtitel

Der Randtitel wird im Deutschen richtiggestellt. Es geht nicht um die Haftung der Organe, sondern um die Haftung der Gesellschaft *für* die Organe (Art. 55 ZGB) und die zur Vertretung befugten Personen. Inhaltlich ändert sich nichts.

2.1.31 Drohende Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung

Art. 725 Drohende Zahlungsunfähigkeit

Artikel 725 befasst sich mit der drohenden Zahlungsunfähigkeit und wird den Regeln zum Kapitalverlust und zur Überschuldung vorangestellt. Die Finanzplanung gehört zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des VR (s. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3). Der neue Artikel 725 hält diesbezüglich explizite Handlungspflichten des VR fest, um die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu vermeiden.

Zahlungsunfähigkeit im Sinne von Absatz 1 liegt vor, wenn die Gesellschaft ihre fälligen Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen kann und somit weder über die Mittel verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen, noch über den erforderlichen Kredit, sich diese Mittel nötigenfalls zu beschaffen.⁴⁵⁴ Die einmalige Unmöglichkeit, frist-

⁴⁵³ Botschaft Handelsregister, S. 3652.

⁴⁵⁴ BGE 111 II 206 E. 1, S. 206 f.

gerecht zu zahlen, begründet noch keine Zahlungsunfähigkeit.⁴⁵⁵ Begründete Besorgnis der Zahlungsunfähigkeit ist namentlich gegeben, wenn sich die Hinweise darauf verdichten, dass die Zahlungsverpflichtungen in den nächsten sechs Monaten nicht erfüllt werden können, sei es als Folge einzelner Ereignisse oder aufgrund struktureller Veränderungen im unternehmerischen Umfeld. Untersteht die Gesellschaft von Gesetzes wegen der Pflicht zur ordentlichen Revision (Art. 727 OR), so beträgt der relevante Zeitraum nicht sechs, sondern zwölf Monate. Diese zwölf Monate entsprechen dem Zeitraum, der für die Annahme der Fortführung der Geschäftstätigkeit gemäss Rechnungslegungsrecht massgebend ist (Art. 958a OR). Die von dieser Frist erfassten Gesellschaften sind schon nach geltendem Artikel 961b OR zur Erstellung einer (allerdings retrospektiven) Geldflussrechnung verpflichtet. Im Vorentwurf war der Zeitraum von zwölf Monaten für alle Gesellschaften massgebend. In der Vernehmlassung wurde jedoch die Befürchtung geäussert, dass dieser Zeitraum insbesondere für KMU nicht überschaubar und daher ein differenzierterer Ansatz angebracht sei.⁴⁵⁶ Der Entwurf trägt diesen Bedenken Rechnung, obschon auch argumentiert werden kann, dass die Tatsache der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit hinsichtlich des zeitlichen Horizonts bei allen Unternehmen gleich beurteilt werden sollte (zwölf Monate, d. h. unter der Annahme der Fortführung der Geschäftstätigkeit gemäss Rechnungslegungsrecht).

Während Artikel 958a OR die Prüfung der Annahme der Fortführung der Geschäftstätigkeit anlässlich der Erstellung der Jahresrechnung erfasst (unverändert stets für einen prospektiven Zeitraum von zwölf Monaten ab Bilanzstichtag), ist die Überwachung der künftigen Zahlungsfähigkeit nach Artikel 725 eine laufende Aufgabe des VR.

Wichtige Neuerungen bestehen bei den Rechtsfolgen bzw. den ausgelösten Handlungspflichten: Es soll primär eine Pflicht des VR zur Liquiditätsplanung ausgelöst werden (Abs. 1–3).

Beim Liquiditätsplan gemäss Absatz 2 handelt es sich um eine *prospektive* Abschätzung der künftigen Zuflüsse der flüssigen Mittel im massgeblichen Zeitraum.⁴⁵⁷ Er 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. Was im ersten Augenblick kompliziert erscheint, ist für kleine Aktiengesellschaften verhältnismässig einfach zu bewerkstelligen, da überschaubare Verhältnisse vorliegen. Wichtige liquiditätswirksame Posten (z. B. Miete, Personal, Zinsen) sind klar bezifferbar; bei den Kosten, die variabler sind (z. B. Material), und den Erträgen bestehen meistens Erfahrungswerte, auf die es sich abstützen lässt.

Anders als bei der Liquiditätsplanung im revidierten Nachlassrecht ist ein konkreter Zeithorizont von sechs bzw. zwölf Monaten festgelegt. Dies schliesst aber nicht aus, dass der für die Zwecke dieses Artikels erstellte Liquiditätsplan auch zur Begrün-

⁴⁵⁵ BGE 109 III 77 E. 2, S. 78.

⁴⁵⁶ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 33; s. Peter Böckli, Liquiditätsplan – Neuer Fokus in einer Finanznotlage, SZW 5/2015, S. 499 f.

⁴⁵⁷ S. insgesamt Peter Böckli, Liquiditätsplan – Neuer Fokus in einer Finanznotlage, SZW 5/2015, S. 497 ff.

derung eines Nachlassstundungsgesuchs nach Artikel 293 SchKG verwendet werden kann.

Der Liquiditätsplan ist gemäss Absatz 1 in eine Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft (Art. 958 OR) einzubetten. Die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft soll primär klären, ob zugleich eine begründete Besorgnis der Überschuldung im Sinne von Artikel 725b besteht.

Der Liquiditätsplan kann gemäss Absatz 2 die vom VR in Ausübung der eigenen Kompetenzen (Art. 716 Abs. 1 OR) geplanten Sanierungsmassnahmen und deren zu erwartende Auswirkungen berücksichtigen. Damit ist implizit die Erwartung verbunden, dass der VR 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 sich aus dem Liquiditätsplan – unter Berücksichtigung geplanter Massnahmen des VR und solcher, welchen die GV bereits zugestimmt hat –, dass gleichwohl Zahlungsunfähigkeit droht, so muss der VR gemäss Absatz 3 weitere Massnahmen ergreifen. Damit sind insbesondere solche gemeint, die den Einbezug der GV voraussetzen, um z. B. einen Kapitalschnitt oder eine Kapitalerhöhung durchzuführen. Zudem kann sich die Einleitung eines Nachlassverfahrens nach Artikel 293 SchKG aufdrängen.

Die Missachtung der Handlungspflichten durch den VR kann dessen Verantwortlichkeit nach Artikel 754 OR und im Falle eines späteren Konkurses nach den Artikeln 756 f. OR begründen.

Der Entwurf unterscheidet sich bezüglich der Rechtsfolgen in einigen Punkten vom Vorentwurf. Dieser sah eine zwingende Plausibilitätsprüfung des Liquiditätsplans durch eine zugelassene Revisorin oder einen zugelassenen Revisor vor (Art. 725 Abs. 3 VE OR). Diese Prüfungspflicht wurde in der Vernehmlassung kritisiert. Zum einen wurde deren KMU-Tauglichkeit bezweifelt, da sie auch kleinen Unternehmen zu einem finanziell kritischen Zeitpunkt zusätzliche Kosten auferlegt hätte. Zum anderen wurde kritisiert, der Prüfungsmassstab erweise sich als zu unbestimmt, was angesichts drohender Verantwortlichkeitsklagen Revisorinnen und Revisoren davon abhalten könnte, solche Prüfaufträge überhaupt anzunehmen.⁴⁵⁸ Auch bräuchten die Suche nach einer zugelassenen Revisorin oder einem zugelassenen Revisor und das Einpendeln des Prüfablaufs bereits einige Zeit (dies insbesondere bei all den Unternehmen, die auf die eingeschränkte Revision der Jahresrechnung verzichtet haben, Art. 727a OR).⁴⁵⁹ Die Streichung der Prüfungspflicht berücksichtigt diese Kritik.

Auf die zwingende Einberufung der GV (Art. 725 Abs. 4 VE OR) wird im Entwurf ebenfalls verzichtet. In der Vernehmlassung wurde diese Pflicht wegen ihrer Kosten-, Zeit- und Publizitätsfolgen als oftmals wirkungslos oder sogar kontraproduktiv abgelehnt.⁴⁶⁰ Stattdessen soll es im pflichtgemässen Ermessen des VR liegen, wie er die Aktionärinnen und Aktionäre miteinbezieht. Faktisch ergibt sich die Einberu-

⁴⁵⁸ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 33.

⁴⁵⁹ S. Peter Böckli, Liquiditätsplan – Neuer Fokus in einer Finanznotlage, SZW 5/2015, S. 502.

⁴⁶⁰ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 33.

fungspflicht weiterhin, wenn die Massnahmen des VR nicht ausreichen, die er in Eigenkompetenz treffen kann, um die drohende Zahlungsunfähigkeit abzuwenden. Reichen die aktienrechtlichen Sanierungsmassnahmen nicht aus, so muss der VR ein Gesuch um Nachlassstundung einreichen, wofür im Übrigen ebenfalls eine Liquiditätsplanung gefordert wird (Art. 293 Bst. a SchKG). Ist die GV nicht in die Sanierungsmassnahmen einbezogen worden, so ist sie spätestens im Rahmen der Jahresrechnung über die Sanierungsmassnahmen zu orientieren (Art. 959a Abs. 3, 959b Abs. 5 und 959c OR).

Sanierungsmassnahmen sind zeitkritisch und die Akteurinnen und Akteure müssen schnell handeln. Aufgrund unterschiedlichster Sachverhalte (Grösse des Unternehmens, Branche, Zugehörigkeit zu einem Konzern, Komplexität der zu ergreifenden Massnahmen etc.) wird darauf verzichtet, fixe Fristen für die Einhaltung der Handlungspflichten des VR vorzuschreiben. Stattdessen wird gemäss Absatz 4 die Pflicht für den VR statuiert, «mit der gebotenen Eile» zu handeln. Dabei kann an die vom Bundesgericht zum Konkursaufschub entwickelte Praxis angeknüpft werden, wonach dem VR 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 VR hat wie bisher unverzüglich zu handeln. Der in Absatz 4 statuierten Pflicht kommt im Falle einer späteren Überschuldung (s. Art. 725b) eine besondere Bedeutung zu, da deren Missachtung gegebenenfalls eine Verantwortlichkeit des VR begründen kann.

Art. 725a Kapitalverlust

Beim Kapitalverlust, einem kapitalbezogenen Warnindikator, wird grundsätzlich an das geltende Recht angeknüpft. Er ist wie bis anhin aufgrund der ordnungsgemäss erstellten Bilanz festzustellen (Grundsätze ordnungsgemässer Rechnungslegung, Vorgaben an Mindestgliederung und Bewertung, Art. 958a ff. OR).⁴⁶¹ Der bisher massgebliche hälftige Kapitalverlust (Art. 725 Abs. 1 OR) wird aber durch den Verlust von einem Drittel des nominellen Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven ersetzt. Er setzt somit etwas früher ein als unter bisherigem Recht. Diese Änderung mag gering erscheinen. Sie wird jedoch die Wachsamkeit des VR erhöhen, da dieser in einer beginnenden Krise den Blick früher auf das Eigenkapital und dessen Schwund richten wird.⁴⁶² Der Gesetzestext verweist auf die gesetzlichen

⁴⁶¹ S. insgesamt Hanspeter Wüstiner, Art. 725 N 22; in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 13 N 719 ff. und N 735.

⁴⁶² S. Peter Böckli, Liquiditätsplan – Neuer Fokus in einer Finanznotlage, SZW 5/2015, S. 496.

Kapital- und Gewinnreserven (s. Art. 671 f.). Erfasst werden dabei wie bisher die nicht ausschüttbaren Teile dieser Reserven.⁴⁶³

Die im Vorentwurf neu vorgesehenen Indikatoren der raschen Verringerung des Eigenkapitals infolge eines hohen Jahresverlusts und der drei aufeinanderfolgenden Jahresverluste sind als Folge der deutlichen Kritik in der Vernehmlassung im Entwurf nicht mehr enthalten (s. Ziff. 1.4.9.1).

Der Kapitalverlust löst gemäss den Absätzen 1 und 2 verschiedene Rechtsfolgen aus. Es wird die Pflicht des VR zur Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft statuiert. Der VR soll gestützt auf aktuelle Informationen beurteilen können, welche Massnahmen zur Beseitigung des Kapitalverlusts geeignet und vorhanden sind und ob neben dem Kapitalverlust auch eine begründete Besorgnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit besteht (s. Art. 725) oder eine Überschuldung droht (s. Art. 725b). Es wird nicht die Erstellung eines formellen Lageberichts (Art. 961c OR) verlangt (dieser würde auch nicht alle benötigten Informationen enthalten). Zum Teil wurde jedoch der Vorentwurf entsprechend verstanden, da der Gesetzestext die «umfassende» Beurteilung der wirtschaftlichen Lage vorschrieb (Art. 725a Abs. 1 i. V. m. Art. 725 Abs. 1 VE OR). Mit dem Verzicht auf «umfassend» wird allfälligen Missverständnissen vorgebeugt, die Flexibilität der Unternehmen gestärkt und der KMU-Verträglichkeit Rechnung getragen. Ergibt die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage, dass eine begründete Besorgnis einer Zahlungsunfähigkeit nach Artikel 725 vorliegt, so greifen auch die dort vorgesehenen Handlungspflichten des VR. Ergibt sich, dass sogar eine Überschuldung droht oder eingetreten ist, so gelangen die Rechtsfolgen von Artikel 725b zur Anwendung.

Der Vorentwurf sah als Rechtsfolge des Kapitalverlusts in jedem Falle eine Pflicht zur Erstellung eines Liquiditätsplans vor. In der Vernehmlassung wurde diese unbedingte Verknüpfung kritisiert. Bilanzprobleme sollten nicht mit Liquiditätsproblemen gleichgestellt werden.⁴⁶⁴ Gemäss vorliegendem Entwurf drängt sich der Liquiditätsplan nur auf, wenn die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage durch den VR ergibt, dass der Kapitalverlust mit einer begründeten Besorgnis einer drohenden Zahlungsunfähigkeit einhergeht.

Die neue vom Kapitalverlust ausgelöste Rechtsfolge ist gemäss Absatz 2, wie schon im Vorentwurf, die Pflicht für Gesellschaften ohne Revisionsstelle, 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 VR dargestellt wird, was in der Praxis nicht selten der Fall sein wird.

Absatz 3 stellt klar, dass die Einreichung eines Nachlassgesuchs (unter Beilage der in Art. 293a Abs. 1 Bst. a SchKG vorgesehenen Unterlagen) den VR von der Prüfung der Jahresrechnung entbindet.

⁴⁶³ S. insgesamt Eric Homburger, Art. 725 N 1204 ff., in: Gauch, Peter/Schmid, Jörg (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V5b, Die Aktiengesellschaft, Der Verwaltungsrat, Art. 707–726 OR, Zürich 1997; Hanspeter Wüstiner, Art. 725 N 18; in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012. Hinsichtlich des (un)gesperrten Agios: BGE 140 III 533 E. 6.2, S. 547 f.

⁴⁶⁴ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 33.

Absatz 4 erinnert an die Verpflichtung aller Beteiligten (VR sowie zugelassene Revisorin oder zugelassener Revisor bzw. Revisionsstelle), mit der gebotenen Eile zu handeln (s. Art. 725 Abs. 4 und 725b Abs. 6).

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 Überschuldung und knüpft weitgehend an den bisherigen Artikel 725 OR an. Die vorgeschlagenen Anpassungen, allen voran die Festlegung einer Frist (samt zusätzlicher Bedingungen) für die Einreichung der Überschuldungsanzeige wurden überwiegend begrüsst. Mit einer Klarstellung zum fristauslösenden Moment wurde einem wichtigen Kritikpunkt der Vernehmlassung⁴⁶⁵ Rechnung getragen.

Regelmässig werden den Fällen von Artikel 725b ein Zustand und ein Verfahren nach Artikel 725 oder 725a vorzugehen. Dies ist aber nicht 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 grundsätzlich unabhängig voneinander bestehen. Wo Artikel 725b greift, treten aber öfters dessen Rechtsfolgen und Handlungspflichten sowohl an die Stelle derjenigen nach Artikel 725 als auch derjenigen nach Artikel 725a. Es kann jedoch für den VR angezeigt sein, gleichwohl eine Liquiditätsplanung vorzunehmen, etwa im Hinblick auf ein Gesuch um Nachlassstundung (Art. 293 Bst. a SchKG).

Absatz 1 entspricht im Wesentlichen dem geltenden Artikel 725 Absatz 2 OR. Der zweite Satz stellt klar, dass auf den Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten verzichtet werden kann, wenn die Annahme der Fortführung gegeben ist und der Zwischenabschluss zu Fortführungswerten keine Überschuldung aufweist. Diese Präzisierung wurde in der Vernehmlassung gewünscht.⁴⁶⁶ Der dritte Satz beinhaltet den Sonderfall, in welchem nur ein Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten relevant ist (Art. 958a Abs. 2 OR). Wird nachfolgend Bezug auf «Zwischenabschlüsse» genommen, so ist in diesen beiden Fällen nur der entsprechende Zwischenabschluss gemeint.

Gemäss Absatz 2 muss der VR die Zwischenabschlüsse durch eine zugelassene Revisorin oder einen zugelassenen Revisor bzw. durch die Revisionsstelle prüfen lassen. Auch diese Prüfpflicht ist bereits im geltenden Recht enthalten.

Für die Pflicht zur Anzeige an das Gericht ist gemäss Absatz 3 einzig die Überschuldung ausschlaggebend. Die Anrufung des Gerichts kann in einem Begehren um provisorische Nachlassstundung oder um die Eröffnung des Konkurses bestehen.

⁴⁶⁵ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 34.

⁴⁶⁶ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 34.

Die (drohende) 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 E 2007 vorgeschlagenen Neuerungen bzw. Präzisierungen (Erfordernis der Stundung des Zinslaufs, mit zeitlicher Präzisierung), besteht gemäss Absatz 4 Ziffer 1 weiterhin und erlaubt es, von einer Benachrichtigung des Gerichts abzusehen. Solche nachrangigen Verpflichtungen sind als Anwendungsfälle der Artikel 959a Absatz 3 und 959c Absatz 1 Ziffer 2 OR in der Bilanz oder im Anhang gesondert aufzuführen. Der Entwurf will zudem das Haftungsrisiko des VR bezüglich der Rangrücktritte reduzieren und somit diese Massnahme erleichtern (s. Art. 757).

Absatz 4 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;⁴⁶⁷ 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. Wo beide Zwischenabschlüsse erstellt werden müssen, darf sich die Überschuldung weder zu Fortführungs- noch zu Liquidationswerten wesentlich vergrössern.⁴⁶⁸ Allerdings soll das Unternehmen im Zustand der Überschuldung selbst bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen nicht zeitlich unbegrenzt am Rechtsverkehr teilnehmen dürfen. Deshalb wird eine zeitliche Grenze von 90 Tagen festgelegt. Erstmals wird somit eine genaue Höchstgrenze festgelegt; das Bundesgericht hat dies bisher nicht getan.⁴⁶⁹ Ziel ist es, mehr Rechtssicherheit zu schaffen.

Neu wird – einem Wunsch aus der Vernehmlassung entsprechend – klargestellt, dass diese Frist mit dem Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse zu laufen beginnt.⁴⁷⁰ Der möglichen Versuchung, mit einer Verzögerung des Prüfberichts die Fristauslösung zu verzögern, steht die Verpflichtung gemäss Absatz 6 entgegen, mit der gebotenen Eile zu handeln; diese Pflicht erfasst auch die zugelassene Revisorin oder den zugelassenen Revisor bzw. die Revisionsstelle.

Wenn es sich abzeichnet, dass auch die 90 Tage nicht ausreichend sind, oder wenn sich die Überschuldung wesentlich erhöht, darf von der Überschuldungsanzeige nicht mehr abgesehen werden. Allenfalls kann eine (provisorische) Nachlassstundung beantragt werden, um die vorgesehene Sanierung fortzusetzen und zum Abschluss zu bringen.

⁴⁶⁷ BGE 116 II 533 E. 5.a, S. 540 f.; BGE 132 III 564 E. 5.1; S. 572 f.; Urteil 4C.366/2000 des Bundesgerichts vom 19. Juni 2001, E. 4b.

⁴⁶⁸ S. Hanspeter Wüstiner, Art. 725 N 48; in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

⁴⁶⁹ S. Reto Eberle/Daniel Lengauer, Art. 728c N 155 f., in: Handschin, Lukas (Hrsg.), Die Aktiengesellschaft, Die Revisionsstelle, Art. 727–731a OR, Zürich 2016.

⁴⁷⁰ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 34.

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 VR sowie die zugelassene Revisorin oder der zugelassene Revisor bzw. die Revisionsstelle gemäss Absatz 6 mit der gebotenen Eile zu handeln.

Wo Artikel 725*b* 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, so ist ein Gesuch um (provisorische) Nachlassstundung angebracht. Ist die Überschuldungsanzeige bereits eingereicht, kann in solchen Konstellationen auch Artikel 173*a* E SchKG zur Anwendung kommen.

Art. 725c Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen

Artikel 725*c* behält in den Absätzen 1 und 2 den Regelungsgehalt der Artikel 670 und 671*b* OR bei. Zur Behebung eines Kapitalverlusts oder einer Überschuldung dürfen also weiterhin Grundstücke oder Beteiligungen unter bestimmten Voraussetzungen aufgewertet werden. Auf die im E 2007 noch vorgesehene Aufhebung dieser bilanzmässigen Sanierungsmassnahme⁴⁷¹ wird verzichtet, da berechtigte Gründe gegen die Aufhebung vorgebracht wurden.⁴⁷²

Artikel 725*c* könnte auch im Rechnungslegungsrecht verankert werden.⁴⁷³ Aufgrund des engen Bezugs zu den Artikeln 725, 725*a* und 725*b*, d. h. zur Sanierung im OR, und der bisherigen Platzierung der Bestimmung im Aktienrecht wird die Aufwertungsmöglichkeit jedoch in Artikel 725*c* belassen.

Die Aufwertung ist gemäss Absatz 2 nur zulässig, wenn eine zugelassene Revisorin oder ein zugelassener Revisor bzw. die Revisionsstelle zuhanden des VR bestätigt, dass die gesetzlichen Bestimmungen (z. B. das Vorliegen eines Kapitalverlusts) eingehalten sind. Der VR legt der GV die Aufwertung und das Ergebnis der Prüfung spätestens bei der Abnahme der Jahresrechnung offen (Art. 959*c* Abs. 1 Ziff. 2 OR).

Der Aufwertungsbetrag ist zudem unter der gesetzlichen Gewinnreserve (Art. 959*a* Abs. 2 Ziff. 3 Bst. c OR) gesondert als Aufwertungsreserve auszuweisen.

Die Bestimmung kommt sowohl im Falle der Überschuldung (s. Art. 725*b*) als auch beim Kapitalverlust (s. Art. 725*a*) zum Tragen.

⁴⁷¹ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1658 und 1660.

⁴⁷² S. Lukas Handschin, Rechnungslegung im Gesellschaftsrechts, Basel 2013, N 662 ff.

⁴⁷³ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 33.

Die Aufwertungsreserve darf gemäss Absatz 3 wie im geltenden Recht nur unter bestimmten Umständen aufgelöst werden. Die Umwandlung in Aktienkapital umfasst dabei auch die Umwandlung in Partizipationskapital. Dies wird neu explizit festgehalten.

Art. 726 Randtitel

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

2.1.32 Aufgaben und Organisation der Revisionsstelle

Art. 727 Abs. 1 Ziff. 1 Bst. c sowie Ziff. 3 und Abs. 1^{bis}

Die Änderungen von Absatz 1 Ziffer 1 Buchstabe c und Ziffer 3 betreffen nur den französischen Text.

Das Nennwertkapital von Aktiengesellschaften und GmbH darf gemäss Entwurf auch auf eine ausländische Währung lauten (s. Art. 621 und 773). Deshalb muss Artikel 727 um einen Absatz 1^{bis} erweitert werden, der den anzuwendenden Umrechnungsmechanismus festlegt.

Art. 727a Abs. 2

Es wird in Absatz 2 festgehalten, dass die Aktionärinnen und Aktionäre einer Gesellschaft, deren Statuten ein Kapitalband (s. Art. 653s) mit der Möglichkeit zu einer Kapitalherabsetzung oder die Möglichkeit zur Ausschüttung von Zwischendividenden (s. Art. 675a) enthält, nicht auf die eingeschränkte Revision der Jahresrechnung verzichten können. In beiden Fällen ist der Gläubigerschutz systemimmanent eingeschränkter als bei einer ordentlichen Kapitalherabsetzung bzw. bei der Ausschüttung einer ordentlichen Dividende. Der Gläubigerschutz bei einer Kapitalherabsetzung im Rahmen eines Kapitalbands ist zeitlich weniger aktuell (s. Art. 653w Abs. 1 Ziff. 2) und unterliegt nicht denselben strengen Vorschriften wie eine ordentliche Kapitalherabsetzung (s. Art. 653w Abs. 2). Bei der Zwischendividende erfolgt die Ausschüttung nicht gestützt auf die von der GV genehmigte Jahresrechnung, sondern gestützt auf einen Zwischenabschluss, der Vereinfachungen und Verkürzungen enthalten kann (s. Art. 960f). Es besteht deshalb die Gefahr, dass der Gesellschaft – bewusst oder unbewusst – flüssige Mittel entzogen werden, die später für die Erfüllung ihrer Verpflichtungen benötigt würden. Die eingeschränkte Revision der Jahresrechnung verbessert in beiden Fällen den Gläubigerschutz. Der VR verfügt zudem über zuverlässigere Unterlagen für seine Beschlüsse.

Art. 728 Abs. 6

Die Möglichkeit zur Kontrolle reicht aus, um den Anschein der fehlenden Unabhängigkeit der Revisionsstelle (Art. 728 Abs. 1 OR) zu erwecken.⁴⁷⁴ Der Wortlaut von Artikel 728 Absatz 6 wird deshalb an die neuen Bestimmungen zur Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung angepasst (Art. 963 Abs. 1 und 2 OR). Es wird vom Leitungs- zum Kontrollprinzip gewechselt.⁴⁷⁵ Zudem wird somit auch innerhalb von Artikel 728 Kohärenz geschaffen und die bestehende Praxis aufgegriffen.

Art. 728a Abs. 1 Ziff. 1 und 4

Im geltenden Recht müssen die Vergütungen im Anhang zur Bilanz oder zur Jahresrechnung offengelegt 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 offengelegten Vergütungen auf ihre Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften, den Statuten und dem gewählten Regelwerk (Art. 728a Abs. 1 Ziff. 1 OR).⁴⁷⁶

Mit den Artikeln 734 ff. werden die Informationen zu den Vergütungen vom Anhang zur Jahresrechnung in den Vergütungsbericht verschoben (so bereits Art. 13 ff. VegüV). 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 von Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, 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 Artikel 17 VegüV nichts.⁴⁷⁷ Die Revisionsstelle hat den Vergütungsbericht auf seine Vollständigkeit und die darin enthaltenen quantitativen Informationen (s. Art. 734) auf ihre Richtigkeit zu überprüfen.

Bei unzutreffenden Angaben über die Vergütungen an die Mitglieder des VR, 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.⁴⁷⁸

⁴⁷⁴ S. Manus Widmer/Reto Sanwald, § 13 N 158, in: von Büren, Roland/Chappuis, Christine/Girsberger, Daniel/Kramer, Ernst A./Sutter-Somm, Thomas/Hofer, Sibylle/Wiegand, Wolfgang/Wolf, Stephan, Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/10, Basel 2014; Stephan Dekker, Art. 728 N 39 ff., in: Wibmer, Jeannette K. (Hrsg.) Aktienrecht Kommentar, Zürich 2016.

⁴⁷⁵ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1723.

⁴⁷⁶ S. Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band 1, Zürich 2009, S. 292 f.; Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Buchführung und Rechnungslegung», Zürich 2014, S. 88.

⁴⁷⁷ S. Bericht VegüV, S. 9.

⁴⁷⁸ 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.

Art. 729 Randtitel

Der Randtitel von Artikel 729 OR beinhaltet den Begriff «Review», der im Rahmen des seit dem 1. Januar 2008 geltenden Revisionsrechts eingeführt worden ist.⁴⁷⁹ Dieser Begriff ist irreführend, da er in der Praxis nicht die eingeschränkte Revision der Jahresrechnung, sondern die weniger umfassende prüferische Durchsicht von Abschlüssen und anderen Sachverhalten, z. B. Budgets, umschreibt.⁴⁸⁰ Um Missverständnissen vorzubeugen, wird der Begriff «Review» aus dem Randtitel gestrichen. Materiell werden Artikel 729 bzw. die Anforderungen an die eingeschränkte Revision (Art. 729a ff. OR) dadurch nicht geändert.

Art. 730a Abs. 4

Nach geltendem Recht kann die GV die Revisionsstelle jederzeit und mit sofortiger Wirkung vor Ablauf der Wahlperiode abberufen (Art. 730a Abs. 4 und auch Art. 404 OR). Es wird deutlich kritisiert, dass der Rücktritt der Revisionsstelle nur mit Begründung (Art. 730a Abs. 3 OR), die Abberufung hingegen ohne jede Begründung geschehen kann.⁴⁸¹

Diese Rechtslage ist für Mehrheitsaktionärinnen und -aktionäre unproblematisch, da sie im Rahmen der GV der Abberufung zustimmen müssen. Hinsichtlich der Minderheitsaktionärinnen und -aktionäre und weiterer Personenkreise, die sich auf die Revisionsstelle verlassen, ist dies jedoch nachteilig. Mehrheitsaktionärinnen und -aktionäre – u. U. verfügt bereits eine Person über die Stimmenmehrheit – können insbesondere bei einer begründeten Besorgnis einer Überschuldung (s. Art. 725b) eine unbequeme Revisionsstelle an einer ausserordentlichen GV rasch loswerden oder sie zumindest durch die Drohung einer Abberufung gefügiger machen. Gemäss Absatz 4 soll neu zur Stärkung der Stellung der Revisionsstelle im Gefüge der aktienrechtlichen *Corporate Governance* die Abberufung der Revisionsstelle nur noch aus wichtigen Gründen möglich sein. Diese Regelung kennt auch die EU,⁴⁸² sie entspricht zudem der Stossrichtung der Motion Barthassat vom 29. September 2011 betreffend «Artikel 404 OR. Anpassung an die Erfordernisse des 21. Jahrhunderts»⁴⁸³.

⁴⁷⁹ Botschaft Revisionsrecht, S. 3994.

⁴⁸⁰ S. Reto Eberle/Daniel Lengauer, vor Art. 727-731a, N 85, in: Handschin, Lukas (Hrsg.), Die Aktiengesellschaft, Die Revisionsstelle, Art. 727–731a OR, Zürich 2016; Martin Hürzeler, § 7 N 103, in: von Büren, Roland/Chappuis, Christine/Girsberger, Daniel/Kramer, Ernst A./Sutter-Somm, Thomas/Hofer, Sibylle/Wiegand, Wolfgang/Wolf, Stephan, Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/10, Basel 2014; Peter Böckli, Revisionsstelle und Abschlussprüfung nach neuen Recht, Zürich 2007, N 456.

⁴⁸¹ S. Daniel Christian Pfiffner, Revisionsstelle und Corporate Governance, Zürich 2008, N 2027; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 15 N 651; Reto Sanwald/Sabine D'Amelio Favez, § 15 N 29, in: von Büren, Roland/Chappuis, Christine/Girsberger, Daniel/Kramer, Ernst A./Sutter-Somm, Thomas/Hofer, Sibylle/Wiegand, Wolfgang/Wolf, Stephan, Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/10, Basel 2014.

⁴⁸² Art. 38 Abs. 1 der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates, ABl. L 157 vom 9. Juni 2006, S. 87 ff.

⁴⁸³ 11.3909.

Die Gründe für die Abberufung müssen zudem im Anhang zur Jahresrechnung offengelegt werden (s. Art. 959c Abs. 2 Ziff. 14).

2.1.33 Vergütungen bei börsenkotierten Gesellschaften

Bisher war im vierten Abschnitt die Herabsetzung des Aktienkapitals geregelt (Art. 732–735 OR). Neu wird sie in den Artikeln 653j ff. normiert. Diese Umplazierung ermöglicht es, im vierten Abschnitt neu die umfassenden Bestimmungen zu den Vergütungen bei börsenkotierten Gesellschaften vorzusehen. Die meisten Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 BV werden im vorliegenden Abschnitt umgesetzt. Die Grundlage bildet die VegüV,⁴⁸⁴ die seit dem 1. Januar 2014 in Kraft ist (s. Ziff. 1.1.8).

In der Vernehmlassung wurden die Bestimmungen, die inhaltlich über die VegüV hinausgingen, deutlich abgelehnt.⁴⁸⁵ Der vorliegende Entwurf enthält deshalb entsprechend dem Beschluss des Bundesrats vom 4. Dezember 2015 eine der VegüV nahe Umsetzung der Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 BV (s. Ziffer 1.3.6). Die gesellschaftsrechtlichen Aspekte der VegüV gelten denn auch in der Praxis als verfassungskonforme Umsetzung der Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 BV.⁴⁸⁶

Art. 732 Geltungsbereich

Artikel 732 regelt den Geltungsbereich der Vorschriften zu den Vergütungen. 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. Ohne Bedeutung ist es auch, ob die Aktien als Bucheffekten gemäss BEG ausgestaltet sind.

Zur Vermeidung von Unklarheiten gilt es festzuhalten, dass die Artikel 732 ff. auf privatrechtliche Gesellschaften gemäss Artikel 620 ff. OR Anwendung finden. Keine Anwendung finden sie also auf Gesellschaften nach Artikel 763 OR (Gesellschaften und Anstalten, die durch besondere kantonale Gesetze gegründet worden sind und unter Mitwirkung öffentlicher Behörden verwaltet werden).

Bei spezialgesetzlichen börsenkotierten Aktiengesellschaften ist eine differenziertere Betrachtungsweise notwendig: Nicht in den Anwendungsbereich fallen Aktiengesellschaften, bei denen die wesentlichsten Elemente der Organisation durch das Spezialrecht geregelt werden (z. B. mit dem NBG bei der Schweizerischen Nationalbank). Enthält das Spezialrecht hingegen mehr oder weniger nur einen Verweis auf die Artikel 620 ff. OR (z. B. mit dem TUG beim Telekommunikationsunternehmen des Bundes, der Swisscom AG), so sind auch die Bestimmungen zu den Vergütungen anwendbar.

⁴⁸⁴ Bericht VgdA; Bericht VegüV.

⁴⁸⁵ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 21 f.

⁴⁸⁶ S. bereits die Übersicht in der NZZ vom 10. Dezember 2013 («Aufgeblasene Mängelliste zu den neuen «Minder»-Regeln»).

Nicht in den Geltungsbereich fallen Gesellschaften, die ausschliesslich Partizipations-scheine (Art. 656a ff. OR) kotiert haben. Dies entspricht Artikel 95 Absatz 3 BV, der zwar von «kотиerten Schweizer Aktiengesellschaften» spricht, jedoch primär die Rechte der Aktionärinnen und Aktionäre stärken will.⁴⁸⁷ 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 Absätze 1 und 2 OR den Partizipantinnen und Partizipanten ein oder mehrere mit dem Stimmrecht zusammenhängende Rechte zugestehen.

Aufgrund des Inkorporationsprinzips fallen sodann sämtliche ausländischen Gesellschaften nicht in den Anwendungsbereich der Artikel 732 ff. (z. B. eine japanische Aktiengesellschaft mit Sitz in Tokio, deren Aktien an einer Schweizer Börse kotiert sind).

In der Schweiz gilt als Börse eine Einrichtung zum multilateralen Handel von Effekten, an der Effekten kotiert werden und die den gleichzeitigen Austausch von Angeboten unter mehreren Teilnehmerinnen und Teilnehmern sowie den Vertragsabschluss nach nicht diskretionären Regeln bezweckt (Art. 26 Bst. b FinfraG).⁴⁸⁸ 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 26 Buchstabe b FinfraG entsprechen, rechtfertigen die Auferlegung der Pflichten, die sich aus dem vierten Abschnitt ergeben.⁴⁸⁹ Ansonsten bestünde die Gefahr, dass der ausländische Gesetzgeber oder sogar Private den Geltungsbereich der Artikel 732 ff. direkt beeinflussen könnten.

Nach Artikel 2 Buchstabe f FinfraG gilt als Kotierung die Zulassung einer Effekte zum Handel an einer Börse nach einem standardisierten Verfahren, in dem von der Börse festgelegte Anforderungen an Emittentinnen und Emittenten und an die Effekte geprüft werden. Es ist irrelevant, ob die Effekten an der Haupt- oder Nebenbörse bzw. im Haupt- oder Nebensegment kotiert sind. 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 mit entsprechender statutarischer Grundlage der VR verpflichtet werden, einen Vergütungsbericht zu erstellen, und der GV die Kompetenz erteilt werden, über die Vergütungen abzustimmen.

⁴⁸⁷ S. insgesamt Hans-Ueli Vogt, Art. 1 N 19, in: Gerhard, Frank/Maizar, Karim/Spillmann, Till/Wolf, Matthias (Hrsg.), Vergütungsrecht der Schweizer Publikumsgesellschaften, Zürich 2014.

⁴⁸⁸ Botschaft FinfraG, S. 7530.

⁴⁸⁹ S. Rolf Watter/Karim Maizar, Art. 727 N 9, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

Art. 733 Vergütungsausschuss

Gemäss Absatz 1 weist jede Gesellschaft mit börsenkotierten Aktien einen Vergütungsausschuss des VR aus. Ein Ausschuss ist «eine für besondere Aufgaben aus einer grösseren Gemeinschaft ausgewählte Personengruppe»⁴⁹⁰. Deshalb dürfen nicht sämtliche Mitglieder des VR gleichzeitig den Vergütungsausschuss bilden. Zweck der Ausschussbildung ist die Steigerung der Effizienz der Verwaltungsratsarbeit. Durch einen Vergütungsausschuss mit allen Mitgliedern des VR dürfte dieser Zweck vereitelt werden.⁴⁹¹ Ebenso wenig kann eine einzelne Person einen Ausschuss bilden. Auch wenn der Vergütungsausschuss idealerweise aus drei und maximal aus sechs Mitgliedern besteht,⁴⁹² ist es allerdings bei kleinen VR möglich, dass der Ausschuss aus nur zwei Mitgliedern gebildet wird.⁴⁹³ Die GV kann nur Mitglieder des VR 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 Bedürfnissen 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* von Economiesuisse. Dieser empfiehlt, dass alle Mitglieder des Vergütungsausschusses unabhängig sein sollten.⁴⁹⁴ 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 VR gemäss Absatz 4 diesen Mangel in der Organisation des Vergütungsausschusses ohne Mitwirkung der GV beheben. Vorbehalten bleiben anders lautende Statutenbestimmungen. Selbstverständlich hat der VR die gesetzlichen und statutarischen Wählbarkeitsvoraussetzungen (Mitgliedschaft im VR, allfällige Vorgaben an die Unabhängigkeit etc.) auch in solchen Fällen zu beachten.

Die Mitglieder des Vergütungsausschusses verfügen über alle Rechte, die ihnen auch als gewöhnliche Mitglieder des VR zustehen, z. B. die Auskunfts- und Einsichtsrechte (Art. 715a OR). Soweit es für die Erfüllung ihrer Aufgaben notwendig ist, hat jedes Mitglied des Vergütungsausschusses das Recht, dass ihm Akten (z. B.

⁴⁹⁰ S. Duden, Deutsches Universalwörterbuch, Mannheim 2003.

⁴⁹¹ S. Christian Hochstrasser, Die Rolle de Vergütungsausschusses nach der Umsetzung der Minder-Initiative, Zürich 2016, § 5 N 303.

⁴⁹² S. insgesamt Christian Hochstrasser, Die Rolle de Vergütungsausschusses nach der Umsetzung der Minder-Initiative, Zürich 2016, § 5 N 302.

⁴⁹³ S. insgesamt Christian Hochstrasser, Die Rolle de Vergütungsausschusses nach der Umsetzung der Minder-Initiative, Zürich 2016, § 5 N 303.

⁴⁹⁴ S. Economiesuisse, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Zürich 2014, N 32.

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 (s. Art. 626 Abs. 2 Ziff. 3). So können die Statuten vorsehen, dass dem Vergütungsausschuss eine Beschlusskompetenz, eine Kompetenz zum Entscheid unter Vorbehalt der Genehmigung durch den VR oder eine reine Antragskompetenz zusteht.⁴⁹⁵ 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. 716*b* Abs. 2 Ziff. 1) und den Aktionärinnen und Aktionären zugänglich zu machen (s. Art. 716*b* Abs. 4).

Art. 734 Vergütungsbericht im Allgemeinen

Bis zum Inkrafttreten der VegüV waren die Angaben zu den Vergütungen an die Mitglieder des VR, der Geschäftsleitung und des Beirats nicht in einem eigenständigen Bericht, sondern im Anhang zur Bilanz oder zur Jahresrechnung enthalten (Art. 663*b*^{bis} OR). Neu soll auch das OR vorsehen, dass die Gesellschaften diese Transparenz in einem eigenständigen Vergütungsbericht vornehmen müssen. Dieser unterliegt weiterhin der Prüfung durch die Revisionsstelle (s. Art. 728*a* Abs. 1 Ziff. 4). Durch diese Verschiebung wird vermieden, dass sich die GV sowohl bei der Genehmigung der Jahresrechnung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR) als auch bei den Abstimmungen über die Gesamtbeträge der Vergütungen (s. Art. 735) mit den Vergütungen an das oberste Kader der Gesellschaft zu befassen hat. Dadurch kann widersprüchlichen Abstimmungsergebnissen, die zwingenden Charakter aufweisen, vorgebeugt werden.

Gemäss Absatz 1 hat der VR den Vergütungsbericht jährlich zuhanden der GV zu erstellen (s. auch Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 9). Der Bericht enthält die quantitativen Elemente der Vergütungen gemäss den Vorgaben der Artikel 734*a*–734*d*. Er dient folglich nicht der subjektiv gefärbten Meinungsäusserung des VR zum Vergütungssystem der Gesellschaft (z. B. «marktgerechte und angemessene Vergütungen»). Solche Äusserungen sind zu vermeiden oder zumindest deutlich von den quantitativen Vorgaben zu trennen. Nur Letztere werden von der Revisionsstelle geprüft (s. Art. 728*a* Abs. 1 Ziff. 4).

Absatz 2 enthält mehrere Verweise auf die Bestimmungen des Rechnungslegungsrechts. Diese sind notwendig, da die Angaben zu den Vergütungen nicht mehr im Anhang zur Bilanz oder zur Jahresrechnung enthalten sind und somit auch die Bestimmungen des Rechnungslegungsrechts nicht automatisch zur Anwendung gelangen. Bei der Erstellung des Vergütungsberichts müssen weiterhin die Grundsätze ordnungsgemässer Rechnungslegung beachtet werden (Art. 958*c* OR), so unter anderem der Grundsatz der Klarheit und Verständlichkeit. Die Anwendung des Wesentlichkeitsprinzips (Art. 958*c* Abs. 1 Ziff. 4 OR) bedeutet 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

⁴⁹⁵ S. Economiesuisse, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Zürich 2014, N 31 und 33 f.

im Dunkelbereich der Unwesentlichkeit verschwinden.⁴⁹⁶ Materiell ändert sich also im Vergleich zum geltenden Recht nichts.⁴⁹⁷ Durch den Verweis auf die Darstellung wird mittels Artikel 958*d* Absatz 2 OR u. a. klargestellt, dass der Vergütungsbericht auch die Vorjahreszahlen enthalten muss. Hinsichtlich Sprache und Währung wird auf Artikel 958*d* Absätze 3 und 4 OR verwiesen. Aus Artikel 958*f* OR ergibt sich, dass der Vergütungsbericht während zehn Jahren schriftlich auf Papier oder in elektronischer Form und unterzeichnet aufzubewahren ist.

Nach Absatz 3 gelten für die Bekanntmachung und die Veröffentlichung des Vergütungsberichts sowie des Berichts der Revisionsstelle die Vorschriften über den Geschäftsbericht (Art. 699*a* und 958*e* Abs. 1 OR).

Art. 734a–734c Vergütungen, Darlehen und Kredite an den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat und an nahestehende Personen

Die Artikel 734*a*–734*c* regeln detailliert den Inhalt des Vergütungsberichts des VR. Die Bestimmungen entsprechen grundsätzlich Artikel 663*b*^{bis} OR bzw. den mittlerweile anzuwendenden Artikeln 14–16 VegÜV. Es geht folglich weiterhin um die Offenlegung der gesamten Vergütungen, Darlehen und Kredite an gegenwärtige und frühere Mitglieder des VR (oberstes Leitungs- und Verwaltungsorgan), der Geschäftsleitung, des allfälligen Beirats sowie an ihnen nahestehenden Personen.

Zur Geschäftsleitung gemäss Artikel 734*a* Absatz 1 Ziffer 2 gehören natürliche Personen, denen der VR die Geschäftsführung ganz oder zum Teil übertragen hat (s. Art. 716*b*). Es handelt sich – entsprechend Artikel 663*b*^{bis} Absatz 1 Ziffer 2 OR und Artikel 2 Ziffer 4 VegÜV – um die Mitglieder des Gremiums, das unmittelbar dem VR untergeordnet ist,⁴⁹⁸ also um die oberste Hierarchiestufe unterhalb des VR.⁴⁹⁹

Beiräte kommen bei Schweizer Gesellschaften zwar selten vor, da sich teilweise heikle juristische Fragen im Hinblick auf die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des VR stellen.⁵⁰⁰ Der Beirat ist jedoch weiterhin in den Artikeln 734*a*–734*d* erwähnt, um allfälligen Missbräuchen hinsichtlich der Offenlegung, z. B. durch Verlagerung der Vergütungen vom VR auf den Beirat, bereits auf Gesetzesstufe deutlich entgegenzutreten. Aufgrund der potenziellen Vielfalt an denkbaren Beiräten wird auf eine abschliessende Definition des Beirats verzichtet. Es kann jedoch festgehalten werden, dass eine gewisse Institutionalisierung erforderlich ist,

⁴⁹⁶ S. Peter Böckli, Schweizer Aktienrechts, 4. Auflage, Zürich 2009, § 8 N 525.

⁴⁹⁷ S. Rolf Watter/Karim Maizar, Art. 663*b*^{bis} N 68; in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012; Karim Maizar, Art. 13 N 4 ff., in: Gerhard, Frank/Maizar, Karim/Spillmann, Till/Wolf, Matthias (Hrsg.), Vergütungsrecht der Schweizer Publikumsgesellschaften, Zürich 2014.

⁴⁹⁸ Botschaft Transparenz, S. 4481.

⁴⁹⁹ S. Rolf Watter/Karim Maizar, Art. 663*b*^{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.; Claude Lambert/Andreas Müller, Art. 2 N 12 ff., in: Müller, Andreas/Oser, David (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, Zürich 2014.

⁵⁰⁰ S. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 13 N 428 ff.

d. h., der Beirat muss eine bestimmte Organisation und Stellung gegenüber der Gesellschaft bzw. dem VR aufweisen.⁵⁰¹ Ohne diese Institutionalisierung und Einbettung in die Organisation der Gesellschaft würde der regelmässige Beizug derselben Beraterinnen und Berater dazu führen, dass diese als Beirätinnen und Beiräte zu qualifizieren wären.⁵⁰²

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 Abgangschädigungen, die gemäss Artikel 735c Ziffer 1 und Artikel 20 Ziffer 1 VegüV 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 (so bereits Art. 14 Abs. 2 Ziff. 3 VegüV). Dies ist keine materielle Erweiterung des Vergütungsberichts, da die bisherige Aufzählung im OR ebenfalls nicht abschliessend war (Art. 663b^{bis} Abs. 2 OR). 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 Artikel 734a Absatz 2 Ziffer 5 werden neu die Antrittsprämien ausdrücklich erwähnt (so bereits Art. 14 Abs. 2 Ziff. 5 VegüV). Im Gegensatz zu den Abgangschädigungen sind sie nur unzulässig, wenn sie keinen nachweisbaren finanziellen Nachteil kompensieren (s. Art. 735c Ziff. 5).
- (Karenz-)Entschädigungen aufgrund eines Konkurrenzverbots gelten gemäss Artikel 734a Absatz 2 Ziffer 10 neu explizit als Vergütungen, die im Vergütungsbericht offengelegt werden müssen. Die entsprechende Transparenz ist gerechtfertigt, damit die Aktionärinnen und Aktionäre Informationen erhalten, ob es sich nicht um eine unzulässige Entschädigung handeln könnte (s. Art. 735c Ziff. 1–3).
- Gemäss Artikel 734a Absatz 3 Ziffer 4 muss neu der ausgerichtete Zusatzbetrag (s. Art. 735a) im Vergütungsbericht offengelegt werden (so bereits Art. 14 Abs. 3 Ziff. 4 VegüV). Durch diese Offenlegung können die Aktionärinnen und 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 bzw. Artikel 14 Absatz 2 Ziffer 8 VegüV entspricht, ist

⁵⁰¹ S. Claude Lambert/Andreas Müller, Art. 2 N 40 ff., in: Müller, Andreas/Oser, David (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, Zürich 2014.

⁵⁰² S. Rolf Watter/Karim Maizar, Art. 663b^{bis} N 18; in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

festzuhalten, dass Leistungen aus Guthaben, die dem FZG unterstehen, keine Vergütungen im Sinne von Artikel 734a sind. Diese Leistungen, etwa an ein Mitglied des VR, stammen nicht von der Gesellschaft, sondern von der 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 infolge der vorangehenden Aufteilung sowohl in Artikel 734a als auch in 734b enthalten sein.
- Absatz 5 entspricht Artikel 734c (nahestehende Personen).

Der Vorentwurf sah in Abweichung von Artikel 15 VegüV in Artikel 734a Absatz 3 Ziffer 2 VE OR und Artikel 734b Absatz 2 VE OR vor, dass der auf jedes Mitglied der Geschäftsleitung entfallende Betrag unter Nennung des Namens und der Funktion des betreffenden Mitglieds offenzulegen ist. Diese individuelle Offenlegung der Vergütungen der Mitglieder der Geschäftsleitung wurde im Rahmen der Vernehmlassung deutlich abgelehnt.⁵⁰³ In der Tat rechtfertigt sich eine Differenzierung zwischen VR und Geschäftsleitung, da die Mitglieder der Geschäftsleitung im Unterschied zu den Mitgliedern des VR zur Gesellschaft in einem arbeitsrechtlichen Verhältnis stehen und durch den VR eingestellt und entlassen werden. Die Mitglieder des VR hingegen werden direkt von der GV gewählt bzw. abgewählt. Damit für die GV die notwendigen Informationen vorliegen, rechtfertigt sich hier die Einzeloffenlegung. Entsprechend hat der Bundesrat am 4. Dezember 2015 beschlossen, auf die individuelle Offenlegung bei der Geschäftsleitung zu verzichten (s. Ziff. 1.3.6).

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.⁵⁰⁴

Massgeblich für die Pflicht zur Offenlegung der Vergütungen im Vergütungsbericht ist wie bis anhin der Zeitpunkt, in dem diese in der Rechnungslegung erfasst werden müssen. Der Vergütungsbericht stellt somit auf das vergangene Geschäftsjahr ab.⁵⁰⁵

Art. 734d Beteiligungsrechte und Optionen auf solche Rechte

Artikel 734d entspricht dem bisherigen Artikel 663c Absatz 3 OR. Er wird sprachlich an das neue Rechnungslegungsrecht angepasst (Art. 959c Abs. 2 Ziff. 11 OR). Materiell ändert sich nichts.

⁵⁰³ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 22 f.

⁵⁰⁴ Botschaft Transparenz, S. 4489.

⁵⁰⁵ Botschaft Transparenz, S. 4491; Bericht VgdA, S. 19.

Art. 734e Tätigkeiten bei anderen Unternehmen

Der Vergütungsbericht gibt gemäss Absatz 1 Auskunft über die Tätigkeiten der Mitglieder des VR, 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).

Die Angaben haben gemäss Absatz 2 für jedes Mitglied unter Nennung seines Namens (Vor- und Familiennamen), der Bezeichnung des Unternehmens (Firma/Name) und der ausgeübten Funktion zu erfolgen. Beispiel: H. A.: Mitglied des VR und des Vergütungsausschusses bei der N. Ltd.; Direktor bei der S. plc; Stiftungsrat bei der H. Vorsorgestiftung und I. Unternehmensstiftung; 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. AG, S. AG und 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 und die zeitliche Beanspruchung der einzelnen Person abschätzen können. Auch die Firma bzw. der Name der Unternehmen sind vollständig wiederzugeben, sodass das Unternehmen klar identifiziert werden kann (s. Art. 717a).

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) 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 Entwurf 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. 734f 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 734f gewisse Angaben zur Zusammensetzung des VR und der Geschäftsleitung zu machen, sofern nicht jedes Geschlecht mindestens zu 30 Prozent im VR bzw. zu 20 Prozent in der Geschäftsleitung vertreten ist. Anzugeben sind die Gründe, weshalb die Geschlechter nicht entsprechend den Richtwerten vertreten sind, und die

geplanten oder bereits umgesetzten Massnahmen zur Förderung des weniger stark vertretenen Geschlechts («*Comply or explain*»-Ansatz). Die Pflicht zur Berichterstattung im Vergütungsbericht gilt in Bezug auf den Richtwert im VR spätestens fünf Jahre und in Bezug auf die Geschäftsleitung spätestens zehn Jahre nach Inkrafttreten des neuen Rechts (s. Art. 4 E Ueb. Best. OR).

In der Vernehmlassung waren die Geschlechterraichtwerte umstritten.⁵⁰⁶ Dennoch hat sich der Bundesrat am 4. Dezember 2015 für die Beibehaltung der Geschlechterraichtwerte entschieden. Im Unterschied zum Vorentwurf (Art. 734e VE OR) wird jedoch im Entwurf zwischen VR und Geschäftsleitung differenziert (s. Ziff. 1.4.7).

Es wird weiterhin darauf verzichtet, einen separaten Bericht betreffend die Einhaltung der Geschlechterraichtwerte vorzusehen. Mit der Anknüpfung an den bereits bestehenden Vergütungsbericht (Art. 13 ff. VegüV; neu: Art. 734 ff.) wird vermieden, ein neues Instrument ins Aktienrecht einzuführen. Dies wird als elegante Lösung eingestuft.⁵⁰⁷

Der Richtwert von 30 bzw. 20 Prozent setzt der Wirtschaft ein deutliches Zeichen, ihre Bemühungen zur aktiven und umfassenden Kaderförderung von Frauen, dem noch immer deutlich untervertretenen Geschlecht im obersten Kader, zu intensivieren. Die Höhe der Richtwerte und die Anpassungsfrist von fünf bzw. zehn Jahren sorgen gleichzeitig dafür, dass die Gesellschaften sorgfältig vorgehen können und nicht überfordert werden. Der Handlungsspielraum des VR und der Geschäftsleitung wird nicht unverhältnismässig eingeschränkt. Der Entwurf ermöglicht dem VR und der Geschäftsleitung weiterhin, eine im Hinblick auf die Unternehmenstätigkeit und die Aufgaben des VR und der Geschäftsleitung gebotene Vielfalt an Mitgliedern, namentlich im Hinblick auf ihre Erfahrung, ihre Ausbildung und ihre Fähigkeiten, zu gewährleisten. Die moderaten Geschlechterraichtwerte schränken die Möglichkeit zur Diversität im obersten Kader der Gesellschaften kaum ein.

Der Entwurf knüpft an die hohen Schwellenwerte von Artikel 727 Absatz 1 Ziffer 2 OR an (Bilanzsumme von 20 Mio. Fr.; Umsatzerlös von 40 Mio. Fr.; 250 Vollzeitstellen). 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 fallen.

Siehe ausführlich zu den Geschlechterraichtwerten, insbesondere zu deren Höhe, Ziffer 1.4.7.

Art. 735 Abstimmungen der Generalversammlung über die Vergütungen

Artikel 735 entspricht grundsätzlich Artikel 18 VegüV. Die GV stimmt gemäss Absatz 1 über alle Vergütungen ab, welche die Mitglieder des VR, 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 Grundvoraus-

⁵⁰⁶ S. Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 25.

⁵⁰⁷ S. Urs Schenker, Gleichstellung – ein aktienrechtliches Thema, SZW 5/2015, S. 475.

setzungen (Abs. 3 Ziff. 1–4). Dies ermöglicht den Gesellschaften ein System zu wählen, das ihren konkreten Bedürfnissen gerecht wird.

Die Statuten müssen gemäss Absatz 2 Satz 1 die Grundsätze zur Abstimmung der GV über die Vergütungen regeln (s. Art. 626 Abs. 2 Ziff. 4). Es ist zulässig, dass die Statuten weitergehende Rechte für die Aktionärinnen und Aktionäre vorsehen, so z. B. die Möglichkeit zur Abstimmung über die Vergütungen an einzelne Personen. Die Statuten können zudem gemäss Absatz 2 Satz 2 das weitere Vorgehen bei einer Ablehnung der Vergütungen durch die GV regeln.

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. einen tieferen Gesamtbetrag der Vergütungen beantragen.

Verzichtet wird auf eine Vorgabe zur Referenzperiode der Vergütungen, über welche die Aktionärinnen und Aktionäre abzustimmen haben. 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.

Artikel 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 VR, 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 Beschlusskompetenz dem Vergütungsausschuss des VR zukommen lassen würden, wären unzulässig. Jedoch ist es der Gesellschaft überlassen, ob sie eine ausserordentliche GV durchführt oder ob sie erst an der nächsten ordentlichen GV einen erneuten Versuch auf Gutheissung der Vergütungen unternimmt.

Absatz 3 enthält vier kumulativ einzuhaltende 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 VR, des Beirats und der Geschäftsleitung abstimmt.
- Wird prospektiv über variable Vergütungen abgestimmt, so muss der GV der Vergütungsbericht zur Konsultativabstimmung vorgelegt werden (Ziff. 4).

Der Vorentwurf wollte prospektive Abstimmungen über variable Vergütungen verbieten (Art. 735 Abs. 3 Ziff. 4 VE OR). Diese klar über die VegüV hinaus-

gehende Vorschrift wurde in der Vernehmlassung deutlich abgelehnt.⁵⁰⁸ Am 4. Dezember 2015 hat sich der Bundesrat für eine der VegüV nahe Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV ausgesprochen. Auf das entsprechende Verbot wird daher im Entwurf verzichtet (s. Ziff. 1.3.6).

Um dennoch die retrospektive Komponente bzw. die Mitsprache der Aktionärinnen und Aktionäre ausreichend zu berücksichtigen, muss der VR den jährlichen Vergütungsbericht der GV zur nachträglichen Konsultativabstimmung vorlegen, sofern im Unternehmen im Voraus über die variablen Vergütungen abgestimmt wird. Dieser Mechanismus entspricht mittlerweile der *Best Practice*.⁵⁰⁹

Die Möglichkeit zur prospektiven Abstimmung über den Boni-Pool bringt der Gesellschaft insbesondere betreffend die Vergütungen an die Mitglieder der Geschäftsleitung Planungssicherheit. Dies ist v. a. bei der Personalrekrutierung vorteilhaft und gewährleistet, dass Schweizer Publikumsgesellschaften international diesbezüglich konkurrenzfähig bleiben.⁵¹⁰ Die Kombination mit der nachträglichen Konsultativabstimmung ermöglicht den Aktionärinnen und Aktionären jedoch, in der GV ihre Meinung zu den Vergütungen zu äussern, ohne gleichzeitig das Verhältnis zum obersten Kader zu strapazieren und ihr Investment einer negativen Entwicklung (z. B. betreffend den Aktienkurs) auszusetzen. Die Konsultativabstimmung dient dem VR als Instrument des Dialogs mit den Aktionärinnen und Aktionären und als Warnindikator.⁵¹¹ Wird der Vergütungsbericht von der GV abgelehnt, so wird der VR kaum darum herumkommen, sich im Hinblick auf die zukünftigen Vergütungen ernsthaft mit dieser Situation, u. a. im nächsten Vergütungsbericht, auseinanderzusetzen.

Art. 735a Zusatzbetrag für die Geschäftsleitung

Der VR 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 VR 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 Entwurf sieht deshalb wie Artikel 19 VegüV die Möglichkeit zur statutarischen Verankerung eines Zusatzbetrags für Mitglieder der Geschäftsleitung vor, die zwischen zwei GV neu ernannt werden. Da Artikel 735 keine Vorgaben zur Referenzperiode der Vergütungen macht, präzisiert Absatz 1, dass die Verwendung eines Zu-

⁵⁰⁸ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 22.

⁵⁰⁹ S. Economiesuisse, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Zürich 2014, N 38, 5. Lemma: «Falls die Generalversammlung die Gesamtvergütung prospektiv genehmigt oder beschliesst, kann der Verwaltungsrat den Vergütungsbericht der Generalversammlung konsultativ zur Abstimmung vorlegen.»

⁵¹⁰ S. Andreas Müller/David Oser, Art. 18 N. 175, in: Oser, David/Müller, Andreas, Praxis-kommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, Zürich 2014.

⁵¹¹ S. Andreas Müller/David Oser, Art. 18 N. 192, in: Oser, David/Müller, Andreas, Praxis-kommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, Zürich 2014.

satzbetrags 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 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. 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 offenzulegen (s. Art. 734a Abs. 3 Ziff. 4).

Art. 735b Dauer der Vertragsverhältnisse

Die Dauer der Verträge, die den Vergütungen an die Mitglieder des VR zugrunde liegen, darf gemäss Absatz 1 die Amtsdauer als VR nicht überschreiten (s. Art. 710). Die Verträge müssen folglich den Vorbehalt der Wiederwahl als Mitglied des VR 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. Art. 626 Abs. 2 Ziff. 2).

Art. 735c Unzulässige Vergütungen in der Gesellschaft

Artikel 735c Ziffern 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).

Die folgenden Vergütungen an gegenwärtige und frühere Mitglieder des VR, der Geschäftsleitung und des Beirats sind unzulässig:

- Vertraglich vereinbarte oder statutarisch vorgesehene Abgangsentschädigungen sind gemäss Ziffer 1 unzulässig. Keine solchen Abgangsentschädigungen sind Vergütungen, die bis zur Beendigung der Vertragsverhältnisse geschuldet sind (Ziff. 1, zweiter Satzteil), 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 Abgangschädigungen, die sich aus zwingendem in- oder ausländischem Recht ergeben (z. B. gemäss Artikel 339*b* OR). Dies entspricht Artikel 20 Ziffer 1 VegüV, der Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe b BV umsetzt.

- In den letzten Jahren führten Entschädigungen aus Konkurrenzverboten teilweise zu grossen Diskussionen anlässlich der GV und in der Öffentlichkeit. Es ist unklar, ob Artikel 95 Absatz 3 BV Vorgaben zu den Konkurrenzverboten und den damit verbundenen Karenzentschädigungen macht. Deshalb enthält die VegüV keine entsprechenden Bestimmungen. 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 (s. Ziff. 1.4.6.1). 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 und damit einem Interessenkonflikt vorzubeugen.⁵¹² Der Entwurf 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 potenziellen Schaden von der Gesellschaft abzuwenden. Auch die Dauer des Konkurrenzverbots muss geschäftsmässig begründet sein. Wo kein Einblick in solche sensiblen Daten erfolgte, ist beispielsweise ein mehrjähriges Konkurrenzverbot nicht geschäftsmässig begründet. Bei der in diesem Zusammenhang geleisteten Karenzentschädigung würde es sich vielmehr um eine verdeckte unzulässige Abgangschädigung gemäss Ziffer 1 handeln.
- Auch wenn das Konkurrenzverbot geschäftsmässig begründet ist (s. Ziff. 2), darf die Karenzentschädigung eine gesetzlich vorgegebene Höhe nicht überschreiten. Im Unterschied zum Vorentwurf, der die Dauer des Konkurrenzverbots auf ein Jahr beschränken wollte (Art. 735*c* Abs. 3 VE OR), sieht der Entwurf eine betragsmässige Begrenzung vor. Es trifft wohl zu, dass es in der Praxis notwendig sein kann, ein Konkurrenzverbot zu vereinbaren, das länger als ein Jahr dauert.⁵¹³ Die Entschädigung dafür darf aber gemäss Ziffer 3 eine Jahresvergütung nicht übersteigen. Damit sich Schwankungen bei den Vergütungen weniger stark auswirken, bildet nicht die letzte im Vergütungsbericht ausgewiesene Jahresvergütung die Obergrenze, sondern der Durchschnitt der Vergütungen der letzten drei Jahre an die betreffende Person. Dies ergibt beispielsweise bei Jahresvergütungen von 2 Mio. Franken (2014), 1 Mio. Franken (2015) und 3 Mio. Franken (2016) eine Obergrenze für die Karenzentschädigung von 2 Mio. Franken. War eine Person nur zwei Jahre im Unternehmen tätig, so wird entsprechend der Durchschnitt der zwei letzten im Vergütungsbericht ausgewiesenen Jahresvergütungen für die Be-

⁵¹² S. insgesamt Olivier Blanc, Das Konkurrenzverbot in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 2014, S. 33 f.

⁵¹³ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 24.

rechnung beigezogen. Das Konzept der monetären Begrenzung des Konkurrenzverbots für das oberste Kader wurde in der Vernehmlassung anstelle der zeitlichen Begrenzung vorgeschlagen. Dadurch werde nicht unnötig stark in die Vertragsfreiheit eingegriffen.⁵¹⁴

- Unzulässig sind gemäss Ziffer 4 sämtliche nicht marktüblichen Vergütungen, die einen Bezug zur früheren Tätigkeit als Mitglied des VR, der Geschäftsleitung oder des Beirats haben. Es soll vermieden werden, dass das Verbot der Abgangsentschädigungen (Ziff. 1) bzw. die Vorgaben zum Konkurrenzverbot (Ziff. 2 und 3) ausgehebelt werden. Letztendlich handelt es sich um eine Konkretisierung des allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbots gemäss Artikel 2 Absatz 2 ZGB.
- Die VegüV enthält keine Einschränkung der Antrittsprämien, da Artikel 95 Absatz 3 BV – im Gegensatz zu den Vergütungen im Voraus (s. Ziff. 6) – keine ausreichende verfassungsmässige Grundlage bildet. Antrittsprämien sind zudem von den unzulässigen Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden, deutlich zu unterscheiden. Dies versucht auch der Entwurf zu tun, um Rechtssicherheit zu schaffen. Antrittsprämien sind Ersatzzahlungen, d. h. Entschädigungen für zum Zeitpunkt des Stellenwechsels werthaltige Ansprüche gegenüber dem *bisherigen* Arbeit- oder Auftraggeber (z. B. Teilnahme an einem noch laufenden Optionsplan, gesperrte Aktien), die einem Mitglied des VR 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 nachweisbarer finanzieller Nachteil der Empfängerin oder des Empfängers aufgrund des Stellenantritts bei der Gesellschaft kompensiert werden. Der Ersatz hypothetischer Schäden oder eines blossen Affektionsinteresses sowie die pauschale Zahlung eines goldenen Willkommensgrusses in Form eines Einstieg- oder Antrittsbetrags sind dadurch unzulässig, da mit ihnen kein nachweisbarer finanzieller Nachteil der Empfängerin oder des Empfängers im Sinne der vorliegenden Bestimmung kompensiert wird. Der Vorentwurf sah vor, dass der finanzielle Nachteil *klar* nachweisbar sein muss (Art. 735c Abs. 1 Ziff. 5 VE OR), was im Rahmen der Vernehmlassung verschiedentlich abgelehnt wurde.⁵¹⁵ Da die notwendigen Informationen oftmals nur bei der bisherigen Auftraggeberin oder beim bisherigen Arbeitgeber vorhanden sind und es wichtig ist, dass Schweizer Publikumsgesellschaften auf dem internationalen Arbeitsmarkt attraktiv bleiben, hat der Bundesrat am 4. Dezember 2015 entschieden, auf den *klaren* Nachweis zu verzichten. Antrittsprämien müssen wie bis anhin im Vergütungsbericht offengelegt werden (s. Art. 734a Abs. 2 Ziff. 5; bisher: Art. 14 Abs. 2 Ziff. 5 VegüV) und von den Aktionärinnen und Aktionären genehmigt werden (s. Art. 735; bisher: Art. 18 VegüV).
- Gemäss Ziffer 6 sind Vergütungen im Voraus unzulässig. Diese Bestimmung will vermeiden, dass Mitglieder des VR, der Geschäftsleitung und des Beirats (hohe) finanzielle Vergütungen oder Naturalleistungen erhalten,

⁵¹⁴ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 24, Fn. 214.

⁵¹⁵ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 24.

bevor sie für die Gesellschaft überhaupt aktiv geworden sind, Verantwortung übernommen und einen Mehrwert geschaffen haben. Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe b BV und Artikel 20 Ziffer 2 VegüV erwähnen 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 VR, 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 FusG werden erfasst, sondern auch ihnen wertungsmässig gleichzustellende Vorgänge, beispielsweise Quasifusionen und unechte Fusionen.⁵¹⁶ Der Begriff der Provision ist an das Arbeitsrecht angelehnt (Art. 322b OR). Er soll hervorheben, dass die Mitglieder des VR, der Geschäftsleitung und des Beirats nicht für einzelne vollzogene Umstrukturierungen *spezifisch* entschädigt werden dürfen. Jedoch dürfen die Leistungen von Mitgliedern des VR, der Geschäftsleitung und des Beirats betreffend Umstrukturierungen bei der Festlegung ihrer sonstigen Vergütungen durchaus einfließen. Artikel 20 Ziffer 3 VegüV sieht das Verbot bereits vor.
- Darlehen, Kredite, Vorsorgeleistungen ausserhalb der beruflichen Vorsorge, erfolgsabhängige Vergütungen sowie Beteiligungspapiere, Wandel- und Optionsrechte für die Mitglieder des VR, der Geschäftsleitung und des Beirats sind gemäss den Ziffern 8 und 9 unzulässig, wenn die Grundlagen in den Statuten fehlen. Auch diese Vorgaben sind in Artikel 20 Ziffern 4 und 5 VegüV bereits enthalten.

Art. 735d Unzulässige Vergütungen im Konzern

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 die Kontrolle und Leitung eines Konzerns unverhältnismässig erschweren. Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe b BV will vielmehr vermeiden, dass diejenigen Teile der Vergütungen der Mitglieder des VR, der Geschäftsleitung und des Beirats, die von anderen Konzernunternehmen stammen, nicht offengelegt werden bzw. dieselbe Tätigkeit mehrfach entschädigt wird. Ohne Offenlegung im Vergütungsbericht könnte zudem die Genehmigungskompetenz der GV (s. Art. 735) umgangen werden.

⁵¹⁶ S. Lukas Glanzmann, Umstrukturierungen, 3. Auflage, Bern 2014, N 70 ff.

Artikel 735d sieht deshalb vor, dass Vergütungen an die Mitglieder des VR, 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 im Vergütungsbericht der Gesellschaft ergibt sich bereits aus der Formulierung von Artikel 734a Absatz 1 («indirekt ... ausgerichtet hat»). Artikel 735d entspricht materiell Artikel 21 VegüV.

Die Begriffe der Kontrolle und des Unternehmens sind den seit dem 1. Januar 2013 geltenden Bestimmungen zur Konzernrechnung entnommen (Art. 963 OR).⁵¹⁷

Selbstverständlich dürfen nicht durch die Hintertür der beschränkt zulässigen Vergütungen im Konzern gemäss Artikel 735d den Mitgliedern des VR, der Geschäftsleitung und des Beirats der Gesellschaft unzulässige Vergütungen gemäss Artikel 735c zufließen.

2.1.34 Auflösung der Gesellschaft

Art. 736 Abs. 1 Ziff. 2 und 4 und Abs. 2

Nach geltendem Recht wird die Aktiengesellschaft durch einen öffentlich zu beurkundenden Beschluss der GV aufgelöst (Art. 736 Ziff. 2 OR). Es gibt keine sachlichen Gründe, weshalb der Beschluss zur Auflösung einer Gesellschaft zwingend öffentlich zu beurkunden ist. Auf das strenge Formerfordernis in Absatz 1 Ziffer 2 kann deshalb ohne Einbusse der Rechtssicherheit zugunsten der Wirtschaft verzichtet werden. Der Auflösungsbeschluss ist im Protokoll der GV festzuhalten (s. Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3).

Aktionärinnen und Aktionäre können gemäss Absatz 1 Ziffer 4 aus wichtigen Gründen die Auflösung der Gesellschaft verlangen, sofern sie entweder mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals (wie bisher) oder 10 Prozent der Stimmen vertreten. Es wird nicht zwischen börsenkotierten und nicht börsenkotierten Gesellschaften unterschieden (s. Ziff. 1.4.8.4).

Von grosser Bedeutung ist, dass es dem Gericht gemäss neuem Absatz 2 (bisher Ziff. 4 zweiter Satz) freisteht, anstelle der Auflösung der Gesellschaft eine andere sachgerechte und für die Beteiligten zumutbare Lösung anzuordnen. Im Vordergrund steht der Erwerb der Aktien der klagenden Partei durch die Gesellschaft. Insbesondere bei privaten Aktiengesellschaften, deren Minderheitsaktionärinnen und -aktionäre 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, so ist die Klage auf Auflösung für den Schutz von Personen mit Minderheitsbeteiligungen wichtig.

⁵¹⁷ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1722 f. i.V.m. S. 1696.

Ihr kann im Ergebnis die Funktion einer Klage auf Ausscheiden aus der Gesellschaft wegen wichtigen Gründen zukommen.⁵¹⁸

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). Dies erhöht den Handlungsspielraum für das Gericht und den VR der Gesellschaft.

Art. 737 Anmeldung beim Handelsregisteramt

Der Wortlaut von Artikel 737 OR wird sprachlich und inhaltlich an die neuere Formulierung des GmbH-Rechts angepasst (Art. 821a OR). Insbesondere äussert sich Artikel 737 nicht mehr dazu, *wer* die Eintragung vorzunehmen hat, da entsprechende Vorschriften Gegenstand der HRegV sind (Art. 17 HRegV; s. Art. 720).

Art. 745 Abs. 2

Der *dreimalige* Schuldenruf ist nicht mehr zeitgemäss und wird durch einen *einfachen* Schuldenruf ersetzt (s. Art. 653k). Im Übrigen entspricht die Norm dem geltenden Recht.

2.1.35 Organverantwortlichkeit

Art. 753 Ziff. 1

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 OR sowie der Rückerstattungsanspruch gemäss Artikel 678.

Art. 756 Abs. 2

Aufgrund derselben Situation wie bei Artikel 678 Absatz 5 wird Absatz 2 eingefügt.

Art. 757 Abs. 4

Der neue Absatz 4 steht in Zusammenhang mit der Revision des Sanierungsrechts des OR (s. Ziff. 1.4.9) und betrifft die Behandlung der mit einem Rangrücktritt belasteten Forderungen im Rahmen einer Verantwortlichkeitsklage.

Der Rangrücktritt stellt für sich allein 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 so lange zu verzichten, bis die übrigen Gläubigerinnen und Gläubiger befriedigt sind (s. Art. 725b

⁵¹⁸ S. Reto Sanwald, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, Zürich 2009, S. 177 f.

Abs. 4 Ziff. 1). Falls in der Folge die Sanierung scheitert und über der Gesellschaft der Konkurs eröffnet wird, haftet der VR unter bestimmten Voraussetzungen für den der Gesellschaft entstandenen Schaden (Art. 754 ff. OR). Gemäss Bundesgericht sind für die Berechnung dieses (mittelbaren) Schadens die rangrücktrittsbelasteten Forderungen einzubeziehen.⁵¹⁹ Dieses Ergebnis stiess auf Kritik, da der VR bei gültigen Rangrücktritten pflichtgemäss gehandelt habe.⁵²⁰

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung erschwert tatsächlich Rangrücktritte und die Sanierung der Gesellschaft. Falls diese scheitert und der Konkurs eröffnet wird, werden rangrücktrittsbelastete Forderungen bei der Schadensberechnung im Zusammenhang mit einer Verantwortlichkeitsklage einbezogen. Dies ist weder für die rangrücktrittsbegünstigten Gläubigerinnen und Gläubiger noch für die haftpflichtigen Gesellschaftsorgane sachlich gerechtfertigt. Deshalb sieht der neue Absatz 4 ausdrücklich vor, dass in die Berechnung des Schadens der Gesellschaft die Forderungen von Gläubigerinnen und Gläubigern der Gesellschaft, die im Rang hinter alle anderen Gläubigerinnen und Gläubiger zurückgetreten sind, nicht mit einzubeziehen sind.

Art. 758 Abs. 2

Gemäss Absatz 2 wird die Klagefrist für Aktionärinnen und Aktionäre ausserhalb des Konkurses, die dem Entlastungsbeschluss (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR) nicht zugestimmt haben, von sechs auf zwölf Monate verlängert. Diese Verlängerung ist notwendig, da sich die geltende Verwirkungsfrist von sechs Monaten oftmals als zu kurz erwiesen hat.⁵²¹ Bei komplexen Sachverhalten verunmöglicht sie den Aktionärinnen und Aktionären, die notwendigen Informationen für die Substanziierung ihrer Klage zusammenzustellen.

Absatz 2 wird zudem auf die Sonderuntersuchung (s. Art. 697c ff.) abgestimmt.⁵²² Die Frist von zwölf Monaten steht während des Verfahrens auf Anordnung einer Sonderuntersuchung und während deren Durchführung still. Somit können die Ergebnisse der Sonderuntersuchung bei der Substanziierung der Klage genutzt werden.

Art. 759 Randtitel und Abs. 2–4

Der geltende Absatz 1, der unverändert bleibt, sieht eine differenzierte Solidarität vor: Wenn für einen Schaden mehrere Personen ersatzpflichtig sind, 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 Regelung wurde im Rahmen der Revision des Aktienrechts von 1991 ins Gesetz aufgenommen. Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass das Verschulden der ver-

⁵¹⁹ Urteil des BGer 4A 277/2010 vom 2. September 2010, E. 2.3.

⁵²⁰ S. insgesamt Rico A. Camponovo/Andreas C. Baumgartner, Wird der Rangrücktritt unbrauchbar? Schadenserhöhende Wirkung von Rangrücktrittserklärungen im Verantwortlichkeitsfall, ST 12/2011, S. 1036 ff.

⁵²¹ S. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 18 N 453 f.

⁵²² S. Peter Forstmoser/Marcel Küchler, Schweizer Aktienrecht 2020, ExpertFocus 1-2/2016, S. 91, Fn. 88; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 18 N 454.

schiedenen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterstehenden Personen meist sehr unterschiedlich ist. Insbesondere will die Bestimmung ermöglichen, bei der Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane zu berücksichtigen, dass der VR 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 Hauptadressaten von Verantwortlichkeitsklagen. Ungeachtet des effektiven Verschuldens aller beteiligten Personen wurde nicht selten sogar ausschliesslich die Revisionsstelle ins Recht gefasst, dies namentlich aus folgenden Gründen:⁵²³

- 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 VR oder die Geschäftsleitung nachzuweisen.
- Die Revisionsunternehmen sind in der Regel solventer als die Mitglieder des VR oder der Geschäftsleitung; üblicherweise verfügen sie über eine gute Haftpflichtversicherung.
- Im Interesse ihres geschäftlichen Ansehens stehen Revisionsunternehmen unter erheblichem Druck, durch einen Vergleich ein gerichtliches Verfahren und die damit verbundene Öffentlichkeit 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 einer modernen *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.

⁵²³ S. insgesamt Rolf Sethe, Verantwortlichkeitsrecht, in: Watter, Rolf (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Eine Standortbestimmung per Ende 2010, S. 302 ff.

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 VE 2005 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 Haftungsgrenze 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.⁵²⁴ Die Stellungnahmen im Vernehmlassungsverfahren zum VE 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 beschränke. Nur in einem kleinen Teil der Stellungnahmen wurden die vorgesehenen Haftungsgrenzen begrüsst.⁵²⁵ Auf der Grundlage dieser 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 unproblematisch erscheint eine generelle Begrenzung der Haftung für Revisionsdienstleistungen auf beispielsweise 25 Prozent des eingetretenen Schadens. Dieser Regelungsvorschlag beruht auf der Generalisierung eines Urteils des Bundesgerichts, das die solidarische Haftung der Revisionsstelle in Anwendung von Artikel 759 Absatz 1 OR auf einen Viertel des Gesamtschadens begrenzt hat (wobei *in casu* ein relativ erhebliches Verschulden der Revisionsstelle vorlag).⁵²⁶ 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 würde 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

⁵²⁴ Bericht Vorentwurf Aktienrecht 2005, S. 88.

⁵²⁵ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2005, S. 25.

⁵²⁶ Urteil des BGer 4C.506/1996 vom 3. März 1998.

Revision hinausgehen, separat verrechnet würden. In der Rechtsanwendung könnten sich schwierige Abgrenzungsfragen ergeben.⁵²⁷

Der vorliegende Entwurf, der vollständig dem E 2007 und dem Vorentwurf entspricht, sieht aus den dargelegten Gründen eine andere Lösung vor. Es wird weiterhin von der im geltenden Recht vorgesehenen Regelung ausgegangen. Der bisherige Absatz 1 gilt für die Mitglieder des VR und der Geschäftsleitung unverändert. Auch für diese Personen ist nicht die absolute, sondern eine nach dem Verschulden und den Umständen differenzierende Ordnung anwendbar. Für die Personen, die der Revisionshaftung unterstehen, wird diese jedoch 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 relativ geringen Verschulden faktisch voll für das Verschulden des VR und der Geschäftsleitung aufkommen muss. Die vorgesehene Regelung entspricht dem Entwurf zur Revision des Aktienrechts von 1983.⁵²⁸ Sie vermeidet pauschale, verschuldensunabhängige Haftungsbeschränkungen und steht daher in Übereinstimmung mit der differenzierenden Grundregelung von Absatz 1. In der Vernehmlassung blieb die Bestimmung relativ unbestritten.⁵²⁹

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. Der Grad der Fahrlässigkeit findet aber trotzdem Berücksichtigung, weil die relative Grösse des Verschuldens für die Bemessung des Rückgriffs von 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.

Der Randtitel hält die Grundregelung der «differenzierten Solidarität» neu ausdrücklich fest.

⁵²⁷ S. insgesamt Rolf Sethe, Verantwortlichkeitsrecht, in: Watter, Rolf (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Eine Standortbestimmung per Ende 2010, S. 316 ff.

⁵²⁸ Botschaft Aktienrecht 1983, S. 938.

⁵²⁹ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 29. S. Peter Böckli/Christoph B. Bühler, Ausklammerung der Revisionsstelle aus der Solidarhaftung mit den geschäftsführenden Organen, in: Verlag SKV (Hrsg.), Max Boemle, Festschrift zum 80. Geburtstag, Zürich 2008, S. 268 ff.

Art. 760 Abs. 1

Aus Gründen der Vereinheitlichung und Vereinfachung wird dem Konzept der laufenden Revision des Verjährungsrechts folgend dieselbe relative Verjährungsfrist von drei Jahren vorgesehen wie in Artikel 678a und entsprechend auch in Artikel 919 Absatz 1.⁵³⁰

2.1.36 Beteiligung von Körperschaften des öffentlichen Rechts

Art. 762 Abs. 5

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. Das Abordnungs- und Abberufungsrecht geht aber nicht so weit, dass die öffentlich-rechtliche Körperschaft direkt Mitglieder von Ausschüssen des VR, insbesondere des Vergütungsausschusses, ernennen oder abberufen kann.⁵³¹

2.2 Änderung weiterer Bestimmungen des Obligationenrechts

2.2.1 Kommanditaktiengesellschaft

Art. 765 Abs. 2

Artikel 765 Absatz 2 OR äussert sich zum Inhalt des Registerintrags. Entsprechende Vorschriften gehören in die HRegV (Art. 68 Abs. 1 Bst. o i. V. m. Art. 119 HRegV) und sind im OR zu streichen. Damit sollen Doppelspurigkeiten und Ungeheimheiten zwischen OR und HRegV vermieden werden (s. Art. 720). Absatz 2 ist daher ersatzlos aufzuheben.

⁵³⁰ Botschaft Verjährungsrechts, S. 263 und 265. Allenfalls besteht ein Bedarf zur Koordination mit der Vorlage zum Verjährungsrecht.

⁵³¹ S. Hans-Ueli Vogt, Art. 1 N 44, in: Gerhard, Frank/Maizar, Karim/Spillmann, Till/Wolf, Matthias (Hrsg.), Vergütungsrecht der Schweizer Publikumsgesellschaften, Zürich 2014.

2.2.2 Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Art. 772 Abs. 1 erster Satz

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). Die Praxis liess die Gründung einer GmbH durch eine Rechtsgemeinschaft hingegen bereits zu.⁵³² Deshalb wird vorliegend Rechtssicherheit geschaffen.

Art. 773 Stammkapital

In Analogie zum Aktienrecht wird die Möglichkeit geschaffen, ein Stammkapital in einer ausländischen Währung vorzusehen. Die Bestimmungen des Aktienrechts über das Aktienkapital in einer ausländischen Währung finden sinngemäss Anwendung. So hat das Stammkapital in ausländischer Währung beispielsweise einem Gegenwert von mindestens 20 000 Franken zu entsprechen (analog zu Art. 621 Abs. 2).

Für sämtliche weiteren Aspekte im Zusammenhang mit einem Stammkapital in einer ausländischen Währung wird auf die entsprechenden Erläuterungen bei der Aktiengesellschaft verwiesen (s. Art. 621 ff.).

Art. 774 Abs. 1

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 ausländischer Währung (s. Art. 773) einfacher umsetzen.

Art. 775

Aufgrund der Neuformulierung von Artikel 772 Absatz 1 kann Artikel 775 OR wie die entsprechende Bestimmung im Aktienrecht (s. Art. 625) aufgehoben werden.

Art. 776 Ziff. 4

Der Begriff «Bekanntmachungen» wird durch die zutreffendere Bezeichnung «Mitteilungen» ersetzt. Neu haben die Statuten nur noch anzugeben, in welcher Form die Mitteilungen an die Gesellschafterinnen und Gesellschafter zu erbringen sind. Mit

⁵³² S. Carl Baudenbacher/Alexander Göbel/Philipp Speitler, Art. 772 N 16, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

dieser Angabe wird gleichzeitig auch die in den Statuten vorgeschriebene Form für die Einberufung der Gesellschafterversammlung festgelegt (s. Art. 626 Abs. 1 Ziff. 7 und 700).

Art. 776a

In Anlehnung ans Aktienrecht wird Artikel 776a aufgehoben und es wird auf die Auflistung des bedingt notwendigen Statuteninhalts verzichtet. Materiell sind damit keine Änderungen verbunden. Siehe zur Begründung die Ausführungen zu Artikel 627.

Art. 777 Abs. 2 Ziff. 3 und 5 und Abs. 3

Absatz 2 Ziffer 3 wird an die Formulierung in der entsprechenden Bestimmung zur Aktiengesellschaft angepasst. Allerdings ist bei der GmbH nicht von den «geleisteten Einlagen» die Rede, sondern lediglich von «Einlagen». Diese sprachliche Unterscheidung rührt daher, dass nur bei der Aktiengesellschaft eine Teilliberierung möglich ist, somit nur bei der Aktiengesellschaft zwischen «Einlagen» und «geleisteten Einlagen» unterschieden werden muss. Neu erfolgt – in Übereinstimmung mit dem Aktienrecht – eine Präzisierung bezüglich des massgebenden Zeitpunkts, in welchem die Einlagen den gesetzlichen und statutarischen Anforderungen entsprechen müssen (s. Art. 629).

Gleich wie bei der Aktiengesellschaft wird die «Stampa-Erklärung» ins Gesetz aufgenommen (s. Art. 629 Abs. 2 Ziff. 4).⁵³³

Wie bei der Aktiengesellschaft ist es zudem gemäss Absatz 3 möglich, bei einfachen Verhältnissen auf die öffentliche Beurkundung der Gründung zu verzichten (s. Art. 629 Abs. 4).

Art. 777b Abs. 2 Ziff. 6

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. 1.4.1.3).

Entsprechend sind Sachübernahmeverträge nicht mehr Beilagen zum Errichtungsakt und Artikel 777b Absatz 2 Ziffer 6 kann aufgehoben werden (s. Art. 628).

⁵³³ Zu beachten ist die Botschaft Handelsregister, S. 3654, welche diese Änderung ebenfalls enthält. Sollte die Vorlage zum Handelsregister vor der Änderung des Aktienrechts oder gleichzeitig mit ihr in Kraft treten, so müsste in der neuen Fassung von Artikel 777 Absatz 2 Ziffer 5 lediglich der Hinweis auf die Sachübernahme (S. Ziff. 1.4.1.3) gestrichen werden.

Art. 777c Abs. 2 Ziff. 1 und 2

In Absatz 2 Ziffer 1 wird der Verweis auf die aktienrechtlichen Bestimmungen in Bezug auf die Sachübernahme gestrichen, da diese mit dem Entwurf keinen qualifizierten Tatbestand mehr darstellt. Zudem wird Absatz 2 Ziffer 2 gestrichen, da nach der neuen Konzeption des Entwurfs die Eintragung ins Handelsregister einheitlich in der HRegV geregelt ist.

Art. 780 Statutenänderung

In Anlehnung an Artikel 647 wird Artikel 780 neu in zwei Absätzen gegliedert. Absatz 2 hält den Grundsatz fest, dass bei einfachen Verhältnissen die Statuten in schriftlicher Form geändert werden können (s. Art. 647).

Art. 781 Abs. 4 und 5

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).

Zudem kann analog den aktienrechtlichen Bestimmungen bei einfachen Verhältnissen gemäss neuem Absatz 5 auf die öffentliche Beurkundung der Beschlüsse der GV (s. Art. 650 Abs. 4) bzw. der Beschlüsse der Geschäftsführung (s. Art. 652g Abs. 3) verzichtet werden.

Art. 782 Abs. 2

Artikel 782 Absatz 2 wird sprachlich an das Aktienrecht angepasst (s. Art. 653j Abs. 3). Materiell erfolgt keine Änderung. Lautet das Stammkapital auf eine ausländische Währung, so muss es durch ein Kapital mit einem Gegenwert von mindestens 20 000 Franken ersetzt werden (s. Art. 773 i. V. m. Art. 653j Abs. 3 Satz 2).

Art. 791 Eintragung ins Handelsregister

Artikel 791 äussert sich zur Eintragung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter ins Handelsregister. Dass die Gesellschafterinnen und Gesellschafter – unter Angabe der Anzahl und des Nennwerts ihrer Stammanteile – in das Handelsregister eingetragen werden, ist eine Besonderheit des GmbH-Rechts und widerspiegelt die personenbezogene Beschaffenheit der GmbH.

Der Inhalt des Registereintrags ist Gegenstand der HRegV (s. Art. 720). In Artikel 73 Absatz 1 Buchstabe i i. V. m. Artikel 119 HRegV finden sich entsprechend die Vorschriften über die einzutragenden Gesellschafterinnen und Gesellschafter. Artikel 17 HRegV äussert sich zu den zur Anmeldung verpflichteten bzw. berechtigten Personen. Um Doppelspurigkeiten bzw. Ungereimtheiten zwischen OR und HRegV zu vermeiden, wird Artikel 791 OR schlanker formuliert. Er enthält neu nur noch den für die GmbH charakteristischen Grundsatz der Eintragung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter. Die übrigen Angaben zur Eintragung ergeben sich aus der HRegV.

Art. 797a Schiedsgericht

Auch im GmbH-Recht wird eine explizite gesetzliche Grundlage für statutarische Schiedsklauseln gelegt. Es ist nämlich im Hinblick auf die Vorgaben von Artikel 797 OR nicht unumstritten, ob Schiedsklauseln für alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter, v. a. für solche, die ihre Stammanteile ausserhalb der Gründung oder einer Kapitalerhöhung erworben haben, verbindlich sind.⁵³⁴ Deshalb wird bezüglich der statutarischen Schiedsklausel auf die aktienrechtliche Bestimmung verwiesen (s. Art. 697n). Wie im Aktienrecht muss die Gesellschafterversammlung die Einführung einer statutarischen Schiedsklausel mit einem qualifizierten Mehr beschliessen (s. Art. 808b Abs. 1 Ziff. 10^{bis}).

Art. 798, 798a und 798b Dividenden, Zinse, Tantiemen

Für die Dividenden, inkl. Zwischendividenden, für die Zinse und als deren Spezialfall die Bauzinse sowie für die Tantiemen wird neu in Artikel 798 gesamthaft auf das Aktienrecht verwiesen, so u. a. auf die Artikel 660 f. OR und die Artikel 675a–677. Die Artikel 798a und 798b OR werden daher aufgehoben.

Hinsichtlich der Reserven und ihrer Rückzahlung verweist bereits Artikel 801 OR auf das Aktienrecht, insbesondere auf die Artikel 671–674 und 677a.

Art. 802 Abs. 2 erster Satz und Abs. 4

Die Änderungen von Artikel 802 Absatz 2 Satz 1 sind terminologischer Natur («Geschäftsbücher» statt «Bücher»; s. Art. 958f OR).

Die Änderung in Absatz 4 betrifft nur den französischen Gesetzestext.

Art. 804 Abs. 2 Ziff. 3, 5^{bis} und 14

Infolge des seit dem 1. Januar 2008 geltenden Revisionsrechts wird Absatz 2 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 (s. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6) wird die Beschlussfassung über die Rückzahlung von Kapitalreserven in Ziffer 5^{bis} ausdrücklich erwähnt und klar vom Beschluss über die Verwendung des Gewinns getrennt.

Die Änderung in Ziffer 14 betrifft nur den französischen Gesetzestext.

Art. 805 Abs. 4 und Abs. 5 Ziff. 2, 2^{bis} und 5

Absatz 4 wird aufgehoben, da sich die Zulässigkeit und die Voraussetzungen der schriftlichen Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung aus dem Querverweis in Absatz 5 Ziffer 5 auf die aktienrechtlichen Bestimmungen ergeben (s. Art. 701).

⁵³⁴ S. Dieter Gränicher, Art. 178 N 70, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Schnyder, Anton K./Berti, Stephen V. (Hrsg.), Basler Kommentar zum IPRG, Basel 2013.

In Absatz 5 Ziffern 2, 2^{bis} und 5 wird der Verweis auf das Aktienrecht den neuen Bestimmungen zur Einberufung und Durchführung der GV angepasst.

Art. 808b Abs. 1 Ziff. 6^{bis}, 8 und 10^{bis}

In Absatz 1 erfolgt mit der neuen Ziffer 6^{bis} die Anpassung an die neuen Bestimmungen des GmbH-Rechts (s. Art. 773) bzw. des Aktienrechts (s. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 9).

Die Änderung in Ziffer 8 betrifft nur den französischen Gesetzestext.

Bezüglich Ziffer 10^{bis} wird auf die Erläuterung zu Artikel 797a verwiesen.

Art. 810 Abs. 2 Ziff. 3, 5 und 7

Artikel 810 Absatz 2 Ziffern 3, 5 und 7 werden an die Bestimmungen des Aktienrechts angepasst (s. Art. 716a).

Art. 814 Abs. 6

Artikel 814 Absatz 6 OR äussert sich zur Eintragung der zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen. Entsprechende Vorschriften gehören in die HRegV (Art. 73 Abs. 1 Bst. q HRegV) und werden im OR gestrichen. Damit sollen Doppelspurigkeiten und Ungereimtheiten zwischen OR und HRegV vermieden werden (s. Art. 720). Absatz 6 ist daher ersatzlos aufzuheben.

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 der Verweisung sind die Bestimmungen, die auf das Aktienkapital abstellen, entsprechend auf das Stammkapital anzuwenden. Die Handlungspflichten des VR gelten entsprechend für die Geschäftsführung der GmbH (s. Art. 810 Abs. 2 Ziff. 7).

Mit der Integration des Konkursaufschubs in das Nachlassrecht (s. Ziff. 1.4.9.3) 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 berücksichtigen.

Der Verweis auf die Bestimmungen des Aktienrechts umfasst auch die Bestimmung zur Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen (s. Art. 725c).

Art. 821 Abs. 2

Der Gesellschafterversammlungsbeschluss zur Auflösung muss nicht länger öffentlich beurkundet werden (s. Art. 736). Absatz 2 kann deshalb aufgehoben werden.

2.2.3 Genossenschaft

Art. 830 Errichtung, Erfordernisse im Allgemeinen

Wie für die Aktiengesellschaft und die GmbH soll gemäss Absatz 1 auch für die Gründung einer Genossenschaft die Pflicht zur öffentlichen Beurkundung als Formvorschrift gelten. Eine Unterscheidung zwischen den beiden Kapitalgesellschaften einerseits und der Genossenschaft andererseits lässt sich nicht rechtfertigen. Rechtliche Differenzierungen sollen im Gesellschaftsrecht nur vorgenommen werden, wenn sie sich aufgrund der Natur der Rechtseinheit aufdrängen. Nur so lassen sich sachwidrige Abweichungen im Interesse der Konsistenz und der inneren Stimmigkeit des Gesellschaftsrechts vermeiden.⁵³⁵

Wie bei der Aktiengesellschaft und der GmbH (s. Art. 629 Abs. 4 und 777 Abs. 3) ist gemäss Absatz 2 die erleichterte Gründung möglich, sofern sich die Gründerinnen und Gründer auf den Mindestinhalt der Statuten beschränken (s. Art. 832). In diesem Fall genügt wie bis anhin die schriftliche Form (für weitere Ausführungen s. Art. 629 Abs. 3). Da die Genossenschaft kein festes Grundkapital aufweist, fehlt im Unterschied zur Aktiengesellschaft und zur GmbH bei der Genossenschaft die Einschränkung, dass das Kapital auf Franken lauten und die Einlagen in Franken geleistet werden müssen, sofern auf die öffentliche Beurkundung verzichtet werden soll. Gibt die Genossenschaft Anteilscheine aus, so gehört dies zum weiteren (*bedingt* notwendigen) Statuteninhalt gemäss Artikel 833. Infolgedessen kann auf die öffentliche Beurkundung ohnehin nicht verzichtet werden.

Genossenschaften, die vor Inkrafttreten der vorliegenden Gesetzesänderungen gegründet wurden, können ihre Statuten während zwei Jahren ab Inkrafttreten des neuen Rechts weiterhin mit einfacher Schriftlichkeit ändern (s. Art. 7 E Ueb. Best. OR).

Art. 832 Ziff. 1 und 3–5

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 materiell und systematisch zum bedingt notwendigen Inhalt der Statuten gehört (s. Art. 833).

Die Verwaltung, die Geschäftsführung und die Vertretung in der Genossenschaft sind 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. Art. 626).

Auch bei der Genossenschaft wird in Ziffer 5 der Begriff «Bekanntmachungen» durch «Mitteilungen» ersetzt (s. Art. 626).

⁵³⁵ Botschaft GmbH-Recht, S. 3166.

Art. 833 Ziff. 3, 5 und 8

Im Unterschied zum Aktien- und zum GmbH-Recht (s. Art. 627 und 776a) wird im Genossenschaftsrecht die Bestimmung zum bedingt notwendigen Statuteninhalt nicht aufgehoben. 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 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 einigen 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. 1.4.1.3). Ziffer 3 kann daher ersatzlos gestrichen werden. Sofern die empfangene Gegenleistung in einem Missverhältnis zur Höhe des Vermögenswerts 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. Im Unterschied zum Aktienrecht fehlen bei der Genossenschaft Bestimmungen zu einem Genossenschaftskapital in ausländischer Währung. Dies ist damit zu erklären, dass die Genossenschaft kein fixes Gesellschaftskapital aufweist und die Vorschriften zur Kapitalaufbringung bereits ausreichend liberal sind.

In Ziffer 8 wird «Reinertrag» durch «Bilanzgewinn» ersetzt; damit erfolgt eine Anpassung ans Aktienrecht (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR).

Art. 834 Abs. 2

Gleich wie bei der Aktiengesellschaft und der GmbH wird die «Stampa-Erklärung» ins Gesetz aufgenommen (s. Art. 629 Abs. 2 Ziff. 4).⁵³⁶

Art. 838a Statutenänderung

In Übereinstimmung mit dem Recht der Aktiengesellschaft und der GmbH ist der Beschluss über eine Änderung der Statuten öffentlich zu beurkunden (s. Art. 647 und Art. 780). Auf die öffentliche Beurkundung kann verzichtet werden, sofern die Statuten ausschliesslich die Angaben gemäss Artikel 832 enthalten (s. Art. 647 Abs. 2). Die zusätzliche Einschränkung des Aktienrechts, wonach das Kapital auf Franken lauten und die Einlagen in Franken geleistet werden müssen und das Kapital nicht herabgesetzt werden darf, sofern auf die öffentliche Beurkundung verzichtet werden soll, sind bei der Genossenschaft nicht notwendig. Die Genossenschaft weist kein festes Grundkapital auf, und bei Vorliegen von Anteilscheinen ist ohnehin immer die öffentliche Beurkundung notwendig (s. Art. 830 Abs. 2).

Art. 856 Randtitel und Abs. 2

Die Norm wird der entsprechenden Bestimmung im Aktienrecht nachgebildet (s. Art. 699a Abs. 3).

Art. 874 Abs. 2

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 möglich sind (s. Art. 653j ff.).

Art. 879 Abs. 2 Ziff. 2^{bis} und 3^{bis}

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).⁵³⁷ Dadurch ist die Befugnis der GV zur Genehmigung der Betriebsrechnung (Erfolgsrechnung) und der Bilanz sowie der Verteilung des Reinertrages weggefallen (Art. 879 Abs. 2 Ziff. 3 aOR). Dieses gesetzgeberische Versehen wird nun korrigiert, indem die frühere Ziffer 3 als neue Ziffer 2^{bis} wieder ins Gesetz aufgenommen wird.⁵³⁸ Sie wird dabei terminologisch an das Aktien- und das Rechnungslegungsrecht angepasst.

⁵³⁶ Zu beachten ist die Botschaft Handelsregister, S. 3654, welche diese Änderung ebenfalls enthält. Sollte die Vorlage zum Handelsregister vor der Änderung des Aktienrechts oder gleichzeitig mit ihr in Kraft treten, so müsste in der neuen Fassung von Artikel 834 Absatz 2 Satz 2 lediglich der Hinweis auf die Sachübernahme (S. Ziff. 1.4.1.3) gestrichen werden.

⁵³⁷ AS 2012 6679, 6696.

⁵³⁸ S. Lukas Müller/David P. Henry/Peter Barmettler, Art. 958 N 89, Fn. 161, in: Pfaff, Dieter/Glanz, Stephan/Stenz, Thomas/Zihler, Florian (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht – veb.ch Praxiskommentar, Zürich 2014

Die neue Ziffer 3^{bis} wird in Übereinstimmung mit dem Aktienrecht eingefügt (s. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6).

Art. 893a Tagungsort und Verwendung elektronischer Mittel

Für den Tagungsort und die Verwendung elektronischer Mittel wird neu auf das Aktienrecht verwiesen (s. Art. 701a ff.). Der Verweis gilt für alle Arten von GV, insbesondere auch für die Urabstimmung.

Art. 901

Artikel 901 OR äussert sich zur Eintragung der zur Vertretung der Genossenschaft befugten Personen. Entsprechende Vorschriften gehören in die HRegV (Art. 87 Abs. 1 Bst. 1 HRegV) und werden im OR gestrichen. Damit sollen Doppelspurigkeiten und Ungereimtheiten zwischen OR und HRegV vermieden werden (s. Art. 720). Artikel 901 OR wird daher ersatzlos aufgehoben.

Art. 902 Abs. 3

Die Bestimmung wird aus gesetzestechnischen Gründen neu gegliedert und redaktionell überarbeitet. Im Hinblick auf das Rechnungslegungsrecht wird neu in Ziffer 2 der Begriff «Geschäftsbericht» verwendet. Diesbezüglich und hinsichtlich der beiden anderen Ziffern handelt es sich um redaktionelle Anpassungen.

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 Artikel 904 OR besteht lediglich ein Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger vor ungerechtfertigten Bezügen, der allerdings erst im Konkurs greift.

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. Neu wird daher eine Norm geschaffen, die für die Rückerstattung von Leistungen auf das Aktienrecht verweist (s. Art. 678 f.).

Art. 903 Drohende Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung

Die Pflichten des VR unter den Artikeln 725 ff. gelten bei der Genossenschaft entsprechend für deren Verwaltung.

Die Bestimmungen des Aktienrechts zur drohenden Zahlungsunfähigkeit, zur Überschuldung sowie zur Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen sind gemäss Absatz 1 entsprechend anwendbar. Die Bestimmungen zum Kapitalverlust (s. Art. 725a) kommen gemäss Absatz 2 nur zur Anwendung, wenn es sich um eine Genossenschaft mit Anteilscheinen handelt (Art. 853 OR).

Bei der Berechnung des Kapitalverlusts bzw. der Überschuldung sind die Reserven nach Artikel 860 OR mit einzubeziehen.

Unverzüglich einbezahlte Nachschüsse sind nunmehr insbesondere im Rahmen der Anwendung von Artikel 725b Absatz 4 Ziffer 2 oder im Rahmen eines Nachlassgesuchs zu berücksichtigen.

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.⁵³⁹

Art. 912 Eintragung ins Handelsregister

Der Wortlaut von Artikel 912 OR wird sprachlich und inhaltlich an die neuere Formulierung des GmbH-Rechts angepasst (Art. 821a OR). Insbesondere äussert sich Artikel 912 nicht mehr dazu, *wer* die Eintragung vorzunehmen hat, da entsprechende Vorschriften Gegenstand der HRegV sind (Art. 17 HRegV; s. Art. 737).

Art. 919 Abs. 1

Aus Gründen der Vereinheitlichung und Vereinfachung wird dem Konzept der laufenden Revision des Verjährungsrechts folgend dieselbe relative Verjährungsfrist von drei Jahren vorgesehen wie bei Artikel 678a (und entsprechend in Art. 760 Abs. 1).⁵⁴⁰

2.2.4 Handelsregister

Art. 938a Abs. 1

Der *dreimalige* Schuldenruf ist nicht mehr zeitgemäss und wird durch einen *einfachen* Schuldenruf ersetzt (s. Art. 653k). Im Übrigen entspricht die Norm dem geltenden Recht.⁵⁴¹

⁵³⁹ S. Hanspeter Wüstiner, Art. 903 N 15., in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

⁵⁴⁰ Botschaft Verjährungsrecht, S. 263 und 265. Allenfalls besteht ein Koordinationsbedarf mit der Vorlage zum Verjährungsrecht.

⁵⁴¹ Allenfalls besteht ein Koordinationsbedarf mit der Vorlage zum Handelsregisterrecht (Botschaft Handelsregister, S. 3643 zu Art. 934 E OR).

2.2.5 Rechnungslegung

Art. 958b Abs. 3

Das Nennwertkapital von Aktiengesellschaften und GmbH darf gemäss Entwurf auch auf eine ausländische Währung lauten (s. Art. 621 und 773). Deshalb muss Artikel 958b um einen Absatz 3 erweitert werden, der den anzuwendenden Umrechnungsmechanismus für den Umsatzerlös festlegt.

Art. 958e Randtitel und Abs. 3

Gemäss geltendem Recht können Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere wenn eine Konzernrechnung nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung erstellt wird, auf bestimmte Aspekte der Rechnungslegung verzichten (Art. 961d Abs. 1, 962 Abs. 3 und 963a Abs. 1 Ziff. 2 OR). Dadurch sollten die Unternehmen administrativ und finanziell entlastet werden; die Informationsrechte der am Unternehmen beteiligten Personen sollten jedoch nicht eingeschränkt werden. Es ist in der Praxis deshalb unbestritten, dass die Dokumente der Rechnungslegung, die zur Entlastung führen, denselben Vorgaben zur Veröffentlichung und Einsichtnahme unterliegen wie die Dokumente, die ohne die Entlastung hätten erstellt werden müssen.⁵⁴² Diese Praxis widerspiegelt sich aber nur teilweise im aktuellen Gesetzeswortlaut. Durch den neuen Absatz 3 in Artikel 958e Absatz 3 soll diese echte Lücke geschlossen werden. Es wird dadurch Rechtssicherheit geschaffen, ohne dass neue Pflichten für die Unternehmen entstehen.

Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. d–g

Absatz 2 Ziffer 3 Buchstabe d umfasste bereits bisher die freiwilligen Gewinnreserven. Im Übrigen wird auf die Ausführungen zu den zwei neuen Buchstaben f und g verwiesen.

Buchstabe e entspricht dem bisherigen Buchstaben e. Abgesehen vom Satzzeichen ändert sich nichts.

Neu werden unter den Buchstaben f und g der Bilanzgewinn und der Bilanzverlust periodengerechter aufgeteilt:

- Buchstabe f: Der Gewinnvortrag enthält die Gewinne aus früheren Geschäftsjahren. Diese wurden bisher nicht den gesetzlichen oder freiwilligen Gewinnreserven zugewiesen und nicht ausgeschüttet. Der Verlustvortrag (als Minusposten dargestellt) enthält die Verluste aus früheren Geschäftsjahren, die gemäss Artikel 674 nicht verrechnet wurden.
- Buchstabe g: Der Jahresgewinn oder der Jahresverlust (Letzterer als Minusposten dargestellt) ist der Gewinn oder Verlust, den das Unternehmen im soeben abgeschlossenen Geschäftsjahr erzielt hat.

⁵⁴² S. Lorenz Lipp, Art. 961d N 6, in: Roberto, Vito/Trüb, Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Ergänzungsband: Revidiertes Rechnungslegungsrecht 2013, Zürich 2013; Stephan Dekker, Art. 961d N 4, in: Wibmer, Jeannette K. (Hrsg.) Aktienrecht Kommentar, Zürich 2016.

Da insbesondere das Aktienrecht an die Begriffe des Bilanzgewinns und -verlusts anknüpft, sind die Buchstaben f und g entsprechend von Nutzen. Zudem muss ein Adressat der Jahresrechnung nicht mehr die Erfolgsrechnung beiziehen, um erkennen zu können, ob das gerade abgeschlossene Geschäftsjahr erfolgreich war. Diese Aufgliederung fördert die Umsetzung der Grundsätze der Klarheit und Verständlichkeit, zweier Grundsätze ordnungsgemässer Rechnungslegung (Art. 958c Abs. 1 Ziff. 1 OR), und wird in der Praxis bereits heute empfohlen.⁵⁴³

Art. 959c Abs. 2 Ziff. 4, 14 und 15

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 offenzulegen, die es selbst oder die von ihm direkt oder indirekt kontrollierten Unternehmen halten. Bezüglich der Frage, wann ein Unternehmen direkt oder indirekt kontrolliert wird, sei auf Artikel 963 OR verwiesen. Eine über den Konzern hinausgehende Offenlegung scheidet hingegen oftmals daran, dass ohne Kontrolle die Durchsetzung des Informationsflusses nicht möglich ist. Deshalb wird der geltende Wortlaut entsprechend präzisiert. Die neue Regelung entspricht der Praxis⁵⁴⁴ und dem auf den 1. Januar 2013 aufgehobenen, aber präziseren Artikel 663b Ziffer 10 aOR.

Nach geltendem Recht müssen bei einem vorzeitigen Rücktritt der Revisionsstelle die Gründe hierfür im Anhang zur Jahresrechnung offengelegt werden (Art. 959c Abs. 2 Ziff. 14 OR). Dies soll gemäss Absatz 2 Ziffer 14 neu auch für den vergleichbaren Fall der vorzeitigen Abberufung der Revisionsstelle aus wichtigen Gründen gelten (s. Art. 730a Abs. 4). Für die verschiedenen Adressatinnen und Adressaten des Geschäftsberichts ist es von grossem Interesse zu wissen, aus welchen Gründen die GV die Revisionsstelle vorzeitig abberufen hat.

Absatz 2 Ziffer 15 entspricht Artikel 653x VE OR. Aus systematischen Gründen wird die Bestimmung vom Aktien- ins Rechnungslegungsrecht verschoben; materiell ändert sich dabei nichts. Der VR hat alle Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen, die er gestützt auf das Kapitalband vornimmt (s. Art. 653s ff.), im Anhang zur Jahresrechnung offenzulegen.

Art. 960f Zwischenabschluss

An verschiedener Stelle wird der VR einer Aktiengesellschaft zur Erstellung eines Zwischenabschluss verpflichtet, beispielsweise bei der Kapitalherabsetzung, wenn der Bilanzstichtag im Zeitpunkt, in dem die GV die Herabsetzung beschliesst, mehr als sechs Monate zurückliegt (s. Art. 653l), bei der Ausrichtung einer Zwischendividende (s. Art. 675a) oder beim Abschluss des Fusionsvertrags, wenn der Bilanz-

⁵⁴³ S. Robert Gutsche, Art. 959a N 156, in: Pfaff, Dieter/Glanz, Stephan/Stenz, Thomas/Zihler, Florian (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht – veb.ch Praxiskommentar, Zürich 2014.

⁵⁴⁴ S. Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Buchführung und Rechnungslegung», Zürich 2014, S. 287; Franz J. Kessler, Art. 959c N 57 Fn. 53, in: Pfaff, Dieter/Glanz, Stephan/Stenz, Thomas/Zihler, Florian (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht – veb.ch Praxiskommentar, Zürich 2014.

stichtag mehr als sechs Monate zurückliegt oder wichtige Änderungen in der Vermögenslage der an der Fusion beteiligten Gesellschaften eingetreten sind (Art. 11 FusG). Diese Pflichten zur Erstellung eines Zwischenabschlusses bleiben im Aktienrecht oder spezialgesetzlich geregelt.

Zur Stärkung der Einheitlichkeit und aufgrund der Tatsache, dass ein Zwischenabschluss auch bei weiteren Rechtseinheiten relevant ist (z. B. bei der GmbH), werden hingegen die Regeln für die Erstellung eines Zwischenabschlusses neu in Artikel 960f geregelt, also im 32. Titel des OR zur kaufmännischen Buchführung und Rechnungslegung.

Die Verankerung der Regeln für die Erstellung eines Zwischenabschlusses in Artikel 960f wurde in der Vernehmlassung begrüsst. Es wurden jedoch verschiedene Änderungsvorschläge vorgebracht, insbesondere von den Branchenverbänden.⁵⁴⁵ U. a. anhand dieser Anregungen wurde Artikel 960f VE OR gründlich überarbeitet.

Da bereits heute eine Zwischenbilanz ohne Zwischenerfolgsrechnung methodisch undenkbar ist,⁵⁴⁶ wird neu der präzisere Begriff des Zwischenabschlusses vorgesehen. Verwendet ein anderer Rechtserlass weiterhin den Begriff der Zwischenbilanz und sind zu deren Erstellung die Vorgaben des 32. Titels des OR und damit Artikel 960f anzuwenden, so ist grundsätzlich von einem dynamischen Verweis auszugehen. Mit seinem Inkrafttreten wird Artikel 960f auch für die Erstellung solcher Zwischenabschlüsse relevant. Etwas anderes gilt nur, wenn dies rechtlich ausdrücklich angeordnet ist oder es sich aus Sinn und Zweck bzw. der Systematik der Verweisungsnorm oder aus den Gesetzesmaterialien ergibt.⁵⁴⁷

Gemäss Absatz 1 Satz 1 ist der Zwischenabschluss nach den Vorschriften zur Jahresrechnung zu erstellen (Art. 958 ff. OR). Er enthält folglich zumindest eine Bilanz, eine Erfolgsrechnung und einen Anhang. Die Grundsätze ordnungsgemässer Rechnungslegung sind zu beachten (Art. 958c OR). Wie bei Artikel 958 Absatz 2 OR bleiben die Vorschriften für grössere Unternehmen und Konzerne vorbehalten. So haben z. B. grössere Unternehmen eine (Zwischen-)Geldflussrechnung zu erstellen.

Aufgrund des Charakters des Zwischenabschlusses sind gemäss Absatz 2 Vereinfachungen und Verkürzungen zulässig. Aufgrund der verschiedenen Erstellungsgründe und Verwendungszwecke von Zwischenabschlüssen können diese Vereinfachungen und Verkürzungen nicht im Einzelnen im Gesetz aufgelistet werden. Es würde eine zu starre Norm entstehen. Jedoch wird in Satz 1 eine Leitlinie festgehalten: Die Vereinfachungen und Verkürzungen dürfen zu keinen Beeinträchtigungen der Darstellung des Geschäftsgangs führen. Die Auswirkungen der Tätigkeit des Unternehmens seit dem Stichtag der letzten Jahresrechnung müssen im Zwischenabschluss zuverlässig abgebildet sein. Es geht folglich um eine zahlenmässige Darstellung des Ergebnisses sowie um eine qualitative Erläuterung des Geschäftsgangs.⁵⁴⁸

⁵⁴⁵ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 34.

⁵⁴⁶ S. insgesamt Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 3 N 81 und § 13 N 770; Lukas Glanzmann, Umstrukturierungen, 3. Auflage, Bern 2014, N 315.

⁵⁴⁷ S. insgesamt Marco Greter/Florian Zihler, Art. 957 N 38, in: Pfaff, Dieter/Glanz, Stephan/Stenz, Thomas/Zihler, Florian (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht – veb.ch Praxiskommentar, Zürich 2014.

⁵⁴⁸ So auch Swiss GAAP FER 31/9.

Nach Absatz 2 Satz 2 sind im Zwischenabschluss mindestens die Überschriften und Zwischensummen auszuweisen, die in der letzten Jahresrechnung enthalten sind. Dies ist zur Vergleichbarkeit des Zwischenabschlusses mit der letzten Jahresrechnung notwendig.

Die Erstellung des Anhangs richtet sich nach den Vorgaben der Absätze 1 und 2 und somit insbesondere nach den Vorgaben von Artikel 959c OR. Im Gegensatz zum Vorentwurf werden nicht einzelne Bestandteile des Anhangs, die sich bereits aus Artikel 959c OR ergeben, in Artikel 960f wiederholt. Es werden aber folgende drei Bestandteile des Anhangs ausdrücklich verlangt, die aufgrund des Vorliegens eines blossen Zwischenabschlusses notwendig sind:⁵⁴⁹

- Der Zweck des Zwischenabschlusses (Ziff. 1): Dieser kann sich aus dem Gesetz ergeben (z. B. dem FusG oder dem OR) oder er ergibt sich aufgrund der eigenen Vorstellungen des Unternehmens, z. B. im Rahmen einer *Due-Diligence*-Prüfung.
- Die angewandten Vereinfachungen und Verkürzungen, inkl. allfälliger Abweichungen von den für die letzte Jahresrechnung verwendeten Grundsätzen (Ziff. 2): In diesem Zusammenhang ist auch offenzulegen, ob auf eine körperliche Bestandesaufnahme teilweise oder vollständig verzichtet wurde. Das Gesetz verzichtet, wie oben dargelegt, auf eine Aufzählung der Vereinfachungen und Verkürzungen. Hingegen gewährt es den Adressatinnen und Adressaten des Zwischenabschlusses mit Ziffer 2 umfassende Transparenz.
- Weitere Faktoren, welche die wirtschaftliche Lage des Unternehmens während der Berichtsperiode wesentlich beeinflusst haben: Besonders wichtig sind Informationen zu den Auswirkungen einer allfälligen Saisonalität.

Der Zwischenabschluss muss gemäss Absatz 3 Satz 1 als solcher bezeichnet werden, um Missverständnissen und Täuschungen vorzubeugen. Nach Satz 2 ist der Zwischenabschluss – vergleichbar mit den Vorgaben an die Jahresrechnung (Art. 958 Abs. 3 Satz 2 OR) – vom Vorsitzenden des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans und von der innerhalb des Unternehmens für den Zwischenabschluss zuständigen Person zu unterzeichnen.

Art. 961d Randtitel und Abs. 1

Auf die Rechnungslegung für grössere Unternehmen (Art. 961 ff. OR) kann gemäss geltendem Recht verzichtet werden, wenn das Unternehmen selbst oder eine juristische Person, die das Unternehmen kontrolliert, eine Konzernrechnung nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung erstellt (Art. 961d Abs. 1 OR).

Neu soll gemäss Absatz 1 auch ein Einzelabschluss nach einem anerkannten Standard (z. B. Swiss GAAP FER oder IFRS) dazu führen, dass ein Unternehmen auf die Rechnungslegung für grössere Unternehmen verzichten kann. Dies ist u. a. für Unternehmen in der Stromwirtschaft von Bedeutung, die oftmals einen Einzelabschluss nach Swiss GAAP FER erstellen. Ein solcher Abschluss liefert grundsätzlich dieselben Informationen wie die Rechnungslegung für grössere Unternehmen, so

⁵⁴⁹ So auch Swiss GAAP FER 31/12.

insbesondere eine Geldflussrechnung. Gewisse informelle Abstriche finden jedoch beim Lagebericht statt, die sich aber auch bereits aufgrund des geltenden Rechts ergeben. Die Ergänzung in Absatz 1 soll die Unternehmen entlasten, ohne jedoch den im geltenden Absatz 2 enthaltenen Minderheitenschutz zu beeinträchtigen.

Art. 963a Abs. 2 Ziff. 2 und Abs. 3

In Absatz 2 Ziffer 2 wird die Höhe des Schwellenwerts für die Ausübung des Minderheitenrechts beim Verein an die Höhe der Schwellenwerte in den Artikeln 961d Absatz 2 Ziffer 2 und 962 Absatz 2 Ziffer 2 OR angepasst. Ein tieferer Schwellenwert im Bereich der Konsolidierung ist sachlich nicht zu begründen. Ansonsten bleibt der Minderheitenschutz unverändert.

Bezüglich des bisherigen Absatzes 3 wird auf die Erläuterungen zu Artikel 958e Absatz 3 verwiesen.

Der neue Absatz 3 wird infolge der Möglichkeit eingeführt, ein Grundkapital in ausländischer Währung vorzusehen (s. Art. 621).

2.2.6 Transparenz bei Rohstoffunternehmen

Die Artikel 964a–964e sehen für rohstofffördernde Unternehmen neu die Pflicht zur Berichterstattung über ihre Zahlungen an staatliche Stellen vor (s. Ziff. 1.4.10). Sie entsprechen grundsätzlich den Vorschriften in der EU (s. Ziff. 1.5.6).

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 oder Erdgas oder 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 aufeinanderfolgenden 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; KMU fallen nicht in den Anwendungsbereich.

Wenn ein Unternehmen eine konsolidierte Jahresrechnung (Konzernrechnung) zu erstellen hat (Art. 963 OR), 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, die selber oder durch ein von ihnen kontrolliertes

Unternehmen im Bereich der Rohstoffgewinnung oder des Holzeinschlags in Primärwäldern tätig sind. Damit werden auch Aktivitäten von Konzernuntergesellschaften erfasst. Es spielt keine Rolle, ob das Unternehmen selbst oder eine von diesem kontrollierte Tochtergesellschaft die Tätigkeit ausübt.

Der Bericht über Zahlungen an staatliche Stellen ist ein eigenständiger Bericht. Er ist nicht Bestandteil des Lageberichts, den grössere Unternehmen gestützt auf Artikel 961 Ziffer 3 OR zu erstellen haben. Der Lagebericht muss – im Gegensatz zum Bericht über Zahlungen an staatliche Stellen – von der GV genehmigt werden (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 OR). Zudem ist der Bericht über Zahlungen an staatliche Stellen jährlich zu publizieren (s. Art. 964*d*). Demgegenüber muss der Lagebericht nur eingeschränkt veröffentlicht werden (Art. 958*e* OR).

Ist das Unternehmen mit Sitz in der Schweiz in den von ihm oder einem anderen Unternehmen mit Sitz im Ausland erstellten Konzernzahlungsbericht bzw. konsolidierten Bericht über Zahlungen an staatliche Stellen bereits einbezogen, so kann es gemäss Absatz 3 auf einen eigenen, separaten Bericht über Zahlungen an staatliche Stellen verzichten. In diesem Fall muss das Schweizer Unternehmen aber im Anhang der Jahresrechnung angeben, bei welchem andern Konzernunternehmen es in den Bericht einbezogen wurde; ferner hat es anstelle eines eigenen Berichts *diesen* Bericht zu veröffentlichen.

Die der Berichterstattungspflicht unterliegenden Unternehmen müssen im Bereich der Gewinnung von Mineralien, Erdöl oder Erdgas oder der Gewinnung bzw. des Einschlags von Holz in Primärwäldern tätig sein.

Der Begriff der Gewinnung ist in Absatz 4 definiert. Er umfasst sämtliche Unternehmenstätigkeiten auf dem Gebiet der Exploration, Prospektion, Entdeckung, Erschliessung und Förderung. Exploration und Prospektion bezeichnen die Tätigkeiten, die mit der Erkundung und dem Aufsuchen von Lagerstätten und Rohstoffen zusammenhängen. Mit dem Ausdruck Entdeckung ist die Suche nach neuen Rohstoffen und neuen 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 5 Zahlungen an staatliche Stellen, namentlich nationale, regionale oder kommunale Behörden eines Landes. 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. Offen zuzulassen 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

OR sinngemäss heranzuziehen. Die Kontrolle aufgrund eines beherrschenden Einflusses des Staates auf eine Abteilung oder ein Unternehmen kann sich zudem aus einem Rechtserlass ergeben.

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 bzw. Erläuterung der angewendeten Bewertungsmethode. In Frage kommen sämtliche anerkannten handelsrechtlichen Bewertungsmethoden. Eine einmal gewählte Bewertungsmethode sollte mit Bezug auf gleichartige Sachleistungen beibehalten werden. Dies ergibt sich aus der Anwendung des im Rechnungslegungsrecht geltenden Stetigkeitsprinzips (vgl. Art. 958c Abs. 1 Ziff. 6 OR). Damit wird die Vergleichbarkeit der Zahlungsberichte gefördert. Ein Methodenwechsel ist ausnahmsweise, in begründeten Fällen zulässig, muss aber im Bericht erläutert werden.

Gemäss Absatz 1 bezeichnet der Ausdruck «Zahlung» die Entrichtung einer bestimmten oder bestimmaren, nachstehend beispielhaft aufgezählten Leistung:⁵⁵⁰

- Zahlungen für Produktionsansprüche;
- Steuern auf der Produktion, den Erträgen oder Gewinnen von Unternehmen, ausgenommen Mehrwert- oder Umsatzsteuern und andere Steuern auf dem Verbrauch;
- Nutzungsentgelte;
- Dividenden, ausgenommen die an eine staatliche Stelle als Gesellschafterin dieses Unternehmens gezahlten Dividenden, solange diese unter denselben Bedingungen wie an die anderen Gesellschafterinnen und Gesellschafter gezahlt werden;
- Unterzeichnungs-, Entdeckungs- und Produktionsboni;
- Lizenz-, Miet- und Zugangsgebühren oder sonstige Gegenleistungen für Bewilligungen oder Konzessionen;
- Zahlungen für die Verbesserung der Infrastruktur.

Unter *Produktionsansprüchen* können namentlich Leistungen verstanden werden, welche sich aus einem Recht der staatlichen Stelle auf einen Teil der geförderten Produktion ergeben.

Unter die Berichterstattungspflicht fallen auch sämtliche *Steuern*, welche auf den Erträgen, der Produktion oder den Gewinnen erhoben werden. Eine Ausnahme gilt

⁵⁵⁰ Vgl. dazu: Guido Havers/Daniel P. Siegel, Aufstellung von Zahlungsberichten nach BilRUG, WPg 06.2016, S. 341 ff. (der Beitrag behandelt die Umsetzung der von Art. 41 ff. Rechnungslegungsrichtlinie im deutschen Recht, § 341q–341y HGB).

ausdrücklich für Verbrauchssteuern, namentlich die Mehrwertsteuer und vergleichbare Steuern.

Als *Nutzungsentgelte* können variable Zahlungen qualifiziert werden, die beispielsweise abhängig von der geförderten Menge oder vom Förderwert zu leisten sind.

Mit *Dividenden* sind Gewinnausschüttungen im Sinne von Artikel 660 OR Absatz 1 bzw. Artikel 798 Absatz 1 OR gemeint. Dividenden sind aber dann nicht offenzulegen, wenn ihre Ausschüttung an die staatliche Stelle einem Drittvergleich standhält, d. h. wenn die Dividenden der staatlichen Stelle unter denselben Bedingungen wie den anderen Gesellschafterinnen und Gesellschafterausgeschüttet werden.

Von der Regelung erfasst werden auch *Unterzeichnungs-, Entdeckungs- und Produktionsboni*. Als *Unterzeichnungsbonus* kann eine einmalige Zahlung für den Abschluss eines Vertrags, welcher die Rohstoffgewinnung beinhaltet, qualifiziert werden. Unter *Entdeckungsboni* kann man Leistungen des Unternehmens an eine staatliche Stelle verstehen, die für das Auffinden eines bestimmten Rohstoffs bezahlt werden. Mit dem Begriff *Produktionsboni* können Geldleistungen erfasst werden, welche z. B. in Abhängigkeit von der geförderten Menge oder vom Umsatz zusätzlich zu Nutzungsentgelten erbracht werden, wenn ein bestimmtes, vertraglich vereinbartes Mengen- bzw. Umsatzvolumen bei der Förderung erreicht oder überschritten wurde.

Lizenz-, Miet- und Zugangsgebühren oder sonstige Gegenleistungen für Bewilligungen oder Konzessionen umfassen fixe Zahlungen, die an staatliche Stellen als Gegenleistung für das Recht auf Gewinnung von Rohstoffen und unabhängig beispielsweise von der Abbaumenge ausgerichtet werden.

Der Bericht muss schliesslich auch sämtliche Zahlungen aufführen, die an staatliche Stellen für die *Verbesserung der Infrastruktur* geleistet werden. Darunter kann man Zahlungen verstehen, welche die Rohstoffunternehmen an staatliche Stellen im Zusammenhang mit dem notwendigen wirtschaftlichen und organisatorischen Unterbau als Voraussetzung für die Versorgung und die Nutzung eines bestimmten Gebiets leisten (Zahlungen für die Erstellung oder den Ausbau einer Erschliessungsstrasse, Zahlungen für kommunale Gemeinschaftsprojekte, wie z.B. Schulen etc.).

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- oder erdgasgewinnenden Industrie oder auf dem Gebiet des Holzeinschlags in Primärwäldern ergeben.

Gemäss Absatz 2 sind im Bericht alle Zahlungen an staatliche Stellen in der Höhe von 100 000 Franken und mehr pro Geschäftsjahr aufzuführen. Der Betrag stellt eine Wesentlichkeitsgrenze dar. Das Geschäftsjahr entspricht dem Zeitraum, für welchen die Jahresrechnung erstellt wird. Die in einem Geschäftsjahr geleisteten Zahlungen sind auf das Ende des Geschäftsjahrs zu ermitteln.

Es kann sich bei den Zahlungen an staatliche Stellen um Einzelzahlungen oder Zahlungen in Teilbeträgen (z. B. Ratenzahlungen) handeln, die denselben vertraglichen Leistungsgegenstand betreffen und insgesamt mindestens 100 000 Franken erreichen. Nach Artikel 8 der Übergangsbestimmungen sollen die Vorschriften des 6. Abschnitts des 32. Titels erstmals Anwendung für das Geschäftsjahr finden, das ein Jahr nach Inkrafttreten dieser Gesetzesänderung beginnt. Im ersten Geschäftsjahr nach 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 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, so 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 ist die Zusammenfassung von 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 mehrere solche Vereinbarungen materiell miteinander verbunden sind, werden diese als ein Projekt betrachtet.

Der Bericht muss nach Absatz 4 schriftlich abgefasst werden. Eine tabellarische Darstellung, in welcher die Zahlungen mit dem Datum der Ausführung für jede staatliche Stelle und jedes Projekt jeweils den einzelnen Zahlungsgründen nach Artikel 964b Absatz 2 zugeordnet werden, ist zulässig. Das oberste Leitungs- und Verwaltungsorgan (z. B. der VR einer Aktiengesellschaft) hat den Bericht zu genehmigen. Die Möglichkeit der Sprachenwahl (Berichterstattung in einer der Landessprachen oder Englisch) entspricht der Regelung für die Rechnungslegung (Art. 958d Abs. 4 OR).

Art. 964d Veröffentlichung

Absatz 1 statuiert die Pflicht der Gesellschaft zur Veröffentlichung des Berichts über Zahlungen an staatliche Stellen innerhalb von sechs Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahrs. Dies entspricht der Ordnungsfrist nach Artikel 958 Absatz 3 OR. Publiziert werden muss der vollständige Bericht über die Zahlungen an staatliche Stellen. Die Publikation hat elektronisch, z. B. auf der Homepage des Unternehmens, zu erfolgen.

Der Bericht muss gemäss Absatz 2 mindestens zehn Jahre lang öffentlich zugänglich sein. Es kann davon ausgegangen werden, dass sämtliche betroffenen Unternehmen über eine eigene Homepage 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 der Kreis jener, die

sich über die Jahres- und Konzernrechnung informieren wollen. Insbesondere Nichtregierungsorganisationen werden dazu zu zählen sein. In der EU müssen die Unterlagen der Rechnungslegung und die Berichte über Zahlungen an staatliche Stellen bei einem zentralen Register, z. B. dem Handels- oder Gesellschaftsregister, hinterlegt werden.⁵⁵¹ Im Schweizer Recht existiert keine Pflicht zur systematischen Hinterlegung der Jahresrechnung bei einer Behörde. Deshalb wurde darauf verzichtet, eine solche ausschliesslich für die Berichte betreffend die Zahlungen an staatliche Stellen zu verlangen.

Absatz 3 enthält eine Delegationsnorm, welche den Bundesrat ermächtigt, mittels Erlass einer Verordnung Vorgaben zur Struktur der im Bericht enthaltenen Daten und Angaben zu erlassen. Es geht dabei primär darum, Regeln erlassen zu können, welche eine Vereinheitlichung der Struktur der Berichte erlauben. Die Lesbarkeit und die Vergleichbarkeit der Berichte sind nicht nur im Interesse der Öffentlichkeit, sondern auch im Interesse der Unternehmen. Würde ein Unternehmen seine Pflichten seriös und transparent umsetzen, währenddessen ein Konkurrenzunternehmen einen Bericht verfasst, der schwer lesbar ist, so hätte dieses faktisch einen unrechtmässigen Wettbewerbsvorteil. Es besteht sogar die Gefahr, dass eine Art «*race to the bottom*» eingeläutet wird, indem schwer lesbare Berichte der Regelfall werden. Die Verordnungskompetenz des Bundesrats hat also v. a. auch präventive Wirkung in Bezug auf die Umsetzung der Transparenzvorschriften und die Vermeidung von unlauterem Wettbewerb. Die Bestimmung ist zudem eine Kann-Vorschrift. Der Bundesrat würde nur aktiv werden, wenn sich bezüglich der Lesbarkeit und Vergleichbarkeit tatsächlich die erwähnten wesentlichen Probleme ergeben würden. Dass der Bundesrat Rechtsetzungskompetenzen im Rechnungslegungsrecht zurückhaltend ausübt, hat er bei der VASR bewiesen, die sich auf Artikel 962a Absatz 5 OR abstützt. Ähnlich zurückhaltend war er beim Erlass der GeBüV, deren Grundlage in Artikel 958f Absatz 4 OR zu finden ist.

Art. 964e Führung und Aufbewahrung

Für die Vorgaben an die Führung und Aufbewahrung des Berichts über Zahlungen an staatliche Stellen gibt es keine zwingenden Gründe, vom Rechnungslegungsrecht abzuweichen. Artikel 964e verweist deshalb auf Artikel 958f OR. Somit sind insbesondere auch die Vorgaben der GeBüV relevant. Hierzu besteht eine ständige Praxis. Aus Artikel 958f Absatz 2 i. V. m. Artikel 958 Absatz 3 OR ist zudem erkennbar, dass die oder der Vorsitzende des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans und die innerhalb des Unternehmens für die Erstellung des Berichts über Zahlungen an staatliche Stellen verantwortliche Person diesen zu unterzeichnen haben.

⁵⁵¹ S. Art. 45 Abs. 1 Rechnungslegungsrichtlinie vom 26. Juni 2013 i. V. m. Art. 2 Bst. f und Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 der Richtlinie 2009/101 EG vom 16. September 2009 (ABl. L 258 vom 1.10.2009, S. 11).

2.2.7 Wertpapiere

Art. 984 Abs. 1

Der *dreimalige* Schuldeneruf ist nicht mehr zeitgemäss und wird durch einen *einfachen* Schuldeneruf ersetzt (s. Art. 653k). Im Übrigen entspricht die Norm dem geltenden Recht.

Art. 1077 Abs. 1

Der *dreimalige* Schuldeneruf ist nicht mehr zeitgemäss und wird durch einen *einfachen* Schuldeneruf ersetzt (s. Art. 653k). Im Übrigen entspricht die Norm dem geltenden Recht.

2.2.8 Übergangsbestimmungen

Art. 1 und 2 Allgemeine Regel, Anpassung von Statuten und Reglementen

Die Artikel 1–4 des Schlusstitels des ZGB finden auch für die vorliegende Gesetzesrevision Anwendung, insbesondere für die Änderungen des OR. Die Artikel 2 ff. der nachfolgenden Übergangsbestimmungen können jedoch spezifische Vorgaben enthalten, die den Artikeln 1–4 des Schlusstitels des Zivilgesetzbuches vorgehen (s. Art. 1 Abs. 1 E Ueb. Best. OR).

Die Vorschriften des neuen Rechts gelangen unmittelbar nach ihrem Inkrafttreten auf alle bestehenden Gesellschaften zur Anwendung (s. Art. 1 Abs. 2 E Ueb. Best. OR), ausser es ergibt sich aus dem Übergangsrecht etwas anderes.

Für die Anpassung der Statuten und Reglemente an die neuen Bestimmungen stehen den Unternehmen zwei Jahre seit Inkrafttreten des neuen Rechts zur Verfügung (s. Art. 2 Abs. 1 E Ueb. Best. OR). Die Aktienrechtsrevision von 1991 sah eine Übergangsfrist von fünf Jahren vor.⁵⁵² 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.⁵⁵³ Die vom Entwurf 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. Ähnliche Erfahrungen wurden bei der VegÜV gemacht.

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 (s. Art. 2 Abs. 2 E Ueb. Best. OR).

⁵⁵² AS 1992 733, 781

⁵⁵³ S. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage, Zürich 2004, § 19 N 30.

Art. 3 Genehmigte Kapitalerhöhung und Kapitalerhöhung
aus bedingtem Kapital

Hat die GV vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts eine bedingte oder eine genehmigte Kapitalerhöhung beschlossen (Art. 651 und 653 OR), so kommt das bisherige Recht weiterhin zu Anwendung. Die Beschlüsse können jedoch nicht mehr verlängert oder modifiziert werden.

Art. 4 Vertretung der Geschlechter

Börsenkotierte Gesellschaften, welche die Schwellenwerte gemäss Artikel 727 Absatz 1 Ziffer 2 überschreiten, haben in Bezug auf die Erreichung des Geschlechterrichtwerts (s. Art. 734f) im VR spätestens fünf Jahre nach Inkrafttreten des neuen Rechts die Pflicht zur Berichterstattung im Vergütungsbericht zu erfüllen. Für die Berichterstattung in Bezug auf den Geschlechterrichtwert in der Geschäftsführung wurde die Übergangsfrist des Vorentwurfs von fünf auf zehn Jahre verlängert (Abs. 2). Eine Differenzierung zwischen VR und Geschäftsleitung scheint gerechtfertigt (zur ausführlichen Begründung s. Ziff. 1.4.7).

Art. 5 Konkursaufschub

Ein vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts bewilligter Konkursaufschub (s. Art. 725a OR) soll gemäss den Bestimmungen des bisherigen Rechts weiterhin 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. SchKG) zu überführen.

Art. 6 Anpassung altrechtlicher Arbeitsverträge

Arbeitsverträge sind 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.⁵⁵⁴

Art. 7 Statutenänderung bei Genossenschaften

Genossenschaften, die vor Inkrafttreten des neuen Rechts gegründet wurden, können ihre Statuten während zwei Jahren seit Inkrafttreten weiterhin mit einfacher Schriftlichkeit ändern. Nach Ablauf dieser Frist gelten uneingeschränkt die neuen Formvorschriften (s. Art. 830 und 838a).

⁵⁵⁴ Bericht VgdA, S. 45.

Art. 8 Transparenz bei Rohstoffunternehmen

Die Vorschriften des 6. Abschnitts des 32. Titels, also die Bestimmungen zur Transparenz bei Rohstoffunternehmen in den Artikeln 964a–964e 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 anderer Erlasse****2.3.1** **Zivilgesetzbuch⁵⁵⁵****2.3.1.1** **Vereinsrecht***Art. 61 Abs. 3*

Die HRegV regelt umfassend, welche Belege bei der Anmeldung beim Handelsregisteramt vorzulegen sind (Art. 90 HRegV). Artikel 61 Absatz 3 ZGB wird deshalb aufgehoben.

Art. 69d Drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung

Vereine, die verpflichtet sind, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen (Art. 61 Abs. 2 ZGB), müssen die Artikel 725–725c E OR entsprechend anwenden. Sie werden somit gleich behandelt wie die Genossenschaften ohne Anteilscheinen (s. Art. 903 Abs. 1). Insbesondere Vereine, die ein kaufmännisches Gewerbe führen, können beachtliche wirtschaftliche Aktivitäten entfalten. Im Hinblick auf einen angemessenen Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger ist deshalb die sinngemässe Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften sachlich angezeigt.⁵⁵⁶ Im Gegensatz zum Vorentwurf und entsprechend dem E 2007 wird der Hinweis auf den Kapitalverlust gestrichen, da Vereine kein mit dem Aktienkapital vergleichbares Nennwertkapital aufweisen.

Unverzüglich einbezahlte Nachschüsse sind nunmehr insbesondere im Rahmen der Anwendung von Artikel 725b Absatz 4 Ziffer 2 E OR oder im Rahmen eines Nachlassgesuchs zu berücksichtigen.

2.3.1.2 **Stiftungsrecht***Art. 84a* Drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung

Der Entwurf verweist in Absatz 4 auf die aktienrechtlichen Bestimmungen über die Zahlungsunfähigkeit (s. Art. 725) und die Überschuldung (s. Art. 725b), womit etwa die Pflicht zur Erstellung eines Liquiditätsplans im Falle drohender Zahlungs-

⁵⁵⁵ SR 210⁵⁵⁶ Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1738.

unfähigkeit eingeführt wird. Die dort verankerten Pflichten treffen im Stiftungsrecht das oberste Stiftungsorgan (meistens als Stiftungsrat bezeichnet). Mit dem Verweis auf die aktienrechtlichen Bestimmungen ist auch die Pflicht aller involvierten Personen und Stellen verbunden, mit der gebotenen Eile zu handeln.

Auf eine Anwendung der Bestimmungen zum Kapitalverlust (s. Art. 725a) wird hingegen weiterhin verzichtet, da die Stiftungsaufsichtsbehörden im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeiten Probleme ausreichend früh entdecken und geeignete Massnahmen veranlassen können. Zudem verfügt die Stiftung über kein mit dem Aktienkapital vergleichbares Nennwertkapital.

Die bisherigen Zuständigkeiten der Aufsichtsbehörde werden gemäss den Absätzen 1–3 nicht verändert. Die wichtige Benachrichtigungspflicht der Revisionsstelle gegenüber der Aufsichtsbehörde wird in Absatz 2 ausdrücklich in Erinnerung gerufen.

In Absatz 4 wird der heute vorgesehene Hinweis auf den Konkursaufschub entfernt (s. Ziff. 1.4.9.3). Der Hinweis auf die «vollstreckungsrechtlichen Massnahmen» wird sinngemäss in den Absatz 3 integriert. Statt dieser wird der sachgerechtere Hinweis auf die Benachrichtigung des Gerichts erwähnt. In beiden Fällen sind die Einreichung eines Nachlassgesuchs oder der Überschuldungsanzeige gemeint.

Art. 84b Offenlegung von Vergütungen

Der Entwurf 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 bekanntzugeben. Die Aufsichtsbehörde 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

In Absatz 6 Ziffer 18 wird festgehalten, dass die Stimm- und Offenlegungspflichten nach den Artikeln 71a und 71b E BVG für Personalfürsorgestiftungen gelten, die auf dem Gebiet der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge tätig, dem FZG unterstellt sind und rein ausserobligatorische Vorsorgeleistungen erbringen, sofern sie der versicherten Person einen Anspruch auf Vorsorgeleistungen gewähren.

2.3.2 Fusionsgesetz vom 3. Oktober 2003⁵⁵⁷

Art. 6 Abs. 1 und 1bis

Die Bestimmung betreffend den Rangrücktritt von Gläubigerinnen und Gläubigern im Falle einer Sanierungsfusion wird an die Artikel 725 ff. E OR und die neuen Bestimmungen zu den Reserven (s. Art. 671 f.) angeglichen.

Art. 9 Abs. 2

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 Entwurf sieht die Einführung des Kapitalbands vor; das Institut der genehmigten Kapitalerhöhung wird aufgehoben. Absatz 2 wird an die neuen Kapitalbestimmungen angepasst und besagt, dass die Vorschriften über die Begrenzung des Umfangs des Kapitalbands (s. Art. 653s Abs. 2) keine Anwendung finden. Auch der Verweis auf die Sacheinlagen wird angepasst (s. Art. 634).

Art. 11 Abs. 2

Neu werden die Anforderungen an den Zwischenabschluss einheitlich in Artikel 960f E OR 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. Er muss infolge Umplazierung der Vorschriften zur Kapitalherabsetzung an die neue Nummerierung der Bestimmungen im OR angepasst werden.

Art. 33 Abs. 2

Siehe die Erläuterungen zu Artikel 9 Absatz 2 E FusG.

Art. 35 Abs. 2

Neu werden die Anforderungen an den Zwischenabschluss einheitlich in Artikel 960f E OR geregelt. Artikel 35 Absatz 2 FusG kann daher aufgehoben werden.

Art. 58 Abs. 2

Neu werden die Anforderungen an den Zwischenabschluss einheitlich in Artikel 960f E OR geregelt. Artikel 58 Absatz 2 FusG kann daher aufgehoben werden.

⁵⁵⁷ SR 221.301

Art. 70 Abs. 2 dritter Satz

Die Anpassung in Absatz 2 ist rein sprachlicher Natur und entspricht Artikel 634 Absatz 3 Satz 1 E OR.

Art. 84 Anfechtung des Fusionsbeschlusses bei Familienstiftungen und kirchlichen Stiftungen

Gemäss Artikel 84 Absatz 1 FusG wird bei Familienstiftungen und kirchlichen Stiftungen die Fusion mit der Zustimmung der obersten Stiftungsorgane der beteiligten Stiftungen zum Fusionsvertrag rechtswirksam. Da seit dem 1. Januar 2016 auch die Familienstiftungen und die kirchlichen Stiftungen zwingend ins Handelsregister einzutragen sind, wird Artikel 84 Absatz 1 nutzlos und kann gestrichen werden. Die Wirksamkeit der Fusion bei Familienstiftungen und kirchlichen Stiftungen beginnt nun ebenfalls mit der Eintragung der Fusion ins Handelsregister.

2.3.3 Zivilprozessordnung⁵⁵⁸*Art. 5 Abs. 1 Bst. g*

Die Bestimmung wird redaktionell an die neuen Bestimmungen zur Sonderuntersuchung (s. Art. 697c ff.) angepasst.

Art. 107 Abs. 1^{bis}

Mit dieser neuen Bestimmung, die bereits im Rahmen der vom Parlament als indirekter Gegenvorschlag zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» verabschiedeten Revision des Obligationenrechts vom 16. März 2012 beschlossen wurde,⁵⁵⁹ kann das Gericht die Prozesskosten bei Abweisung gesellschaftsrechtlicher Klagen, die auf Leistung an die Gesellschaft lauten, nach Ermessen verteilen, und zwar auf die klagende Partei *und* die Gesellschaft. 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 ZPO abgewichen und die unterliegende Partei entlastet werden kann.

Das Gericht muss bei seiner Entscheidung 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. Mit dem neuen Absatz 1^{bis} wird die Klagemöglichkeit der Aktionärin oder des Aktionärs auf Leistung an die Gesellschaft gestärkt, indem das Prozesskostenrisiko und die Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses bei Rückerstattungs- und Verantwortlichkeitsklagen deutlich gemildert werden. Damit wird die Rechtsdurchsetzung gestärkt.

⁵⁵⁸ SR 272

⁵⁵⁹ AB 2012 S 269; AB 2012 N 554; Bericht I indirekter Gegentwurf 2010, S. 8294.

Art. 250 Bst. c Ziff. 7–11, 13 und 14

Artikel 250 Buchstabe c wird in den Ziffern 7–11 und 13 an die Bestimmungen des Entwurfs bzw. an die Änderungen des Aktien-, Genossenschafts-, 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 der neuen Ziffer 14 wird die Anordnung zur Auflösung der Gesellschaft und zu ihrer Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs dem summarischen Verfahren zugewiesen. Dies entspricht der sachlich begründeten Rechtsprechung des Bundesgerichts, das die Anordnung der verschiedenen Massnahmen zur Behebung eines Organisationsmangels (s. Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1–3) gleich behandelt.⁵⁶⁰ Folglich wird vorliegend eine formelle Lücke im Gesetzestext geschlossen.

2.3.4 Bundesgesetz vom 11. April 1889⁵⁶¹ über Schuldbetreibung und Konkurs

Die nachfolgenden Anpassungen im SchKG stehen in engem Zusammenhang mit den revidierten Bestimmungen zur Sanierung im OR (s. Art. 725 ff.). Die Anpassungen in den Artikeln 295 Absatz 4 und 319 Absatz 1 SchKG betreffen zudem kleinere Korrekturen im Nachgang zur am 1. Januar 2014 in Kraft getretenen SchKG-Revision.

Art. 173a Abs. 2

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.⁵⁶² 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 Entwurf 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 Überweisung, sondern ein Rollenwechsel des sinnvollerweise sowohl als Konkurs- wie 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).

⁵⁶⁰ BGE 138 III 166 E. 3.9, S. 172.

⁵⁶¹ SR 281.1

⁵⁶² S. Botschaft Sanierungsrecht, S. 6460.

Art. 285 Abs. 4

Unter dem geltenden Anfechtungsrecht ist die Tätigkeit des VR 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. Lieferantinnen und potenzielle Kreditgeber), 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 der Sachwalterin oder 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 Geschäftsbetriebs 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 der Schuldnerin oder 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 potenziell den Gläubigerinnen und Gläubigern verfangenen Aktiven der Schuldnerin oder 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. Für die sachgerechte Verwendung des Darlehens hat die Sachwalterin oder der Sachwalter zu sorgen (Art. 298 Abs. 1 SchKG). Deshalb ist es systemkonform, 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 Rechts-

handlungen 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.⁵⁶³ 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 Sanierungsgefäss zeitlich früher wahrzunehmen als bisher.

Art. 293a Abs. 2

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 Zeitraums 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 «in begründeten Fällen» ausgesprochen werden. Dazu zählen etwa die 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 oder Aussicht darauf besteht, diese innerhalb der verlängerten Periode zum Abschluss zu bringen. 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 Verlängerungsentscheids die Bedingungen der Nachlassstundung verändern (etwa trotz Publikation einen Sachwalter ernennen oder der bereits ernannten Sachwalterin besondere Rechte und Pflichten auferlegen).

Der Entwurf beinhaltet mit der neuen Verlängerungsmöglichkeit bei der provisorischen Nachlassstundung eine ausreichende Flexibilität für das Unternehmen und die mit der Sanierung beschäftigten Personen. Noch mehr zeitliche Flexibilität wäre – entgegen einzelnen Stimmen in der Vernehmlassung⁵⁶⁴ – aufgrund des Gläubigerschutzes nicht gerechtfertigt.

⁵⁶³ BGE 134 III 452, E. 5, S. 457 ff.

⁵⁶⁴ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 39.

Übergangsrechtlich sollen auch vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts bewilligte Nachlassstundungsverfahren in den Genuss einer Verlängerung nach dieser Bestimmung kommen können.

Art. 295 Abs. 4

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 Regelungshalt in direktem Zusammenhang steht. Diese Streichung ist – mangels eines Verweises in der damaligen Botschaft – als gesetzgeberisches Versehen zu bewerten.⁵⁶⁵ 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 sinngemässe 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

Der am 1. Januar 2014 in Kraft getretene Artikel 308 SchKG stellt für die Verbindlichkeit des Nachlassvertrags auf dessen Vollstreckbarkeit ab. Demgegenüber stellt Artikel 319 Abs. 1 SchKG für den Eintritt der Wirkungen eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung noch immer auf die Rechtskraft der Bestätigung des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung ab und lässt mit diesem Zeitpunkt das Verfügungsrecht der Schuldnerin oder des Schuldners und die Zeichnungsbefugnis der bisher Berechtigten erlöschen. Vollstreckbarkeit und Rechtskraft sind aber nicht zwingend deckungsgleich, insbesondere wenn wie vorliegend grundsätzlich nur Rechtsmittel ohne aufschiebende Wirkung in Frage kommen (Art. 309 Ziff. 7 i. V. m. Art. 325 und 336 ZPO). Auch in Artikel 319 SchKG soll daher auf die Vollstreckbarkeit und nicht auf die Rechtskraft des richterlichen Bestätigungsentscheids abgestellt werden.⁵⁶⁶ Die neue Fassung ermöglicht der Beschwerdeinstanz, die Vollstreckbarkeit in Einzelfällen aufzuschieben (Art. 325 Abs. 2 ZPO).

Art. 334 Abs. 4

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.

⁵⁶⁵ S. Daniel Hunkeler, Gesetzgeberische Fehler im neuen Sanierungsrecht, Jusletter vom 2. Juni 2014, N 12.

⁵⁶⁶ S. Daniel Hunkeler, Gesetzgeberische Fehler im neuen Sanierungsrecht, Jusletter vom 2. Juni 2014, N 13.

2.3.5 Strafgesetzbuch⁵⁶⁷

Art. 34 Abs. 2 zweiter bis vierter Satz

Einleitend ist zu bemerken, dass im Rahmen der Änderungen des Sanktionenrechts gewisse Bestimmungen des Allgemeinen Teils des StGB revidiert wurden.⁵⁶⁸ Dazu gehört auch Artikel 34 StGB. Die neuen Bestimmungen werden am 1. Januar 2018 in Kraft treten.⁵⁶⁹ Die nachfolgenden Ausführungen (insb. auch diejenigen zu Art. 154 Abs. 4 E StGB) gehen deshalb bereits vom neuen Recht (nStGB) aus.

Nach geltendem sowie nach neuem Recht beträgt der Tagessatz für die Geldstrafe im gesamten Bereich des Strafrechts höchstens 3000 Franken (Art. 34 Abs. 2 erster Satz nStGB). Ausnahmen sind – wie dies zum Beispiel bei der Höchstanzahl Tagessätze der Fall sein kann (Art. 34 Abs. 1 StGB) – keine vorhanden.

Artikel 154 Absatz 4 E StGB sieht neu vor, dass bei der Bemessung der Geldstrafe die Höhe des Tagessatzes nicht auf 3000 Franken begrenzt sein soll und die Bemessung der Geldstrafe anders erfolgt. Dementsprechend ist Artikel 34 Absatz 2 nStGB anzupassen.

Art. 154 Strafbarkeit der Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung von Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind

Artikel 154 E StGB setzt die Strafbestimmungen, die zurzeit in Artikel 24 VegüV 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) eingereicht.

Die vorgeschlagenen Strafbestimmungen entsprechen in materieller Hinsicht unverändert denjenigen von Artikel 24 VegüV. Der Entwurf enthält daher – wie bereits der Vorentwurf – keine Verschärfungen im Vergleich zum geltenden Recht; dies wurde von einzelnen Teilnehmenden in der Vernehmlassung explizit so gewünscht.⁵⁷⁰

Abs. 1

Absatz 1 enthält Widerhandlungen gegen die Vergütungsregeln einer börsenkotierten Gesellschaft.

⁵⁶⁷ SR 311.0

⁵⁶⁸ BBl 2015 4899

⁵⁶⁹ AS 2016 1249

⁵⁷⁰ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 40.

Täterinnen und Täter können die Mitglieder des VR und der Geschäftsleitung sein. Die Einschränkung der Täterschaft auf diesen Personenkreis rechtfertigt sich, weil diese Personen für die (Ober-)Leitung der Gesellschaft verantwortlich⁵⁷¹ und mit selbstständiger Entscheidungskompetenz ausgestattet sind.

Es handelt sich mithin um ein Sonderdelikt, denn Täterin und Täter kann nur sein, wer die erwähnten Eigenschaften in eigener Person erfüllt.⁵⁷² Personen, denen diese Sondereigenschaft nicht zukommt (z. B. Beiräte, Revisionsstelle, Rechtsanwältinnen, Treuhänder), können sich nur – aber immerhin – strafbar machen, wenn sie als Anstifterin (Art. 24 StGB) oder Gehilfe (Art. 25 StGB) handeln. Sie unterstehen zwar der gleichen Strafandrohung wie die Täterin oder der Täter, sind aber milder zu bestrafen (Art. 26 StGB).

Zudem erfasst Artikel 154 nur Mitglieder von VR und Geschäftsleitungen von Gesellschaften, deren Aktien teilweise oder vollständig an einer in- oder ausländischen Börse kotiert sind (s. Art. 732).

Strafbar soll sich nicht nur dasjenige Mitglied machen, das die betreffende Vergütung *ausrichtet*, sondern auch dasjenige, das die unzulässige Vergütung *bezieht*.⁵⁷³ Die Strafbarkeit beider drängt sich deshalb auf, weil in den leitenden Gremien oftmals personelle Verflechtungen bestehen.

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 Ziff. 1 i. V. m. Art. 626 Abs. 2 Ziff. 2);
- Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden (s. Art. 735c Ziff. 6);
- Provisionen für die Übernahme oder Übertragung von Unternehmen oder Teilen davon (s. Art. 735c 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 Entwurf *einschränkt*, nicht strafbar sein. Dies gilt z. B. für gewisse Entschädigungen in Zusammenhang mit Konkurrenzverboten (s. Art. 735c Ziff. 2 und 3), nicht marktübliche Vergütungen im Zusammenhang mit einer früheren Tätigkeit als Organ der Gesellschaft (s. Art. 735c Ziff. 4), Antrittsprämien, die keinen nachweisbaren finan-

⁵⁷¹ Diese Personen können z. B. für Schäden, die sie der Gesellschaft verursacht haben, zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen werden (Art. 754 OR).

⁵⁷² S. Günther Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht AT I, 4. Auflage, Bern 2011, § 9 N 5.

⁵⁷³ Art. 95 Abs. 3 Bst. b BV: «... Organmitglieder erhalten keine ...».

ziellen Nachteil kompensieren (s. Art. 735c 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 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 1.4.6.3 genannten Gründen verworfen. Zudem sind diese Vergütungen nicht *per se* unzulässig.

Mitglieder des VR und der Geschäftsleitung, die unzulässige Vergütungen ausrichten bzw. beziehen, die nicht unter Absatz 1 fallen, können sich aber trotzdem strafbar machen. Solche Verhaltensweisen können unter Umständen den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung erfüllen (Art. 158 StGB).

Damit die Täterin oder der Täter den subjektiven Tatbestand erfüllt, muss sie oder er mit direktem Vorsatz handeln (s. nachfolgende Erläuterungen zu Abs. 3).

Die Strafandrohung lautet übereinstimmend mit Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe d BV 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) und Artikel 305^{bis} Ziffer 2 StGB (Geldwäscherei) – obligatorisch eine Geldstrafe auszusprechen. Bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen können diese Sanktionen (Freiheits- und Geldstrafe) aber bedingt oder teilbedingt ausgesprochen werden (Art. 42 ff. nStGB). Die im Einzelfall verhängte Sanktion – d. h. die Freiheitsstrafe und die Geldstrafe – muss insgesamt dem Verschulden der Täterin oder des Täters angemessen sein (Art. 47 StGB).

Abs. 2

Absatz 2 von Artikel 154 E 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 Täterinnen und Täter wird – anders als in Absatz 1 von Artikel 154 E StGB – aus Gründen der Verhältnismässigkeit auf die Mitglieder des VR beschränkt. Dies insbesondere, weil die Vorbereitung und Durchführung der GV und die Ausführung von deren Beschlüssen zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des VR 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 VR sind – 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 E StGB geregelten Verhaltensweisen – im Vergleich zu denjenigen in Absatz 1 – einen geringeren Unrechtsgehalt aufweisen, ist eine mildere Strafandrohung vorgesehen. Die Verstösse werden mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren *oder* Geldstrafe bedroht. Damit soll insbesondere dem Verhältnis-

mässigkeitsprinzip Rechnung getragen und die Kohärenz des Strafrechts gewahrt werden (s. Ziff. 1.4.6.3).

Ziff. 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 E OR, dass die Statuten den VR 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 VR die Geschäftsführung (mit Ausnahme der Vermögensverwaltung) entgegen den Vorgaben von Artikel 716b Absatz 1 Satz 1 E OR ganz oder zum Teil an eine juristische Person, so ist dies gemäss Ziffer 1 strafbar (so bereits Art. 24 Abs. 2 Ziff. 1 VegüV).

Ziff. 2

Gemäss Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV sind Organ- und Depotstimmrechtsvertretungen bei börsenkotierten Gesellschaften untersagt. Artikel 689b Absatz 2 E OR setzt diese Vorgabe um (so bereits Art. 24 Abs. 2 Ziff. 2 VegüV). Wird dennoch eine Organstimmrechtsvertreterin oder ein Depotstimmrechtsvertreter eingesetzt, so gelangt Ziffer 2 zur Anwendung.

Ziff. 3

Ziffer 3 stellt bestimmte Handlungen der Mitglieder des VR unter Strafe, die dazu führen, dass die Ausübung gewisser Mitwirkungsrechte der Aktionärinnen und Aktionäre in einer börsenkotierten Gesellschaft verhindert wird.

Nicht bereits die Handlung 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 eines von der Tätigkeit getrennten Erfolgseintritts (z. B. die durch die nicht gehörige Traktandierung effektiv verhinderte Abstimmung der Aktionärinnen und 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 *Erfolgsdelikte* handeln.

Bst. 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 Ziffern 1 und 2 E OR setzen diese Vorgabe um. Artikel 154 Absatz 2 Ziffer 3 Buchstabe a E StGB erklärt die Mitglieder des VR für strafbar, wenn sie die GV daran hindern (z. B. durch das Nichtstellen des entsprechenden Antrags), über diese zwingend notwendigen Statutenbestimmungen befinden zu können (so bereits Art. 24 Abs. 2 Ziff. 3 Bst. d VegüV).

Bst. b

Gemäss Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV ist die GV zuständig für die jährliche Wahl der Präsidentin oder des Präsidenten des VR und der einzelnen Mitglieder des VR und des Vergütungsausschusses sowie der unabhängigen Stimmrechtsvertretung. Artikel 698 Absatz 2 Ziffer 2 OR weist der GV als oberstem Organ einer Aktiengesellschaft unter anderem die Wahl der Mitglieder des VR 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 VR 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 VR, die Mitglieder des Vergütungsausschusses sowie den unabhängigen Stimmrechtsvertreter wählen kann (so bereits Art. 24 Abs. 2 Ziff. 3 Bst. a VegüV).

Bst. c

Nach Artikel 698 Absatz 3 Ziffer 4 E OR stimmt die GV von börsenkotierten Gesellschaften jährlich über die Gesamtsumme aller Vergütungen des VR, der Geschäftsleitung und des Beirats ab (Art. 95 Abs. 3 Bst. a BV). Wird die GV durch ein Mitglied des VR daran gehindert (z. B. durch nicht gehörige Traktandierung), so ist dies gemäss Artikel 154 Absatz 2 Ziffer 3 Buchstabe c E StGB strafbar (so bereits Art. 24 Abs. 2 Ziff. 3 Bst. b VegüV).

Bst. d

Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV statuiert, dass die Aktionärinnen und Aktionäre von börsenkotierten Gesellschaften *elektronisch fernabstimmen* können.

Artikel 689c Absatz 5 E OR regelt – in Umsetzung dieser Vorgabe – zum einen, dass die Aktionäre der unabhängigen Stimmrechtsvertretung elektronisch Vollmachten und Weisungen erteilen können müssen (*indirect voting*).

Artikel 701c E OR 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 E OR auch ausschliesslich mit elektronischen Mitteln ohne Tagungsort durchgeführt werden, sofern die Voraussetzungen dafür erfüllt sind (*direct voting* im Rahmen einer virtuellen GV).

Artikel 154 Absatz 2 Ziffer 3 Buchstabe d E StGB erklärt die Mitglieder des VR für strafbar, wenn sie die Aktionärinnen und Aktionäre oder deren Vertretung daran hindern (z. B. weil die hierfür notwendigen Vorkehrungen nicht getroffen werden), das Stimmrecht im Rahmen der GV auf elektronischem Weg auszuüben (insbesondere die Abgabe der Stimme). Der Entwurf sieht nur beim *indirect voting* eine

Pflicht für den VR vor (s. Art. 689c Abs. 5). Deshalb ist nur dieser Bereich der elektronischen Ausübung der Aktionärsrechte unter Strafe gestellt (so bereits Art. 24 Abs. 2 Ziff. 3 Bst. c VegüV).

Abs. 3

Gemäss Absatz 3 ist eventualvorsätzliches Handeln – wie bereits im geltenden Recht – nicht strafbar. Eventualvorsatz liegt vor, wenn die Täterin oder der Täter die Verwirklichung des Tatbestandes für ernsthaft möglich hält und in Kauf nimmt (Art. 12 Abs. 2 zweiter Satz StGB).

Anders als Artikel 24 VegüV, der den Eventualvorsatz mittels des subjektiven Tatbestandselements «wider besseres Wissen» ausschliesst, verwendet der Entwurf hierfür eine neue Formulierung.

Diese geänderte Formulierung wurde in der Vernehmlassung von einzelnen Teilnehmenden kritisiert.⁵⁷⁴

Der Entwurf hält indessen an der neuen Formulierung fest, die in materieller Hinsicht am geltenden Recht nichts ändert. Dies aus folgendem Grund:

Die neue Formulierung, die auf dem Wortlaut von Artikel 12 Absatz 2 zweiter Satz StGB basiert, der den Eventualvorsatz regelt,⁵⁷⁵ weist nach Auffassung des Bundesrats klarer darauf hin, dass der Eventualvorsatz ausgeschlossen ist, als das Erfordernis «wider besseres Wissen». In der Vernehmlassung hat sich nämlich gezeigt, dass irrtümlich angenommen wurde, «wider besseres Wissen» beziehe sich auf das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der Tathandlungen. Dies trifft jedoch nicht zu. Verlangt das Gesetz eine Handlung «wider besseres Wissen», so ist sichere Kenntnis in Bezug auf die objektiven Tatbestandselemente gefordert.⁵⁷⁶ Dies führt im Ergebnis dazu, dass Eventualvorsatz ausscheidet. Das sichere Wissen um die Tatbestandselemente darf jedoch keinesfalls mit dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit vermischt werden. Dazu ist Folgendes festzuhalten:

Verkennt die Täterin oder der Täter, dass ihr oder sein Verhalten den objektiven Tatbestandsmerkmalen eines bestimmten Tatbestands entspricht (z. B. weil sie oder er sich ein objektives Merkmal des Tatbestands nicht bzw. unzutreffend vorstellt), so liegt ein *Sachverhaltsirrtum* vor (Art. 13 StGB). Der Sachverhaltsirrtum betrifft aber nicht die Kenntnis der Rechtswidrigkeit, sondern allein die Tatumstände.⁵⁷⁷ Da es sich bei den Delikten nach Artikel 154 E StGB um Sonderdelikte handelt und der Täterkreis (VR und Geschäftsleitung eines börsenkotierten Unternehmens) über spezifisches Fachwissen verfügt (bzw. von ihm verlangt werden darf, dass er über ein solches verfügt), dürfte ein Sachverhaltsirrtum hier praktisch nur in Frage kommen, wenn auf die Täterin oder den Täter beispielsweise seitens Dritter mittels (qualifizierter) Täuschung eingewirkt wird. Der Sachverhaltsirrtum bewirkt, dass der Vorsatz entfällt.

⁵⁷⁴ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 40.

⁵⁷⁵ S. Art. 260^{quinquies} Abs. 2 StGB, der eine ähnliche Formulierung aufweist.

⁵⁷⁶ S. Marcel Alexander Niggli/Stefan Mäder, Art. 12 N 23 und 74 f., in: Niggli, Marcel Alexander/Wiprächtiger, Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Auflage, Basel 2013.

⁵⁷⁷ S. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München 2006, § 12 N 104.

Ein *Verbots- oder Rechtsirrtum* (Art. 21 StGB) liegt hingegen vor, wenn die Täterin oder der Täter trotz Kenntnis des unrechtsbegründenden Sachverhalts die Tat fälschlicherweise für nicht verboten hält. Ihr oder ihm fehlt das Unrechtsbewusstsein bezüglich ihrer oder seiner tatbestandsmässigen Handlungen, weil sie oder er nicht weiss und auch nicht wissen kann, dass sie oder er sich rechtswidrig verhält.⁵⁷⁸ Ein Verbotsirrtum wird nicht leichthin angenommen, es bestehen hohe Hürden: Die Täterin oder der Täter muss das Gefühl haben, überhaupt nichts Unrechtes zu tun.⁵⁷⁹ Daran ändert auch nichts, wenn der Tatbestand – wie im Entwurf vorgesehen – direkten Vorsatz verlangt (Details s. nachfolgend). Trotz Verbotsirrtum bleibt das Verhalten objektiv und subjektiv tatbestandsmässig und auch rechtswidrig; lediglich die Schuld wird vermindert (vermeidbarer Verbotsirrtum) resp. ganz ausgeschlossen (unvermeidbarer Verbotsirrtum). Ein unvermeidbarer Verbotsirrtum ist im Kernstrafrecht (StGB) fast nur vorstellbar, wenn die Täterin oder der Täter sich auf eine falsche Rechtsauskunft einer (an sich) fachkompetenten Stelle verlassen hat. Der Tatbestand von Artikel 154 E StGB ist nach Auffassung des Bundesrats präzise und klar umschrieben, sodass ein Verbotsirrtum in diesem Bereich kaum vorstellbar ist. Dies umso mehr, als die Norm als Sonderdelikt ausgestattet ist und beim Täterkreis spezifisches Fachwissen vorausgesetzt werden darf; dies schlägt direkt auf die Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums durch.

Da der Entwurf – wie einleitend erwähnt – den Eventualvorsatz ausschliesst, muss die Täterin oder der Täter zur Verwirklichung eines Straftatbestands nach den Absätzen 1 und 2 infolgedessen mit direktem Vorsatz handeln. Direkter Vorsatz liegt zum einen dann vor, wenn es der Täterin oder dem Täter gerade darauf ankommt, den Tatbestand zu verwirklichen (Absicht, direkter Vorsatz 1. Grades). Ob sich die Täterin oder der Täter die Verwirklichung als sicher⁵⁸⁰ oder nur als möglich vorstellt, ist unerheblich.

Der VR, der z. B. mit der Absicht, die Aktionärinnen und Aktionäre daran zu hindern, ihrer unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder 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 (s. Art. 154 Abs. 2 Ziff. 3 Bst. d E StGB i. V. m. Art. 689c Abs. 5).

Direkter Vorsatz 2. Grades liegt zum anderen dann vor, wenn die Täterin oder der Täter sicher weiss, dass sie oder er durch eigenes Handeln den Tatbestand verwirklichen wird, was zwar nicht das eigentliche Ziel der Handlung ist, aber als deren notwendige Folge oder als Mittel zur Erreichung des verfolgten Ziels mitgewollt ist.⁵⁸¹

⁵⁷⁸ S. Marcel Alexander Niggli/Stefan Mäder, Art. 21 N 6, in: Niggli, Marcel Alexander/Wiprächtiger, Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Auflage, Basel 2013.

⁵⁷⁹ BGE 128 IV 201 E. 2, S. 210.

⁵⁸⁰ 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: Schmid, Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäsche, 2. Auflage, Zürich 2007.

⁵⁸¹ Im Detail zum direkten Vorsatz s. Marcel Alexander Niggli/Stefan Mäder, Art. 12 N 43 ff., in: Niggli, Marcel Alexander/Wiprächtiger, Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Auflage, Basel 2013.

So macht sich der VR 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 dadurch daran hindert, ihre Stimmrechte auf elektronischem Weg auszuüben.

Mit dem Ausschluss des Eventualvorsatzes wird die Strafbarkeit auf Fälle beschränkt, 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. Ziff. 1.4.6.3). Zudem wird für die Erfüllung des subjektiven Tatbestands keine Bereicherungsabsicht vorausgesetzt. Schliesslich hat der Ausschluss zum Ziel, Schwierigkeiten zu vermeiden, die sich bei der Abgrenzung von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit ergeben können.

Abs. 4

Absatz 4 regelt die Bemessung der Geldstrafe. Diese darf laut Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe d BV maximal sechs Jahresvergütungen betragen.

Für die Bemessung der Geldstrafe ist das Gericht – abweichend von Artikel 34 Absatz 2 erster Satz nStGB – nicht an die maximale Höhe des Tagessatzes gebunden (s. Art. 34 Abs. 2 E StGB). 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 im Tagessatzsystem (Art. 34 nStGB). Im Rahmen der Revision des Sanktionenrechts wird die maximal zulässige Anzahl Tagessätze von 360 auf 180 reduziert (Art. 34 Abs. 1 nStGB). Gemäss Artikel 34 Absatz 2 vierter Satz nStGB bestimmt das Gericht die Höhe des einzelnen Tagessatzes nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen der Täterin oder des Täters im Zeitpunkt des Urteils. Die Obergrenze des Tagessatzes beträgt gemäss Artikel 34 Absatz 2 erster Satz nStGB 3000 Franken. Der Gesamtbetrag der maximal zulässigen Geldstrafe liegt demnach bei 540 000 Franken.⁵⁸² Da sich diese kapitalisierte Summe der 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 erster Satz nStGB statuierten Höchstbetrag von 3000 Franken pro Tagessatz gebunden ist (s. Art. 34 Abs. 2 dritter Satz E StGB). Damit das Gericht jedoch keine Geldstrafen in unbeschränkter Höhe ausfällen kann, sieht Artikel 154 Absatz 4 E StGB vor, dass die kapitalisierte Summe der Geldstrafe, d. h. die Anzahl Tagessätze multipliziert mit der Höhe des Tagessatzes, das Sechsfache der Jahresvergütung⁵⁸³ nicht übersteigen darf, die zum Zeitpunkt der Straftat mit dem betroffenen Unternehmen vereinbart worden ist.

Das Sechsfache dieses ermittelten Betrags bildet in jedem Fall die Obergrenze der kapitalisierten Geldstrafe, selbst wenn sie unterhalb der Grenze von 540 000 Fran-

⁵⁸² 180 Tagessätze à 3000 Franken = 540 000 Franken.

⁵⁸³ Zum Begriff der Vergütung s. Artikel 734a Absatz 2.

ken liegt. Dies könnte zwar dazu führen, dass eine Täterin oder ein Täter im Einzelfall wegen einer relativ tiefen Jahresvergütung keine den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen angepasste Geldstrafe erhält und sie oder er im Vergleich zu anderen Täterinnen und Tätern bessergestellt würde, die z. B. gestützt auf eine andere 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 sie für das Jahr 2015 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 sie im Jahr 2015 z. B. eine Widerhandlung gegen Artikel 154 Absatz 1 E StGB. In diesem Fall würde die Obergrenze für die Gesamtgeldstrafe bei lediglich 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. 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 E StGB nicht an die maximale Höhe des Tagessatzes gebunden ist (s. Art. 34 Abs. 2 dritter Satz E StGB), soll die Berechnung der Höhe des Tagessatzes hingegen gemäss geltendem Recht und Praxis erfolgen.⁵⁸⁴ Das Gericht bestimmt die Höhe des einzelnen Tagessatzes nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen der Täterin oder des Täters im Zeitpunkt des Urteils, namentlich nach Einkommen und Vermögen, Lebensaufwand, allfälligen Familien- und Unterstützungspflichten sowie nach dem Existenzminimum (Art. 34 Abs. 2 vierter Satz nStGB). Dieses Vorgehen drängt sich aus Gründen des Gesamtsystems des Strafrechts auf. Würde man bei der Berechnung nur auf die Jahresvergütung abstellen, welche die Täterin oder der Täter von der betroffenen Gesellschaft für ihre oder seine Dienste erhalten hat, so könnte nur gerade dieser Teilbereich des Einkommens berücksichtigt werden. Dies hätte eine Ungleichbehandlung zur Folge im Vergleich zu all den Täterinnen und 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 VR und der Geschäftsführung einzuführen, die sich wegen Widerhandlungen gegen die vorliegende Strafnorm strafbar gemacht haben, wäre nicht sachgerecht.

Art. 325bis Verletzung der Vorschriften betreffend die 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 Berichterstattung über Zahlungen an staatliche Stellen systematisch im zweiunddreissigsten Titel

⁵⁸⁴ Zur Berechnung eingehend: Annette Dolge, Art. 34 N 42 ff., in: Niggli, Marcel Alexander/Wiprächtiger, Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Auflage, Basel 2013.

über die kaufmännische Buchführung im Obligationenrecht eingefügt wurde. Tatobjekt der Regelung von Artikel 325 StGB sind ausschliesslich die Geschäftsbücher. Damit sind nach Artikel 958 OR diejenigen Bücher gemeint, die 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. Deshalb wird Artikel 325^{bis} E StGB vorgesehen.

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 E OR geregelt, die Aufbewahrungspflicht ergibt sich aus Artikel 964e E OR.

Die Strafnorm dient der Durchsetzung der Vorschriften zur Berichterstattung über die Zahlungen an staatliche Stellen (s. Ziff. 1.4.10).

Die Bestimmung enthält zwei Tathandlungen. Demnach erfüllt den objektiven Tatbestand, wer (i) im Bericht über Zahlungen an staatliche Stellen gemäss Artikel 964c E OR 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 E OR. Werden Zahlungen an staatliche Stellen nicht oder unvollständig offengelegt, so liegt eine vollständige bzw. teilweise Unterlassung der Berichterstattung vor.

Der Tatbestand kann sowohl vorsätzlich als auch fahrlässig begangen werden.

Die Pflichten zur Führung und Aufbewahrung des Berichts über Zahlungen an staatliche Stellen ergeben sich aus Artikel 964e E OR, der auf das Rechnungslegungsrecht verweist (Art. 958f OR). Aufzubewahren sind die Berichte über Zahlungen an staatliche Stellen und alle wesentlichen Unterlagen, wobei eine Frist von mindestens zehn Jahren gilt. Der Bericht über Zahlungen an staatliche Stellen ist schriftlich und unterzeichnet aufzubewahren. Elektronische Daten müssen während demselben Zeitraum wieder lesbar gemacht werden können. Die Aufbewahrungspflicht wird namentlich dann verletzt, wenn die erwähnten Dokumente oder Datenträger vor Fristablauf vernichtet oder unbrauchbar gemacht werden.

Der Tatbestand kann sowohl vorsätzlich als auch fahrlässig begangen werden.

Art. 325^{ter}

Bei dieser Bestimmung ändert nur die Nummerierung.

Art. 326^{bis} Randtitel und Abs. 1

Im Randtitel und in der Bestimmung ist der Verweis anzupassen. Neu muss auf Artikel 325^{ter} E StGB verwiesen werden (bisher Art. 325^{bis} StGB).

2.3.6 Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990⁵⁸⁵ über die direkte Bundessteuer

Art. 20 Abs. 4

Der E 2007 wurde am 21. Dezember 2007 verabschiedet und durch den Ständerat im Jahr 2009 beraten. Die gesetzlichen Bestimmungen zum Kapitaleinlageprinzip (KEP) sind als Teil der Unternehmenssteuerreform II am 1. Januar 2011 in Kraft getreten und hatten somit noch keine Auswirkungen auf die Botschaft zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht. Der VE 2014 enthielt noch keine steuerlichen Korrekturbestimmungen zum Kapitalband. Die steuerliche Problematik im Zusammenwirken der neu vorgesehenen gesetzlichen Bestimmungen zum Kapitalband (s. Art. 653s ff.) und des KEP wurde erst nach der Vernehmlassung festgestellt.

Die Einführung des Kapitalbands bezweckt die Flexibilisierung der Kapitalvorschriften der Kapitalgesellschaften zu erhöhen, indem der VR statutarisch ermächtigt werden kann, das Aktienkapital um bis zu 50 % zu erhöhen bzw. zu reduzieren. Das Kapitalband kann längstens für eine Dauer von fünf Jahren vorgesehen werden. Nach Ablauf dieser Dauer kann mittels erneuter Änderung der Statuten die Grundlage für ein weiteres Kapitalband geschaffen werden. Die Einführung des Kapitalbands soll jedoch nicht einen Eingriff in den Bestand der Steuereinnahmen bewirken.

Mit der Einführung des KEP wurde ermöglicht, dass nicht nur Grund- und Stammkapital, sondern auch die Rückzahlung von Einlagen, Aufgeldern und Zuschüssen, die von den Inhaberinnen und Inhabern der Beteiligungsrechte geleistet worden sind, ohne Einkommenssteuerfolgen an die Inhaberinnen und Inhaber der Beteiligungsrechte zurückbezahlt werden können. Weiter benützen Publikumsgesellschaften das KEP seit der Einführung vermehrt dazu, anstelle steuerbarer Dividenden periodisch steuerfreie Reserven aus Kapitaleinlagen an die Beteiligungsinhaberinnen und -inhaber auszuschütten.

Beabsichtigt eine Publikumsgesellschaft nach Einführung des Kapitalbands ihr Grundkapital zu reduzieren, so erfolgt der Rückkauf der Aktien über eine speziell hierfür geschaffene zweite Handelslinie, die bei SIX Swiss Exchange durch das kotierte Unternehmen beantragt werden kann. Hierzu wird zusätzlich zur eigentlichen Kotierung eine zweite Valorenummer vergeben, über die bis zur Erreichung der Zielgrösse der Kapitalherabsetzung ausschliesslich der Handel der zu vernichtenden Titel erfolgt. Die so geschaffene zweite Handelslinie erlaubt es, dass die ordentliche Handelstätigkeit auf der ersten Handelslinie vom Verkauf der Beteiligungsrechte zwecks Kapitalherabsetzung abgegrenzt werden kann.

⁵⁸⁵ SR 642.11

Diese zweite Handelslinie ermöglicht es natürlichen Personen mit Wohnsitz in der Schweiz, die ihre Anteile im Privatvermögen halten, bereits heute, bei Kapitalherabsetzungen börsenkotierter Gesellschaften einen steuerfreien Kapitalgewinn zu realisieren und die steuerbare direkte Teilliquidation bei der Einkommenssteuer zu vermeiden. Dies wird erreicht, indem sie die Anteile in der Praxis über die erste Handelslinie an eine juristische Person verkaufen, die auch auf der zweiten Handelslinie tätig ist. Auf der zweiten Handelslinie werden die Anteile ausschliesslich von juristischen Personen, für die das Buchwertprinzip gilt, weiterverkauft. Die so auf der ersten Handelslinie ankaufenden und auf der zweiten Handelslinie verkaufenden juristischen Personen, in der Regel Banken (Arbitrageure), tragen die Steuerfolgen der direkten Teilliquidation nicht. Aufgrund des Buchwertprinzips realisieren sie lediglich die Kursdifferenz zwischen der ersten und der zweiten Handelslinie als steuerbaren Ertrag.

Nettobetrachtung beim Kapitalband

Mit Artikel 20 Absatz 4 E DBG soll verhindert werden, dass Publikumsgesellschaften das Kapitalband dazu nutzen könnten, für ihre Aktionärinnen und Aktionäre steuerliche Vorteile zu generieren, indem sie keine steuerbaren Dividenden mehr ausrichten. Bei jedem Rückkauf von Aktien über die vorangehend erwähnte zweite Handelslinie während der Dauer des Kapitalbands treten die Steuerfolgen der direkten Teilliquidation nicht ein, da in der Praxis der Rückkauf über die zweite Handelslinie nur durch Personen erfolgt, für die das Buchwertprinzip gilt. Bei jeder Kapitalerhöhung werden aber, da die einbezahlten Kapitalreserven von den Aktionärinnen und Aktionären stammen, steuerfrei rückzahlbare Reserven aus Kapitaleinlagen gebildet. Wie das nachfolgende Beispiel zeigt, könnten Publikumsgesellschaften durch das Zusammenspiel der zweiten Handelslinie und dem neu möglichen Kapitalband auf einfachste Weise steuerfrei rückzahlbare Reserven aus Kapitaleinlagen schaffen. Um dies einzuschränken, sieht der neue Artikel 20 Absatz 4 E DBG vor, die Kapitalerhöhungen und die Kapitalherabsetzungen während der Dauer des Kapitalbands zu verrechnen. Es erfolgt mithin eine Nettobetrachtung. Nur soweit die Kapitalerhöhungen die Kapitalrückzahlungen während dem Kapitalband übersteigen, qualifizieren diese als Reserve aus Kapitaleinlagen. Die Nettogrösse kann, sobald das Kapitalband beendet ist, dazu verwendet werden, steuerfrei Reserven aus Kapitaleinlagen an die Aktionärinnen und Aktionäre zurückzuzahlen oder steuerbare Dividenden durch steuerfreie Kapitalrückzahlungen zu substituieren.

Beispiel	Bestand		Jahr N+1		Bestand		Jahr N+2		Bestand		Jahr N+3		Bestand	Bereinigung	Bestand bereinigt
	Erhöhung	Herabsetzung	Erhöhung	Herabsetzung	Erhöhung	Herabsetzung	Erhöhung	Herabsetzung	Erhöhung	Herabsetzung					
Aktienkapital	20'000.00	1'000.00	-1'000.00	20'000.00	-1'000.00	19'000.00	1'000.00	20'000.00							20'000.00
Gesetzliche Reserven															
- Reserven aus Kapitaleinlagen (KER)	40'000.00			40'000.00		40'000.00		40'000.00		40'000.00		600.00			40'600.00
- übrige Kapitalreserven	160'000.00	11'400.00		171'400.00		171'400.00		12'000.00		183'400.00		-600.00			182'800.00
Gesetzliche Gewinnreserven	30'000.00			30'000.00		30'000.00				30'000.00					30'000.00
Freiwillige Gewinnreserven / Verluste	50'000.00		-11'500.00	38'500.00		-11'300.00		27'200.00		27'200.00					27'200.00
Total Eigenkapital	300'000.00	12'400.00	-12'500.00	299'900.00	-12'300.00	287'600.00	13'000.00	300'600.00							300'600.00
Steuerliche Korrektur am Ende des Kapitalbands		11'400.00	-11'500.00		-11'300.00		12'000.00							600.00	
Total Einlagen															23'400.00
Total Rückzahlungen															-22'800.00
Nettoerhöhung															600.00

Das Total der Kapitaleinlagen von 23 400 Franken (Jahr N+1 [11 400] plus Jahr N+3 [12 000]) und das Total der Kapitalrückzahlungen von 22 800 Franken während der Dauer des Kapitalbands werden verrechnet (Nettobetrachtung). Nur soweit am Ende des Kapitalbands die Einlagen die Rückzahlungen übersteigen (600 Fr.), können steuerlich Reserven aus Kapitaleinlagen gebildet und durch die Eidgenössische Steuerverwaltung mit Wirkung für die Einkommens- und die Verrechnungssteuer bestätigt werden. Dieser Betrag wird von den übrigen Kapitalreserven auf die Reserven aus Kapitaleinlagen (KER) umgebucht. Unabhängig davon können die schon vor der Errichtung des Kapitalbands bestehenden Reserven aus Kapitaleinlagen (40 000 Fr.) für steuerfreie Ausschüttungen an die Aktionärinnen und Aktionäre während der Dauer des Kapitalbands verwendet werden. Ohne Gesetzesänderung könnten gemäss Beispiel steuerfrei rückzahlbare Reserven aus Kapitaleinlagen von 23 400 Franken geschaffen werden. Die Rückzahlungen von 22 800 Franken würden aufgrund der zweiten Handelslinie zu keinen Steuerfolgen führen. Durch das Zusammenspiel der zweiten Handelslinie mit dem Kapitalband könnten ohne neue gesetzliche Regelung mit Steuerfolgen ausschüttbare Reserven von 22 800 Franken in steuerfrei rückzahlbare Reserven aus Kapitaleinlagen umgewandelt werden, obschon die Aktionärinnen und Aktionäre handelsrechtlich nur zu einer Nettoerhöhung des Eigenkapitals um 600 Franken beigetragen haben.

Finanzielle Auswirkungen

Die Regelung ist aufkommensneutral. Sie verhindert jedoch, dass aufgrund der Aktienrechtsrevision Mindereinnahmen entstehen. Ohne die Regelung würde sich das folgende Potenzial für Mindereinnahmen aufbauen: Kapitalgesellschaften des *Swiss Performance Index* (SPI), die regelmässig Dividenden ausschütten, weisen aktuell insgesamt Nominalwerte (Grundkapital) von rund 20 Milliarden Franken und eine Marktkapitalisierung von rund 1349 Milliarden Franken aus. Würden alle diese Gesellschaften unter minimaler Nutzung des Kapitalbands ihr Grundkapital um beispielsweise 6 % reduzieren und wieder erhöhen, könnten ohne Steuerfolgen steuerfrei rückzahlbare Reserven im Umfang von rund 81 Milliarden Franken ge-

schaffen werden. Die aktuellen jährlichen steuerbaren Dividendenausschüttungen dieser Gesellschaften betragen rund 31 Milliarden Franken (Wert für das Jahr 2015). Die Reduktion und Wiedererhöhung des Grundkapitals von 6 % hätte demnach zur Folge, dass diese Gesellschaften ihre steuerbaren Dividendenausschüttungen von mehr als zwei Jahren durch steuerfreie Kapitalrückzahlungen substituieren könnten. Sind diese steuerfreien Kapitalrückzahlungen aufgebraucht, kann die Gesellschaft erneut ihr Grundkapital reduzieren und wieder erhöhen, sodass sie wiederum steuerbare Dividenden durch steuerfreie Kapitalrückzahlungen ersetzen kann. Dadurch würden Mindereinnahmen bei der Verrechnungssteuer und der Einkommenssteuer auf den Dividenden entstehen. Deren Höhe lässt sich wie folgt abschätzen:

- Geht man davon aus, dass rund 10 % der Verrechnungssteuereingänge nicht rückerstattet werden und entsprechend in der Bundeskasse verbleiben, entstehen aufgrund der die Dividendenzahlungen der Publikumsgesellschaften ersetzenden Kapitalrückzahlungen jährliche Mindereinnahmen bei der Verrechnungssteuer von bis zu 1,085 Milliarden Franken ($0,35 \times 0,1 \times 31$ Mrd. Fr.).
- Bei der Einkommenssteuer von Bund, Kantonen und Gemeinden rühren die Mindereinnahmen von den inländischen natürlichen Personen, die anstelle eines steuerbaren Dividendenertrags eine steuerfreie Kapitalrückzahlung erhalten. Geht man davon aus, dass der Anteil dieses Personenkreises am Aktionariat 10–15 % beträgt, und unterstellt man einen Grenzsteuersatz bei der Einkommenssteuer von 30 %, so belaufen sich die jährlichen Mindereinnahmen bei der Einkommenssteuer von Bund, Kantonen und Gemeinden auf zwischen 0,93 Milliarden Franken ($0,3 \times 0,10 \times 31$ Mrd. Fr.) und 1,395 Milliarden Franken ($0,3 \times 0,15 \times 81$ Mrd. Fr.).
- Ein Teil der nicht rückerstatteten Verrechnungssteuer von 1,085 Milliarden Franken entfällt auf einkommenssteuerpflichtige Inländerinnen und Inländer. Unter der Annahme, dass dieser Anteil 15 % beträgt, kann der nicht deklarierte Anteil der Dividenden bei der Einkommenssteuer ebenfalls auf 15 % veranschlagt werden. Somit reduzieren sich die Mindereinnahmen bei der Einkommenssteuer um 0,140 bis 0,210 Milliarden Franken und belaufen sich somit noch auf 0,791 bis 1,185 Milliarden Franken.

Ohne die vorgeschlagene Regelung würden somit Bund, Kantonen und Gemeinden jährliche Mindereinnahmen bei der Verrechnungssteuer und der Einkommenssteuer von bis zu rund 2,3 Milliarden Franken entstehen.

Art. 80 Abs. 1^{bis}

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 Franken lauten (s. Art. 621). Die Erhebung der Gewinnsteuer erfolgt jedoch weiterhin in Franken. Deshalb sieht Artikel 80 Absatz 1^{bis} E 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 773).

2.3.7 **Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990⁵⁸⁶ über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden**

Art. 7b Abs. 2

Es wird auf die Ausführungen zu Artikel 20 Absatz 4 E DBG verwiesen.

Art. 31 Abs. 3^{bis} und 5

Siehe zu Absatz 3^{bis} die Ausführungen zu Artikel 80 Absatz 1^{bis} E 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} E DBG).

2.3.8 **Verrechnungssteuergesetz vom 13. Oktober 1965⁵⁸⁷**

Art. 5 Abs. 1^{ter}

Mit Artikel 5 Absatz 1^{ter} wird verhindert, dass Publikumsgesellschaften das Kapitalband (s. Art. 653s ff.) dazu nutzen könnten, endgültig verbleibende Verrechnungssteuern für ihre Aktionärinnen und Aktionäre zu vermeiden. Bei jedem Rückkauf von Aktien über die zweite Handelslinie während der Dauer des Kapitalbands kann die Verrechnungssteuer durch die in der Schweiz ansässige juristische Person (Arbitrageur), welche die Kapitalanteile zur Kapitalherabsetzung andient, zurückgefordert werden. Bei jeder Kapitalerhöhung werden aber, da die einbezahlten Kapitalreserven von den Aktionärinnen und Aktionären stammen, verrechnungssteuerfrei rückzahlbare Reserven aus Kapitaleinlagen gebildet. Wie das oben aufgezeigte Beispiel (s. Ziff. 2.3.6) deutlich macht, könnten Publikumsgesellschaften durch das Zusammenspiel der zweiten Handelslinie und des Kapitalbands auf einfachste Weise rückzahlbare Reserven aus Kapitaleinlagen schaffen, die ohne Verrechnungssteuerfolgen zurückbezahlt werden können. Um dies zu vermeiden, werden die Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen während der Dauer des Kapitalbands verrechnet. Es

⁵⁸⁶ SR 642.14

⁵⁸⁷ SR 642.21

erfolgt mithin eine Nettobetrachtung. Nur soweit die Kapitalerhöhungen die Kapitalherabsetzung während dem Kapitalband übersteigen, qualifizieren diese als Reserve aus Kapitaleinlagen. Die Nettogrösse kann, sobald das Kapitalband beendet ist, dazu verwendet werden, ohne Verrechnungssteuerfolgen Reserven aus Kapitaleinlagen an die Aktionärinnen und Aktionäre zurückzuzahlen oder der Verrechnungssteuer unterliegende Dividenden durch verrechnungssteuerfreie Kapitalrückzahlungen zu substituieren.

Im Übrigen wird auf die Ausführungen zu Artikel 20 Absatz 4 E DBG verwiesen.

2.3.9 **Bundesgesetz vom 25. Juni 1982⁵⁸⁸ über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge**

Art. 49 Abs. 2 Ziff. 21

Da der Begriff «Pensionskassen» in Artikel 95 Absatz 3 Buchstabe a BV dem Sinn nach sämtliche Vorsorgeeinrichtungen umfasst, die den versicherten Personen einen Anspruch auf Vorsorgeleistungen gewähren, wird in Artikel 49 Absatz 2 Ziffer 21 E BVG festgehalten, dass die Stimm- und Offenlegungspflichten nach den Artikeln 71a und 71b E BVG auch für umhüllende Vorsorgeeinrichtungen gilt.

Art. 53g Abs. 1

Der Hinweis auf die Bestimmungen des ZGB ist nicht mehr aktuell und wird deshalb in Absatz 1 angepasst. Materiell ändert sich dadurch nichts.

Art. 65a Abs. 3

Aus Gründen der Verhältnismässigkeit wird auf die Pflicht des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtung verzichtet, den Versicherten das Reglement mit den Grundsätzen zur Ausübung des Stimmrechts (s. Art. 71a E BVG) bzw. jede damit verbundene Änderung automatisch zukommen zu lassen. Das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung muss aber gemäss Absatz 3 in der Lage sein, Informationen über die Grundsätze zur Ausübung der Stimmpflicht als Aktionärin oder als Aktionär abgeben zu können (s. Art. 71a und 86b E BVG).

Art. 71a Stimmpflicht als Aktionärin

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. 1.4.6.2). 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 VegüV sieht noch eine Einschränkung auf die in Artikel 95 Absatz 3 BV enthaltenen Aspekte der Stimmpflicht vor. Der rechtsstaatliche Grund dafür war, dass die Verfasungsbestimmung hinsichtlich der Stimmpflicht zu stark auslegungsbedürftig war, als dass bereits damals von einer umfassenden Stimmpflicht ausgegangen werden konnte.⁵⁸⁹ 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, Ausrichtung von Dividenden, Kapitalherabsetzungen) oder bei der Entlastung der Mitglieder des VR abstimmen müssen. Im Rahmen der Vernehmlassung wurde die Ausdehnung der Stimmabgabe grundsätzlich befürwortet. Nur vereinzelt wurde gefordert, die bisherige Aufzählung der Traktanden, bei denen eine Stimmabgabe zwingend zu erfolgen hat, beizubehalten.⁵⁹⁰

Ein vorgängiger Verzicht auf die Stimmabgabe ist nicht zulässig. Vorsorgeeinrichtungen dürfen sich aber – wie andere Aktionärinnen und Aktionäre – der Stimme enthalten. Im Unterschied noch zum Vorentwurf wird diese Möglichkeit im Entwurf in Absatz 3 explizit aufgeführt. Dies wurde notwendig, da gemäss Artikel 703 Absatz 2 E OR Stimmenthaltungen nicht als abgegebene Stimmen gelten und man deshalb argumentieren könnte, dass eine Enthaltung als Nicht-Teilnahme an der GV gilt und damit unzulässig ist. Dies war allerdings nie die Absicht des Gesetzgebers, weshalb die entsprechende Präzisierung im Gesetz aufgenommen wurde. Eine Stimmenthaltung ist nur zulässig, wenn sie im Interesse der Versicherten ist.

Die Stimmrechtsausübung kann der internen Kompetenzordnung der Vorsorgeeinrichtung gemäss vom obersten Organ selber, von einem Ausschuss, vom Vermögensverwalter, von der Geschäftsführerin oder mittels unabhängiger Stimmrechtsvertretung wahrgenommen werden. Die Verantwortung für die korrekte Stimmrechtsausübung liegt aber beim obersten Organ (s. nachfolgend Abs. 4).

Gemäss den Absätzen 2 und 3 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 (u. a. Art. 673 und 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

⁵⁸⁹ Bericht VegüV, S. 12.

⁵⁹⁰ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 40.

angestrebt wird, so dass die Vorsorgeeinrichtung diese Mittel zugunsten der Versicherten verwenden kann.

Das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung ist gemäss Absatz 4 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 Aktionärin oder Aktionär bzw. das entsprechende Reglement siehe Artikel 86b Absatz 2 E BVG.

Art. 71b Berichterstattung und Offenlegung betreffend die Stimmpflicht

Da das Stimmrecht im Interesse der Versicherten ausgeübt werden muss (s. Art. 71a Abs. 2 und 3 E 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 Orts 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 VR nicht gefolgt ist, und bei der Stimmenthaltung.

Die Offenlegung hat spätestens im Kalenderjahr nach der GV zu erfolgen. Eine häufigere oder detailliertere Berichterstattung ist aber zulässig, da es sich bei Artikel 71b E BVG um eine Mindestvorgabe handelt.

Art. 76 Vergehen

Aus redaktionellen Gründen wird Artikel 76 BVG umgestaltet.

Die Strafdrohung, 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 (so bereits Art. 25 VegüV).

In den Buchstaben a–g von Absatz 1 werden die strafbaren Verhaltensweisen aufgelistet, die im geltenden Recht in den Lemmata 1–7 geregelt sind. Materiell ändert sich nichts an diesen Bestimmungen.⁵⁹¹

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 Absatz 1 Buchstabe h E 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 E BVG: Es sind dies einerseits die Nichtausübung des Stimmrechts (s. Art. 71a Abs. 1 E BVG), das Stimmen gegen das Interesse der Versicherten bzw. entgegen den entsprechenden Grundsätzen im Reglement (s. Art. 71a Abs. 2 und Abs. 3 E BVG) sowie das Nichtfestlegen in einem Reglement, wie das Interesse der Versicherten beurteilt wird (s. Art. 71a Abs. 3 E BVG). Andererseits macht sich strafbar, wer nicht mindestens einmal jährlich in einem zusammenfassenden Bericht offenlegt, wie die Stimmpflicht ausgeübt wurde (s. Art. 71b E BVG).

Zur Erfüllung des subjektiven Straftatbestandes muss die Täterin oder der Täter mit direktem Vorsatz handeln. Dies ergibt sich aus Artikel 76 Absatz 2 E BVG. Eventualvorsätzliches Handeln ist demzufolge nicht strafbar (so bereits Art. 25 VegüV). Damit sollen insbesondere Abgrenzungsschwierigkeiten vermieden werden (s. Art. 154 E StGB). Zur vorgebrachten Kritik in Bezug auf die neue Formulierung wird auf die Erläuterungen zu Artikel 154 E StGB verwiesen.

Es ist eine relativ milde Strafdrohung aufgrund des im Vergleich zu den Delikten von Artikel 154 Absatz 1 E StGB deutlich geringeren Unrechtsgehalts 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.⁵⁹²

⁵⁹¹ Zu beachten ist die Botschaft vom 19. November 2014 zur Reform der Altersvorsorge 2020, BBl 2015 274, welche die vorliegende Bestimmung ebenfalls ändern will. Sollte die Vorlage zur Altersvorsorge vor der Änderung des Aktienrechts oder gleichzeitig mit ihr in Kraft treten, so müssten aus der vorliegenden Vorlage nur Buchstabe h und Absatz 2 berücksichtigt werden.

⁵⁹² Bericht Vernehmlassung VgdA, S. 7 f.

Art. 86b Abs. 1 Bst. d und Abs. 2 zweiter Satz

Absatz 1 wird infolge der Offenlegungspflicht nach Artikel 71b E BVG um einen Buchstaben d erweitert.

In Absatz 2 wird infolge der Änderung von Artikel 65a Absatz 3 E BVG das Recht der Versicherten verankert, auf Anfrage hin die Grundsätze des obersten Organs zur Ausübung der Stimmpflicht als Aktionärin oder 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 offenlegen (s. entsprechend Art. 71b E BVG).

2.3.10 Kollektivanlagengesetz vom 23. Juni 2006⁵⁹³*Art. 137 Abs. 2*

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. 1.4.9.3) angepasst. Im Übrigen bleibt es aber bei der sinngemässen Anwendbarkeit der (neuen) Pflichten des VR bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung (s. Art. 725 ff.) auf kollektive Kapitalanlagen.

2.3.11 Bankengesetz vom 8. November 1934⁵⁹⁴*Art. 25 Abs. 3*

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. 1.4.9.3) angepasst. Im Übrigen bleibt es aber bei der sinngemässen Anwendbarkeit der (neuen) Pflichten des VR bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung (s. Art. 725 ff.) auf Banken und Sparkassen.

⁵⁹³ SR 951.31

⁵⁹⁴ SR 952.0

2.3.12 Versicherungsaufsichtsgesetz vom 17. Dezember 2004⁵⁹⁵

Art. 53 Abs. 2

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. 1.4.9.3) angepasst. Im Übrigen bleibt es aber bei der sinngemässen Anwendbarkeit der (neuen) Pflichten des VR bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung (s. Art. 725 ff.) auf Versicherungsunternehmen.

3 Auswirkungen

3.1 Auswirkungen auf den Bund

3.1.1 Finanzielle Auswirkungen

Mit den vorgeschlagenen Bestimmungen sind keine unmittelbaren finanziellen Auswirkungen für den Bund im Sinne zusätzlicher Ausgaben verbunden. Es wird insbesondere keine neue Behörde vorgesehen und 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 VegüV bereits die Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 BV umgesetzt hat. In diesem Umfeld haben einige Sitzverlegungen, z. T. auch nur des Sitzes der börsenkotierten Holdinggesellschaft, stattgefunden. Etwas wahrscheinlicher ist es hingegen, dass Sitzverlegungen in die Schweiz von Gesellschaften, die unter die strengeren Vorschriften für börsenkotierte Gesellschaften fallen würden, abnehmen werden. Diese Tendenz besteht jedoch seit Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei». Zudem beeinflussen etliche weitere Aspekte den Entscheid, den Sitz in die Schweiz zu verlegen, z. B. die Anzahl verfügbarer Arbeitskräfte, der Zugang zu Eigen- und Fremdkapital, die Unternehmenssteuern, Währungsaspekte, die Stabilität in Politik und Verwaltung sowie die innere Sicherheit.

3.1.2 Personelle Auswirkungen

Im Zusammenhang mit den vorgeschlagenen Bestimmungen sind keine zusätzlichen Stellen beim Bund geplant. Der Vollzug des Aktienrechts erfolgt weiterhin schwer gewichtig durch die Unternehmen und die kantonalen Handelsregisterämter. Für die Untersuchung allfälliger Verstösse gegen die neuen Strafbestimmungen sind die kantonalen Strafverfolgungsbehörden zuständig (s. Ziff. 3.2).

⁵⁹⁵ SR 961.01

Wie nach jeder grösseren Gesetzesrevision werden einzelne Auslegungsfragen auftauchen, die insbesondere vom Bundesgericht beantwortet werden müssen. Es ist jedoch nicht damit zu rechnen, dass es notwendig sein wird, die Ressourcen der Gerichte des Bundes zu erweitern.

3.2 Auswirkungen auf die Kantone

Nach dem Inkrafttreten der vorgeschlagenen Bestimmungen und der daran anzupassenden HRegV 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 EHRA unterstützt. Nach dieser Übergangsphase wird sich entlastend auswirken, dass insbesondere die Vorschriften zur Gründung (s. z. B. Ziff. 1.4.1.3) und zur Kapitalherabsetzung flexibler ausgestaltet werden (s. z. B. Art. 653k). Zudem ermöglicht die Überarbeitung der HRegV, weitere Aspekte zu verbessern, die in der Handelsregisterpraxis zu Schwierigkeiten geführt haben. Auch dies wird sich mittelfristig positiv auf die Arbeitsbelastung der Handelsregisterämter auswirken.

Die erleichterte Ausübung der Aktionärsrechte kann zu einer gewissen Zunahme der Verfahren vor den kantonalen Zivil- und Handelsgerichten führen. Es ist jedoch nicht damit zu rechnen, dass es notwendig sein wird, nur aufgrund der neuen Bestimmungen die Ressourcen der Gerichte zu erweitern.

Trotz zwei neuen Strafbestimmungen (s. Art. 154 E StGB, Art. 76 E BVG) ist auch nicht davon auszugehen, dass die Arbeitsbelastung der kantonalen Strafverfolgungsbehörden bzw. der kantonalen Strafgerichte – im Vergleich zur Anwendung der Artikel 24 und 25 VegüV – zunehmen wird.

Hinsichtlich der steuerlichen Auswirkungen wird sinngemäss auf die vorangehenden Ausführungen zu den finanziellen Auswirkungen auf den Bund verwiesen.

3.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

3.3.1 Struktur des Kapitals

Die neuen Bestimmungen des vorliegenden Entwurfs betreffend die Gründung sowie die Änderungen und die Verwendung des Aktienkapitals bezwecken namentlich, den Unternehmen eine grössere Flexibilität anzubieten und die Wettbewerbsfähigkeit auf dem Kapitalmarkt zu stärken.

Folgende Auswirkungen der Revision auf die Unternehmen und die anderen Wirtschaftsakteure sind voraussehbar:

- Die Möglichkeit das Aktienkapital z. B. in US-Dollar oder in Euro festzulegen (s. Art. 621 und Art. 773) beseitigt die Widersprüche zwischen dem neuen Rechnungslegungsrecht und dem Aktienrecht. Sie beseitigt Rechtsunsicherheiten und erleichtert die Rechnungslegung in einer ausländischen Währung.
- Durch die teilweise Abschaffung der öffentlichen Beurkundung bei einfach strukturierten Kapitalgesellschaften (s. Ziff. 1.4.2.) werden bei den Unternehmen Kosten gesenkt und Flexibilität geschaffen. Gleichzeitig hat die teilweise Abschaffung der öffentlichen Beurkundung womöglich eine gewisse finanzielle Einbusse bei den Urkundspersonen zur Folge. Diese wird allerdings durch die zusätzlichen Einnahmen, die bei den Genossenschaften entstehen werden (s. Art. 830 und 838a), zumindest teilweise kompensiert.
- Die Aufhebung des Mindestnennwerts erlaubt es den Unternehmen die Aktien nach ihren Bedürfnissen zu gliedern (s. Art. 622 Abs. 4 und 774 Abs. 1). Die Herabsetzung des Aktienkapitals durch Reduktion des Nennwerts wird damit erleichtert.
- Durch die Streichung der (beabsichtigten) Sachübernahme aus der Liste der Fälle der qualifizierten Gründung und Kapitalerhöhung (Art. 628 Abs. 2 und 652e Ziff. 1 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 zum Kapitalschutz und zur Rechnungslegung. Diese Geschäfte können den Anlass zu einer Verantwortlichkeits- oder Rückerstattungsklage bilden, gemäss den Regeln des SchKG 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 (s. Art. 634a Abs. 2). Zudem werden die Pflichten des VR insbesondere im Falle der drohenden Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft ein schnelleres Einleiten der Sanierungsverfahren zur Folge haben (s. Art. 725 ff.).
- Die neuen Regeln zur Erhöhung und Herabsetzung des Aktienkapitals (s. Art. 650 ff.) bieten dem VR eine grössere Flexibilität bei der Planung von Restrukturierungen, stets unter Wahrung 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 der Gesellschaft und des Kapitalmarkts (s. Art. 653s ff.).

- Die Abschaffung der Begrenzung der Höhe des Partizipationskapitals auf die zweifache Höhe des Aktienkapitals bei einer Gesellschaft, deren Partizipations-scheine an der Börse kotiert sind (s. 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 (s. Art. 659 Abs. 3 und 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 die gesetzliche Kapitalreserve zurückzuzahlen, soweit die gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven 50 Prozent des Aktienkapitals übersteigen (s. Art. 671 Abs. 2), bestätigt im Aktienrecht das Kapitaleinlageprinzip, das im Rahmen der Unternehmenssteuerreform II am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist,⁵⁹⁶ und entspricht der neusten Rechtsprechung des Bundesgerichts.⁵⁹⁷ Die Möglichkeit der Aktionärinnen und Aktionäre, ihre Kapitaleinlagen, die sie bei finanziellen Schwierigkeiten der Gesellschaften geleistet haben, später zurückzuerhalten, verbessert die Sanierungsaussichten.

3.3.2 Corporate Governance und Aktionärsrechte

Die Stärkung der *Corporate Governance* des Unternehmens durch die Festigung der rechtlichen Position der Aktionärinnen und Aktionäre soll 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 einzelne Änderungen gewisse administrative Aufwände für die betroffenen Gesellschaften mit sich bringen werden. Die zusätzlichen Kosten sind jedoch im Gleichgewicht mit den zahlreichen Erleichterungen und Ergänzungen der Revision. Zudem wird sich die Revision nur begrenzt auf die KMU auswirken, da das geltende Recht und der Entwurf für die kleinen, nicht börsenkotierten Gesellschaften Erleichterungen vorsehen.

⁵⁹⁶ Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Unternehmenssteuerreformgesetz II, AS 2008 2893).

⁵⁹⁷ BGE 140 III 533, E. 6.2.2., S. 547 f.

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 (s. Art. 697 ff.). Die Möglichkeiten der Aktionärinnen und Aktionäre, der GV Vorschläge zu unterbreiten, werden erleichtert (s. Art. 697c und 699b).
- Die Reformen betreffend die Vertretung der Aktionärinnen und Aktionäre in der GV (s. Art. 689 ff.), die Durchführung der GV an mehreren Orten oder im Ausland (s. Art. 701a Abs. 2 und 701b) und die Verwendung elektronischer Mittel (s. Art. 701c ff.) werden zu einer aktiveren Mitwirkung der Aktionärinnen und Aktionäre bei der Bildung des Gesellschaftswillens führen, was im Interesse der *Corporate Governance* ist. Ausserdem ermöglicht die intensivere Verwendung elektronischer Mittel vor und während der GV zumindest mittelfristig vielen Gesellschaften ihre Kosten zu senken.
- Das neue Auskunftsrecht für Aktionärinnen und Aktionäre nicht börsenkotierter Gesellschaften kann einen Anstieg der administrativen Arbeit für den VR erzeugen (s. Art. 697 Abs. 2–4). In Anbetracht der Tatsache, dass die grosse Mehrheit der privaten Gesellschaften nur einige wenige Aktionärinnen und Aktionäre haben und der Möglichkeit zur Bündelung der Antworten, wird die zusätzliche Belastung begrenzt sein, insbesondere bei Gesellschaften, bei denen die meisten oder alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter an der Geschäftsführung beteiligt sind und somit einen direkten Zugang zu den Informationen des Geschäftsverlaufs haben. Zudem sieht der Entwurf im Gegensatz zum Vorentwurf einen Schwellenwert von fünf Prozent vor.
- Die Senkung der Hindernisse für die Rückerstattungsklage (s. Art. 678) trägt dazu bei, dass deren Effektivität erhöht wird. Sie wird eine stärkere abschreckende Wirkung auf die Organe haben und verringert somit das Risiko, dass diese durch Pflichtverletzungen der Gesellschaft einen Schaden zuführen (s. Ziff. 1.4.8.5).
- Die Änderung der Bestimmung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit der Revisionsstelle folgt der Tendenz der europäischen Regelung.⁵⁹⁸ Sie will das gute Funktionieren des Marktes der Revisionsunternehmen, welche die Jahres- und Konzernrechnungen grosser 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

⁵⁹⁸ Empfehlung 2008/473/EG der Kommission vom 5. Juni 2008 zur Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften (ABl. L 162 vom 21.6.2008, s. 88).

Unternehmen, die Aktionärinnen und Aktionäre und die geschädigten Gläubigerinnen und Gläubiger. Diese können nicht mehr den Ersatz des gesamten Schadens von den Revisionsunternehmen, die nur fahrlässig gehandelt haben, verlangen. Sie müssen gegen die anderen Verantwortlichen, schergewichtig gegen die Mitglieder des VR und der Geschäftsführung, vorgehen, um den Restbetrag des Schadenersatzes zu erhalten. Diese sind primär für die Geschäftsentscheide und deren wirtschaftlichen Folgen verantwortlich.

- 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 OR) und den Rückerstattungsverfahren (s. 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. Dasselbe gilt für die Sonderuntersuchungen (s. Art. 697c ff.). Auf das Recht auf Klage auf Kosten der Gesellschaft, das im Vorentwurf enthalten war, wurde verzichtet (s. Ziff. 1.3.9).
- Gewisse Gesellschaften werden innerhalb von zwei Jahren ihre Statuten und Reglemente an die neuen zwingenden Vorgaben anpassen müssen (s. Art. 2 Abs. 1 E Ueb. Best. OR). Dies wird schergewichtig dann der Fall sein, wenn von neuen Rechtsinstituten Gebrauch gemacht wird, wie z. B. dem Kapitalband (s. Art. 653t), der Zwischendividende (s. Art. 675a Abs. 1 Ziff. 1), der Schiedsklausel (s. Art. 697n Abs. 1) oder der virtuellen GV (s. Art. 701 Abs. 1). Damit verbunden sind zum Teil Kosten für die Rechtsberatung, für die öffentliche Beurkundung bei der Änderung der Statuten und für den Handelsregistereintrag. Dafür wird die öffentliche Beurkundung bei einfach strukturierten Kapitalgesellschaften teilweise aufgehoben (s. Art. 629 Abs. 4 und 647 Abs. 2).

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 letzte Übergangsfrist ist Ende 2015 abgelaufen), die in der VegüV enthalten sind, hat keine eigenständigen wesentlichen Auswirkungen (s. Ziff. 1.1.8). Die Bestimmungen des Entwurfs, die aufgrund der nicht ausreichenden verfassungsmässigen Grundlage nicht in der VegüV enthalten sind, konkretisieren oder präzisieren insbesondere geltende Bestimmungen (Präzisierungen bei den Konkurrenzverboten und den Antrittsprämien, s. Art. 735c Ziff. 2, 3 und 5; neue Konsultativabstimmung über den Vergütungsbericht, s. Art. 735 Abs. 3 Ziff. 4). Sie ermöglichen folglich Rechtsunsicherheiten zu verringern, ohne wesentliche wirtschaftliche Folgen für die Unternehmen mit sich zu bringen.

3.3.4 Vertretung der Geschlechter im VR und in der Geschäftsleitung

Die neuen Bestimmungen zur Vertretung der Geschlechter (s. Art. 734f) sollen langfristig zu einer ausgewogeneren Zusammensetzung des VR und der Geschäftsleitung grosser Gesellschaften führen, deren Aktien an einer Börse kotiert sind.

Gemäss Erkenntnissen aus der Regulierungsfolgenabschätzung kann die ausgewogenere Vertretung der Geschlechter im VR und in der Geschäftsleitung dazu führen, dass diese ihre finanziellen Leistungen verbessern, indem ein innovativeres Arbeitsumfeld gebildet wird. Die KMU sind von den Richtwerten nicht betroffen, da diese nur für wirtschaftlich bedeutende, börsenkotierte Gesellschaften gelten. Die Frist von fünf bzw. zehn Jahren, die den Gesellschaften für die Anpassung an die neue Bestimmung gewährt wird (s. Art. 4 E Ueb. Best. OR), ist ausreichend, um eine überstürzte Reorganisation des VR und der Geschäftsleitung zu vermeiden. Im Übrigen besteht bereits heute eine beachtliche Anzahl qualifizierter Frauen, die sich für einen Sitz im VR und in der Geschäftsleitung eignen.

Die vorgeschlagene Reform ist deshalb auch im Interesse der Wirtschaft, da sie dazu führt, dass insbesondere 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 dem damit verbundenen Mangel an Fachkräften gemildert werden können. Zudem setzt sie ein klares Zeichen für insbesondere die Frauen, stärker in den Arbeitsmarkt einzutreten oder dort zu bleiben; dies führt zu einer Erhöhung ihrer Beschäftigungsquote. Selbst wenn der Handlungsspielraum der betroffenen Gesellschaften bei der Zusammensetzung des VR und der Geschäftsleitung etwas 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 (s. Ziff. 1.4.7). Auch die Regulierungsfolgenabschätzung zeitigte ein positives Ergebnis (s. Ziff. 1.2.3).

3.4 Auswirkungen auf die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann

Grundsätzlich hat die Vorlage keine Auswirkung auf die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann, da sie die juristischen und nicht primär die natürlichen Personen betrifft. Richten sich gewisse Normen dennoch an natürliche Personen, so sind diese geschlechtsneutral abgefasst und betreffen weibliche und männliche Personen gleichermaßen.

Einzig Artikel 734f hat eine direkte Auswirkung auf die Gleichstellung von Frau und Mann. Mit dieser Norm soll die gleichmässige Vertretung beider Geschlechter im VR und in der Geschäftsleitung angestrebt werden. Gefördert wird mit Artikel 734f das weniger stark im VR und in der Geschäftsleitung vertretene Geschlecht. Im vorherrschenden wirtschaftlichen Kontext, der seit je durch eine deutliche Untervertretung von Frauen im VR und v. a. in der Geschäftsleitung gekennzeichnet ist, soll Artikel 734f jedoch die Erhöhung des Frauenanteils bewirken. Wie in Ziffer 1.4.7

dargelegt, ist eine solche Massnahme verfassungsrechtlich geboten und stellt keine unzulässige Diskriminierung der Männer dar. Durch die geschlechtsneutrale Formulierung der Norm («Geschlechterrichtwerte») ist zudem auch eine Auslegung zugunsten der Männer möglich, sollten diese im Einzelfall im VR oder in der Geschäftsleitung untervertreten sein.

3.5 **Zusammenhang mit dem Indikator «Protecting Investors» der Weltbank**

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*⁵⁹⁹ bewertet 189 Staaten; die Schweiz liegt auf dem 26. Platz.

Den grössten Rückstand hat die Schweiz beim Teilindex *Protecting Minority Investors* (Rang 105), 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 VR und der Geschäftsleitung Klage wegen missbräuchlichen Verhaltens zu erheben. Mit dem Bericht 2015 wurde neu auch die allgemeine *Corporate Governance* berücksichtigt. So wurden z. B. die Aktionärsrechte bei wichtigen Unternehmensentscheidungen, die Führungsstruktur und die Offenlegung nicht-finanzieller Informationen beleuchtet.

Nichtsdestotrotz können folgende Bestimmungen des vorliegenden Entwurfs die Position der Schweiz im Teilindex *Protecting Minority 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 sind dies u. a.:

- die Verschärfung und Präzisierung der Rückerstattungsklage der Gesellschaft oder der Aktionärinnen und Aktionäre gegenüber dem VR und der Geschäftsleitung (s. Art. 678);
- das Verbot der Rückzahlung gesetzlicher Kapital- und Gewinnreserven sowie der Durchführung einer ordentlichen Kapitalherabsetzung, wenn die Gesellschaft einen Verlustvortrag aufweist (s. Art. 677a);
- das Auskunftsrecht für Aktionärinnen und Aktionäre von Gesellschaften, deren Aktien nicht börsenkotiert sind (s. Art. 697);
- die Schaffung von Rechtssicherheit bezüglich der Durchführung der GV an mehreren Tagungsorten und unter Verwendung elektronischer Mittel (s. Art. 701a ff.);

⁵⁹⁹ S. www.doingbusiness.org.

- die Konsultativabstimmung über den Vergütungsbericht (s. Art. 735 Abs. 3 Ziff. 4);
- die Erweiterung von Beschlüssen, die eines qualifizierten Mehrs bedürfen (s. Art. 704).

Bezüglich der Rolle des VR und der Geschäftsleitung sind dies u. a.:

- die ausdrückliche Verpflichtung der Mitglieder des VR und der Geschäftsleitung zur vollständigen Information über Interessenkonflikte an den VR sowie dessen Pflicht, die notwendigen Massnahmen zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft zu ergreifen (s. Art. 716*b* Abs. 2 Ziff. 4 und 717*a*);
- die Haftung eines Mitglieds des VR oder der Geschäftsleitung, das die Gesellschaft aufgrund eines fehlerhaften Umgangs mit einem Interessenkonflikt schädigt, obwohl es diesen hätte kennen müssen (Art. 717*a* i. V. m. Art. 754 OR);
- der verstärkte Fokus des VR auf die Liquidität der Gesellschaft und die frühzeitige Einleitung allfälliger Sanierungsmassnahmen (s. Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 3, 7 und 8; Art. 725 ff.);
- die Offenlegung sämtlicher Vergütungen, Darlehen und Kredite an die Mitglieder des VR und der Geschäftsleitung börsenkotierter Gesellschaften im von der Revisionsstelle geprüften Vergütungsbericht (s. Art. 728*a* Abs. 1 Ziff. 4 und 734*a*–734*c*).

3.6 Überblick über die administrative Entlastung, die Stärkung des Minderheiten-, Investoren- und Gläubigerschutzes und die Schaffung von Rechtssicherheit

3.6.1 Vorbemerkungen

Aus den nachfolgenden drei Tabellen wird erkennbar, wo der Entwurf für die Unternehmen administrative Entlastungen und zusätzliche Flexibilität erzielen (Ziff. 3.6.2), den Minderheiten-, den Investoren- und den Gläubigerschutz stärken (Ziff. 3.6.3) und Rechtssicherheit schaffen will (Ziff. 3.6.4). Einzelne Bestimmungen oder Themenblöcke könnten unter mehr als einer Ziffer aufgeführt werden. Darauf wird zur Wahrung der Übersichtlichkeit verzichtet. Es wird jeweils der Schwerpunkt der Bestimmung oder des Themenblocks zur Einreihung unter einer Ziffer berücksichtigt.

Verglichen werden die Bestimmungen des Entwurfs mit dem geltenden Recht (vereinzelt mit dem E 2007). Bereits am 4. Dezember 2015 hatte der Bundesrat in seinen Eckwerten festgelegt, wo er vom Vorentwurf abweichen wollte (s. Ziff. 1.3). Ein Vergleich zwischen Vorentwurf und Entwurf wird also nicht vorgenommen. Die Abweichungen des Entwurfs vom Vorentwurf sind an den einschlägigen Stellen aus der Botschaft erkennbar, indem in den Fussnoten insbesondere auf den Bericht des EJPD vom 17. September 2015 zur Vernehmlassung zum Vorentwurf vom

28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) verwiesen wird.

3.6.2 Administrative Entlastung und zusätzliche Flexibilität für die Unternehmen

Massnahme	Entwurf	Zu erwartende Wirkung
Rechtsgemeinschaften können eine AG gründen	Art. 620 Abs. 1	Rechtsgemeinschaften (z. B. eine einfache Gesellschaft oder eine Erbengemeinschaft) können neu eine AG gründen und nicht nur – eine logische Sekunde nach der Gründung – die Aktien der AG erwerben.
Aktienkapital in ausländischer Währung	Art. 621 Abs. 2 und 3, Art. 80 Abs. 1 ^{bis} E DBG, Art. 31 Abs. 3 ^{bis} und 5 E StHG	Es wird die vollständige Kohärenz zwischen dem Aktien- und dem Rechnungslegungsrecht erreicht. Eine AG kann somit für alle gesellschaftsrechtlichen Aspekte in der ausländischen Währung des Aktienkapitals denken (Gründung, Kapitaländerungen, Gewinnverwendung/Bildung der Reserven, Beurteilung eines Kapitalverlusts/einer Überschuldung). Für die Steuern sind im DBG/StHG mittels Dreisatz einfache Umrechnungen in Franken vorgesehen.
Aktiennennwert muss nur noch grösser als null sein	Art. 622 Abs. 4	Der Nennwert einer Aktie muss nicht mehr mindestens 1 Rappen betragen, sondern bloss grösser als null sein. Die AG erhalten dadurch die Möglichkeit, Aktien und Partizipationsscheine beliebig aufzuteilen.
Straffung des zwingend notwendigen Statuteninhalts	Art. 626 Abs. 1	Die Statuten brauchen keine Angaben mehr zu den Organen für die Verwaltung und die Revision zu enthalten. Dasselbe gilt für die Angaben zur Einberufung der GV und zum Stimmrecht der Aktionärinnen und Aktionäre. Auch muss das gesetzliche Publikationsorgan (das Schweizerische Handelsamtsblatt SHAB) nicht mehr explizit erwähnt werden. All diese Angaben ergeben sich aus dem Gesetz und müssen in den Statuten nicht wiederholt werden.
Aufhebung der Vorschriften zur (beabsichtigten) Sachübernahme	Art. 628 (s. Ziff. 1.4.1.3)	Die (beabsichtigte) Sachübernahme stellt keinen qualifizierten Tatbestand bei der Gründung oder einer Kapitalerhöhung mehr dar. Sie muss nicht mehr in den Statuten erwähnt werden. Es braucht auch keinen geprüften Gründerbericht mehr. Zudem erfolgt keine Publikation im Handelsregister.

Massnahme	Entwurf	Zu erwartende Wirkung
Aufhebung der Pflicht zur öffentlichen Beurkundung bei einer einfach strukturierten AG	Art. 629 Abs. 4 Ziff. 1–3, Art. 647 Abs. 2, Art. 650 Abs. 4 Ziff. 1–3, Art. 652g Abs. 3 Ziff. 1–3	Eine AG, die nur Statuten im Umfang des gesetzlich notwendigen Inhalts aufweist und deren Aktienkapital vollständig und in Franken liberiert wird, kann auf die öffentliche Beurkundung des Gründungsakts und der späteren Änderungen der Statuten verzichten.
Eintragung der ordentlichen Kapitalerhöhung ins Handelsregister innerhalb von sechs Monaten	Art. 650 Abs. 3	Bisher musste die Kapitalerhöhung innerhalb von drei Monaten seit dem Beschluss der GV ins Handelsregister eingetragen werden. Diese Frist wird auf sechs Monate verlängert; zudem soll nicht mehr die Eintragung ins Handelsregister massgebend sein (dies können die AG nicht beeinflussen), sondern die rechtskonforme Anmeldung zur Eintragung ins Handelsregister.
Nicht abschliessender Adressatenkreis beim bedingten Kapital	Art. 653 Abs. 1	Der Adressatenkreis für die Zuteilung von Wandel- oder Optionsrechten («potenzielle Aktionärinnen und Aktionäre») ist nicht mehr eingeschränkt.
Möglichkeit zu einer genehmigten Kapitalherabsetzung im Rahmen des neuen Kapitalbands	Art. 653s ff.	Das geltende Recht sieht nur vor, dass die GV den VR ermächtigen kann, das Aktienkapital zu erhöhen (genehmigte Kapitalerhöhung). Neu wird vorgesehen, dass der VR mittels Kapitalband das Aktienkapital innerhalb einer gewissen Bandbreite auch herabsetzen darf.
Möglichkeit zu einer Kapitalherabsetzung mit Maximalbetrag	Art. 653n Ziff. 1	Im geltenden Recht ist eine Kapitalherabsetzung mit einem Maximalbetrag nicht vorgesehen. Sie wird deshalb von den Handelsregisterbehörden nicht zugelassen. Durch den Entwurf wird sie nun explizit vorgesehen.
Allgemeine Flexibilisierung und zeitliche Beschleunigung beim Kapitalherabsetzungsverfahren	Art. 653j ff.	Es muss nur noch ein einfacher Schuldeneruf durchgeführt werden (bisher: dreimaliger Schuldeneruf). Die Gläubiger müssen innerhalb von 30 Tagen die Sicherstellung ihrer Forderungen verlangen (bisher: 60 Tage). Der Schuldeneruf darf zudem bereits vor dem Beschluss der GV über die Kapitalherabsetzung erfolgen.
Pflicht zu einem bloss einfachen Schuldeneruf	z. B. Art. 653k	Bisher war ein dreimaliger Schuldeneruf zwingend vorgesehen. In der Praxis wurde dieser an drei hintereinander folgenden Tagen im SHAB publiziert. Dies verursacht unnötige Kosten und ist zum Schutz der Gläubiger im Zeitalter des elektronischen Abonnierens bestimmter Inhalte des SHAB nicht mehr notwendig.

Massnahme	Entwurf	Zu erwartende Wirkung
Keine Beschränkung der Höhe des Partizipationskapitals bei AG mit börsenkotierten Partizipations-scheinen	Art. 656 <i>b</i> Abs. 1	Bisher durfte das Partizipationskapital maximal doppelt so hoch sein wie das Aktienkapital. Bei AG mit börsenkotierten Partizipations-scheinen wird diese Grenze fallengelassen und die Unternehmensfinanzierung entsprechend erleichtert. Aufgrund der Börsenkotierung können die Partizipations-scheine jederzeit veräussert werden.
Rückbezahlung von Kapitalreserven an die Aktionärinnen und Aktionäre	Art. 671 Abs. 2 und 3, Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6	Im Gesetz wird explizit festgehalten, dass Kapitalreserven an die Aktionärinnen und Aktionäre zurückbezahlt werden dürfen, wenn die gesetzlichen Gewinn- und Kapitalreserven 50 Prozent des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals übersteigen (bei Holdinggesellschaften: 20 Prozent). Hierzu ist ein Beschluss der GV notwendig, nicht jedoch die Durchführung eines formellen Kapitalherabsetzungsverfahrens. Dies erfolgt in Übereinstimmung mit einem neuen Entscheid des Bundesgerichts und dem Beschluss des Ständerats zum E 2007.
Beibehaltung der Depotstimmrechtsvertretung bei AG ohne börsenkotierte Aktien	Art. 689 <i>e</i>	Für AG mit börsenkotierten Aktien ist die Depotstimmrechtsvertretung aufgrund von Art. 95 Abs. 3 Bst. a BV und der VegüV verboten. Im Gegensatz zum E 2007 sieht der Entwurf für AG ohne börsenkotierte Aktien kein Verbot mehr vor.
Möglichkeit zur ausschliesslich elektronischen Bekanntgabe des Geschäftsberichts und zur ausschliesslich elektronischen Einberufung der GV	Art. 699 <i>a</i> Abs. 1, Art. 700 Abs. 1	Es wird explizit festgelegt, dass den Aktionärinnen und Aktionären der Geschäftsbericht und die Revisionsberichte sowie die Einberufung der GV ausschliesslich elektronisch (direkt oder mittels Publikation im SHAB) mitgeteilt werden können. Eine Pflicht für die AG besteht hierzu aber nicht.
Zirkularbeschlusses für die GV	Art. 701 Abs. 3	Bisher war der Zirkularbeschluss nur für den VR zulässig. Diese Möglichkeit soll nun auch der GV offenstehen. Dies führt v. a. für AG mit einem kleineren und allenfalls ausländischen Aktionariat zu einer Flexibilisierung bei der Beschlussfassung.
Explizite Zulässigkeit mehrerer Tagungsorte, im In- und Ausland	Art. 701 <i>a</i> f.	Bisher sah das Gesetz weder mehrere Tagungsorte noch einen Tagungsort im Ausland vor. Dies ändert sich nun, indem insbesondere dem VR eine grosse Flexibilität ermöglicht wird. Einige Grundsätze schützen die Aktionärinnen und Aktionäre vor allfälligen Missbräuchen.

Massnahme	Entwurf	Zu erwartende Wirkung
Explizite Zulässigkeit der Verwendung elektronischer Mittel bei der Durchführung der GV (als Extremfall in Form einer virtuellen GV)	Art. 701c ff.	Bisher sah das Gesetz nichts zur Verwendung elektronischer Mittel bei der Durchführung der GV vor. Dies ändert sich nun, indem insbesondere dem VR eine grosse Flexibilität ermöglicht wird. Einige gesetzlich verankerte Grundsätze sollen die Aktionärinnen und Aktionäre vor allfälligen Missbräuchen schützen.
Erhaltung der Möglichkeit zur Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen zur Sanierung einer AG	Art. 725c	Im Gegensatz zum E 2007 bleibt die Möglichkeit zur Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen erhalten, wenn die Gesellschaft einen Kapitalverlust oder sogar eine Überschuldung aufweist.
Rangrücktritte von Gläubigerinnen und Gläubigern zur Sanierung einer AG zählen nicht mehr zum Schaden im Zusammenhang mit einer Verantwortlichkeitsklage gegen den VR	Art. 757 Abs. 4	Rangrücktritte sollen im Falle einer Verantwortlichkeitsklage gegen den VR nicht mehr zum Schaden gezählt werden. Dadurch sollen für den VR Rangrücktritte von Gläubigerinnen und Gläubigern als Massnahme zur Sanierung der Gesellschaft erleichtert werden.
Zusätzliche Befreiung von der Pflicht zur Rechnungslegung für grössere Unternehmen	Art. 961d Abs. 1	Bisher konnten sich Unternehmen nur von der Rechnungslegung für grössere Unternehmen befreien, wenn sie eine Konzernrechnung nach einem anerkannten Standard erstellen. Neu soll hierzu auch ein Einzelabschluss nach anerkanntem Standard ausreichen. Dies ist u. a. für Unternehmen aus der Strombranche von Bedeutung.
Rechtshandlungen während der Nachlassstundung können auch von der Sachwalterin oder dem Sachwalter anfechtungsresistent gemacht werden.	Art. 285 Abs. 4 E SchKG	Bisher konnte das Nachlassgericht Rechtshandlungen während der Nachlassstundung anfechtungsresistent machen. Diese Kompetenz soll nun auch die Sachwalterin oder der Sachwalter erhalten (von wenigen Geschäften abgesehen, z. B. von Geschäften mit Grundstücken). Dies erleichtert in zeitlicher und verfahrensmässiger Hinsicht die Sanierung einer AG im Rahmen einer Nachlassstundung.

3.6.3 Minderheiten-, Investoren- und Gläubigerschutz

Massnahme	Entwurf	Zu erwartender Schutz
Temporär unzulässige Rückzahlungen an die Aktionärinnen und Aktionäre	Art. 677a	Solange die AG einen Verlustvortrag in der Bilanz ausweist, sind die Rückzahlung gesetzlicher Kapital- und Gewinnreserven sowie die ordentliche Kapitalherabsetzung unzulässig. Dadurch soll vermieden werden, dass in einer wirtschaftlich angespannten Situation wichtige Substanz aus der AG an die Aktionärinnen und Aktionäre abfließt.
Aktivlegitimation der Gläubigerinnen und Gläubiger zur Rückerstattung von Leistungen innerhalb eines Konzerns	Art. 678 Abs. 4	Solange über einer AG nicht der Konkurs eröffnet ist, stehen den Gläubigerinnen und Gläubigern keine Klagerechte auf Rückerstattung von Leistungen an die AG zur Verfügung. Der Entwurf macht davon eine Ausnahme: Die Gläubiger sind aktivlegitimiert, wenn die Leistungen innerhalb des Konzerns erfolgten, zu dem die AG gehört. In solchen Fällen fehlt es oftmals an Minderheitsaktionärinnen und -aktionären, welche die Klage erheben würden. Es wird zudem die präventive Wirkung der Rückerstattungsklage gestärkt.
Teilweise Senkung der Schwellenwerte zur Ausübung von Minderheitsrechten	v. a. Art. 697d Abs. 1, Art. 699 Abs. 3, Art. 699b Abs. 1 (s. Ziff. 1.4.8.4)	Die heutigen Schwellenwerte führen dazu, dass die Minderheitenrechte, u. a. das Traktandierungs- und Antragsrecht, oftmals toter Buchstabe blieben. Deshalb werden die Schwellenwerte zur Ausübung der aktienrechtlichen Minderheitsrechte v. a. bei den AG mit börsenkotierten Aktien gesenkt. Dabei wird ein Gleichgewicht zwischen der Stärkung des Minderheitsschutzes einerseits und den Interessen der Mehrheit bzw. des VR andererseits angestrebt.
Auskunftsrecht ausserhalb der GV bei AG ohne börsenkotierte Aktien	Art. 697 Abs. 2	Minderheitsaktionärinnen und -aktionäre erhalten die Möglichkeit, dem VR ausserhalb der GV Fragen zu Angelegenheiten der Gesellschaft zu stellen. Dadurch soll das heutige unbefriedigende Informationsgefälle zwischen dem VR und den Minderheitsaktionärinnen und -aktionäre reduziert werden, ohne dass der VR bei seiner Arbeit unnötig eingeschränkt wird.

Massnahme	Entwurf	Zu erwartender Schutz
Beschluss der GV über die Dekotierung der Aktien	Art. 698 Abs. 2 Ziff. 8, Art. 704 Abs. 1 Ziff. 10	Sollen die Aktien einer AG von der Börse genommen werden (Dekotierung), so braucht es aufgrund der grossen wirtschaftlichen und juristischen Folgen für die Aktionärinnen und Aktionäre einen Beschluss der GV. Minderheitsaktionärinnen und -aktionäre könnten somit z. B. eine Anfechtungsklage gegen den Beschluss der GV erheben, die ihnen bei einem Beschluss des VR nicht zur Verfügung stünde.
Neue Fristenregelung bei der Bekanntgabe des Geschäftsberichts und der Einberufung der GV	Art. 699a f.	Durch die neue Regelung der Fristen vor der GV sollen das Traktandierungs- und das Antragsrecht der Aktionärinnen und Aktionäre gestärkt werden. Sie sollen Kenntnisse vom Geschäftsbericht, von den Revisionsberichten und vom Vergütungsbericht haben, bevor sie ein Traktandum verlangen oder einen Antrag für die GV stellen müssen. Erst dadurch können sie diese Rechte effektiver ausüben.
Pflicht des VR zur Überwachung der Liquidität der AG	Art. 725	Ohne ausreichende Liquidität kann die AG ihren finanziellen Verpflichtungen nicht nachkommen. Deshalb wird die Pflicht des VR zur Überwachung der Liquidität explizit im Gesetz erwähnt. Besteht begründete Besorgnis, dass die Gesellschaft in den nächsten sechs bzw. zwölf Monaten zahlungsunfähig werden könnte, so muss der VR einen Liquiditätsplan erstellen und gegebenenfalls Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit ergreifen. Dadurch wird der Gläubiger- und Minderheitenschutz gestärkt.
Kein <i>Opting-out</i> für AG mit Zwischendividenden oder mit einem Kapitalband mit Möglichkeit zur Kapitalherabsetzung	Art. 727a Abs. 2	Mit den Zwischendividenden fliessen bereits während des laufenden Geschäftsjahrs Mittel aus der AG ab, obschon das Jahresergebnis noch nicht bekannt ist. Der Gläubigerschutz im Zusammenhang mit einem Kapitalband ist eingeschränkt, selbst wenn dieses die Möglichkeit zu einer Kapitalherabsetzung vorsieht. Deshalb ist es für den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger gerechtfertigt, dass in beiden Fällen nicht auf die eingeschränkte Revision der Jahresrechnung verzichtet werden kann. Somit bleibt eine gewisse externe Kontrolle gewährleistet.

Massnahme	Entwurf	Zu erwartender Schutz
Abberufung der Revisionsstelle nur noch aus wichtigem Grund	Art. 730a Abs. 4, Art. 959c Abs. 2 Ziff. 14	Um die Position der Revisionsstelle insbesondere bei einer finanziell angespannten Situation der AG und somit auch den Gläubiger- und Minderheitenschutz zu stärken, soll die GV die Revisionsstelle nur noch aus wichtigen Gründen abberufen können. Die wichtigen Gründe müssen im Anhang zur Jahresrechnung offengelegt werden.
Verlängerung der Verwirklichungsfrist bezüglich des Entlastungsbeschlusses	Art. 758 Abs. 2	Aktionärinnen und Aktionäre, die dem Beschluss der GV zur Entlastung des VR nicht zugestimmt haben, haben neu zwölf Monate Zeit, um eine Verantwortlichkeitsklage zu erheben. Zudem steht die Frist während des Verfahrens auf Anordnung und Durchführung einer Sonderuntersuchung still. Dadurch soll die Substanziierung der Verantwortlichkeitsklage erleichtert werden.

3.6.4 Schaffung von Rechtssicherheit

Es wurden viele Präzisierungen im Gesetzestext oder mittels Erläuterungen in der Botschaft vorgenommen, um die Auslegung des (zukünftigen) Gesetzestexts zu erleichtern und die Rechtssicherheit zu erhöhen. Nachfolgend werden nur die inhaltlich wichtigsten dargestellt:

Massnahme	Entwurf	Zu erwartende Rechtssicherheit
Zulässigkeit der Liberierung des Aktienkapitals mit nicht werthaltigen Forderungen	Art. 634a Abs. 2	In Lehre und Praxis ist es unklar, ob auch Forderungen von Gläubigerinnen und Gläubigern, die nicht mehr vollständig durch Aktiven der AG gedeckt sind, bei der Erhöhung des Aktienkapitals für die Liberierung verwendet werden dürfen (Verrechnungsliberierung). Der Entwurf erlaubt dies nun explizit, da die anderen Gläubigerinnen und Gläubiger nicht benachteiligt werden und die AG eine Überschuldung teilweise oder vollständig abbauen kann.
Nachliberierung durch Umwandlung frei verfügbarer Mittel	Art. 634b Abs. 2	Es wird im Gesetzestext festgehalten, dass die nachträgliche Leistung von Einlagen (Nachliberierung bei nur teilweise liberierten Aktien) durch Umwandlung frei verfügbarer Mittel der AG zulässig ist. Dadurch wird Rechtssicherheit im Bereich der Teilliberierung geschaffen.

Massnahme	Entwurf	Zu erwartende Rechtssicherheit
Verankerung der Möglichkeit zu Zwischendividenden im Gesetz	Art. 675a	Gemäss Lehre und Praxis ist es umstritten, ob Zwischendividenden zulässig sind. Diese Rechtsunsicherheit wird durch die Verankerung der Zwischendividenden im Gesetz beseitigt. Es wird somit die Ausschüttung von Dividenden insbesondere innerhalb von Konzernen erleichtert.
Möglichkeit für Schiedsgerichtsklauseln	Art. 697n	Es ist gemäss Lehre und Praxis umstritten, ob statutarische Schiedsgerichtsklauseln zulässig sind und sämtliche Aktionärinnen und Aktionäre binden können. Der Entwurf beendet diese Rechtsunsicherheit und lässt Schiedsklauseln für alle gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten explizit zu.
Umwandlung von Partizipationsscheinen in Aktien und umgekehrt	Art. 704 Abs. 1 Ziff. 6, Art. 704b	Das geltende Recht regelt weder die Umwandlung von Partizipationsscheinen in Aktien noch den umgekehrten Fall. Neu wird eine explizite gesetzliche Grundlage für diese Vorgänge geschaffen. Deshalb ist keine statutarische Grundlage mehr notwendig, was wiederum zu einer administrativen Entlastung für die AG führt.
Überführung der Bestimmungen der VegüV in die Bundesgesetze	Art. 732 ff., Art. 71a f. E BVG, Art. 154 E StGB	Art. 95 Abs. 3 BV (Volksinitiative «gegen die Abzockerei») ist bisher nur auf Verordnungsstufe umgesetzt worden (VegüV, Art. 197 Ziff. 10 BV). Die Aktienrechtsrevision sieht nun die stufengerechte Umsetzung in den Bundesgesetzen vor (OR, BVG, StGB). Dadurch sollen zusätzliche Rechtssicherheit geschaffen und die rechtsstaatlich vorgesehenen Mitwirkungsrechte des Parlaments bei der Umsetzung der Verfassungsbestimmung zeitnah zur Annahme der Volksinitiative gewahrt werden.
Explizite Festlegung, welche Arten von Antrittsprämien für das oberste Kader einer AG mit börsenkotierten Aktien zulässig sind	Art. 735c Ziff. 5	Bereits heute sind gemäss Art. 95 Abs. 3 Bst. b BV und VegüV Vergütungen unzulässig, die im Voraus an das oberste Kader ausgerichtet werden. Die Abgrenzung zu den Antrittsprämien ist in der Praxis nicht immer eindeutig. Deshalb wird im Gesetzestext ausdrücklich verankert, dass Antrittsprämien zulässig sind, wenn sie einen nachweisbaren finanziellen Schaden der zur AG wechselnden Person ersetzen. Voraussetzungslose goldene Willkommensgrüsse sind unzulässig und entsprechen den verbotenen Vergütungen, die im Voraus ausgerichtet werden. Es wird folglich Rechtssicherheit bei der Abgrenzung zulässiger Antrittsprämien von den unzulässigen Vergütungen geschaffen, die im Voraus ausgerichtet werden.

Massnahme	Entwurf	Zu erwartende Rechtssicherheit
Explizite Festlegung, welche Arten von Karenzenschädigungen für Konkurrenzverbote für das oberste Kader einer AG mit börsenkotierten Aktien zulässig sind	Art. 735c Ziff. 2 und 3	Abgangsschädigungen sind bereits heute gemäss Art. 95 Abs. 3 Bst. b BV und VegüV verboten. Deshalb ist es zur Schaffung von Rechtssicherheit wichtig, dass festgelegt wird, wann Karenzenschädigungen aus Konkurrenzverboten für das oberste Kader einer AG mit börsenkotierten Aktien zulässig sind. Ist ein Konkurrenzverbot geschäftsmässig nicht begründet, so sind darauf abgestützte Karenzenschädigungen unzulässig. Ist das Konkurrenzverbot geschäftsmässig begründet, so sind Karenzenschädigungen im Umfang des Durchschnitts der Vergütungen der letzten drei Jahre zulässig. Es wird auch hier Rechtssicherheit bei der Abgrenzung der zulässigen Karenzenschädigungen von den unzulässigen Abgangsschädigungen geschaffen.
Vorgaben zum Zwischenabschluss	Art. 960f	Das Aktienrecht wie auch weitere Bundesgesetze (z. B. das FusG) sehen Pflichten zur Erstellung von Zwischenabschlüssen (bisher: Zwischenbilanzen) vor. Neu regelt das Rechnungslegungsrecht die Grundsätze für die Erstellung eines Zwischenabschlusses.

4 Verhältnis zur Legislaturplanung und zu den Zielen des Bundesrates 2016

Der Bundesrat hat in seinen Jahreszielen 2016 ausdrücklich festgehalten, dass er gegen Ende 2016 die Botschaft zur Revision des OR verabschieden will (Aktienrecht inklusive Umsetzung der Volksinitiative «gegen die Abzockerei»). Neben der Umsetzung von Artikel 95 Absatz 3 BV soll die neue Vorlage weitere Aspekte der *Corporate Governance* umsetzen, die Kapitalvorschriften modernisieren und die Vorschriften zur GV präzisieren. Dies bestätigte der Bundesrat am 4. Dezember 2015, als er die Ergebnisse der Vernehmlassung zur Kenntnis nahm (s. Ziff. 1.2.4 ff.).⁶⁰⁰

Im Bundesbeschluss vom 14. Juni 2016⁶⁰¹ über die Legislaturplanung 2015–2019 wird die Revision des Aktienrechts⁶⁰² – anders als im Bundesbeschluss vom 15. Juni 2012⁶⁰³ über die Legislaturplanung 2011–2015 – ebenfalls ausdrücklich erwähnt (Art. 3, Ziff. 4), dies v. a. aus zwei Gründen:

⁶⁰⁰ Bundesratsbeschluss vom 4. November 2015 (Band 1, Ziel 2; Band 2, EJPD, Ziel 6). S. auch die Medienmitteilung des Bundesrats vom 4. Dezember 2015 zur Aktienrechtsrevision.

⁶⁰¹ BBl 2016 5183, hier 5184

⁶⁰² Botschaft Legislaturplanung 2015–2019, S. 1162 und 1218.

⁶⁰³ BBl 2012 7155 ff.

- 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), und auf den 1. Januar 2014 trat die VegüV in Kraft, welche die neuen Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 BV vorläufig umsetzt.

Zum Zeitpunkt des Bundesbeschlusses über die Legislaturplanung 2011–2015 bestand folglich kein Anlass, spezifisch auf das Aktienrecht Bezug zu nehmen. Das Parlament wies den E 2007 erst in der Sommersession 2013 an den Bundesrat zurück (s. Ziff. 1.1.9).

5 Rechtliche Aspekte

5.1 Verfassungsmässigkeit

Der Entwurf stützt sich auf die Gesetzgebungskompetenz des Bundes in den Bereichen der Gleichstellung von Frau und Mann (Art. 8 Abs. 3 BV), des Banken-, Börsen- und Versicherungswesen (Art. 98 BV), der beruflichen Vorsorge (Art. 113 BV), des Zivil- und Zivilprozessrechts (Art. 122 BV) sowie des Strafrechts (Art. 123 BV).

5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Der Entwurf berührt die internationalen Verpflichtungen der Schweiz nicht und wirkt sich nicht auf die geltenden Abkommen mit der EU aus (s. Ziff. 1.5).

5.3 Erlassform

Das Aktienrecht, das Recht zur beruflichen Vorsorge und das Strafrecht sind bereits heute in Bundesgesetzen geregelt (OR; BVG; StGB). Es werden deshalb schwerkünftig diese Erlasse geändert.

Mit der VegüV hat der Bundesrat die zwingenden Vorgaben von Artikel 95 Absatz 3 BV umgesetzt. Gestützt auf Artikel 197 Ziffer 10 BV wird der Bundesrat diese Verordnung auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der formell-gesetzlichen Ausführungsbestimmungen aufheben (s. Ziffer 1.1.8.4).

5.4 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen

Der Bundesrat erhält im Bereich der Transparenz bei Rohstoffunternehmen Rechtsetzungskompetenzen (s. Art. 964d Abs. 3).

Im Bereich des Aktienrechts, insbesondere bei den Bestimmungen zur Gründung und zum Kapital, wird – gestützt auf den 30. Titel des Obligationenrechts (s. u. a. Art. 929 OR)⁶⁰⁴ – die HRegV 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 (VegüV), hinfällig.

5.5 Unterstellung unter die Ausgabenbremse

Die Vorlage sieht keine Ausgaben vor, die unter die Ausgabenbremse (Art. 159 Abs. 3 BV) fallen, da sie weder Subventionsbestimmungen noch die Grundlage für die Schaffung eines Verpflichtungskredits oder Zahlungsrahmens enthält.

6 Materialien-, Abkürzungs- und Gesetzesverzeichnisse

6.1 Materialienverzeichnis

Kurzbezeichnung	Vollständiger Titel und amtliche Fundstelle
Bericht Groupe de réflexion	Schlussbericht vom 24. September 1993 der Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht», zu finden unter: www.bj.admin.ch > Wirtschaft > abgeschlossene Rechtsetzungsprojekte > Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts
Bericht Harmonisierung Strafrahmen	Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht, zu finden unter: www.bj.admin.ch > Sicherheit > Harmonisierung der Strafrahmen
Bericht Nennwert	Parlamentarische Initiative zur Herabsetzung des Mindestnennwertes von Aktien, Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates vom 11. September 2000, BBl 2000 5501 ff.
Bericht Regulierungskosten	Bericht des Bundesrates vom 13. Dezember 2013 über die Regulierungskosten, Grundlagen der Wirtschaftspolitik Nr. 22D, zu finden unter: www.admin.ch > Dokumentation > Medienmitteilungen (von/bis: 13.12.2013)

⁶⁰⁴ S. auch Artikel 943 E OR vom 15. April 2015 zur Modernisierung des Handelsregisters. (Botschaft Handelsregister, S. 3652).

Kurzbezeichnung	Vollständiger Titel und amtliche Fundstelle
Bericht VASR	Erläuternder Bericht vom 16. August 2012 zum Inkraftsetzen des Rechnungslegungsrechts und Erlass der neuen Verordnung über die anerkannten Standards zur Rechnungslegung (VASR) und zur Teilrevision der Revisionsaufsichtsverordnung (RAV); zu finden unter: www.bj.admin.ch > Wirtschaft > abgeschlossene Rechtsetzungsprojekte > Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts
Bericht VegüV	Zusatzbericht des EJPD vom 8. Oktober 2013 zum Entwurf zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), zu finden unter: www.bj.admin.ch > Wirtschaft > Revision des Aktienrechts
Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2005	Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse zum Vorentwurf vom 2. Dezember 2005 zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht, Februar 2007, zu finden unter: www.bj.admin.ch > Wirtschaft > abgeschlossene Rechtsetzungsprojekte > Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts
Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014	Bericht vom 17. September 2015 zur Vernehmlassung zum Vorentwurf vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), zu finden unter: www.bj.admin.ch > Wirtschaft > Revision des Aktienrechts
Bericht Vernehmlassung Handelsregister	Bericht zur Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse zur Modernisierung des Handelsregisters und damit verbundene KMU-Erleichterungen, August 2013, zu finden unter: www.bj.admin.ch > Wirtschaft > Modernisierung des Handelsregisters
Bericht Vernehmlassung VgdA	Zusammenfassung vom 4. September 2013 der Stellungnahmen zum Vorentwurf der Verordnung gegen die Abzockerei des Bundesamtes für Justiz, zu finden unter: www.bj.admin.ch > Wirtschaft > Revision des Aktienrechts
Bericht VgdA	Erläuternder Bericht des EJPD vom 14. Juni 2013 zum Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei (VgdA), zu finden unter: www.bj.admin.ch > Wirtschaft > Revision des Aktienrechts
Bericht Vorentwurf Aktienrecht 2005	Begleitbericht vom 2. Dezember 2005 zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht, zu finden unter: www.bj.admin.ch > Wirtschaft > abgeschlossene Rechtsetzungsprojekte > Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts
Bericht Vorentwurf Aktienrecht 2014	Erläuternder Bericht des EJPD vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), zu finden unter: www.bj.admin.ch > Wirtschaft > Revision des Aktienrechts
Bericht Vorentwurf Handelsregister	Erläuternder Bericht vom 19. Dezember 2012 zur Modernisierung des Handelsregisters und damit verbundene KMU-Erleichterungen, zu finden unter: www.bj.admin.ch > Wirtschaft > Modernisierung des Handelsregisters

Kurzbezeichnung	Vollständiger Titel und amtliche Fundstelle
Bericht I indirekter Gegenentwurf 2010	Parlamentarische Initiative Indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei», Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 25. Oktober 2010, BBI 2010 8253 (Vorlage 1 von 10.443)
Bericht II indirekter Gegenentwurf 2010	Parlamentarische Initiative Indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei», Zusatzbericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 22. November 2010, BBI 2011 209 (Vorlage 2 von 10.443)
Botschaft Aktienrecht 1928	Botschaft vom 21. Februar 1928 zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts, BBI 1928 I 205
Botschaft Aktienrecht 1983	Botschaft vom 23. Februar 1983 über die Revision des Aktienrechts, BBI 1983 745
Botschaft Aktienrecht 2007	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), BBI 2008 1589
Botschaft Aktienrecht 2008	Botschaft vom 5. Dezember 2008 zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBI 2009 299
Botschaft BEG	Botschaft vom 15. November 2006 zum Bucheffektengesetz sowie zum Haager Wertpapierübereinkommen, BBI 2006 9315
Botschaft BEHG	Botschaft vom 24. Februar 1993 zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz; BEHG), BBI 1993 I 1369
Botschaft FIDLEG/FINIG	Botschaft vom 4. November 2015 zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG), BBI 2015 8901
Botschaft FinfraG	Botschaft vom 3. September 2014 zum Finanzinfrastrukturgesetz (FinfraG), BBI 2014 7485
Botschaft FINMAG	Botschaft vom 1. Februar 2006 zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG), BBI 2006 2829
Botschaft Fusionsgesetz	Botschaft vom 13. Juni 2000 zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG), BBI 2000 4337
Botschaft GmbH-Recht	Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), BBI 2002 3148
Botschaft Handelsregister	Botschaft vom 15. April 2015 zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht), BBI 2015 3617

Kurzbezeichnung	Vollständiger Titel und amtliche Fundstelle
Botschaft KAG 2005	Botschaft vom 23. September 2005 zum Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz), BBI 2005 6395
Botschaft KAG 2012	Botschaft vom 2. März 2012 über die Änderung des Kollektivanlagengesetzes, BBI 2012 3639
Botschaft Legislaturplanung 2015–2019	Botschaft vom 27. Januar 2016 zur Legislaturplanung 2015–2019, BBI 2016 1106
Botschaft Massnahmenpaket Finanzsystem	Botschaft vom 5. November 2008 zu einem Massnahmenpaket zur Stärkung des schweizerischen Finanzsystems, BBI 2008 8943
Botschaft Revisionsrecht	Botschaft vom 23. Juni 2004 zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren, BBI 2004 3969
Botschaft Sanierungsrecht	Botschaft vom 8. September 2010 zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht), BBI 2010 6455
Botschaft Stabilität Finanzsektor	Botschaft vom 20. April 2011 zur Änderung des Bankengesetzes (Stärkung der Stabilität im Finanzsektor; <i>too big to fail</i>), BBI 2011 4717
Botschaft StPO	Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBI 2006 1085
Botschaft Transparenz	Botschaft vom 23. Juni 2004 zur Änderung des Obligationenrechts (Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung), BBI 2004 4471 ff.
Botschaft USTR II	Botschaft vom 22. Juni 2005 zum Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Unternehmenssteuerreformgesetz II), BBI 2005 4733
Botschaft USTR III	Botschaft vom 5. Juni 2015 zum Unternehmenssteuerreformgesetz III, BBI 2015 5069
Botschaft Verjährungsrecht	Botschaft vom 29. November 2013 zur Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht), BBI 2014 235
Botschaft ZertES	Botschaft vom 3. Juli 2001 zum Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur (ZertES), BBI 2001 5679
Botschaft ZPO	Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBI 2006 7221
Stellungnahme Bericht I indirekter Gegenentwurf 2010	Parlamentarische Initiative Indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei», Bericht vom 25. Oktober 2010 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Stellungnahme des Bundesrates vom 17. November 2010, BBI 2010 8323

Kurzbezeichnung	Vollständiger Titel und amtliche Fundstelle
Stellungnahme Bericht II indirekter Gegenentwurf 2010	Parlamentarische Initiative Indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei», Zusatzbericht vom 22. November 2010 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Stellungnahme des Bundesrates vom 3. Dezember 2010, BBl 2011 243

6.2 Abkürzungs- und Gesetzesverzeichnis

AB	Amtliches Bulletin («Protokoll»)
AG	Aktiengesellschaft(en)
AHVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG), SR 831.1
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
BankG	Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG), SR 952
BBl	Bundesblatt
BEG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2008 über Bucheffekten (Bucheffektengesetz, BEG), SR 957.1
BEHG	Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG), SR 954.1
BEHV-FINMA	Verordnung der Eidg. Finanzmarktaufsicht vom 25. Oktober 2008 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsenverordnung-FINMA, BEHV-FINMA), SR 954.193
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BJ	Bundesamt für Justiz
BV	Bundesverfassung (BV), SR 101
BVG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG), SR 831.4
BVV 2	Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2), SR 831.441.1
CHF	Schweizer Franken
DBG	Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (DBG), SR 642.11
E 2007	Entwurf vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1751
E 2008	Entwurf vom 5. Dezember 2008, BBl 2009 343
E 2010	Entwurf vom 25. Oktober 2010, BBl 2010 8307 (Vorlage 1 von 10.443)
E	Entwurf gemäss vorliegender Botschaft, z. B. E ZGB und E SchKG
EHRA	Eidgenössisches Handelsregisteramt

EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EU	Europäische Union
FIDLEG	Finanzdienstleistungsgesetz (Entwurf)
FINIG	Finanzinstitutsgesetz (Entwurf)
FinfraG	Bundesgesetz vom 19. Juni 2015 über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastukturgesetz, FinfraG), SR 958.1
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FusG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG), SR 221.301
FZG	Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, FZG), SR 831.42
GAAP	Generally Accepted Accounting Principles
GeBüV	Verordnung vom 24. April 2002 über die Führung und Aufbewahrung der Geschäftsbücher (Geschäftsbücherverordnung, GeBüV), SR 221.431
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen
GmbH	Gesellschaft(en) mit beschränkter Haftung
GV	Generalversammlung
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV), SR 221.411
HWP	Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung
IFRS	International Financial Reporting Standards
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG), SR 291
KAG	Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz, KAG), SR 951.31
KMU	Kleinere und mittlere Unternehmen
NBG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über die Schweizerische Nationalbank (Nationalbankgesetz, NBG), SR 951.11
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220
RAV	Verordnung vom 22. August 2007 über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsverordnung, RAV), SR 221.302.3
REPRAX	Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis in Gesellschafts- und Handelsregisterrecht
RFA	Regulierungsfolgenabschätzung
RK-N	Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats

RK-S	Kommission für Rechtsfragen des Ständerats
RL	Richtlinie
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), SR <i>281.1</i>
SchIT	Schlusstitel
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
ST	Der Schweizer Treuhänder (neu: ExpertFocus)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR <i>311.0</i>
StHG	Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), SR <i>642.14</i>
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO), SR <i>312.0</i>
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
TUG	Bundesgesetz vom 30. April 1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (Telekommunikationsunternehmensgesetz, TUG), SR <i>784.11</i>
Ueb. Best.	Übergangsbestimmung
VASR	Verordnung vom 21. November 2012 über die anerkannten Standards zur Rechnungslegung (VASR), SR <i>221.432</i>
VE	Vorentwurf, z. B. VE OR
VegüV	Verordnung vom 20. November 2013 gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), SR <i>221.331</i>
VgdA	Verordnung «gegen die Abzockerei» (Vorentwurf)
VR	Verwaltungsrat/Verwaltungsräte
WBF	Eidg. Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
Zefix	Zentraler Firmenindex des EHRA
ZertES	Bundesgesetz vom 19. Dezember 2003 über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur (Bundesgesetz über die elektronische Signatur, ZertES), SR <i>943.03</i>
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR <i>210</i>
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO), SR <i>272</i>

