

**Per E-Mail | Per Post**

EJPD  
Bundesamt für Justiz  
z.H.v.  
Frau Katharina Rüdlinger  
Herrn Reto Sannwald  
3003 Bern  
E-Mail: ehra@bj.admin.ch

30. Mai 2006 GED | SCI | GAM | REJ

**Dr. iur. Dieter Gericke**  
Rechtsanwalt

Homburger Rechtsanwälte  
Weinbergstrasse 56 | 58  
CH-8006 Zürich  
Postfach 338 | CH-8035 Zürich

Telefon +41 43 222 10 00  
Fax +41 43 222 15 00  
dieter.gericke@homburger.ch

**Vernehmlassung zum Vorentwurf zur Revision des Aktien-  
und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom  
2. Dezember 2005**

Sehr geehrter Herr Bundesrat, sehr geehrte Damen und Herren

Gerne ersuche ich Sie hiermit um wohlwollende Entgegennahme dieser Vernehmlassungsantwort zur vorgesehenen Revision des Aktienrechts.

Die nachfolgenden Ausführungen geben nicht eine offizielle Meinung von Homburger wieder, sondern in erster Linie diejenige des Verfassers. Die Kommentare reflektieren jedoch auch Gespräche mit meinen Partnern und anderen praktizierenden Aktienrechtsspezialisten. Die Neuerungen bei der kaufmännischen Buchführung werden im Rahmen dieser Stellungnahme nicht kommentiert.

Für den grossen Arbeitsaufwand und Ihr Bemühen, ein zeitgemässes Aktienrecht zu schaffen, möchte ich vorab bestens danken. Ihre ausserordentliche Leistung verdient grosse Anerkennung.

Der Vorentwurf (**VE**) führt mit zahlreichen neuen Detailregelungen materiell zu einer Totalrevision des Aktienrechts. Über die Notwendigkeit und Richtigkeit von Eingriffen dieses Ausmasses lässt

sich wohl unterschiedlicher Meinung sein, hat sich das geltende Recht doch insgesamt bewährt. Indessen enthält der Vorentwurf viele sehr zu begrüßende Neuerungen, z.B. mehr Flexibilität bei der Kapitalherabsetzung, die Anpassung der Maximaldauer des genehmigten Kapitals (Kapitalband) an die in der EU geltenden fünf Jahre, den Abbau von Formalitäten bei Sacheinlagen und Sachübernahmen, rechtliche Grundlagen für die elektronische Durchführung von Generalversammlungen, Regelungen zum Vorgehen bei Interessenkonflikten und vieles mehr.

Wenn sich die nachfolgende Stellungnahme dennoch als Kritikpapier liest, liegt dies in der Natur der Zielsetzung der Ausführungen, aus Sicht des wissenschaftlich interessierten Praktikers Probleme aufzuzeigen und Lösungen vorzuschlagen, wie der VE rechtsdogmatisch und in seinen praktischen Auswirkungen verbessert werden könnte. Aus Platzgründen wird ausser in Ausnahmefällen darauf verzichtet, die vielen gelungenen Regelungen und die fast immer zu begrüßende Stossrichtung positiv hervorzuheben.

*Formal* sind vor allem folgende Punkte kritisch zu beurteilen:

- Der VE pflegt eine ausserordentliche *Regulierungsdichte*. Da die Probleme bekanntlich im Detail stecken, ist die traditionelle Eugen Hubersche Gesetzgebungstechnik in Erinnerung zu rufen, die mit ihren Grundsätzen und ihrer Prosa positivistischen Detailanordnungen oft überlegen ist.
- Der VE offenbart eine gewisse Inkongruenz von Zielsetzungen, Regelungskonzepten und redaktionellem Stil. Dies dürfte auf die verschiedenen geistigen Urheber der Regelungen zurückzuführen sein. Ein paar Beispiele: Die Vereinfachung von Kapitalherabsetzungen steht der Unantastbarkeit von Agio-Reserven gegenüber; die genannten Verfahrenserleichterungen bei Sacheinlagen und Sachübernahmen und die mit dem Kapitalband angeregte Flexibilität werden durch Erschwerungen der Verrechnungslieberierung sowie durch neue, knapp bemessene Fristen, Verbote, Nichtigkeitstatbestände und Prüfungspflichten bei Kapitalerhöhungen über-

spielt; Minderheitsrechte werden als Gegengewicht zur Mehrheitsmacht ausgebaut, die Stimmkraft der Mehrheit durch die Abschaffung von Depot- und Organvertretung sowie die Einschränkung von Globalweisungen jedoch massiv geschwächt; Informationsrechte werden verstärkt, die Pflicht, Jahresbericht und Konzernrechnung der Generalversammlung zu unterbreiten, dagegen gestrichen.

*Materiell* scheinen vor allem folgende Regelungen des VE problematisch:

- Die Streichung der (ausdrücklichen) Regelung, dass Aktionäre für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich haften (Art. 620 Abs. 2), gefährdet das Kernelement der Aktiengesellschaft als juristischer Person.
- Angesichts des angestrebten Zwecks (Identifikation der Stimmberechtigten) ist die Radikallösung der Abschaffung der Inhaberaktien überschüssend.
- Der VE bringt trotz Kapitalband erhebliche Erschwerungen der Eigenkapitalfinanzierung und deren (weitere) Benachteiligung gegenüber der Fremdfinanzierung. Dies lässt sich nicht rechtfertigen, weder durch praktische Problemfälle noch durch theoretische Gefährdungsszenarien. Insbesondere können Gläubiger durch Kapitalerhöhungen (im Gegensatz zur Aufnahme von Fremdkapital) nicht gefährdet werden – selbst dann nicht, wenn die Vorschriften zur Liberierung verletzt werden. Die Verpflichtung, Risikokapital einzubringen oder Fremdkapital in Risikokapital umzuwandeln, bringt nur Vorteile, und es ist noch keine Gesellschaft an einer Kapitalerhöhung Konkurs gegangen. Auch im Vergleich zur zu Recht unregulierten Fremdkapitalaufnahme, erscheint die akribische Kontrolle und Beschränkung der Eigenkapitalfinanzierung unverhältnismässig. Das öffentliche Interesse würde gebieten, das Tor für Eigenkapitalinvestoren weit zu öffnen, statt zu vermauern und Sanierungen durch Rückstu-

fung von Fremdkapital in Eigenkapital willkommen zu heissen.

Unter anderem ist auf folgende Einzelregelungen des VE hinzuweisen: die Regulierung und Erschwerung der Verrechnungslibrierung (Art. 634a); die zu starre Definition der Sacheinlage (Art. 634); die neuen Fristen bei Kapitalerhöhungen (z.B. 653 Abs. 2); die neuen Pflichten zur vorzeitigen Löschung des bedingten Kapitals (Art. 653i); das Erfordernis von Prüfungsbestätigungen selbst bei unproblematischen Barkapitalerhöhungen (Art. 653x Abs. 1); das Verbot der freien Verwendung überschüssiger Agioreserven (Art. 671 Ziff. 1 und 2 bzw. die Streichung von Abs. 3 gR für Agioreserven); die Nichtigkeitsfolge einer Verletzung des indirekt gewährten Bezugsrechts (Art. 652b), das grundsätzliche Verbot, Aktien unter dem wirklichen Wert auszugeben (Art. 652b Abs. 6).

- Die geplante Beschränkung der Verrechnungslibrierung (Art. 634a) erschwert nicht nur die Rückstufung von Fremdkapital in Eigenkapital, sondern stellt auch die Zulässigkeit der Wandelung in Frage. Sie gefährdet und verteuert damit die Ausgabe von Wandelanleihen und -darlehen.
- Die Nichtigkeitsfolge bei Verletzung des indirekt gewährten Bezugsrechts (Art. 652b) ist ein Fremdkörper. Sie würde die Risiken für die zeichnenden Banken und die Verkehrssicherheit bei der Festübernahme erheblich beeinträchtigen. Aktienaushaben durch Publikumsgesellschaften würden erschwert und verteuert.
- Das allgemeine Verbot der Ausgabe von Aktien unter dem "wirklichen Wert" (Art. 652b Abs. 6) ist in vielen Fällen unpraktikabel, nicht angemessen und erfordert kostspielige Bewertungsgutachten, um dem Verlust an Rechtssicherheit entgegenzutreten.
- Die Regelung, wonach Revisionsexperten Rechtsfragen beurteilen sollen (Art. 653x Abs. 1), ist unsachgemäss.

- Die Prüfung der Deckung der Gläubigerforderungen nach Abschluss des Geschäftsjahres gemäss Art. 653x Abs. 2 ist angesichts der jährlichen Revision der Jahresrechnung unnötig.
- Die ungeachtet ihrer Höhe (Stichwort Überkapitalisierung) vorgesehene Blockierung von Agioreserven, deren Verwendung oder Rückführung unter dem VE schwieriger werden soll als diejenige von Aktienkapital, lässt sich sachlich nicht rechtfertigen, sie ist investitionsfeindlich und schädlich (Art. 671).
- Der Abbau der Voraussetzungen der Rückforderungsklage (Art. 678) schädigt die Rechts- und Verkehrssicherheit. Sie benachteiligt schweizerische Gesellschaften im Kapitalmarkt, v.a. bei der Aufnahme von gesicherten Konsortialdarlehen (Loan Facilities) durch Konzerne. Das vorgeschlagene Klagerrecht der Gläubiger entbehrt der Legitimation.
- Die Streichung von Organvertretung (Art. 689c) und Depotvertretung (Art. 698d), die Einschränkung der Freiheit, Globalweisungen zu erteilen (Art. 689d Abs. 2), sowie die Streichung der Pflicht, Jahresbericht und Konzernrechnung der Generalversammlung vorzulegen (Art. 698), beeinträchtigen die Aktionärsdemokratie. Die Abschaffung bzw. inhaltliche Einschränkung der Vertretungsrechte droht den Aktionärswillen zu verfälschen und führt zu einer Machtverschiebung von der langfristig orientierten Mehrheit zu institutionellen Anlegern und aktiven Minderheiten.
- Die Stärkung des Informationsrechts mit dem schriftlichen Fragerecht und erheblichen Erleichterungen der Sonderprüfung (Art. 697 ff.) ist unglücklich umgesetzt. Sie führt zu Informationsgefällen, ist wenig praktikabel und lädt zu Missbräuchen ein. Sie würde Schweizer Publikumsgesellschaften noch verwundbarer machen als sie es bereits sind. Aber auch bei privaten Gesellschaften müssten die Rechte angemessen eingeschränkt werden. Generell sind die Grenzwerte

bei Minderheitsrechten relativ, nicht absolut zu formulieren, da sie sonst stets zu tief oder zu hoch sind.

- Blosser Begriffsänderungen wie das Ersetzen von "Sonderprüfung" durch "Sonderuntersuchung" (Art. 697a) oder "Prüfungsbestätigung" durch "Prüfungsbericht" erschweren die rechtliche Recherche und verursachen Rechtsunsicherheit (ist es nun wirklich das gleiche wie der Begleitbericht (**BB**) sagt oder nicht?).
- Die zwingende Beschränkung der Amtsdauer von Verwaltungsräten auf ein Jahr (Art. 710) ist gerade im Krisenfall nicht im Interesse der Aktionäre und der Gläubiger. Eine Abberufung wäre ohnehin jederzeit möglich.
- Generell, insbesondere aber bei den Neuerungen zum Stimmrecht, zu den Informationsrechten, zur Generalversammlung und zum Verwaltungsrat ("Corporate Governance") wird zu wenig auf die unterschiedliche Situation von privaten und börsenkotierten Gesellschaften und auf vernünftige Praktikabilität Rücksicht genommen. Die Informationslage ist sehr unterschiedlich; die Aktionäre privater Gesellschaften regeln vieles durch Aktionärbindungsverträge oder statutarische Regelungen; Einschränkungen der Privatautonomie sollten bei privaten Gesellschaften nur bei zwingendem öffentlichen Interesse vorgesehen werden. Weshalb soll man bei privaten Gesellschaften beispielsweise eine Amtsdauer der Verwaltungsräte von einem Jahr erzwingen? Oft würde eine dispositive Regelung dem Zweck des Schutzes ahnungsloser Aktionäre genügen, da sie immerhin eine aktive Abschaffung in den Statuten erfordern würde.
- Die geltenden Regelungen, aber auch die vorgeschlagenen Neuerungen von Art. 725 und 725a überzeugen nicht. Insbesondere sind sie nicht geeignet, die (rechtzeitige) Sanierung einer Unternehmung zu gewährleisten. Die Pflicht, ungeachtet von Sanierungsmöglichkeiten sogleich den Richter anrufen zu müssen, führt zu unnötigen Konkursen. Das Warnsy-

stem von Art. 725 Abs. 1 sollte überarbeitet und damit funktionsstüchtig gemacht werden. Die Einführung der Zahlungsunfähigkeit als Kriterium ist zu begrüßen, die Umsetzung müsste im Rahmen des Warnsystems (Art. 725 Abs. 1) erfolgen.

- Die vorgeschlagene Begrenzung der Haftung aus Verantwortlichkeit (Art. 759 Abs. 1bis) geht in der Tendenz in die richtige Richtung, wird jedoch lückenhaft und mit der absoluten Haftungslimite wenig sachgerecht umgesetzt. Eine Begrenzung der Haftungsrisiken aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit kann nur mit Blick auf das Ganze (Haftung der übrigen Verantwortlichen, Auswirkungen auf Regressordnung, etc.) geregelt werden.
- Die Übergangsfristen für Anpassungen an die neuen Bestimmungen sind zu kurz, intertemporales Recht fehlt (z.B. betr. Generalversammlungen im Ausland).

Gerne stehe ich für die Beantwortung von Fragen zur Verfügung.

Mit bestem Dank für Ihre Kenntnisnahme und

mit vorzüglicher Hochachtung



Dr. Dieter Gericke

## **Detailbemerkungen**

### **Zu Art. 620**

Die Änderung scheint unnötig und ist aus folgenden Gründen weniger klar als der bisherige Wortlaut und gar schädlich:

*Abs. 1 Satz 1:* Statt dass wie im geltenden Recht (**gR**) die Grundstruktur der Aktiengesellschaft (**AG**) konkret umschrieben wird, ist neu mit "Kapitalgesellschaft" ein ohne Legaldefinition nicht aussagekräftiger Begriff eingeführt worden. "Kapitalgesellschaft" ist ein typisierender Begriff der Rechtsdogmatik. Der Begriff bezeichnet Gesellschaftstypen, die bestimmte Eigenschaften aufweisen, und gehört nicht in das Gesetz, welches diese Eigenschaften regelt.

*Abs. 1: Satz 2:* Der Satz ist unzutreffend und irreführend. Beispielsweise sind Aktien, welche aus bedingtem Kapital geschaffen werden, vorübergehend nicht aus den Statuten ersichtlich.

*Abs. 2:* Das Prinzip, dass die Aktionäre für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht haften, wird im VE nicht mehr erwähnt; der betreffende Halbsatz von Art. 620 Abs. 2 gR, wurde gestrichen. Somit wird das Prinzip in Frage gestellt. Als Kernelement des Aktienrechts muss dieser Halbsatz im Gesetz bleiben. Eine Aufweichung wäre der Rechtssicherheit, der Attraktivität der Rechtsform Aktiengesellschaft und letztlich dem schweizerischen Wirtschaftsplatzes sehr abträglich.

Die Streichung von *Abs. 3 des gR* ist unnötig und beeinträchtigt die Rechtssicherheit.

*Vorschlag: Art. 620 gR unverändert lassen.*



## Zu Art. 622

### Absatz 1:

Die Abschaffung der Inhaberaktien ist politisch begründet (GA-FI/FATF). Selbst wenn man den Empfehlungen der GAFI folgen möchte, ist nicht die Abschaffung der Inhaberaktien, sondern die Identifikation der Stimmberechtigten das Problem, welches es zu lösen gilt. Dafür würde es genügen, wenn man das Stimmrecht an die Eintragung des Inhaberaktionärs in ein Register der Gesellschaft knüpfen würde.

BB S. 26 ff. führt – ohne empirische Abstützung – an, es gebe kaum Bedürfnisse für die Ausgabe von Inhaberaktien. Immerhin wird festgestellt, dass 30'000 Gesellschaften Inhaberaktien kennen. Deren Aktionäre werden nicht alle von irrationalen Motiven getrieben sein. In der Praxis gibt es immer wieder legitime Bedürfnisse für Inhaberaktien. Beispielsweise kann die vertragswidrige Verfügung über eine Inhaberaktie durch deren Hinterlegung in einem Gemeinschaftssafe einfach gesichert werden.

BB S. 26 führt ohne empirische Grundlage an, dass Inhaberaktien international keine wichtige Rolle mehr spielen. Dies trifft so nicht zu. Z.B. *müssen* an der Euronext Amsterdam Aktien als Inhaberaktien verbrieft sein, um börslich handelbar zu sein. Bevor die Schweiz eine Radikallösung einführt, sollte daher rechtsvergleichend geprüft werden, ob im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips weniger einschneidende Lösungen die politischen Ziele erfüllen können.

*Vorschlag: Inhaberaktien beibehalten. Falls politisch erforderlich, ist zunächst durch Rechtsvergleichung zu prüfen, wie andere Länder das Problem der Identifikation der Inhaberaktionäre gelöst haben und im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips die am wenigsten einschneidende Lösung umzusetzen. Das Identifikationsproblem könnte beispielsweise durch die Pflicht, sich für die Wahrnehmung von Stimmrechten bei der Gesellschaft zu registrieren, gelöst werden.*

*Abs. 2: zu begrüßen.*

*Abs. 3: zu begrüßen.*

### **Zu Art. 627**

*Ziff. 4:*

*Bezüge:* Während die Möglichkeit, dass die Generalversammlung die Bezüge der Mitglieder des Verwaltungsrats (**VR**) festlegt, sinnvoll sein kann und der Gewaltenteilung dient, ist dies bezüglich der Bezüge der Geschäftsleitung und der ihnen nahestehenden Personen nicht der Fall. Die Festlegung des Salärs des Managements gehört wie dessen Einstellung und Entlassung zu den Oberleitungsaufgaben des VR, für welche dieser persönlich zur Verantwortung gezogen werden kann. Ist der VR auch für Handlungen eines Manager verantwortlich, dessen Salär die Generalversammlung festlegt? Zudem würde bereits die Einstellung von Managern erheblich erschwert, da der VR zwar für die Einstellung zuständig wäre, aber das Gehalt nicht festlegen könnte. Was, wenn der Manager darauf vertraut, dass der VR sein Salär beschliessen kann? Ist der Arbeitsvertrag dann ungültig? Diesbezüglich fragt sich, ob der Vorschlag des VE die Kontrollinteressen der Aktionäre im Verhältnis zum Interesse einzustellender Manager an einer verbindlichen arbeitsvertraglichen Vereinbarung nicht überbewertet.

*Optionen:* Die Zuständigkeit betr. Ausrichtung von Mitarbeiteroptionen ist unklar aber auch unnötig. *Unklar* ist sie, weil offen bleibt, ob sie allein für die Ausrichtung von Optionen an VR oder Geschäftsleitung gilt, oder für die Ausrichtung von Optionen an irgendwelche Mitarbeiter, was kaum praktikabel wäre. Auch diese Regelung sollte nur die Ausrichtung von Optionen *an den VR* erfassen. *Unnötig* ist die Regelung, weil die Generalversammlung bereits unter geltendem Recht die Möglichkeit hat, durch die Verweigerung oder eine entsprechend einschränkende Ausgestaltung der Statutenbestimmungen über das genehmigte oder bedingte Kapital Optionsausgaben zu beschränken.

*Vorschlag: Die Regelung des VE auf Zahlungen und Optionen an VR-Mitglieder beschränken.*

*Ziff. 12:* Unter dem gR kann die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft auch ohne Statutenbestimmung im Ausland durchgeführt werden. Missbräuche sind m.W. keine bekannt. Die Regelung scheint daher unnötig. Auf jeden Fall muss eine Übergangsregelung vorgesehen werden.

*Vorschlag: Streichen. Zumindest eine angemessene Übergangsfrist vorsehen (z.B. 5 Jahre).*

*Ziff. 16:* Die Bestimmung kann dahingehend interpretiert werden, dass die Beschlussfassung des Verwaltungsrates neu nur noch in den Statuten und nicht mehr im Organisationsreglement geregelt werden kann. Das ist wohl nicht das Ziel der Regelung.

*Vorschlag: Streichen oder präzisieren.*

#### **Zu Art. 628**

*Die Streichung ist zu begrüßen.*

#### **Zu Art. 632**

Es gibt in der Praxis keine Fälle, wo die fehlende Harmonisierung der Mindesteinzahlung eine Rolle spielen würde. Diese Anpassung an EU-Recht ist daher mit unnötigen Anpassungskosten verbunden.

*Vorschlag: Geltendes Recht beibehalten.*

#### **Zu Art. 634**

*Abs. 1:* Es scheint ein problematisches Unterfangen, die Sacheinlagetauglichkeit ein- für allemal gesetzgeberisch festzuschreiben. Entsprechend sind die in Lehre und Handelsregisterpraxis promulgierten Kriterien kontrovers. Diese Diskussion, die im gR eine den

konkreten Umständen angepasste Flexibilität und Rechtsfortbildung ermöglicht hat, durch gesetzgeberisches Festschreiben starrer Kriterien obrigkeitlich zu beenden, scheint nicht angemessen. Während die aufgelisteten Kriterien häufig zutreffen, sind sie in anderen Fällen nicht gegeben, ohne dass deswegen die Sacheinlage-tauglichkeit abzulehnen wäre (vgl. sogleich).

*Ziff. 1* ist bei der Übertragung eines Geschäfts fragwürdig, da dieses nicht nur aus Aktiven besteht, sondern auch aus Passiven und der Wert oft mehr in den Verträgen und erwarteten Cash Flows liegt.

*Ziff. 2* ist im Lichte von *Ziff. 3* (*Ziff. 2* des gR) redundant.

*Ziff. 3*: Es gibt durchaus Vermögensgegenstände, die als Sacheinlage eingebracht werden und über die man im Sinne von *Ziff. 2* des gR sofort verfügen kann, nicht jedoch "frei" im Sinne von *Ziff. 3* des VE. Häufig gibt es dingliche Belastungen und vertragliche Beschränkungen, Lizenzen etc., welche keine freie Verfügung erlauben. Dennoch sind die Vermögenswerte selbstverständlich sacheinlagefähig. Die Belastungen wirken sich gegebenenfalls auf die Bewertung, nicht auf die Sacheinlagefähigkeit aus.

*Ziff. 4*: Auch diese Klausel schiesst über das Ziel hinaus. Bei der Sacheinlage geht es nicht darum, einen Liquidationswert sicherzustellen. Wesentlich ist, wie etwa Peter Forstmoser dargelegt hat, dass sie für die Gesellschaft einen Wert hat und zwar einen "Going Concern"-Wert. So kann es keine Rolle spielen, ob ein Geschäft, das erworben wird, nicht durch Übertragung an Dritte verwertet werden kann, weil z.B. eine geschäftsnotwendige Patentlizenz nicht an einen Dritten sublizenziert werden kann.

*Vorschlag: Geltende Regelung beibehalten.*

#### **Zu Art. 634a**

*Allgemeine Bemerkung:* Die Verrechnungsliberierung geht in der Praxis ohne Probleme vonstatten. Es sind keine Fälle bekannt, in

welchen Gläubiger wegen einer Verrechnungsliberierung zu Schaden gekommen wären. Im Gegenteil: Aus dem Wesen der Verrechnungsliberierung (Rückstufung einer Gläubigerforderung in einen subordinierten Liquidationsanspruch des Aktionärs) ergibt sich, dass Gläubiger gar nicht zu Schaden kommen können.

Die Verrechnungsliberierung ist nur deswegen in Diskussion, weil es dem Wesen der Verrechnung entspricht, dass der Vermögenszuwachs bei der Aktiengesellschaft nicht durch Zufluss von Aktiven, sondern durch Abbau von Passiven erfolgt. Vermögenswirksam ist die Verrechnung genauso, sowohl buchhalterisch, wie real. Peter Böckli stösst sich daran, weil er den Begriff "Liberierung" als Aktivenzufluss verstehen möchte. Im Übrigen wird die Verrechnungsliberierung praktisch einhellig als Segen für Gläubiger und Aktionäre betrachtet und zwar unabhängig von der "Werthaltigkeit" der verrechneten Forderung. Das Aktienkapital ist kein "Aktivenfonds". Es ist nur ein fiktiver Passivenposten, der insbesondere *nicht* zum Ausdruck bringt, in welchem Ausmass (Netto)Aktiven bestehen oder eingebracht worden sind. Ein Bezug zu den Aktiven besteht nur bei der Berechnung der ausschüttbaren Aktiven und bei der Berechnung des Kapitalverlusts gemäss Art. 725 Abs. 1. In beiden Fällen profitieren Gläubiger auch von einem künstlich überhöhten Nennkapital dem keine Liberierungsleistungen gegenüberstehen, z.B. weil eine nicht bestehende Forderung verrechnet wird: Die Liberierungsforderung besteht weiterhin und die Gläubiger können im Konkursfall auf einen solventen Dritten zurückgreifen. Zudem sind Ausschüttungen aufgrund der erhöhten Kapitalziffer in geringerem Masse zulässig und das Alarmsignal von Art. 725 Abs. 1 wird früher ausgelöst.

Bei einer Verrechnungsliberierung profitieren alle Stakeholders: Die Gesellschaft, weil sich ihr Nettovermögen vergrössert und sie weniger Schuldendienst leisten muss. Die Gläubiger, weil die Aktiven der Gesellschaft im Falle eines Konkurses mit weniger Gläubigern zu teilen sind. Die Aktionäre, weil die Überlebensfähigkeit der Gesellschaft verbessert wird und im Falle eines Konkurses die verrechnete Forderung von einer privilegierten Gläubigerforderung zu einer gleichrangigen Aktionärsforderung wird. Selbst die in BB

S. 42 angeführte Benachteiligung der übrigen Aktionäre bei der Verrechnung mit einer nicht voll werthaltigen Forderung besteht nicht: Auch die nicht voll werthaltige Verrechnungsforderung ist gegenüber den Forderungen der Aktionäre in vollem Umfang privilegiert und nicht nur teilweise. Der verrechnende Gläubiger kann in den vollen Betrag seiner Forderung vollstrecken. Es besteht daher weder ein praktischer noch ein theoretischer Anlass, "einer missbräuchlichen Verwendung der Verrechnungsliberierung" (BB S. 42) den Riegel zu schieben.

*Vorschlag: Die Verrechnungsliberierung muss im Interesse aller und namentlich der Volkswirtschaft, weiterhin uneingeschränkt möglich sein. Zwecks Ausräumung der bestehenden Rechtsunsicherheit ist dies positiv im Gesetz zu verankern.*

*Abs. 1 Satz 1: Vorschlag: Satz 1 ist wie folgt zu ändern: "Die Libération kann durch Verrechnung mit dem vollen Betrag der zur Verrechnung gebrachten Forderung erfolgen. Die Verrechnung kann auch mit Forderungen erfolgen, die mit einem Rangrücktritt behaftet sind."*

*Abs. 1 Satz 2: Gemäss BB S. 42 soll Satz 2 dazu dienen, Umgehungen zu vermeiden. Die Regelung ist freilich unklar. Sollen bei der Verrechnung Prüfungen erfolgen wie bei einer Sacheinlage? Die meisten Forderungen, die verrechnet werden, sind unproblematische Darlehensforderungen. Demgegenüber würde der VE zum Beispiel die Verrechnung mit unbezahlten Lohnforderungen eines Arbeitnehmers oder mit unbezahlten Lizenzgebühren verbieten. Natürlich darf nicht mit fiktiven Forderungen verrechnet werden. Das bedarf jedoch keiner besonderen Erwähnung. (Wenig besorgniserregende) Umgehungen sind dafür gerade in Fällen denkbar, welche der VE zulassen möchte: Kann eine Leistung Gegenstand einer Sacheinlage sein, stellt sich bereits unter gR regelmässig die Frage, ob nicht eine Umgehung vorliegt, d.h. ob nicht eine Bewertung und Offenlegung als Sacheinlage oder Sachübernahme vorzunehmen sei.*

*Vorschlag: Satz 2 ist zu streichen.*

*Abs. 2:*

Wie eingangs erwähnt, kann die Verrechnung mit nicht "werthaltigen Forderungen" keine Gefährdung darstellen und muss daher nicht reguliert werden. Im Gegenteil schadet man den Gesellschaften, ihren Aktionären und ihren Gläubigern gerade dann, wenn im Krisenfall die Verrechnung mit nicht werthaltigen Forderungen, d.h. die Rückstufung von Fremd- in Eigenkapital nicht mehr möglich ist und die Überschuldung damit erzwungen wird.

Der untechnische Begriff "Mittel" ist unklar. Gewöhnlich versteht man unter "Mittel" Bargeld, was zu einschränkend wäre. Es geht wohl um Vermögenswerte, nicht um "Mittel".

Unklar ist, was Abs. 2 konkret bedeuten und bewirken soll. Muss im Zeitpunkt der Verrechnung geprüft werden, ob der einstige Vermögenszufluss der Höhe der Forderungen entsprach? Dies wäre unpraktikabel und unangemessen. Zudem müsste die Verrechnung von Darlehensforderungen (Wandelanleihen|Wandeldarlehen) auf jeden Fall von dieser Bestimmung ausgenommen werden. Ansonsten werden diese mangels Rechtssicherheit faktisch verunmöglicht und schweizerische Gesellschaften würden durch diese Stolpersteine im Kapitalmarkt ohne Anlass benachteiligt. Soll die Bestimmung nur sagen, dass die Forderung bestehen muss? Dann wäre sie unnötig.

Was bedeutet der Vorbehalt betreffend Kapitalverlust und Überschuldung? Art. 725 OR ist jedenfalls auch ohne diesen Vermerk anwendbar.

*Vorschlag: Streichen.*

*Abs. 3:* Die Liberierung durch Verrechnung ist wie eingangs erläutert kein Problem und kein Gefahrenherd, sondern führt im Gegenteil zur Gesundung verschuldeter Unternehmen. Entsprechend ist diese Publizitätsvorschrift unnötig.

*Vorschlag: Streichen.*

**Zu Art. 636**

Gemäss älteren Bundesgerichtsurteilen sollen Verträge über Sachübernahmen, die nicht offengelegt wurden, nichtig sein. Diese drastische, unheilbare Sanktion behindert die Rechtssicherheit in nicht angemessener Weise.

*Vorschlag: Das Gesetz sollte als Sanktion die nachträgliche Offenlegung und Bewertung der Sachübernahme vorsehen. Bereits nach gR steht zudem die Rückforderungsklage zur Verfügung, falls die von der Gesellschaft erbrachte Gegenleistung offensichtlich zu hoch war.*

**Zu Art. 652b**

*Abs. 2:* Während die Präzisierung betr. indirekter Gewährung des Bezugsrechtes grundsätzlich zu begrüßen ist (von grosser Schädlichkeit war die bisherige Situation freilich nicht), ist die in Abs. 2 vorgesehene Nichtigkeitsfolge unhaltbar. Die Rechts- und Verkehrssicherheit im Aktienrecht gebietet es, analog zur Regel, wonach eine Kapitalerhöhung selbst mit Mängeln gültig ist, sobald sie im Handelsregister eingetragen ist, auch bei der indirekten Platzierung die grundsätzliche Gültigkeit anzunehmen. Ein Verstoß gegen zwingende Grundstrukturen des Aktienrechts, die im öffentlichen Interesse aufgestellt worden sind, liegt hier nicht vor. Es genügt, wenn sich ein Aktionär, wie heute, durch Klage auf Vollzug seines Bezugsrechtes bzw. auf Schadenersatz gegen Rechtsverletzungen wehren kann.

*Vorschlag: Am besten lässt man die heikle Frage der Sanktionen unerwähnt und streicht Satz 2 ersatzlos.*

*Abs. 5:* Das Sachlichkeitsgebot und der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung sind bereits in Art. 652b Abs. 2 zweiter Satz sowie in Art. 706 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 enthalten. Indessen verlangt Abs. 5 im Vergleich zum allgemeinen Prinzip in Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR zusätzlich, dass die Benachteiligung "wesentlich" ist.



*Vorschlag: Abs. 5 streichen.*

*Abs. 6:* Diese Regelung soll nach dem allgemeinen Grundsatz der schonenden Rechtsausübung auch noch einen einzelnen Anwendungsfall des Grundsatzes regeln. Darauf sollte verzichtet werden, weil eine flexible Handhabung des betreffenden Grundsatzes notwendig und angemessener ist. So spricht ein ganzer Strauss von Gründen gegen die vorgesehene Regelung:

- Bei jeder Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsentzug müsste ein Bewertungsgutachten eingeholt werden, um sicherzustellen, dass der Ausgabepreis nicht zu tief ist. Der wirkliche Wert ist auch bei börsenkotierten Gesellschaften regelmässig stark umstritten und wird insbesondere nicht mit dem Börsenkurs gleichgesetzt. Bei privaten Gesellschaften ist es oft kaum möglich, den wirklichen Wert verlässlich zu bestimmen. Was ist z.B. der wirkliche Wert von Aktien einer Gesellschaft, die ohne die in Frage stehende Kapitalerhöhung Konkurs gehen würde? Was ist der wirkliche Wert der Aktien einer Gesellschaft, die Medikamente entwickelt und, wenn überhaupt, erst in fünf bis acht Jahren Produkte auf dem Markt haben wird?
- Es gibt Fallkonstellationen, z.B. bei Sanierungen, bei welchen niemand mehr bereit ist, Aktien zu zeichnen es sei denn man setzt den Ausgabepreis wesentlich tiefer an, als der allenfalls durch ein Gutachten bestimmbare Wert der Gesellschaft. Mit anderen Worten bezahlen die anderen Aktionäre eine Verwässerungsprämie dafür, dass sie nicht bereit sind schlechtem Geld gutes nach zu werfen. Ähnliche Situationen gibt es auch in Start-up Gesellschaften und sonstigen KMU. Solange keine unsachliche Begünstigung oder Benachteiligung vorliegt, wie dies bereits der allgemeine Grundsatz verbietet, sollte daher die Ausgabe unter dem wirklichen Wert nicht generell verboten werden.
- Die Handelbarkeit von Bezugsrechten ist praktisch nur bei börsenkotierten Gesellschaften eine Alternative und wird dort

ohnehin oft vorgesehen. Auch dort wird sie, namentlich im Sanierungsfall, nicht immer praktikabel sein.

*Vorschlag: Streichen.*

### **Zu Art. 652f**

Die Änderungen des Begriffs Prüfungsbestätigung in "Prüfungsbericht" ist problematisch. Gemäss BB S. 47 soll damit keine materielle Änderung bezweckt (weshalb dennoch die Änderung?). Grammatikalisch ist ein Bericht jedoch etwas anderes als eine Bestätigung, weshalb die Änderung zu Verwirrung führt und möglicherweise doch Grundlage einer Ausweitung der Pflichten der Revisoren bilden wird. Dies ist zu vermeiden. Bereits heute ist die Kapitalerhöhung in der Schweiz im internationalen Vergleich unverhältnismässig kompliziert und bürokratisch geregelt.

*Vorschlag: Alten Begriff beibehalten.*

### **Zu Art. 653**

*Abs. 1:*

Während die ausdrückliche Erwähnung der Zulässigkeit von Aktionärsoptionen grundsätzlich zu begrüssen ist, erhöht sie die Rechtsunsicherheit bezüglich der ebenfalls verbreiteten, im BB S. 48 Fussnote 113 auch aufgeführten Optionen, die gestützt auf bedingtes Kapital an Nicht-Aktionäre ausgegeben werden.

Würde man Art. 653 Abs. 1 des gR wörtlich nehmen, so würde die *Generalversammlung* Wandel- oder Optionsrechte einräumen. Das ist natürlich nicht der Fall. Die Generalversammlung schafft nur die statutarische Grundlage, sofern diese nicht bereits bei der Gründung geschaffen wurde, die Einräumung der entsprechenden Rechte erfolgt durch den VR bzw. durch andere vertretungsbeauftragte Organe der Gesellschaft.

*Vorschlag: Abs. 1 wie folgt neu fassen: "Die Statuten können ein bedingtes Kapital vorsehen, gestützt auf welches die Gesellschaft ihren Aktionären, den Gläubigern der Gesellschaft oder ihrer Konzerngesellschaften, ihren Arbeitnehmern oder Dritten Rechte auf den bedingten Bezug von Aktien (Wandel- oder Optionsrechte) ausgeben kann."*

Abs. 2: Der Vollzug der Generalversammlungsbeschlüsse liegt, wie der BB S. 48 richtig erwähnt, bereits heute in der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates. Dies durch eine Befristung, die in den meisten Fällen angemessen sein mag, in Einzelfällen aber auch nicht, zu regulieren, ist daher schädlich, zumal keine Missbräuche bekannt sind. Wenn überhaupt müsste eine wesentlich längere Frist vorgesehen werden, um auch besonderen Fällen Rechnung zu tragen (z.B. soll bei der ordentlichen Kapitalerhöhung gemäss Art. 650 Abs. 3 VE neu eine Frist von sechs Monaten gelten).

*Vorschlag: Streichen oder eine Frist von sechs Monaten vorsehen.*

### **Zu Art. 653c**

Abs. 1: Entgegen BB S. 49, Fussnote 113, wo darauf hingewiesen wird, dass die Ausgabe von Optionen auch an Nichtaktionäre zulässig ist, scheint der hier gewählte Wortlaut dies auszuschliessen. Zudem geht die Bestimmung am Ziel vorbei: Das Bezugsrecht hat primär dann Bedeutung, wenn Optionsrechte nicht den Aktionären angeboten werden sollen.

*Vorschlag: Abs. 1 wie folgt neu fassen: "Gibt die Gesellschaft gestützt auf das bedingte Kapital Optionsrechte aus, so finden die Vorschriften über das Bezugsrecht und dessen Beschränkung oder Aufhebung bei der ordentlichen Kapitalerhöhung Anwendung."*

Abs. 3: Die Änderung ist zu begrüssen.

**Zu Art. 653d**

Auch hier scheint der Wortlaut entgegen den Absichten des BB die Ausgabe von Optionsrechten an Drittinvestoren (nach Wahrung oder Ausschluss des Bezugsrechtes) auszuschliessen.

*Vorschlag: Präzisieren.*

**Zu Art. 653i**

*Abs 1:* Bereits unter dem Wortlaut gR war nicht restlos klar, wann der VR die Pflicht, wann das Recht hat, die Statutenbestimmung aufzuheben. Der neue Wortlaut nennt nun zusätzlich den Fall, dass gar keine Wandel- oder Optionsrechte eingeräumt worden sind. Dies scheint darauf hinzudeuten, dass keine Pflicht zur Aufhebung des bedingten Kapitals besteht, solange dessen Zweck noch durchführbar ist. Gemäss BB S. 49f. könnte damit aber auch eine besorgniserregende Neuerung, d.h. erhebliche Einschränkung des bedingten Kapitals bezweckt werden: Offenbar ist es das Verständnis der Autoren, dass bei der bedingten Kapitalerhöhung dem VR über das Ob und Wann der Ausgabe von Wandel- bzw. Optionsrechten keine freie Hand eingeräumt werden kann, sondern dass der VR die Bestimmung über das bedingte Kapital streichen *muss*, wenn er nicht aktiv wird. Auch soll mit Ziff. 1 und 3 offenbar verhindert werden, dass der VR Teile des bedingten Kapitals, die ungenutzt geblieben sind, weil die betreffenden Optionen oder Wandelrechte erloschen sind, als Grundlage einer neuen Ausgabe solcher Rechte benutzt. Dies würde die Flexibilität des Instituts des bedingten Kapitals gegenüber dem heutigen Rechtszustand erheblich beeinträchtigen. Weshalb, ist nicht einzusehen, hat sich doch das bedingte Kapital in jeder Hinsicht als unproblematisch und als sehr beliebtes Instrument erwiesen.

*Vorschlag: Alte Regelung beibehalten.*

*Abs.3:* Zu begrüßen.

**Zu Art. 653k**

Ein Mangel des Kapitalherabsetzungsverfahrens im gR ist der Umstand, dass die Generalversammlung grundsätzlich nur einen festen Herabsetzungsbetrag beschliessen kann. Zum Beispiel weiss man bei der Ausgabe von Put-Optionen zwecks Aktienrückkaufs im Zeitpunkt der Generalversammlung unter Umständen noch nicht genau, wie viele Aktien angedient werden. Es sollte daher vorgesehen werden, dass die Generalversammlung auch nur einen Maximalbetrag bestimmen kann, um den das Aktienkapital herabzusetzen ist.

*Vorschlag: Verankerung der Möglichkeit der Festsetzung eines maximalen Herabsetzungsbetrages durch die Generalversammlung.*

**Zu Art. 653l**

Das vorgesehene Verfahren wird in vielen Fällen sachgerecht sein. Es gibt aber auch Fälle, in welchen das Bedürfnis besteht, zunächst über die Herabsetzung zu beschliessen und das weitere Verfahren mit Schuldenruf etc. erst anschliessend durchzuführen. Diese Flexibilität sollte erhalten bleiben. Wesentlich ist selbstverständlich, dass die Kapitalherabsetzung erst dann durchgeführt und im Handelsregister eingetragen werden kann, wenn der Schuldenruf durchgeführt ist. Den Generalversammlungsbeschluss zwingend davon abhängig zu machen, scheint jedoch nicht erforderlich.

*Vorschlag: Entkoppelung des Schuldenrufes vom Zeitpunkt der Generalversammlung. Verankerung als Voraussetzung der Statutenänderung und Eintragung ins Handelsregister.*

**Zu Art. 653n**

*Abs. 3:* Die Bestimmung ist unklar (was heisst Beschlussfassung, ist das diejenige des Verwaltungsrates?) und unnötig. Es gibt keinerlei Missbräuche zu verzeichnen und häufig braucht es im Zu-

sammenhang mit Kapitalherabsetzungen zeitliche Flexibilität. Auf jeden Fall ist die Frist von 30 Tagen viel zu kurz. BB S. 53 verweist zwar auf die Frist bei der ordentlichen Kapitalerhöhung, dort würde die Frist gemäss VE jedoch sechs Monate betragen.

*Vorschlag: Streichung oder Verlängerung der Frist auf sechs Monate.*

#### **Zu Art. 653o**

*Vorschlag: Es ist zu klären, dass bei der Harmonika nicht nur die Bestimmungen über die ordentliche Kapitalerhöhung, sondern auch diejenigen über die ordentliche Kapitalherabsetzung nicht anwendbar sind.*

#### **Zu Art. 653p**

Die Änderung ist zu begrüßen.

#### **Zu Art. 653r**

Die Einführung des Kapitalbands zwecks Erhöhung der Flexibilität (v.a. auch nach unten) ist sehr zu begrüßen. Auch drängt sich die Streichung des genehmigten Kapitals vor dem Hintergrund des neu einzuführenden Kapitalbands auf. Indessen fragt sich, ob die Schweiz mit dem Begriff "Kapitalband" den terminologischen Alleingang wählen soll. Das Institut könnte auch in einer der international geläufigen Formen des angelsächsischen "authorized capital" (welches z.B. auch in Holland gilt) bzw. der in Kontinentaleuropa verbreiteten genehmigten Kapitalerhöhung (so Variante II) verwirklicht werden. Im Grunde genommen ist das Kapitalband ein autorisiertes Kapital im angelsächsischen Sinne, wobei ein statutarisches Minimalkapital den Rahmen nach unten abgrenzt. Würde das neue Institut auf diese Weise umgesetzt (was mit wenigen begrifflichen Anpassungen des VE möglich wäre), könnten schweizerische Gesellschaften im Kapitalmarkt vom Wiedererkennungseffekt profitieren, statt Begriffe verwenden zu müssen, die Erklärungsbedarf auslösen.

*Vorschlag: Umbenennung des Kapitalbands in Autorisiertes Kapital (dies zugleich der Maximalbetrag) und entsprechende begriffliche Anpassungen.*

*Abs. 1:* Das Kapitalband sollte auch bei der Gründung eingeführt werden können.

*Vorschlag: "Die Statuten können den Verwaltungsrat ermächtigen..."*

*Abs. 2:* Es sollte präzisiert werden, dass diese Vorschrift nur im Zeitpunkt der Eintragung der statutarischen Ermächtigung durch die Generalversammlung im Handelsregister gilt. Damit wäre klar, dass eine Gesellschaft mit einem eingetragenen Aktienkapital von 1. Mio. ein Basiskapital von 500'000.-- und ein Maximalkapital von 1.5 Mio. einführen kann und dieses Kapitalband auch voll nutzbar ist, obwohl bei jeder anschliessenden Veränderung des eingetragenen Aktienkapitals entweder das Basiskapital weniger als die Hälfte des eingetragenen Kapitals beträgt oder das Maximalkapital mehr als das Doppelte.

*Vorschlag: Klarstellen.*

*Abs. 5:* Die Frist von 30 Tagen mag meistens angemessen sein, in Einzelfällen aber nicht. Da der VR bereits heute die Pflicht hat, die Generalversammlungsbeschlüsse auszuführen, und keinerlei Missbräuche der Flexibilität im Einzelfall bekannt sind, ist auf diese Befristung zu verzichten. Schliesslich macht sich der VR verantwortlich, wenn er seinen Pflichten nicht nachkommt. Auf jeden Fall müsste diese Frist wie bei der ordentlichen Kapitalversammlung wesentlich länger sein, um auch besonderen Umständen (z.B. einer Rückweisung zur Komplettierung der Beilagen) Rechnung zu tragen.

*Vorschlag: Streichen oder Frist auf sechs Monate verlängern.*

*Abs. 7:* Art. 647 Abs. 1 OR enthält die allgemeine Vorschrift, dass jeder Beschluss der Generalversammlung oder des Verwaltungs-

rates über eine Änderung der Statuten öffentlich beurkundet werden muss.

*Vorschlag: Abs. 7 streichen.*

### **Zu Art. 653s**

*Abs. 1 Ziff. 2:*

*Vorschlag: "... unter Nennung des Datums, bis zu welchem die Ermächtigung gilt".*

*Abs. 1 Ziff. 7:* Die Prüfung des Vorliegens wichtiger Gründe erfordert eine Abwägung aller Umstände im konkreten Fall des Bezugsrechtsausschlusses durch den Verwaltungsrat (vgl. Art. 4 ZGB).

*Vorschlag: "Eine Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechtes aus wichtigen Gründen bzw. die Delegation des Entscheids über die Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts aus wichtigen Gründen an den Verwaltungsrat sowie...".*

*Abs. 1 Ziff. 8:* Diese Bestimmung macht im Gegensatz zur ordentlichen Kapitalerhöhung bei der Schaffung des Kapitalbandes keinen Sinn. Gemäss 653t Abs. 2 gR soll im Rahmen des Kapitalbandes zudem auch eine bedingte Kapitalerhöhung möglich sein. Dies ist aber nur praktikabel, wenn der VR die "Voraussetzungen für die Ausübung vertraglich erworbener Bezugsrechte", d.h. die Wandel- oder Optionsbedingungen, festsetzen kann.

*Vorschlag: Streichen*

### **Zu Art. 653t**

*Abs. 2:* Die Regelung erklärt den Vorrang der Bestimmungen über das Kapitalband. Entsprechend scheint der Kommentar in BB, S. 56, oben, wonach die jeweils strengere Regelung den Vorrang genieße, unzutreffend. Indessen drängen sich einzelne Klarstellungen auf.



*Vorschlag: Abs. 2 wie folgt ergänzen: "An die Stelle des Generalversammlungsbeschlusses bei der ordentlichen Kapitalerhöhung tritt ein Verwaltungsratsbeschluss. Die Ausgabe von Wandel- oder Optionsrechten gestützt auf das Kapitalband im Verfahren der bedingten Kapitalerhöhung ist ebenfalls auf einen Verwaltungsratsbeschluss zu stützen. Der Verwaltungsrat erlässt die notwendigen Bestimmungen, soweit sie nicht in der Statutenbestimmung über das Kapitalband enthalten sind."*

### **Zu Art. 653v**

*Abs. 1: Vorschlag: "Ausser bei der Gründung darf das Basiskapital nur dann tiefer festgesetzt werden als das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital, ...."*

*Abs. 3: Die Bestimmung ist selbstverständlich, jedoch zu unbestimmt gefasst und führt daher zu einem kaum tragbaren Risiko für den Verwaltungsrat.*

*Vorschlag: Streichen oder ändern in: "...nur durchführen, sofern die Gesellschaft dadurch nicht überschuldet wird."*

### **Zu Art. 653x**

*Abs. 1:*

Gemäss VE sollen Revisionsexperten die Einhaltung von Gesetz und Statuten, also Rechtsfragen prüfen und bestätigen. Indessen ist es nicht sinnvoll und in der Praxis gar nicht möglich, Bücherexperten das Urteil über die Einhaltung von Gesetz und Statuten zu überlassen (soweit es nicht um Vorschriften zur Buchführung geht). Revisionsfirmen stellen für solche Aufgaben (z.B. im Rahmen von Art. 26 UEV-UEK) vielmehr Juristen ein, weshalb nicht einleuchtet, weshalb die Prüfung "Revisionsexperten" auferlegt bzw. vorbehalten wird.

Zudem ist diese Vorschrift, welche erstmals alle Arten von Kapitalerhöhung, auch unproblematische Barerhöhungen mit Wahrung

des Bezugsrechts einer Prüfungspflicht unterstellt, als unverhältnismässige, kostspielige Massnahme zu kritisieren. Die im gR der genehmigten Kapitalerhöhung vorgesehenen Ausnahmen (Art. 652f Abs. 2 gR) wurden nicht übernommen. Auch besteht für die rechtliche Prüfung, nämlich die Vereinbarkeit der Kapitalerhöhung mit Gesetz, Statuten und Prospekt kein Anlass: Die Aktionäre und Gläubiger sollen und können sich selber wehren, wenn rechtlich etwas nicht in Ordnung ist. Dafür gibt es unter anderem Verantwortlichkeits- und Prospekthaftungsklagen.

*Vorschlag: Streichen oder zumindest im Anwendungsbereich angemessen begrenzen. Rechtliche Prüfungen streichen oder durch die Prüfung durch Rechtsexperten statt Revisionsexperten ersetzen.*

*Abs. 2:* Die Bestimmung ist unnötig, muss doch die Revisionsstelle ohnehin die Jahresrechnung revidieren. Aus der Jahresrechnung ergibt sich die Deckung der Verbindlichkeiten.

*Vorschlag: Streichen.*

### **Zu Art. 653y**

Vgl. Bemerkungen zu Art. 652 x Abs. 1 und 2. Insbesondere macht es keinen Sinn, zusätzlich zum Prüfungsbericht zur Jahresrechnung, welche eine Unterdeckung der Gläubigerforderungen (d.h. eine allfällige Überschuldung) aufzeigen würde, einen zusätzlichen Bericht eines (weiteren?) Revisionsexperten über die Deckung der Forderungen der Gläubiger anzufertigen und abzudrucken.

### **Zu Art. 656b**

Generell fragt sich, ob die vorgeschlagenen Änderungen, nötig und die Rechtslage klärend sind. Die bisherige Regelung des Partizipationskapitals war unproblematisch. Das Anliegen, betragslich mehr Flexibilität zu ermöglichen und dem Partizipanten besseren Zugang zu gewissen Rechten zu verschaffen, ist jedoch zu begrüssen.

*Abs. 3 Ziff. 3:* Die Regelung ist unklar. Dem Wortlaut nach ist die Regelung am ehesten so zu verstehen, dass 10 % des Aktienkapitals sowie 10 % des Partizipationskapitals zurückgekauft werden können. Art. 659 ff gR sind aber nicht die geeigneten Instrumente, um ein angemessenes Verhältnis zwischen Aktienkapital und Partizipationskapital sicherstellen. Sollte der Gesetzgeber bei der Abschaffung der relativen Höhenbegrenzung des Partizipationskapitals gemischte Gefühle haben, so ist Art. 659 OR nicht der Weg, um dies zu korrigieren.

*Vorschlag: Regelungsziel überdenken und angemessen implementieren.*

### **Zu Art. 671**

BB S. 61 und der Vorentwurf folgen der (Minderheits-)Auffassung Peter Böcklis, wonach Agioreserven auch im die minimalen gesetzlichen Reserven übersteigenden Betrag nicht frei verwendet werden können. Die im übrigen praktisch einhellige Lehre lehnt dies angesichts des klaren Wortlautes des Gesetzes ab. In der gelebten Praxis - auch börsenkotierter Gesellschaften (vgl. z.B. die Generalversammlungsbeschlüsse von Nobel Biocare 2004 und 2005) - gibt es immer wieder das legitime Bedürfnis, übermässiges Agio (d.h. nicht benötigtes Eigenkapital) anderen Zwecken zuzuführen. Sachlich gibt es dafür keinen Grund, erscheint doch nur der Nominalbetrag des Aktienkapitals im Handelsregister und sollten Aktionäre doch frei entscheiden können, ob die von ihnen (freiwillig) eingebrachten Gelder von der Gesellschaft frei oder nur in Schranken verwendet werden können.

Die eigentlich harmlose theoretische Möglichkeit einer (Wieder-) Ausschüttung von Agio als Dividende (die Schutzmechanismen bei der Dividende genügen dem Gläubigerschutz vollauf), kommt in der Praxis angesichts der Steuerfolgen ohnehin kaum je vor. Die vorgesehene Regelung ist investitionsfeindlich indem Aktionäre, die anfänglich zu viel Eigenkapital einschiessen, bestraft werden. Zudem behindert die neue Regelung vor allem aufstrebende Junggesellschaften, z. B im Biotechnologiesektor, und damit die Zukunft

der schweizerischen Wirtschaft. Solche Wachstumsgesellschaften machen oft über Jahre hinweg Verluste und sind allein durch Kapitalerhöhungen mit häufig sehr erheblichen Agios finanziert. Dies führt zu unverhältnismässig hohen gesetzlichen Reserven, welche den Risiken einer Gläubigerschädigung nicht angemessen sind. Solche Gesellschaften müssten bereits unter geltendem Recht laufend Generalversammlung gemäss Art. 725 Abs. 1 OR, einberufen, wäre es ihnen nicht möglich, von Zeit zu Zeit angehäuften Agioreserven durch Umbuchung in die freien Reserven aus dieser Formel herauszunehmen. Mit dem VE würde Art. 725 Abs. 1 OR an Massgeblichkeit und damit an Bedeutung verlieren und Überkapitalisierungen liessen sich nur noch auf kompliziertem Weg rückgängig machen.

Selbst wenn man der Minderheitsmeinung Böcklis folgen möchte, ist zudem darauf hinzuweisen, dass sich seine Argumente *nur* gegen die Ausschüttung wenden, nicht aber gegen eine anderweitige freie Verwendung des Agios durch die Gesellschaft. Die vorgesehenen Einschränkungen gehen darüber hinaus.

Zum Verfahren zur Rückzahlung von Agio sagt der VE nichts. Gemäss BB S. 61 soll diese nur erfolgen können, indem das Agio zunächst über eine Kapitalerhöhung in Aktienkapital umgewandelt und das Kapital dann um den Agiobetrag mit einer Kapitalherabsetzung reduziert werde. Diese überkomplizierte Lösung ist nicht sachgerecht. Zudem zeigt gerade der vorgeschlagene Zwischenschritt der Kapitalerhöhung, dass Agioreserven eben nicht Aktienkapital sind und sich ein Schutzniveau analog zum Schutz des Aktienkapitals gerade nicht aufdrängt. Dennoch soll eine Agiorückführung gar schwieriger sein als eine Rückführung von Aktienkapital. Gegebenfalls müsste eine Rückführung in einem Schritt in einem vereinfachten Verfahren erfolgen können. Insbesondere ist - wie bei einer Dividendenzahlung - auf einen Gläubigeraufruf zu verzichten. Die Notwendigkeit eines Gläubigerrufs knüpft im Aktienrecht an eine Ausschüttung an, die einen Eingriff ins nominelle Aktienkapital bewirkt, und lässt sich nur damit rechtfertigen. Dies ist bei der Agiorückführung jedoch nicht der Fall.

Sollte Agio analog zu Aktienkapital behandelt werden, müsste dies auch steuerlich gelten. D.h., eine Agiorückführung müsste in jedem Fall ohne Besteuerung möglich sein.

*Vorschlag: Bei der alten Regelung bleiben.*

### **Zu Art. 678**

*Allgemeine Bemerkungen:*

BB S. 64 führt ohne Beispiele zu nennen an, dass sich die bisherige Regelung der Rückforderungen ungerechtfertigter Leistungen (d.h. verdeckter Gewinnausschüttungen) in der Praxis nicht bewährt habe. In der Praxis findet Art. 678 jedoch viel Beachtung und spielt z.B. bei jeder grösseren Finanzierungstransaktion unter dem Stichwort "Financial Assistance" eine wesentliche Rolle: Allfällige Garantie- und Sicherheitsleistungen von Tochtergesellschaften zu Gunsten von Darlehen an die Muttergesellschaft werden bereits aufgrund von Art. 678 gR stark eingeschränkt. Gewöhnlich müssen Anwälte in einer Opinion bestätigen, dass die Verträge dieser Bestimmung genügen. Art. 678 ist daher ein gutes Beispiel für eine Bestimmung, welche einen grossen praktischen Einfluss hat, zumal Gläubiger, vorab Banken, nicht dem Risiko einer Rückforderungsklage ausgesetzt sein möchten. Zur Gesetzestreue trägt nicht zuletzt das Steuerrecht wesentlich bei, werden doch verdeckte Gewinnausschüttungen (darum geht es bei Art. 678 OR) ebenso besteuert und ebensowenig als Aufwand akzeptiert wie offene Gewinnausschüttungen. Es gibt daher keinen Bedarf für die vorgeschlagene, einschnürende Regulierung.

Wird bereits die heutige Regelung durch Darlehensgeber oft nur zähneknirschend hingenommen, würde eine überbordende Regelung schweizerische Gesellschaften gegenüber ausländischen Gesellschaften bei der Aufnahme und Besicherung von Fremdkapital wesentlich benachteiligen und die Geldaufnahme unnötig verteuern.

*Vorschlag: Alte Regelung beibehalten.*

*Abs. 1:* Hier wird neu auf das Kriterium des "bösen Glaubens" verzichtet. Dies führt dazu, dass ein Konzernkredit, der durch verschiedene Konzerngesellschaften besichert wird, selbst bei grösster Sorgfalt der kreditgebenden Banken mit dem Risiko behaftet ist, dass die Sicherheiten der Konzernglieder als "ungerechtfertigte" Leistungen zu Fall kommen könnten. Es liegt auf der Hand, dass ein Konsortium, das ein Kredit von mehreren hundert Millionen CHF spricht, mit solchen Rechtsunsicherheiten nicht leben kann, es sei denn zu einem Zinssatz, der das Risiko fehlender Besicherung reflektiert. Zudem ist es unzutreffend, dass der böse Glaube wie in BB S. 64|65 vermerkt, "schwierig nachzuweisen" ist. Indessen ist klar, dass das Kriterium des bösen Glaubens Grenzfälle ausschliesst, was im Interesse des Verkehrsschutzes auch richtig ist. Zudem bleibt der BB die Begründung dafür schuldig, weshalb sich eine Bestrafung aller Gutgläubigen allein wegen der Schwierigkeit, einigen wenigen den bösen Glauben nachzuweisen rechtfertigt. Immerhin gäbe es auch weniger unverhältnismässige Lösungen, etwa die Beweislastumkehr in besonderen Fällen.

*Vorschlag: Alte Regelung belassen.*

*Abs. 2:* Neu soll das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht mehr "offensichtlich" sein, sondern jedes Missverhältnis soll genügen. Im Interesse der Verkehrssicherheit kann es nicht sein, dass jedes noch so geringe Missverhältnis eine Transaktion bereits zu Fall bringen kann. Vielmehr lässt sich die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung in der Regel nur schwer prüfen und sollte gar nicht geprüft werden müssen, wenn sie ein Resultat von Verhandlungen unter Dritten (z.B. Bankenkonsortium und Konzern) ist. Der Wortlaut des gR gewährleistet immerhin, dass Grenzfälle von der Regelung nicht erfasst werden. In BB S. 65 steht, dass der Begriff "Missverhältnis" bereits sage, dass das Ungleichgewicht "beträchtlich" sein müsse, weshalb auf das Adjektiv "offensichtlich" verzichtet werden könne. Weder der Sinngehalt von "beträchtlich" noch von "offensichtlich" ist aber im Wort "Missverhältnis" enthalten.

*Vorschlag: Alte Regelung beibehalten.*

*Abs. 3:*

Neu sollen auch Gläubiger klagen können. Gläubiger sind nicht nur Darlehensgeber, sondern auch Lieferanten von Schreibpapier, Kunden, Arbeitnehmer, Reinigungspersonal, die Firma, welche Geschäftsautos verleast, etc. Bereits daraus wird ersichtlich, dass der Vorschlag unhaltbar ist.

Vor allem aber verletzt die Regelung eines der fundamentalen Grundprinzipien des Schweizer Aktien- und Konkursrechts: Solange eine Gesellschaft aufrecht steht und ihre Schulden begleicht, wird sie von den Risikokapitalgebern beherrscht. Gläubiger haben anders als die Risikokapitalgeber ein Anrecht auf Rückzahlung des fest vereinbarten Betrages zum vereinbarten Zeitpunkt. Solange dies geschieht bzw. die Gesellschaft dazu in der Lage ist, d.h. solange sie nicht überschuldet oder illiquid ist, hat ein Gläubiger daher kein Recht in die Geschicke der Gesellschaft einzugreifen, es sei denn, dies sei vertraglich festgelegt. Die vorgesehene Neuerung, dass Gläubiger jeder Art, ohne jede Gefährdung ihrer Forderung Klagen auf Rückerstattungen von Leistungen anstrengen können, findet daher keine sachliche Rechtfertigung und würde nur die Machtstellung der Gläubiger gegenüber der Gesellschaft übermässig steigern.

*Vorschlag: Alte Regelung beibehalten.*

*Zu Abs. 4:* Im Interesse der Verkehrssicherheit und zur Milderung der erheblichen Risiken der im Wirtschaftsleben aktiven Risikokapitalgeber und Organperson betragen die Verjährungsfristen im Aktienrecht im Allgemeinen nicht mehr als fünf Jahre. Davon sollte auch hier nicht abgewichen werden.

*Vorschlag: Streichen.*

### **Zu Art. 680**

Der neue Wortlaut ist nicht besser oder klarer als der alte und daher unnötig.

*Vorschlag: Streichen.*

### **Zu Art. 689c**

*Streichung des Organvertreters:* Diese Streichung lässt sich sachlich nicht rechtfertigen. Die meisten Aktionäre haben Vertrauen in den VR, der strengen Treue-, Sorgfalts- und Gleichbehandlungspflichten untersteht. Im Gegensatz zum unabhängigen Stimmrechtsvertreter wurde der VR der Gesellschaft von ihnen gewählt. Wer genau der unabhängige Stimmrechtsvertreter ist und welche Ansichten er vertritt, ist den Aktionären meistens nicht bekannt. Die meisten Aktionäre geben ihre Vollmacht daher lieber dem Organvertreter als dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter. Auch für die geordnete Durchführung von Generalversammlungen ist das Institut des Organvertreters nützlich, kann doch der VR so bereits im Vorfeld ungefähr abschätzen, ob sich Widerstand gegen eine Vorlage abzeichnet und die entsprechenden organisatorischen Massnahmen und Vorbereitungen treffen. Hat der VR diese Information nicht, kann er sich nicht vorbereiten, was zu langwierigen, mühsamen und fehleranfälligen Versammlungen führt. Schliesslich ist Aktionären als mündigen Menschen zuzutrauen, dass sie selber entscheiden können, ob sie ihre Vollmacht lieber einem Organvertreter oder einem unabhängigen Stimmrechtsvertreter, ihrer Bank oder einem Dritten erteilen möchten.

*Vorschlag: Organvertretung beibehalten.*

### **Zu Art. 689d**

*Zur Abschaffung des Depotstimmrechts:* Gemäss VE würde der Aktionär der einfachsten Möglichkeit, sein Stimmrecht auszuüben, nämlich über seine Depotbank, beraubt werden. Auch hier soll man auf die Mündigkeit der Depotaktionäre vertrauen; diese werden schon aktiv, wenn sie das Gefühl haben, sie seien mit der Depotstimmvertretung nicht zufrieden oder falls sie sich überhaupt (noch) aktiver in die Geschicke der Gesellschaft einbringen möchten. Angesichts der grossen Zahl der mit VR und Management im Allgemeinen zufriedenen Depotaktionären bedeutet die Abschaf-



fung des Depotstimmrechts, dass man die Geschicke der Gesellschaft nicht mehr in die Hände dieser Mehrheit, sondern in die Hände von Minderheiten (v.a. grössere institutionelle Anleger oder agitatorische Minderheitsaktionäre) mit manchmal radikalen Ansichten übergibt. Wie im politischen Leben ist es zwar nützlich und erforderlich, dass die Stimmen dieser Minderheitsaktionäre gehört werden und in den Entscheidungsprozess einfließen und Rechtsverletzungen durch die Mehrheit durch die Minderheit geahndet werden können. Minderheitsstimmen den Vorrang vor der relativ passiven, zufriedenen Mehrheit zu geben, dürfte dagegen meistens mehr Schaden als Nutzen bringen. Die Abschaffung des Depotstimmrechts bedeutet daher einen Einschnitt in die Aktionärsdemokratie und Gesellschaften würden (aktuelle Beispiele gibt es bereits unter gR) zum Spielball von gut organisierten Minderheitsaktionären.

*Vorschlag: Depotstimmrecht beibehalten.*

*Abs. 2:* Der Wortlaut lässt es offen, ob die Vollmacht an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter auch Pauschalweisungen enthalten kann, z.B. die Weisung, dass der unabhängige Stimmrechtsvertreter bei Fehlen konkreter Weisungen gemäss den Anträgen des Verwaltungsrates stimmen soll. In BB S. 68 wird jedoch angeführt, dass sich der unabhängige Stimmrechtsvertreter beim Fehlen "konkreter" Weisungen enthalten müsse. Dies wäre unangemessen. Die meisten Gesellschaften werden von ihren jeweiligen Verwaltungsräten nicht so schlecht geführt und die Verwaltungsräte unterstehen auch einer erheblichen persönlichen, unbeschränkten Verantwortlichkeit. Es muss dem Aktionär (und nicht dem Gesetzgeber) anstehen, zu entscheiden, ob er Vertrauen hat in den VR oder ob er ihm so stark misstraut, dass er sich lieber enthält, als dessen Anträgen, wie auch immer sie ausfallen mögen, zu folgen. Es stimmt zwar, wie BB S. 68 ausführt, dass dies dann nicht "zwingend dem wirklichen Willen der vertretenen Aktionäre" zum fraglichen Antrag entsprechen muss. Indessen wird es in 90 % der Fälle dem wirklichen Willen entsprechen, während die Stimmenthaltung in 90 % der Fälle dem wirklichen Willen der vertretenen Aktionäre, wenn sie anwesend sein würden, widersprechen dürfte.

Zudem nimmt der Aktionär das Risiko ja bewusst in Kauf, während der BB ohne Not "Willenslosigkeit" aufzwingen möchte. Auch mit diesem Eingriff des Gesetzgebers wird die Aktionärsdemokratie unterhöhlt, indem bei unvorgesehenen Anträgen praktisch nur noch die Stimmen der an der Versammlung anwesenden Grossaktionäre und extremen Minderheiten zählen.

*Vorschlag: Streichen oder zumindest die ausdrückliche Möglichkeit vorbehalten, dass ein Aktionär Pauschalweisungen erteilen kann, zum Beispiel die Weisung, mangels einer konkreten Weisung gemäss den Anträgen des Verwaltungsrates zu stimmen.*

#### **Zu Art. 692**

*Abs. 3: Die Streichung ist zu begrüßen.*

#### **Zu Art. 693**

*Abs. 3 Ziff. 5: Die Änderung ist zu begrüßen.*

#### **Zu Art. 697**

Die vorgeschlagenen Änderungen gehen insofern in die richtige Richtung, als dass die dem geltenden Recht zu Grunde liegende Vorstellung, dass die Aktionäre in der Generalversammlung aufstehen, ihre Frage stellen und diese dann ohne Vorbereitung vom Verwaltungsrat beantwortet wird, unrealistisch ist. Bereits heute reichen Aktionäre ihre Fragen oft bereits im Vorfeld der Generalversammlung schriftlich ein, damit der Verwaltungsrat die Gelegenheit hat, diese gebührend zu prüfen und zu beantworten. Ist die Antwort kursrelevant muss der Verwaltungsrat einer börsenkotierten Gesellschaft die Beantwortung zudem mit einer gleichzeitigen oder vorherigen Ad hoc-Publikation paaren.

Indessen fördert die Pflicht zur *Fragebeantwortung* in der Generalversammlung eine aktive Aktionärsdemokratie und unmittelbare Rechenschaftsablage, während die Umlagerung auf Briefverkehr, den gegenläufigen Trend stützt. Ausserdem führt die Einführung

der Schriftlichkeitsprinzips zu einem gesellschaftsrechtlichen "Discovery"-System, nach Art des US-Prozessrechts. Ob dies gut ist, bleibt fraglich. Daher sind grundsätzliche Zweifel an der Richtigkeit des Vorschlags zur schriftlichen Fragebeantwortung ausserhalb der GV angezeigt.

Bei *privaten Gesellschaften* mag es in Einzelfällen unbefriedigend sein, dass für die Beantwortung bis zur Generalversammlung gewartet werden muss. Häufig fliessen die Informationen während dem Jahr nur spärlich. Anders ist die Situation bei *Publikumsge-sellschaften*: Diese unterstehen der Pflicht zur ad hoc-Publizität, d.h. sie müssen von sich aus fortlaufend und ohne Privilegierung einzelner Aktionäre oder anderer Interessierter alle preisrelevanten Tatsachen publik machen, damit alle wesentlichen Informationen stets in den Aktienkursen reflektiert sind. Zudem unterstehen solche Gesellschaften zahlreichen weiteren Transparenzvorschriften. Zum Beispiel müssen sie beim Börsengang einen umfangreichen Prospekt erstellen, ebenso bei grösseren Kapitalerhöhungen und sonstigen Kapitalmarkttransaktionen. Ferner müssen sie neben den jährlichen Abschlüssen auch halbjährliche, zum Teil sogar vierteljährliche Abschlüsse veröffentlichen. Geben kotierte Gesellschaften einzelnen Aktionären exklusive Informationen, verletzen sie die SWX Regulierungen zur Ad hoc-Publizität und die Beteiligten setzen sich dem Insiderstrafrecht aus. Zudem würde ein jederzeitiges Fragerecht bei Publikumsge-sellschaften Missbräuchen Tür und Tor öffnen, könnte eine Gesellschaft doch mit gezielten Aktionen zu unmässigem Aufwand und Kosten gezwungen werden. Den Aktionären ist besser gedient, wenn sich die Geschäftsführung unter dem Jahr auf das Führen der Geschäfte konzentrieren kann.

Eine Änderung von Art. 697 muss daher den Unterschieden von privaten und börsenkotierten Gesellschaften Rechnung tragen.

*Vorschlag:*

*Börsenkotierte Gesellschaften: Für börsenkotierte Gesellschaften ist die heutige Regelung beizubehalten, wobei zu präzisieren ist,*

*dass Aktionäre ihre Fragen schriftlich bereits vor der Generalversammlung einbringen können und dass der Verwaltungsrat zur Beantwortung bzw. zur Begründung der Verweigerung der Beantwortung in der Generalversammlung verpflichtet ist, wenn die Fragen spätestens zehn Tage vor der Generalversammlung eingehen.*

*Private Gesellschaften: Vorzugsweise wie bei börsenkotierten Gesellschaften zu regeln. Wenn bei privaten Gesellschaften das Auskunftsrecht in Richtung der vorgeschlagenen Regelung erweitert würde, müsste dies angemessen beschränkt werden. Damit die Gesellschaft nicht dauernd mit der Beantwortung von Fragen beschäftigt wäre, was ein erheblicher Kostenfaktor ist und daher kaum im Interesse der Aktionärsmehrheit, sollte als Grundsatz aber auch die Beantwortung der Fragen anlässlich der GV gelten. Eine Pflicht des Verwaltungsrates, Fragen während des Jahres zu beantworten, dürften höchstens dann bestehen, wenn die Ausübung der Aktionärsrechte (z.B. die fristgerechte Einreichung und Begründung einer Anfechtungsklage) diese Beantwortung während dem Jahr erforderlich macht und der Aktionär die Schwelle des Einberufungs- oder des Traktandierungsrechts überschreitet. Zudem dürfte über das Fragerecht aber auch bei privaten Gesellschaften keine ungleiche Informationslage entstehen, weshalb in den Fällen, wo eine Auskunft während des Jahres zu erteilen wäre, diese allen Aktionären gleichzeitig zuzustellen oder im Publikationsorgan der Gesellschaft oder elektronisch zu publizieren wäre. Der VR sollte auch die Möglichkeit haben, eine GV oder eine Telefonkonferenz einzuberufen, um die Fragen zu beantworten.*

### **Zu Art. 697 quinquies**

Grundsätzlich mag das Recht, Auskunft über Vergütungen zu verlangen, manchmal angemessen sein. Indessen sollte auch dieses Recht verfahrensmässig so ausgestaltet sein wie in den Bemerkungen zur Ausgestaltung des Auskunftsrechts bei privaten Gesellschaften gemäss Art. 697 ausgeführt. Die Gesellschaft soll nicht gezwungen sein, jedem Aktionär einzeln auf Verlangen Auskunft zu geben, sondern sie soll dies auf entsprechende schriftliche

Frage im Vorfeld der Generalversammlung hin grundsätzlich an der Generalversammlung mündlich tun.

*Vorschlag: In Art. 697 einbauen. Vgl. Bemerkungen zu Art. 697.*

### **Zu Art. 697a**

Die Änderung des Begriffs "Sonderprüfung" in "Sonderuntersuchung" ist unnötig. Der Begriff Sonderprüfung hat sich in Lehre, Rechtsprechung und Praxis etabliert und wird nicht mit der Revision verwechselt wie BB S. 73 offenbar annimmt. Die Änderung hätte nur zur Folge, dass die heute gebräuchliche elektronische Recherche in Gerichtsentscheiden und Literatur erschwert würde und die Massgeblichkeit von Literatur und Rechtsprechung zur Sonderprüfung in Frage gestellt wäre. Die weiteren redaktionellen Änderungen scheinen unnötig.

*Vorschlag: Verzicht auf Änderungen.*

### **Zu Art. 697b**

*Abs. 1:* BB S. 73 führt ohne Beispiele zu nennen an, dass sich die Hürden für die Sonderprüfung in der Praxis als zu hoch erwiesen hätten. M.E. trifft dies nicht zu. In den meisten bekannten Fällen, war die Hürde gemäss Art. 697b kein Problem. Bei börsenkotierten Gesellschaften ist bereits die absolute Hürde von CHF 2 Millionen Nennwert oftmals ausserordentlich tief. Um das Instrument der Sonderprüfung nicht in die Hände verschwindender Minderheiten zu geben und damit die Gesellschaft und die Mehrheit der Aktionäre aufgrund der ausserordentlich hohen Kosten einer Sonderprüfung unnötig zu schädigen, sollten daher alle Hürden für die Sonderprüfung relativ angesetzt werden, d.h. sowohl der Anteil am Nennwert wie auch der Anteil am Börsenwert müsste relativ formuliert werden. Es kann nicht sein, dass z.B. bei einer Nestlé bereits der verschwindend kleine Börsenwert von zwei Millionen CHF ausreicht, zumal eine Sonderprüfung schnell ein Mehrfaches an Kosten verursacht. Noch mehr geschädigt werden aber die Mehrheitsaktionäre von kleinen börsenkotierten Gesellschaften, wo zwei

Millionen Börsenwert auch selten mehr als 1 % ausmacht und eine Sonderprüfung ebenfalls schnell Kosten von mehreren Millionen verursacht.

*Vorschlag: Alle Grenzwerte sind auf Prozentsätze zu ändern. Zumindest aber müsste der Börsenwert von zwei Millionen CHF massiv angehoben werden.*

*Abs. 2:* Die neue Formulierung ist unpräzise und verwischt die Stufenfolge der Auskunftsrechte: Zuerst muss vom Auskunftsrecht Gebrauch gemacht werden und erst dann darf eine Sonderprüfung in Frage kommen. Das Recht, die Sonderprüfung darüber hinaus einfach noch auf Gegenstände der Diskussion im allgemeinen zu erstrecken, ist äusserst problematisch und wird zu Missbräuchen Anlass geben: So wird die Gesellschaft zunächst ihrem Recht beraubt, die Fragen selber zu beantworten und auf diesem Weg die Kosten einer Sonderprüfung zu vermeiden. Die Aktionäre müssen sich nicht mehr auf ihre Fragen behaften lassen, sondern können darüber hinaus noch irgendwelche Voten in der Generalversammlung zum Gegenstand einer Sonderprüfung erheben. Der Gesetzgeber muss sich vor Augen halten, dass es bei Art. 697b darum geht, dass eine in der Regel sehr kleine Minderheit entgegen dem Willen der grossen Mehrheit der Aktionäre und trotz Auskunftsrecht auf Kosten der Gesellschaft ein langwieriges, Managementkapazitäten und Kosten bindendes Sonderprüfungsverfahren durchsetzen möchte. Dies muss an klare und strenge Voraussetzungen und Grenzen geknüpft sein. Auf jeden Fall darf erwartet werden, dass eine solche Minderheit an der Generalversammlung explizite Fragen stellt.

*Vorschlag: Alte Regelung beibehalten oder neue Regelung entsprechend anpassen.*

*Abs. 3:* Gemäss Ziff. 2 soll neu die blosse *Möglichkeit* einer Schädigung genügen, während das geltende Recht eine Schädigung zur Voraussetzung macht. Im geltenden Recht wird diese Voraussetzung jedoch bereits genügend abgeschwächt, indem die Schädigung *nur glaubhaft* zu machen ist. Kann dagegen keine Schädigung

gung glaubhaft gemacht werden (d.h. ist eine Schädigung unglaubhaft), so besteht auch kein gerechtfertigter Anlass, die Kosten und Mühen für eine Sonderprüfung einzugehen. Eine Bedürfnis Tatbestände zu prüfen, die nicht in eine Schädigung münden, gibt es nicht. Die Sonderprüfung soll nicht zum abstrakten Instrument des Tadels verkommen, dafür ist sie zu aufwändig (freilich könnte man sich weniger weitgehende Sanktionen überlegen, wenn die Voraussetzungen der Sonderprüfung nicht gegeben sind, der VR durch ungenügende Information aber begründeten Anlass gegeben hat, eine solche zu verlangen). Die Sonderprüfung soll ein Instrument sein und bleiben, Schädigungen zu verfolgen. Auch hier muss man sich vor Augen halten, dass es um die Sonderprüfung gegen den Willen der Mehrheit der Aktionäre, aber auf deren Kosten, geht, weshalb die Änderung auch aus Gründen der Verhältnismässigkeit abzulehnen ist.

*Vorschlag: Alte Regelung beibehalten.*

#### **Zu Art. 697e**

Der zweite Satz, der in Ausnahmefällen eine Auferlegung eines Teils der Kosten auf die Gesuchsteller vorsieht, wurde gestrichen. Dieser ist beizubehalten, um Missbräuchen vorzubeugen.

*Vorschlag: Alte Regelung beibehalten.*

#### **Zu Art. 698**

*Aufhebung von Ziff. 3, Genehmigung von Jahresbericht und Konzernrechnung:* Jahresbericht und Konzernrechnung sind der wesentlichste Teil der Rechenschaftsablage von VR und Geschäftsführung gegenüber den Aktionären. Die Erläuterungen dazu stellen oft den einzigen bedeutsamen Inhalt der ordentlichen Generalversammlung dar und bieten den Aktionären Gelegenheit, Fragen zu stellen und die Tätigkeit von VR und Geschäftsführung zu loben oder zu kritisieren. Die Abnahme von Jahresbericht und Konzernrechnung ist zwar ein Formalakt, doch hat sie als Grundlage des Décharge-Beschlusses auch haftungsrelevante Auswirkungen.

Zudem ist es eine Hürde, die VR und Geschäftsführung jedes Jahr wieder nehmen müssen, da eine Gesellschaft mit abgelehnter Konzernrechnung kaum mehr kreditfähig ist. Im Lichte der vom BB angesprochenen Zielsetzung der Verbesserung der Corporate Governance ist die Streichung der Genehmigung von Jahresbericht und Konzernrechnung daher ein Rückschritt. Die Genehmigung der Jahresrechnung kann dies nicht wettmachen, ist für den Konzern Erfolg doch die Konzernrechnung massgeblich.

### **Zu Art. 699**

*Abs. 3:* Vgl. Bemerkungen zu den Grenzwerten in Art. 697b.

*Vorschlag: Relative Grenzwerte vorsehen statt absolute. CHF fünf Millionen Börsenwert ist auf jeden Fall zu tief.*

*Abs. 5:* Die Frist ist unklar und dürfte in vielen Fällen unverhältnismässig kurz sein. Zunächst ist unklar, ob in der Frist von 30 Tagen die Einladung zur Generalversammlung zu versenden ist oder ob die Generalversammlung in dieser Frist stattfinden müsste. Im letzteren Fall wäre dies bei börsenkotierten Gesellschaften wahrscheinlich schon logistisch kaum möglich. Unverhältnismässig kurz ist die Frist z.B. dann, wenn ohnehin bald eine Generalversammlung ansteht. Bei börsenkotierten Gesellschaften könnte die Regelung daher zu kostspieligen Missbräuchen führen. Der alte Wortlaut, der von "angemessener" Frist sprach, war daher praktikabler. Es sind kaum Missbräuche dieser Regelung bekannt.

*Vorschlag: Alte Regelung (zumindest für Publikumsgesellschaften) beibehalten. Falls eine Befristung im Gesetz verankert würde, müsste ihre Bedeutung geklärt werden.*

### **Zu Art. 699a**

*Abs. 1:* Vgl. Bemerkungen zu den Grenzwerten in Art. 697b.



*Vorschlag: Relative, statt absolute Grenzwerte vorsehen. Der Grenzwert von CHF zwei Millionen Börsenwert ist auf jeden Fall viel zu tief.*

*Abs. 4:* Die Regelung ist unklar. Gemäss Wortlaut könnte jeder Aktionär seine Anträge in die Einladung aufnehmen lassen. Dies wäre bei grösseren Gesellschaften nicht praktikabel und würde bei börsenkotierten Gesellschaften, aber auch bei anderen Gesellschaften Missbräuchen und mehrseitigen Anträgen Tür und Tor öffnen. Soll es dagegen nur um die Anträge von Aktionären gehen, welche ein Traktandierungsrecht haben, ist gegen die Vorschrift nichts einzuwenden. Dann wäre sie entsprechend zu präzisieren.

*Vorschlag: Streichen oder im Sinne des Kommentars präzisieren.*

#### **Zu Art. 700**

*Abs. 2 Ziff. 3:* Vgl. die Bemerkungen zu Art. 699a Abs. 4. Der neue Wortlaut scheint dahin zu gehen, dass auch Aktionäre, die kein Einberufungs- oder Traktandierungsrecht haben, ihre Anträge sowie deren Begründung in die Einladung zur Generalversammlung aufnehmen lassen können. Ob dies gewollt ist, bleibt aufgrund von BB S. 77 f. unklar. Es würde indessen viel zu weit gehen und Missbräuchen Vorschub leisten.

*Vorschlag: Alten Wortlaut beibehalten oder im Sinne des Kommentars zu Art. 699a Abs. 4 präzisieren.*

#### **Zu Art. 701a**

Die Vorschriften zur Abhaltung der Generalversammlung sind primär auf Publikumsgesellschaften zugeschnitten. Für private Gesellschaften sollten Erleichterungen vorgesehen werden. Insbesondere sollte es möglich sein, eine Generalversammlung durch Telefonkonferenz durchzuführen.

*Abs. 3: Vorschlag: Ergänzung durch folgenden Satz: "Aktiengesellschaften, die nicht börsenkotiert sind, können einzelne oder alle*

*Teilnehmer per Telefonkonferenz in die Generalversammlung zuschalten, sofern diese dem Vorsitzenden persönlich bekannt sind."*

#### **Zu Art. 701b**

*Ziff. 1:* Diverse Aktiengesellschaften führen ihre Generalversammlungen stets oder manchmal nur oder auch im Ausland durch, ohne dass eine statutarische Grundlage bestehen würde, da eine solche bislang nicht erforderlich war. Die Durchführung im Ausland war bislang unproblematisch. Bei Missbräuchen wären die Beschlüsse anfechtbar oder gar nichtig, doch sind m.E. keine solchen Fälle bekannt. Zumindest aber müsste die im VE nun vorgesehene Regulierung mit einer Übergangsbestimmung versehen werden.

*Vorschlag: Streichen (oder Statutenzwang auf börsenkotierte Gesellschaften beschränken). Bei Einführung des Statutenzwangs muss eine Übergangsfrist vorgesehen werden.*

#### **Zu Art. 701c**

Private Gesellschaften sollten Generalversammlungsbeschlüsse mit entsprechender statutarischer Grundlage auch auf dem schriftlichen oder elektronischen Zirkularweg durchführen können (falls niemand eine Versammlung verlangt).

*Vorschlag: Einführung der Beschlussfassung auf dem elektronischen und schriftlichen Zirkularweg für private Gesellschaften.*

#### **Zu Art. 701f**

*Vorschlag: Die Bestimmung ist so einzugrenzen, dass nur diejenigen Teile der Generalversammlung, die von einem technischen Problem beeinträchtigt worden sind, wiederholt werden müssen.*

#### **Zu Art. 703**

*Abs. 2:* Es ist unklar, ob diese neue Regelung zwingend sein soll, was nicht angemessen wäre.

*Vorschlag: Einbettung in Abs. 1 wie folgt: "... mit der absoluten Mehrheit der abgegebenen Aktienstimmen, wobei Enthaltungen nicht als abgegebene Aktienstimmen gelten."*

### **Zu Art. 707**

*Abs. 3:* Die Stossrichtung der Bestimmung ist klar und mag aus politischen Gründen gerechtfertigt sein. Die Art der Umsetzung als Wählbarkeitsvoraussetzung wirft aber diverse Fragen auf und ist zu überdenken. Zunächst ist unklar, ob die Bestimmung tatsächlich als Wählbarkeitsvoraussetzung gemeint ist. Der systematischen Einordnung gemäss ist dies der Fall, ihrem Wortlaut könnte aber auch durch organisatorische Massnahmen (z.B. Ausstandspflichten, kein gemeinsamer Einsitz in Compensation Committees) nachgelebt werden. Letzteres wäre denn auch die angemessene Umsetzung. Bleibt die Bestimmung Wählbarkeitsvoraussetzung, so wäre es ausgeschlossen, dass zwei Verwaltungsräte einer börsenkotierten Gesellschaft in irgendeiner anderen Gesellschaft auch noch gemeinsam im VR sind. Dies geht zu weit und würde auch der Aktionärsdemokratie widersprechen. Es ist im Interesse der Aktionäre, über erfahrene Verwaltungsräte, auch mit Erfahrung aus Verwaltungsräten anderer Gesellschaften, zu verfügen. Angesichts der Grösse der Schweiz und des beschränkten Reservoirs an solchen Verwaltungsräten würde man dies mit einer so weitgehenden Wählbarkeitsvoraussetzung faktisch verunmöglichen. Zudem knüpft der Vorschlag an die Börsenkotiertheit nur einer der zwei Gesellschaften an. Der VE verunmöglicht es somit beispielsweise, dass die zwei gleichen Verwaltungsräte in der börsenkotierten Muttergesellschaft und auch noch im Verwaltungsrat einer Tochtergesellschaft tätig sind. Eine Umsetzung des Zwecks der Vorschrift liesse sich demgegenüber angemessener durch Einflechtung in eine Organisationsvorschrift erfüllen.

*Vorschlag: Streichen oder in Art. 712 ff., Art. 717 OR oder am besten im neuen Art. 717a (es geht ja um Interessenkonflikte) als Pflicht verankern, durch entsprechende Zusammensetzung von Ausschüssen oder Ausstandspflichten dafür zu sorgen, dass der*

*gegenseitige Einfluss auf die Festsetzung der Vergütungen in verschiedenen Verwaltungsräten ausgeschlossen ist.*

### **Zu Art. 710**

#### **Abs. 1 Satz 1:**

Die Vorschrift, dass die Amtsdauer ein Jahr nicht überschreiten dürfe, mag in Einzelfällen angemessen und im Interesse der Aktionäre sein, ist es aber meistens nicht. Dies aus folgenden Gründen: Ist der Verwaltungsrat erfolgreich und geht es der Gesellschaft gut, haben die Aktionäre ein Interesse an einer längerfristigen Bindung dieser Verwaltungsräte. Zudem bilden sie dann einen stärkeren Gegenpol gegenüber dem Management. Geht es einer Gesellschaft schlecht, sind zwei Szenarien möglich: Entweder möchten die Aktionäre den Verwaltungsrat deswegen ersetzen, dann kann dieser ungeachtet der Amtsdauer jederzeit abberufen werden (Art. 705 Abs. 1 OR). Oder, dies der wahrscheinlichere und in der Geschichte grosser Firmenpleiten häufigere Fall, die Verwaltungsräte versuchen das Gremium aus Furcht vor persönlicher Haftung und Imageverlust zu verlassen, sobald sich ein möglicher Niedergang abzeichnet. Dadurch wird dieser Niedergang noch beschleunigt oder erst verursacht.

Gibt man den Verwaltungsräten mit der auf nur ein Jahr beschränkten Amtszeit die Möglichkeit, sich bei Krisen elegant aus der Affäre zu ziehen, indem sie sich nicht mehr zur Wiederwahl stellen, verliert die Gesellschaft ausgerechnet im wichtigsten Zeitpunkt die Führung (im schlimmsten Fall den gesamten VR). Ist die Amtsdauer länger, kann ein Verwaltungsrat zwar auch jederzeit zurücktreten, tut er dies aber zur Unzeit, eben z. B. in einer Krise, in der besonderer Einsatz gefragt ist, so kann er sich auftragsrechtlichen Schadenersatz- und Verantwortlichkeitsansprüchen aussetzen. Demgegenüber ergibt sich aus Treue- und Sorgfaltspflichten keine Pflicht, sich nach Ablauf der Amtsdauer weiterhin zur Verfügung zu stellen. Eine Gesellschaft, welche eine einjährige Amtszeit dennoch für angemessen hält, kann dies statutarisch vorsehen.

Marktkräfte hätten die kurze Amtsdauer zur verbreiteten Lösung gemacht, wenn dies generell besser wäre.

Gar keine Rechtfertigung findet die gesetzgeberisch verordnete Amtsdauer bei privaten Gesellschaften. Wenn überhaupt, sollte diese gravierende Einschränkung des freien Gestaltungsrechts daher auf börsennotierte Gesellschaften beschränkt werden.

*Vorschlag: Streichen.*

*Abs. 1 Satz 2:* Die Einzelwahl ist bereits heute bei vielen börsennotierten Gesellschaften aufgrund des Drucks des Marktes Praxis. Eine zwingende gesetzliche Einführung scheint dagegen unnötig und belastet die Generalversammlungen von Gesellschaften, bei welchen Einigkeit über die Wiederwahl aller Verwaltungsräte beherrscht. Allenfalls könnte man vorsehen, dass jeder Aktionär die Einzelwahl verlangen kann. Auf jeden Fall aber gibt es keinen Grund, diese Bestimmung auf private Aktiengesellschaften auszuweiten.

*Vorschlag: Streichen oder auf das Recht eines jeden Aktionärs (oder auf Antrag eines jeden Aktionärs durch Mehrheitsentscheid), bei börsennotierten Gesellschaften die Einzelwahl verlangen zu können, beschränken.*

#### **Zu Art. 716b**

*Abs. 2:* Die Änderungen sind unnötig. Die allgemeine Umschreibung im gR ist angemessen, eine Auflistung gibt zu Unrecht den Eindruck der Vollständigkeit oder eines zwingenden Minimalinhalts.

*Vorschlag: Bisherige Regelung beibehalten.*

#### **Zu Art. 725**

Vgl. auch die Bemerkungen zu Art. 671.

*Allgemein:* BB S. 84 konstatiert zu Recht, dass manchmal Sanierungsmassnahmen nicht mehr greifen und der Konkurs nicht mehr abgewendet werden kann, wenn das Aktienkapital und die Reserven der Gesellschaft zur Hälfte nicht mehr gedeckt sind. Insofern ist der neue Abs. 2, der die Möglichkeit der Einführung statutarischer Warnmöglichkeiten explizit vorsieht (möglich wäre dies freilich bereits nach geltendem Recht) zu begrüßen. Indessen sollte der Gesetzgeber das gesetzliche System überdenken und die nötigen Anpassungen vornehmen.

Die Gründe, weshalb das System von Art. 725 Abs. 1 wenig bewirkt, sind vielfältig. Zunächst setzen gesunde Finanzen ein gesundes Geschäft voraus. Ist kein erfolgreiches Geschäftsmodell vorhanden, so wird entweder nicht mehr saniert oder die Sanierung nützt nichts. Insofern sind Konkurse als Folge gescheiterter Unternehmensprojekte systemnotwendig in Kauf zu nehmen und führen zu notwendigen Bereinigungen. In Fällen, wo eine rechtzeitige Sanierung erfolgreich sein kann, zeigt sich dagegen, dass das Konzept von Art. 725 Abs. 1 nicht funktioniert. Dies deswegen, weil das Warnlicht von Art. 725 Abs. 1 OR in 99 % der Fälle zu früh oder zu spät aufleuchtet.

Zum ersten Fall (zu frühe Warnung): Mit hohen Agioreserven sind gewöhnlich vor allem Wachstumsgesellschaften (z.B. im Biotechnologie-Bereich) konfrontiert. Diese müssen oft enorme Eigenkapitalmittel aufnehmen, um z.B. Forschung und Entwicklung zu finanzieren. Dies kann am folgenden fiktiven Beispiel gezeigt werden: Eine Wachstumsgesellschaft erhöht im Rahmen eines Börsengangs ihr Nominalkapital von CHF 20 Mio. auf CHF 40 Mio. und nimmt dabei Eigenkapital von CHF 100 Mio. auf. D.h. der Ausgabepreis für CHF 20 Mio. zusätzliches Aktienkapital beträgt total CHF 100 Mio. Die Gesellschaft verfügt somit nach dem IPO über ein Aktienkapital von CHF 40 Mio. und durch Agiozahlungen gebildete allgemeine Reserven von CHF 80 Mio. Nach geltendem, wie nach dem vorgeschlagenen neuen Recht würde Art. 725 Abs. 1 OR somit bereits dann zum Zuge kommen, wenn die Gesellschaft im Einklang mit ihrem Investitionsplan noch über Aktiven verfügt, welche neben dem bei Wachstumsgesellschaften gewöhnlich ver-

nachlässigbar niedrigen Fremdkapital noch CHF 60 Mio. an Aktienkapital und allgemeinen Reserven deckt. D.h., der VR müsste theoretisch in einem Zeitpunkt "Sanierungs"-Massnahmen vorschlagen, in welchem die Gesellschaft vor Gesundheit strotzt. Unter geltendem Recht kann das Problem dadurch behoben werden, dass ein angemessener Betrag von der allgemeinen Reserve in die freie Reserve umgebucht wird und somit für die Berechnung des Grenzwertes von Art. 725 Abs. 1 OR nicht mehr zu berücksichtigen ist. Dies ist möglich, weil die allgemeine Reserve, soweit sie die Hälfte des Aktienkapitals überschreitet, frei verfügbar ist (Art. 671 Abs. 3 gR). Somit wäre der VR im genannten Beispiel spätestens dann verpflichtet eine Generalversammlung einzuberufen und ihr "Sanierungs"-Massnahmen vorzuschlagen, wenn sie (nur) noch über CHF 30 Mio. Eigenkapital verfügt. Auch diese Alarmierung erfolgt noch sehr früh und dürfte entsprechend wenig Wirkung entfalten. Dies soll unter dem neuen Recht noch akzentuiert werden, indem die durch den IPO gebildete Agioreserve unwiderruflich für die Zwecke von Art. 725 Abs. 1 OR heranzuziehen ist. Somit verliert die Warngrenze bei erheblich über Kapitalerhöhungen finanzierten Gesellschaften jegliche Bedeutung.

Zum zweiten Fall (zu späte Warnung) folgendes Beispiel: Eine Gesellschaft mit CHF 100'000 Aktienkapital und gesetzlichen Reserven von CHF 50'000 hat ein Konsortialdarlehen von CHF 500 Mio. ausstehend bei Aktiven von CHF 500'150'000. Die Gesellschaft steht somit am Rande der Überschuldung, obschon Fremdkapital, Aktienkapital und gesetzliche Reserven voll gedeckt sind. Sinken nun die Aktiven, so dass Art. 725 Abs. 1 OR ausgelöst wird, d.h. betragen die Nettoaktiven keine CHF 75'000 mehr, so wird Art. 725 Abs. 2 OR nur um Tage entfernt sein, die Überschuldung befindet sich im Rundungsermassen, eine Sanierung ist ausgeschlossen. Auch hier funktioniert das System somit nicht.

Das System von Art. 725 Abs. 1 OR hat zudem einen kontraproduktiven Effekt, indem es Fremdkapitalfinanzierung gegenüber der Eigenkapitalfinanzierung bevorzugt. Dies, obschon die Gläubiger (und auch die Aktionäre) durch übermässiges Fremdkapital, nicht durch übermässiges Eigenkapital gefährdet werden: Wie die oben

dargestellten Extrembeispiele zeigen, leuchtet das Warnsignal von Art. 725 Abs. 1 bei wesentlicher Eigenkapitalfinanzierung einer Gesellschaft in der Regel sehr früh (zu früh) auf und bei einer wesentlich fremdfinanzierten Gesellschaft viel später (in der Regel zu spät). Ist die finanzielle Lage einer Gesellschaft gefährdet, besteht daher ein Anreiz, die benötigte Liquidität über mehr Fremdkapital, statt über mehr Eigenkapital zu beschaffen, womit sich das Problem akzentuiert. Dieses Verhaltensmuster lässt sich kurz vor Zusammenbrüchen von Gesellschaften denn auch häufig beobachten. Eine andere Gestaltung von Art. 725 Abs. 1 OR könnte Anreize bieten, rechtzeitig über Kapitalerhöhungen und andere Eigenkapitalfinanzierungen das Finanzierungsverhältnis ins Lot zu bringen.

Was wäre zu tun? Anstelle des starren Nennwert|gesetzliche Reserven-Systems müsste die Warnschwelle an ein Finanzierungsverhältnis anknüpfen. Beispielsweise könnte die Pflicht, der Generalversammlung Sanierungsmassnahmen vorzuschlagen dann ausgelöst werden, wenn das Eigenkapital nur noch 10 % der Passiven beträgt, d.h., wenn beispielsweise einem Fremdkapital von 90 Mio. ein Eigenkapital von nur noch 10 Mio. gegenüber steht. Ob 10 % (für alle Gesellschaftstypen) eine angemessene Grenze sind, wäre zu prüfen.

*Vorschlag: Die Regelung von Art. 725 Abs. 1 OR ist durch ein effektiveres Warnsystem zu ergänzen, welches an das Finanzierungsverhältnis anknüpft und dafür sorgt, dass Sanierungen rechtzeitig ins Auge gefasst werden.*

*Abs. 1: Vorschlag: Die Kapitalreserve und die gesetzliche Reserve sollten nur soweit in die Berechnung einfließen, als sie die Hälfte des Aktienkapitals überschreiten. Sonst verliert die Regelung jede Bedeutung. Vgl. die vorstehenden allgemeinen Bemerkungen.*

*Abs. 2: Vorschlag: Vgl. die allgemeinen Bemerkungen.*



**Abs. 3:**

Das Aufgreifen der Zahlungsunfähigkeit ist zu begrüßen, ist doch oftmals die Zahlungsfähigkeit und nicht die Überschuldung Ausgangspunkt eines Konkurses. Richtigerweise müsste die drohende Zahlungsunfähigkeit aber im Rahmen des Frühwarnsystems (Art. 725 Abs. 1 OR) berücksichtigt werden. Die oben vorgeschlagene Umgestaltung von Art. 725 Abs. 1 OR würde die Zahlungsfähigkeit teilweise berücksichtigen, da Probleme mit der Zahlungsfähigkeit ihren Ursprung oft in einem unangemessenen Finanzierungsverhältnis (übermässige Zinsenlast, Anfälligkeit auf Erhöhungen des Zinsniveaus etc.) finden. Zudem könnte vorgesehen werden, dass der VR dann Massnahmen prüfen und gegebenenfalls der Generalversammlung vorschlagen soll, wenn aufgrund der Liquiditätsplanung die Zahlungsfähigkeit über einen minimalen Zeitraum nicht mehr gewährleistet ist.

Demgegenüber bringt es wenig, wenn zahlungsunfähige, aber nicht überschuldete Gesellschaften wie in Abs. 3 VE vorgesehen, eine Zwischenbilanz aufstellen.

*Vorschlag: Die drohende Zahlungsfähigkeit ist im Frühwarnsystem gemäss Art. 725 Abs. 1 einzubauen. Es ist zu definieren, wann im Sinne von Art. 725 Abs. 1 Massnahmen zur Sicherung der Zahlungsfähigkeit zu prüfen und vorzuschlagen sind, wenn die Zahlungsunfähigkeit noch nicht gegeben ist, sondern erst droht. Die Pflicht, gemäss Abs. 3 bei Zahlungsunfähigkeit ohne Verdacht auf Überschuldung eine Zwischenbilanz aufzustellen, ist zu streichen.*

**Abs. 5:**

Gemäss BB S. 84 soll mit dem Wort "unverzüglich" klargestellt werden, dass der VR kein Ermessen mehr haben soll, die Benachrichtigung des Richters zwecks Sanierung aufzuschieben. Dieses Ermessen muss jedoch beim VR verbleiben. Zunächst wird dieses Ermessen in der Regel nicht übermässig beansprucht, haftet der VR den Gläubigern doch für eine Verschlimmerung der finanziellen Lage aufgrund einer unangemessenen Verzögerung der Anrufung

des Richters. Andererseits bedeutet die Benachrichtigung des Richters in fast allen Fällen der sichere Untergang der Gesellschaft, weil ab diesem Zeitpunkt sämtliche Schuldner der Gesellschaft ihrerseits Zahlungen einstellen und Kunden und Mitarbeiter das Weite suchen. Mit der vorgeschlagenen Änderung nimmt der Gesetzgeber somit in Kauf, dass Firmen, bei denen noch Sanierungsaussichten bestehen, wohl definitiv untergehen und Gläubiger und Aktionäre unnötig Schaden erleiden. Dies ist weder im Interesse der Volkswirtschaft noch des Gläubiger- und Aktionärschutzes.

Die Regelung von Abs. 5 VE widerspricht zudem dem neuen Abs. 6, der wie im bisherigen Recht die Möglichkeit vorsieht, auf die Anzeige auf den Richter zu verzichten, wenn im Masse der Überschuldung Rangrücktritte von Gläubigern eingeholt werden. Das Funktionieren dieser Regelung setzt notwendig eine angemessene Frist zur Prüfung und Durchführung einer Sanierung durch Rangrücktritte voraus.

*Vorschlag: "Unverzüglich" durch "innert angemessener Frist" ersetzen.*

*Abs. 6:*

Gemäss BB S. 85 soll der Rangrücktritt (obschon im VE nicht erwähnt) auch die Zinsforderungen umfassen müssen. Weshalb dies so sein soll, wird nicht gesagt. Für die Beseitigung der Überschuldung ist es jedenfalls nicht nötig, solange genügend andere Forderungen vom Rangrücktritt erfasst sind. Der Einbezug der Zinsforderungen findet somit weder sachlich noch im Wortlaut von Abs. 6 VE eine Stütze.

Weiter soll neben dem Rangrücktritt neu explizit auch die Stundung eine Voraussetzung dafür sein, dass man den Richter nicht anrufen muss. Dieses Erfordernis mag zwar häufig erfüllt sein, für die Zwecke der Sanierung der Gesellschaft wäre es dagegen nicht nötig und es kann eine bedeutende, ungerechtfertigte Benachteiligung der bereits über den Rangrücktritt zur Sanierung beitragenden

den Gläubiger gegenüber den Aktionären und übrigen Gläubigern führen. Die Stundung bedeutet, dass die Forderung nicht wie vereinbart, z.B. am Rückzahlungstermin eines Darlehens, fällig wird, und somit nach diesem Zeitpunkt auch kein Verzug eintritt. Sollte der Turnaround dank dem Rangrücktritt gelingen, kann der zur Sanierung beitragende Gläubiger somit keine Verzugszinsen verlangen, selbst wenn die Gesellschaft zu deren Bezahlung nun fähig wäre. Vielmehr können die diesen Verzugszinsen entsprechenden Beträge beispielsweise den Aktionären als Dividende ausgeschüttet werden. Dies ist stossend. Fällt die Gesellschaft dagegen trotz des Rangrücktritts schliesslich in Konkurs, wird der Gläubiger der dem Rangrücktritt zugestimmt hat, sofern nach Befriedigung der anderen Gläubiger noch etwas übrig bleibt, mit seiner Konkursforderung nur im Nennbetrag zugelassen. Verzugszinsen kann er nicht geltend machen. Auch das ist unangemessen.

Die Zielsetzung des vorgeschlagenen Erfordernisses der "Stundung" ist denn auch eine andere: Zu Recht soll verhindert werden, dass die Forderung des im Range zurücktretenden Gläubigers während der Dauer der Überschuldung zurückbezahlt wird und der Rangrücktritt somit faktisch keine Wirkung entfalten kann. Dieser Zweck kann aber in verhältnismässiger Weise durch das Verbot erfüllt werden, diese Forderungen während der Dauer des Rangrücktritts zurückzuzahlen.

Gemäss BB S. 85 Fussnote 157 soll zudem, obschon im vorgeschlagenen Wortlaut nicht explizit erwähnt, auch die Verrechnung der im Range zurücktretenden Forderungen ausgeschlossen sein. Dies ist grundsätzlich zu befürworten. Indessen kann dies dann nicht gelten, wenn die Gläubigerforderung in Eigenkapital umgewandelt wird, d.h. im Fall der Liberierung durch Verrechnung. Die Umwandlung in Eigenkapital bedeutet nichts anderes als ein noch weiter gehendes, irreversibles Zurücktreten im Rang gegenüber allen Gläubigern und selbst die Aufgabe der Vorrangigkeit gegenüber den Aktionären. Sie bewirkt daher eine Verstärkung des Gläubigerschutzes und der Sanierungsleistung nicht eine Abschwächung der Massnahme des Rangrücktritts.

*Vorschlag: Die Bestimmung ist im Sinne der Bemerkungen zu ändern. Namentlich ist das Erfordernis der Stundung durch das Verbot der Forderungsbegleichung zu ersetzen und eine explizite Ausnahme für den Fall der Umwandlung von Fremdkapital in Eigenkapital durch Verrechnungsliberierung vorzusehen.*

### **Zu Art. 725a**

**Abs. 3:** Dieser Absatz soll unverändert beibehalten werden. Richter sind jedoch selten geneigt, den Konkursaufschub nicht zu veröffentlichen, weil die Frage, ob die Veröffentlichung zum Schutze Dritter erforderlich ist oder nicht, vom unbekanntem Ausgang der Sanierung abhängt. Ist die Sanierung erfolgreich, so wäre die Veröffentlichung zum Schutze Dritter nicht erforderlich gewesen, scheitert sie wäre sie erforderlich gewesen, weil Dritte weiterhin mit der Gesellschaft geschäftet haben, die dies nicht getan hätten, wäre ihnen der Konkursaufschub bekannt gewesen. Der Entscheid, den Konkursaufschub nicht zu veröffentlichen, setzt den Staat daher Kritik und einem erheblichen Haftungsrisiko aus für den Fall, dass die Sanierung scheitert. Der Entscheid des Richters sollte sich daher nicht auf das ungeeignete Kriterium des Schutzes Dritter stützen (deren Interessen sind bei der Nichtveröffentlichung immer gefährdet), sondern danach, ob dies die Sanierungsaussichten erheblich verbessert bzw. ob eine Veröffentlichung geeignet wäre, die Sanierungsaussichten zunichte zu machen oder erheblich zu verschlechtern.

*Vorschlag: Abs. 3 ist neu wie folgt zu fassen: "Der Konkursaufschub muss nicht veröffentlicht werden, wenn glaubhaft gemacht wird, dass die Erfolgsaussichten der vorgeschlagenen Sanierung aufgrund der Veröffentlichung erheblich beeinträchtigt würden."*

### **Zu Art. 736**

**Ziff. 4:** Bei manchen grossen Gesellschaften stellt CHF 1 Mio. Nennwert eine zu niedrige Schwelle für eine Auflösungsklage dar und könnte zu Missbräuchen verleiten. Diese ultima ratio sollte

nicht zum Damoklesschwert jeder Publikumsgesellschaft verkommen.

*Vorschlag: Verzicht auf das Kriterium von CHF 1 Mio. Nennwert oder ersetzen durch einen Prozentsatz.*

### **Zu Art. 759**

*Abs. 1 bis:*

Es gibt gute Gründe, eine Begrenzung der Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit einzuführen. Die vorgesehene Regelung scheint jedoch zuwenig differenziert.

Zunächst lässt die Regelung offen, ob sie auch gegenüber einem Rückgriffkläger gilt. Falls ja, würde die Regelung zu einer erheblichen Verlagerung der Risikotragungslast zu anderen Beteiligten, namentlich zum VR führen. Die Revisionsstelle könnte unbegrenzt Rückgriff auf Verwaltungsräte nehmen, diese umgekehrt nur begrenzt. Dies wäre kaum angemessen, es sei denn, auch die Haftung von Verwaltungsräten würde begrenzt.

Als Begründung wird in BB S. 87 angeführt, Revisionsstellen seien einem unverhältnismässigen Haftungsrisiko ausgesetzt, weil sie haften, obschon ja die Verantwortung für die Führung des Unternehmens beim VR liege. Indessen kann die Revisionsstelle ihrem Aufgabenbereich entsprechend für die Geschäftsführung gar nicht zur Verantwortung gezogen werden. Im Rahmen der Revisionshaftung gemäss Art. 755 OR haftet die Revisionsstelle nur für Sorgfaltspflichtverletzungen in ihrem gesetzlich umschriebenen Tätigkeitsbereich. Sie muss die Abschlüsse der Gesellschaft revidieren. Zu Recht hat der Gesetzgeber diese Aufgabe spezialisierten Revisionsstellen auferlegt, die dafür entsprechend entschädigt werden.

Für eine Haftungsbeschränkung sprechen vielmehr andere Gründe, wie Hans Caspar von der Crone aufgezeigt hat, doch lassen sich diese nicht auf Revisionsstellen beschränken: Aktionäre sind Risikokapitalgeber, haften aber für die Schäden, welche die Ge-

sellschaft anrichtet und für ihre Verluste bzw. Gläubigerforderungen über das hingegebene Eigenkapital hinaus nicht. Vielmehr lehnen sie sich zurück und überlassen die Geschäftsführung, die Aufsicht darüber, die Buchführung und die Aufsicht über die Buchführung Dritten, namentlich VR, Geschäftsleitung und Revisionsstelle. Während die Aktionäre grundsätzlich den gesamten "Upside" dieser Tätigkeit bekommen (Verfügungsrecht über die Gewinne), müssen sie im Falle eines Konkurses für den "Down-side" ihres Investments nicht einstehen. Dies obschon sie über Wahlrecht, Kontrollbefugnisse und Dividendenpolitik durchaus einen erheblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen können. Dies ist nicht zu beanstanden, hat dies das moderne Wirtschaftsleben doch erst ermöglicht. Die Erkenntnis, dass eine optimale volkswirtschaftliche Entwicklung voraussetzt, dass die Haftungsrisiken der Beteiligten angemessen beschränkt sind, hat sich als zutreffend erwiesen. Gleichermassen wird heute sichtbar, dass die nach wie vor unbeschränkte Haftpflicht nicht nur der Revisionsstellen, sondern ebenso des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in Zeiten der Krise schädlich ist. Gerade dann, wenn vom VR besonders viel Eile, Geschick, Einsatz und Mut verlangt ist, um die Gesellschaft noch zu retten, setzt sich dieser unverhältnismässigen Haftungsrisiken aus. Mithin sollte es möglich sein, die Haftungsrisiken auf ein Mass zu beschränken, welches so hoch ist, dass VR und Revisionsstelle genügend Anreiz haben, ihre Sorgfaltspflichten bestmöglich wahrzunehmen, aber auch ihre Handlungsfähigkeit zu wahren, ohne sie stets dem Ruin auszusetzen.

Eine einfache Lösung ist der generelle Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit.

Alternativ oder zusätzlich kann (ausser bei Absicht) ein maximaler Haftungsbetrag vorgesehen werden, doch wird ein absoluter Betrag (wie die im VE vorgesehenen 10/25 Mio) bei kleinen Gesellschaften zu hoch sein, bei grossen börsenkotierten Gesellschaften kann dieser Betrag in einem krassen Missverhältnis zum Schädigungspotential der Gesellschaft und zu den Honoraren, welche z.B. die Revisionsstellen für ihre Tätigkeit bekommen, stehen. Eine betragliche Haftungsbegrenzung muss daher relativ definiert wer-

den, allenfalls kombiniert mit einem absoluten Höchstbetrag, der zwar sehr hoch sein müsste, aber noch versicherbar.

Vorzugsweise würde man die betragliche Haftungsbegrenzung jedoch dem freien Markt überlassen. D.h., statt dass eine vertragliche Haftungsbegrenzung für aktienrechtliche Verantwortlichkeit wie im heutigen Recht gesetzlich ausgeschlossen ist, sollte sie zwischen der Gesellschaft und den betreffenden Personen mit Wirkung gegenüber Dritten, d.h. gegenüber den Aktionären und Gläubigern der Gesellschaft vereinbart werden können. Diese Haftungsbegrenzung müsste in geeigneter Weise, z.B. im Handelsregister oder im Geschäftsbericht, offengelegt werden. Somit würde ein Markt für das Risikoprofil einer Gesellschaft entstehen. Eine Gesellschaft, die eine zu starke Haftungsbeschränkung vereinbart, wird damit ihr Risikoprofil verschlechtern, was sich beispielsweise durch sinkende Aktienkurse oder durch eine Verteuerung der Aufnahme von Fremd- und Eigenkapital bemerkbar machen würde. Es darf angenommen werden, dass eine solche Lösung mit der Zeit zu einer angemessenen Verteilung der Haftungsrisiken auf Aktionäre, Gläubiger und Organe führen würde, die auch das Mass der Honorierung von Revisionsstelle und Verwaltungsräten einbeziehen würde. Um Bedenken gegenüber den tatsächlichen Haftungsbeträgen, bei welchen sich eine solche Vertragslösung in der Praxis einpendelt, Rechnung zu tragen, könnte das Gesetz statt einem maximalen Haftungsbetrag einen (relativ zu definierenden) minimalen Haftungsbetrag vorsehen.

*Vorschlag:*

*Alternative 1: Die oben skizzierte Vertragslösung einführen.*

*Alternative 2: Ersetzen von Abs. 1bis durch einen allgemeinen Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit und/oder eine relativ definierte Haftungsbeschränkung, welche sich auf das gesamte Verantwortlichkeitsrecht bezieht.*

**Zu Art. 931**

Die neue Vorschrift ist grundsätzlich zu begrüßen. Sofern bzw. soweit damit eine Ausweitung der Kognition des Handelsregisteramtes auf Umstände ermöglicht wird, die nicht zwingendem, zum Schutze der Öffentlichkeit oder Dritter erlassenen Gesetzesrecht widersprechen, ist die Bestimmung jedoch abzulehnen.

*Vorschlag: Im Sinne der Kognitionsbegrenzung präzisieren oder streichen.*

**Zu Art. 932**

Einzelne Handelsregisterämter datieren Tagebucheinträge nicht mehr mit dem Tag der Anmeldung, falls die Anmeldung beispielsweise nicht vor 14 Uhr des betreffenden Tages beim Handelsregisteramt eingeht. Solche Regelungen widersprechen den Bedürfnissen der Praxis und stehen nicht im Einklang mit dem Sinn von Art. 932 OR. Sie führen dazu, dass nur aus diesem Grund auf andere Handelsregisterämter ausgewichen werden muss. Um dem Sinn von Art. 932 OR wieder Geltung zu verschaffen, ist auf Gesetzesstufe festzuschreiben, dass die Tagebucheintragung dann mit dem treffenden Tag der Handelsregisteranmeldung zu versehen ist, wenn die Anmeldung dem Handelsregisteramt am betreffenden Tag zugeht, sei es durch briefliche Zustellung, sei es durch persönliche Einreichung während der gewöhnlichen Geschäftszeiten.

*Vorschlag: Präzisierung der Vorschrift im Sinne der Bemerkungen.*

**Zu Art. 944**

Wie in anderen Ländern, sollte auch in der Schweiz eine zeitlich beschränkte, gebührenpflichtige Reservation von Firmennamen bereits vor dem Eintrag der betreffenden Gesellschaften ermöglicht werden. Immer wieder werden international tätige Firmen, die einen Firmenwechsel vorbereiten oder ihre Geschäftstätigkeit auf die Schweiz ausdehnen möchten, dadurch benachteiligt, dass sie in



der Schweiz keine Reservation vornehmen können und sich einen Firmennamen nur über die unverhältnismässig viel Zeit und Kosten beanspruchende Gründung einer "Vorratsgesellschaft" sichern können. Werden die Pläne vorzeitig publik, so kommt es immer wieder zu missbräuchlichen Eintragungen von Firmen und Marken, die dann abgekauft werden müssen.

*Vorschlag: Einführung einer befreiteten Reservationsmöglichkeit.*

### **Zu Art. 2 Übergangsbestimmungen**

Die Übergangsfrist von zwei Jahren ist wie verschiedentlich erwähnt angesichts der grossen Umwälzungen, etwa im Bereich des Kapitalerhöhungsrechts, zu kurz.

*Vorschlag: Die Übergangsfristen sollten mindestens fünf Jahre betragen.*

### **Zu Art. 3 Übergangsbestimmungen**

*Abs. 1:* Auch diese Frist ist zu kurz.

*Vorschlag: Falls die Inhaberaktien abgeschafft werden, dann ist eine Übergangsfrist von mindestens fünf Jahren vorzusehen. Zudem müsste vorgesehen werden, dass eine Gesellschaft verpflichtet ist, im Falle des Fehlens von Titeln ein Kraftloserklärungsverfahren innerhalb der vorgesehenen Übergangsfrist einzuleiten. Alternativ könnte die Kraftlosigkeit ausgegebener Inhabertitel nach Ablauf einer bestimmten Nachmeldefrist ab Ende der Übergangsfrist vorgesehen werden.*

### **Intertemporales Recht**

Die Notwendigkeit von intertemporalem Recht ist allgemein zu prüfen. Beispielsweise sollte vorgesehen werden, dass Gesellschaften, welche bereits in der Vergangenheit ohne statutarische Grundlage Generalversammlungen im Ausland durchgeführt haben, dies während einer Frist von beispielsweise fünf Jahren (für die Einfüh-

zung der Statutenbestimmung) weiterhin tun können. Vgl. die Bemerkungen zu Art. 701b.

## **Variante II: Genehmigte Kapitalerhöhung|genehmigte Kapitalherabsetzung**

### **Allgemeines**

Das Kapitalband scheint insgesamt etwas mehr Flexibilität für die Eigenkapitalfinanzierung für die Gesellschaft zu verschaffen und ist daher von der Sache her zu bevorzugen. Variante II passt besser in die bisherige Aktienrechtsstruktur hinein und schafft begrifflich keine (vermeidbare - vgl. Kommentare zu Variante I) Novität. Vorzugsweise ist daher Variante I mit den vorgeschlagenen begrifflichen Anpassungen einzuführen. Der Nachteil von Variante II, dass für die genehmigte Kapitalherabsetzung im Gegensatz zum Kapitalband stets wieder das gesamte Prozedere zum Gläubigerschutz durchlaufen werden muss, könnte durch entsprechende Anpassungen von Variante II freilich ebenfalls vermieden werden. Die Publizität lässt sich auch hier durch eine Veröffentlichung des autorisierten Herabsetzungskapitals im Handelsregister gewährleisten.

### **Zu Art. 652k**

*Abs. 2:* Die Frist von 30 Tagen ist nicht in allen Fällen angemessen.

*Vorschlag:* *Streichen oder analog zum VE für die ordentliche Kapitalerhöhung auf 6 Monate verlängern.*

### **Zu Art. 653s**

Vgl. die allgemeinen Bemerkungen zu Variante II oben. Insbesondere sollte auch bei Variante II vorgesehen werden, dass die Gläubigerschutzvorschriften nur einmal, bei Einführung der Ermächtigung zur Herabsetzung, eingehalten werden müssen.

*Vorschlag:* *Gläubigerschutz analog zum Gläubigerschutz beim Kapitalband regeln.*

Bundesamt für Justiz  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Lukas Glanzmann  
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt  
lukas.glanzmann@bakernet.com  
Direktwahl: +41 44 384 1355

Zürich, 30. Mai 2006 LG/wic

## **Vernehmlassung zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts**

Sehr geehrte Damen und Herren

Ich hatte Gelegenheit, mich im Rahmen der Vorbereitung meines Habilitationsvortrages an der Universität St. Gallen (HSG) vertieft mit dem Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005 zu befassen. Ich erlaube mir, Ihnen zu ein paar ausgewählten Bestimmungen die nachfolgenden Bemerkungen zukommen zu lassen:

### **Zu Art. 622**

Es ist begrüssenswert, dass in Zukunft der Nennwert einer Aktie auch tiefer als ein Rappen sein kann. Mit dieser Flexibilisierung wird es insbesondere bei Umstrukturierungen fast immer möglich sein, ein gerades Umtauschverhältnis zu erreichen. Allerdings ist zu beachten, dass es namentlich in der Praxis von Publikumsgesellschaften nicht erwünscht ist, einen beliebig tiefen Nennwert zu haben; damit wird nämlich nicht nur der Börsenwert einer Aktie unerwünscht tief, sondern es steigt auch der Verwaltungsaufwand z.B. bei der Auszahlung von Dividenden. Aus diesen Gründen sollte die Zusammenlegung von Aktien vereinfacht werden. Meines Erachtens gibt es wenige triftige Gründe, weshalb bezüglich der Zusammenlegung von Aktien

in allen Fällen nach wie vor am Erfordernis der Zustimmung jedes davon betroffenen Aktionärs festgehalten werden sollte. Gerade bei Publikumsgesellschaften und in anderen Fällen, wo die Aktien frei handelbar sind, sollte eine Zusammenlegung auch möglich sein, wenn nicht jeder Aktionär zustimmt; sollte ein Aktionär nicht über die genügende Anzahl Aktien verfügen, um eine neue Aktie zu erwerben, dann könnte er die übrigen Aktien ähnlich dem Bezugsrechthandel über den Markt veräussern bzw. sich mit genügend neuen Aktien eindecken, um eine neue Aktie zu erwerben.

## **Zu Art. 634a**

### *Zu Abs. 1*

Satz 2 dieser Bestimmung ist meines Erachtens missverständlich formuliert. Ich gehe davon aus, dass Folgendes gemeint ist: „*Forderungen von Aktionären oder von Personen, die ihnen nahe stehen, dürfen nur verrechnet werden, wenn die den Forderungen zugrunde liegenden Leistungen ...*“. Weiter ist zu beachten, dass es gemäss dem Wortlaut dieser Bestimmung einem Aktionär verwehrt wäre, z.B. ausstehende Lohnzahlungen in Aktienkapital zu wandeln. Zudem wäre es aber auch unzulässig, dass gestundete Zinsen kapitalisiert würden und zusammen mit dem Darlehen, das zweifelsohne verrechnet werden dürfte, ebenfalls verrechnet werden. Das Gleiche gilt für Mietforderungen. Diese beiden Tatbestände zeigen, dass es durchaus Sachverhalte gibt, bei denen eine Verrechnung möglich sein sollte, auch wenn die der Forderung zugrunde liegende Leistung nicht Gegenstand einer Bar- oder Sacheinlage sein kann. Es ist nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber die reine Schadenersatzforderung nicht zur Verrechnung zulassen will, weil diese in der Praxis schwer zu verifizieren sein dürfte. Allerdings geht der momentane Wortlaut zu weit und erfasst auch Forderungen, die zur Verrechnung zugelassen werden sollten. Der Wortlaut ist deshalb entsprechend einzuschränken.

### *Zu Abs. 2*

Grundsätzlich ist zu begrüßen, dass auf das Erfordernis der Werthaltigkeit bei der Liberierung durch Verrechnung verzichtet wird. Die Einschränkung, dass dies nur im Falle einer Sanierung gilt, ist allerdings unnötig und verwirrend und sollte deshalb gestrichen werden. Ebenfalls gibt es keinen Grund, dass eine Liberierung durch Verrechnung nur dann zulässig sein soll, wenn der Gesellschaft Mittel in voller Höhe der Forderung zugeflossen sind. Aus Sicht eines Gläubigers muss auch eine Forderung aus unerlaubter Handlung zur Verrechnung gebracht werden können, denn auch diese Forderung ist letztlich eine gewöhnliche Forderung gegenüber der Gesellschaft. Das Gleiche gilt für Forderungen aus Kaufgeschäften oder für gestundete Zinsen und Mieten. Etwaige Missbräuche durch Aktionäre werden durch Abs. 1 verhindert. Schliesslich ist der Satz, dass die Bestimmungen über den Kapitalverlust und die Überschuldung vorbehalten bleiben, unnötig und verwirrend. Er sollte deshalb gestrichen werden. Abs. 2 sollte demnach wie folgt lauten: „*Die Verrechnung mit einer*

*Forderung gilt auch dann als Deckung, wenn die Forderung nicht mehr voll durch Aktiven gedeckt ist.“*

*Zu Abs. 3*

Es ist zu begrüßen, dass die Liberierung durch Verrechnung inskünftig die gleiche Publizität erfährt wie die Sacheinlage.

### **Zu Art. 636**

Im Zusammenhang mit Kapitalerhöhungen ist in letzter Zeit wiederholt die Frage aufgetaucht, ob eine (beabsichtigte) Sachübernahme auch dann vorliegen kann, wenn eine Sacheinlagekapitalerhöhung durchgeführt wird. Meines Erachtens ist diese Frage zu verneinen, weil die Sachübernahmebestimmungen bezwecken, dass die Vorschriften über die Sacheinlage nicht umgangen werden; die Sacheinlagevorschriften können aber nur dann umgangen werden, wenn eine Barkapitalerhöhung durchgeführt wird und in der Folge vom Aktionär oder ihm nahe stehenden Personen Vermögenswerte erworben werden. Wird eine Sacheinlagekapitalerhöhung durchgeführt, dann kann ein nachfolgender Erwerb keine beabsichtigte Sachübernahme sein, weil mit dem Gegenstand der Sacheinlage ja gerade nichts erworben werden kann. Im Übrigen werden auch keine Formvorschriften umgangen. Es wäre deshalb wünschenswert, klarzustellen, dass die Sachübernahmebestimmungen nur bei einer Bargründung bzw. -kapitalerhöhung anwendbar sind.

### **Zu Art. 650 Abs. 2 Ziff. 6**

Diese Bestimmung ist unnötig, weil schon in Ziff. 4 die Art der Einlage angegeben werden muss. Hinzu kommt, dass die Generalversammlung die Möglichkeit haben sollte, die Bestimmung der Art der Einlage an den Verwaltungsrat zu delegieren. Bei der momentanen Formulierung der Bestimmung ist dies nicht möglich, sondern es müsste der Weg über eine genehmigte Kapitalerhöhung beschritten werden. Dies ist aber mit Mehraufwand verbunden und bringt den Aktionären und Gläubigern letztlich keinen zusätzlichen Schutz. Das Gleiche gilt übrigens auch bezüglich der Sacheinlage in Ziff. 5 und der Sachübernahme in Ziff. 7.

### **Zu Art. 652b**

*Zu Abs. 5*

Diese Bestimmung ist unnötig und verwirrend. Gerade das im Begleitbericht angegebene Beispiel, dass das Festsetzen einer Kapitalerhöhung auf einen Zeitpunkt, in dem ein Minderheitsaktionär nicht über die liquiden Mittel verfügt, um bei der Kapitalerhöhung mitzumachen, unsachlich und deshalb unzulässig wäre, stimmt meines Erachtens nicht. Die Gesellschaft muss jederzeit die Freiheit haben, eine Kapitalerhöhung

zu beschliessen, ungeachtet dessen, ob ein Minderheitsaktionär über die liquiden Mittel verfügt, um mitzumachen oder nicht. Etwaige Missbräuche sind im Rahmen des Sachlichkeitsgebotes nach Art. 706 Abs. 2 zu beurteilen. Die vorgeschlagene Bestimmung würde Diskussionen Tür und Tor öffnen, ob im gegebenen Zeitpunkt tatsächlich eine Kapitalerhöhung notwendig ist oder ob sich die Gesellschaft nicht auch mittels Fremdkapital finanzieren könnte. Solche Diskussionen sollten meines Erachtens aber nicht geführt werden müssen, wenn die Gesellschaft eine Kapitalerhöhung beschliesst. Aus diesen Gründen sollte die Bestimmung gestrichen werden.

#### *Zu Abs. 6*

Ein weiterer Fall, in dem der Ausgabepreis wesentlich tiefer als der wirkliche Wert der Aktien festgesetzt werden darf, muss selbstverständlich auch dann vorliegen, wenn alle Aktionäre zustimmen. Die Bestimmung ist entsprechend zu ergänzen.

#### **Zu Art. 653k**

Der vorgezogene Gläubigerschutz ist meines Erachtens der Praxis nicht dienend. Einerseits ist zu beachten, dass es schwierig abschätzbar ist, wie lange das Gläubigerschutzverfahren dauern wird, weil im Voraus nicht bestimmbar ist, ob Gläubiger sichergestellt werden müssen oder nicht. Andererseits kommt einzelnen Gläubigern bei diesem Verfahren ein erhebliches Missbrauchspotenzial zu, weil sie wissen, dass unter Umständen eine Kapitalerhöhung bei der Generalversammlung beantragt worden ist und der Verwaltungsrat deshalb in Zugzwang gerät. Aus dieser Situation heraus dürften einzelne Gläubiger dann eine Sicherstellung oder eine vorzeitige Befriedigung erfahren, die ihnen nicht zusteht. Aus diesen Gründen finde ich das System, in dem die Generalversammlung zuerst den Kapitalherabsetzungsbeschluss fasst und anschliessend das Gläubigerschutzverfahren durchgeführt wird, überlegen. Im Weiteren sollte die Bestimmung von Art. 653k Abs. 1 Ziff. 4 E-OR so angepasst werden, dass die Generalversammlung auch einstimmig auf die Anwesenheit des zugelassenen Revisionsexperten verzichten kann.

#### **Zu Art. 653n Abs. 3**

Aufgrund des Wortlauts ist nicht klar, ob die 30 Tage mit der Beschlussfassung der Generalversammlung oder des Verwaltungsrats (Feststellungsbeschluss) zu laufen beginnen.

#### **Zu Art. 653o**

Im zweiten Satz sollte es wohl heissen, dass die Bestimmungen über die ordentliche „Kapitalherabsetzung“ diesfalls nicht anwendbar sind.

## **Zu Art. 671**

Der Begleitbericht begründet die Einführung einer Kapitalreserve damit, dass die Diskussion über die Behandlung des Agios beendet werden soll. Dabei folgte man mit der Schaffung einer Kapitalreserve einer Minderheitsmeinung. Soweit ersichtlich, ist die Mehrheit der Literatur der Auffassung, dass das Agio, wenn es der allgemeinen Reserve zugewiesen worden ist, auch als allgemeine Reserve zu behandeln ist; dies bedeutet, dass nach der herrschenden Auffassung nicht differenziert wird, ob die allgemeine Reserve aus Gewinnen oder aus Agio gebildet wurde. Meines Erachtens ist diese Auffassung richtig, weil das Agio die Funktion des Einkaufs in die allgemeine Reserve hat, wenn bei einer Kapitalerhöhung nicht alle bisherigen Aktionäre mitmachen. Aus diesem Grund spricht nichts dagegen, das Agio gleich zu behandeln wie die allgemeine Reserve. Hinzu kommt, dass ein Systemwechsel für die Praxis schwerwiegende Konsequenzen hätte: Bei strukturierten Finanzierungen werden Sicherheiten von Tochtergesellschaften an ihre Ober- bzw. Schwestergesellschaften regelmässig auf den Betrag des frei verfügbaren Eigenkapitals der betreffenden Tochtergesellschaft beschränkt. Wird das Agio nun plötzlich zu einer Kapitalreserve und damit nicht mehr als frei verfügbares Eigenkapital betrachtet, dann wird sich die Sicherheitenposition der Banken bei zahlreichen Finanzierungen massiv verschlechtern. Aus diesen Gründen ist die Bestimmung zu streichen und bei der heutigen Bestimmung über das Agio klarzustellen, dass dieses wie die allgemeinen Reserven zu behandeln ist. Hingegen sollte sich der Gesetzgeber überlegen, ob nicht generell die Zulässigkeit von konzerninternen Finanzierungen, sog. Financial Assistance, geregelt werden sollte. In der Praxis ist die Financial Assistance zwischen Konzerngesellschaften weit verbreitet und für die Finanzierung von Konzernen äusserst relevant. Gleichzeitig ist deren Zulässigkeit mit erheblichen Rechtsunsicherheiten behaftet. Es wäre deshalb begrüssenswert, wenn das Gesetz festschreiben würde, in welchem Rahmen eine Financial Assistance zwischen Konzerngesellschaften zulässig ist.

Sofern eine Kapitalreserve geschaffen würde, wäre Art. 671 Abs. 2 zu modifizieren. Der Begriff „*Kapitalverlust*“ wird in der Überschrift von Art. 725 OR verwendet und deutet auf einen hälftigen Verlust des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserve hin. Es kann wohl nicht die Meinung sein, dass die Kapitalreserve nur zur Beseitigung eines solchen Kapitalverlusts verwendet werden darf. Aus diesem Grund wäre der Begriff „*Unterbilanz*“ vorteilhafter. Damit wäre klargestellt, dass die Kapitalreserve zur Ausbuchung eines Verlustvortrages verwendet werden darf.

## **Zu Art. 678**

Die Ergänzung der Geschäftsleitung in Abs. 1 ist nachvollziehbar, sofern deren Mitglieder überhaupt Leistungen nach Art. 678 Abs. 1 OR beziehen können. Viel problematischer ist, dass die Geschäftsleitung auch unter Abs. 2 passivlegitimiert ist; grundsätzlich ist zu beachten, dass die Geschäftsleitung nicht selbst über ihre Gehälter beschliesst, sondern dass diese Kompetenz dem Verwaltungsrat zusteht. Sofern

der Verwaltungsrat von der Geschäftsleitung unabhängig ist, muss davon ausgegangen werden, dass die Leistungen an die Geschäftsleitung at arm's length erfolgen. In diesem Fall hat meines Erachtens eine Überprüfung der Verhältnismässigkeit zwischen Leistung und Gegenleistung keinen Platz. Art. 678 Abs. 2 E-OR in der in der Vernehmlassung vorgeschlagenen Fassung würde aber eine solche Überprüfung immer zulassen, wobei das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht einmal mehr offensichtlich sein muss und die Geschäftsleitung die Leistung auch nicht bösgläubig empfangen haben muss. Aus diesen Gründen sollte auf die Offensichtlichkeit des Missverhältnisses nicht verzichtet werden. Hinzu kommt, dass klargestellt werden sollte, dass der Empfänger der Leistung in den Entscheidungsprozess über die Ausrichtung der Leistung (direkt oder indirekt) involviert gewesen sein muss. Nur in diesem Fall ist eine Überprüfung und etwaige Rückforderung von ausgerichteten Leistungen gerechtfertigt.

Die Bestimmung in Abs. 3, wonach auch die Gläubiger zur Klage auf Leistung an die Gesellschaft berechtigt sind, ist zu streichen. Eine solche Bestimmung ist systemwidrig. Anders als die Aktionäre haben die Gläubiger keinen direkten Anreiz, auf Leistung an die Gesellschaft zu klagen. Solange die Gesellschaft nämlich nicht im Konkurs ist, haben die Gläubiger keinen Schaden. Wenn eine Forderung fällig ist und von der Gesellschaft nicht bezahlt wird, dann steht den Gläubigern ein ganzes Set von konkurs- und betreibungsrechtlichen Rechtsbehelfen zu. In diesem Fall müssen die Gläubiger nicht noch zusätzlich berechtigt sein, eine Klage auf Leistung an die Gesellschaft zu erheben. Solange die Forderung der Gläubiger noch nicht einmal fällig ist, sollte ihnen dieses Recht erst recht nicht zustehen. Es ist nämlich zu befürchten, dass sie dieses Recht z.B. ausüben könnten, um primär ihre eigene Position, d.h. z.B. eine vorzeitige Befriedigung oder eine Sicherstellung, zu erreichen. In all diesen Fällen werden die Gläubiger aber Partikulärinteressen vertreten, die für die Gesellschaft nachteilig sein können. In diesem Punkt unterscheiden sich die Interessen der Gläubiger von jenen der Aktionäre; die Aktionäre als Inhaber der residualen Rechte haben andere Motive, eine entsprechende Klage anzuheben. Ihr Missbrauchspotenzial ist zudem sehr viel geringer als jenes der Gläubiger, weil sie ihre individuelle Position nicht ohne weiteres verbessern können; die individuelle Besserstellung eines Aktionärs würde auch gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre verstossen. Dieser Grundsatz ist bei der aufrecht stehenden Gesellschaft bezüglich der Gläubiger ja bekanntermassen nicht zu beachten. Hinzu kommt, dass sich insbesondere Finanzgläubiger anders schützen können als durch solche Klagen, nämlich durch eine geeignete Ausgestaltung ihrer Finanzierungsverträge. In diesen Verträgen besteht die Möglichkeit, entsprechende Kündigungsklauseln einzubauen, um beim Vorfall bestimmter Ereignisse die Finanzierung zu kündigen.

In der Lehre ist umstritten, welche Kostentragungsregel bei Art. 678 Anwendung finden soll. Es wäre zu begrüssen, wenn diesbezüglich eine Klarstellung vorgenommen würde.



## **Zu Art. 689 Abs. 2**

Diese Bestimmung ist systematisch falsch und sollte zu Art. 689b verschoben werden.

## **Zu Art. 689c**

Diese neue Regelung lockert zwar die Restriktionen bezüglich der Einschränkung der Vertretung an der Generalversammlung bei nicht börsenkotierten Aktien, doch geht sie meines Erachtens immer noch zu wenig weit. Die Aktionärsstellung ist nicht ein höchstpersönliches Recht, und deshalb sollte es uneingeschränkt zulässig sein, sich an der Generalversammlung vertreten zu lassen oder sogar einen Berater an die Generalversammlung mitzunehmen. Es besteht ohnehin keine Vertraulichkeit der Informationen, die an einer Generalversammlung abgegeben werden, weil der Aktionär zu keiner Vertraulichkeit verpflichtet ist. Hingegen ist es gerade in kleinen und mittleren Verhältnissen oft der geschäftsunerfahrene Kleinaktionär, der an der Generalversammlung ungebührlich behandelt wird, ohne dass er sich zu wehren weiss. Stimmt ein solcher Aktionär leichtfertig einem GV-Beschluss zu, dann ist es in der Praxis fast nicht mehr möglich, diesen Beschluss umzustossen.

## **Zu Art. 689d**

Die Bestimmung, dass sich der unabhängige Stimmrechtsvertreter der Stimme enthalten muss, sofern er keine Weisungen erhalten hat, ist grundsätzlich zu begrüssen. Allerdings sollte klar sein, dass der Aktionär auch eine Weisung geben kann, z.B. immer nach dem Antrag des Verwaltungsrates zu stimmen oder sämtliche spontanen Anträge abzulehnen. Andererseits besteht in Kombination mit der Vorschrift, dass Wahlen und Abstimmungen mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen beschlossen werden, die Gefahr, dass eine sehr kleine Anzahl anwesender Aktionäre z.B. eine Sonderprüfung beschliessen können; erfahrungsgemäss sind nämlich die meisten Aktienstimmen an einer Generalversammlung einer Publikumsgesellschaft durch den Organvertreter bzw. den unabhängigen Stimmrechtsvertreter vertreten. Die anwesenden Aktionäre vertreten in der Regel nur eine verschwindende Minderheit der an einer Generalversammlung vertretenen Aktienstimmen. Dies würde die Abstimmungsergebnisse bei spontanen Anträgen in einer Generalversammlung einer Publikumsgesellschaft in Zukunft mit grosser Wahrscheinlichkeit ändern. Letztlich kann es aber nicht im Interesse der Gesellschaft bzw. des Aktionariats sein, wenn eine verschwindende Minderheit von Aktionären, die an der Generalversammlung anwesend ist, über so grundsätzliche und für die Gesellschaft einschneidende Fragen entscheiden, wie z.B. ob eine Sonderprüfung bzw. -untersuchung durchgeführt werden soll.

### **Zu Art. 697**

Diese Bestimmung ist unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung der Aktionäre problematisch. Meines Erachtens sollte sichergestellt werden, dass die schriftliche Antwort nicht nur dem fragestellenden Aktionär, sondern dem gesamten Aktionariat zukommt. Dies ist namentlich bei börsenkotierten Gesellschaften von Bedeutung. Im Übrigen müsste geprüft werden, ob die Bestimmung nicht zu einem unverhältnismässigen Mehraufwand bei den Gesellschaften führt.

In Abs. 3 heisst es im Vorentwurf nur noch „*vorrangige Interessen*“ und nicht mehr „*Interessen der Gesellschaft*“. Meines Erachtens sollte der Verweigerungsgrund auf „*Interessen der Gesellschaft*“ eingeschränkt werden. Es ist nicht gerechtfertigt, dass bei der Auskunftsverweigerung irgendwelche Drittinteressen geltend gemacht werden können.

### **Zu Art. 697b Abs. 1, Art. 699 Abs. 3, Art. 699a Abs. 1 und Art. 736 Ziff. 4**

Die Herabsetzung der Prozentschwelle zur Ausübung von Minderheitsrechten von 10 % auf 5 % wird für die Praxis einige Folgen haben. Es ist zu beachten, dass in vielen Gesellschaften das Aktionariat so zusammengesetzt ist, dass die 10 %-Schwelle gerade erreicht oder eben nicht erreicht wird. Wird nun die Schwelle auf 5 % herabgesetzt, so wird dies für etliche Gesellschaften eine ganz neue Ausgangslage bedeuten. Wird die Schwelle auf 5 % gesenkt, so sollte sie aber für sämtliche Minderheitsrechte gelten: Momentan ist für das Opting-in bei der ordentlichen Revision (Art. 727 Abs. 2 OR) und das Opting-in für einen Abschluss nach Regelwerk (Art. 962 Abs. 2 Ziff. 2 E-OR) immer noch eine 10 %-Schwelle vorgesehen. Konsequenterweise müsste auch die Sperrminorität im Fusionsgesetz beim Squeeze-out (Art. 18 Abs. 5 FusG) und bei der asymmetrischen Spaltung (Art. 43 Abs. 3 FusG) auf 5 % herabgesetzt werden, d.h. die entsprechenden Zustimmungserfordernisse wären dann auf 95 % anzuheben.

Zu begrüßen ist, dass der Börsenwert ebenfalls als Bemessungsbasis herangezogen werden kann. Allerdings ist zu beachten, dass die vorgeschlagenen Schwellen von CHF 2 Mio. bzw. CHF 5 Mio. sehr tief angesetzt sind; dem Vernehmen nach sollen grössere Gesellschaften sehr viele Aktionäre haben, die diesen Börsenwert vertreten. Damit wäre einer missbräuchlichen Ausübung von Minderheitsrechten Tür und Tor geöffnet.

### **Zu Art. 699 Abs. 5**

Die Bestimmung verpflichtet den Verwaltungsrat, innerhalb einer Frist von 30 Tagen nach Eingang eines entsprechenden Begehrens eine Generalversammlung einzuberufen. Diese Frist ist extrem kurz. Einerseits ist zu beachten, dass, selbst wenn sich der Verwaltungsrat sechsmal pro Jahr trifft, dieser nur alle zwei Monate tagt. Ein Begeh-

ren auf Einberufung einer Generalversammlung muss vorgängig geprüft und die Einberufung vorbereitet werden. Aus diesem Grund ist eine Frist von 30 Tagen unrealistisch kurz. Hinzu kommt, dass es meines Erachtens nicht zweckmässig ist, den Verwaltungsrat zu verpflichten, eine Generalversammlung einzuberufen, wenn z.B. die ordentliche Generalversammlung ohnehin bald ansteht. Die Erfahrung zeigt, dass die Durchführung einer Generalversammlung zeit- und kostenintensiv ist und zudem Managementkapazitäten absorbiert. Aus diesem Grund sollte der Verwaltungsrat z.B. nicht verpflichtet sein, eine Generalversammlung einzuberufen, wenn das entsprechende Begehren im Januar gestellt wird (der Verwaltungsrat hätte dann bis im Februar Zeit, die Generalversammlung einzuberufen, welche dann Ende Februar/Anfang März durchgeführt würde), wenn im April oder Mai ohnehin die ordentliche Generalversammlung durchgeführt wird.

### **Zu Art. 699a**

Das Verfahren zur Traktandierung funktioniert meines Erachtens nicht, weil der Aktionär 40 Tage vor der Generalversammlung gar nicht weiss, wann die Generalversammlung stattfinden wird, weil die Einladungsfrist nur 20 Tage beträgt. Die Mechanik dieses Traktandierungsrechts sollte nochmals überdacht werden.

### **Zu Art. 701 ff.**

Die neu vorgeschlagenen Bestimmungen über die Durchführung der Generalversammlung kodifizieren teilweise geltendes Recht, teilweise werden sie in der Praxis wohl kaum Bedeutung erlangen. So ist es heute völlig unbestritten, dass eine Generalversammlung auch im Ausland durchgeführt werden kann, sofern dadurch die Rechte der Aktionäre nicht entzogen oder beschränkt werden (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Aus diesem Grund bringt die Bestimmung von Art. 701b E-OR nichts Neues, sondern schränkt die heutigen Möglichkeiten höchstens ein, indem die Statuten dies explizit vorsehen müssen und zudem sämtliche Aktionäre damit einverstanden sein müssen. Die Bestimmung ist deshalb zu streichen.

Auf die relativ detaillierten Regelungen über die Verwendung elektronischer Mittel möchte ich nicht näher eingehen. Hingegen möchte ich darauf hinweisen, dass es in der Praxis ein Bedürfnis wäre, auch bei der Generalversammlung von Aktiengesellschaften einen Zirkularbeschluss fassen zu können. Meines Erachtens spricht nichts dagegen, dass der Zirkularbeschluss endlich auch bei der Generalversammlung der Aktiengesellschaft eingeführt wird. Dies gilt umso mehr, als die Universalversammlung gestützt auf Vollmachten ebenfalls zulässig ist. Hinzu kommt, dass ein Zirkularbeschluss insbesondere auch bei der GmbH zulässig ist; es ist nicht ersichtlich, weshalb dies bei der Aktiengesellschaft grundsätzlich anders sein sollte.

### **Zu Art. 707 Abs. 3**

Diese Bestimmung sollte nicht auf Mitglieder des Verwaltungsrats beschränkt sein, sondern auch auf Mitglieder der Geschäftsleitung. Eine kreuzweise Einsitznahme in Verwaltungsräten und Geschäftsleitungen kann zu den gleichen Interessenkonflikten führen wie eine kreuzweise Einsitznahme in Verwaltungsräten (wenn A im Verwaltungsrat der X AG und B deren CEO ist und gleichzeitig B im Verwaltungsrat der Y AG und A deren CEO ist, dann haben A und B ebenfalls einen Interessenkonflikt).

### **Zu Art. 710**

Die jährliche Neuwahl sämtlicher Verwaltungsratsmitglieder mag zwar einen disziplinierenden Charakter haben, doch ist damit die Kontinuität bei der Führung der Gesellschaft gefährdet. Im Weiteren fragt sich, ob gewisse Verwaltungsratsmitglieder nicht allzu sehr nur kurzfristig ihre eigene Wiederwahl planen anstatt sich langfristig dem Geschäft zu widmen. Es ist zu bedenken, dass ein disziplinierender Charakter auch durch die jederzeitige Abwahlmöglichkeit von Verwaltungsratsmitgliedern gegeben ist; aus diesem Grund ist auf diese Bestimmung eher zu verzichten.

### **Zu Art. 716b**

Es ist zu begrüßen, dass Aktionäre für die Orientierung über die Organisation der Gesellschaft keinen Interessennachweis mehr erbringen müssen.

### **Zu Art. 725**

Die Bestimmung, dass auch bei Zahlungsunfähigkeit die Bilanz zu deponieren ist, ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings ist unklar, welche Prüfungshandlungen der Revisor bei Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeit vornehmen muss: Die Zahlungsfähigkeit hat nur einen indirekten Einfluss auf die Bilanz, indem bei Zahlungsunfähigkeit nicht mehr zu Fortführungswerten bilanziert werden darf, weil die Fortführung des Geschäfts nicht möglich ist. Ansonsten wird die Zahlungsfähigkeit aber in der Bilanz nicht abgebildet, weshalb der Revisor auch keine entsprechende Prüfung vornehmen kann.

Die Bestimmung in Abs. 5, dass der Verwaltungsrat das Gericht „*unverzüglich*“ benachrichtigen muss, ist zu streichen. Diese Bestimmung verhindert einen geordneten Nachlass und eine stille Sanierung und widerspricht damit einer bewährten Praxis. Es ist bekannt, dass das Bundesgericht in BGer 4C.366/2000 seine noch unter dem alten Aktienrecht begründete Praxis bestätigt hat, dass nicht pflichtwidrig handelt, wer unverzüglich saniert, statt den Richter zu benachrichtigen. Gleichzeitig hat das Bundesgericht eine Karenzfrist von 60 Tagen erkannt, innert der die Sanierung möglich sein muss. Wird nun vom Verwaltungsrat gefordert, dass er die Bilanz bei einer Überschuldung oder bei Zahlungsunfähigkeit unverzüglich deponieren muss, dann ist

die stille Sanierung nicht mehr möglich. Dies wäre in den letzten Jahren zahlreichen Gesellschaften zum Verhängnis geworden, wobei ein Konkurs in der Regel einen volkswirtschaftlich grösseren Schaden anrichtet als eine stille Sanierung. Im Weiteren ist auch zu beachten, dass z.B. die Überführung der Gesellschaft in die Nachlassstundung kaum je unverzüglich möglich ist, sondern eine gewisse Vorbereitungszeit braucht. Ein gut vorbereiteter Nachlass ist aber letztlich die Voraussetzung eines erfolgreichen Nachlasses, der in der Regel ebenfalls positive Auswirkungen auf die Gläubiger und die Arbeitnehmer hat. Aus all diesen Gründen ist auf die Unverzüglichkeit bei der Benachrichtigung des Gerichts zu verzichten und an der bewährten Praxis festzuhalten.

### **Zu Art. 759**

Die Bestimmung von Abs. 1<sup>bis</sup> ist singulär und löst die zahlreichen mit der Verantwortlichkeitsklage verbundenen Probleme nicht. Zu beachten ist, dass auch die Leitungsorgane unter dem oftmals negativen Einfluss der Verantwortlichkeitsklage stehen. Der ganze Themenbereich der Organklagen sollte grundsätzlicher angegangen werden als nur mit einer Haftungsbeschränkung für leichte Fahrlässigkeit bei der Revisionsstelle. In diesem Zusammenhang stellt sich insbesondere auch die Frage der Kodifizierung der Business Judgment Rule.

### **Zu Art. 928**

Die Bestimmung von Abs. 2, wonach die Einträge, die Statuten und die Stiftungsurkunde im elektronischen Abrufverfahren unentgeltlich zugänglich sind, ist zu begrüßen.

### **Zu Art. 933**

Es sollte heissen: „*dass jemand einen Dritten gegenüber wirksam gewordenen Eintrag nicht gekannt habe ...*“.

### **Zu Art. 959a**

Unter den Passiven sollten meines Erachtens die nachrangigen Verbindlichkeiten ebenfalls separat aufgeführt werden müssen, weil sie für die Beurteilung der finanziellen Lage einer Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind.

### **Zu Art. 959c**

In Abs. 2 Ziff. 6 und 7 sollte der Verpfändung die Sicherungsübereignung und die Zession bzw. Sicherungsabtretung gleichgestellt werden.

Ich würde mich freuen, wenn Sie die oben stehenden Anregungen bei der weiteren Bearbeitung der Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts berücksichtigen würden.

Mit freundlichen Grüßen

Lukas Glanzmann

**Zürich**  
Dr. Marc Blessing  
Dr. Peter J. Kienast  
Dr. Christian Steinmann  
Dr. Nedim Peter Vogt  
Dr. Felix R. Ehrat  
Prof. Dr. Rolf Watter  
Daniel Hochstrasser  
Peter Reinartz\*  
Dr. Andreas Länzlinger  
Urs Brügger  
Dr. Ralph Malacrida  
Eric Stupp  
Michelle Sindler<sup>oo</sup>  
Mario C. Baudacci  
Michele Bernasconi  
Dr. Daniel U. Lehmann\*\*<sup>oo</sup>

Dr. Markus Wang  
Tina Wüstemann  
Dr. Andreas J. Bär  
Matthew T. Reiter  
Roland Truffer  
Dr. Corrado Rampini  
Dr. Dieter Dubs<sup>oo</sup>  
Dr. Thomas U. Reutter  
Petra A. Winkler  
Dr. Mani Reinert  
Dr. Christoph Neeracher  
Dr. Stefan Liniger  
Sandra De Vito Bieri  
Brigitte I. Sommer  
Ueli Studer  
Moritz Näf  
Daniel C. Pfiffner

Dr. Andrea R. Grass  
Dr. Markus Ineichen  
Dr. René Schwab  
Flavia I. Bieri  
Ines Pöschel  
Dr. Raffael Büchi  
Dr. Peter Hsu  
Dr. Barbara Jecklin  
Dorothee E. Garrido  
Thomas Frey  
Carla Schmid Isler  
Dr. Michael Schöll  
Salvatore Iacangelo  
Nathalie Koller  
Yasmine Sabeti  
Thomas Rohde  
Caroline Ming

Dr. Eva Borla-Geier  
Alexandra G. Trepp  
Christina Keller  
Caroline Möhrle  
Katja Roth Pellanda  
Sten E. D. Rasmussen  
Dr. Guido Urbach  
Dr. Marcel R. Jung\*  
Dr. Mariel Hoch Classen  
Rocco Rondi  
Markus Widmer  
Barbara Lautenschlager  
Dr. Rashid Bahar  
Michael Barrot  
Antonio Fossetti  
Astrid Gilli  
Christoph Wild

Yanik I. Nabholz  
Michael G. Noth  
Urs Kägi  
Ariane Riedi  
Sabina Nüesch  
Nadja Jaisli

**Genf**  
Christophe Buchwalder  
Dr. Cédric Chapuis  
Saverio Lembo  
Dr. Nicolas Iynedjian  
Eric Biesel  
Anne Valérie Julien Berthod

**Lugano**  
Dr. Felix R. Ehrat

Paolo Bottini\*  
Dr. Cesare Jermini<sup>o</sup>  
Massimo Vanotti  
Andrea Gamba  
Nicole Baer Leone

**Zug**  
Michael Trippel  
Thomas Stoltz<sup>o</sup>  
Franziska Kannewischer-  
Fisch<sup>o</sup>  
Carole Fontannaz Renggli<sup>o</sup>  
Heidi K. Bosshard<sup>o</sup>

**London**  
Gianpaolo Arrigoni  
Philippe A. Huber

**Konsulenten**  
Dr. Thomas Bär  
Dr. Robert Karrer  
Dr. Martin Karrer  
Dr. Hans-Ulrich Freimüller  
Dr. Robert E. Züllig  
Prof. Dr. Marc Amstutz

\* Eidg. Dipl. Steuerexperte  
<sup>o</sup> Notar / Notarin  
<sup>oo</sup> nicht als Rechtsanwalt /  
Rechtsanwältin zugelassen

## Vorab per E-mail

EJPD

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement

Stichwort "Aktienrechtsrevision"

Bundeshaus West

CH-3003 Bern

Zürich, 31. Mai 2006

359585/209/juf/x17643506.doc

## Vernehmlassung zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nehmen wir zur oben aufgeführten Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht innert Frist Stellung.

Die nachfolgenden Ausführungen bilden ein Gemeinschaftswerk von Anwältinnen und Anwälten unserer Kanzlei. Für generelle Rückfragen können Sie sich an Prof. Dr. Rolf Watter ([r.watter@baerkarrer.ch](mailto:r.watter@baerkarrer.ch)) oder Prof. Dr. Marc Amstutz ([m.amstutz@baerkarrer.ch](mailto:m.amstutz@baerkarrer.ch)) wenden.

Folgende Personen haben Teile redigiert und können für spezifische Fragen angegangen werden:

- i) Stärkung der Aktionärsrechte: Dr. Mariel Hoch Classen ([m.hoch@baerkarrer.ch](mailto:m.hoch@baerkarrer.ch)) und Dr. Rashid Bahar ([r.bahar@baerkarrer.ch](mailto:r.bahar@baerkarrer.ch)) (B I)
- ii) Organisation des Verwaltungsrats und Verantwortlichkeit: Katja Roth Pellanda ([k.roth@baerkarrer.ch](mailto:k.roth@baerkarrer.ch)) (B II) sowie Dr. Yves Schneller

**Bär & Karrer**  
Rechtsanwälte

**Zürich**  
Brandschenkestrasse 90  
CH-8027 Zürich  
Tel. +41 (0)58 261 50 00  
Fax +41 (0)58 261 50 01  
[zuerich@baerkarrer.ch](mailto:zuerich@baerkarrer.ch)

**Genf**  
12, quai de la Poste  
CH-1211 Genève 11  
Tel. +41 (0)58 261 57 00  
Fax +41 (0)58 261 57 01  
[geneve@baerkarrer.ch](mailto:geneve@baerkarrer.ch)

**Lugano**  
Via Vegezzi 6  
CH-6901 Lugano  
Tel. +41 (0)58 261 58 00  
Fax +41 (0)58 261 58 01  
[lugano@baerkarrer.ch](mailto:lugano@baerkarrer.ch)

**Zug**  
Baarerstrasse 8  
CH-6301 Zug  
Tel. +41 (0)58 261 59 00  
Fax +41 (0)58 261 59 01  
[zug@baerkarrer.ch](mailto:zug@baerkarrer.ch)

**London**  
1 Pemberton Row  
GB-London EC4A 3BG  
Tel. +44 20 7583 1940  
Fax +44 20 7583 1941  
[london@baerkarrer.co.uk](mailto:london@baerkarrer.co.uk)

**www.baerkarrer.ch**  
  
Eingetragen im  
kantonalen Anwaltsregister.

([y.schneller@baerkarrer.ch](mailto:y.schneller@baerkarrer.ch)) und Sonja Brunner ([s.brunner@baerkarrer.ch](mailto:s.brunner@baerkarrer.ch))  
(B III–IV)

- iii) Neuregelung der Kapitalstrukturen: Urs Kägi ([u.kaegi@baerkarrer.ch](mailto:u.kaegi@baerkarrer.ch)) und Ines Pöschel ([i.poeschel@baerkarrer.ch](mailto:i.poeschel@baerkarrer.ch)) (C I) sowie Prof. Dr. Marc Amstutz (C II–III)
- iv) Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung: Dr. Dieter Dubs ([d.dubs@baerkarrer.ch](mailto:d.dubs@baerkarrer.ch)) und Nicolas Wehrli ([n.wehrli@baerkarrer.ch](mailto:n.wehrli@baerkarrer.ch)) (D I–III)
- v) Neuregelung der Rechnungslegung und Handelsregister: Ariane Riedi ([a.riedi@baerkarrer.ch](mailto:a.riedi@baerkarrer.ch)) und Prof. Dr. Rolf Watter (E I–II, F I–V) sowie Dr. Corrado Rampini ([c.rampini@baerkarrer.ch](mailto:c.rampini@baerkarrer.ch)) (E III–X)

Die vorliegende Vernehmlassung ist nach folgendem Plan aufgebaut:

A	Allgemeines .....	5
I	Revisionsgründe .....	5
II	Modell der punktuellen Differenzierung (Leitbild) .....	6
B	Verbesserung der Corporate Governance.....	7
I	Stärkung der Aktionärsrechte .....	7
	1 Informationsrechte .....	7
	2 Mitwirkungsrechte .....	17
	3 Vermögensrechte .....	37
	4 Auflösung der Gesellschaft .....	41
II	Organisation des Verwaltungsrats.....	42
	1 Aufgaben, Geschäftsführung und Interessenkonflikte .....	42
	2 Amtsdauer und Einzelwahl .....	45
	3 Unabhängigkeit des Verwaltungsrats bei Vergütungsfestlegung .....	46
	4 Offenlegung der Vergütungen an die Organe .....	47
III	Verantwortlichkeit der Revisionsstelle .....	48
IV	Organhaftung .....	50
C	Neuregelung der Kapitalstrukturen .....	58
I	Flexibilisierung der Kapitalstrukturen .....	58
	1 Ordentliche Kapitalerhöhung .....	58
	2 Bedingte Kapitalerhöhung .....	60
	3 Kapitalherabsetzung.....	61
	4 Verzicht auf einen gesetzlichen Mindestnennwert der Aktie .....	78
	5 Alternative I: Kapitalband .....	78



6	Alternative II: Genehmigte Kapitalherabsetzung.....	79
7	Partizipationskapital, insb. Verzicht auf eine Obergrenze .....	80
II	Erwerb eigener Aktien .....	82
III	Abschaffung der Inhaberaktie .....	83
D	Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung .....	85
I	Multilokale Generalversammlung .....	85
II	Verwendung elektronischer Mittel vor und in der Generalversammlung ....	85
III	Durchführung der Generalversammlung .....	89
E	Neuregelung der Rechnungslegung .....	93
I	Reserven .....	93
II	Anzeigepflicht bei Überschuldung .....	96
III	Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht.....	101
IV	Grundlagen der Rechnungslegung .....	101
V	Jahresrechnung .....	103
VI	Bewertung .....	104
VII	Verhältnis zwischen handelsrechtlichem und steuerrechtlichem Abschluss .....	105
VIII	Rechnungslegung für grosse Unternehmen .....	106
IX	Abschluss nach Regelwerk.....	106
X	Konzernrechnung.....	108
F	Handelsregister .....	110
I	Öffentlichkeit.....	110
II	Liberalisierung des Firmenrechts .....	110
III	Haftung der Handelsregisterbehörden .....	110
IV	Kompetenzdelegation und Gebühren.....	111
V	Änderungen im Bereich der Einträge und Eintragungen .....	112
G	Terminologisches/Anpassung an die Praxis/Anpassung an die GmbH- Revision .....	113
I	Begriff der AG .....	113
II	Liberierung, Sachübernahme, besondere Vorteile .....	113
III	Keine Pflicht zur Ausgabe von Aktientiteln .....	113
IV	Stimmrechtsaktien .....	113
V	Aufgaben der Revisionsstelle und Revisionsbericht.....	113
VI	Einzelarbeitsvertrag .....	113
VII	Kollektivgesellschaft .....	113
VIII	Kommanditgesellschaft .....	114

IX	Kommanditaktiengesellschaft.....	114
X	GmbH .....	114
XI	Genossenschaft .....	114
H	Übergangsbestimmungen.....	115
I	Schlussbemerkungen.....	116

## A Allgemeines

### I Revisionsgründe

- 1 Zu den einzelnen Punkten des VE OR wird nachstehend eingehend Stellung genommen. Vorab sollen indes kurz die Ausführungen im Begleitbericht, mit welchen die Notwendigkeit der Revision dargetan wird, gewürdigt werden:
- 2 Dass sich eine Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts aufdrängt, wird u.a. damit begründet, dass die grosse Revision von 1991 aufgrund der Verhältnisse der siebziger und achtziger Jahre konzipiert wurde. Deshalb vermöge sie nicht, der seither eingetretenen Entwicklung normativ gerecht zu werden. Diese Entwicklung sei im wesentlichen geprägt:
  - durch die verstärkte Interdependenzen der Märkte;
  - durch die zunehmende wirtschaftliche Dynamik;
  - durch die Informatisierung der Gesellschaft.<sup>1</sup>
- 3 Zudem habe sich das Verständnis des Unternehmens gewandelt: "Mit der zunehmenden Bedeutung der internationalen Kapitalmärkte gewinnt eine eigentumsbezogene Betrachtung vermehrt an Bedeutung; die Interessen der Aktionärinnen und Aktionäre werden neu und stärker gewichtet. Angesprochen wird damit zum einen der *Shareholdervalue-Gedanke*, zum andern aber die *Corporate Governance*".<sup>2</sup>
- 4 Zweifelsohne ist es positiv, dass das Gesetz "auf die Höhe der Zeit" gebracht wird. Insofern begrüssen wir die Bemühungen des Gesetzgebers, das schweizerische Aktienrecht an die neuesten Entwicklungen in der internationalen Diskussion anzupassen. Gerade das Stichwort *Corporate Governance* steht für äusserst wichtige Verbesserungsvorschläge im Leitungs- und Kontrollsystem der modernen *Corporation*, die auch in der Schweiz umzusetzen sind.
- 5 Demgegenüber legt der Begleitbericht nahe, dass das schweizerische Aktienrecht einseitig auf die Aktionärsinteressen abstellt. Diese Frage ist in der Lehre umstritten.<sup>3</sup> Dass die internationalen Kapitalmärkte an Bedeutung zugenommen haben, trifft sicherlich zu. Dass diese Bedeutungszunahme aber eine Legitimation

---

<sup>1</sup> Begleitbericht zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005 (nachfolgend zitiert: BEGLEITBERICHT), Ziff. 1.1; vgl. dazu auch P. KUNZ, Permanenter Umbruch im Gesellschaftsrecht, SJZ 2006, 151.

<sup>2</sup> BEGLEITBERICHT, Ziff. 1.1.

<sup>3</sup> Für eine gute Übersicht mit Stellungnahme zugunsten eines Interessenpluralismus im Aktienrecht P. FORSTMOSER, Gewinnmaximierung oder soziale Verantwortung? Zum Auftrag börsennotierter Unternehmen, in: FS D. SIMON, Frankfurt 2005, 207 ff.

dafür darstellt, dass nur die Interessen der *Shareholders* berücksichtigt werden und die Interessen der *Stakeholders* nicht, sollte nicht entschieden werden, ohne dass vorgängig eine fundierte Diskussion stattfindet. Über eine derart wichtige Frage sollten sich alle am aktienrechtlichen Diskurs Beteiligten äussern können.<sup>4</sup> Nur eine solche breit angelegte Diskussion wird dem Umstand gerecht, dass in historischer Sicht das schweizerische Recht stets Extremstandpunkte vermieden und immer nach ausgewogenen Lösungen Ausschau gehalten hat.<sup>5</sup>

- 6 *Zu fordern ist deshalb, dass in der Botschaft zum Entwurf solche exzessive Formulierungen (die im Übrigen dem VE OR materiell nicht entsprechen) vermieden werden und dass eine ausgewogene Präsentation, die u.a. auch die Stakeholders beachtet, gewählt wird.*

## II Modell der punktuellen Differenzierung (Leitbild)

- 7 Die Vernehmlassungsvorlage versucht – was löblich ist –, die Gesetzgebungsarbeiten an einem Leitbild auszurichten. Sie wählt allerdings – was weniger löblich ist – ein *Leitbild, das keines ist*. Leicht erkennbar ist nämlich: Das sog. "Modell einer *punktuellen, materiellen Differenzierung*"<sup>6</sup> zeichnet sich dadurch aus, dass es keine Richtlinien gibt. Es ermöglicht – um den Begleitbericht zu zitieren – "die Verwendung spezifischer, sachgerechter Abgrenzungskriterien je nach Regelungsgegenstand".<sup>7</sup> Oder anders gewendet: Es ermöglicht *alles und nichts*.
- 8 Dass ein prinzipiengeleitetes Legiferieren auf dieser Grundlage nicht möglich ist, scheint evident. Schlimmer ist aber vielleicht, dass das "Modell der punktuellen Differenzierung" eines der hauptsächlichen Probleme des schweizerischen Aktienrechts, nämlich den Umstand, dass hierzulande die AG sowohl für Kleinstverhältnisse als auch für Grösstverhältnisse gewählt wird, nicht zu korrigieren versucht, sondern geradezu legitimiert.
- 9 *Vor solchen unvorsichtigen Gedanken ist zu warnen. Wir empfehlen deshalb die Unterlassung solcher Aussagen in der Botschaft zum Entwurf und regen dazu an, das Problem des Leitbildes der Aktiengesellschaft ernsthaft und ohne Ausweichungen anzugehen.*

---

<sup>4</sup> Auch wenn ein Teil der Literatur eine solche Einseitigkeit durchaus postuliert; so z.B. H. VON DER CRONE/K. BEYELER/D. DÉDEYAN, *Stakeholders im Aktienrecht*, ZSR 2004.

<sup>5</sup> Das belegen nur schon jene Bestimmungen des Aktienrechts, die über das Aktionärsinteresse hinaus die Interessen anderer Bezugsgruppen (*Stakeholders*) ausdrücklich betonen (z.B. Art. 669 Abs. 3, 671 Abs. 3, 673, 674 Abs. 2 Ziff. 2 und Abs. 3 OR).

<sup>6</sup> BEGLEITBERICHT, 6.

<sup>7</sup> BEGLEITBERICHT, 7.

## **B Verbesserung der Corporate Governance**

### **I Stärkung der Aktionärsrechte**

- 10 Hinsichtlich der Übergangsbestimmungen (Art. 1–5 der Übergangsbestimmungen zum sechsundzwanzigsten Titel) sind keine Anpassungen hinsichtlich der unter diesem Abschnitt B I behandelten Aktionärsrechte erforderlich.
- 11 Auf Fragen der Eurokompatibilität (insbesondere hinsichtlich des Vorschlags für eine Richtlinie "über die Ausübung der Stimmrechte durch Anteilseigner von Gesellschaften, die ihren eingetragenen Sitz in einem Mitgliedstaat haben und deren Aktien zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, sowie zur Änderung der Richtlinie 2004/109/EG" vom 5. Januar 2006; nachfolgend Vorschlag EU-Aktionärsrichtlinie) wird, falls tunlich, in den einzelnen Abschnitten eingegangen.

#### **1 Informationsrechte**

##### **1.1 Auskunfts- und Einsichtsrecht (Art. 696 Abs. 3, 697, 697<sup>bis</sup> und 697ter VE OR)**

###### Art. 696 Abs. 2 und 3 VE OR

###### **Art. 696 Abs. 2 und 3 VE OR**

<sup>2</sup> Aktionäre sind hierüber durch schriftliche Mitteilung zu unterrichten.

<sup>3</sup> Jeder Aktionär kann noch während eines Jahres nach der Generalversammlung von der Gesellschaft die kostenlose Zustellung des Geschäftsberichts in der von der Generalversammlung genehmigten Form sowie des Revisionsberichts verlangen.

###### **Art. 696 Abs. 2 und 3 OR (Vorschlag Bär & Karrer)**

<sup>2</sup> Aktionäre sind hierüber durch schriftliche Mitteilung zu unterrichten. *Mit Zustimmung des Aktionärs kann die Mitteilung per Telefax, E-Mail oder in einer andern Form der Übermittlung, die den Nachweis des Versands ermöglicht, erfolgen.<sup>8</sup>*

~~<sup>3</sup> Jeder Aktionär kann noch während eines Jahres nach der Generalversammlung von der Gesellschaft die kostenlose Zustellung des Geschäftsberichts in der von der Generalversammlung genehmigten Form sowie des Revisionsberichts verlangen.~~

- 12 Die Löschung des Erfordernisses der Publikation im SHAB sowie in der allenfalls statutarisch vorgesehenen zusätzlichen Publikationsform führt zu einer Verschlechterung der Informationslage der Dispoaktionäre (so man diese weiterhin zulässt; vgl. dazu aber Ziff. 63 ff.). Möglicherweise erhöht sich dadurch der Druck zur Eintragung im Aktienregister. U.E. wäre auch eine Lösung denkbar, die die Bestimmung der Form der Mitteilung den Statuten überlässt.

<sup>8</sup> Eine Veröffentlichung im SHAB ist notwendig, falls die Inhaberaktie weiterhin existiert (vgl. dazu Ziff. 214 ff.).

- 13 Weiter rechtfertigt sich auch hier entsprechend der Regelung in Art. 700 Abs. 1 VE OR die Einführung der Möglichkeit der elektronischen Zustellung mit Zustimmung des Aktionärs. Im Sinne eines weiter gehenden Vorschlages schlagen die Vernehmlassenden jedoch vor, für die gesamte schriftliche Kommunikation zwischen Gesellschaft und Aktionariat unter der Voraussetzung der Zustimmung des Aktionärs die Möglichkeit des elektronischen Weges einzuführen, was allenfalls in einem gesonderten Artikel zu regeln wäre.
- 14 Die Änderungen in Art. 696 Abs. 3 VE OR werden begrüsst.

#### Art. 697 VE OR

##### **Art. 697 VE OR**

###### 2. Auskunft

<sup>1</sup> Jeder Aktionär kann vom Verwaltungsrat jederzeit schriftlich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen. Der Verwaltungsrat muss innert 60 Tagen schriftlich Auskunft erteilen. Die erteilten Antworten sind an der nächsten Generalversammlung zur Einsicht aufzulegen.

<sup>2</sup> Jeder Aktionär kann zudem an der Generalversammlung vom Verwaltungsrat Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft und von der Revisionsstelle Auskunft über die Durchführung und das Ergebnis ihrer Prüfung verlangen.

<sup>3</sup> Die Auskunft muss erteilt werden, soweit sie für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und keine Geschäftsgeheimnisse oder andere vorrangige Interessen gefährdet werden. Die Verweigerung der Auskunft ist zu begründen.

##### **Art. 697 OR**

##### **(Vorschlag Bär & Karrer)**

###### 2. Auskunft

<sup>1</sup> *Aktionäre können vom Verwaltungsrat schriftlich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen, sofern sie zusammen mindestens vertreten:*

1. *ein halbes Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen;*
2. *bei nicht börsenkotierten Gesellschaften Aktien im Substanzwert gemäss letzter Jahresbilanz von hunderttausend Franken; oder*
3. *Aktien im Börsenwert von zweihunderttausend Franken gemäss Schlusskurs des letzten Kalenderjahres.*

<sup>2</sup> *Der Verwaltungsrat muss die Auskunftsbegehren vierteljährlich schriftlich beantworten, sofern sie spätestens 30 Tage vor dem Beantwortungstermin eingegangen sind. Die Statuten regeln die vierteljährlichen Termine. Die Tatsache der Auskunftserteilung ist den anderen Aktionären gleichzeitig mit der Beantwortung schriftlich, oder mit Zustimmung des Aktionärs per Telefax, E-Mail oder in einer andern Form der Übermittlung, die den Nachweis des Versands ermöglicht, mitzuteilen.<sup>9</sup>*

<sup>3</sup> *Börsenkotierte Gesellschaften machen die erteilten Antworten während mindestens 30 Tagen auf ihrer*

<sup>9</sup> Eine Veröffentlichung im SHAB ist notwendig, falls die Inhaberaktie weiterhin existiert (vgl. dazu Ziff. 214 ff.).

*Internetseite zugänglich. Nicht börsenkotierte Gesellschaften können die erteilten Antworten entweder auf ihrer Internetseite zugänglich machen oder während mindestens 60 Tagen seit der Mitteilung jedem Aktionär auf dessen Begehren umgehend und kostenlos zustellen.*

<sup>4</sup> Die erteilten Antworten sind an der nächsten Generalversammlung zur Einsicht aufzulegen.

<sup>5</sup> Jeder Aktionär kann zudem an der Generalversammlung vom Verwaltungsrat Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft und von der Revisionsstelle Auskunft über die Durchführung und das Ergebnis ihrer Prüfung verlangen.

<sup>6</sup> Die Auskunft muss erteilt werden, soweit sie für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und keine Geschäftsgeheimnisse oder andere vorrangige Interessen *der Gesellschaft* gefährdet werden. Die Verweigerung der Auskunft ist zu begründen.

- 15 Die Kodifizierung des neu eingeführten, permanenten schriftlichen Auskunftsrechts hat im Vorentwurf keine befriedigende Lösung erfahren und bedarf in verschiedenerer Hinsicht einer Verbesserung. Ein wesentlicher Mangel ist die unter den Aktionären entstehende Informationsasymmetrie. Aufgrund des Gleichbehandlungsgebots ist sämtlichen Aktionären der Informationszugang in gleicher Weise – und somit auch gleichzeitig – zu gewähren. Zur Umsetzung wird folgendes System vorgeschlagen: Die *Tatsache* der Beantwortung von Auskunftsbegehren wird den übrigen Aktionären gleichzeitig mit der Beantwortung des Begehrens schriftlich (oder bei vorliegender Zustimmung des Aktionärs per Telefax, E-Mail oder in einer andern Form der Übermittlung, die den Nachweis des Versands ermöglicht) mitgeteilt. Anschliessend wird die erteilte Auskunft während 30 Tagen auf der Internetseite der Gesellschaft zugänglich gemacht. Da nicht alle nicht börsenkotierten Gesellschaften eine Internetseite für die Aktionärskommunikation betreiben, sollen nicht kotierte Gesellschaften die Möglichkeit der Beantwortung auf dem schriftlichen Weg haben. In diesem Fall kann jeder Aktionär von der Gesellschaft die kostenlose Zustellung der erteilten Antworten während 60 Tagen seit der Mitteilung verlangen.
- 16 Wird bei Publikumsgesellschaften durch die Erteilung der Auskunft die *ad hoc*-Publizitätspflicht ausgelöst, so ist das Bekanntgabeverfahren nach OR allenfalls entbehrlich bzw. wird von diesem konsumiert.

- 17 Da sich dieser Aufwand nicht jederzeit und im Anschluss an jedes Auskunftsbegehren rechtfertigt, schlagen die Vernehmlassenden eine Sammlung der Auskunftsbegehren und eine quartalsweise Beantwortung vor. Es ist dem Aktionär zuzumuten, dass er im Extremfall drei Monate (d.h. maximal 90 statt 60 Tage gemäss Vorentwurf) auf seine Antwort warten muss.<sup>10</sup>
- 18 Weiter steht dem – allenfalls legitimen – Informationsbedürfnis der Aktionäre ein unverhältnismässiger Mehraufwand seitens der Gesellschaft gegenüber, den letztlich alle übrigen Aktionäre über ihre Beteiligungen mitzutragen haben. Schriftliche Auskunftserteilungen und begründete Verweigerungen von Auskunftsbegehren wollen vor dem Hintergrund der fehlenden Treuepflicht des Aktionärs wohl überlegt sein. Kauft zum Beispiel ein Analyst oder Journalist aufgrund seines Informationsbedürfnisses eine einzige Aktie einer Publikumsgesellschaft, so kann der Gesellschaft damit ein Stunden wenn nicht Tage in Anspruch nehmender Bearbeitungsaufwand entstehen. Nach erhaltener Auskunft kann die Aktie wieder verkauft werden, die Kosten tragen die übrigen Aktionäre.
- 19 Hinsichtlich des schriftlichen Auskunftsrechts ausserhalb der Generalversammlung wird daher vorgeschlagen, dieses als Minderheitenrecht auszugestalten. Die dafür erforderlichen Schwellenwerte werden mit einem halben Prozent des Kapitals oder der Stimmen, CHF 200'000 Börsenwert gemäss Schlusskurs des letzten Kalenderjahres und CHF 100'000 Substanzwert gemäss letzter Jahresbilanz tief angesetzt, doch wird damit ein minimales Investment zur Voraussetzung für den bei der Gesellschaft generierten Bearbeitungsaufwand gemacht. Dem Kriterium der vom VE OR angestrebten (jedoch von diesem selbst bereits durchbrochenen) Einheitlichkeit der Schwellenwerte kann folglich nicht entsprochen werden.<sup>11</sup>
- 20 Hinsichtlich der Schwellenwerte sei bereits an dieser Stelle dargetan, dass sich der Nennwertschwellenwert nach Ansicht der Vernehmlassenden überlebt hat, weshalb dessen ersatzlose Streichung in den entsprechenden Artikeln vorgeschlagen wird. Vor dem Hintergrund des beliebig herabsetzbaren Nennwerts hat dieser ohnehin nicht aussagekräftige Anknüpfungspunkt heute jede Berechtigung verloren.<sup>12</sup> Die Einführung des Börsenwertes als neuer Schwellenwert wird jedoch begrüsst. Dieser ist aus Gründen der Rechtssicherheit hinsichtlich des Bestimmungszeitpunktes zu konkretisieren. Als Referenzwert wird der Jahresschlusskurs des letzten Kalenderjahres vorgeschlagen.
- 21 U.E. gibt es jedoch keine sachlichen Gründe, einen Schwellenwert einzuführen, der nur bei kotierten Gesellschaften greift ohne eine vergleichbare Lösung für nicht kotierte Gesellschaften anzubieten. Auch in grossen nicht kotierten Gesellschaften lassen sich die Prozentschwellenwerte oftmals nur sehr schwer errei-

---

<sup>10</sup> Der europäische Art. 6 Vorschlag Aktionärsrichtlinie sieht eine Beantwortungspflicht nur einmal jährlich anlässlich der Hauptversammlung vor. Der von den Vernehmlassenden unterbreitete Vorschlag geht somit weiter.

<sup>11</sup> Der Vorentwurf macht bereits selbst eine Ausnahme beim Einberufungsrecht.

<sup>12</sup> Da die EU-weite Regelung sämtlichen nationalen Systemen gerecht zu werden versucht, mag sich dort die Beibehaltung des Nennwertschwellenwertes allenfalls noch zu rechtfertigen.



chen. Daher wird als ein die Kriterien der Einfachheit und Eindeutigkeit erfüllender Referenzwert der Substanzwert gemäss letzter Jahresbilanz vorgeschlagen. Um quantitativ in etwa vergleichbare Schwellenwerte für Aktionäre börsenkotierter und nicht börsenkotierter Gesellschaften Schwellen festzusetzen wird beim Substanzwert jeweils der halbe Betrag des Börsenwertes verwendet.

- 22 Die Klarstellung in Art. 697 Abs. 3 VE OR, wonach nur *vorrangige* Interessen eine Auskunftsverweigerung zu rechtfertigen vermögen, wird begrüsst, doch dürfen als Interessen natürlich nur Interessen der Gesellschaft in Frage kommen, weshalb eine entsprechende Klarstellung im Gesetzestext vorgeschlagen wird.
- 23 Die vorgeschlagene Regelung steht weitest gehend im Einklang mit dem europäischen Vorschlag EU-Aktionärsrichtlinie. Das in Art. 9 Vorschlag EU-Aktionärsrichtlinie geregelte Fragerecht regelt als Mindeststandard das Fragerecht als Individualrecht anlässlich der Hauptversammlung und die anschliessende Publikation der erteilten Antworten auf der Website der Gesellschaft. Ein Anspruch auf Auskunftserteilung oder Einsicht während des Jahres ist in der europäischen Minimalregelung nicht vorgesehen.<sup>13</sup>

#### Art. 697<sup>bis</sup> VE OR

##### **Art. 697<sup>bis</sup> VE OR**

###### 3. Einsicht

<sup>1</sup> Die Geschäftsbücher und die Korrespondenzen können eingesehen werden, sofern die Generalversammlung oder der Verwaltungsrat dies beschliesst.

<sup>2</sup> Die Einsicht ist zu gewähren, soweit keine Geschäftsgeheimnisse oder andere vorrangige Interessen gefährdet werden. Wird die Einsichtnahme durch die Generalversammlung oder den Verwaltungsrat verweigert, so muss der Verwaltungsrat den Entscheid schriftlich begründen.

##### **Art. 697<sup>bis</sup> OR**

##### **(Vorschlag Bär & Karrer)**

###### 3. Einsicht

<sup>1</sup> *Aktionäre können vom Verwaltungsrat schriftlich nach Ausübung des Auskunftsrechts Einsicht in die Geschäftsbücher und die Korrespondenzen verlangen, sofern sie zusammen mindestens vertreten:*

1. *ein halbes Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen;*
2. *bei nicht börsenkotierten Gesellschaften Aktien im Substanzwert gemäss letzter Jahresbilanz von hunderttausend Franken; oder*
3. *Aktien im Börsenwert von zweihunderttausend Franken gemäss Schlusskurs des letzten Kalenderjahres.*

*Der Verwaltungsrat muss innert 30 Tagen entweder die gewünschte Einsicht gewähren oder die Verweigerung der Einsicht schriftlich gegenüber dem ersuchenden Aktionär begründen.*

<sup>13</sup> Da gemäss herrschender schweizerischer Lehre und Praxis das Protokoll der Generalversammlung von jedem Aktionär eingesehen werden kann, ist der Zugang zu den an der Generalversammlung erteilten Auskünften auch in der Schweiz nach dem VE gewährleistet; vgl. P. BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Zürich 2004, § 12 N 195.

<sup>2</sup> *Gleichzeitig ist den anderen Aktionären die Tatsache der Einsichtsgewährung schriftlich, oder mit Zustimmung des Aktionärs, per Telefax, E-Mail oder in einer andern Form der Übermittlung, die den Nachweis des Versands ermöglicht, mitzuteilen.<sup>14</sup> Jeder Aktionär kann während 60 Tagen seit der Mitteilung bei der Gesellschaft im selben Umfang Einsicht nehmen. An der nächsten Generalversammlung ist über die behandelten Einsichtsbegehren Bericht zu erstatten.*

<sup>3</sup> *Die Einsicht muss gewährt werden, soweit sie für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und keine Geschäftsgeheimnisse oder andere vorrangige Interessen der Gesellschaft gefährdet werden.*

<sup>4</sup> *Jeder Aktionär kann Einsicht in das Protokoll der Generalversammlung nehmen.*

- 24 Der Vorentwurf zur Regelung des Einsichtsrechts ist unvollständig und widerspiegelt die im Begleitbericht geäusserte Absicht nicht.<sup>15</sup> Wenn der Verwaltungsrat im Rahmen seiner Treuepflicht die durch die Generalversammlung beschlossene Einsicht verhindern können soll, was die Vernehmlassenden grundsätzlich begrüssen, ist die alternative Beschlusskompetenz von Verwaltungsrat und Generalversammlung, die ohnehin ein Fremdkörper in der vom Paritätsprinzip geprägten aktienrechtlichen Ordnung darstellt, abzuschaffen. Der Verwaltungsrat ist am besten in der Lage zu beurteilen, ob die Voraussetzungen für die Gewährung der Einsicht gegeben sind. Da bei ungerechtfertigter Verweigerung die Möglichkeit der klageweisen Durchsetzung besteht, kann auf die Beschlusskompetenz der Generalversammlung verzichtet werden.
- 25 Handelt es sich um eine Kompetenz des Verwaltungsrates, so entfällt auch die in Art. 697<sup>bis</sup> Abs. 2 VE OR statuierte Begründungspflicht des Verwaltungsrates im Falle einer Verweigerung der Einsicht durch die Generalversammlung. Eine über den Inhalt des Generalversammlungsprotokolls hinausgehende Begründung kann nicht vom Verwaltungsrat verlangt werden, zumal es sich dabei um den Aktionären wenig dienliche, reine Interpretation handeln würde.
- 26 Der VE OR äussert sich weder zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Einsichtsrechts noch zu dessen Adressatenkreis. Entsprechend dem Gedanken

---

<sup>14</sup> Eine Veröffentlichung im SHAB ist notwendig, falls die Inhaberaktie weiterhin existiert (vgl. dazu Ziff. 214 ff.).

<sup>15</sup> Vgl. BEGLEITBERICHT, insb. 72.

der unveränderten Beibehaltung des Einsichtsrechts<sup>16</sup> muss dieses auf Aktionäre beschränkt sein und jederzeit geltend gemacht werden können. Da Einsicht (im Gegensatz zur Auskunft) an der Generalversammlung ohnehin nicht erteilt werden kann, schlagen die Vernehmlassenden Schriftlichkeit des Einsichtsbegehrens und die Möglichkeit jedes Aktionärs, im Anschluss an gewährte Einsicht ebenfalls im selben Umfang Einsicht zu nehmen, sowie die Berichterstattung des Verwaltungsrates über die während des Geschäftsjahres behandelten Einsichtsbegehren vor.

- 27 Weiter steht auch bei diesem Recht ein unverhältnismässig grosser Bearbeitungsaufwand der Gesellschaft einem leicht zu verfassenden Einsichtsbegehren gegenüber, weshalb auch hier die Ausgestaltung als Minderheitenrecht vorgeschlagen wird.<sup>17</sup> Zudem wird vorgeschlagen, das Einsichtsrecht hinsichtlich der Protokolle der Generalversammlungen gesondert als Individualrecht (in Abs. 4 des Vorschlags) in den Gesetzestext aufzunehmen. Jedem einzelnen Aktionär bleibt zudem weiterhin das Auskunftsrecht im Rahmen der Generalversammlung.
- 28 Als für das Einsichtsrecht erforderliche Schwellenwerte werden die gleichen Schwellenwerte wie für das schriftliche Auskunftsrecht während des Jahres vorgeschlagen. Hinsichtlich der ersatzlosen Streichung der Nennwertschwellenwerte und der Einführung des Substanzwertes als neuer Schwellenwert vgl. Ziff. 20 f.
- 29 Ebenfalls wird vorgeschlagen, neu das Einsichtsrecht als zum Auskunftsrecht subsidiär auszugestalten. Es sind keine Fälle denkbar, bei denen die gewünschte Auskunft nur mittels Einsichtsgewährung erteilt werden kann. Kommt der Aktionär zum Schluss, dass die erteilte Auskunft unvollständig oder falsch ist, so kann dieser sein Einsichtsrecht ausüben oder direkt eine Sonderuntersuchung verlangen.
- 30 Die Klarstellung in Art. 697<sup>bis</sup> Abs. 2 VE OR, wonach nur *vorrangige* Interessen eine Auskunftsverweigerung zu rechtfertigen vermögen, wird begrüsst, doch dürfen als Interessen nur Interessen der Gesellschaft in Frage kommen, weshalb dies entsprechend in den Gesetzestext einzufügen ist. Zudem ist entsprechend der Regelung beim Auskunftsrecht das Kriterium der Erforderlichkeit für die Ausübung der Aktionärsrechte aufzunehmen.

#### Art. 697<sup>ter</sup> VE OR

- 31 Hinsichtlich der Kostentragung leuchtet der Verweis auf die geplante schweizerische Zivilprozessordnung im Begleitbericht nicht ein.<sup>18</sup> Denn dies bedeutet, dass sich die Kostentragung mangels bundesrechtlicher Regelung bis zu deren Inkrafttreten nach den kantonalen Prozessordnungen richtet. Bestehen jedoch heute klare Vorstellungen für eine bundesrechtliche Regelung, so wäre diese jetzt

---

<sup>16</sup> Vgl. BEGLEITBERICHT, 72.

<sup>17</sup> Vgl. dazu Ziff. 19.

<sup>18</sup> Vgl. BEGLEITBERICHT, 72, FN 142.

im VE OR zu behandeln und später in die schweizerische Zivilprozessordnung überzuführen. Bei der Sonderuntersuchung sieht der VE OR ebenfalls Änderungen vor, die später in die schweizerische Zivilprozessordnung überführt werden müssen.

- 32 In sprachlicher Hinsicht wird im Sinne einheitlicher Terminologie (vgl. Art. 697b Abs. 2 VE OR) vorgeschlagen, den Begriff "Begehren" statt "Gesuch" zu verwenden.
- 33 Die übrigen Änderungen werden begrüsst.

## 1.2 Sonderuntersuchung (Art. 697a–697e, 697g VE OR)

### Art. 697a VE OR

#### **Art. 697a VE OR**

V. Einleitung einer Sonderuntersuchung

1. (...)

<sup>1</sup> Jeder Aktionär kann der Generalversammlung beantragen, bestimmte Sachverhalte durch eine Sonderuntersuchung abklären zu lassen, sofern dies zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und er das Recht auf Auskunft oder das Recht auf Einsicht bereits ausgeübt hat.

<sup>2</sup> Entspricht die Generalversammlung dem Antrag, so kann die Gesellschaft oder jeder Aktionär innert 30 Tagen bei Gericht beantragen, unabhängige Sachverständige zu bezeichnen, welche die Sonderuntersuchung durchführen.

#### **Art. 697a OR (Vorschlag Bär & Karrer)**

V. Einleitung einer Sonderuntersuchung

1. (...)

<sup>1</sup> Jeder Aktionär kann der Generalversammlung beantragen, bestimmte Sachverhalte durch eine Sonderuntersuchung abklären zu lassen, sofern dies zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und er das Recht auf Auskunft ~~oder das Recht auf Einsicht~~ bereits ausgeübt hat.

<sup>2</sup> Entspricht die Generalversammlung dem Antrag, so kann die Gesellschaft oder jeder Aktionär innert 30 Tagen *beim* Gericht beantragen, unabhängige Sachverständige zu bezeichnen, welche die Sonderuntersuchung durchführen.

- 34 Die vorgeschlagenen Änderungen sind Konsequenz der Änderungsvorschläge im Bereich Auskunfts- und Einsichtsrecht. Es muss den Aktionären überlassen werden zu entscheiden, ob nach Ausübung des Auskunftsrechts das Einsichtsrecht oder die Sonderuntersuchung der zielführendere nächste Schritt darstellt, weshalb nur die Ausübung des Auskunftsrechts Voraussetzung für die Einleitung einer Sonderuntersuchung sein muss.
- 35 In sprachlicher Hinsicht wird vorgeschlagen, den Begriff "bei Gericht" durch "beim Gericht" zu ersetzen, da dies der helvetischen Sprachkultur besser entspricht.

Art. 697b VE OR**Art. 697b VE OR**

2. (...)

<sup>1</sup> Entspricht die Generalversammlung dem Antrag nicht, so können Aktionäre innert drei Monate vom Gericht die Anordnung einer Sonderuntersuchung verlangen, sofern sie zusammen mindestens verfügen über:

1. fünf Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen;
2. Aktien im Nennwert von einer Million Franken; oder
3. Aktien im Börsenwert von zwei Millionen Franken.

<sup>2</sup> Das Begehren auf Anordnung einer Sonderuntersuchung kann sich auf alle Fragen erstrecken, die Gegenstand des Begehrens um Auskunft oder Einsicht waren oder die in der Diskussion des Antrags auf Sonderuntersuchung in der Generalversammlung zur Sprache kamen.

<sup>3</sup> Das Gericht ordnet die Sonderuntersuchung an, wenn die Gesuchsteller glaubhaft machen, dass

1. Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt haben; und
2. die Verletzung die Gesellschaft oder die Aktionäre schädigen kann.

- 36 Die eingefügte Möglichkeit zur Ausweitung der Sonderuntersuchung auf Gegenstände, die an der Generalversammlung zur Sprache kamen, wird abgelehnt, da diese zu Ausuferungen und Missbräuchen verleitet. Die Aktionäre sollen sich im Zeitpunkt der Ausübung des Auskunftsrechts darüber im Klaren sein, auf welche Sachverhalte sich ihr Informationsbedürfnis erstreckt.
- 37 Hinsichtlich der ersatzlosen Streichung der Nennwertschwellenwerte und der Einführung des Substanzwertes als neuer Schwellenwert vgl. Ziff. 20 f.
- 38 Die übrigen Änderungen – namentlich die Reduktion der Anforderungen an die Glaubhaftmachung – werden begrüsst.

**Art. 697b OR****(Vorschlag Bär & Karrer)**

2. (...)

<sup>1</sup> Entspricht die Generalversammlung dem Antrag nicht, so können Aktionäre innert drei Monaten vom Gericht die Anordnung einer Sonderuntersuchung verlangen, sofern sie zusammen mindestens *vertreten*:

1. fünf Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen; *oder*
2. *bei nicht börsenkotierten Gesellschaften Aktien im Substanzwert gemäss letzter Jahresbilanz* von einer Million Franken; oder
3. Aktien im Börsenwert von zwei Millionen Franken *gemäss Schlusskurs des letzten Kalenderjahres*.

<sup>2</sup> Das Begehren auf Anordnung einer Sonderuntersuchung kann sich auf alle Fragen erstrecken, die Gegenstand *eines* Begehrens um Auskunft oder Einsicht waren ~~oder die in der Diskussion des Antrags auf Sonderuntersuchung in der Generalversammlung zur Sprache kamen~~.

<sup>3</sup> Das Gericht ordnet die Sonderuntersuchung an, wenn die Gesuchsteller glaubhaft machen, dass

1. Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt haben; und
2. die Verletzung die Gesellschaft oder die Aktionäre schädigen kann.

39 In sprachlicher Hinsicht sollte es in Abs. 1 "innert drei Monaten" heissen.

Art. 697c VE OR

40 Die Änderungen werden begrüsst.

Art. 697d VE OR

41 Die Änderungen werden begrüsst.

42 In sprachlicher Hinsicht wird vorgeschlagen, in Art. 697d Abs. 4 VE OR statt von "Verschwiegenheit" von "Geheimhaltung" zu sprechen.

Art. 697e VE OR

43 Die Änderungen werden begrüsst.

44 In sprachlicher Hinsicht wird vorgeschlagen, in Art. 697d Abs. 4 VE OR "Stellen des Berichts" durch "Teile des Berichts" zu ersetzen.

Art. 697g VE OR

45 Die Änderungen werden begrüsst. Denn kommt das Gericht zum Schluss, die Voraussetzungen für eine Sonderuntersuchung seien glaubhaft gemacht (Verletzung von Gesetz oder Statuten, Schädigungspotential), so ist es auch gerechtfertigt, dass die Gesellschaft die Untersuchungskosten trägt.

46 Der Zusatz betreffend den Vorschuss erübrigt sich jedoch, da es keinen Grund gibt, einer nicht kostenpflichtigen Partei die Vorschusspflicht aufzuerlegen. Der Gesetzestext müsste folglich lauten: "Die Gesellschaft trägt die Kosten der Sonderuntersuchung."

47 Hinsichtlich der *Kosten des Gerichtsverfahrens* nach Art. 697b VE OR wird vorgeschlagen, dass diese der unterliegenden Partei aufzuerlegen sind. Diese Frage hat bisher keine Regelung im VE OR erfahren. So ist auch sichergestellt, dass offensichtlich unbegründete Begehren mit einem – gerechtfertigten – Kostenrisiko verbunden sind. Allgemein zur Behandlung prozessualer Fragen in dieser Revision vgl. Ziff. 31.

### **1.3 Offenlegung von Informationen durch das Handelsregister (Art. 958d Abs. 2 VE OR)**

Art. 958d Abs. 2 VE OR

48 Die Änderungen werden begrüsst. Es wäre U.E. aber auch denkbar, diese Pflicht zur verbesserten Transparenz statt den Handelsregisterämtern den Gesellschaft-

ten aufzuerlegen. Viele börsenkotierten Gesellschaften machen bereits heute ihre Geschäftsberichte auf ihrer Internetseite zugänglich.

49 In sprachlicher Hinsicht sind folgende Korrekturen angezeigt:

"Der Geschäftsbericht [*Streichung des Kommas*] und der Revisionsbericht sind beim Handelsregisteramt einzureichen und von diesem auf elektronischem Weg zu veröffentlichen, wenn:

1. *das Unternehmen*\_Anleiensobligationen ausstehend *hat*;
2. die Aktien der Gesellschaft an der Börse kotiert sind."

## 2 Mitwirkungsrechte

### 2.1 Stimmrechtsvertretung

#### 2.1.1 Vertretung in Gesellschaften mit nicht börsenkotierten Aktien (Art. 689c VE OR)

##### Art. 689c VE OR

###### **Art. 689c VE OR**

b. Gesellschaften mit nicht börsenkotierten Aktien

<sup>1</sup> Die Statuten von Gesellschaften, deren Aktien nicht an der Börse kotiert sind, können vorsehen, dass ein Aktionär nur durch einen anderen Aktionär in der Generalversammlung vertreten werden kann.

<sup>2</sup> Macht die Gesellschaft von dieser Möglichkeit Gebrauch, so muss sie auf Verlangen eines Aktionärs eine unabhängige Person bezeichnen, die mit der Vertretung in der Generalversammlung beauftragt werden kann.

<sup>3</sup> Der Aktionär muss sein Gesuch um Ernennung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters spätestens 10 Tage vor dem bekannt gegebenen Termin der Generalversammlung bei der Gesellschaft einreichen.

<sup>4</sup> Die Gesellschaft muss spätestens fünf Tage vor dem bekannt gegebenen Termin der Generalversammlung den Namen und die Adresse des unabhängigen Stimmrechtsvertreters allen Aktionären schriftlich be-

###### **Art. 689c OR (Vorschlag Bär & Karrer)**

b. Gesellschaften mit nicht börsenkotierten Aktien

<sup>1</sup> Die Statuten von Gesellschaften, deren Aktien nicht an der Börse kotiert sind, können vorsehen, dass ein Aktionär nur durch einen anderen Aktionär in der Generalversammlung vertreten werden kann. *Jeder Aktionär kann von einem Anwalt begleitet sein.*

~~<sup>2</sup> Macht die Gesellschaft von dieser Möglichkeit Gebrauch, so muss sie auf Verlangen eines Aktionärs eine unabhängige Person bezeichnen, die mit der Vertretung in der Generalversammlung beauftragt werden kann.~~

<sup>2</sup> Der Aktionär muss sein Gesuch um Ernennung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters spätestens 10 Tage vor dem bekannt gegebenen Termin der Generalversammlung bei der Gesellschaft *schriftlich, per Telefax, E-Mail oder in einer andern Form der Übermittlung, die den Nachweis des Versands ermöglicht*, einreichen. *Er kann auch vor der Einberufung der Generalversammlung ein ständiges Gesuch um Ernennung eines unab-*

kannt geben.

<sup>5</sup> Kommt die Gesellschaft ihrer Pflicht zur Ernennung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters nicht nach, so kann sich der Aktionär durch einen beliebigen Dritten an der Generalversammlung vertreten lassen.

*hängigen Stimmrechtsvertreters einreichen.*

<sup>3</sup> Die Gesellschaft muss spätestens fünf Tage vor dem bekannt gegebenen Termin der Generalversammlung den Namen und die Adresse des unabhängigen Stimmrechtsvertreters allen Aktionären schriftlich bekannt geben.

<sup>4</sup> Kommt die Gesellschaft ihrer Pflicht zur Ernennung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters nicht nach, so kann sich der Aktionär durch einen beliebigen Dritten an der Generalversammlung vertreten lassen.

- 50 Diese Lösung ist grundsätzlich zu begrüßen, aber die Fristen sind sehr kurz: 10 Tag für das Einreichen des Gesuchs um Ernennung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters und 5 für die schriftlich Bekanntgabe des Namens und der Adresse des unabhängigen Stimmrechtsvertreters. Diese Fristen können problematisch für ausländische Aktionären sein. Um diese Hürde abzubauen, muss klar gestellt sein, dass das Gesuch nicht einzig schriftlich eingereicht werden kann; dem Aktionär muss erlaubt sein, sein Gesuch per fax oder E-Mail einzureichen.
- 51 Eine andere Möglichkeit wäre, dass ein Aktionär ein ständiges Gesuch einreichen könnte. Diese Lösung könnte auch innerhalb des Entwurfes eingesetzt werden und braucht keine Änderung des Entwurfs.
- 52 Eine offene Frage bei dieser Lösung ist, wie der Stimmrechtsvertreter die Stimmrechte ausüben muss, wenn ihm keine Weisungen erteilt werden: Ist er verpflichtet, Weisungen einzuholen oder muss er sich der Stimmen enthalten (siehe Art. 689d Abs. 2 VE OR), hat er den Anträgen des Verwaltungsrats zu folgen (siehe 689d Abs. 2 OR betreffend Depotvertreter) oder soll er die Stimmen nach seinem freien Ermessen ausüben können? Wir schlagen dieselbe Lösung wie bei börsenkotierten Aktien vor. Dabei ist die Möglichkeit der Aktionäre vorzusehen, allgemeine Weisungen zu erteilen (vgl. dazu Ziff. 55 ff.).
- 53 Zusätzlich ist es wichtig vorzusehen, dass jeder Aktionär von einem Anwalt begleitet sein darf. Im Rahmen der Generalversammlung werden oft technische Aspekte des Gesellschaftsrecht verhandelt und ohne eine adäquate Kenntnis des Rechts sind Aktionäre benachteiligt. Diese Möglichkeit soll diese Handikap erheben. Zusätzlich wenn die juristische Debatte z.B. über formelle Punkte schon während der Generalversammlung stattfindet, sind die Risiken eine spätere Anfechtung der Beschlüsse vermindert (weil die einfache Fragen schon während der Generalversammlung erledigen werden können).
- 54 Diese Möglichkeit ist besonders wichtig für Aktionäre, die natürliche Personen sind. Die juristischen Personen können sich schon heute durch einen Organ mit



einer juristischen Ausbildung vertreten lassen. Dasselbe gilt für den Verwaltungsrat, der oft Anwälte als Mitglied hat, oder zumindest ein Anwalt als ausstehende Sekretär mitbringen darf. Deshalb durch die Begleitung von einem Anwalt erhebt man eine tatsächliche Ungleichbehandlung zwischen Aktionären und eine Benachteiligung Aktionäre gegenüber dem Verwaltungsrat.

### 2.1.2 Vertretung in Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien (Art. 689d VE OR)

#### Art. 689d VE OR

##### **Art. 689d VE OR**

c. Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien

<sup>1</sup> Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien setzen vor jeder Generalversammlung einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter ein.

<sup>2</sup> Hat der unabhängige Stimmrechtsvertreter keine Weisungen erhalten, enthält er sich der Stimme.

##### **Art. 689d OR**

##### **(Vorschlag Bär & Karrer)**

c. Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien

<sup>1</sup> Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien setzen vor jeder Generalversammlung einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter ein. *Mit der Einberufung muss die Gesellschaft die Aktionäre um Weisungen an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter ersuchen.*

<sup>[2</sup> *Ein Aktionär kann Weisungen über bestimmte Anträge erteilen. Er kann auch eine allgemeine Weisung erteilen, die Anträge des Verwaltungsrates oder eines Aktionärs, der sein Traktandierungsrecht oder sein Antragsrecht ausgeübt hat, zu folgen.<sup>19]</sup>*

<sup>3</sup> Hat der unabhängige Stimmrechtsvertreter weder Weisungen über [offengelegte<sup>20]</sup> Anträge noch allgemeine Weisungen erhalten, enthält er sich der Stimme; diesfalls gelten diese Stimmen als nicht abgegeben.

- 55 Die Enthaltungspflicht nach Abs. 2 VE OR ist u.E. problematisch. Zwar ist die heutige Regelung unklar, doch kann die Enthaltung zu einer überproportionalen Bedeutung der grossen Minderheitsaktionäre, Grossaktionäre, institutionellen Investoren und organisierten Gruppen führen. Damit ist das Tor für "Special Situations Hedge Fonds", die in der letzten Zeit sehr aktiv geworden sind, geöffnet, was nicht immer im Interesse aller Aktionäre und insbesondere nicht der kleinen und der passiven institutionellen Anleger ist. Im Gegensatz zu solchen Hedge Fonds sind kleine Aktionäre wegen dem so genannten "Collective Action" Problem oft apathisch und erteilen kaum Weisungen. Es ist daher stossend, wenn die Ak-

<sup>19</sup> Dieser Absatz ist zu streichen, falls unser Vorschlag Art. 699 OR übernommen würde. Siehe Art. 692, N 69 ff.

<sup>20</sup> "offengelegte" ist zu streichen, falls unser Vorschlag Art. 699 OR übernommen würde. Siehe Art. 692, N 69 ff.

tionäre, die heute bereit sind, eine Vertretungsvollmacht zu erteilen, mundtot gemacht werden.

- 56 Bereits heute ist die Lage problematisch, da sich Enthaltungen wie "Nein"-Stimmen auswirken bei Gesellschaften, die ein absolutes Mehr verlangen. Dieser Umstand kann eine Verkalkung der Gesellschaft zur Folge haben. Mit der Gleichstellung der enthaltenen Stimmen mit den nicht abgegeben (OR 703 II) ist die Enthaltungspflicht um so problematischer, wenn anlässlich der Generalversammlung das Antragsrecht weiterhin zugelassen würde. In diesem Fall wird nur den anwesende Aktionären ermöglicht, über den Antrag abzustimmen, weil alle Stimmen der durch den unabhängigen Stimmrechtsvertreter vertretenen Aktionäre nicht ausgeübt werden. Damit besteht die Gefahr, dass eine Enthaltungspflicht zu einer unerwünschten Verzerrung der Machtverhältnisse innerhalb der Gesellschaft führt.
- 57 Die beste Lösung wäre es, den unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu verpflichten, Weisungen einzuholen. Dies könnte dadurch vereinfacht werden, dass die Vollmachtsformulare Felder für die Stimmabgabe betreffend jeden Antrag des Verwaltungsrates (und gegebenenfalls der Anträge der Aktionäre) vorsehen. Zwei zusätzliche Möglichkeiten bieten sich in diesem Zusammenhang, falls der Aktionär keine bestimmte Weisung erteilt. Der unabhängige Stimmvertreter soll ermächtigt werden können, die Stimmrechte entweder im besten Interesse der Aktionäre auszuüben (wie das in Deutschland für die Depotstimmrechte der Fall ist), oder den Anträgen des Verwaltungsrats zu folgen (wie bis heute für die Depotstimmrechte). Den vertretenen Aktionären könnte die Wahl zwischen diesen beiden Gestaltungsmöglichkeiten eingeräumt werden, doch birgt die erste die Gefahr in sich, dass das Amt des unabhängigen Stimmrechtsvertreters aufgrund des erhöhten Verantwortlichkeitsrisikos schwieriger zu besetzen sein wird. Um das Gleichgewicht zwischen dem Verwaltungsrat und aussenstehenden Aktionären zu gewährleisten, schlagen wir als weitere Möglichkeit vor, dass die Aktionäre dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter mittels allgemeiner Weisung die Ermächtigung erteilen können, den Anträgen eines anderen Aktionärs zu folgen. Selbstverständlich entfällt der genannte Bedarf zur Erteilung allgemeiner Weisungen in börsenkotierten Gesellschaften, falls unserem Vorschlag zu Art. 699 OR gefolgt wird (vgl. dazu Ziff. 69 ff.).

### 2.1.3 Abschaffung der Depot- und Organvertretung

Art. 689e und 689f OR (Vorschlag Bär & Karrer)

#### **Art. 689e VE OR**

Aufgehoben.

#### **Art. 689e OR (Vorschlag Bär & Karrer)**

<sup>1</sup> *Schlägt die Gesellschaft den Aktionären ein Mitglied ihrer Organe oder eine andere abhängige Person für die Stimmrechtsvertretung vor, muss sie um Erteilung von Weisungen ersuchen.*

<sup>2</sup> *Hat der Organvertreter keine Weisungen erhalten, folgt er den Anträgen des Verwaltungsrats.*

<sup>3</sup> *Der Organvertreter ist befugt namens Personen, die nicht an der Geschäftsführung teilgenommen haben, über die Entlastung abzustimmen.*

<sup>4</sup> *Hat der Aktionär Weisungen, die die Anträge des Verwaltungsrats widersprechen, erteilt, leitet der Organvertreter den Vertretungsvollmacht und die Weisungen dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter weiter.*

-

**Art. 689f OR  
(Vorschlag Bär & Karrer)**

<sup>1</sup> *Wer als Depotvertreter Mitwirkungsrechte aus Aktien, die bei ihm hinterlegt sind, ausüben will, ersucht den Hinterleger vor jeder Generalversammlung um Weisungen für die Stimmabgabe.*

(= geltende Fassung Art. 689d Abs.1 OR)

<sup>2</sup> *Sind bestimmte Weisungen über die Anträge nicht rechtzeitig erhältlich, so übt der Depotvertreter nach einer allgemeinen Weisung des Hinterlegers aus; fehlt eine solche, so übt er das Stimmrecht im besten Interesse der Aktionäre aus.*

- 58 Mit der Abschaffung der Depot- und Organvertretung wird die Vertretung durch Banken und Organe nicht verboten, aber nicht mehr reguliert (im Gesetz steht kein allgemeines Verbot). Dieses Ergebnis widerspricht der im Begleitbericht vorgestellten Absicht und lässt die Regelung des Aktienrechts von vor 1991 wieder aufleben.
- 59 So oder anders ist ein allgemeines Verbot der Depot- und Organvertretung nicht wünschenswert. Eine Depotbank oder ein Effekthändler haben oft eine engere Beziehung zu den Anlegern als die Gesellschaft; Kleinanleger haben oft keinen direkten Zugang zu den Mitgliedern des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung oder zum von der Gesellschaft gewählten unabhängigen Stimmrechtsvertreter. Umgekehrt haben Depotvertreter einen besseren Zugang zu den Aktionären, der dazu benutzt werden könnte, die Teilnahmebereitschaft an der Generalversammlung zu verbessern. Aufgrund dieser Tatsache wäre es kontraproduktiv, das Depotstimmrecht abzuschaffen, weil dadurch die Passivität der kleinen Anleger nur noch erhöht würde.
- 60 Mitglieder, Organe einer AG, Banken (und vermutlich Effekthändler) sowie gewerbsmässige Vermögensverwalter können auch manchmal für ihre Verwandt-

schaft, Freunde und besondere Beziehungen tätig sein, ohne dass dies eine besondere Gefahr für die aktienrechtliche Demokratie darstellt. Dazu können auch diese Finanzinstitute ein Mandat bekommen und als aktive institutionelle Anleger tätig sein. Vor diesem Standpunkt her ist es nicht vernünftig, gewissen Beteiligten (z.B. Anlagefonds, Hedge Fonds und Pensionskassen) einen Vorteil in der Vertretung von Aktionären in der Generalversammlung zu geben.

- 61 Schliesslich gibt es keine Klagen über Missbräuche dieser zwei Institutionen, obwohl die geltende Regelung systematisch den Verwaltungsrat bevorzugt. Bei der Organvertretung weiss der Anleger, in welche Richtung sein Vertreter die Stimmen ausüben wird. Mit der geltenden Regelung gilt das auch für die Depotvertretung, da der Depotvertreter verpflichtet ist, den Anträgen des Verwaltungsrats zu folgen, wenn er keine Weisungen bekommt. Die obenerwähnten Lösungsansätze könnten auch im Rahmen der Depotvertretung durchgesetzt werden.
- 62 Zwar darf der Organvertreter nach der Praxis des Bundesgerichts nicht über die Décharge abstimmen<sup>21</sup>, aber es wäre besser, hier eine ausdrückliche Ausnahme vorzusehen, wenn die vertretenen Aktionäre selbst nicht von Art. 695 Abs.1 OR betroffen werden, auch falls der Organvertreter diesbezüglich keine ausdrückliche Weisung bekommen hat<sup>22</sup>. Deshalb schlagen wir vor, Art. 689c OR in diesem Sinn zu ergänzen.

#### 2.1.4 Verzicht auf eine Regelung der Dispoaktien

##### Art. 686 OR (Vorschlag Bär & Karrer)

###### **Art. 686 OR (geltendes Recht)**

###### 4. Aktienbuch

###### a. Eintragung

<sup>1</sup> Die Gesellschaft führt über die Namenaktien ein Aktienbuch, in welches die Eigentümer und Nutzniesser mit Namen und Adresse eingetragen werden.

<sup>2</sup> Die Eintragung in das Aktienbuch setzt einen Ausweis über den Erwerb der Aktie zu Eigentum oder Begründung einer Nutzniessung voraus.

<sup>3</sup> Die Gesellschaft muss die Eintragung auf dem Aktientitel bescheinigen.

###### **Art. 686 OR (Vorschlag Bär & Karrer gemäss Vorschlag von Hans Caspar von der Crone<sup>23</sup>)**

###### *I. Grundsätze*

<sup>1</sup> Die Gesellschaft führt über die Namenaktien ein *Aktienregister*, in welches die Eigentümer und Nutzniesser mit Namen und Adresse eingetragen werden.

<sup>2</sup> Die Eintragung in das *Aktienregister* setzt einen Ausweis über den Erwerb der Aktie zu Eigentum oder Begründung einer Nutzniessung voraus.

<sup>3</sup> Die Gesellschaft muss die Eintragung auf dem Aktientitel bescheinigen.

<sup>21</sup> BGE 128 III 142.

<sup>22</sup> R. WATTER/D. DUBS, Der Déchargebeschluss, AJP 2000, 908, 921-922.

<sup>23</sup> H.C. VON DER CRONE, REPRAX 2/2003, 23.

<sup>4</sup> Im Verhältnis zur Gesellschaft gilt als Aktionär oder als Nutzniesser, wer im Aktienbuch eingetragen ist.

<sup>4</sup> Im Verhältnis zur Gesellschaft gilt als Aktionär oder als Nutzniesser, wer im Aktienregister eingetragen ist.

<sup>5</sup> Die Gesellschaft kann nach Anhörung des Betroffenen Eintragungen im Aktienregister streichen, wenn diese durch falsche Angaben des Erwerbers zustande gekommen sind. Dieser muss über die Streichung sofort informiert werden.

OR 686a–c OR (Vorschlag Bär & Karrer)

-

**Art. 686a OR  
(Vorschlag Bär & Karrer gemäss  
Vorschlag von Hans Caspar von  
der Crone<sup>24</sup>)**

*II. Börsenkotierte Namenaktien*

*1. Eintragung*

<sup>1</sup> Bei einem Verkauf börsenkotierter Namenaktien erwirkt die depotführende Bank oder Effekthändlerin des Veräusserers dessen Streichung im Aktienregister der Gesellschaft.

<sup>2</sup> Die depotführende Bank oder Effekthändlerin des Erwerbers lässt diesen als Aktionär eintragen.

-

**Art. 686b OR  
(Vorschlag Bär & Karrer gemäss  
Vorschlag von Hans Caspar von  
der Crone<sup>25</sup>)**

*2. Treuhänderischer Eintrag*

<sup>1</sup> Anstelle des Erwerbers kann sich seine depotführende Bank oder Effekthändlerin als treuhänderische Aktionärin eintragen lassen.

<sup>2</sup> Banken und Effekthändlerinnen sind mit dem gesamten Aktienbestand der über sie zusammengefassten wirtschaftlichen Berechtigten im Aktienregister einzutragen. Soweit bei den einzelnen wirtschaftlich Berechtigten eine prozentmässige Begrenzung im Sinne von Artikel 685d Absatz 1 überschritten wäre, erfolgt die Eintragung als Aktionärin ohne Stimmrecht.

<sup>24</sup> H.C. VON DER CRONE, a.a.O., 23.

<sup>25</sup> H.C. VON DER CRONE, a.a.O., 23 f.

<sup>3</sup> Die als treuhänderische Aktionärin eingetragene Bank oder Effektenhändlerin hat dem wirtschaftlich Berechtigten sämtliche Bekanntmachungen der Gesellschaft zu übermitteln.

<sup>4</sup> Die als treuhänderische Aktionärin eingetragene Bank oder Effektenhändlerin übt ihr Stimmrecht in der Generalversammlung nur aus, wenn der wirtschaftlich Berechtigte sie im Einzelfall gestützt auf die Einberufung damit beauftragt hat. Verzichtet der wirtschaftlich Berechtigte auf die Erteilung von Weisungen für die Stimmabgabe, so wird vermutet, dass das Stimmrecht im Sinne der Anträge des Verwaltungsrates auszuüben ist. Bei der Ausübung ihrer Stimmrechte trägt die Bank oder Effektenhändlerin einer statutarischen Begrenzung im Sinne von Artikel 692 Absatz 2 Satz 2 Rechnung.

<sup>5</sup> Die als treuhänderische Aktionärin eingetragene Bank oder Effektenhändlerin betraut nur dann einen institutionellen Stimmrechtsvertreter mit der Ausübung der Stimmrechte in der Generalversammlung, wenn der wirtschaftlich Berechtigte sie im Einzelfall gestützt auf die Einberufung damit beauftragt hat. Im Übrigen erteilt die als treuhänderische Aktionärin eingetragene Bank oder Effektenhändlerin Vollmachten auf Anordnung des wirtschaftlich Berechtigten.

-

**Art. 686c OR  
(Vorschlag Bär & Karrer gemäss  
Vorschlag von Hans Caspar von  
der Crone<sup>26</sup>)**

*3. Heimverwahrung*

<sup>1</sup> Bei börsenkotierten Namenaktien, die nicht innerhalb des Wertpapierverwahrungs- und -verwaltungssystems, einschliesslich der von den Gesellschaften zur Verfügung gestellten Verwahrungsstellen, gehalten werden, hat der Erwerber die Eintragung im Aktienregister zu veranlassen.

<sup>2</sup> *Bis zum Zeitpunkt der Eintragung ruhen die Mitwirkungs- und Vermögensrechte.*

- 63 Der Verzicht auf eine Regelung des Problems der Dispoaktien ist unbefriedigend. Dispoaktien führen zum Ergebnis, dass bis 60% der Aktien Schweizer Publikums-gesellschaften tatsächlich kein Stimmrecht haben und deshalb in der Generalver-sammlung nicht vertreten sind. Die Schwierigkeit eine Lösung zu finden stellt keine Entschuldigung dar.
- 64 Unseres Erachtens ist das international bekannte Nominee-System der beste An-satz. In diesem Sinn befürworten wir den von Prof. Hans Caspar von der Crone vorgelegten Vorschlag.<sup>27</sup>
- 65 Die Gefahr einer Umgehung der statutarischen Vinkulierungsbestimmungen rechtfertigt es nicht, diese Lösung auszuschlagen. Die börsenrechtliche Melde-pflicht (Art. 20 BEHG) gewährleistet, dass Aktionäre, die die Grenzwerte der Vin-kulierung überschreiten, ihre Beteiligungen melden müssen. Zwar ist die Beach-tung des Gesetzes nicht absolut sicher, aber Banken und Effektenhändler sind regulierte Institute, die unter der Aufsicht in der CH stehen. Sie haben wenig Anreize, Beihilfe zur Verletzung der börsenrechtlichen Regelung zu leisten. Zu-sätzlich steht die Anfechtungsklage von Art. 691 Abs. 3 OR offen, falls eine Ver-letzung der Bestimmung über die Vinkulierung oder die Stimmrechtsbegrenzung nachträglich aufgedeckt würde. Schliesslich ist u.E. der Ablehnungsgrund des Begleitberichts nicht gerechtfertigt. Wie oben dargestellt ist die Abschaffung der Depotvertretung nicht wünschenswert. Übrigens überwiegen die Vorteile einer Lösung der Dispoaktien Problematik die Nachteile des Depotstimmrechts.
- 66 Die Verweigerung eines Anspruchs auf Dividende für nicht-eingetragene Aktionäre wäre auch eine zwar radikale aber noch tragbare Lösung, wenn die Folgen explizit und zeitgemäss offengelegt werden. Trotzdem ist die Wirksamkeit dieser Lösung fragwürdig: Aktionäre, die unbekannt bleiben möchten, könnten sich immer auf treuhänderische und ähnliche Konstruktionen abstützen.

### **2.1.5 Elektronische Vollmacht zur Stimmrechtsvertretung (Art. 689a Abs. 2 VE OR)**

Art. 689a VE OR

#### **Art. 689a VE OR**

2. (...)

<sup>1</sup> Die Mitgliedschaftsrechte aus Ak-tien kann ausüben, wer durch den Eintrag im Aktienbuch ausgewiesen

#### **Art. 689a OR (Vorschlag Bär & Karrer)**

2. (...)

<sup>1</sup> Die Mitgliedschaftsrechte aus Aktien kann ausüben, wer durch den Eintrag im Aktienbuch ausgewiesen

<sup>27</sup>

S. H.C. VON DER CRONE, a.a.O., 1 ff.

oder vom Aktionär dazu schriftlich bevollmächtigt ist.

<sup>2</sup> Der Verwaltungsrat kann bestimmen, dass anstelle einer schriftlichen Vollmacht auch eine elektronische Vollmacht mit einer qualifizierten elektronischen Signatur bei der Gesellschaft eingereicht werden kann.

oder vom Aktionär dazu schriftlich bevollmächtigt ist.

<sup>2</sup> *Die Statuten oder* der Verwaltungsrat kann bestimmen, dass anstelle einer schriftlichen Vollmacht auch eine elektronische Vollmacht ~~mit einer~~ *allenfalls ohne* qualifizierte elektronische Signatur bei der Gesellschaft eingereicht werden kann.

67 Gemäss Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR ist die qualifizierte elektronische Signatur bereits heute der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt. Es besteht kein Bedarf nach einem gesetzlichen Vorbehalt im Aktienrecht. Es gibt keine sachlichen Gründe, eine strengere Regelung als bei anderen Rechtsgeschäften, die dem Schriftform-erfordernis unterstehen, vorzusehen. Zudem können Gesellschaften, die die qualifizierte elektronische Unterschrift nicht anerkennen wollen, diese in den Statuten, die als Vertrag i.S.v. Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR in fine gelten, ausschliessen. Schliesslich entspricht ein opting-out aus der elektronischen Unterschrift eher dem Zweck der Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung als das vom Vorentwurf vorgesehene opting-in.

68 Es wäre trotzdem möglich, die Elektronisierung des Gesellschaftsrechts zu vereinfachen, wenn das Gesetz die Erteilung von elektronischen Vollmachten ohne elektronische Unterschrift zulassen würde. Diese Lösung kann die Durchführung von Generalversammlungen kleinerer AGs unkompliziert machen, führt aber zu einem Fälschungsrisiko. Darum darf diese Möglichkeit nur mit der Bewilligung des Verwaltungsrats, der die Vollmachten prüfen muss, eröffnet werden. Gegen eine gefälschte Vollmacht steht die Anfechtungsklage von Art. 691 Abs. 3 OR den Aktionäre und dem Verwaltungsrat zur Verfügung.

## **2.2 Einberufungs- und Traktandierungsrecht (Art. 699–699a, 700 VE OR)**

69 Zum Einberufungs- und Traktandierungsrecht bzw. zur Strukturierung der Abläufe im Vorfeld der Generalversammlung drängen sich folgende Bemerkungen vor der Kommentierung der einzelnen Bestimmungen auf:

70 Der zeitliche Ablauf der Vorbereitung der Generalversammlung bedarf einer konkreteren Strukturierung. Diesbezüglich schlagen die Vernehmlassenden eine Zweiteilung der gesetzlichen Bestimmungen vor, um den unterschiedlichen Bedürfnissen und Gegebenheiten bei börsenkotierten Gesellschaften und nicht börsenkotierten Gesellschaften Rechnung zu tragen. Allgemein von Bedeutung ist, dass die Gesellschaft verpflichtet ist, das Datum der Generalversammlung rechtzeitig bekannt zu geben. Die im Vorentwurf vorgesehene Regelung, wonach die Aktionäre spätestens 40 Tage vor der Generalversammlung ihr Traktandierungsrecht auszuüben haben, ohne eine vorgängige Pflicht der Gesellschaft zur Bekanntgabe des Versammlungstages, genügt den Anforderungen an gute Corporate Governance nicht.



- 71 Für börsenkotierte Gesellschaften schlagen die Vernehmlassenden vor, im Vorfeld der Generalversammlung eine weitest gehend transparente und vollständige Entscheidungsbasis zu schaffen. Damit wird bezweckt, der Tatsache Rechnung zu tragen, dass immer weniger Aktionäre gewillt oder in der Lage sind, physisch an der Generalversammlung teilzunehmen. Gesetzestechisch bedeutet dies eine Verabschiedung vom auch im Vorentwurf teilweise noch verankerten Prinzip der Unmittelbarkeit an der Generalversammlung. Umgesetzt wird das angestrebte Ziel dadurch, dass im Vorfeld der Generalversammlung sämtliche Verhandlungsgegenstände und Anträge den Aktionären bekannt zu geben sind, sodass jeder Aktionär sämtliche Abstimmungs- und Wahloptionen kennt und in der Lage ist, sein Weisungsrecht effektiv auszuüben. Anlässlich der Generalversammlung kann weiterhin jeder Aktionär von seinem Meinungsäusserungsrecht Gebrauch machen. Zur Enthaltungspflicht des unabhängigen Stimmrechtsvertreters vgl. Ziff. 55 ff.
- 72 Dies führt zu folgendem Zeitablauf:
- Spätestens 40 Tage vor der Generalversammlung: Einberufung der Generalversammlung: Ort und Zeitpunkt der Generalversammlung und die vom Verwaltungsrat traktandierten Verhandlungsgegenstände (samt Anträgen des Verwaltungsrates) sind den Aktionären schriftlich (oder mit Zustimmung des Aktionärs per Telefax, E-Mail oder in einer andern Form der Übermittlung, die den Nachweis des Versands ermöglicht) bekannt zu geben.
  - Spätestens 30 Tage vor der Generalversammlung: Die Aktionäre geben die von ihnen traktandierten Verhandlungsgegenstände samt den dazugehörigen Anträgen sowie ihre Gegenanträge zu den vom Verwaltungsrat traktandierten Verhandlungsgegenstände der Gesellschaft bekannt.
  - Spätestens 25 Tage vor der Generalversammlung: Der Verwaltungsrat macht die vom Verwaltungsrat und den Aktionären traktandierten Verhandlungsgegenstände samt Anträgen des Verwaltungsrates und der Aktionäre auf der Internetseite der Gesellschaft zugänglich. Dieser Schritt kann unterbleiben, sofern keine Aktionärstraktanden und keine Aktionärsanträge zu den vom Verwaltungsrat traktandierten Verhandlungsgegenständen eingehen.
  - Spätestens 20 Tage vor der Generalversammlung: Die Aktionäre geben der Gesellschaft ihre Gegenanträge zu den von anderen Aktionären traktandierten Verhandlungsgegenständen der bekannt.
  - Spätestens 15 Tage vor der Generalversammlung: Sämtliche Verhandlungsgegenstände und Anträge bzw. Gegenanträge werden den Aktionären auf der Internetseite der Gesellschaft zugänglich gemacht. Entfällt, falls keine Aktionärsgegenanträge zu den Aktionärstraktanden eingegangen sind.

- 73 Dieser Vorschlag steht im Einklang mit der Regelung im Vorschlag EU-Aktionärsrichtlinie.<sup>28</sup>
- 74 Die Vernehmlassenden schlagen als Konsequenz aus der Bereitstellung der vollständigen Transparenz im Vorfeld der Generalversammlung als weiteren Schritt vor, den Gesellschaften von Gesetzes wegen die Möglichkeit einzuräumen, statutarisch (allenfalls mit einem qualifizierten Quorum) die schriftliche Stimmabgabe einzuführen (was insbesondere in Kombination mit der Einräumung einer Kommunikationsmöglichkeit der Aktionäre untereinander Sinn macht). Zwingend mit der Einführung der schriftlichen Stimmabgabe ist jedoch verbunden, dass das schriftliche Abstimmungs- und Wahlverfahren rechtzeitig, d.h. gemäss oben aufgeführtem Zeitplan spätestens 15 Tage vor dem Versammlungstag den Aktionären bekannt gegeben wird. Auf einen Formulierungsvorschlag für einen möglichen Gesetzestext wird vorliegend verzichtet, da dieser mehrere Gesetzesartikel beschlagen würde.
- 75 Hinsichtlich der vorgeschlagenen Verwirklichung der Bereitstellung der vollständigen Entscheidungsgrundlagen und der diesbezüglichen Transparenz im Vorfeld der Generalversammlung von börsenkotierten Gesellschaften werden folgende Anpassungen der einzelnen Gesetzesartikel notwendig:

Art. 699 VE OR

**Art. 699 Abs. 3–5 VE OR**

<sup>3</sup> Aktionäre können die Einberufung einer Generalversammlung verlangen, sofern sie zusammen mindestens verfügen über:

1. fünf Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen;
2. Aktien im Nennwert von einer Million Franken; oder
3. Aktien im Börsenwert von fünf Millionen Franken.

<sup>4</sup> Die Einberufung einer Generalversammlung muss schriftlich verlangt werden und die Verhandlungsgegenstände und Anträge müssen im Begehren enthalten sein.

<sup>5</sup> Entspricht der Verwaltungsrat dem Begehren nicht innerhalb einer Frist von dreissig Tagen, so ordnet das Gericht auf Begehren der Gesuchsteller

**Art. 699 Abs. 3–5 OR  
(Vorschlag Bär & Karrer)**

<sup>3</sup> Aktionäre können die Einberufung einer Generalversammlung verlangen, sofern sie zusammen mindestens *vertreten*:

1. fünf Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen; *oder*
2. *bei nicht börsenkotierten Gesellschaften Aktien im Substanzwert gemäss letzter Jahresbilanz von zweieinhalb Millionen Franken; oder*
3. Aktien im Börsenwert von fünf Millionen Franken *gemäss Schlusskurs des letzten Kalenderjahres.*

<sup>4</sup> Die Einberufung einer Generalversammlung muss schriftlich verlangt werden und die Verhandlungsgegenstände und Anträge müssen im Begehren enthalten sein.

<sup>28</sup> Vor dem Hintergrund einer diesbezüglich einheitlichen schweizerischen Regelung für kotierte und nicht kotierte Aktiengesellschaften, wäre zu prüfen, ob die Zeit für den faktischen Zwang zum Betreiben einer Internet-Webseite für sämtliche schweizerische Aktiengesellschaften reif ist.

die Einberufung an.

<sup>5</sup> Entspricht der Verwaltungsrat dem Begehren nicht innerhalb einer Frist von 30 Tagen, so können die Gesuchsteller beim Gericht die Einberufung beantragen.

76 Zu Art. 699 Abs. 5 VE OR wird vorgeschlagen, eine in sprachlicher Hinsicht den Verfahrensausgang offen lassende Formulierung einzufügen. Leistet der Verwaltungsrat dem Einberufungsbegehren nämlich deshalb nicht Folge, weil ein nicht traktandierungsfähiger Verhandlungsgegenstand beantragt wurde, oder weil die erforderlichen Anträge der Gesuchsteller fehlen, so ist das Begehren durch das Gericht abzuweisen und es kommt nicht zu einer "Anordnung der Einberufung".

77 Hinsichtlich des Vorschlags zur ersatzlosen Streichung der Nennwertschwellenwerte und der Einführung des Substanzwertes als neuer Schwellenwert vgl. Ziff. 20 f.

#### Art. 699a VE OR

##### **Art. 699a VE OR**

###### 2. Traktandierung und Anträge

<sup>1</sup> Aktionäre können die Traktandierung von Verhandlungsgegenständen verlangen, sofern sie zusammen mindestens verfügen über:

1. fünf Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen;
2. Aktien im Nennwert von einer Million Franken; oder
3. Aktien im Börsenwert von zwei Millionen Franken.

<sup>2</sup> Das Begehren um Traktandierung muss spätestens 40 Tage vor der Generalversammlung schriftlich eingereicht werden.

<sup>3</sup> Entspricht der Verwaltungsrat dem Begehren nicht, so ordnet das Gericht auf Begehren der Gesuchsteller die Traktandierung an.

<sup>4</sup> Die Aktionäre können verlangen, dass in der Einladung zur Generalversammlung Anträge zu vorgesehenen Traktanden aufgenommen werden. Die Bestimmungen zur Traktandierung finden entsprechend Anwendung.

##### **Art. 699a OR**

##### **(Vorschlag Bär & Karrer)**

###### 2. Traktandierung

<sup>1</sup> Aktionäre können die Traktandierung von Verhandlungsgegenständen verlangen, sofern sie zusammen mindestens vertreten:

1. fünf Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen;
2. *bei nicht börsenkotierten Gesellschaften Aktien im Substanzwert gemäss letzter Jahresbilanz* von einer Million Franken; oder
3. Aktien im Börsenwert von zwei Millionen Franken *gemäss Schlusskurs des letzten Kalenderjahres*.

<sup>2</sup> Das Begehren um Traktandierung muss *bei nicht börsenkotierten Gesellschaften* spätestens 40 Tage, *bei börsenkotierten Gesellschaften* 30 Tage vor der Generalversammlung schriftlich eingereicht werden.

<sup>3</sup> Entspricht der Verwaltungsrat dem Begehren nicht, *hat er dies den Gesuchstellern innert zehn Tagen schriftlich und begründet mitzuteilen. Die Gesuchsteller können die Traktandierung beim Gericht beantragen.*

~~<sup>4</sup> Die Aktionäre können verlangen, dass in der Einladung zur Generalver-~~

~~sammlung Anträge zu vorgesehenen Traktanden aufgenommen werden. Die Bestimmungen zur Traktandierung finden entsprechend Anwendung.~~

- 78 Hinsichtlich des Vorschlags der ersatzlosen Streichung der Nennwertschwellenwerte und der Einführung des Substanzwertes als neuer Schwellenwert vgl. Ziff. 20 f.
- 79 Auch hier ziehen die Vernehmlassenden eine offene Formulierung des Ausgangs der gerichtlichen Prüfung vor. Weist der Verwaltungsrat ein Traktandierungsbegehren deshalb zurück, weil der angebehrte Verhandlungsgegenstand nicht traktandierungsfähig ist (beispielsweise weil dieser zu den unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates zählt) oder weil der notwendige Antrag zu einem zwar zulässigen Verhandlungsgegenstand fehlt, so hat das Gericht das Traktandierungsbegehren abzuweisen und die "Anordnung der Traktandierung" muss unterbleiben.
- 80 Die vorgeschlagene Regelung steht weitest gehend im Einklang mit den Minimalstandards der Art. 5 und Art. 6 Vorschlag EU-Aktionärsrichtlinie. Die europäische Regelung legt nur die hauptsächlichen Linien fest: Änderungen der Tagesordnung und Beschlussvorlagen können im Sinne eines Minimalstandards Aktionäre einbringen, die gemeinsam oder einzeln über 5% des Aktienkapitals oder Nennwerte von mehr als EUR 10 Mio. verfügen. Weder eine Anknüpfung an die Stimmen noch an den Börsenwert ist vorgesehen, weshalb diesbezüglich die schweizerische Lösung zu einer gewissen Abweichung führt. Art. 6 Ziff. 3 Vorschlag EU-Aktionärsrichtlinie statuiert den rechtzeitigen Eingang der Begehren, damit den Aktionären vor der Hauptversammlung sämtliche relevanten Informationen Unterlagen vorliegen.
- 81 Es wird vorgeschlagen, das Antragsrecht für börsenkotierte und nicht börsenkotierte Gesellschaften in zwei gesonderten Artikeln zu regeln (Art. 699b und Art. 699c VE OR), was zur Anpassung der Marginale und zur Streichung von Abs. 4 von Art. 699a VE OR führt.

Art. 699b OR (Vorschlag Bär & Karrer)

-

**Art.699b OR  
(Vorschlag Bär & Karrer)**

*3. Antragstellung*

*a. Börsenkotierte Gesellschaften*

<sup>1</sup> Jeder Aktionär kann Anträge zu den traktandierten Verhandlungsgegenständen schriftlich bei der Gesellschaft stellen wie folgt:

1. Anträge zu den vom Verwaltungsrat traktandierten Verhandlungsge-

*genständen müssen spätestens 30 Tage vor dem Versammlungstag eingehen;*

*2. Anträge zu Verhandlungsgegenständen, die von anderen Aktionären traktandiert wurden, müssen spätestens 20 Tage vor dem Versammlungstag eingehen.*

*<sup>2</sup> Entspricht der Verwaltungsrat dem Begehren nicht, hat er dies dem Geschworenen innert zehn Tagen schriftlich und begründet mitzuteilen. Das Gericht entscheidet auf Begehren des Geschworenen über den Antrag.*

*<sup>3</sup> Über nicht gehörig angekündigte Verhandlungsgegenstände und Anträge können keine Beschlüsse gefasst werden; ausgenommen sind Anträge auf Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung oder auf Durchführung einer Sonderuntersuchung.<sup>29</sup>*

82 Für das Antragsrecht drängt es sich aus Gründen der Übersichtlichkeit auf, für die Regelung für börsenkotierte und diejenige für nicht börsenkotierte Gesellschaften je einen gesonderten Artikeln vorzusehen (Art. 699b und Art. 699c OR Vorschlag Bär & Karrer). Bei börsenkotierten Gesellschaften ist beim Antragsrecht zur Schaffung vollständiger Entscheidungsgrundlagen vor der Generalversammlung die Abschaffung des Antragsrechts anlässlich der Generalversammlung unabdingbar (Art. 699b OR Vorschlag Bär & Karrer). Will man die Aktionärsdemokratie stärken, so müssen vor dem Hintergrund eines verstärkt internationalen Aktionariats bzw. eines Aktionariats, für welches sich der Aufwand einer physischen Präsenz an der Generalversammlung nicht lohnt, sämtliche Anträge rechtzeitig zur Ausübung des Weisungsrechts beim Aktionär eintreffen. Man kann mit guten Gründen das Antragsrecht (entsprechend Art. 6 Vorschlag EU-Aktionärsrichtlinie) als Minderheitenrecht ausgestalten. Um keine allzu weitreichende Änderungen zu postulieren, schlagen die Vernehmlassenden jedoch vor, das Antragsrecht weiterhin als Individualrecht beizubehalten. Dies führt aufgrund der Abschaffung des Antragsrechts an der Generalversammlung dazu, dass im Vorfeld der Generalversammlung ein weitergehender Aktionärsschutz entsteht, als ihn der VE OR mit Schwellenwerten entsprechend der Traktandierung vorsieht.

83 Damit unnötige Veröffentlichungsschritte vermieden werden können, sind die Anträge bzw. Gegenanträge (auch des Verwaltungsrates) zu den bekannten Verhandlungsgegenständen auf den nächstmöglichen Termin innerhalb der Vorbe-

---

<sup>29</sup> Dieser Abs. 3 entspricht im Wesentlichen Art. 700 Abs. 3 VE OR.

reitungsstaffel bekannt zu geben. Daher sei nochmals separat auf den Zeitablauf betreffend die Antragstellung hingewiesen:

- Spätestens 40 Tage vor der Generalversammlung: Anträge des Verwaltungsrates zu seinen eigenen Traktanden.
- Spätestens 30 Tage vor der Generalversammlung: Anträge der Aktionäre zu den eigenen Traktanden und denjenigen des Verwaltungsrates.
- Spätestens 25 Tage vor der Generalversammlung: Anträge des Verwaltungsrats zu den Traktanden der Aktionäre.
- Spätestens 20 Tage vor der Generalversammlung: Anträge der Aktionäre zu den Traktanden anderer Aktionäre.

- 84 Übt kein Aktionär sein Traktandierungsrecht aus und stellt kein Aktionär Gegenanträge zu den vom Verwaltungsrat traktandierten Verhandlungsgegenständen, so erübrigen sich die beiden nach der Einberufung vorgesehenen Bekanntgaben auf der Internetseite der Gesellschaft, die spätestens 25 bzw. 15 Tage vor dem Versammlungstag zu erfolgen haben. Kommt es jedoch zu keinen Gegenanträgen der Aktionäre zu Aktionärstraktanden (was regelmässig der Fall sein dürfte), so entfällt die spätestens 15 Tage vor der Generalversammlung zu erfolgende Bekanntmachung.
- 85 Das Recht auf Ergänzung der Tagesordnung ist im Sinne einer Minimalvorschrift in Art. 6 Vorschlag EU-Aktionärsrichtlinie an Schwellenwerte von 5% des Aktienkapitals oder Nennwerten von EUR 10 Mio. übersteigend geknüpft. Die vorgeschlagene Regelung als Individualrecht ist somit eurokompatibel.

Art. 699c OR (Vorschlag Bär & Karrer)

-

**Art.699c OR  
(Vorschlag Bär & Karrer)**

*3. Antragstellung*

*a. Nicht börsenkotierte Gesellschaften*

<sup>1</sup> *An der Generalversammlung kann jeder Aktionär ohne vorgängige Ankündigung Anträge im Rahmen der Verhandlungsgegenstände und zu Verhandlungen ohne Beschlussfassung stellen.*

<sup>2</sup> *Aktionäre können Anträge zu den traktandierten Verhandlungsgegenständen schriftlich spätestens 40 Tage vor dem Versammlungstag bei der Gesellschaft stellen, wenn sie zusammen mindestens vertreten:*

*1. zwei Prozent des Aktienkapitals*

*oder der Stimmen; oder*

*2. Aktien im Substanzwert gemäss letzter Jahresbilanz von vierhunderttausend Franken; oder*

*<sup>3</sup> Entspricht der Verwaltungsrat dem Begehren nicht, hat er dies dem Gesuchsteller innert zehn Tagen schriftlich und begründet mitzuteilen. Das Gericht entscheidet auf Begehren des Gesuchstellers über den Antrag.*

*<sup>4</sup> Über Anträge zu nicht gehörig angekündigten Verhandlungsgegenständen können keine Beschlüsse gefasst werden; ausgenommen sind Anträge auf Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung oder auf Durchführung einer Sonderuntersuchung.*

- 86 Der Vorschlag für einen neuen Art. 699c OR (Vorschlag Bär & Karrer) fügt die Regelungen bei nicht kotierten Gesellschaften, die bisher in Art. 699 Abs. 4 VE OR und Art. 700 Abs. 4 VE OR enthalten waren, unter dem Titel Antragstellung zusammen. In materieller Hinsicht wird vorgeschlagen, den Schwellenwert für die Antragstellung im Vorfeld der Generalversammlung auf zwei Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen bzw. auf vierhunderttausend Franken Substanzwert zu senken. U.E. machen identische Schwellenwert für das Traktandierungs- und das Antragsrecht wenig Sinn. Dies um so weniger als das Antragsrecht an der Generalversammlung ohnehin als Individualrecht ausgestaltet ist. Die übrigen Änderungen sind Konsequenz aus anderen geänderten Bestimmungen.

#### Art. 700 VE OR

##### **Art. 700 VE OR**

3. (...)

[<sup>1</sup> Die Generalversammlung ist spätestens 20 Tage vor dem Versammlungstag einzuberufen.]<sup>30</sup> Die Statuten bestimmen die Form. Die Einberufung und weitere Unterlagen dürfen dem Aktionär mit dessen Zustimmung elektronisch zugestellt werden.

##### **Art. 700 OR (Vorschlag Bär & Karrer)**

4. (...)

<sup>1</sup> Die Statuten bestimmen die *Form der Einberufung. Mit Zustimmung des Aktionärs können Zustellungen per Telefax, E-Mail oder in einer andern Form der Übermittlung, die den Nachweis des Versands ermöglicht, erfolgen.*

<sup>30</sup> Bekanntgabemodalitäten sind für börsenkotierte und nicht börsenkotierte Gesellschaften getrennt in die neu vorgeschlagenen Art. 700a und Art. 700b verschoben worden.

<sup>31</sup> Bekanntgabemodalitäten sind für börsenkotierte und nicht börsenkotierte Gesellschaften getrennt in die neu vorgeschlagenen Art. 700a und Art. 700b verschoben worden.

<sup>32</sup> Wurde in die neuen Art. 699b und 699c verschoben und angepasst.

<sup>33</sup> Art. 700 Abs. 4 wurde in den neuen Art. 699c verschoben.

[<sup>2</sup> In der Einberufung sind bekanntzugeben:

1. die Verhandlungsgegenstände;
2. die Anträge des Verwaltungsrats;
3. gegebenenfalls die Anträge der Aktionäre samt einer Zusammenfassung der eingereichten Begründungen;
4. bei Gesellschaften, deren Aktien an der Börse kotiert sind, der Name und die Anschrift des unabhängigen Stimmrechtsvertreters sowie der prozentuale Anteil von Dispoaktien am Aktienkapital.]<sup>31</sup>

[<sup>3</sup> Über Anträge zu nicht gehörig angekündigten Verhandlungsgegenständen können keine Beschlüsse gefasst werden; ausgenommen sind Anträge auf Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung oder auf Durchführung einer Sonderuntersuchung.]<sup>32</sup>

[<sup>4</sup> Zur Stellung von Anträgen im Rahmen der Verhandlungsgegenstände und zu Verhandlungen ohne Beschlussfassung bedarf es keiner vorgängigen Ankündigung.]<sup>33</sup>

<sup>2</sup> Die Eigentümer oder Vertreter der Aktien können die Zustimmung zu einer elektronischen Generalversammlung gestützt auf die Einberufung zu einer solchen verweigern.

<sup>3</sup> Die Statuten bestimmen die Form der in Absatz 1 und 2 vorgesehenen Zustimmung.

87 Abs. 2 und 3 des Vorschlages werden in Ziff. 221 kommentiert.

#### Art. 700a OR (Vorschlag Bär & Karrer)

-

#### **Art. 700a OR (Vorschlag Bär & Karrer)**

##### *5. Zeitpunkt und Inhalt*

##### *a. Nicht börsenkotierte Gesellschaften*

<sup>1</sup> Die Generalversammlung ist spätestens 20 Tage vor dem Versammlungstag einzuberufen.

<sup>2</sup> In der Einberufung sind bekanntzugeben:

1. Ort und Zeitpunkt der Generalversammlung;
2. die Verhandlungsgegenstände;
3. die Anträge des Verwaltungsrats;
4. gegebenenfalls die Anträge der Aktionäre samt einer Zusammen-

<sup>34</sup>

Entspricht weitgehend der Regelung in Art. 700 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 VE OR.



fassung der eingereichten Begründungen.<sup>34</sup>

- 88 Es wird vorgeschlagen, Ort und Zeitpunkt der Versammlung in den Gesetzestext aufzunehmen. Ansonsten wurden bei der Regelung betreffend nicht kotierte Gesellschaften hauptsächlich redaktionelle Änderungen, die sich hauptsächlich aus der Zweiteilung des vorliegenden Vorschlags ergeben, vorgenommen.

Art. 700b OR (Vorschlag Bär & Karrer)

-

**Art. 700b OR  
(Vorschlag Bär & Karrer)**

*b. Börsenkotierte Gesellschaften*

<sup>1</sup> Die Generalversammlung ist spätestens 40 Tage vor dem Versammlungstag einzuberufen.

<sup>2</sup> In der Einberufung sind bekanntzugeben:

1. *Ort und Zeitpunkt der Generalversammlung;*
2. *die vom Verwaltungsrat traktandierten Verhandlungsgegenstände und dessen Anträge zu diesen;*
3. *der Name und die Anschrift des unabhängigen Stimmrechtsvertreters [sowie der prozentuale Anteil der Dispoaktien am Aktienkapital]<sup>35</sup>.*

<sup>3</sup> *Spätestens 25 Tage vor dem Versammlungstag sind gegebenenfalls auf der Internetseite der Gesellschaft bekannt zu geben:*

1. *die von Aktionären traktandierten Verhandlungsgegenstände;*
2. *die Anträge der Aktionäre zu den von ihnen traktandierten Verhandlungsgegenständen;*
3. *die Anträge der Aktionäre zu den vom Verwaltungsrat traktandierten Verhandlungsgegenständen.*

<sup>4</sup> *Spätestens fünfzehn Tage vor dem Versammlungstag sind gegebenenfalls die Anträge der Aktionäre zu den von anderen Aktionären traktandierten Verhandlungsgegenständen auf der Internetseite der Gesellschaft be-*

---

<sup>35</sup> Entfällt, falls Dispoaktien eliminiert werden.

kannt zu geben.

<sup>5</sup> Die Bekanntgaben enthalten eine kurze Zusammenfassung der eingereichten Begründungen zu den von Aktionären traktandierten Verhandlungsgegenständen oder zu von Aktionären gestellten Anträgen.

- 89 Diese Regelung verwirklicht bei börsenkotierten Gesellschaften das Ziel der Schaffung einer vollständigen Entscheidungsgrundlage für nicht an der Generalversammlung teilnehmende Aktionäre. Dieses Ziel deckt sich mit einem der Leitgedanken des Vorschlags der EU-Aktionärsrichtlinie, wonach zu gewährleisten ist, dass Hauptversammlungen rechtzeitig einberufen werden und sämtliche erforderlichen Informationen den Aktionären im Vorfeld rechtzeitig vorliegen.<sup>36</sup> Da der europäische Regelungsentwurf die Bekanntgabe der nach der Einberufung eingehenden Beschlussvorlagen und Ergänzungen der Tagesordnung auf der Internet-Webseite genügen lässt, ist ein geraffter Zeitplan möglich als ihn die Vernehmlassenden vorliegend vorschlagen.<sup>37</sup>

### 2.3 Statuteninhalt (Art. 627 Ziff. 4 VE OR; Streichung von Art. 628 Abs. 1, 2 und 4 OR)

Art. 698a OR (Vorschlag Bär & Karrer)

-

#### **Art. 698a OR (Vorschlag Bär & Karrer)**

<sup>1</sup> Die Statuten können die Generalversammlung ermächtigen,

1. die Entlohnungspolitik inklusive die Ausrichtung von Mitarbeiteroptionen betreffend die Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und diesen nahe stehenden Personen zu genehmigen;

2. die Bezüge der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und ihnen nahe stehenden Personen sowie betreffend die Ausrichtung von Mitarbeiteroptionen zu genehmigen;

<sup>2</sup> Die Verweigerung der Genehmigung hat keine Auswirkung auf abgeschlossene Verträge.

<sup>36</sup> Vgl. dazu Art. 6 Ziff. 3 Vorschlag EU-Aktionärsrichtlinie.

<sup>37</sup> Es wird davon ausgegangen, dass 30 Tage vor der Hauptversammlung alle wesentlichen Informationen seitens des Verwaltungsrates vorliegen; vgl. Art. 5 Vorschlag EU-Aktionärsrichtlinie.

- 90 Die Möglichkeit einer Stimmabgabe über die Entlohnungspolitik der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung ist grundsätzlich zu begrüssen. Das Problem liegt eigentlich bei der Umschreibung der Stimmabgabe: ein Generalversammlungs-Beschluss über die Grundsätze der Entlohnungspolitik ist u.E. wünschenswert, dagegen ist die Generalversammlung nicht in der Lage, effektiv über die Einzelheiten zu entscheiden, insbesondere wenn es um die Änderung des Entlohnungspaketes geht. Bei der Entlohnung der Geschäftsleitung besteht zusätzlich das Risiko, dass ein Manager während dem Geschäftsjahr eingestellt werden muss, ohne dass seine Entlohnung definitiv geregelt werden kann. Diese Lage könnte zur Schwierigkeit bei der Einstellung von qualifizierten Managers führen, was sicher nicht den Zweck dieser Änderung entspricht. Darum empfehlen wir klarzustellen, dass die Verweigerung durch die Generalversammlung keine Auswirkungen auf bereits hat. Nichtsdestotrotz ist Art. 678 OR auf Fälle offensichtlicher Missverhältnisse anwendbar. Zumindest wäre es besser, die Rolle der Generalversammlung auf einen reinen Ratifizierungsentscheid der zukünftigen Entlohnung zu beschränken. Allenfalls muss die Wahl zwischen den verschiedenen Ausgestaltungen bei der Stimmabgabe offen sein.
- 91 Der Standpunkt der Gesetzsystematik der Stimmabgabe über die Entlohnung muss im dritten Abschnitt, Teil A in einem neuen Art. 698a VE OR wiederholt und klar gestellt werden.
- 92 Der Abschaffung von Art. 628 Abs.1, 2 und 4 OR ist zuzustimmen. Die Transparenz durch das Handelsregister ist gewährleistet und die Gesellschaften müssen nicht mehr die Statuten ändern und bereinigen, was die Verwaltung von Gesellschaften, die regelmässig ihr Kapital durch Sacheinlagen erhöhen vereinfacht.

### 3 Vermögensrechte

#### 3.1 Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen (Art. 678, 680 und 693 Abs. 3 Ziff. 5 VE OR)

Art. 678 und 680 VE OR

##### **Art. 678 VE OR**

<sup>1</sup> Aktionäre, Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung sowie diese nahestehende Personen, die ungerechtfertigt Dividenden, Tantiemen, andere Gewinnanteile oder Bauzinse bezogen haben, sind zur Rückerstattung verpflichtet.

<sup>2</sup> Sie sind auch zur Rückerstattung anderer Leistungen der Gesellschaft verpflichtet, soweit diese in einem Missverhältnis zu der von Ihnen erbrachten Gegenleistung stehen.

##### **Art. 678 OR (Vorschlag Bär & Karrer)**

<sup>1</sup> Aktionäre, Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung sowie diese nahestehende Personen, die ungerechtfertigt *und im bösen Glauben* Dividenden, Tantiemen, andere Gewinnanteile oder Bauzinse bezogen haben, sind zur Rückerstattung verpflichtet.

<sup>2</sup> Sie sind auch zur Rückerstattung anderer Leistungen der Gesellschaft verpflichtet, soweit diese in einem *offensichtlichen* Missverhältnis zu der

<sup>3</sup> Der Anspruch auf Rückerstattung steht der Gesellschaft zu. Zur Klage auf Leistung an die Gesellschaft berechtigt ist auch ein Aktionär oder Gläubiger.

<sup>4</sup> Die Pflicht zur Rückerstattung verjährt zehn Jahre nach Empfang der Leistung.

#### **Art. 680 VE OR**

<sup>1</sup> Den Aktionären können durch die Gesellschaft nur Pflichten auferlegt werden, die im Gesetz vorgesehen sind.

<sup>2</sup> Für den Bezug der Aktien darf nicht mehr gefordert werden als der bei der Ausgabe der Aktien festgesetzte Betrag.

<sup>3</sup> Der einbezahlte Betrag darf dem Aktionär nicht zurückerstattet werden.

von Ihnen erbrachten Gegenleistung stehen.

<sup>3</sup> Der Anspruch auf Rückerstattung steht der Gesellschaft zu. Zur Klage auf Leistung an die Gesellschaft berechtigt ist auch *jeder* Aktionär ~~oder Gläubiger~~. *Hatte der Aktionär aufgrund der Sach- und Rechtslage begründeten Anlass zur Klage, so verteilt der Richter die Kosten, soweit sie nicht vom Beklagten zu tragen sind, nach seinem Ermessen auf den Kläger und die Gesellschaft.*

<sup>4</sup> Die Pflicht zur Rückerstattung verjährt *fünf* ~~zehn~~ Jahre nach Empfang der Leistung.

#### **Art. 680 OR (Vorschlag Bär & Karrer)**

<sup>1</sup> Den Aktionären können durch die Gesellschaft nur Pflichten auferlegt werden, die im Gesetz vorgesehen sind.

<sup>2</sup> Für den Bezug der Aktien darf nicht mehr gefordert werden als der bei der Ausgabe der Aktien festgesetzte Betrag.

<sup>3</sup> ~~Der einbezahlte Betrag darf dem Aktionär nicht zurückerstattet werden.~~ *Ein Recht, den einbezahlten Betrag zurückzufordern, steht dem Aktionär nicht zu.*

#### Art. 678 Abs. 1 VE OR

- 93 Die Erweiterung des Kreises der passivlegitimierten Personen auf Mitglieder der Geschäftsleitung ist zu begrüssen. Bei grösseren Aktiengesellschaften werden diese regelmässig mit der Geschäftsführung betraut und der Verwaltungsrat beschäftigt sich nur mit der Oberaufsicht. Darum kommt der Geschäftsleitung regelmässig ein grosser Handlungsspielraum, der es ihr erlaubt, ungerechtfertigte Leistungen zu beziehen.
- 94 Dagegen ist der Verzicht auf das Erfordernis der Bösgläubigkeit zweifelhaft im Falle unabhängiger, aussenstehender Verwaltungsratsmitglieder und gar falsch im Falle von Aktionären. Mitglieder des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung wissen oft, ob die Zuteilung von Tantiemen oder anderer Gewinnanteile gerechtfertigt ist bzw. ein solches Wissen kann von diesen Personen zumindest i.d.R. verlangt werden. Die Lage ist aber ganz anders bei Aktionären. Sie sind nur

sehr selten ausreichend informiert, um zu beurteilen, ob die Zuteilung von Dividenden gerechtfertigt ist<sup>38</sup>. Zudem sind viele Aktionäre rein passive Anleger und interessieren sich gar nicht für den Geschäftsverlauf ihrer Gesellschaften. Darum wäre es verfehlt, alle Aktionäre zur Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen zu verpflichten.

- 95 In diesem Sinne ist es auch merkwürdig, dass der Vorentwurf bei der Kommanditgesellschaft in die gegenteilige Richtung geht: gemäss Art. 611 VE OR wird der gutgläubige Kommanditär nicht zur Rückerstattung verpflichtet, vorausgesetzt, er hat sich auf eine Bilanz gestützt. In diesem Zusammenhang wird zudem auf das Erfordernis der Ordnungsmässigkeit verzichtet. Diese Änderungen widersprechen denjenigen von Art. 678 Abs. 1 VE OR.
- 96 Schliesslich wäre eine solche Erweiterung des Anwendungsbereichs der aktienrechtlichen Rückerstattungspflicht sehr gefährlich für die Rechtssicherheit und für die Glaubwürdigkeit des Schweizer Kapitalmarkts. Diese Änderung setzt Anleger der Gefahr aus, dass sie Jahre nachdem sie Dividenden bekommen haben zur Rückerstattung verpflichtet werden, selbst wenn sie ihrerseits von der Geschäftsleitung, z.B. durch eine falsche Rechnungslegung oder optimistische Aussagen, getäuscht wurden. Ohne das Erfordernis der Bösgläubigkeit wären die Kosten der Kapitalbeschaffung wegen des Risikos einer Rückerstattungsklage schwer erhöht. Im Grunde muss das Erfordernis der Bösgläubigkeit als Voraussetzung der aktienrechtlichen Rückerstattungsklage beibehalten werden.

#### Art. 678 Abs. 2 VE OR

- 97 Dasselbe gilt auch für die Offensichtlichkeit des Missverhältnisses im Zusammenhang mit Art. 678 Abs.2 VE OR. Historisch und teleologisch bezweckt diese Voraussetzung die Verhinderung "kleinlicher Nachrechnungen" und den Entscheid von Einzelfällen im weiten Grenzbereich zu erleichtern<sup>39</sup>. Ohne dieses Adjektiv müsste das Gericht das "justum praetium" finden, was oft und insbesondere bei konzerninternen Tatbeständen sehr kompliziert oder gar unmöglich ist. Rechtssystematisch findet man diese Voraussetzung der Offensichtlichkeit des Missverhältnisses auch bei der Übervorteilung (Art. 21 OR). Die Streichung dieser Voraussetzung ist deshalb abzulehnen.
- 98 Einverstanden sind wir hingegen mit dem Verzicht auf die Rücksichtnahme auf die finanzielle Lage der Gesellschaft.<sup>40</sup>

#### Art. 678 Abs. 3 VE OR

- 99 Die Erweiterung des Kreises der aktivlegitimierten Personen ist fragwürdig. Wir sind zwar mit der Feststellung des Begleitberichts, wonach das Haftungssubstrat

---

<sup>38</sup> BOTSCHAFT 1983, 897 (siehe auch FN 62).

<sup>39</sup> Botschaft 1983, 897.

<sup>40</sup> Vgl. dazu die auch P. BÖCKLI, a.a.O., § 12, N 556 f.; BSK-OR II-KURRER, Art. 678 N 16.

der Gesellschaft durch unrechtmässige Leistungen verringert wird, einverstanden, doch haben die Gläubiger nicht in allen Fällen einen Anspruch auf die Beibehaltung dieses Haftungssubstrates. Insbesondere wenn frei verwendbares Eigenkapital vorhanden ist und die finanzielle Lage der Gesellschaft stabil und sicher ist, erleiden die Gläubiger keinen Schaden aus unrechtmässigen Leistungen.

100 Diese Ausdehnung ist weder mit dem aktienrechtlichen Gläubigerschutz noch mit der paulianischen Anfechtungsklage (Art. 285 ff. SchKG) vereinbar. In beiden Fällen sind die Gläubiger erst nach der Eröffnung des Konkurs aktivlegitimiert. Zusätzlich ist in einer ersten Phase einzig die Konkursverwaltung zur Geltendmachung der Ansprüche zuständig. In dieser Hinsicht eröffnet die Erweiterung der Aktivlegitimation auf Gläubiger einem Fluss unkoordinierter Klagen das Tor, ohne gleichzeitig einen Zusammenlegungsmechanismus vorzusehen. Falls es ein erwiesenes Bedürfnis nach der Erweiterung der Rückerstattungsklage gäbe, wäre eine Analyse zur Feststellung eines Bedürfnisses nach einer Erweiterung anderer Gläubigerklagen ausserhalb des Konkurses anzustrengen. Gegebenenfalls wäre die Einführung eines Koordinationsmechanismus unvermeidbar.

101 Da in der heutigen Regelung eine Bestimmung zur Übertragung des Prozessrisikos des klagenden Aktionärs fehlt, schlagen wir vor, die Kostenteilung in Art. 756 Abs. 2 OR aufzunehmen.

#### Art. 678 Abs. 4 VE OR

102 Die Verlängerung der Verjährungsfrist ist u.E. sehr problematisch. Da viele Rechtsgeschäfte mit dieser Klage angefochten werden können, führt diese Erstreckung zu einer grossen Unsicherheit. Zusätzlich ist eine zehnjährige Frist sehr lang im Vergleich zu anderen ähnlichen Klagen: die Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung verjährt mit Ablauf eines Jahres, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat (und in jedem Fall mit zehn Jahren) (Art. 67 Abs. 1 OR). Die aktienrechtliche Verantwortungsklage verjährt nach fünf Jahren (Art. 760 OR). Die Paulianische Anfechtung, die nach einer funktionellen Betrachtungsweise der Rückerstattungsklage sehr ähnlich ist, verjährt spätestens nach Ablauf von fünf Jahren nach dem anfechtbaren Geschäft (Art. 288 SchKG). Es sind daher keine Gründe ersichtlich, weshalb für diese Klage eine längere Verjährungsfrist vorzusehen wäre.

#### Art. 680 VE OR

103 Die Änderungen betreffend Art. 680 OR sind umstritten. Nur die neue Fassung von Art. 680 Abs. 3 VE OR ist nicht systemkonform. Der Aktionär darf die einbezahlten Beträge zurückfordern, aber nur unter strengen Bedingungen im Rahmen einer Kapitalherabsetzung oder einer Liquidation (sowie unter geltendem Recht, das die Kapitalreserve nicht vorsieht, im Rahmen einer Dividendenzahlung). Er hat dagegen keinen Anspruch auf eine Rückzahlung. Dieses Konzept war klar im geltenden Art. 680 Abs. 2 OR verankert und soll Teil des Schweizer Aktienrechts bleiben.

#### 4 Auflösung der Gesellschaft (Art. 736 VE OR)

##### Art. 736 VE OR

###### **Art. 736 VE OR**

A. (...)

I. (...)

Die Gesellschaft wird aufgelöst:

1. (...);

2. (...);

3. (...);

4. durch Urteil des Gerichts, wenn Aktionäre, die zusammen entweder mindestens fünf Prozent des Aktienkapitals, 5 Prozent der Stimmen, oder 1 Million des Nennwerts vertreten, aus wichtigen Gründen die Auflösung verlangen. Statt derselben kann das Gericht auf eine andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung erkennen;

5. (...).

###### **Art. 736 OR**

###### **(Vorschlag Bär & Karrer)**

A. (...)

I. (...)

<sup>1</sup> Die Gesellschaft wird aufgelöst:

1. (...);

2. (...);

3. (...);

4. durch Urteil des Gerichts, wenn Aktionäre, die zusammen mindestens *zehn* Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen ~~oder 1 Million des Nennwerts~~ vertreten, aus wichtigen Gründen die Auflösung verlangen. Statt derselben kann das Gericht auf eine andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung erkennen;

5. (...).

<sup>2</sup> *Liegen wichtige Gründe gemäss Abs. 1 Ziff. 4 vor, so ordnet das Gericht auf Begehren jedes Aktionärs, der weniger als zehn Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen vertritt, die Übernahme der Aktien dieses Aktionärs zum wirklichen Wert durch die Gesellschaft an.*

- 104 Die Vernehmlassenden begrüssen die durch den Vorentwurf angestrebte Erleichterung des Austritts bei Vorliegen wichtiger Gründe, schlagen aber eine differenziertere Regelung aus folgenden Gründen vor:
- 105 Hat die Gesellschaft die gemäss Art. 659 Abs. 2 VE OR zulässigen 10% eigener Aktien beansprucht, so verbleibt für die Übernahme der Aktien durch die Gesellschaft nur in der Bandbreite zwischen 5% und 10% des Aktienkapitals (allenfalls mehr Stimmen, wenn die Gesellschaft Stimmrechtsaktien ausgegeben hat) Raum. Es überzeugt nicht, dass Aktionäre mit geringeren Aktienbeständen, bei Vorliegen wichtiger Gründe, die eine Auflösung rechtfertigen würden, nicht auf Übernahme ihrer Aktien durch die Gesellschaft klagen können, führt dies doch für die Gesellschaft zu einer geringeren Belastung. Daher wird folgende Regelung vorgeschlagen:
- 106 Ein Aktionär, der maximal zehn Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen vertritt, soll bei Vorliegen wichtiger Gründe zwar nicht die gerichtliche Auflösung der

Gesellschaft verlangen können (was gegenüber den anderen Aktionären ein zu einschneidender Eingriff wäre), jedoch die Übernahme seiner Aktien zum wirklichen Wert durch die Gesellschaft. Damit wird ein nach oben quantitativ begrenztes Individualrecht auf Austritt geschaffen. Die Anforderungen an die wichtigen Gründe müssen vor dem Hintergrund des dem Aktienrecht grundsätzlich fremden Austrittsrechts jedoch dieselben sein, wie bei der Auflösungsklage. Wir schlagen zudem vor, dieses Austrittsrecht an keine Höchstgrenze für eigene Aktien zu knüpfen (vgl. dazu den Vorschlag zu einem geänderten Art. 659 Abs. 3 VE OR in Ziff. 212).

- 107 Angesichts der vorgeschlagenen Regelung ist es daher nicht erforderlich, die Schwellenwerte für die Klage auf Auflösung zu senken. Doch auch wenn die klagenden Aktionäre mehr als zehn Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen auf sich vereinen und somit die Auflösungsklage zum Zug kommt, kann das Gericht im Rahmen des nicht ausgeschöpften Umfangs der zulässigen eigenen Aktien der Gesellschaft von max. 20% gemäss Art. 659 Abs. 3 VE OR die Übernahme durch die Gesellschaft als angemessenere Rechtsfolge anordnen. Klagen beispielsweise Aktionäre, die 15 % des Aktienkapitals auf sich vereinen, auf Auflösung der Gesellschaft, so kann das Gericht die Übernahme durch die Gesellschaft nur dann verfügen, wenn die Gesellschaft maximal 5 % eigene Aktien hält.
- 108 Um eine ungerechtfertigte Benachteiligung zu vermeiden, wird eine entsprechende Anpassung der Steuerfolgen der Möglichkeit einer Übernahme der Aktien durch die Gesellschaft angeregt.
- 109 Hinsichtlich des Vorschlags der ersatzlosen Streichung der Nennwertschwellenwerte vgl. Ziff. 20 f.

## II Organisation des Verwaltungsrats

### 1 Aufgaben, Geschäftsführung und Interessenkonflikte (Art. 716a–716b, 717a VE OR)

#### Art. 716a VE OR

- 110 Die Änderungen in Art. 716a OR betreffend die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats werden begrüsst.

#### Art. 716b VE OR

##### **Art. 716b VE OR**

3. (...)

<sup>1</sup> (...).

<sup>2</sup> Das Organisationsreglement legt fest:

##### **Art. 716b OR (Vorschlag Bär & Karrer)**

3. (...)

<sup>1</sup> (...).

<sup>2</sup> Das Organisationsreglement legt fest:



- |   |  |
|---|--|
| <p>1. die innere Organisation und gegebenenfalls die Ausschüsse des Verwaltungsrates;</p> <p>2. die Ordnung der Geschäftsführung, die Bezeichnung der mit der Geschäftsführung betrauten Stellen und deren Aufgaben;</p> <p>3. die Modalitäten der Berichterstattung;</p> <p>4. die wichtigen Geschäfte, die der Genehmigung des Verwaltungsrats bedürfen.</p> <p><sup>3</sup> (...).</p> <p><sup>4</sup> Der Verwaltungsrat orientiert die Aktionäre und, sofern sie ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft machen, die Gläubiger der Gesellschaft auf Anfrage schriftlich über die Organisation der Geschäftsführung.</p> | <p>1. die innere Organisation und gegebenenfalls die Ausschüsse des Verwaltungsrates;</p> <p>2. die Ordnung der Geschäftsführung, die Bezeichnung der mit der Geschäftsführung betrauten Stellen und deren Aufgaben;</p> <p>3. die Modalitäten der Berichterstattung;</p> <p>4. die wichtigen Geschäfte, die der Genehmigung des Verwaltungsrats bedürfen.</p> <p><sup>3</sup> (...).</p> <p><sup>4</sup> Der Verwaltungsrat orientiert die Aktionäre und, sofern sie ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft machen, die Gläubiger der Gesellschaft auf Anfrage schriftlich <i>über den zwingenden Inhalt des Organisationsreglements</i>.</p> |
|---|--|

- 111 Die Änderungen in Art. 716b VE OR betreffend das Organisationsreglement werden grundsätzlich begrüsst. Nicht ganz ersichtlich ist jedoch, wieso die Aktionäre einen Anspruch auf Information über die Organisation der Geschäftsführung erhalten sollen, nicht aber einen solchen über die weiteren neu als zwingend erachteten Regelungsbereiche des Organisationsreglements wie etwa die innere Organisation des Verwaltungsrates und die Liste der wichtigen Geschäfte, die der Genehmigung des Verwaltungsrates bedürfen.

Art. 717a VE OR

**Art. 717a VE OR**

2. Interessenkonflikte

<sup>1</sup> Die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung legen dem Vorsitzenden Interessenkonflikte unverzüglich und vollständig offen.

<sup>2</sup> Der Verwaltungsrat ergreift die Massnahmen, die zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft nötig sind.

<sup>3</sup> Die Beschlussfassung über die Ausstandspflicht erfolgt ohne die betroffene Person.

**Art. 717a OR**

**(Vorschlag Bär & Karrer)**

2. Interessenkonflikte

<sup>1</sup> Die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung legen dem *Verwaltungsrat* Interessenkonflikte unverzüglich und vollständig offen.

<sup>2</sup> Der Verwaltungsrat ergreift die Massnahmen, die zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft nötig sind.

~~<sup>3</sup> Die Beschlussfassung über die Ausstandspflicht erfolgt ohne die betroffene Person.~~

- 112 Der neue Art. 717a VE OR über den Umgang mit Interessenkonflikten im Verwaltungsrat wird grundsätzlich begrüsst. Da sich allenfalls auch der Vorsit-

zende in einem Interessenkonflikt befinden kann, sind die Interessenkonflikte u.E. dem Gremium als solches mitzuteilen. Problematisch ist u.E. jedoch die in Abs. 3 indirekt verankerte Ausstandspflicht im Falle von sich manifestierten Interessenkonflikten. Der Ausstand des betroffenen Verwaltungsratsmitgliedes sowohl bei Beratung des fraglichen Geschäfts wie auch bei entsprechender Beschlussfassung stellt u.E. nicht immer eine geeignete Massnahme zur Überwindung des Interessenkonfliktes dar.<sup>41</sup>

- 113 Nicht nur ist eine solche Ausstandspflicht unvereinbar mit der Funktion des Verwaltungsrates als Organ kollektiver Entscheidung und solidarischer Verantwortung (dies insbesondere im Bereich der unentziehbaren und unübertragbaren Aufgabe)<sup>42</sup>, sondern es kann auch sein, dass der fragliche Verwaltungsrat als einziges Mitglied des Gremiums über entscheidungswesentliche Informationen verfügt und damit unter Umständen gegen seine Sorgfaltspflicht von Art. 717 OR verstösst, wenn er bei Beratung (und Beschlussfassung) in Ausstand treten würde.
- 114 Als Beispiel hierfür sei folgender (in der Praxis vorgekommener Fall) angeführt: Eine Gesellschaft erfährt, dass eine Konkurrentin eine Offerte an ihre Aktionäre unterbreiten möchte. Verwaltungsratspräsident und CEO erachten dies aus strategischen Gründen als sehr wünschenswert, habe beide aber – aus früherer Zeit – Abgangsentschädigungen zugesichert erhalten, falls ein Kontrollwechsel stattfindet und sie dadurch ihre Position verlieren. Diese Abgangsentschädigungen stellen zweifelsohne ein Eigeninteresse an der Transaktion dar, das mit einem Ausstand theoretisch ausgeschaltet werden könnte. Für die nicht-exekutiven Mitglieder (und auch die Aktionäre) wäre es aber unbefriedigend, wenn sich die beiden Personen, die den Markt und damit die Zukunftsaussichten des Unternehmens am besten kennen, mit einem Ausstand um Teilnahme an (und Verantwortung für) dem für das Unternehmen zentralen Entscheid, ob man den Aktionären die Transaktion empfehlen will, drücken könnten.
- 115 In solchen Konstellationen müsste es unseres Erachtens genügend sein, wenn das Eigeninteresse (und vielleicht auch das Zustandekommen des Beschlusses) den Aktionären offen gelegt wird. Als mögliche Massnahme könnte auch eine Teilnahme der vom Interessenkonflikt betroffenen Verwaltungsräte an der Beratung und eine anschliessende doppelte Beschlussfassung über das fragliche Geschäft in Betracht gezogen werden.
- 116 Gemäss obigen Ausführungen stellt u.E. der Ausstand nicht das einzige und nicht zwingend das richtige Mittel zur Überwindung von Interessenkonflikten dar, weshalb Abs. 3 überflüssig wird und ersatzlos zu streichen ist. Ausserdem steht er u.E. in gewissem Sinne im Widerspruch zu Abs. 2, welcher die Wahl der zur

---

<sup>41</sup> Ausführlich R. WATTER /K. ROTH PELLANDA, Die "richtige" Zusammensetzung des Verwaltungsrates, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, Zürich 2006, 74 ff.

<sup>42</sup> Ebenso H.C. VON DER CRONE, Interessenkonflikte im Aktienrecht, SZW 66 (1994), 5; M. LAZOPOULOS, Massnahmen zur Bewältigung von Interessenkonflikten im Verwaltungsrat, AJP 2006, 144 f.

Wahrung der Interessen der Gesellschaft notwendigen Massnahme, dem Verwaltungsrat überlässt.

## 2 Amtsdauer und Einzelwahl (Art. 710 Abs.1 VE OR)

### Art. 710 VE OR

#### **Art. 710 VE OR**

##### 3. Wahl und Amtsdauer

<sup>1</sup> Die Mitglieder des Verwaltungsrats werden jährlich von der Generalversammlung gewählt. Die Wahl erfolgt für jedes Mitglied einzeln.

<sup>2</sup> (...).

#### **Art. 710 OR**

#### **(Vorschlag Bär & Karrer)**

##### 3. Wahl und Amtsdauer

<sup>1</sup> Die Mitglieder des Verwaltungsrates werden ~~jährlich~~ von der Generalversammlung *für eine Amtsperiode von bis zu drei Jahren* gewählt. Die Wahl erfolgt für jedes Mitglied einzeln.

<sup>2</sup> (...).

117 Begrüsst wird die Streichung der Ermöglichung einer bis zu sechs Jahren dauernden Amtsperiode.

118 Die Einführung einer zwingenden einjährigen Amtsperiode erscheint uns jedoch als zu drastische und teilweise auch an den Zielen der Corporate Governance vorbeischiessende Massnahme. Dies insbesondere aus folgenden Gründen: Mit einer einjährigen Amtsperiode findet nicht nur eine Positionsschwächung des Verwaltungsrates gegenüber der Geschäftsleitung statt<sup>43</sup>, welche sich nicht jährlich zur Wiederwahl stellen muss, sondern – und dies ist vor allem auch für die Aktionäre erheblich – sie wird auch dazu führen, dass sich die Verwaltungsräte bei der Wahrnehmung ihrer Aufgabe nicht auf die langfristigen, sondern auf die kurzfristige Ziele konzentrieren werden. Auch benötigt ein neu in das Gremium gewählter Verwaltungsrat eine gewisse Einarbeitungszeit in die Materie und die gesellschaftsinternen Abläufe, welche insbesondere bei der Übernahme von Sonderaufgaben – etwa in einem Ausschuss – durchaus ein Jahr und länger betragen kann. Neu gewählten Verwaltungsräten wird es deshalb kaum möglich sein, innerhalb eines Jahres einen fundierten Beweis für ihr Können zu liefern.<sup>44</sup> Letztlich verunmöglicht eine zwingende einjährige Amtsperiode eine Staffelung der Wiederwahl und kann im Extremfall dazu führen, dass sämtliche Verwaltungsräte durch die Generalversammlung (oder einen neuen kontrollierenden Aktionäre) im gleichen Zeitpunkt ausgewechselt werden. Eine nicht erfolgte Wiederwahl ist psychologisch gesehen viel einfacher durchführbar, als eine Abwahl des gesamten Gremiums.<sup>45</sup> Mit einer zu kurzen Amtsperiode wird damit die Institutionalisierung eines Nachfolgesystems verhindert sowie die Kontinuität, Stabilität und das

<sup>43</sup> P. BÖCKLI/C. HUGUENIN/F. DESSEMONTET, Expertenbericht der Arbeitsgruppe "Corporate Governance" zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004, 90.

<sup>44</sup> F. MALIK, Die neue Corporate Governance, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2002, 208.

<sup>45</sup> P. BÖCKLI/C. HUGUENIN/F. DESSEMONTET, a.a.O., 89.

Know-hows des Gremiums aufs Spiel gesetzt, was wiederum negative Auswirkungen auf die Effektivität und Effizienz des Gremiums mit sich bringen kann<sup>46</sup>.

- 119 Da aber auch eine zu lange Amtsperiode (aber auch und insbesondere eine lange Amtsdauer) nachteilig sein kann und etwa die Entstehung von Interessenkonflikten und persönlichen Seilschaften fördert<sup>47</sup> und kurze Amtsperioden durchaus auch ihre Vorteile haben können, so z.B. wenn jemand nur über eine bestimmte Zeit zur Begleitung eines spezifischen Projektes in den Verwaltungsrat gewählt werden soll<sup>48</sup>, vertreten wir die Ansicht, dass eine Mittelösung zu suchen ist. Unseres Erachtens sollte eine Höchstdauer von drei Jahren gesetzlich verankert werden, wie sie heute bereits dispositiv gilt<sup>49,50</sup>. Im Übrigen sollte aber im Sinne des Subsidiaritätsprinzips die Gestaltungsfreiheit gewahrt bleiben und den Gesellschaften überlassen werden, ob sie allenfalls für alle oder nur für einige ihrer Verwaltungsräte kürzere Amtsperioden vorsehen möchten.
- 120 Rechtsvergleichend betrachtet, steht eine solche Lösung eher im Einklang mit den anderen europäischen Rechtsordnungen, welche Amtsperioden von drei bis sechs Jahren vorsehen.<sup>51</sup>
- 121 Ebenfalls begrüsst wird die zwingende Einführung der Einzelwahl, die heute bereits in vielen Publikumsgesellschaften üblich ist.

### **3 Unabhängigkeit des Verwaltungsrats bei Vergütungsfestlegung (Art. 707 Abs. 3 VE OR)**

#### Art. 707 Abs. 3 VE OR

##### **Art. 707 Abs. 3 VE OR**

<sup>3</sup> Bei Gesellschaften, deren Aktien an der Börse kotiert sind, muss ausgeschlossen sein, dass Mitglieder des Verwaltungsrates, die zugleich Einsitz in denselben Verwaltungsräten anderer Gesellschaften haben, gegenseitig Einfluss auf die Festsetzung

##### **Art. 707 Abs. 3 OR (Vorschlag Bär & Karrer)**

<sup>3</sup> Bei Gesellschaften, deren Aktien an der Börse kotiert sind, muss ausgeschlossen sein, dass Mitglieder des Verwaltungsrates *und der Geschäftsführung*, die zugleich Einsitz in denselben Verwaltungsräten *und Geschäftsführungen anderer Gesell-*

<sup>46</sup> Siehe hierzu T. BRÖNNIMANN, Corporate Governance und die Organisation des Verwaltungsrates, Diss. Bern 2003, 168 ff.

<sup>47</sup> In den USA werden die Mitglieder der Verwaltungsräte gewöhnlich für die Dauer eines Jahres gewählt, wobei die neueren Gesetze der Gliedstaaten eine Wiederwahl bis zur maximalen Amtsdauer von drei Jahren zulassen (J.D. COX/T.L. HAZEN, *Cos and Hazen on Corporations*, Volume I, 2. Aufl., New York 2003, 391; M. LIPTON/J.W. LORSCH, *A Modest Proposal for Improved Corporate Governance*, 48 *Business Lawyer* (1992-1993), 68; siehe diesbezüglich bereits R.C. CLARK, *Corporate Law*, Boston/Toronto 1986, 105).

<sup>48</sup> G. KRNETA, *Praxiskommentar Verwaltungsrat*, 2. Aufl., Bern 2005, N 403; L.R. SPRÜNGLI, *Die neue Rolle des Verwaltungsrates*, Diss. ST. Gallen 1990, 275.

<sup>49</sup> Art. 710 Abs. 1 OR.

<sup>50</sup> Ähnlich auch Ziff. 13 Abs. 1 des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, der eine ordentliche Amtsperiode von in der Regel nicht mehr als vier Jahren und eine angemessene Staffelung der Amtszeiten empfiehlt.

<sup>51</sup> Gemäss Art. 46 der Societas Europae VO werden die Mitglieder der Gesellschaftsorgane für einen in der Satzung festgelegten Zeitraum, der jedoch 6 Jahre nicht überschreiten darf, bestellt. § 102 Abs. 1 des deutschen Aktiengesetzes sieht eine Amtsperiode von grundsätzlich 5 Jahren vor und Art. 90 Abs. 1 des französischen "Loi 24 juillet 1966" sieht eine Amtsperiode von höchstens 6 Jahre vor.

ihrer Vergütungen haben.

*schaften* haben, gegenseitig Einfluss auf die Festsetzung ihrer Vergütungen haben.

- 122 Die Änderungen werden begrüsst. Unseres Erachtens sind sie jedoch auch auf die Geschäftsleitungsmitglieder zu erweitern, damit im Falle von Überkreuzverflechtungen eine gegenseitige Einflussnahme ebenso vermieden werden kann.

#### 4 **Offenlegung der Vergütungen an die Organe (Art. 697<sup>quater</sup>–697<sup>sexties</sup> VE OR)**

Art. 697<sup>quinquies</sup> VE OR

##### **Art. 697<sup>quinquies</sup> VE OR**

b. Vergütungen in Gesellschaften mit nicht börsenkotierten Aktien

In Gesellschaften, deren Aktien nicht an der Börse kotiert sind, kann jeder Aktionär Auskunft über die Vergütungen, Darlehen und Kredite gemäss Artikel 697<sup>quater</sup> verlangen.

##### **Art. 697<sup>quinquies</sup> OR (Vorschlag Bär & Karrer)**

b. Vergütungen in Gesellschaften mit nicht börsenkotierten Aktien

<sup>1</sup> In Gesellschaften, deren Aktien nicht an der Börse kotiert sind, kann jeder Aktionär *schriftliche* Auskunft über die Vergütungen, Darlehen und Kredite gemäss Artikel 697<sup>quater</sup> verlangen.

<sup>2</sup> *Die Tatsache der Auskunftserteilung ist den anderen Aktionären gleichzeitig mit der Beantwortung schriftlich mitzuteilen und im Schweizerischen Handelsamtsblatt sowie in der von den Statuten vorgeschriebenen Form bekannt zu geben. Jeder Aktionär kann während 60 Tagen seit der Mitteilung die umgehende kostenlose Zustellung der erteilten Auskünfte von der Gesellschaft verlangen. Die erteilten Antworten sind an der nächsten Generalversammlung zur Einsicht aufzulegen.*

- 123 Die Änderungen werden begrüsst, da es Aktionären von nicht börsenkotierten Gesellschaften ebenfalls ermöglicht werden muss, Informationen über die Vergütungen, Darlehen und Kredite an Verwaltungsräte und Geschäftsleitung zu erhalten. Dem Bedürfnis nach Vertraulichkeit wird durchaus genüge getan, indem die Transparenz bei privaten Aktiengesellschaften nur bei entsprechendem Auskunftsgesuch eines Aktionärs gewährt wird.

- 124 Unseres Erachtens ist Art. 697<sup>quinquies</sup> VE OR jedoch insofern zu ergänzen, als dass die Aktionäre zwingend einen Anspruch auf Schriftlichkeit der Auskunft erhalten sollen. Dies ist zum Schutz der Rechtsstellung der Aktionäre notwendig, da die Kenntnis der Höhe der Leistung alleine nicht genügt, damit der Aktionär von seinen Rechten – wie etwa der Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen (Art. 678 VE OR) – entsprechend Gebrauch machen kann. Ausserdem müs-

sen die anderen Aktionäre ebenso wie bei Art. 697 VE OR (Vorschlag Bär & Karrer) bereits aufgeführt – aufgrund der Pflicht zur Gleichbehandlung – über die erteilten Auskünfte informiert werden.

### III Verantwortlichkeit der Revisionsstelle (Art. 759 VE OR)

#### Art. 759 VE OR

##### **Art. 759 VE OR**

C. (...)

<sup>1</sup> Sind für einen Schaden mehrere Personen ersatzpflichtig, so ist jede von ihnen mit den anderen solidarisch haftbar, soweit ihr der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist.

<sup>1bis</sup> Wer der Revisionshaftung untersteht und nur für leichtes Verschulden solidarisch mit anderen Personen einzustehen hat, haftet höchstens bis zum Betrag von 10 Millionen Franken. Bei der Revision von Gesellschaften, deren Beteiligungspapiere an der Börse kotiert sind und bei der Revision von wirtschaftlich bedeutenden Gesellschaften nach Artikel 727 ist die Haftung für leichtes Verschulden auf 25 Millionen Franken beschränkt.

<sup>2</sup> Der Kläger kann mehrere Beteiligte gemeinsam für den Gesamtschaden einklagen und verlangen, dass das Gericht im gleichen Verfahren die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten festsetzt.

<sup>3</sup> Der Rückgriff unter mehreren Beteiligten wird vom Gericht in Würdigung aller Umstände bestimmt.

##### **Art. 759 OR**

##### **(Vorschlag Bär & Karrer)**

C. (...)

<sup>1</sup> Sind für einen Schaden mehrere Personen ersatzpflichtig, so ist jede von ihnen mit den anderen solidarisch haftbar, soweit ihr der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist.

<sup>1bis</sup> Wer der Revisionshaftung untersteht und nur für leichtes Verschulden solidarisch mit anderen Personen einzustehen hat, *hat höchstens bis zu demjenigen Betrag einzustehen, welcher der Summe der bezogenen Revisionshonorare der letzten fünf Geschäftsjahre entspricht. Insofern die der Revisionshaftung unterstehenden Personen ihre Funktion bei der zu prüfenden Gesellschaft weniger als fünf Geschäftsjahre wahrnehmen, sind die bezogenen Revisionshonorare hochzurechnen.*

<sup>2</sup> Der Kläger kann mehrere Beteiligte gemeinsam für den Gesamtschaden einklagen und verlangen, dass das Gericht im gleichen Verfahren die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten festsetzt.

<sup>3</sup> Der Rückgriff unter mehreren Beteiligten wird vom Gericht in Würdigung aller Umstände bestimmt.

#### Art. 759 Abs. 1 VE OR

125 Wir begrüßen die sprachliche Änderung.

#### Art. 759 Abs. 1<sup>bis</sup> VE OR

126 Grundsätzlich begrüßen wir den in Art. 759 Abs. 1<sup>bis</sup> VE OR zur Diskussion gestellten Vorschlag, die solidarische Haftung für Revisionsdienstleistungen

summenmässig zu begrenzen, sofern die Haftung der Revisionsstelle nur auf einem leichten Verschulden beruht. Dies insbesondere deshalb, weil sich in der Vergangenheit gezeigt hat, dass die obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane, die durch ein grobfahrlässiges oder absichtliches Verhalten die Hauptursache für den eingetretenen Schaden gesetzt haben, aufgrund ihrer beschränkten finanziellen Mittel und des oft mangelnden Versicherungsschutzes nur mit bescheidenen Beiträgen an der Schadensdeckung beteiligen, während die ebenfalls im Boot der Ersatzpflichtigen sitzenden Wirtschaftsprüfungsgesellschaften am Stärksten zur Kasse gebeten werden, obwohl sie in der Regel das geringste Verschulden trifft. Nichtsdestotrotz erachten wir die in Art. 759 Abs. 1<sup>bis</sup> VE OR zur Diskussion gestellte Regelung als zu wenig differenziert. Unseres Erachtens erscheint eine einheitliche Haftungsobergrenze differenziert nach der Grösse der zu revidierenden Gesellschaft für sämtliche Wirtschaftsprüfungsgesellschaften als nicht sachgerecht. Vielmehr erachten wir eine Regelung als angemessen, welche die solidarische Haftung bei leichtem Verschulden der Wirtschaftsprüfer auf die Summe der in den letzten fünf Jahre bezogenen Revisionshonorare beschränkt<sup>52</sup>. Entgegen einer im Schrifttum dargelegten Meinung führt eine solche Haftungsregelung keineswegs dazu, dass eine Revisionsstelle, die erfolgreich ein etwas höheres Honorar aushandelt, durch eine höhere Haftungslimite "bestraft" werden soll<sup>53</sup>. Selbstverständlich setzt die von uns vorgeschlagene Regelung voraus, dass hinsichtlich der Revisionshonorare Transparenz herrscht. Während dies für Publikumsgesellschaft nach Ziff. 8.2 der SWX-Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance ohnehin der Fall ist, müssten nicht kotierte Gesellschaften die bezahlten Revisionshonorare erst im Falle eines Verantwortlichkeitsprozesses offen legen. In diesem Zusammenhang gilt es jedoch auch zu prüfen, ob die Revisionshonorare (sowie evtl. auch die weiteren Honorare der Revisionsstelle) nicht generell im Anhang offen zu legen sind, zumal sie für den Aktionär eine wichtige Information darstellen.

- 127 Um eine Privilegierung der Revisionsstelle gegenüber anderen Haftpflichtigen zu vermeiden, bleibt zu prüfen, ob eine Limitierung der Haftung auch für den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung sowie generell für andere der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterstehende Personen einzuführen ist.<sup>54</sup>

Art. 759 Abs. 2 und Abs. 3 VE OR

- 128 Wir begrüssen die sprachlichen Änderungen.

---

<sup>52</sup> Vgl. auch H.C. VON DER CRONE, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 78 (2006), 17.

<sup>53</sup> A.M. U. BERTSCHINGER, Verantwortlichkeit der Revisionsstelle – Aktuelle Fragen und Perspektiven, ZSR 124 (2005), II. Halbband, 604.

<sup>54</sup> Vgl. auch H.C. VON DER CRONE, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, a.a.O., 17.

#### IV Organhaftung (Art. 755 und 756 VE OR)

##### Art. 755 VE OR

129 Wir begrüßen die sprachliche Änderung.

##### Art. 756 Abs. 2 VE OR

130 Hinsichtlich der Kostentragung leuchtet der Verweis auf die geplante schweizerische Zivilprozessordnung nicht ein. Bis zu deren Inkrafttreten richtet sich die Kostentragung nach den kantonalen Prozessordnungen, sofern keine bundesrechtliche Regelung vorgesehen ist. Bestehen jedoch klare Vorstellungen für eine bundesrechtliche Regelung, so wäre diese jetzt im VE OR zu behandeln und später in die schweizerische Zivilprozessordnung überzuführen.

##### Art. 757 OR

##### **Art. 757 OR (geltendes Recht)**

B. (...)

II. (...)

<sup>1</sup> Im Konkurs der geschädigten Gesellschaft sind auch die Gesellschaftsgläubiger berechtigt, Ersatz des Schadens an die Gesellschaft zu verlangen. Zunächst steht es jedoch der Konkursverwaltung zu, die Ansprüche von Aktionären und Gesellschaftsgläubigern geltend zu machen.

<sup>2</sup> Verzichtet die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung dieser Ansprüche, so ist hierzu jeder Aktionär oder Gläubiger berechtigt. Das Ergebnis wird vorab zur Deckung der Forderungen der klagenden Gläubiger gemäss den Bestimmungen des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes vom 11. April 1889 verwendet. Am Überschuss nehmen die klagenden Aktionäre im Ausmass ihrer Beteiligung an der Gesellschaft teil; der Rest fällt in die Konkursmasse.

<sup>3</sup> Vorbehalten bleibt die Abtretung von Ansprüchen der Gesellschaft gemäss Artikel 260 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes.

##### **Art. 757 OR (Vorschlag Bär & Karrer)**

B. (...)

II. (...)

<sup>1</sup> Im Konkurs der geschädigten Gesellschaft sind auch die Gesellschaftsgläubiger berechtigt, Ersatz des Schadens an die Gesellschaft zu verlangen. Zunächst steht es jedoch der Konkursverwaltung zu, die Ansprüche von Aktionären und Gesellschaftsgläubigern geltend zu machen.

<sup>2</sup> Verzichtet die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung dieser Ansprüche, so ist hierzu jeder Aktionär oder Gläubiger berechtigt. Das Ergebnis wird vorab zur Deckung der Forderungen der klagenden Gläubiger gemäss den Bestimmungen des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes vom 11. April 1889 verwendet. Am Überschuss nehmen die klagenden Aktionäre im Ausmass ihrer Beteiligung an der Gesellschaft teil; der Rest fällt in die Konkursmasse.

~~<sup>3</sup> Vorbehalten bleibt die Abtretung von Ansprüchen der Gesellschaft gemäss Artikel 260 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes.~~



- 131 Nach der bundesgerichtlichen Theorie vom einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit<sup>55</sup> besteht im Konkurs der Aktiengesellschaft materiell-rechtlich kein Unterschied mehr zwischen dem Anspruch, den die Aktionäre oder die Gläubiger direkt aus Art. 757 Abs. 1 und 2 OR geltend machen, und dem Anspruch, den sich ein Gläubiger nach Art. 757 Abs. 3 OR bzw. Art. 260 SchKG abtreten lässt. Sämtliche vorstehend genannten Klagen erfolgen aus dem Recht der Gläubigergesamtheit. Wenngleich der in Art. 757 Abs. 3 OR statuierte Vorbehalt vom Art. 260 SchKG im Ergebnis zumindest anzeigt, dass der Anspruch aus dem Recht der Gläubigergesamtheit in prozessrechtlicher Hinsicht auf zwei verschiedene Arten verfolgt werden kann, kommt ihm aus aktienrechtlicher Perspektive bloss eine deklaratorische Bedeutung zu, da für eine zusätzliche Abtretung von Verantwortlichkeitsansprüchen nach Art. 260 SchKG ausserhalb der in Art. 757 Abs. 1 und 2 OR geregelten Prozessführungsrechte kein Raum besteht<sup>56</sup>.

Art. 758<sup>bis</sup> OR (Vorschlag Bär & Karrer)

-

**Art. 758<sup>bis</sup> OR  
(Vorschlag Bär & Karrer)**

*C. Unmittelbarer Schaden der Aktionäre oder Gläubiger*

<sup>1</sup> *Tritt der durch die der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterliegenden Personen verursachte Schaden nicht im Vermögen der Gesellschaft, sondern unmittelbar im Vermögen der Aktionäre oder Gesellschaftsgläubiger ein, so können diese den entstandenen Schaden jederzeit direkt aus eigenem Recht gegenüber den verantwortlichen Personen geltend machen.*

<sup>2</sup> *Ist hingegen nebst den Aktionären und Gesellschaftsgläubigern auch die konkursite Gesellschaft unmittelbar geschädigt, können die geschädigten Aktionäre und Gläubiger ihren unmittelbaren Schaden, der auf dem gleichen pflichtwidrigen Verhalten der verantwortlichen Personen beruht, im Konkurs der Gesellschaft erst dann geltend machen, wenn im Konkursverfahren endgültig über die Geltendmachung des Schadens der Gesellschaft entschieden wurde.*

<sup>3</sup> *Analoges hat für die Klageberechtigten aus Art. 41 OR zu gelten.*

<sup>55</sup> Vgl. dazu etwa BGE 117 II 439 und BGE 122 III 176.

<sup>56</sup> Vgl. zum Ganzen P. BÖCKLI, a.a.O., § 18 N 358.

- 132 In der Vergangenheit ist hinsichtlich der Unterscheidung zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Schaden sowohl in der Lehre als auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit eine gewisse Rechtsunsicherheit entstanden. Diese bis zum heutigen Zeitpunkt bestehende Rechtsunsicherheit wiegt in der Praxis umso schwerer, als die Unterscheidung in mittelbaren und unmittelbaren Schaden für die aktivlegitimierten Aktionäre und Gläubiger von enormer Bedeutung ist, weil nur für die Geltendmachung ihres mittelbaren Schadens – wie man den Gesellschaftsschaden aus Aktionärs- und Gläubigersicht in Anlehnung an das frühere Aktienrecht bezeichnet<sup>57</sup> – die Sondervorschriften von Art. 756–758 OR zu beachten sind.
- 133 Die wohl herrschende Lehre sowie die frühere, bis zum BGE 122 III 176 ff. geltende Praxis des Bundesgerichts beurteilt die Frage nach dem Vorliegen eines mittelbaren oder eines unmittelbaren Schadens anhand der *betroffenen Vermögensmasse*, in welcher der Schaden unmittelbar eingetreten ist, d.h. danach, ob der Schaden in der Vermögensmasse der Aktiengesellschaft oder direkt in derjenigen des Gläubigers bzw. des Aktionärs eingetreten ist. Das massgebliche Abgrenzungskriterium "ist somit nach dieser Auffassung, in welcher Vermögensmasse der Schaden unmittelbar eintritt bzw. ob die haftungsbegründenden Handlungen zu einer Beeinträchtigung des Vermögens der Gesellschaft geführt haben"<sup>58</sup>. Den Aktionären und Gläubigern kann somit ein Schaden auf zweierlei Arten entstehen: "entweder indirekt dadurch, dass die Vermögensinteressen der Gesellschaft geschädigt werden und infolge dieser Schädigung der Gesellschaft auch den Aktionären ein Nachteil erwächst (...) oder direkt in der Weise, dass zwar die Gesellschaft selbst keinen Schaden erleidet, aber die Handlung des Verwaltungsorgans unmittelbar in die Sphäre des Aktionärs eingreift"<sup>59</sup>. Während man in ersterem Fall von einem mittelbaren Schaden spricht, ist im zweiten Fall von einem unmittelbaren Schaden der Aktionäre und Gläubiger auszugehen.
- 134 Im Unterschied zum alten Aktienrecht, welches in Art. 755 ff. aOR unter der Marginalie "Geltendmachung des mittelbaren Schadens" den Begriff des mittelbaren Schadens explizit mit "dem den einzelnen Aktionären oder Gesellschaftsgläubigern nur mittelbar durch Schädigung der Gesellschaft verursachten Schaden" gleichsetzte<sup>60</sup>, verzichtet das derzeit geltende Recht in Art. 756 ff. OR unter der Marginalie "Schaden der Gesellschaft" auf eine Umschreibung des mittelbaren Schadens, indem es nur von dem "der Gesellschaft verursachten Schaden" spricht<sup>61</sup>. Ungeachtet dieses formellen Verzichts auf eine Umschreibung des Begriffs des mittelbaren Schadens beabsichtigte der Gesetzgeber damit freilich keine

---

<sup>57</sup> Vgl. dazu die Marginalie zu Art. 755 ff. aOR, die explizit von der "Geltendmachung des mittelbaren Schadens" sprach.

<sup>58</sup> So BGE 122 III 190 in Erläuterung der früheren Rechtsprechung; Näheres zur früheren Rechtsprechung in BGE 110 II 391.

<sup>59</sup> BGE 59 II 455.

<sup>60</sup> Art. 755 aOR.

<sup>61</sup> Art. 756 Abs. 1 OR.

materielle Änderung der Rechtslage in Art. 756 ff. OR<sup>62</sup>. Demnach erweist sich ein Schaden dann als mittelbar, wenn der Aktionär oder der Gläubiger nur deshalb einen Schaden erleidet, weil die Gesellschaft selbst unmittelbar zu einem Schaden kommt, d.h., wenn der Schaden im Vermögen der Aktionäre oder der Gläubiger einzig dadurch entsteht, dass das Vermögen der Gesellschaft vermindert wurde. Dabei ist nach Ansicht des Bundesgerichts der einer Gesellschaft direkt zugefügte Schaden deckungsgleich mit dem Schaden, welcher den Aktionären und den Gläubigern insgesamt indirekt entsteht<sup>63</sup>. Ein Aktionär erleidet dieser traditionellen Auffassung zufolge bereits dadurch einen mittelbaren Schaden, dass durch den unmittelbaren Substanzverlust des Gesellschaftsvermögens der innere Wert seiner Beteiligung sinkt, während der Gläubiger durch die unmittelbare Schädigung der Gesellschaft erst im Konkursfall<sup>64</sup> mittelbar geschädigt ist, d.h., wenn die Gesellschaft aufgrund des Vermögensverlusts ihren Verpflichtungen endgültig nicht mehr nachkommen kann. In Abweichung vom allgemeinen Haftpflichtrecht erlaubt also die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsordnung mit der Geltendmachung des Anspruchs aus mittelbarer Schädigung den Ersatz eines Reflexschadens aufgrund einer besonderen Kausalitäts- und Rechtswidrigkeitsnorm.

- 135 Der Begriff des unmittelbaren Schadens findet im Unterschied zu jenem des mittelbaren Schadens weder eine Erwähnung noch eine explizite Regelung im Obligationenrecht, weshalb sich sein Inhalt nur aus einer Gegenüberstellung zum vorstehend erwähnten mittelbaren Schaden erschliessen lässt. Stellt man auf das Abgrenzungskriterium der betroffenen Vermögensmasse ab, so liegt eine unmittelbare Schädigung des Aktionärs oder des Gläubigers dann vor, wenn diese den Schaden selbst individuell erleiden, d.h., wenn diese durch das pflichtwidrige Verhalten in ihrer vermögensrechtlichen Stellung beeinträchtigt werden, ohne dass gleichzeitig das Gesellschaftsvermögen geschmälert wird. Der Schaden muss somit direkt in der Vermögensmasse des Anspruchsberechtigten eingetreten sein. Während die Aktiengesellschaft durch das pflichtwidrige Verhalten von Organpersonen immer nur mittelbar geschädigt werden kann, tritt eine unmittelbare Schädigung bei einem Aktionär etwa dann ein, wenn ihm zu Unrecht das Bezugsrecht vorenthalten wird oder die ihm zustehenden Dividenden nicht ausbezahlt werden. Ein Gläubiger hingegen erleidet etwa dann einen unmittelbaren Schaden, wenn er durch unwahre Auskünfte, unrichtige Erklärungen oder eine falsche Bilanz zur Gewährung von Krediten an die Gesellschaft verleitet wurde<sup>65</sup>. Beim Anspruch aus unmittelbarer Schädigung handelt es sich in allen wesentlichen Punkten um einen Anspruch aus allgemeinem Haftpflichtrecht, auf welchen die besonderen Regeln von Art. 756–758 OR keine Anwendung finden,

---

<sup>62</sup> BOTSCHAFT des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBL 1983 II 745 ff. (zit. nach Separatdruck), 1 ff., 192.

<sup>63</sup> BGE 117 II 438.

<sup>64</sup> Dem Konkursfall gleichgestellt ist der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung i.S.v. Art. 317 ff. SchKG, nicht jedoch die verschiedenen anderen Insolvenzverfahren, die nicht auf die Zwangsliquidation ausgerichtet sind; vgl. dazu BGE 122 III 166 ff. und 176 ff.; 117 II 441; 93 II 24 und 86 II 185.

<sup>65</sup> Vgl. dazu den amtlich nicht publizierten BGE 4C.344/1998 vom 24. November 2000 betreffend Irreführung des Kreditgebers durch wissentlich überhöhte Bilanzierung von Debitoren.

der jedoch hinsichtlich der Legitimation, des Gerichtsstandes, der Solidarität und der Verjährung eine aktienrechtliche Modifikation erfährt. In den zuletzt genannten Punkten richtet sich die Geltendmachung des Anspruchs aus unmittelbarer Schädigung nach den aktienrechtlichen Normen von Art. 759–761 OR bzw. nach Art. 29 GestG.

- 136 Das Bundesgericht hat jedoch unlängst in zwei Entscheiden<sup>66</sup> die sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen zum unmittelbaren Gläubigerschaden zum Anlass genommen, die bis dahin unbestrittene und im Grundsatz klare Unterscheidung zwischen dem mittelbaren und dem unmittelbaren Schaden anhand des Abgrenzungskriteriums der betroffenen Vermögensmasse einer Neuurteilung zu unterziehen. Ausgangspunkt dieser Neuurteilung war laut Bundesgericht unter anderem die in BGE 117 II 432 ff. neu entwickelte Konzeption des Anspruchs der Gläubigersamtheit, welche es nahe legte, "auch die Grenzziehung zwischen dem mittelbaren und unmittelbaren Gläubigerschaden in ihrem Licht zu überprüfen und nötigenfalls zu präzisieren"<sup>67</sup>. Der eigentliche Hintergrund dieser bundesgerichtlichen Neuurteilung ist jedoch in der Besserstellung der unmittelbaren Haftungsansprüche der Gläubiger gegenüber ihren Ansprüchen aus mittelbarem Schaden bei der Geltendmachung im Konkurs zu sehen. Während die Gläubiger einen unmittelbaren Schaden sowohl vor als auch nach der Konkurseröffnung jederzeit selbständig geltend machen können, vermögen die Gläubiger Ansprüche aus dem Schaden der Gesellschaft in aller Regel erst nach der Durchführung der zweiten Gläubigerversammlung einzuklagen, da diese über die Geltendmachung des Gesellschaftsschadens im Konkurs entscheidet<sup>68</sup>. Geht man davon aus, dass der beklagte Verantwortliche nicht sämtliche Schadenersatzansprüche befriedigen kann, liegt in der früheren Klagemöglichkeit der unmittelbar geschädigten Gläubiger eine sachlich nicht gerechtfertigte Privilegierung. Als Folge dieser Konstellation befürchtet das Bundesgericht die Entstehung eines eigentlichen "Wettlauf[s] um Befriedigung" aus der versiegenden Quelle der Verantwortlichkeit der Organe bzw. der bei diesen vorhandenen Vermögenssubstanz, was der gesetzgeberischen Intention, mittels Art. 756 OR eine einheitliche Geltendmachung der Verantwortlichkeitsansprüche zu statuieren, diametral entgegenlaufen würde<sup>69</sup>. Zur Vermeidung dieser unannehmbaren praktischen Konsequenzen muss nach Ansicht des Bundesgerichts beim Verstoss gegen Bestimmungen, welche sowohl den Interessen der Gesellschaft als auch dem Schutz der Gläubiger dienen, ab dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung der einheitliche Anspruch der Gläubigersamtheit aus mittelbarem Schaden konkurrierende Ansprüche aus unmittelbarem Gläubigerschaden, welche auf dieselbe Handlung oder

---

<sup>66</sup> BGE 122 III 176 ff.; bestätigt in BGE 125 III 86; wiederum bestätigt und rekapituliert im amtlich nicht publizierten BGE 4C.344/1998 vom 24. November 2000 und im BGE 4C.275/2000 vom 24. April 2001; ebenfalls bestätigt in BGE 127 III 374 für einen Anspruch aus Art. 725a OR gegenüber dem Gemeinwesen; offen gelassen in BGE 129 III 129, wo das Bundesgericht festhält, dass die Frage nach der Bestimmung der Schadensart aufgrund der Rechtsgrundlage der Schadenersatzpflicht im vorliegenden Fall nicht von Bedeutung sei, da die Gesellschaft selbst keinen Schaden erlitten habe; ebenso offen gelassen in BGE 120 II 129.

<sup>67</sup> BGE 122 III 190.

<sup>68</sup> Der Entscheid über die Anhebung oder Weiterführung von Prozessen fällt nach Art. 253 Abs. 2 i.V.m. Art. 207 SchKG in die *Kompetenz der zweiten Gläubigerversammlung*.

<sup>69</sup> Vgl. dazu BGE 122 III 194; ebenso BGE 127 III 380.

Unterlassung gestützt werden, ausschliessen<sup>70</sup>. Mit anderen Worten ausgedrückt, stellt die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts, initiiert durch BGE 122 III 176 ff., als Resultat der Neubeurteilung zur Unterscheidung von mittelbarem und unmittelbarem Gläubigerschaden nicht mehr auf die betroffene Vermögensmasse ab, sondern auf die *Rechtsgrundlage der jeweiligen Schadenersatzpflicht*. Entscheidend für die Abgrenzung sind folglich die Art der Pflichtverletzung, die dem ins Recht gefasste Organ vorgeworfen wird, und die Interessen, deren Schutz die verletzte Vorschrift dient.

- 137 Ein unmittelbarer Gläubigerschaden liegt nach dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur noch dann vor, wenn das Verhalten des pflichtwidrig handelnden Gesellschaftsorgans gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstösst, die ausschliesslich dem Gläubigerschutz dienen, oder wenn die Schadenersatzpflicht auf einem anderen widerrechtlichen Verhalten i.S.v. Art. 41 OR oder einem Tatbestand der "culpa in contrahendo" gründet<sup>71</sup>. Als Beispiel erwähnt das Bundesgericht den Fall, "wo ein Gesellschaftsorgan einen Dritten durch falsche Auskünfte über die finanzielle Lage der Gesellschaft zur Kreditgewährung an die Gesellschaft veranlasst"<sup>72</sup>. Voraussetzung zur Geltendmachung eines unmittelbaren Schadens ist also immer ein bestimmtes Verhalten des Organs (Handlung oder Unterlassung) in einer direkten Beziehung zum Geschädigten, durch welches Pflichten verletzt werden, die der entsprechenden Organperson gegenüber dem Geschädigten persönlich obliegen.
- 138 Ein mittelbarer Gläubigerschaden liegt bei der Verwendung der Rechtsgrundlage der jeweiligen Schadenersatzpflicht als Abgrenzungskriterium hingegen dann vor, wenn durch das pflichtwidrige Verhalten des Organs Bestimmungen verletzt werden, die sowohl den Interessen der Gesellschaft wie auch dem Schutz der Gläubiger dienen<sup>73</sup>. Dasselbe muss in theoretischer Hinsicht auch bei einer Verletzung von Pflichten gelten, die ausschliesslich dem Schutz der Gesellschaft Rechnung tragen. Unmittelbar geschädigt und damit auch anspruchsberechtigt ist in diesen beiden Fällen jeweils stets die Gesellschaft, welche diese Ansprüche auch ausserhalb des Konkurses geltend machen kann, währenddessen die Gläubiger nur insoweit mittelbar betroffen sind, als sie deswegen bei einem Gesellschaftskonkurs einen Ausfall auf ihren Forderungen erleiden. Diesem Umstand trägt das Gesetz dadurch Rechnung, dass mit der Konkurseröffnung der Anspruch aus dem Recht der Gesellschaft abgelöst wird durch einen einheitlichen Anspruch der Gläubigersamtheit.

---

<sup>70</sup> BGE 122 III 194; bestätigt im amtlich auszugsweise in BGE 131 III 306 ff. publizierten BGE 4C.111/2004 vom 9. November 2004 i.S. Biber-Holding.

<sup>71</sup> Vgl. dazu den amtlich nicht publizierten BGE 4C.275/2000 vom 24. April 2001; BGE 128 III 182 f. und BGE 127 III 377; vgl. ferner auch SG-GVP 2000 114.

<sup>72</sup> BGE 122 III 192 mit der Anmerkung, dass auch ein blosses Schweigen eine Haftung begründen kann, wenn nach den Grundsätzen des Vertragsrechts eine Aufklärungspflicht besteht; kritisch dazu MAURENBRECHER Verantwortlichkeitsprozesse 1334, nach dessen Ansicht die "culpa in contrahendo" entgegen den Ausführungen des Bundesgerichts jedenfalls nach herkömmlicher Auffassung keine persönliche Verantwortung bewirkt, der im Namen einer Aktiengesellschaft handelt. Dieser Ansicht zufolge ergibt sich eine direkte Haftbarkeit vielmehr nur dann, wenn man die falschen oder unterlassenen Angaben als Pflichtwidrigkeit i.S.v. Art. 754 OR begreift.

<sup>73</sup> In diesem Sinne sowohl BGE 122 III 88 als auch BGE 122 III 193.

139 Die vorstehend zitierten Bundesgerichtsentscheide, anhand derer das Bundesgericht die bis zu diesem Zeitpunkt unbestrittene Unterscheidung zwischen einer mittelbaren und einer unmittelbaren Schädigung einer Neubeurteilung bzw. einer Neuordnung unterzogen hat, ergingen alle zu unmittelbaren Gläubigerschäden, beurteilt nach der Konkurseröffnung über die betroffene Aktiengesellschaft<sup>74</sup>. Konsequenterweise, müsste für den Aktionärsschaden eigentlich "mutatis mutandis" dasselbe Abgrenzungskriterium gelten wie für die Gläubiger, doch hat das Bundesgericht im Urteil 4C.13/1997<sup>75</sup> dies in Bezug auf neue Aktionäre nicht bestätigt und die Abgrenzung vielmehr nach dem Kriterium der Vermögensmasse vorgenommen, indem es einen Schaden deshalb als unmittelbar charakterisierte, weil die Gesellschaft nicht geschädigt worden sei, sondern als Geschädigte einzig die klagende Aktionärin aufträte und der eingeklagte Schaden sich nicht mittelbar aus einer primären Schädigung der Gesellschaft ableite<sup>76</sup>. Davon ausgehend, dass es sich bei dieser Entscheidung weder um eine beabsichtigte noch um eine unbewusste Rückkehr zur früheren Rechtsprechung handelt, kann darin vielmehr eine Präzisierung dahingehend erblickt werden, dass die Rechtsgrundlage als Abgrenzungskriterium nur in denjenigen Fällen zur Anwendung gelangen soll, in denen über die betroffene Aktiengesellschaft bereits der Konkurs eröffnet worden ist. Wenn auch diese Ansicht nicht explizit aus dem entsprechenden Urteil hervorgeht, so entspricht sie doch dem vom Bundesgericht mit der Neukonzeption der Abgrenzung verfolgten Ziel, das Vorliegen eines unmittelbaren Schadens einzudämmen, da diese Schadensform im Konkurs der Aktiengesellschaft zu einer Ungleichbehandlung der Klageberechtigten führen kann<sup>77</sup>, und wurde implizit im Urteil 4C.198/2000<sup>78</sup> bzw. mittlerweile auch explizit im BGE 129 III 129 ff. sowie im "Biber-Entscheid 4C.111/2004"<sup>79</sup> bestätigt. Aus den beiden zuletzt genannten Entscheidungen geht zudem präzisierend hervor, dass die Bedenken hinsichtlich eines sachlich unbegründeten privilegierten Zugriffs der

---

<sup>74</sup> In BGE 125 III 86 ff. wurde der Konkurs allerdings erst während des Appellationsverfahrens eröffnet und mangels Aktiven wieder eingestellt.

<sup>75</sup> Deutsche Übersetzung in SemJud 120 (1998) 553 ff.

<sup>76</sup> Die Umstellung erfolgte schon in BGE 122 III 190 f. nicht konsequent: «Leitet sich der Schaden eines Gläubigers bloss aus dem Schaden der Gesellschaft ab, indem er infolge der Vermögenseinbusse der Gesellschaft für seine Forderungen nicht gedeckt ist, so liegt ein mittelbarer Schaden vor.»; ebenso inkonsequent BGE 129 III 129, wo das Bundesgericht streckenweise in den Kategorien und der Terminologie der früheren Rechtsprechung argumentiert.

<sup>77</sup> BGE 122 III 194.

<sup>78</sup> In dem amtlich nicht publizierten BGE 4C.198/2000 vom 28. September 2000 hat das Bundesgericht den Schaden eines Aktionärs, der sich aufgrund einer fehlerhaften Bilanz – und damit infolge des Verstosses der Kontrollstelle gegen Art. 728 OR – im Rahmen einer Kapitalerhöhung an einer mittlerweile konkursiten Aktiengesellschaft beteiligte, als unmittelbar qualifiziert.

<sup>79</sup> Im amtlich auszugsweise in BGE 131 III 306 ff. publizierten Entscheid 4C.111/2004 vom 9. November 2004 i.S. Biber Holding AG hält das Bundesgericht im Sinne einer Präzisierung seiner bisherigen Rechtsprechung explizit fest: "Wenn der durch die Organe verursachte Schaden nicht im Vermögen der Gesellschaft, sondern unmittelbar im Vermögen der Aktionäre oder Gesellschaftsgläubiger eingetreten ist, können diese direkt gegenüber den verantwortlichen Organen die Leistung von Schadenersatz einklagen. Diese Klagemöglichkeit ist keiner Beschränkung unterworfen, solange kein Konkurs über die Gesellschaft eröffnet ist. Das Gleiche gilt grundsätzlich auch nach der Eröffnung des Konkurses, wenn ausschliesslich Aktionäre bzw. Gesellschaftsgläubiger geschädigt worden sind. Wenn hingegen neben den Aktionären und Gesellschaftsgläubigern auch die konkursite Gesellschaft direkt geschädigt ist, kann die Individualklage der Aktionäre und Gläubiger in Konkurrenz zu den Ansprüchen der Gesellschaft treten. Nur für diesen Fall hat die Rechtsprechung die Klagebefugnis der Aktionäre und Gläubiger zur Verhinderung eines Wettlaufs zwischen der Konkursverwaltung und den direkt klagenden Gläubigern bzw. Aktionären zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen eingeschränkt. Danach können die Aktionäre bzw. Gläubiger ihren direkten Schaden nur ausnahmsweise geltend machen, wenn das Verhalten eines Gesellschaftsorgans gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstösst, die ausschliesslich dem Gläubiger- bzw. Aktionärsschutz dienen oder die Schadenersatzpflicht auf einem anderen widerrechtlichen Verhalten des Organs im Sinn von Art. 41 OR oder einem Tatbestand der culpa in contrahendo gründet".

parallel zur Konkursverwaltung klagenden Aktionäre oder Gläubiger nicht nur weitgehend dann entfallen, wenn sich die Aktiengesellschaft ausserhalb des Konkurses befindet, sondern auch dann, wenn es im Konkurs der Aktiengesellschaft an einem primär durch die Konkursverwaltung geltend zu machenden Gesellschaftsschaden fehlt<sup>80</sup>. Infolgedessen soll das Kriterium des Schutzzweckes der Rechtsgrundlage der Schadenersatzpflicht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung *nur* dann zur Abgrenzung der Schadensart herangezogen werden, wenn über die Gesellschaft bereits der *Konkurs* eröffnet und *neben* den Aktionären und Gläubigern auch die Gesellschaft selber geschädigt worden ist.

- 140 Im Unterschied zur Sichtweise des Bundesgerichtes ist das Problem der vorzeitigen Klagemöglichkeit eines unmittelbar Geschädigten im Konkurs der Aktiengesellschaft bei gleichzeitiger Schädigung derselben bzw. die damit verbundene Beeinträchtigung des Haftungssubstrates nicht über eine Neudefinition des unmittelbaren Schadens, sondern vorzugsweise durch eine Koordination der Prozesse gegen die Verantwortlichen gelöst werden. In diesem Sinne gilt es, in Anlehnung an Art. 207 SchKG eine unserem Vorschlag entsprechende Lösung in Betracht zu ziehen, bei welcher die Geltendmachung der Ansprüche der unmittelbar Geschädigten eingestellt wird bzw. nicht in Gang gesetzt werden kann, bis die entsprechenden Ansprüche aus mittelbarer Schädigung, die auf dem gleichen pflichtwidrigen Verhalten beruhen, geltend gemacht werden können. Es ist unseres Erachtens sachlich nicht vertretbar, den unmittelbar geschädigten Aktionären und Gläubigern nur dann einen Anspruch auf Geltendmachung ihres Schadens zu gewähren, wenn die verantwortlichen Personen eine Pflicht verletzt haben, die in abstrakter Weise ausschliesslich die betroffenen Aktionäre bzw. Gläubiger schützen soll.
- 141 Um die nach Art. 41 OR klageberechtigten Aktionäre und/oder Gläubiger bei der Geltendmachung ihres unmittelbaren Schadens nicht zu bevorzugen, haben die Art. 758<sup>bis</sup> Abs. 1 und Art. 758<sup>bis</sup> Abs. 2 OR auch für diese zu gelten.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> Vgl. dazu insbesondere E. 3.1.2 des amtlich auszugsweise in BGE 131 III 306 ff. publizierten Entscheids 4C.111/2004 vom 9. November 2004 i.S. Biber Holding AG.

<sup>81</sup> Ähnlich R. WATTER/P. REICHENBERG, La responsabilité des sociétés cotées en bourse liée à leurs communications financières défailantes, FN 58.

## **C Neuregelung der Kapitalstrukturen**

### **I Flexibilisierung der Kapitalstrukturen (Art. 650–653y [Alternative I] VE OR)**

142 Einleitend sei angemerkt, dass wie in Ziff. 214 notiert, die Abschaffung der Inhaberaktien als zuwenig motiviert angesehen wird. Die Beibehaltung der Inhaberaktie führt zu einer Anzahl von Änderungen im Gesetzesentwurf, auf deren Hinweis in der Folge aber verzichtet wird.

#### **1 Ordentliche Kapitalerhöhung (Art. 650, 652, 652a, 652b, 652f, 652g und 652h VE OR)**

143 Die Änderungen werden grundsätzlich begrüsst. Es wird bedauert, dass auf eine explizite Erwähnung der ordentlichen Kapitalerhöhung mit Maximalbetrag verzichtet wurde; es wird jedoch davon ausgegangen, dass dies weiterhin möglich ist, da nach wie vor ein Bedarf dafür bestehen kann, insbesondere wenn die angestrebte Kapitalerhöhung a) im Falle eines Kapitalbandes das sog. Maximalkapital von 150% des bei Einführung des Kapitalbands bestehenden Aktienkapitals (also im extremsten Fall 200% des aktuell bestehenden Aktienkapitals (=Basiskapital) übersteigt) oder b) im Falle der genehmigten Kapitalerhöhung die Sperrgrenze von der Hälfte des Aktienkapitals überschreitet. Es sollte explizit im Gesetz erwähnt werden, dass eine ordentliche Kapitalerhöhung, die den Gesamtbetrag nicht erreicht, jedenfalls dann im Handelsregister eingetragen wird, wenn die Generalversammlung eine "maximale" Kapitalerhöhung beschlossen hat.

144 Art. 650 Abs. 2 Ziff. 7 VE OR kann vor dem Hintergrund der im Rahmen der GmbH-Revision beschlossenen Einengung des Anwendungskreises der Sachübernahmenvorschriften belassen werden. Andernfalls wäre eine Ausnahmeregelung von der Pflicht, den Namen der Einleger anzugeben, für die Fälle von beabsichtigten Sachübernahmen wünschenswert, in denen Ungewissheit bezüglich des Vertragspartners besteht oder der Kreis (etwa im Fall eines Kaufangebotes an alle Aktionäre einer Aktiengesellschaft) nicht oder noch nicht bekannt ist, eine bestimmte Zahl überschreitet oder aber gute Gründe dafür vorliegen, diesen nicht zu nennen.

145 In Art. 652 Abs. 3 VE OR wird wohl davon ausgegangen, dass der Zeichnungsschein erst nach dem Generalversammlungsbeschluss unterzeichnet wird; es sollte sichergestellt werden, dass er am Tag der Eintragung (nicht nur der Anmeldung) noch gültig ist.

146 In Art. 652b Abs. 2 VE OR wird das Festübernahmeverfahren geregelt. Dabei ist vorgängig festzustellen, dass anstelle der Bank ein Effektenhändler gemäss BEHG vorzusehen ist, da das Festübernahmeverfahren als nicht eigentliches Bankgeschäft keine eine Bewilligung als Bank sondern eine Bewilligung als Effekten-



händler im Sinne des BEHG voraussetzt (die Bank jedoch in der Regel auch über eine Effektenhändlerlizenz verfügt). Weiter scheint uns fraglich, ob Nichtigkeit die richtige Rechtsfolge ist eines Verstosses seitens der Bank ist und was die Konsequenzen davon sind. Einerseits bietet ja die Qualifikation der Bank (respektive des Effektenhändlers) als beaufsichtigtes Institut bereits Gewähr für eine ordnungsgemässe Abwicklung, andererseits stellt sich uns die Frage, ob die Nichtigkeit das Verpflichtungs- oder Verfügungsgeschäft beschlägt, und ob in der Tat damit der wertpapierrechtliche Gutglaubensschutz zulasten des Erwerbers ausgehebelt werden soll. Gilt dies auch für den dritten und vierten Erwerber? Wir schlagen vor, auf die Nichtigkeitsfolge zu verzichten, die Bank jedoch auf ihrer zivilrechtlichen Verantwortung zu verhaften.

- 147 Bei Ergänzung des bisherigen Wortlauts durch "wesentlich" in Art. 652b Abs. 5 VE OR wäre grundsätzlich zu begrüssen, es ist jedoch zu fragen, aus welcher Sicht die "Wesentlichkeit" zu verstehen ist. Dies vor allem vor dem Hintergrund des Begleitberichtes<sup>82</sup>: Es kann nicht angehen, dass die Gesellschaft in die Pflicht genommen wird, die Wesentlichkeit für jeden einzelnen Aktionäre zu prüfen. Dahingehend aber der Begleitbericht auch mittels Verwendung des Begriffs "bewusst". Demgemäss müsste dem Verwaltungsrat in Zukunft geraten werden, die finanziellen Mittel im entscheidenden, naturgemäss in der (nahen) Zukunft liegenden Zeitpunkt jedes einzelnen Aktionärs zu überprüfen (und sich zusichern zu lassen). Kann dieser Nachweis nicht erbracht werden, z.B. mangels Kooperation eines Aktionärs, ist die Kapitalerhöhung grundsätzlich gefährdet. Es ist deshalb die "Wesentlichkeit" zu klären oder die Rückkehr zum bisherigen Wortlaut von Art. 652b Abs. 2 OR am Ende zu erwägen (und damit auch auf die Rechtsprechung dazu). Allenfalls wäre das relative Gleichbehandlungsgebot (BGE 102 II 265) explizit zu erwähnen.
- 148 In Art. 652b Abs. 6 VE OR irritiert zuallererst die Verwendung des Begriffs "Ausgabepreis" – dieser wird oftmals im Rahmen des Festübernahmepreises für den Betrag verwendet, den der Aktionär der festübernehmenden Bank zu leisten hat. Es wird davon ausgegangen, dass "Ausgabebetrag" wie im Randtitel zu Art. 624 und in Art. 650 Abs. 2 Ziff. 3 OR genannt gemeint wird. Andernfalls würde die Bestimmung nur im Festübernahmeverfahren von Relevanz sein, in welchem Fall es aber im Ergebnis am allerwahrscheinlichsten zu einem – direkten oder indirekten – Handel der Bezugsrechte kommt. Weiter möge beachtet werden, dass die Feststellung des wirklichen Wertes gerade für kleinere Gesellschaften mit unverhältnismässig grossem Aufwand verbunden sein kann. Es ist eine Ausnahme für kleinere Unternehmen (z.B., diejenigen, die nach Inkrafttreten der GmbH-Revision unter neu Art. 727 OR keiner Pflicht zur ordentlichen Revision unterstehen) zu erwägen. Auf jeden Fall aber sollte eine Ausnahme im Falle sachlicher Gründe vorgesehen werden; diese sind insbesondere dann erfüllt, wenn z.B. ein Unternehmen nicht genügend Rendite erwirtschaftet (d.h. der

---

<sup>82</sup> BEGLEITBERICHT, 46.

wirkliche Wert tendenziell zu hoch liegt) oder ein Unternehmen trotz an und für sich gutem Geschäftsgang keine neuen finanziellen Mittel erhältlich machen kann.

Art. 652b Abs. 6 VE OR

**Art. 652b Abs. 6 VE OR**

<sup>6</sup> Der Ausgabepreis darf nur dann wesentlicher tiefer als der wirkliche Wert der Aktien festgesetzt werden, wenn das Bezugsrecht handelbar ist.

**Art. 652b Abs. 6 OR  
(Vorschlag Bär & Karrer)**

<sup>6</sup> Der Ausgabebetrag darf nur *aus sachlichen Gründen wesentlich* tiefer als der wirkliche Wert der Aktien festgesetzt werden, *oder* wenn das Bezugsrecht *direkt oder indirekt* handelbar ist.

**2 Bedingte Kapitalerhöhung (Art. 653, 653b, 653c, 653d, 653f und 653g VE OR)**

149 Die Änderungen werden durchwegs begrüsst.

Art. 653b Abs. 3 VE OR

150 Es wird bedauert, dass die in der Lehre und Praxis stark kritisierte Nichtigkeitsfolge unangetastet bleibt.

**Art. 653b Abs. 3 VE OR**

<sup>3</sup> Wandel- oder Optionsrechte, die vor der Eintragung der Statutenbestimmungen über die bedingte Kapitalerhöhung im Handelsregister eingetragen werden, sind nichtig.

**Art. 653b Abs. 3 OR  
(Vorschlag Bär & Karrer)**

<sup>3</sup> *Gibt der Verwaltungsrat Wandel- oder Optionsrechte aus, die weder durch eine dem Handelsregister angemeldete Statutenbestimmung über das bedingte Aktienkapital noch durch eigene Aktien oder eine Kombination gedeckt sind, ist er verpflichtet, rechtzeitig Massnahmen zur Deckung der Wandel- oder Optionsrechte zu treffen.*

151 In Art. 653c Abs. 3 VE OR wirft das Erfordernis der "angemessenen Bedingungen" die Frage auf, ob eine starke Kursentwicklung z.B. am ersten Handelstag im nachhinein dazu führt, dass die Bedingungen als nicht angemessen angesehen würden und damit die Voraussetzung respektive Gewährleistung für die Aufhebung des Vorwegzeichnungsrechtes im nachhinein als nicht erfüllt angesehen werden könnte.

152 In Art. 653g Abs. 3 VE OR sollte es am Ende wohl "verlangten" heissen statt "verlangen".

153 Art. 653i VE OR führt wahrlich zu einer Entlastung insofern, als keine öffentliche Beurkundung mehr notwendig ist und damit diese Kosten entfallen. Neu ist nun aber in jedem Fall, also auch im Falle, dass keine Wandel- oder Optionsrechte ausgegeben wurden, ein entsprechender Prüfungsbericht notwendig, was im Ge-

genzug zu einer Erhöhung der – in concreto variablen – Kosten führen kann. Weiter kann der Revisionsexperte nur gestützt auf eine Bestätigung des Verwaltungsrates "bestätigen", dass keine Wandel- und Optionsrechte ausgegeben worden sind.

### **3 Kapitalherabsetzung (Art. 653j, 653k, 653l, 653m, 653n, 653o, 653p und 653q VE OR)**

#### **Vorbemerkungen**

##### **a) Allgemeines**

Insgesamt befürworten wir eine Revision der Bestimmungen über die Kapitalherabsetzung; *die vorgeschlagenen Regelungen* sind aber u.E. kaum tauglich und bringen gegenüber dem heutigen Rechtszustand (unter Einbezug der GmbH-Revision) *eher eine Verschlechterung* denn eine Verbesserung. Sie führen primär zu einer Aufblähung des Gesetzestextes, ohne materiell zu Verbesserungen zu führen und ohne die wirklich mit Rechtsunsicherheit behafteten Fragen zu klären, weshalb sie *abzulehnen* sind. Entweder sollte eine *echte Revision* erfolgen, oder die bisherigen Bestimmungen sollten beibehalten und allenfalls zu einem späteren Zeitpunkt revidiert werden.

154 Ein *Kernproblem* ist, dass im VE OR weiterhin (wie auch schon im geltenden OR) *nur unzulänglich erkannt* wird, wie und wo die Gläubiger zu schützen sind. Im Vordergrund stehen diesbezüglich zwei Punkte:

- Primär für die Gläubiger gefährlich ist ein (allfälliger!) *Abfluss von Mitteln aus der Gesellschaft an die Aktionäre*, die bei einer konstitutiven (bzw. ordentlichen) Herabsetzung häufig (aber nicht immer) erfolgt. Die Verkennung dieser Problematik im OR wie im VE OR zeigt sich schon darin, dass keine der Vorschriften Zahlungen an Aktionäre auch nur erwähnt. Dagegen haben ausländische Gesetzgeber das Problem längst erkannt: So enthält z.B. das deutsche Aktiengesetz spezifische Bestimmungen, in welchem Umfang *Zahlungen an Aktionäre* zulässig sind: beim ordentlichen nur unter strengen Voraussetzungen (§ 225 Abs. 2 AktG, unter dem Titel Gläubigerschutz), beim vereinfachten gar nicht (§ 230 AktG).
- In *geringerem Umfang* ist die *Herabsetzung der rechnerischen Sperrquote "Aktienkapital"* als solche relevant. Dies hat nur Auswirkungen für die Zukunft, indem später einmal mehr Dividenden ausgeschüttet werden können. Ein gewisser Schutz besteht hier aber, weil bei einem solchen zukünftigen Dividendenbeschluss immer ausreichend freie Mittel zur Verfügung stehen müssen und eine geprüfte Jahresrechnung erforderlich ist. Immerhin lässt sich in solchen Fällen und in bestimmten Schranken eine *Sicherstellung* derjenigen Gläubiger rechtfertigen, die auf eine höhere Sperrziffer vertraut haben. Diese bereits im geltenden Recht bestehende Schutzvorkehrung soll im Grundsatz beibehalten werden (mit der bereits bisher bestehenden Ausnahme im Falle

einer Unterbilanz), allerdings in wesentlich modifizierter (und präzisierter) Form (dazu unten Ziff. 174 ff.).

- 155 Während für den oben erwähnten zweiten Punkt, die rechnerische Herabsetzung des Sperrkapitals, mit der Sicherstellung eine grundsätzlich geeignete (wenn auch verbesserungsfähige) Schutzvorkehr besteht, wird der erste Punkt, die Fallgruppe der Ausschüttungen, nicht differenziert gelöst. Vielmehr wird im OR wie im VE OR *im "Giesskannenprinzip"* – d.h. auch dann, wenn Punkt eins (Ausschüttung) nicht stattfindet und ungeachtet der unterschiedlichen Schutzbedürfnisse – auf gewissen – kostspieligen – *Formalien (v.a. Revisionsbericht und öffentliche Beurkundung des Feststellungsbeschlusses)* beharrt, die in den einen Fällen unnötig sind, in den anderen aber trotz den Kosten völlig unzulänglich. Überdies kennen auch unsere Nachbarländer Formalien in einer derartigen Ausprägung nicht.
- 156 Wir schlagen vor, dass einerseits in den Fällen, wo dies wirklich nötig ist – endlich *griffige materielle Schutzvorschriften* aufgestellt werden und diese in solchen Fällen *durch andere, effizientere Formalien* abgesichert wird. *Im Gegenzug* sollen *die bisherigen Formalien abgeschafft* werden.
- 157 Weiter soll in unserem Vorschlag die Publizität verbessert und das Gläubigerschutzverfahren klarer gefasst werden. Ferner soll die Sicherstellung klarer geregelt und mit der Einführung einer Sicherstellungsreserve das Verfahren zum Vorteil aller Beteiligten effizienter ausgestaltet werden.

#### **b) Verbesserung des Gläubigerschutzes bei Ausschüttungen**

- 158 Der *Gläubigerschutz* ist de lege lata wie nach dem Vorentwurf trotz den (kaum effektiven) Formalien *materiell unzulänglich und soll* nach unserem Vorschlag *wesentlich verbessert* werden, allerdings nicht nach dem "Giesskannenprinzip", so dass nur Missbräuche gezielt verhindert werden sollen. Einerseits betrifft dies *bei Ausschüttungen die massgebliche Sperrziffer*. Dass weiterhin bloss die "Forderungen der Gläubiger" gedeckt sein sollen, ist dann geradezu fahrlässig, wenn Ausschüttungen erfolgen (ohne Ausschüttungen ist die Vorschrift aber wenig sinnvoll, ja fragwürdig, da die Überschuldung von Art. 725 OR geregelt wird). Im Extremfall führt dies dazu, dass bei einer Veränderung der Aktiven oder des Fremdkapitals von einem Franken die Gesellschaft im nächsten Moment überschuldet ist und Konkurs anmelden muss – vorher darf aber die Gesellschaft noch völlig legal bis auf den letzten überschüssigen Rappen ausgeblutet werden (den Verwaltungsrat trifft in aller Regel keine aktienrechtliche Verantwortlichkeit, da er sich an einen gesetzeskonformen Generalversammlungs-Beschluss hält, und die Generalversammlung kann ohnehin nicht verantwortlich gemacht werden). Wir schlagen vor, dass bei Ausschüttungen nicht nur das Fremdkapital, sondern wenigstens auch das Aktienkapital (nach Herabsetzung) gedeckt sein müssen, um ein minimales Polster zu haben. Zentral ist hier auch der zeitliche Aspekt: Diese Voraussetzung muss auch noch im Zeitpunkt der Ausschüttung gegeben sein, weshalb ein Revisionsbericht im Zeitpunkt der Generalversammlung, der sich auf

eine mehrere Monate zurückliegende Bilanz stützt, für die Gläubiger nichts bringt. Ähnlich wie sonst bei der Überschuldung soll die Verantwortung beim Verwaltungsrat liegen, der – analog Art. 725 Abs. 2 OR – bei begründeter Besorgnis eine (aktuelle!) Zwischenbilanz zu erstellen und prüfen zu lassen hat (als formelle Absicherung dieses materiellen Erfordernisses).

**c) Zum bisherigen Erfordernis eines besonderen Revisionsberichtes mit Feststellung der Gläubigerdeckung**

- 159 De lege lata wie im Vorentwurf wird nicht genügend erkannt, dass die Beurteilung der bilanziellen Situation einerseits *wesentlich von der zugrundegelegten (geprüften) Bilanz und ihres Datums abhängt* (gerade auch in zeitlicher Hinsicht). Andererseits – wenn eine solche geprüfte Bilanz vorliegt – ist die vorgeschriebene Feststellung der Gläubigerdeckung eine relative leichte Rechenaufgabe, die jeder, der bilanzielle Grundkenntnisse hat, vornehmen kann (gesamtes FK > Aktiven minus allfällig auszuschüttende Aktiven). Für diese Rechenaufgabe ist eigentlich kein Revisor erforderlich, und erst recht kein "besonders befähigter" bzw. "zugelassener".
- 160 Wie bereits erwähnt, macht das materielle Erfordernis der Gläubigerdeckung (bzw. nach unserem Vorschlag die Deckung des Fremdkapitals und des herabgesetzten Aktienkapitals) *nur* dann überhaupt Sinn, wenn frei gewordene Mittel an die Aktionäre ausgeschüttet oder deren Verpflichtungen (z.B. auch die Liberierungsverpflichtungen, aber auch Debitorenforderungen) gegenüber der Gesellschaft verringert werden sollen, also die *Aktivseite der Bilanz verringert* wird. In den anderen Fällen, in denen keine (unmittelbare) Ausschüttung geplant ist, kann sich die Gläubigerdeckung notwendigerweise von vornherein nicht verändern, und eine geprüfte Bilanz – oder gar ein besonderer Revisionsbericht – ist eine sinnlose (und erst noch kostspielige) Formalität. Solche Fälle betreffen etwa Situationen, wo die Kapitalherabsetzung zum Zweck der Reservenbildung oder aber zur Verlustverrechnung erfolgt (d.h. insbesondere auch bei der vereinfachten, deklarativen Kapitalherabsetzung, wo de lege lata irrigerweise auch diese Feststellung verlangt wird; vgl. dazu auch unten Ziff. 191 ff.). Diesfalls ermöglicht die Herabsetzung der Sperrziffer nur in Zukunft weitergehende Dividendenzahlungen, die aber als Dividenden selbst strengen formellen Vorschriften unterliegen und insbesondere einen (dann aktuellen) Revisionsbericht verlangen (Art. 729c OR). Ein zusätzlicher Revisionsbericht bereits im Zeitpunkt der Kapitalherabsetzung ist in solchen Fällen nicht nötig. Als Gläubigerschutzmassnahme kommt nur die Sicherstellung derjenigen Gläubiger in Betracht, die auf die höhere Sperrziffer vertraut haben.
- 161 Es kommt hinzu, dass *die Generalversammlung als Adressat des Revisionsberichts ist das falsche Organ ist*, um den Gläubigerschutz sicherzustellen. Die Aktionäre wahren primär ihre eigene Interessen. Ein Gläubiger kann weder einen Generalversammlungs-Beschluss anfechten noch Verantwortlichkeitsklage gegen die Generalversammlung erheben. Vielmehr sollte, wie erwähnt, im Moment der Ausschüttung bei entsprechender Besorgnis die Situation durch die Revisions-

stelle überprüft werden. Ein weiteres Problem ist, dass die Autonomie der Aktionäre an der Generalversammlung durch die verlangte Feststellungserklärung im Revisionsbericht wesentlich eingeschränkt wird. Ihnen wird damit die Möglichkeit genommen, über den Antrag des Verwaltungsrats, der dem Revisionsbericht zugrunde liegt, hinauszugehen, selbst wenn dies der anwesende Revisor noch an der Versammlung für unbedenklich erklärt (da ein positiver Inhalt des Berichts bei der Kapitalherabsetzung [wohl] Beschlussvoraussetzung ist [und somit die Generalversammlung nicht entgegen dem Bericht entscheiden kann, z.B. weil sie nicht mit ihm einverstanden ist], bei Kapitalerhöhung [Art. 653f Abs. 2 OR] sowie Dividendenausschüttung jedoch nicht der Inhalt, sondern bloss das Vorliegen [so dass sich die Generalversammlung ihr eigenes Urteil bilden kann]). Ein Kernproblem ist der geltenden Regelung ist somit die *Vermischung von Aktionärsinformation und Gläubigerschutz*, was eigentlich (wie in den Rechtsordnungen unserer Nachbarländer) sauber getrennt werden sollte.

- 162 Für die *Information der Aktionäre* genügt, wenn eine (geprüfte) Bilanz vorhanden ist. Zu regeln ist deshalb, *aufgrund welcher geprüften Bilanzen* eine Kapitalherabsetzung *in den kritischen Situationen* – also wenn eine Ausschüttung geplant ist oder die Aktivseite sich sonst verändert – erfolgen darf. Dies ergibt sich schon im Vergleich mit der klassischen Ausschüttung, der Dividendenzahlung; es ist nicht einsichtig, weshalb bei der Kapitalherabsetzung mit Ausschüttung etwas anderes gelten sollte. Nach unserem Vorschlag (Art. 653k Abs. 2 OR Vorschlag Bär & Karrer) soll eine geprüfte Jahresrechnung – die also schon ohnehin vorliegen muss und keine weiteren Kosten verursacht – oder eine geprüfte Zwischenbilanz vorliegen, deren Stichtag höchstens 6 Monate vor dem Versammlungstag zurückliegen darf. Bei den relevanten Fällen – ist weiter erforderlich, dass aufgrund der Grundlage der geprüften Bilanz das Fremdkapital auch nach der Kapitalherabsetzung voll durch Aktiven gedeckt ist. Dabei soll ähnlich einer Dividendenausschüttung vorgesehen werden, dass der Revisor Bericht zum Antrag des Verwaltungsrat erstattet (so unser Vorschlag; selbst dies ist u.E. theoretisch nicht erforderlich, sollte aber aus Kongruenzgründen beibehalten werden, solange dies auch bei den Dividenden verlangt wird). Immerhin macht es Sinn, dass ein Revisor i.d.R. für Fragen zur geprüften Bilanz anwesend ist; diesfalls kann auf Art. 729c OR verwiesen werden (was mehr Rechtssicherheit schafft als die unbestimmtere Lösung des VE OR).
- 163 Die *Rechtsvergleichung* bestätigt diese Ergebnisse. Das deutsche Aktiengesetz, das vergleichbar mit der Schweiz eine ordentliche Kapitalherabsetzung (§§ 222–228 AktG(D)) und eine vereinfachte Kapitalherabsetzung (§§ 229–236 AktG(D)) kennt, verlangt generell keinen Revisionsbericht. Dasselbe gilt in Österreich (§§ 175–181 AktG(Ö) §§ 182–191 AktG(Ö)). In Frankreich sieht Art. L225–204 Abs. 2 Code de Commerce bloss "un rapport établi par les commissaires aux comptes (...) qui font connaître à l'assemblée leur appréciation sur les causes et conditions de la réduction" vor, jedoch keine Feststellungserklärungen über die Gläubigerdeckung; allerdings ist dies eine reine Ordnungsvorschrift, deren Verletzung nicht einmal die Anfechtbarkeit des Generalversammlungs-Beschlusses zur Folge

hat.<sup>83</sup> Dies zeigt, dass der Revisionsbericht, oder zumindest die Feststellung betreffend Gläubigerdeckung, *ein entbehrliches schweizerisches Unikat* ist.

- 164 Verstösst hingegen ein Generalversammlungs-Beschluss mit Rückzahlung (oder Verminderung von Verpflichtungen der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft, z.B. der Liberierungsverpflichtung, aber auch anderen Debitorenposten) gegen die materiellen Schutzelemente (Gläubigerdeckung), ist er nach den allgemeinen Grundsätzen wegen Verstosses gegen die Kapitalschutzvorschriften nichtig, und eine darauf gestützte Ausschüttung ist rückforderbar und führt zur Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats (sowie i.d.R. auch der Revisionsstelle, da diese bei einem Verstoß nach Art. 728c/729c VE OR bzw. 729b OR regelmässig Meldung erstatten muss).

**d) Zum bisherigen Erfordernis eines öffentlich beurkundeten Verwaltungsratsbeschlusses**

- 165 Ebenfalls nicht sinnvoll und singulär ist die öffentliche Beurkundung des feststellenden Verwaltungsratsbeschlusses. Die Urkundsperson hat nur die Belege, die der Verwaltungsrat ihr vorlegt, zur Verfügung. Wenn der Verwaltungsrat *will* oder nur schon nicht die gebotene Sorgfalt angewendet hat, kann er sie ohne weiteres täuschen, indem er bspw. nicht alle Anmeldungen von Gläubigerforderungen der Urkundsperson vorlegt – es ist ein Ding der Unmöglichkeit, dass die Urkundsperson (die auch, anders als z.B. Revisoren, kaum die geeignete Person zur Prüfung in dieser Sache ist) die Unvollständigkeit bemerkt (zur Vorverlegung der Gläubigeraufforderung unten Ziff. 168; die daraus resultierende drei-, ja vierfache Prüfung durch Verwaltungsrat, Revisionsexperte, Urkundsperson und schliesslich noch formell durch das Handelsregisteramt ist eine klare Überregulierung). Auch aus dem Blickwinkel einer generalpräventiven Wirkung der Strafandrohung ist es nicht weniger effektiv, wenn man "bloss" einen *schriftlichen, dem Handelsregisteramt einzureichenden Verwaltungsrats-Beschluss* verlangt: Falschbeurkundung nach Art. 251 StGB ist mit der gleichen Strafe bedroht wie Erschleichung einer falschen Beurkundung nach Art. 253 StGB (mit bis zu 5 Jahren Zuchthaus).

**e) Übersicht über den Vorschlag von Bär & Karrer**

- 166 Stark **zusammengefasst** sieht unser Entwurf wie folgt aus:

Bisheriges Recht/Vorentwurf	Vorschlag Bär & Karrer
Generalversammlungs-Beschluss (732/653k)	(im Wesentlichen gleich) (653k)

<sup>83</sup> Dazu etwa M. HEINZMANN, Die Herabsetzung des Aktienkapitals, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2004, 78 f.

<p>Besonderer Revisionsbericht mit Feststellung der Gläubigerdeckung (gemäss Praxis bis 6 Monate zurückliegend) (732 II/653k I 3, 653m)</p>	<p>Stattdessen <i>Konzentration auf die wirklich relevanten Fälle</i>, d.h. solche, in denen (unmittelbar gestützt auf die Kapitalherabsetzung) <i>Mittel</i> aus der Gesellschaft <i>abfliessen sollen</i>:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Entsprechend der Dividendenausschüttung ist eine geprüfte Jahresrechnung oder eine Zwischenbilanz sowie die Prüfung des Antrags des Verwaltungsrats erforderlich (653k II)</li> <li>• Ferner bei begründeter Besorgnis zusätzliche Zwischenbilanz bei HR-Eintragung (653n III + IV)</li> <li>• Anhebung des materiellen Schutzniveaus: Deckung Fremdkapital <i>plus Aktienkapital</i> (nach Herabsetzung), sowohl im Zeitpunkt Generalversammlung <i>als auch bei Ausschüttung</i> (nach HR-Eintragung) (653k II, 653n III + IV)</li> </ul>
<p>Aufforderung an die Gläubiger (neu vor Generalversammlungs-Beschluss), dreifache Veröffentlichung im SHAB (733/653k I 1, 653I I)</p>	<p>Verbesserung der Publikation durch entsprechende ("provisorische") Eintragung ins Handelsregister (653I)</p> <p>Wahl, ob vor (beschränkt auf max. 2 Monate) oder nach Generalversammlungs-Beschluss (653I)</p>
<p>Erfüllung oder Sicherstellung der Gläubiger (733/653I II-IV)</p>	<p>Wird im Grundsatz in allen Fällen (mit oder ohne Ausschüttung) beibehalten, ausgenommen bei einer vereinfachten Kapitalherabsetzung (wie bisher).</p> <p>Einführung der Sicherstellung durch <i>Sicherstellungsreserve</i>: ermöglicht weit gefassten und effektiven Sicherstellungsanspruch für die Gläubiger (Erhalt der Sperrziffer und somit Schutz vor Ausschüttungen nicht ohnehin freier Mittel) <i>und gleichzeitig</i> effiziente und kostengünstige Abwicklung für die Gesellschaft (653m, insb. II + III)</p> <p>Mehr Rechtssicherheit durch genauere Regelung</p>
<p>Feststellungsbeschluss, öffentlich beurkundet (734/653n I + II)</p>	<p>Feststellungsbeschluss, bloss schriftlich (653n I)</p> <p>In den wirklich relevanten Fällen, d.h. solchen, in denen Mittel aus der Gesellschaft abfliessen und bei begründeter Besorgnis: zusätzliche Zwischenbilanz bei Ausschüttung (nach HR-Eintragung) (siehe oben; 653n III + IV)</p>
<p>Handelsregistereintrag (734/653n III)</p>	<p>(im Wesentlichen gleich) (653n I)</p>



Art. 653k–653n VE OR**Art. 653k VE OR**

## b. Voraussetzungen

<sup>1</sup> Die Generalversammlung kann die Herabsetzung des Aktienkapitals beschliessen, wenn:

1. der Verwaltungsrat die Aufforderung an die Gläubiger durchgeführt hat;
2. die Gläubiger, die es verlangt haben, sichergestellt oder befriedigt wurden;
3. ein zugelassener Revisionsexperte schriftlich bestätigt, dass die Forderungen der Gläubiger auch nach der Herabsetzung des Aktienkapitals vollständig gedeckt sind;
4. der zugelassene Revisionsexperte, welcher den Prüfungsbericht verfasst hat, an der Generalversammlung anwesend ist.

<sup>2</sup> Der Beschluss [recte: Besch/uss] der Generalversammlung über Herabsetzung des Aktienkapitals muss:

1. festhalten, dass die gesetzlichen Anforderungen erfüllt sind;
2. das Ergebnis des Prüfungsberichts des zugelassenen Revisionsexperten festhalten;
3. die Art und Weise der Kapitalherabsetzung festlegen;
4. die Verwendung der durch die Kapitalherabsetzung frei gewordenen Mittel festlegen.

**Art. 653k OR  
(Vorschlag Bär & Karrer)**

## b. Voraussetzungen

~~<sup>1</sup> Die Generalversammlung kann die Herabsetzung des Aktienkapitals beschliessen, wenn:~~

- ~~1. der Verwaltungsrat die Aufforderung an die Gläubiger durchgeführt hat;~~
- ~~2. die Gläubiger, die es verlangt haben, sichergestellt oder befriedigt wurden;~~
- ~~3. ein zugelassener Revisionsexperte schriftlich bestätigt, dass die Forderungen der Gläubiger auch nach der Herabsetzung des Aktienkapitals vollständig gedeckt sind;~~
- ~~4. der zugelassene Revisionsexperte, welcher den Prüfungsbericht verfasst hat, an der Generalversammlung anwesend ist.~~

<sup>1</sup> Der Beschluss der Generalversammlung über Herabsetzung des Aktienkapitals muss *die Art und Weise sowie den Zweck der Kapitalherabsetzung festlegen.*

<sup>2</sup> *Beschliesst die Generalversammlung, dass frei gewordene Mittel an die Aktionäre ausgeschüttet oder deren Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft verringert werden sollen, muss ihr zudem eine geprüfte Jahresrechnung oder eine geprüfte Zwischenbilanz vorliegen, deren Stichtag höchstens 6 Monate vor dem Versammlungstag zurückliegen darf und aufgrund deren Grundlage das Fremdkapital und das herabgesetzte Aktienkapital auch nach der Kapitalherabsetzung voll gedeckt ist. Die Revisionsstelle prüft, ob der Antrag des Verwaltungsrates dem entspricht. Art. 729c OR ist entsprechend anwendbar.*

**Art. 653I Abs. 1 VE OR**

c. Aufforderung an die Gläubiger und Sicherstellung

<sup>1</sup> Bevor der Verwaltungsrat der Generalversammlung den Antrag stellt, das Aktienkapital herabzusetzen, weist er die Gläubiger darauf hin, dass sie unter Anmeldung ihrer Forderungen Sicherstellung verlangen können. Die Aufforderung an die Gläubiger muss dreimal im schweizerischen Handelsamtsblatt und überdies in der in den Statuten vorgesehenen Form veröffentlicht werden.

**Art. 653I Abs. 2 und 3 VE OR**

<sup>2</sup> Die Gesellschaft muss die Forderungen der Gläubiger sicherstellen, wenn diese es innerhalb von zwei Monaten nach der dritten Veröffentlichung im schweizerischen Handelsamtsblatt verlangen.

<sup>3</sup> Die Pflicht zur Sicherstellung entfällt, wenn die Gesellschaft nachweist, dass die Erfüllung der Forderung durch die Herabsetzung des Aktienkapitals nicht gefährdet wird.

**Art. 653I OR  
(Vorschlag Bär & Karrer)**

c. *Publikation*

<sup>1</sup> *Der Verwaltungsrat meldet den Kapitalherabsetzungsbeschluss beim Handelsregisteramt innert 30 Tagen zur Eintragung an. Das Handelsregisteramt trägt die Kapitalherabsetzung als provisorisch ein.*

<sup>2</sup> *Der Verwaltungsrat kann auch den geplanten Beschluss beim Handelsregisteramt zur Eintragung anmelden. Das Handelsregisteramt trägt die Kapitalherabsetzung als geplant ein. Eine Publikation nach Absatz 1 muss in einem solchen Fall nicht erfolgen, wenn der geplante Beschluss höchstens zwei Monate vor der Beschlussfassung durch die Generalversammlung eingetragen wurde und der gefasste Beschluss nicht über den geplanten hinaus geht.*

**Art. 653m OR  
(Vorschlag Bär & Karrer)**

d. *Erfüllung und Sicherstellung*

<sup>1</sup> *Die Gläubiger können innerhalb von zwei Monaten nach der Eintragung gemäss Artikel 653I die Erfüllung oder Sicherstellung ihrer vor der Eintragung begründeten Forderungen verlangen. Die Gesellschaft ist nach diesem Artikel nur zur Sicherstellung angemeldeter Forderungen verpflichtet.*

<sup>2</sup> *Die Sicherstellung kann dadurch erfolgen, dass eine Sicherstellungsreserve im Nominalbetrag der sicherzustellenden Forderungen gebildet wird. Die Sicherstellung ist in jedem Fall genügend, wenn eine Sicherstellungsreserve im Betrag des herabgesetzten Kapitals gebildet wird.*

<sup>3</sup> *Die Sicherstellungsreserve darf nur aufgelöst werden, wenn die sichergestellte Forderung erloschen ist, der Gläubiger auf Sicherstellung verzichtet oder im Fall von Absatz 4. Die Auflösung darf zudem nur insoweit erfolgen, als der Nominalbetrag der übrigen, noch sicherzustellenden Forderungen durch die verbleibende Si-*

**Art. 653l Abs. 4 und 5 VE OR  
(Variante I)**

<sup>4</sup> Anstatt eine Sicherheit zu leisten, kann die Gesellschaft die Forderung erfüllen.

<sup>5</sup> Die Sicherstellung der Forderungen wird hinfällig, wenn die Generalversammlung die Herabsetzung des Aktienkapitals ablehnt.

**Art. 653m VE OR (Variante I)**

d. Prüfungsbericht eines Revisionsexperten

<sup>1</sup> Die Gesellschaft muss durch einen zugelassen [recte: zugelassenen] Revisionsexperten schriftlich bestätigen lassen, dass die Forderungen der Gläubiger nach der Herabsetzung des Aktienkapitals voll gedeckt sind.

<sup>2</sup> Der Prüfungsbericht des zugelassenen Revisionsexperten trägt den Ergebnissen der Aufforderung an die Gläubiger gemäss Artikel 653l Rechnung.

<sup>3</sup> Der Prüfungsbericht des zugelassenen Revisionsexperten ist dem Herabsetzungsbeschluss anzufügen.

**Art. 653n VE OR (Variante I)**

e. Statutenänderung; Eintragung ins Handelsregister

<sup>1</sup> Nach der Herabsetzung des Aktienkapitals ändert der Verwaltungsrat die Statuten und stellt dabei fest, dass die Anforderungen des Gesetzes, der Statuten und des Generalversamm-

cherstellungsreserve gedeckt sind.

<sup>4</sup> Hat die Gesellschaft eine Forderung bei der Sicherstellung ausdrücklich bestritten, so darf die Sicherstellung entfallen, wenn weder der Gläubiger innerhalb eines Jahres nach Eintragung der Kapitalherabsetzung Klage anhebt noch die Forderung inzwischen anerkannt wurde. Ist Klage angehoben worden, entscheidet das Gericht über die Aufhebung der Sicherstellung nach den Grundsätzen von vorsorglichen Massnahmen.

**Art. 653l Abs. 4 und 5 OR  
(Vorschlag Bär & Karrer)**

~~<sup>4</sup> Anstatt eine Sicherheit zu leisten, kann die Gesellschaft die Forderung erfüllen.~~

~~<sup>5</sup> Die Sicherstellung der Forderungen wird hinfällig, wenn die Generalversammlung die Herabsetzung des Aktienkapitals ablehnt.~~

**Art. 653m VE OR  
(Vorschlag Bär & Karrer)**

~~d. Prüfungsbericht eines Revisionsexperten~~

~~<sup>1</sup> Die Gesellschaft muss durch einen zugelassen [recte: zugelassenen] Revisionsexperten schriftlich bestätigen lassen, dass die Forderungen der Gläubiger nach der Herabsetzung des Aktienkapitals voll gedeckt sind.~~

~~<sup>2</sup> Der Prüfungsbericht des zugelassenen Revisionsexperten trägt den Ergebnissen der Aufforderung an die Gläubiger gemäss Artikel 653l Rechnung.~~

~~<sup>3</sup> Der Prüfungsbericht des zugelassenen Revisionsexperten ist dem Herabsetzungsbeschluss anzufügen.~~

**Art. 653n OR  
(Vorschlag Bär & Karrer)**

e. Durchführung und Gläubigerschutz

<sup>1</sup> Nachdem die Zweimonatsfrist für die Gläubiger abgelaufen ist und die angemeldeten Forderungen erfüllt oder sichergestellt sind, stellt der Verwaltungsrat dies fest und meldet die Kapitalherabsetzung beim Han-

lungsbeschlusses eingehalten wurden.

<sup>2</sup> Beschluss und Feststellungen sind öffentlich zu beurkunden. Die Urkundsperson hat die Belege, die der Kapitalherabsetzung zugrunde liegen, einzeln zu nennen und zu bestätigen, dass sie ihr und dem Verwaltungsrat vorgelegen haben.

<sup>3</sup> Der Verwaltungsrat muss die Statutenänderung und seine Feststellungen innerhalb von dreissig Tagen nach der Beschlussfassung beim Handelsregisteramt zur Eintragung anmelden.

*delsregisteramt definitiv zur Eintragung an.*

<sup>2</sup> *Vor der Eintragung dürfen keine frei gewordenen Mittel an die Aktionäre ausgeschüttet werden.*

<sup>3</sup> *Hat der Verwaltungsrat begründete Besorgnis, dass durch die Ausschüttung das Fremdkapital und das herabgesetzte Aktienkapital nicht mehr gedeckt sind, muss eine Zwischenbilanz erstellt werden und diese der Revisionsstelle zur Prüfung vorgelegt werden. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass das Fremdkapital und das herabgesetzte Aktienkapital nach der Ausschüttung nicht mehr gedeckt wären, darf in diesem Umfang keine Ausschüttung erfolgen, sondern diese Summe ist mit dem Verlustvortrag zu verrechnen.*

<sup>4</sup> *Absatz 3 ist auch anwendbar, wenn Verpflichtungen der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft verringert werden sollen.*

#### Art. 653j VE OR

- 167 Der Passus "oder die Herabsetzung des Umfangs der Liberierung" ist entweder falsch oder irreführend; er sollte *gestrichen* werden. Falls damit die Herabsetzung der Kapitalreserve gemeint sein sollte, wäre dieser Begriff zu verwenden (dies lehnen wir aber inhaltlich ab, vielmehr sollte das von uns bei Art. 671 OR vorgeschlagene Verfahren gelten). Ansonsten kann die Reduktion des Umfangs der "Liberierung" (gemeint ist wohl: Liberierungspflicht) u.E. nur eine *Folge* (anstelle bzw. in Verrechnung mit einer Auszahlung), nicht aber Gegenstand einer Kapitalherabsetzung sein.

#### Art. 653k VE OR

- 168 Vorverlegung der Aufforderungen an die Gläubigerinnen und Gläubiger (Abs. 1 Ziff. 1 und 2): Eine der wesentlichsten Änderungen des Vorentwurfs gegenüber dem geltenden Recht besteht darin, dass bereits vor dem Generalversammlungs-Beschluss die Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger erfolgt. Begründet wird dies mit dem Gläubigerschutz sowie damit, dass die Revisorin oder der Revisor zu diesem Zeitpunkt gewisse Forderungen noch nicht kenne. Diese Begründung<sup>84</sup> ist u.E. aus folgenden Gründen irrig:

<sup>84</sup> Diese hier abgelehnte Begründung wird zu gewissen Teilen auch in der Lehre vertreten, vgl. etwa P. BÖCKLI, a.a.O., § 2 N 342, 359.

- Der primäre Zweck der Aufforderung an die Gläubiger ist *nicht das Entdecken neuer Forderungen*, sondern die *Sicherstellung (bzw. Erfüllung)* derjenigen Gläubiger, die sich durch den (möglichen) Abfluss von Mitteln aus der Gesellschaft bedroht fühlen – es soll nicht zu einer Ausschüttung an die Aktionäre kommen (vor allem unmittelbar nach der Kapitalherabsetzung, aber auch in Zukunft), bevor die Gläubiger befriedigt oder sichergestellt sind (werden dabei zufällig Forderungen entdeckt, ist dies zwar ein erwünschtes Nebenprodukt, was aber nicht vom Hauptzweck der Sicherstellung ablenken darf);
- Der Auffassung liegt auch teilweise ein *unrichtiges Bilanzverständnis* zugrunde: Gerade die "Forderungen (...), die in der Bilanz nicht erscheinen", bei der Beurteilung durch die Revisionsstelle nicht einzubeziehen. Es handelt sich diesfalls um blosse Eventualverbindlichkeiten, die nur im Anhang offenzulegen sind (vgl. Art. 663 OR und insb. IAS 37) und für die bilanzielle Frage der Deckung irrelevant sind (und nur diese hat der Revisionsbericht – auch nach dem VE OR – zu prüfen). Anders verhielte es sich nur dann, wenn die Bilanz falsch wäre (also *zu Unrecht* nicht in der Bilanz erscheinen, z.B. weil Rückstellungen anzusetzen sind) und damit objektiv Straftatbestände erfüllt wären. Im Übrigen ist es auch eher selten (wenn auch im Einzelfall durchaus erwünscht, wie erwähnt), dass aufgrund einer Gläubigeraufforderung neue Eventualverbindlichkeiten entdeckt werden. Ist dies aber der Fall, sind gerade solche Forderungen sicherzustellen<sup>85</sup>;
- Dem Gläubigerschutz dient nicht bloss der Generalversammlungs-Beschluss mit Revisionsbericht, sondern auch der (nach Vorentwurf wie *de lege lata* gar öffentlich beurkundeten) *Feststellungsbeschluss* (Art. 734 OR, Art. 653n VE OR), der bereits nach jetzigem Recht selbstverständlich nach dem Sicherstellungsverfahren erfolgt und erst noch (trotz Vorverschiebung) beibehalten wurde. Im Übrigen ist uns kein Fall bekannt, in dem die Gläubiger bei einer Kapitalherabsetzung einen Schaden erlitten haben, weil die Aufforderungen an die Gläubiger erst nach dem Generalversammlungs-Beschluss erfolgt sind. Um wirklich den Gläubigerschutz sicherzustellen, braucht es hingegen – wie bereits dargelegt – primär bessere materielle Schutzvorschriften bei Ausschüttungen;
- Der Gläubigerschutz wird durch die Regelung des VE OR sogar *verschlechtert*, da die *Zeitdimension* ausser acht gelassen wird: So ist nicht geregelt, wann die Veröffentlichung frühestens erfolgen darf (ist z.B. eine ein Jahr vor Beschluss durchgeführte Veröffentlichung noch gültig?). Bis effektiv Gelder ausgeschüttet werden, können sich die Verhältnisse noch wesentlich verschlechtern. Zentral ist deshalb, dass in denjenigen Fällen, in denen es erforderlich ist, im Zeitpunkt der Ausschüttung noch einmal zu einer Kontrolle kommen kann, wobei diese Kontrolle dann durch Revisoren und nicht durch eine Ur-

---

<sup>85</sup> Dagegen schliesst ein Teil der Lehre (z.B. P. BÖCKLI, a.a.O., § 2 N 651 ff., 355) "klassische" neue Eventualverbindlichkeiten, die von der Gesellschaft bestritten werden, vom Sicherstellungsanspruch aus, wobei den betroffenen Gläubigern dann der Einspruch gegen die Eintragung der Kapitalherabsetzung offen steht.

kundsperson zu erfolgen hat (siehe unser Vorschlag zu Art. 653n Abs. 2 f. OR);

- *Die Generalversammlung ist das falsche Organ*, um den Gläubigerschutz sicherzustellen (siehe oben Ziff. 161).

169 Es kommt hinzu, dass die Kernprobleme – wie erwähnt die (allfälligen) Ausschüttungen und die massgeblichen Bilanzen – nicht richtig erfasst sind.

170 Im Sinne einer Flexibilisierung ist jedoch zu begrüssen, wenn die Gläubigeraufforderung (allerdings aus Gläubigerschutzgründen zeitlich limitiert) schon vor der Generalversammlung erfolgen *kann* (aber nicht muss); siehe unser Vorschlag zu Art. 653l Abs. 2 OR.

171 Zum Revisionsbericht (Abs. 1 Ziff. 3 und 4) und der stattdessen vorgeschlagenen geprüften Bilanz bei Ausschüttungen (vorgeschlagener Abs. 2): oben Ziff. 156 f.

172 Abs. 2 Ziff. 1 macht keinen Sinn, da dies nun wirklich Aufgabe aller Personen (Verwaltungsrat, Revisionsstelle, Handelsregister) ausser gerade der Generalversammlung ist – es gibt keine Verantwortlichkeit der Generalversammlung (siehe oben). Den ganzen Abs. 2 kann man wesentlich kürzer fassen, insb. ist mit dem von uns vorgeschlagenen "Zweck" die "Verwendung der frei gewordenen Mittel" gemeint (siehe vorgeschlagener Abs. 1).

Art. 653l Abs. 1 VE OR und Art. 653l OR (Vorschlag Bär & Karrer)

173 In der Praxis liest kaum jemand Schuldenrufe im SHAB; ein solcher "Gläubigerschutz" ist oft eine Alibiübung. Um die *Publizität* und damit den Gläubigerschutz *entscheidend zu erhöhen*, schlagen wir eine Eintragung des Kapitalherabsetzungsbeschlusses im Handelsregister unmittelbar nach Generalversammlungs-Beschluss vor (was ebenfalls nach Art. 931 OR zu einer Veröffentlichung im SHAB zu führt). Auch bei den heute üblichen Standard-Recherchen über Internet (insb. etwa auf der Website des EHRA, [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch)) stösst man i.d.R. bloss auf Meldungen aus dem Handelsregisterteil des SHAB, nicht aber auf solche aus dem Teil Schuldenrufe (wo die Schuldenrufe veröffentlicht werden), wenn man nicht gezielt nach Schuldenrufen sucht. Möglich wäre, die Eintragung ins Handelsregister vorbehaltlos vorzunehmen, wie es etwa in Deutschland der Fall ist; wir schlagen jedoch eine (im technischen Sinn echte) Eintragung der erst provisorischen Kapitalherabsetzung vor. Somit könnte etwa im Handelsregister stehen: "Die Gesellschaft hat am ... eine Kapitalherabsetzung im Umfang von ... zum Zwecke von ... mittels ... beschlossen"; das Kapital wird jedoch noch nicht verändert (anders als in Deutschland). Die HRegV wird ggf. entsprechend anzupassen sein. Zudem soll im Sinne der erwähnten Flexibilisierung bzw. Vorverlegung der Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger bereits der erst geplante Beschluss im Handelsregister mit Rechtswirkungen für die Gläubiger veröffentlicht werden können (im Handelsregister z.B.: "... plant ... zu beschliessen"). In der Regel handelt es sich beim "geplanten Beschluss" um den Antrag des Ver-

waltungsrats; der Verwaltungsrat kann aber auch z.B. einen weiter gehenden Beschluss veröffentlichen, als er effektiv beantragt (um in diesem Rahmen den Aktionären eigene Anträge zu ermöglichen). In zeitlicher Hinsicht schlagen wir zwei Monate als Höchstfrist vor. Zögert sich das Verfahren weiter hinaus, kann sich die Situation der Gesellschaft wie auch der Gläubiger stark verändern. Zwei Monate sind aber eine vernünftige Grösse und führen dazu, dass jedenfalls dann, wenn sich keine Gläubiger gemeldet haben, die Kapitalherabsetzung sofort durchgeführt werden kann.

Art. 653I Abs. 3 VE OR und Art. 653m OR (Vorschlag Bär & Karrer)

- 174 Die *Sicherstellung de lege lata* wird von zahlreichen Autoren kritisiert (statt vieler BÖCKLI, § 2 Ziff. 351 f.), und es besteht eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Die vorgeschlagene Eingrenzung ist u.E. nur wenig tauglich, da sie gerade die problematischen Fälle nicht erfasst. Problematisch sind z.B. die unverhofft angedrohte US-Sammelklage von einer Milliarde, oder hohe Garantieverprechen, deren (insb. kumulative) Eintritt unwahrscheinlich ist. Wir schlagen als entscheidende Neuerung vor, dass die Möglichkeit einer Sicherstellungsreserve eingeführt werden soll, die zudem maximal in der Höhe des Betrags der Kapitalherabsetzung gebildet werden muss. Damit kann der Kreis der sicherzustellenden Forderungen relativ weit gefasst werden: es sollen nur Forderungen, die erst nach Publikation der (ggf. geplanten) Kapitalherabsetzung begründet worden sind, nicht sichergestellt werden müssen.
- 175 Dagegen sollen die Gläubiger *weiterhin "Erfüllung oder Sicherstellung"* verlangen können. Es ist *streng zwischen Schuld- und Gesellschaftsrecht zu unterscheiden*. Nach Schuldrecht bestimmt sich, ob ein Gläubiger Erfüllung verlangen kann. Das Gesellschaftsrecht regelt hingegen, welche Schutzmassnahmen im Fall einer Kapitalherabsetzung zu treffen sind, verändert aber das Schuldrecht nicht. Es kann somit keine eigenständige Pflicht auferlegen, Forderungen zu erfüllen. Zudem soll bei bestrittenen Forderungen keine gesellschaftsrechtliche Pflicht zur Erfüllung bestehen, bzw. es soll nicht erst die schuldrechtliche im entsprechenden (ordentlichen) Verfahren festgestellt werden müssen. Auch ein Entscheid darüber in einem summarischen Verfahren erscheint aufgrund der erforderlichen Zeit und Kosten nicht als sinnvoll – besser ist es, alle Forderungen einzubeziehen und dafür die Sicherstellung sinnvoll zu begrenzen, wie nachfolgend aufgezeigt. Aus Sicht der Kapitalherabsetzung (nicht aber unbedingt aus schuldrechtlicher Sicht) muss es in jedem Fall genügen, wenn die Gesellschaft eine Forderung sicherstellt. Umgekehrt ist es nicht einsichtig, weshalb – wie bestimmte Autoren vorschlagen – nur nicht fällige Forderungen sichergestellt werden sollen. Gerade bei (vielleicht völlig zu Unrecht) bestrittenen fälligen Forderungen besteht ein mindestens ebenso grosses Sicherstellungsbedürfnis der Gläubiger.
- 176 Zudem soll – als wesentliche Neuerung – die Sicherstellung in Form einer (gesperrten) *Sicherstellungsreserve* erfolgen können (vorgeschlagener Art. 653m Abs. 2 und 3 OR). Dabei wird die Kapitalherabsetzung bereits eingetragen, aber die Ausschüttung von Mitteln wird in diesem Umfang verhindert. *Die für die*

*Gläubiger relevante Sperrziffer bleibt somit (jedenfalls vorerst) erhalten*; die Situation ist für sie also (vorerst) gleich wie ohne Kapitalherabsetzung. Die Reserve kann sowohl durch Umbuchung aus dem herabzusetzenden Aktienkapital als auch aus umbuchbaren Reserven erfolgen, wobei in der Regel der Verwaltungsrat zuständig ist (ausser nach unserem Vorschlag bei der Verwendung des umbuchbaren Teils der Kapitalreserve). Vorteil dieser Variante für die Gesellschaft ist einerseits, dass (etwa steuerlich vorteilhafte) Kapitalherabsetzungen mit Ausschüttung beschlossen und durchgeführt werden können, wenn sonst genügend freie Mittel vorhanden sind (die auch ohne Kapitalherabsetzung als Dividende abfliessen könnten). Andererseits darf die Reserve mit der Zeit aufgelöst werden, ermöglicht also auch bei Gesellschaften, die über keine freien Mittel verfügen, eine Ausschüttung mit einer auch für die Gläubiger akzeptablen Übergangsfrist. Schliesslich führt die Sicherstellungsreserve – anders als bei herkömmlichen Sicherstellungen – zu praktisch keinen Kosten, was sowohl den übrigen Gläubigern (deren Haftungssubstrat nicht geschmälert wird und die durch die Sicherstellung eigentlich ungleich behandelt werden) als auch den Aktionären zum Vorteil gereicht.

- 177 Die *insgesamt zu bildende Sicherstellungsreserve ist maximal auf den herabgesetzten Betrag zu beschränken*. Es wird hingegen verzichtet, auch andere Arten von Sicherheitsleistungen proportional zu reduzieren, da hier mannigfaltige Umgehungen möglich wären.<sup>86</sup> Zudem sind andere Sicherheitsleistungen auch aus Sicht der nicht sichergestellten Gläubiger und der Aktionäre eher problematisch (da sie zu Kosten führen), so dass die Bildung einer Sicherstellungsreserve dadurch auch gefördert werden soll. Ferner soll eine proportional gekürzte Sicherstellungsreserve den Gläubigern wieder in vollem Umfang zur Verfügung stehen, wenn unberechtigte Forderungen wegfallen (da eine Auflösung nur insoweit erfolgen darf, als der Nominalbetrag der übrigen, noch sicherzustellenden Forderungen durch die verbleibende Sicherstellungsreserve gedeckt sind), was bei einer normalen Sicherheitsleistung kaum so geregelt werden kann.
- 178 Schliesslich können *mit der von uns vorgeschlagenen Regelung in Abs. 4 bestrittene Ansprüche in ein sinnvolles Verfahren kanalisiert* werden, indem ohne entsprechende Klage (massgebend ist der bundesrechtliche Begriff der Klageanhebung) innerhalb eines Jahres nach Eintragung der Kapitalherabsetzung die Sicherstellung entfallen darf. Eine Sicherstellungsreserve kann (ggf. teilweise) aufgelöst werden; bei anderen Sicherheiten (falls solche überhaupt noch bestellt werden) ist die Gesellschaft selbst verantwortlich, dass sie die entsprechenden Rechtsgeschäfte derart ausgestaltet, z.B. kann die Gesellschaft eine Garantie

---

<sup>86</sup> Folgt man dieser Ansicht nicht, wäre allenfalls eine Bestimmung mit z.B. folgender Formulierung möglich: "Soweit der Betrag der sicher zu stellenden Forderungen nicht nahestehender Personen den Umfang des herabgesetzten Kapitals übersteigt, kann die Gesellschaft die Sicherstellung der Forderungen sämtlicher Personen verhältnismässig reduzieren." Somit wird die insgesamt zu erbringende Sicherheitsleistung maximal auf den herabgesetzten Betrag beschränkt und darüber hinausgehende Ansprüche auf Sicherheitsleistung verhältnismässig (d.h. insb. unter Beachtung der Gleichbehandlung) werden reduziert. Um Umgehungen zu vermeiden, können nahestehende Personen nicht eine Reduktion der Sicherstellung anderer Gläubiger dadurch erreichen, dass sie selbst die Sicherstellung verlangen, weshalb sie nicht in die Berechnung einbezogen werden sollen (jedoch ebenfalls im gleichen Umfang gekürzt werden sollen). Bsp.: KH 90; angemeldete Forderungen Drittgläubiger 100; angemeldete Forderungen eines Verwaltungsrats 50; → Sicherstellung aller Forderungen zu 90% (und nicht etwa bloss zu 60%).



oder eine Pfandsicherheit (genauer: den Pfandvertrag) unter eine entsprechende Bedingung stellen.

- 179 Mit diesen Regelungen kann auf weitere materielle Bestimmungen, die schwach begründete Ansprüche ausschliessen zu versuchen, u.E. verzichtet werden (vorbehaltlich Sicherstellungs-"Ansprüche", die gegen Art. 2 Abs. 2 ZGB verstossen). Ebenfalls führt die Möglichkeit einer Sicherstellungsreserve dazu, dass bei genügend kapitalisierten Gesellschaften, bei denen die Bildung einer Sicherstellungsreserve ohne weiteres aus frei verfügbaren Reserven möglich ist, die Sicherstellung mit gleichzeitiger Ausschüttung der durch die Kapitalherabsetzung frei gewordenen Mittel für die Gesellschaft problemlos ist (weshalb auf einen – sehr unklaren – Wegfall der Sicherstellungspflicht in solchen Fällen von vornherein verzichtet werden kann, wie er in *Abs. 3 VE OR* vorgesehen ist).

Art. 653l Abs. 4 und 5 VE OR

- 180 *Abs. 4 VE OR* meint vielleicht das Richtige (dazu oben Ziff. 175), ist aber in dieser Formulierung schlicht falsch, ja unhaltbar, da die Formulierung in das Schuldrecht einzugreifen scheint. Die meisten Forderungen sind sowieso jederzeit erfüllbar, und bei den übrigen soll dies auch im Fall einer Kapitalherabsetzung nicht geändert werden (z.B. Lieferung einer Hochzeitstorte: diese soll auch aufgrund einer Kapitalherabsetzung nicht zwei Monate vor der Hochzeit geliefert werden können, im Interesse des Gläubiger liegt vielmehr bspw. eine Garantie einer anderen Konditorei zur Lieferung derselben). Es verhält sich also umgekehrt: nur dort, wo schuldrechtlich die Schuld erfüllbar ist, kann die Gesellschaft auch erfüllen, gesellschaftsrechtlich muss sie aber bloss sicherstellen.
- 181 *Abs. 5 VE OR* kann nach unserem Vorschlag entfallen. Diesfalls ist entweder erst nach Generalversammlungs-Beschluss sicherzustellen, oder der (sorgfältige) Verwaltungsrat hat eine Sicherheit ohnehin von einer entsprechenden Bedingung abhängig zu machen.

Art. 653m VE OR

- 182 Siehe oben Ziff. 159 ff. (die Funktion wird insb. durch Art. 653k Abs. 2 sowie Art. 653n Abs. 3 und 4 OR unseres Entwurfes ersetzt).

Art. 653n VE OR

- 183 *Abs. 1*: Nach wie vor soll die Generalversammlung, und nicht der Verwaltungsrat, die Statutenänderung direkt im Kapitalherabsetzungsbeschluss beschliessen.
- 184 *Abs. 2*: Wie oben Ziff. 159 ff. dargelegt, hat u.E. eine öffentliche Beurkundung keinen Nutzen. Nach unserem Vorschlag (vorgeschlagener *Abs. 1*) genügt ein Feststellungsbeschluss, der nach den allgemeinen Regeln schriftlich zu sein hat (und, was in der HRegV zu regeln ist, dem Handelsregisteramt als Beleg einzureichen sein wird). Als entscheidende Stärkung des Gläubigerschutzes in

diesem Stadium ist hingegen gemäss dem von uns vorgeschlagenen Abs. 2 bei begründeter Besorgnis eine Zwischenbilanz zu erstellen und von der Revisionsstelle zu prüfen (vgl. dazu oben Ziff. 156). Die Norm orientiert sich an Art. 725 Abs. 2 OR, unterscheidet sich von ihr aber insofern dadurch, dass hier auch das Aktienkapital (nach Herabsetzung) gedeckt sein muss.

- 185 Sodann wird in unserem Entwurf endlich auch der wohl zentralste Punkt des Gläubigerschutzes explizit genannt: "Vor der Eintragung dürfen keine frei gewordenen Mittel an die Aktionäre ausgeschüttet werden." Dies bedeutet zugleich, dass bereits vorher freie Mittel auch schon vor Eintragung ausgeschüttet werden dürfen (wie eine normale Dividendenausschüttung).

Art. 653o VE OR

- 186 Es kann wohl nur ein Versehen sein, dass die "Bestimmungen über die ordentliche Kapitalerhöhung" nicht anwendbar sein sollen; zentral ist, dass die Bestimmungen über die ordentliche Kapital*herabsetzung* hier nichts zu suchen haben. Die "Bestimmungen über die ordentliche Kapitalerhöhung" müssen dagegen – mindestens grösstenteils – unbedingt Anwendung finden, insbesondere etwa betreffend Bezugsrechte! Mit der jetzigen Formulierung ist dagegen ohne weiteres eine (zumindest partielle) Enteignung von einzelnen Aktionären möglich.
- 187 Nach der jetzigen Formulierung kann ohne weiteres auch eine Ausschüttung von Geldern im ersten Schritt (Kapitalherabsetzung) erfolgen, während wird die "Harmonika" in der heutigen Praxis zumeist in Sanierungssituationen (d.h. zur Verlustverrechnung) angewandt wird. Es sollte u.E. festgehalten werden, dass in solchen Fällen eine Ausschüttung an die Aktionäre erst dann erfolgen darf, nachdem die Gesellschaft die Mittel aus dem zweiten Schritt (Kapitalerhöhung) erhalten hat.
- 188 Gesamthaft macht die neue separate Regelung gegenüber der jetzigen (negativen) Formulierung in Art. 732 OR ("ohne es gleichzeitig zur bisherigen Höhe durch neues, voll einzubezahlendes Kapital zu ersetzen") u.E. *überhaupt nur dann Sinn*, wenn letzterer Punkt (Ausschüttung) explizit geregelt wird.

Art. 653p VE OR

**Art. 653p VE OR**

b. Vernichtung von Aktien

<sup>1</sup> Wird das Aktienkapital auf null herabgesetzt und anschliessend wieder erhöht, so gehen die bisherigen Rechte der Aktionäre mit der Herabsetzung unter. Ausgegebene Aktien müssen vernichtet werden.

<sup>2</sup> (...).

**Art. 653p OR  
(Vorschlag Bär & Karrer)**

b. Vernichtung von Aktien

<sup>1</sup> Wird das Aktienkapital auf null herabgesetzt und anschliessend wieder erhöht, so gehen die bisherigen Rechte der Aktionäre mit der Herabsetzung unter. Ausgegebene Aktien müssen vernichtet werden.

<sup>1a</sup> *Der Herabsetzungsbeschluss ist anfechtbar, wenn die Herabsetzung auf*

*Null nicht zum Zweck der Sanierung erfolgt.*

<sup>2</sup> (...).

189 *Abs. 1:* Für den Wegfall der Beschränkung "zum Zwecke der Sanierung" spricht, dass dieser Begriff unbestimmt ist und zu wenig Rechtssicherheit gegenüber den Handelsregisterbehörden bietet, wo doch gerade in Sanierungsfällen ein rasches Handeln und dementsprechend eine schnelle Eintragung oft nötig ist. Die gänzliche Streichung geht jedoch viel zu weit und kann – trotz unentziehbarem Bezugsrecht – zu einer faktischen Enteignung von Aktionären führen, obwohl die Gesellschaft keinerlei Probleme hat; dies nämlich für solche Aktionäre, die zuwenig Liquidität oder Kapital verfügen, um ihr Bezugsrecht zu wahren. Bei Sanierungsfällen wird dies zwar nicht gerade für problemlos befunden, aber im übergeordneten Interesse der Erhaltung der Geschäftstätigkeit gebilligt, zumal die Aktionäre im Konkursfall sowieso zumeist alles verlieren. Der Wegfall der Beschränkung ist somit u.E. schlicht *unhaltbar*.

190 Dagegen ist wichtig, dass der vage Begriff der "Sanierung" nicht von Handelsregisterbehörden von Amtes wegen, sondern allein von Gerichten und nur in wirklich streitigen Fällen, wo ein Aktionär (Anfechtungs-)Klage erhebt, interpretiert wird. Wird dies (wie in unserem Vorschlag eines neuen Abs. 1a) sichergestellt, kann die nähere Konkretisierung des Begriffes durchaus der Praxis überlassen werden. Zugleich stellt unsere Formulierung klar, dass der Sanierungszweck allein einen Anfechtungs- und nicht ein Nichtigkeitsgrund darstellt. Es sind durch den (vollständigen) Untergang der Stimmrechte nämlich nur Aktionärsinteressen (und keine Gläubigerinteressen) betroffen.

Art. 653q VE OR

191 Falls das ordentliche Kapitalherabsetzungsverfahren nicht entsprechend unseren Vorschlägen geändert werden sollte, schlagen wir vor, dass zumindest für die vereinfachte Kapitalherabsetzung *kein Revisionsbericht mit Feststellung der Gläubigerdeckung mehr* erforderlich ist.

192 Das Bundesgericht hat bereits in BGE 76 I 162 festgehalten, der Revisionsbericht müsse sich "in erster Linie darüber aussprechen, ob tatsächlich eine Unterbilanz besteht, ob sie wirklich auf Verluste zurückzuführen ist und ob der vorgesehene Herabsetzungsbetrag nicht grösser ist als die Unterbilanz" (BGE 76 I 162, 166 E. 3). Die Feststellung der Gläubigerdeckung – die ohne Ausschüttung bilanziell gar nicht verändert werden kann – rechtfertigte es damit, dass hier festgestellt werden soll, "ob die geplante Wiederauffüllung des Aktienkapitals zur Erreichung dieses Resultats wieder ausreiche, die A.-G. somit die Voraussetzungen für ein betriebs- und lebensfähiges Unternehmen im Sinne der Erfordernisse des Art. 725 OR wieder erfülle" (BGE 76 I 162, 167 f. E. 3). Dieser Restsinn, den das Bundesgericht in dem wenig geglückten Erfordernis noch (knapp) erkannte, ist aber vom geltenden Recht schon bei weitem ausreichend durch die Art. 725 OR abgedeckt:

Der Verwaltungsrat muss nach Art. 725 Abs. 2 OR bei einer Überschuldung jederzeit das Gericht benachrichtigen, und im Säumnisfall muss dies die Revisionsstelle nach Art. 729b Abs. 2 OR tun. Versagen diese beiden Organe, wird auch ein zusätzlicher "besonderer Revisionsbericht" daran kaum etwas ändern.

193 Für das primäre Erfordernis einer vereinfachten Kapitalherabsetzung – der Unterbilanz – ist aber kein Revisionsbericht erforderlich, sondern vielmehr eine (von der Revisionsstelle geprüfte) Bilanz, wobei zu regeln ist, wie weit diese Bilanz zurückliegen darf. Hier ist – in jedem Fall – eine analoge Vorschrift wie bei Art. 653k Abs. 2 OR (Vorschlag Bär & Karrer) aufzunehmen.

194 Wir regen zudem an, zu prüfen, ob nicht das materielle Schutzniveau leicht angehoben werden soll, d.h. *künftige Ausschüttungen* – etwa nach dem Vorbild von § 233 AktG – *eingeschränkt* werden sollen (da keine Sicherstellung von Gläubigerforderungen erfolgt).

#### **4 Verzicht auf einen gesetzlichen Mindestnennwert der Aktie (Art. 622 Abs. 2 VE OR)**

195 Nachdem auf die Einführung einer – echten oder unechten – nennwertlosen Aktie bedauerlicherweise verzichtet wird, stellt sich diesbezüglich einzig die Frage, ob nicht aus Praktikabilitätsüberlegungen eine Untergrenze festgehalten werden soll.

#### **5 Alternative I: Kapitalband (Art. 653r–653y VE OR)**

196 Die Regelungen betreffend das Kapitalband werden begrüsst.

197 Art. 653r Abs. 2 VE OR ist wie folgt zu ergänzen:

##### **Art. 653r Abs. 2 VE OR (Variante I)**

<sup>2</sup> Das Maximalkapital darf das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital um höchstens die Hälfte überschreiten. Das Basiskapital darf das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital um höchstens die Hälfte unterschreiten.

##### **Art. 653r Abs. 2 OR (Vorschlag Bär & Karrer)**

<sup>2</sup> Das Maximalkapital darf das *zum Zeitpunkt der Einführung* im Handelsregister eingetragene Aktienkapital um höchstens die Hälfte überschreiten. Das Basiskapital darf das *zum Zeitpunkt der Einführung* im Handelsregister eingetragene Aktienkapital um höchstens die Hälfte unterschreiten.

198 Art. 653t Abs. 2 VE OR: Ist dieser undifferenzierte Verweis schlüssig? Kann der Verweis auf die Bestimmungen über die bedingte Kapitalerhöhung sinnvoll sein?

199 In Art. 653t Abs. 2 VE OR sollte "Aktiekapital" durch "Aktienkapital" ersetzt werden.

Art. 653w VE OR

- 200 Eine Beschleunigung des Verfahrens wäre oftmals dann sehr wünschenswert, wenn typischerweise auch das Bezugsrecht ausgeschlossen ist. Es ist deshalb auf die Voraussetzung der Bezugsrechtswahrung jedenfalls insoweit zu verzichten, als bei der Einführung des Kapitalbandes bereits auf das Bezugsrechtsrecht verzichtet wurde oder der Entscheid darüber dem Verwaltungsrat im definierten Rahmen anheim gestellt wurde.

**Art. 653w VE OR (Variante I)**

## 6. Ausgabe von Aktien

Bei einer Erhöhung des Aktienkapitals im Rahmen des Kapitalbands dürfen Aktien vor der Eintragung der Erhöhung im Handelsregister ausgegeben werden, wenn die Einlage in bar erfolgt ist und das Bezugsrecht gewahrt wird.

**Art. 653w OR  
(Vorschlag Bär & Karrer)**

## 6. Ausgabe von Aktien

Bei einer Erhöhung des Aktienkapitals im Rahmen des Kapitalbands dürfen Aktien vor der Eintragung der Erhöhung im Handelsregister ausgegeben werden, wenn die Einlage in bar erfolgt ist, *das Bezugsrecht von der Generalversammlung oder dem Verwaltungsrat im Rahmen seiner Kompetenz ausgeschlossen wurde oder das Bezugsrecht gewahrt wird.*

- 6 Alternative II: Genehmigte Kapitalherabsetzung (Art. 627 Ziff. 8, 652i [Alternative II], 652j [Alternative II], 652k [Alternative II], 653s–653t [Alternative II], 653u [Alternative II], 656a Abs. 4, 656b Abs. 2 Ziff. 4, 704 Abs. 1 Ziff. 4 VE OR)**

Art. 652i und 653s VE OR (Variante II)

- 201 Gegenüber der Kombination von genehmigter Kapitalerhöhung und genehmigter Kapitalherabsetzung wird dem Kapitalband der Vorzug gegeben. Sollte die Alternative II jedoch umgesetzt werden, so sind sowohl in Art. 652i Abs. 2 VE OR wie auch in seinem Pendant, Art. 653s Abs. 2 VE OR folgende sprachlich klärenden und vereinheitlichenden Korrekturen zu vorzunehmen:

**Art. 652i Abs. 2 VE OR (Variante II)**

<sup>2</sup> Das genehmigte Kapital darf höchstens um die Hälfte des bisherigen Aktienkapitals erhöht werden.

**Art. 652i Abs. 2 OR  
(Vorschlag Bär & Karrer)**

<sup>2</sup> *Der Nennbetrag, um den das bisherige Aktienkapital erhöht werden darf, darf die Hälfte des zum Zeitpunkt der Einführung im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals nicht übersteigen.*

**Art. 653s Abs. 2 VE OR (Variante II)**

<sup>2</sup> Das genehmigte Aktienkapital darf höchstens um die Hälfte des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals herabgesetzt werden.

**Art. 653s Abs. 2 OR (Variante II) (Vorschlag Bär & Karrer)**

<sup>2</sup> Der Nennbetrag, um den das bisherige Aktienkapital herabgesetzt werden darf, darf die Hälfte des im Zeitpunkt der Einführung im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals nicht übersteigen.

- 202 In Art. 652i Abs. 3 VE OR Variante II wird auf Art. 650 Abs. 2 VE OR verwiesen. D.h. das die Statutenbestimmung notwendigerweise Angaben über die Art der Einlagen und über Sachübernahmen enthalten muss. Damit gibt es, ohne Umformulierung, keinen Entscheidungsspielraum des Verwaltungsrates wie in Art. 652j 2. Satz VE OR stipuliert.
- 203 In Art. 653s Abs. 3 VE OR Variante II wird umgekehrt explizit nur der Kapitalherabsetzungsbetrag als Mindestanforderung für die statutarische Ermächtigung erwähnt. Gerade hierzu wäre zu überlegen, ob z.B. die Sonderformen der Kapitalherabsetzung und damit die Verwendung in diesem Zusammenhang "frei" werdenden Mittel in der Kompetenz der Generalversammlung belassen werden sollte (und nicht, wie in Art. 653t VE OR stipuliert, derjenigen des Verwaltungsrates).

## **7 Partizipationskapital, insb. Verzicht auf eine Obergrenze (Art. 656a–656d VE OR)**

### Art. 656a VE OR

- 204 *Zu Abs. 1 (Namen- und Inhaber-PS):* U.E. argumentiert die Botschaft im Vergleich zu den Ausführungen der Inhaberaktien widersprüchlich. Abgesehen davon, dass die dortige Argumentation fragwürdig ist (siehe dazu unten Ziff. 214), ist es nämlich äusserst fraglich, ob Inhaber-PS – im Vergleich zu den Inhaberaktien – wirklich nicht unter die erwähnte 33. Empfehlung der FATF/GAFI fallen. Erstens spricht diese bloss "in particular" (und nicht ausschliesslich) von "bearer shares", zweitens sind Inhaber-PS funktional gesehen – ungeachtet ihrer Benennung – nun einmal "bearer shares" ohne Stimmrechte. U.E. fallen damit Inhaber-PS klar unter die erwähnte Empfehlung. Allerdings verlangt diese Empfehlung nicht generell die Abschaffung solcher Beteiligungsrechte (wie der Vorentwurf für die Inhaberaktien – u.E. zu Unrecht – propagiert), sondern bloss "appropriate measures". Gerade dann, wenn aber bei Inhaberaktien die Radikallösung vertreten wird, ist u.E. bei den Inhaber-PS *noch genauer abzuklären*, ob die Eidgenossenschaft diese "appropriate measures" und ihre "adequacy" nachweisen kann, wie die Empfehlung verlangt.
- 205 Der *neue Abs. 4* ist u.E. gesetzgebungstechnisch überflüssig (ebenso wie der geltende Art. 656b Abs. 5 OR) und deshalb wegzulassen, da der Verweis in Abs. 3 dies bereits abdeckt. Die Einschränkung "sofern die Generalversammlung dies

vorsieht" (nur) beim Kapitalband ist zudem irreführend, da die Generalversammlung auch bei den anderen Arten der Schaffung des Partizipationskapitals dies explizit vorsehen muss.

Art. 656b VE OR

206 *Zu den im VE OR gestrichenen Abs. 1 und 4: Die Abschaffung der Obergrenze des Partizipationskapitals soll erfolgen, "um die Abschaffung der Inhaberaktien auszugleichen". Wie bereits erwähnt, ist die Botschaft hier widersprüchlich, weil das im vorherigen Abschnitt erwähnte "Bedürfnis[s] nach transparenten Kapitalstrukturen" so de facto zu grossen Teilen wieder ausgehebelt werden kann und verletzt nach der (von uns in dieser Form nicht geteilten) Argumentation der Botschaft bei den Inhaberaktien die erwähnten 33. Empfehlung der FATF/GAFI, jedenfalls solange nicht weitere Massnahmen getroffen werden. Noch viel schwerer wiegt aber die Tatsache, dass eine Aktiengesellschaft nach dem schweizerischen Konzept primär eine Aktionärsdemokratie sein soll, wobei das PS-Kapital diesem Prinzip zuwiderläuft. Ohne Mitsprache besteht die Gefahr, dass die schwache Stellung der Partizipanten gezielt ausgenützt wird. Aufgrund der gesetzlichen Gleichstellung mit dem Aktienkapital sinkt diese Gefahr dann, wenn auch Interessen grosser Teile des Aktionariats gleichgerichtet sind, was eine bestimmte Breite des Aktionariats erfordert. Auch bei Stimmrechtsaktien gibt es nicht nur eine Obergrenze, sondern gewisse Beschlüsse unterliegen auch einer Kapitalmehrheit (vgl. Art. 704 OR); diese Schutzvorschriften greifen beim PS-Kapital nicht. Mit der Abschaffung der (bereits de lege lata weitgehenden) Obergrenze werden nicht nur oligarchische Strukturen in bisher unbekanntem Ausmass geschaffen, sondern es steigt damit auch die Gefahr des Missbrauchs. Wir lehnen sie deshalb ab; Abs. 1 und 4 sollten beibehalten werden.*

207 *Zu den (im VE OR vorgeschlagenen) Abs. 2 bis 4: Wir begrüssen die Änderungen (unabhängig von der Frage der Obergrenze). Abs. 4 ist zwar eigentlich überflüssig (ergibt sich aus Abs. 2 und 3 e contrario), kann aber der Vollständigkeit halber aufgenommen werden (eine entsprechende Erwähnung in den Materialien würde aber auch für genügend Rechtssicherheit sorgen). Falsch ist die Formulierung von Abs. 2 Ziff. 2: Bei Art. 725 Abs. 1 OR geht es nicht um eine Überschuldung, sondern um einen (qualifizierten) Kapitalverlust.*

Art. 656c VE OR

208 Es ging offenbar vergessen, die Bestimmung mit dem neu vorgeschlagenen Auskunfts- und (wohl auch) Einsichtsrecht zu harmonisieren. Da dies nun unabhängiger von einer Generalversammlung erfolgen können soll, besteht kein Grund, dies den Partizipanten nicht auch direkt zu gewähren. Es ist deshalb folgendes anzupassen:

i) Bei Abs. 2: *Streichung* von "Recht auf Auskunft, das Recht auf Einsicht";

- ii) Bei Abs. 3: *Streichung* von "kein Recht auf Auskunft oder Einsicht oder" sowie "um Auskunft oder Einsicht".
- iii) Bei Abs. 2 zur Verdeutlichung (zur Begründung vgl. unten Ziff. 210) *Ergänzung*: "(...), insbesondere nicht aber Informationsrechte."

209 Im Übrigen begrüßen wir die Änderungen.

Art. 656d VE OR

210 *Streichung von Abs. 2*: Da es sich bei den Informationsrechten der Aktionäre um eher stimmrechtsbezogene Rechte handelt, sind sie entgegen dem Begleitbericht keineswegs zweifellos aufgrund des Verweises in Art. 656a Abs. 3 OR auf Partizipanten anwendbar. Vielmehr schliesst Art. 656c Abs. 1 OR auch nach dem Vorentwurf die Partizipanten von den mit dem Stimmrecht zusammenhängenden Rechten aus. Widersprüchlich ist auch, dass nur Abs. 2 gestrichen wird; Abs. 1 sollte nach der Argumentation des Begleitberichts ja auch schon ohne weiteres nach Art. 700 Abs. 1 gelten. Dies führt zu unnötiger Rechtsunsicherheit, da man nun auch aus dem stehen gelassenen Abs. 1 den Umkehrschluss ziehen könnte. Unklar sind ferner etwa die Rechte bezüglich des Geschäftsberichtes (Art. 696 OR). Schliesslich passt der Titel nicht mehr. Gesetzgebungstechnisch ist die Änderung u.E. deshalb unglücklich.

211 Die intendierte Rechtslage ist u.E. wie folgt zu verdeutlichen:

- i) Ergänzung von Art. 656c Abs. 2 OR wie oben Ziff. 208 iii) vorgeschlagen;
- ii) Vollständige Streichung von Art. 656d OR.

## II Erwerb eigener Aktien (Art. 659 VE OR)

Art. 659 VE OR

**Art. 659 VE OR**

N. (...)

I. (...)

<sup>1</sup> Die Gesellschaft darf eigene Aktien nur dann erwerben, wenn frei verwendbares Eigenkapital in der Höhe der dafür nötigen Mittel vorhanden ist.

<sup>2</sup> Der Erwerb eigener Aktien ist auf 10 Prozent des Aktienkapitals beschränkt.

<sup>3</sup> Steht der Erwerb im Zusammenhang mit einer Übertragbarkeitsbeschränkung oder einer Auflösungsklage, so

**Art. 659 OR**

**(Vorschlag Bär & Karrer)**

N. (...)

I. (...)

<sup>1</sup> Die Gesellschaft darf eigene Aktien nur dann erwerben, wenn frei verwendbares Eigenkapital in der Höhe der dafür nötigen Mittel vorhanden ist.

<sup>2</sup> Der Erwerb eigener Aktien ist auf 10 Prozent des Aktienkapitals beschränkt.

<sup>3</sup> Steht der Erwerb im Zusammenhang mit einer Übertragbarkeitsbe-



beträgt die Höchstgrenze 20 Prozent. Die über 10 Prozent hinaus erworbenen Aktien sind innert zweier Jahre zu veräussern oder durch Kapitalherabsetzung zu vernichten.

schränkung oder einer Auflösungsklage, so beträgt die Höchstgrenze 20 Prozent. *Der Erwerb im Zusammenhang mit einer Austrittsklage nach Art. 736 Abs. 2 untersteht keiner Höchstgrenze.* Die über 10 Prozent hinaus erworbenen Aktien sind innert zweier Jahre zu veräussern oder durch Kapitalherabsetzung zu vernichten.

- 212 Im Grunde ist die Neuerung zu begrüßen, erweitert sie doch die richterlichen Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen von Art. 736 Ziff. 4 OR. Hinsichtlich Abs. 3 von Art. 659 VE OR wird vorgeschlagen, für das neu in Art. 736 Abs. 2 OR unseres Vorschlags eingefügte Austrittsrecht (vgl. dazu Ziff. 105 f.) keine Höchstgrenze betreffend eigene Aktien vorzusehen, da die Gläubiger durch die Voraussetzung ausreichender freier Reserven hinreichend geschützt sind.
- 213 Ohne Not wird hier eine Inkompatibilität begründet. Der richterliche Spielraum im Rahmen von Art. 736 Ziff. 4 OR hätte auch durch andere Massnahmen ausgedehnt werden können. Im Übrigen zeigt die Praxis, dass sich Art. 736 Ziff. 4 OR nicht zu jenem überragenden Streitschlichtungsmechanismus entwickelt hat, für welchen verschiedene Autoren diese Bestimmung hielten. Es erscheint deshalb fragwürdig, die Maxime der Eurokompatibilität für ein Streitschlichtungsinstrument aufzugeben, das sich nicht im erhofften Mass bewährt hat.

### **III Abschaffung der Inhaberaktie (Art. 622 Abs. 1 VE OR i.V.m. Art. 3 Übergangsbestimmungen; Art. 626 Ziff. 4, 630 Ziff. 1, 652b Abs. 4, 688 Abs. 3 und 689a Abs. 1 VE OR)**

- 214 Die Abschaffung der Inhaberaktien wird im Begleitbericht mit folgenden Argumenten begründet:
- In den letzten Jahren sei die Ausgabe von Aktientiteln kontinuierlich zurückgegangen. Die damit einhergehende Handelbarkeit sei faktisch unbedeutsam geworden. Inhaberaktien hätten "ihre Bedeutung für die Handelbarkeit von Titeln"<sup>87</sup> verloren.
  - Inhaberaktien liefen den Bedürfnissen nach transparenten Kapitalstrukturen zuwider.
  - Inhaberaktien seien ins Schussfeld der internationalen Kritik, namentlich der GAFI und der OECD geraten.
  - Im angloamerikanischen Raum sei die Inhaberaktie unbekannt.

87

BEGLEITBERICHT, 26.

- In der Schweiz verfügten etwa 30'000 Aktiengesellschaften über Inhaberaktien; weil es sich dabei meistens um KMU handle, seien die Beteiligungsverhältnisse faktisch weitgehend transparent. Für die Mehrzahl der betroffenen Gesellschaften würde eine Umstellung auf Namenaktien deshalb keine Schwierigkeiten bereiten.
- Inhaberaktien hätten in der Praxis einen "funktionalen Bedeutungsverlust"<sup>88</sup> erfahren.

215 Keiner dieser Gründe – die teilweise unzutreffend sind – rechtfertigt eine Abschaffung der Inhaberaktie. Geht man diesen Gründen nach, so zeigt sich zunächst einmal, dass das Argument des Bedeutungsverlustes der Inhaberaktie rhetorisch aufgeblasen wird und letztlich irreführend ist. Auch grosse Firmen (z.B. Kudelski) benutzen dieses Instrument und die Zahl von 30'000 Aktiengesellschaften mit Inhaberaktien ist nicht vernachlässigbar. Ob es statistisch zutrifft (wie der Begleitbericht behauptet), dass in den meisten dieser Gesellschaften transparente Beteiligungsverhältnisse herrschen würden, wird nicht nachgewiesen. Jedenfalls werden dafür keine "harten" Fakten vorgetragen. Diese (und ähnliche) Argumente, die im Begleitbericht zu finden sind, vermögen kaum zu überzeugen, dass in der Praxis nur ein geringes Bedürfnis nach Inhaberaktien besteht.

216 Gegen den Umstand, dass ein guter Ruf des Finanzplatzes Schweiz unentbehrlich ist, ist nichts einzuwenden. Dass es hierfür die Abschaffung der Inhaberaktie braucht, scheint jedoch übertrieben. Dies wird schon durch die Tatsache dokumentiert, dass die GAFI jenen Staaten, die die Inhaberaktie kennen, die Ergreifung von Massnahmen zur Verhinderung der Verwendung von Gesellschaften mit Inhaberaktien für Zwecke der Geldwäscherei bzw. die Finanzierung von terroristischen Aktivitäten empfiehlt. Die Abschaffung der Inhaberaktie ist unverhältnismässig und kann durch weniger einschneidende Massnahmen ersetzt werden (Identifikation der kontrollierenden Personen, Meldepflichten usw.).

217 *Wir lehnen die Abschaffung der Inhaberaktie als unverhältnismässige gesetzgeberische Massnahme ab.*

---

<sup>88</sup> BEGLEITBERICHT, 27.

## **D Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung**

### **I Multilokale Generalversammlung (Art. 701a–701b VE OR)**

#### Art. 701a VE OR

218 Die neue Bestimmung wird begrüsst.

#### Art. 701b VE OR

219 Die neue Bestimmung wird begrüsst.

### **II Verwendung elektronischer Mittel vor und in der Generalversammlung (Art. 700 Abs. 1, 701c–701f VE OR)**

#### Art. 700 Abs. 1 VE OR

##### **Art. 700 Abs. 1 VE OR**

3. (...)

<sup>1</sup> Die Generalversammlung ist spätestens 20 Tage vor dem Versammlungstag einzuberufen. Die Statuten bestimmen die Form. Die Einberufung und weiter Unterlagen dürfen dem Aktionär mit dessen Zustimmung elektronisch zugestellt werden.

##### **Art. 700 Abs. 1 OR (Vorschlag Bär & Karrer)**

4. (...)

<sup>1</sup> Die Statuten bestimmen die *Form der Einberufung*. Mit Zustimmung des Aktionärs können Zustellungen per *Telefax, E-Mail oder in einer andern Form der Übermittlung, die den Nachweis des Versands ermöglicht, erfolgen*.

<sup>2</sup> Die Eigentümer oder Vertreter der Aktien können die Zustimmung zu einer elektronischen Generalversammlung gestützt auf die Einberufung zu einer solchen verweigern.

<sup>3</sup> Die Statuten bestimmen die *Form der in Absatz 1 und 2 vorgesehenen Zustimmung*.

220 Absatz 1 des Vorschlages wird in Ziff. 13 kommentiert.

#### Art. 700 Abs. 2 OR (Vorschlag Bär & Karrer)

221 Im Hinblick auf die elektronische Generalversammlung, welche unter anderem nur mit der Zustimmung der Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien zulässig ist (Art. 701e Ziff. 1 VE OR bzw. Art. 701c Ziff. 1 OR Vorschlag Bär & Karrer) wird ein neuer Absatz 2, welche das Verfahren für die Zustimmung zu einer elektronischen Generalversammlung vorsieht, vorgeschlagen. Die Vernehmlassenden sind der Meinung, dass sich ein solchen Absatz aufdrängt, da

im VE OR nicht konkretisiert wird, wann die Zustimmung zu einer elektronischen Generalversammlung erfolgen soll. U.E. hat eine solche Zustimmung sinnvollerweise gestützt auf die Einberufung zu erfolgen. Die Vernehmlassenden regen an, terminologisch die gleichen Begriffe (d.h. Eigentümer und Vertreter) wie in Art. 701e Ziff. 1 VE OR (Art. 701c Ziff. 1 OR Vorschlag Bär & Karrer) zu verwenden. Ebenfalls mit der Einberufung hat u.E. die Gesellschaft (in concreto der Verwaltungsrat) den Aktionären Rechenschaft abzulegen, wie die Voraussetzungen von Art. 701e VE OR (bzw. Art. 701d OR Vorschlag Bär & Karrer; vgl. dazu Ziff. 226) erfüllt werden sollen. Insbesondere ist in der Einladung aufzuzeigen, wie sichergestellt werden soll, dass das Abstimmungsergebnis nicht verfälscht wird. Nur so kann sich der einzelne Aktionär ein Bild über den Ablauf der geplanten elektronischen Generalversammlung machen und entscheiden, ob er einer solchen zustimmen will. Praktisch wird dem Aktionär wohl die Möglichkeit eröffnet, gegen eine elektronische Generalversammlung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt Widerspruch zu erheben, wobei nach der Auffassung der Vernehmlassenden beim Nichttätigwerden des Aktionärs oder Vertreters von einer konkludenten Zustimmung ausgegangen werden sollte.

Art. 700 Abs. 3 OR (Vorschlag Bär & Karrer)

- 222 Die Statuten bestimmen die Form der in Absatz 1 und 2 vorgesehenen Zustimmung. Dieser von den Vernehmlassenden neu vorgeschlagene Absatz 3 erfordert Anpassungen im Bereich des gesetzlich vorgeschriebenen Inhaltes der Statuten (Art. 626 VE OR). Vorgeschlagen wird, dass ein neuer Art. 626 Ziff. 5<sup>bis</sup> OR ins Gesetz aufgenommen wird, welcher wie folgt lautet: Die Statuten müssen Bestimmungen enthalten über *die Zustimmung zu Zustellungen per Telefax, E-Mail oder in einer andern Form der Übermittlung, die den Nachweis des Versands ermöglicht*. Für die Zustimmung zu einer elektronischen Generalversammlung ist ebenfalls eine Anpassung im Bereich des gesetzlich vorgeschriebenen Inhaltes der Statuten zu fordern, weshalb von den Vernehmlassenden angeregt wird, einen neuen Art. 626 Ziff. 5<sup>ter</sup> OR ins Gesetz aufzunehmen, welcher wie folgt lautet: Die Statuten müssen Bestimmungen enthalten über *die Zustimmung zu einer elektronischen Generalversammlung*.

Art. 701c–701e VE OR

- 223 Für die Art. 701c–701e VE OR wird eine andere Systematik vorgeschlagen, welche sich wie folgt präsentiert:

Art. 701c VE OR

**Art. 701c VE OR**

6. Verwendung elektronischer Mittel  
 a. Ausübung der Aktionärsrechte  
 Die Aktionäre können ihre Rechte an

**Art. 701c OR  
 (Vorschlag Bär & Karrer)**

6. Verwendung elektronischer Mittel  
 a. *Elektronische Generalversammlung*  
*Eine Generalversammlung kann aus-*

der Generalversammlung auf elektronischem Weg ausüben, sofern die Statuten dies vorsehen und die Generalversammlung durch elektronische Mittel übertragen wird.

*schliesslich mit elektronischen Mitteln ohne Tagungsort durchgeführt werden, wenn:*

- 1. die Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien damit einverstanden sind; und*
- 2. die Beschlüsse der Generalversammlung keiner öffentlichen Beurkundung bedürfen.*

#### Art. 701d VE OR

##### **Art. 701d VE OR**

b. Elektronische Generalversammlung

Eine Generalversammlung kann ausschliesslich mit elektronischen Mitteln ohne Tagungsort durchgeführt werden, wenn:

1. die Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien damit einverstanden sind; und
2. die Beschlüsse der Generalversammlung keiner öffentlichen Beurkundung bedürfen.

##### **Art. 701d OR (Vorschlag Bär & Karrer)**

*b. Voraussetzung für die Verwendung elektronischer Mittel*

*Verwendet die Gesellschaft elektronische Mittel bei der Durchführung der Generalversammlung, so hat der Verwaltungsrat sicherzustellen, dass:*

- 1. die Identität der Teilnehmer und der Votanten eindeutig feststeht;*
- 2. jeder Teilnehmer Anträge stellen und sich an der Diskussion beteiligen kann;*
- 3. das Abstimmungsergebnis nicht verfälscht werden kann.*

#### Art. 701e VE OR

##### **Art. 701e VE OR**

c. Voraussetzung für die Verwendung elektronischer Mittel

Verwendet die Gesellschaft elektronische Mittel bei der Durchführung der Generalversammlung, so hat der Verwaltungsrat sicherzustellen, dass:

1. die Identität der Teilnehmer und der Votanten eindeutig feststeht;
2. jeder Teilnehmer Anträge stellen und sich an der Diskussion beteiligen kann;
3. das Abstimmungsergebnis nicht verfälscht werden kann.

##### **Art. 701e OR (Vorschlag Bär & Karrer)**

*c. Ausübung der Aktionärsrechte*

*Die Aktionäre können ihre Rechte an der Generalversammlung auf elektronischem Weg ausüben, sofern die Statuten dies vorsehen und die Generalversammlung durch elektronische Mittel übertragen wird.*

224 Folgende Gründe sprechen für die von den Vernehmlassenden vorgeschlagene Systematik: In Art. 701a und 701b VE OR wird der Tagungsort, bzw. die Möglichkeit von mehreren Tagungsorten sowie der ausländische Tagungsort für eine Ge-

neralversammlung besprochen. Systematisch logisch erscheint es den Vernehmlassenden daher, im nachfolgenden Artikel die Generalversammlung ohne Tagungsort, d.h. die elektronische Generalversammlung aufzunehmen (Art. 701c OR Vorschlag Bär & Karrer; Art. 701d VE OR). In Art. 701d OR (Vorschlag Bär & Karrer) werden sodann die Voraussetzungen für die Durchführung einer Generalversammlung unter Verwendung von elektronischen Mittel bzw. ausschliesslich elektronischen Mitteln (elektronische Generalversammlung) thematisiert (Art. 701e VE OR). Die Bestimmung betreffend die Ausübung der Aktionärsrechte bildet schliesslich den neuen Art. 701e OR (Vorschlag Bär & Karrer; Art. 701c VE OR).

Art. 701c VE OR bzw. Art. 701e OR (Vorschlag Bär & Karrer)

- 225 Für die Vernehmlassenden nicht einleuchtend ist die Formulierung von Art. 701c VE OR (bzw. die Erklärung im Begleitbericht). Die Ausübung der Aktionärsrechte auf elektronischem Weg stehen den Aktionären zu, sofern die Statuten dies vorsehen *und* die Generalversammlung durch elektronische Mittel übertragen wird. Gemäss Begleitbericht soll es durch den neuen Art. 701c VE OR inskünftig möglich sein, dass Aktionäre mittels elektronischer Medien aus Distanz an der Generalversammlung teilnehmen. Gemeint ist in erster Linie die Übertragung der Generalversammlung vom Tagungsort übers Internet oder auf andere Weise in Ton und Bild, so dass die ortsabwesende Person auf elektronischem Weg aktiv und unmittelbar an der Generalversammlung teilnehmen kann.<sup>89</sup> Der Begleitbericht nimmt als Masstab für die Übertragung durch elektronische Mittel die in Art. 701a Abs. 3 VE OR verwendete Formulierung auf und verlangt eine Übertragung in Bild und Ton. Die Möglichkeit der Ausübung der Aktionärsrechte gemäss Art. 701c VE OR muss u.E. aber für die Durchführung einer Generalversammlung unter Verwendung von elektronischen Mitteln als auch unter ausschliesslicher Verwendung von elektronischer Mittel (elektronische Generalversammlung) gelten. Im Gegensatz zu einer elektronischen Generalversammlung mit Webcam zeichnet sich u.a. die elektronische Generalversammlung im Chatroom aber gerade dadurch aus, dass die gesamte Kommunikation auf dem Schriftweg erfolgt, d.h. keine Übertragung in Bild und Ton erfolgt.<sup>90</sup> Der geforderte Masstab in Bezug auf die Übertragung einer solchen Art der elektronischen Generalversammlung ist nicht beantwortet.

Art. 701e VE OR bzw. Art. 701d OR (Vorschlag Bär & Karrer)

- 226 Wie bereits ausgeführt, wird vorgeschlagen, dass die Gesellschaft (in concreto der Verwaltungsrat) den Aktionären in der Einberufung zur Durchführung einer Generalversammlung unter Verwendung von elektronischer Mittel bzw. ausschliesslich elektronischer Mittel (elektronische Generalversammlung) Rechenschaft ablegt, wie sie sicherstellt, dass die geforderten Voraussetzungen dieser

---

<sup>89</sup> Vgl. BEGLEITBERICHT, 80.

<sup>90</sup> Vgl. dazu S.D. PATAK, Die virtuelle Generalversammlung im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 2005, 112.

Bestimmung erfüllt werden. Eine Änderung der hier besprochenen Bestimmung ist u.E. aber nicht notwendig (vgl. Ziff. 230 ff. für eine entsprechende Ergänzung von Art. 702 VE OR).

Art. 701f VE OR

227 Die neue Bestimmung wird begrüsst.

**III Durchführung der Generalversammlung (Art. 702, 703, 704 und 706a VE OR)**

Art. 702 VE OR

**Art. 702 VE OR**

V. (...)

<sup>1</sup> Der Verwaltungsrat trifft die für die Feststellung der Stimmrechte erforderlichen Anordnungen.

<sup>2</sup> Er sorgt für die Führung des Protokolls. Dieses hält fest:

1. die Anzahl, den Nennwert und die Kategorie der Aktien, die von den Aktionären, deren Vertretern und vom unabhängigen Stimmrechtsvertreter vertreten werden;

2. (...)

3. die in der Generalversammlung gestellten Begehren um Auskunft und die darauf erteilten Antworten;

4. (...)

5. die Verwendung elektronischer Mittel und die Angabe der Anzahl elektronisch abgegebener Stimmen;

6. die Zustimmung der Eigentümer oder der Vertreter sämtlicher Aktien zu einer elektronischen Generalversammlung;

7. das Auftreten technischer Probleme bei der Durchführung der Generalversammlung.

<sup>3</sup> Die Aktionäre sind berechtigt, das Protokoll einzusehen. Ein Beschlussprotokoll ist den Aktionären innerhalb von 20 Tagen auf elektronischem Weg zugänglich zu machen

**Art. 702 OR**

**(Vorschlag Bär & Karrer)**

V. (...)

<sup>1</sup> Der Verwaltungsrat trifft die für die Feststellung der Stimmrechte erforderlichen Anordnungen.

<sup>2</sup> *Die Statuten bestimmen den Zeitpunkt der Schliessung des Aktienregisters. Diese hat frühestens 10 Tage vor der Generalversammlung zu erfolgen.*

<sup>3</sup> *Der Verwaltungsrat trifft die für die Feststellung der Stimmrechte an einer elektronische Generalversammlung notwendigen Anordnungen und informiert die Aktionäre in der Einberufung der Generalversammlung darüber.*

<sup>4</sup> Er sorgt für die Führung des Protokolls. Dieses hält fest:

1. die Anzahl, den Nennwert und die Kategorie der Aktien, die von den Aktionären, deren Vertretern und vom unabhängigen Stimmrechtsvertreter vertreten werden;

2. (...)

3. die in der Generalversammlung gestellten Begehren um Auskunft und die darauf erteilten Antworten;

4. (...)

5. die Verwendung elektronischer Mittel und die Angabe der Anzahl elektronisch abgegebener Stimmen;

6. die Zustimmung der Eigentümer oder der Vertreter sämtlicher Ak-

oder jedem Aktionär auf dessen Wunsch in einer Ausfertigung kostenlos zuzustellen.

tien zu einer elektronischen Generalversammlung;

7. das Auftreten technischer Probleme bei der Durchführung der Generalversammlung.

<sup>5</sup> Die Aktionäre sind berechtigt, das Protokoll einzusehen. Ein Beschlussprotokoll ist den Aktionären innerhalb von 20 Tagen auf elektronischem Weg zugänglich zu machen oder jedem Aktionär auf dessen Wunsch in einer Ausfertigung kostenlos zuzustellen.

228 Die Änderungen werden grundsätzlich begrüsst.

229 Der Vorschlag der schriftlichen Stimmabgabe wird in Ziff. 74 kommentiert.

Art. 702 Abs. 2 OR (Vorschlag Bär & Karrer)

230 Die Vernehmlassenden regen an, den gemäss VE OR unveränderten Absatz 1 der Bestimmung, mit einem neuen Absatz 2 betreffend Schliessung des Aktienregisters zu ergänzen. Vorgeschlagen wird, dass die Statuten den Zeitpunkt der Schliessung des Aktienregisters festsetzen, wobei diese frühestens 10 Tage vor der Generalversammlung zu erfolgen hat. Die Vernehmlassenden erachten es als sinnvoll, den frühestmöglichen Termin für die Schliessung des Aktienregisters direkt im Gesetz aufzunehmen. Dies soll einen gewissen Mindeststandard gewährleisten. Die von uns vorgeschlagene Formulierung erfordert ebenfalls eine Anpassung von Art. 626 VE OR. Vorgeschlagen wird, dass Art. 626 Ziff. 5 VE OR wie folgt ergänzt wird: Die Statuten müssen Bestimmungen enthalten über die Einberufung der Generalversammlung, *die Schliessung des Aktienregisters* und das Stimmrecht der Aktionäre.

Art. 702 Abs. 3 OR (Vorschlag Bär & Karrer)

231 Die Vernehmlassenden regen zudem an, die Bestimmung, mit einem neuen Absatz 3 zu ergänzen (bzw. für die elektronische Generalversammlung zu konkretisieren). Die Ergänzung ist insbesondere im Zuge der Art. 700 VE OR und Art. 701e Ziff. 1 und Ziff. 3 VE OR (Art. 701d Ziff. 1 und Ziff. 3 OR Vorschlag Bär & Karrer) zu sehen, welche die Einberufung der Generalversammlung und die Voraussetzung für die Verwendung elektronischer Mittel regeln.

232 Die Prüfung des Stimmrechts und des Teilnahmerechts an der Generalversammlung erfolgt primär gemäss einer diesbezüglichen statutarischen Regelung. Enthalten die Statuten keine Vorschriften, was die Regel ist, erfolgt die Prüfung gemäss den Anordnungen des Verwaltungsrats, sofern auch kein Generalversammlungs-Reglement vorhanden ist. Die Einberufung der Generalversammlung ent-



hält in der Regel Anordnungen über die Voraussetzungen der Teilnahme und die Prüfung der Teilnahme- und der Stimmberechtigung.<sup>91</sup>

- 233 Die Vernehmlassenden erachten es als sinnvoll, dass das Gesetz explizit vorschreibt, dass der Verwaltungsrat für die elektronische Generalversammlung die für das Stimmrecht relevanten Anordnungen in der Einberufung bekannt zu geben hat. Dies nicht zuletzt deshalb, weil es u.E. für einen Aktionär von Bedeutung ist, wie er sein Teilnahme- bzw. Stimmrecht geltend machen kann und der Aktionär damit nicht zuletzt die Frage der vorgängigen Zustimmung zu einer elektronischen Generalversammlung (vgl. dazu Ziff. 221) besser beantworten kann. Zudem ist der Verwaltungsrat ohnehin gemäss Art. 701e VE OR (Art. 701d OR Vorschlag Bär & Karrer) verpflichtet bei der Verwendung von elektronischen Mitteln bei der Durchführung der Generalversammlung sicherzustellen, dass die Identität der Teilnehmer eindeutig feststeht und das Abstimmungsergebnis nicht verfälscht werden kann (Art. 701e Ziff. 1 und Ziff. 3 bzw. Art. 701d Ziff. 1 und Ziff. 3 OR Vorschlag Bär & Karrer). Die explizite Erwähnung der elektronischen Generalversammlung im Zuge der Feststellung der Stimmrechte erscheint den Vernehmlassenden eine logische Konsequenz der angeregten Ergänzungen im Bereich der Einberufung bzw. der Zustimmung zu einer elektronischen Generalversammlung (Art. 700 VE OR).

Art. 703 VE OR

**Art. 703 VE OR**

VI. (...)

1. (...)

<sup>1</sup> Die Generalversammlung fasst ihre Beschlüsse und vollzieht ihre Wahlen, soweit das Gesetz oder die Statuten es nicht anders bestimmen, mit der absoluten Mehrheit der abgegebenen Aktienstimmen.

<sup>2</sup> Enthaltungen gelten nicht als abgegebene Aktienstimmen.

**Art. 703 OR  
(Vorschlag Bär & Karrer)**

VI. (...)

1. (...)

<sup>1</sup> Die Generalversammlung fasst ihre Beschlüsse und vollzieht ihre Wahlen, soweit das Gesetz oder die Statuten es nicht anders bestimmen, mit der *relativen* Mehrheit der abgegebenen Aktienstimmen.

<sup>2</sup> *Erklären das Gesetz oder die Statuten ein anderes Quorum für massgebend, gelten Enthaltungen zwingend als nicht vertretene Aktienstimmen.*

- 234 Die Aktionäre sollen gezwungen werden, zu dem zur Abstimmung gestellten Antrag deutlich Stellung nehmen zu müssen, also mittels "Ja"- oder "Nein"-Stimmen zu erklären, ob ein Antrag abgelehnt oder gutgeheissen wird. Dies ist dann der Fall, wenn als allgemeines gesetzliches Quorum das relative Mehr für massgebend erklärt wird; denn diesfalls Stimmenthaltungen sowie die Abgabe von Leerstimmen auf das Ergebnis der Beschlussfassung keinen Einfluss. In Anbetracht

<sup>91</sup> Vgl. zum Ganzen BSK-DUBS/TRUFFER, OR 702 N 4.

der im Vorentwurf vorgesehenen Regelung betreffend die Enthaltungen ist es sachgerecht, in Absatz 1 gerade das "relative Mehr" für ausschlaggebend zu erklären.

- 235 Mit dem vorgeschlagenen Absatz 2 soll sichergestellt werden, dass "Enthaltungen" dann das Ergebnis der Beschlussfassung nicht beeinflussen, wenn das Gesetz oder die Statuten von der Massgeblichkeit des relativen Mehr abweichen.

Art. 704 VE OR

- 236 Die Änderungen werden begrüsst.

Art. 706a VE OR

- 237 Die Änderungen werden begrüsst.

## E Neuregelung der Rechnungslegung

### I Reserven (Art. 671–674 VE OR)

#### Art. 671 VE OR

##### Art. 671 VE OR

C. (...)

I. Kapitalreserve

<sup>1</sup> Der Kapitalreserve ist zuzuweisen:

1. ein Mehrerlös, der bei der Ausgabe von Aktien über den Nennwerte und die Ausgabekosten hinaus erzielt wird (Agio);

2. die zurück behaltene Einzahlung auf Aktien, soweit für die dafür neu ausgegebenen Aktien kein Mindererlös erzielt wird (Kaduzierungsgewinn).

<sup>2</sup> Die Kapitalreserve darf nur zur Beseitigung eines Kapitalverlust und zur Liberierung des Aktienkapitals verwendet werden.

##### Art. 671 OR (Vorschlag Bär & Karrer)

C. (...)

I. (...)

<sup>1</sup> (...)

<sup>2</sup> Die Kapitalreserve kann durch Beschluss der Generalversammlung anlässlich der Genehmigung der Jahresrechnung insoweit in frei verwendbares Eigenkapital umgewandelt werden, als die Kapitalreserve zusammen mit der gesetzlichen Reserve höher ist als 50 Prozent des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals. Bei Gesellschaften, deren Zweck hauptsächlich in der Beteiligung an anderen Unternehmen besteht (Holdinggesellschaften), liegt diese Grenze bei 20 Prozent des eingetragenen Aktienkapitals.

<sup>3</sup> Die Kapitalreserve darf im Übrigen nur zur Beseitigung eines Kapitalverlusts und zur Liberierung von Aktienkapital verwendet werden.

238 Die bisherige komplizierte Regelung des Art. 671 OR hat mit dem Revisionsentwurf eine Vereinfachung erfahren, welche zu begrüßen ist.

239 U.E. nicht unterstützt werden kann die Beschränkung der Verwendbarkeit von Kapitalreserven, welche eine Verschlechterung der Aktionärsstellung zur Folge hat. Die bisherige Regelung verweist das Agio und den Kaduzierungsgewinn in die allgemeine gesetzliche Reserve, welche ab einer Grenze von 50% des Nennkapitals grundsätzlich frei verwendbar ist.<sup>92</sup> Diese Lösung hat in der bisherigen Praxis gut funktioniert und es werden – gerade im Hinblick auf Aktienrückkäufe von Publikumsgesellschaften – relativ oft Umwandlungen von Agio in freie Reserven bzw. frei verwendbares Eigenkapital vorgenommen, um solche Rückkäufe überhaupt zu ermöglichen. Es sind keine Fälle bekannt, wo jemand wegen einer sol-

<sup>92</sup> S. auch M. NEUHAUS/B. SCHÖNBÄCHLER, in: HONSELL/VOGT/WATTER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. A., Basel 2002, Art. 671 N 36 (nachfolgend zitiert als BSK OR II-BEARBEITER); P. FORSTMOSER, Schweizerisches Aktienrecht, Band I/1, Zürich, 1981, § 9 N 54; a. M. P. BÖCKLI, a.a.O., § 8 N 271.

chen Umwandlung zu Schaden kam. Trotzdem sollen neu Agio und Kaduzierungsgewinn in die gebundene Kapitalreserve fliessen, welche lediglich zur Beseitigung eines Kapitalverlusts und zur Liberierung des Aktienkapitals verwendet, jedoch in keinem Fall direkt oder indirekt (eben z.B. über Aktienrückkäufe) ausgeschüttet werden dürfen. Diese Lösung entspricht nicht dem Wesen der Aktiengesellschaft als einer durch ein voraus bestimmtes Kapital haftenden (Art. 620 Abs. 1 OR) und gewinnstrebigen Gesellschaft, welche darüber hinaus vollumfänglich den Interessen der Aktionäre gewidmet ist (Art. 660 Abs. 1 OR u.a.). Der Kapitalschutz muss sich u.E. auf den Nennbetrag des Aktienkapitals, welcher in den Statuten erfasst und im Handelsregister eingetragen ist, beschränken. Mit darüber hinausgehenden Mehrbeträgen bzw. blockiertem Eigenkapital kann ein Gläubiger nicht rechnen.<sup>93</sup> Entsprechend wird vorgeschlagen, die Aktionäre an der Kapitalreserve partizipieren zu lassen, sofern diese einen gewissen Schwellenwert überschreitet. Der im Bericht vorgeschlagene Weg über die Kapitalherabsetzung erscheint uns in diesem Zusammenhang als unnötig kompliziert (und wegen der gängigen Steuerpraxis – Stichwort Gratisaktienbesteuerung – prohibitiv teuer). Sinnvollerweise und im Lichte der bisherigen Praxis müsste sich dieser Wert aus der Kapital- und der Gewinnreserve addieren und wäre auf 50% des Aktienkapitals festzulegen. Der über diesen Wert hinausgehende Teil von Kapital- und Gewinnreserve soll die Generalversammlung analog heutiger Praxis durch Beschluss umwandeln können. Vorgeschlagen wird dabei vorliegend (und in Übereinstimmung mit einem Teil der heutigen Lehre<sup>94</sup>), dass dies nur dann gemacht werden kann, wenn die Jahresrechnung abgenommen wird und damit ein Revisionsbericht vorliegt.

- 240 In Abs. 2 (bzw. Abs. 3 Vorschlag Bär & Karrer) wird eine leichte sprachliche Anpassung vorgeschlagen.

Art. 671a VE OR

- 241 Die Löschung wird begrüsst.

Art. 671b VE OR

- 242 Die Löschung wird begrüsst.

Art. 672 VE OR

**Art. 672 VE OR**

II. Gewinnreserven

1. Gesetzliche Reserve

<sup>1</sup> 5 Prozent des Jahresgewinns sind

**Art. 672 OR**

**(Vorschlag Bär & Karrer)**

II. (...)

1. (...)

<sup>1</sup> (...)

<sup>93</sup> Vgl. dazu auch P FORSTMOSER/A. MEIER-HAYOZ/P. NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 14 N 23 und FN 17a.

<sup>94</sup> S. BSK OR II-NEUHAUS/SCHÖNBÄCHLER, Art. 671 N 36.

der gesetzlichen Reserve zuzuweisen. Vor der Zuweisung an die Reserve sind allfällige Verlustvorträge zu decken.

<sup>2</sup> Die gesetzliche Reserve ist zu äufnen, bis sie die Höhe von 50 Prozent des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals erreicht. Bei Gesellschaften, deren Zweck hauptsächlich in der Beteiligung an anderen Unternehmen besteht (Holdinggesellschaften), ist die gesetzliche Reserve zu äufnen, bis sie die Höhe von 20 Prozent des eingetragenen Aktienkapitals erreicht.

<sup>3</sup> Die gesetzliche Reserve darf nur verwendet werden:

1. für die Deckung von Verlusten;
2. für Massnahmen zur Weiterführung des Unternehmens bei schlechtem Geschäftsgang;
3. zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und zur Milderung ihrer Folgen.

<sup>2</sup> Die gesetzliche Reserve ist zu äufnen, bis sie *zusammen mit der Kapitalreserve* die Höhe von 50 Prozent des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals erreicht. Bei Gesellschaften, deren Zweck hauptsächlich in der Beteiligung an anderen Unternehmen besteht (Holdinggesellschaften), ist die gesetzliche Reserve zu äufnen, bis sie die Höhe von 20 Prozent des eingetragenen Aktienkapitals erreicht.

<sup>3</sup> *Sind Gewinn- und Kapitalreserve zusammen höher als dieser Wert, kann die Gewinn- oder die Kapitalreserve im Überschussbetrag in frei verwendbares Eigenkapital umgewandelt werden.*

~~<sup>4</sup> Die gesetzliche Reserve darf nur verwendet werden:~~

- ~~1. für die Deckung von Verlusten;~~
- ~~2. für Massnahmen zur Weiterführung des Unternehmens bei schlechtem Geschäftsgang;~~
- ~~3. zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und zur Milderung ihrer Folgen.~~

243 Die geltende Gesetzgebung verlangt, dass u. a. auch 10% der 5% überschreitenden Dividenden der allgemeinen gesetzlichen Reserve zuzuweisen sind. Mit der Neuregelung im Rahmen der Gewinnreserve wird diese "Pönalisierung" des dem schweizerischen Aktienrecht immanenten Systems der Dividendenausschüttung aufgehoben und durch eine konstante, ausschüttungsunabhängige Reservenzuweisung, welche dem Gleichbehandlungsgrundsatz unseres Rechtssystems jedenfalls besser Rechnung trägt, abgelöst. Insofern ist die Neuregelung zu unterstützen.

244 Hingegen sind die Vernehmlassenden der Auffassung, dass die Bestimmungen über die Verwendung der Gewinnreserve für Massnahmen zur Weiterführung des Unternehmens bei schlechtem Geschäftsgang sowie zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und zur Milderung ihrer Folgen (Abs. 3 Ziff. 2 und 3), welche von der geltenden Gesetzgebung übernommen wurden, aus dem Gesetz zu streichen sind. Die Bedeutung dieser Verwendungszwecke ist seit jeher unklar, und hat wohl letztlich damit zu tun, dass das Gesetz hier eine Blockierung von Eigenkapital mit einem "Fonds-Denken" vermischt, indem offenbar an eine Art "Kässeli" gedacht wird, in das Geld für bestimmte Zwecke hineingelegt wird. Die Verwendung der Reserve für die genannten Zwecke macht schon insoweit keinen Sinn, als unklar ist, ob Aufwendungen für die genannten Zwecke direkt dem Eigenkapital belastet werden dürfen (was nicht der Fall sein sollte, vom Text aber eigentlich indiziert wird). Wollen die Aktionäre die Eigenmittel stärken, um der Gesellschaft auch ein Überleben in Krisenzeiten sicherzustellen, können sie einfach be-

schliessen, keine Dividende auszuschütten, ohne dass es dafür einer gesonderten Reserve bedarf. Will der Verwaltungsrat z.B. Massnahmen zur Milderung der Arbeitslosigkeit beschliessen, kann er das, falls dies im Unternehmensinteresse liegt; resultieren aus dieser Massnahme Verluste, können diese mit den Reserven verrechnet werden. Wir würden deshalb vorschlagen, die beiden Ziffern zu streichen, wobei der Verweis auf die Möglichkeit, Verluste zur Verrechnung zu bringen, auch entfallen kann, da dies in Art. 674 VE OR gesagt wird.

#### Art. 673 VE OR

- 245 Auch hier scheint das bereits oben in Ziff. 244 erwähnte "Kässeli"-Denken zugrunde zu liegen, welches von den Vernehmlassenden abgelehnt wird. Kommt hinzu, dass die gesamte Bestimmung aus Sicht des Minderheitenschutzes problematisch ist. Die Vernehmlassenden sind daher der Auffassung, dass Art. 673 OR ersatzlos zu streichen ist.

#### Art. 674 VE OR

- 246 Die Änderungen werden begrüsst.

## **II Anzeigepflicht bei Überschuldung (Art. 725, 725a, 728c, 729c und 731 VE OR)**

#### Art. 725 VE OR

##### **Art. 725 VE OR**

###### VII. (...)

###### 1. Anzeigepflichten des Verwaltungsrats

<sup>1</sup> Zeigt die letzte Jahresbilanz, dass die Hälfte der Summe des Aktienkapitals, der Kapitalreserve und der gesetzliche Reserve nicht mehr durch die Aktien abzüglich aller Verbindlichkeiten gedeckt ist, so beruft der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung ein und beantragt ihr Sanierungsmassnahmen.

<sup>2</sup> Die Statuten können weitere Voraussetzungen vorsehen, bei deren Eintritt der Verwaltungsrat unverzüglich die Generalversammlung einberufen und ihr Sanierungsmassnahmen beantragen muss.

<sup>3</sup> Besteht die begründete Besorgnis, dass die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr durch die

##### **Art. 725 OR (Vorschlag Bär & Karrer)**

###### VII. (...)

###### 1. Anzeigepflichten des Verwaltungsrats

<sup>1</sup> Zeigt die letzte Jahresbilanz, dass die Hälfte der Summe des Aktienkapitals, der Kapitalreserve und der gesetzliche Reserve nicht mehr durch die Aktien abzüglich aller Verbindlichkeiten gedeckt ist, so beruft der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung ein und beantragt ihr Sanierungsmassnahmen.

<sup>2</sup> Die Statuten können weitere Voraussetzungen vorsehen, bei deren Eintritt der Verwaltungsrat unverzüglich die Generalversammlung einberufen und ihr Sanierungsmassnahmen beantragen muss.

<sup>3</sup> Besteht die begründete Besorgnis, dass die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr durch die Akti-

Aktiven gedeckt sind oder dass die Gesellschaft zahlungsunfähig ist, so muss der Verwaltungsrat unverzüglich Zwischenbilanzen zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten erstellen und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorlegen. Er darf die Veräusserungswerte höher festsetzen als die gesetzlich vorgesehenen Höchstwerte, sofern die Veräusserung der entsprechenden Vermögenswerte innert 12 Monaten beabsichtigt und voraussichtlich möglich ist.

<sup>4</sup> Dem Revisor obliegen die Anzeigepflichten der Revisionsstelle.

<sup>5</sup> Ist die Gesellschaft gemäss den beiden Zwischenbilanzen überschuldet oder ist sie zahlungsunfähig, so muss der Verwaltungsrat das Gericht unverzüglich benachrichtigen.

<sup>6</sup> Das Gericht muss nicht benachrichtigt werden, sofern Gläubiger im Ausmass der Unterdeckung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten und ihre Forderungen stunden. Massgeblich ist die Zwischenbilanz zu Fortführungswerten.

ven gedeckt sind, so muss der Verwaltungsrat unverzüglich Zwischenbilanzen zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten erstellen und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorlegen. Der Verwaltungsrat darf die Veräusserungswerte höher festsetzen als die gesetzlich vorgesehenen Höchstwerte, sofern die Veräusserung der entsprechenden Vermögenswerte innert 12 Monaten möglich erscheint.

<sup>4</sup> Besteht die begründete Besorgnis, dass die Gesellschaft zahlungsunfähig ist, obwohl die Forderungen der Gläubiger gedeckt sind, so muss der Verwaltungsrat unverzüglich eine Liquiditätsplanung erstellen und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorlegen. Zahlungsunfähig ist eine Gesellschaft, wenn sie während mehr als 4 Kalenderwochen ihren Zahlungspflichten nicht mehr nachkommen konnte und voraussichtlich während weiteren 6 Kalenderwochen ihre Zahlungsverpflichtungen nicht erfüllen kann.

<sup>5</sup> Dem Revisor obliegen die Anzeigepflichten der Revisionsstelle.

<sup>6</sup> Ist die Gesellschaft gemäss den beiden Zwischenbilanzen überschuldet oder ist sie gemäss der Liquiditätsplanung zahlungsunfähig, kann der Verwaltungsrat, sofern Aussicht auf eine nachhaltige Sanierung besteht, eine Sanierungsstrategie erarbeiten und diese innert 20 Tagen nach Erstellen der Zwischenbilanzen bzw. der Liquiditätsplanung dem Gericht präsentieren. Können die Sanierungsaussichten glaubhaft gemacht werden, setzt das Gericht dem Verwaltungsrat eine Frist von 60 Tagen zur Durchführung der Sanierung an. Diese Frist kann nach freiem Ermessen des Gerichtes erstreckt werden.

<sup>7</sup> Bestehen keine nachhaltigen Sanierungsaussichten, muss der Verwaltungsrat das Gericht innerhalb von 5 Arbeitstagen ab dem Zeitpunkt, in welchem die Aussichtslosigkeit von Sanierungsbemühungen erkannt wird, spätestens aber innert 20 Tagen nach Erstellen der Zwischenbilanzen bzw.

*der Liquiditätsplanung, benachrichtigen.*

<sup>8</sup> Das Gericht muss nicht benachrichtigt werden, sofern Gläubiger im Ausmass der Unterdeckung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft

*1. im Falle einer Überschuldung im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten und ihre Forderungen stunden;*

*2. im Falle einer Zahlungsunfähigkeit ihre Forderungen stunden.*

*Die Stundung hat sowohl die Grund- als auch die Zinsforderungen zu umfassen und zwar während der gesamten Dauer der Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit. Massgeblich ist die Zwischenbilanz zu Fortführungswerten.*

- 247 Die Änderungen in Abs. 1, 2 und 4 (bzw. Abs. 5 Vorschlag Bär & Karrer) werden grundsätzlich begrüsst.
- 248 In Abs. 3 würden wir am Ende aber vorschlagen, zu verdeutlichen, dass eine Verkaufsmöglichkeit genügt. Es kann nämlich durchaus Fälle geben, wo der Verwaltungsrat davon ausgehen kann, dass in Zukunft wieder Gewinne erwirtschaftet und damit die Eigenmittel verstärkt werden; liegt in solchen Fällen der Veräusserungswert höher als der mögliche Bilanzwert (und "rettet" nur die Höherbewertung die Gesellschaft vor weiteren Schritten), macht es keinen Sinn, vom Verwaltungsrat tatsächlich eine Veräusserung zu verlangen.
- 249 In Abs. 3 wurde neben der Überschuldung neu auch der Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit im Gesetz aufgenommen, welcher die Pflicht zur Anzeige an den Richter auslösen soll. Da die Gläubiger im Falle einer Zahlungsunfähigkeit des Schuldners jederzeit eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung anstreben können (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG), wird der Verwaltungsrat in einer solchen Konstellation unter der geltenden Gesetzgebung meistens eine Nachlassstundung gemäss Art. 293 ff. SchKG beantragen. Ein solches Vorgehen verlangt eine bereits fortgeschrittene konzeptuelle Arbeit mit Vorlage der Bilanz sowie mindestens eines provisorischen Entwurfs des – mindestens mit den Haupt-Gläubigern abgesprochenen – Nachlassvertrages. Die Folge davon ist ein weit gestreutes Bekanntwerden des finanziellen Engpasses der Gesellschaft, was oft die Lage noch verschlimmert. Dagegen erlaubt das Gesuch um aktienrechtlichen Konkursaufschub ausserhalb des Schuldbetreibungs- und Konkursverfahrens, das sogenannte aktienrechtliche Moratorium des Art. 725a OR, die Sanierung unter



dem Schutz des Richters mit weniger weitreichenden Folgen.<sup>95</sup> Entsprechend ist die Ausdehnung der die Anzeige an den Richter auslösenden Tatbestände auf den Fall der Zahlungsunfähigkeit zu begrüssen.

- 250 Dagegen sind Zwischenbilanzen ein u.E. ungeeignetes Mittel zur Feststellung einer Zahlungsunfähigkeit. Die Bilanz ist per definitionem ein stichtagsbezogenes Instrument, wogegen die Zahlungsunfähigkeit einer Gesellschaft ein Vorgang ist, welcher mit dem Verzehr der liquiden Mittel beginnt und unter gleichzeitigem Versiegen der Einnahmequellen kurzfristig zu Zahlungsschwierigkeiten führen kann.<sup>96</sup> Zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit zu fordern ist daher vielmehr eine Liquiditätsplanung unter Gegenüberstellung der zukünftig ein- und ausgehenden Mittel. Weiter wäre auch zu wünschen, dass eine Definition des Begriffes der Zahlungsunfähigkeit, wie dies auch für die Überschuldung getan wurde, im Gesetz verankert würde. Für die Auslösung der Anzeigepflicht nicht ausreichend ist sicherlich eine Zahlungsunfähigkeit nur von kurzer Dauer. Massgeblich in diesem Zusammenhang muss vielmehr der über eine bestimmte Zeitspanne andauernde Zustand der Zahlungsunfähigkeit sein.
- 251 Mit der Forderung der "unverzöglichen" Benachrichtigung des Gerichtes in Abs. 5 OR ist sodann eine Abkehr von der geltenden Rechtsprechung und Lehre erfolgt; eine solche Abkehr kann von den Vernehmlassenden nicht unterstützt werden. In BGE 116 II 541 hat das Bundesgericht unter Verweis auf verschiedene Lehrmeinungen die Anzeigepflicht dahingehend relativiert, dass die Pflicht zur Anzeige unterbleiben kann, wenn konkrete Aussicht auf eine Sanierung besteht. Damit wird der Entscheid über die Aussichten einer Sanierung vom Gericht auf den Verwaltungsrat verschoben. Dies wird damit begründet, dass der Verlust der Gläubiger bei einer Sanierung bedeutend geringer ist als bei einer Liquidation der Gesellschaft.<sup>97</sup> Es leuchtet ein, dass einer solchen Praxis Grenzen gesetzt werden müssen, um auch dem Risiko der Gläubiger gerecht zu werden. Die vorgeschlagene Radikallösung wird diesem Vorhaben allerdings wenig helfen. Vielmehr wird sie eine angeschlagene Gesellschaft infolge der in Art. 725a OR statuierten Publizitätswirkung und der fehlenden Sachnähe des Richters in den meisten Fällen direkt in den Konkurs zwingen und die Gläubiger mit sicheren Verlusten ausgehen lassen. Zu bevorzugen wäre daher folgende Lösung:
- 252 Nach Erstellung der Bilanzen und Feststellung der Überschuldung soll dem Verwaltungsrat u.E. zunächst eine 20-tägige Frist gewährt werden zur Erarbeitung einer Sanierungsstrategie (z.B. Kapitalschnitt und Kapitalerhöhung) und zur Einleitung erster Schritte (z.B. Vorgespräche mit Grossaktionären). Danach muss der Richter benachrichtigt und ihm die vorgesehene Sanierung aufgezeigt werden. Prozessual muss in diesem Stadium eine Glaubhaftmachung der Sanierungsaussichten genügen. Anschliessend soll der Richter dem Verwaltungsrat

---

<sup>95</sup> P. BÖCKLI, a. a. O., § 13 N 749.

<sup>96</sup> A.P. RUBLI, Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, in: Forstmoser (Hrsg.), Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 218, Zürich 2002, 89 (mit weiteren Verweisen).

<sup>97</sup> A.P. RUBLI, a. a. O., 96 f. (mit weiteren Verweisen); s. auch P. BÖCKLI, a. a. O., § 13 N 777, 816.

eine Frist von u.E. 60 Tagen zur Durchführung der Sanierung ansetzen. Nach Ablauf der angesetzten Frist müsste der Richter über den Stand der Sanierung orientiert werden. Je nach Fortschritt und Aussichten weiterer Sanierungsschritte sollte der Richter die Möglichkeit haben, eine Fristverlängerung zu gewähren.

- 253 Bestehen keine Sanierungsaussichten, sollte u.E. eine Anzeige an den Richter innerhalb von fünf Arbeitstagen ab dem Bekanntwerden der Aussichtslosigkeit, spätestens aber wie oben, d.h. innert 20 Tagen nach Erstellen der Zwischenbilanzen bzw. der Liquiditätsplanung (s. Abs. 7 Vorschlag Bär & Karrer).
- 254 Die Einführung des qualifizierten Rangrücktritts (mit Stundung der Forderungen) als Voraussetzung für den Verzicht auf die Benachrichtigung des Gerichts in Abs. 6 (bzw. Abs. 8 Vorschlag Bär & Karrer) wird grundsätzlich begrüsst. Eine Konkretisierung des Gesetzestextes ist aber zu fordern für die Stundung, welche gemäss Begleitbericht zum Vorentwurf nicht nur die Hauptforderung, sondern auch die Zinsen erfassen soll. Weiter ist für den Fall der Zahlungsunfähigkeit ein Rangrücktritt wenig hilfreich. Die Zahlungsunfähigkeit resultiert aus der Inkongruenz von ein- und ausgehenden Zahlungsströmen. Ein Rangrücktritt trägt diesem Umstand per se keine Rechnung und ist daher für den Fall der Zahlungsunfähigkeit aus dem Vorentwurf zu streichen.

Art. 725a VE OR

- 255 Die Änderungen werden begrüsst.

Art. 728c VE OR

**Art. 728c Abs. 3 VE OR**

<sup>3</sup> Ist die Gesellschaft offensichtlich überschuldet oder offensichtlich zahlungsunfähig und unterlässt der Verwaltungsrat die Anzeige, so benachrichtigt die Revisionsstelle unverzüglich das Gericht.

**Art. 728c Abs. 3 OR  
(Vorschlag Bär & Karrer)**

<sup>3</sup> Ist die Gesellschaft offensichtlich überschuldet oder offensichtlich zahlungsunfähig und *hat der Verwaltungsrat seinen Handlungsspielraum im Sinne von Art. 725 OR überschritten*, so benachrichtigt die Revisionsstelle unverzüglich das Gericht.

- 256 Die Bestimmung zur Anzeigepflicht der Revisionsstelle muss jener des Verwaltungsrates angepasst werden. Konkret soll die Revisionsstelle verpflichtet werden, die Ersatzvornahme erst dann vorzunehmen, wenn der Verwaltungsrat seinen Handlungsspielraum überschritten hat. Zur Begründung wird auf die Ausführungen in vorstehender Ziff. 48 verwiesen.

Art. 729c VE OR

**Art. 729c VE OR**

c. (...).

Ist die Gesellschaft offensichtlich

**Art. 729c OR  
(Vorschlag Bär & Karrer)**

c. (...)

Ist die Gesellschaft offensichtlich über-

überschuldet oder offensichtlich zahlungsunfähig und unterlässt der Verwaltungsrat die Anzeige, so benachrichtigt die Revisionsstelle unverzüglich das Gericht.

schuldet oder offensichtlich zahlungsunfähig und *hat der Verwaltungsrat seinen Handlungsspielraum im Sinne von Art. 725 OR überschritten*, so benachrichtigt die Revisionsstelle unverzüglich das Gericht.

257 Siehe Ausführungen in vorstehender Ziff. 52.

Art. 731 VE OR

258 Die Änderungen werden begrüsst.

### **III Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht (Art. 957–957a VE OR)**

Art. 957 VE OR

259 Die Änderungen werden begrüsst.

Art. 957a VE OR

260 Die Änderungen werden begrüsst.

### **IV Grundlagen der Rechnungslegung (Art. 958–958e VE OR)**

Vorbemerkung

261 Das Massgeblichkeitsprinzip steht dem mit der Gesetzesrevision angestrebten Ziel der Erhöhung der Transparenz (true and fair view) entgegen bzw. verunmöglicht eine wesentliche Verbesserung der derzeitigen Rechtslage<sup>98</sup>. Aus diesem Grunde wird im Vorentwurf als Lösung des Problems die Erstellung eines zusätzlichen Abschlusses nach einem anerkannten Regelwerk vorgeschlagen.

262 U.E. geht der Vorentwurf in die falsche Richtung, indem das Handelsrecht noch mehr mit dem Steuerrecht verknüpft wird. Der Konflikt kann u.E. wesentlich gemildert werden, wenn in der Praxis – wie von Peter Spori und Peter Gurtner bereits vor einigen Jahren vorgeschlagen<sup>99</sup> – für die steuerliche Anerkennung einer Abschreibung bzw. einer Rückstellung nicht mehr darauf abgestellt wird, ob diese auch in der handelsrechtlichen Buchhaltung verbucht worden ist. Die Abschreibung bzw. die Rückstellung für steuerliche Zwecke ist im Steuerrecht speziell normiert und wird in der steuerlichen Ergänzungsrechnung (häufig unzutreffend als "Steuerbilanz" bezeichnet) mittels Formularen und Beilagen geltend gemacht,

---

<sup>98</sup> Vgl. BEGLEITBERICHTS, Ziff. 2.5.6.

<sup>99</sup> Siehe dazu P. GURTNER, *Archiv für Schweizerisches Abgaberecht* (2000/01), 91 und P. SPORI, *Archiv für Schweizerisches Abgaberecht* (2000/01), 115.

um die speziellen Bewertungsbestimmungen des Steuerrechts zu berücksichtigen. Ausgangspunkt der steuerlichen Einkommens- und Gewinnermittlung ist der Saldo der handelsrechtskonformen Erfolgsrechnung. Auf die handelsrechtliche Verbuchung einer Abschreibung bzw. einer Rückstellung kann es dogmatisch in der steuerlichen Ergänzungsrechnung nicht ankommen. Eine solche Praxisänderung würde das mit der Gesetzesrevision angestrebten Ziel der Erhöhung der Transparenz (true and fair view) unterstützen. Das steuerrechtliche Massgeblichkeitsprinzip und mithin das Verbuchungsprinzip kann nur dort gelten, wo keine speziellen Bewertungsbestimmungen im Steuerrecht bestehen, d.h. nur in der handelsrechtskonformen Bilanz und Erfolgsrechnung.

#### Art. 958 VE OR

- 263 Zu begrüssen, inkl. Unterzeichnungspflicht. Vom Parlament genauer zu analysieren ist aber, ob es nicht sinnvoll wäre, einen Lagebericht, der in narrativer Form den Geschäftsgang der Berichtsperiode zusammenfasst, von allen Gesellschaften zu verlangen (nicht nur von Grossgesellschaften gemäss Art. 961b VE OR).

#### Art. 958a VE OR

- 264 Diese Bestimmung hängt eng mit Art. 725 OR (bzw. VE OR) zusammen, auf keinen Fall darf die Bestimmung so interpretiert werden, dass die Liquidität für 12 Monate gesichert oder wahrscheinlich sein muss. Kombiniert man diese Bestimmung mit der Pflicht nach Art. 725 VE OR, den Richter sofort zu benachrichtigen, könnten vorschnelle Geschäftseinstellungen das Resultat sein. Zudem sollte der Entwurf deutlich machen, wie die 12-Monatsfrist zu bemessen ist; unseres Erachtens wäre z.B. klarzustellen, dass die 12-Monatsfrist ab dem Bilanzstichtag läuft, doch ist für die Beurteilung auf den Zeitpunkt der Unterzeichnung der Jahresrechnung abzustellen.
- 265 Will man einen Unternehmensteil innert 12 Monaten verkaufen, ist die Umstellung auf individuelle Veräusserungswerte nicht angebracht, wenn der Unternehmensteil als Ganzes zum Fortführungswert veräussert werden kann.
- 266 Nicht klar ist schliesslich die Bedeutung von "Abweichungen von der Annahme der Fortführung". Ist damit gemeint, dass offengelegt werden muss, in welchen Bereichen zu Veräusserungswerten bilanziert wurde, weil die Fortführung nicht gewährleistet ist? Oder ist die Idee, dass bei unsicherer Fortführung auf diesen Umstand hingewiesen werden kann, ohne auf Fortführungswerte umzuschalten (worauf der zweite Satz schliessen liesse)?

#### Art. 958b VE OR

- 267 Die Änderungen werden begrüsst.

Art. 958c VE OR

- 268 Für die Konzernrechnung müsste unseres Erachtens die Rechnungslegung in ausländischer Währung zulässig sein, zumal gewisse Unternehmen ausländischen Währungen stärker ausgesetzt sind als der Landeswährung. Wir denken ferner nicht, dass die Umrechnungswerte betreffend Erfolgsrechnung so richtig ist.

Art. 958d VE OR

- 269 U.E. ist die Beschränkung auf Gläubiger mit einem schutzwürdigen Interesse zu präzisieren, damit langwierige Verfahren vermieden werden können. Denkbar wäre beispielsweise, dass (nicht abschliessend) jeder Gläubiger, dessen Forderung in Verzug ist oder dessen Forderung grösser ist als 1% des Eigenkapitals der fraglichen Gesellschaft, einen Anspruch erhalten soll. Vgl. zur Offenlegung des Abschluss nach Regelwerk die Bemerkung hinten zu Art. 962 VE OR.
- 270 Absatz 2 ist sprachlich zu redigieren.
- 271 Absatz 3 erscheint als überflüssig, wenn das Handelsregister Geschäftsbericht und Revisionsbericht elektronisch veröffentlicht.

Art. 958e VE OR

- 272 Zu begrüssen, insb. die Streichung der Korrespondenz.

**V Jahresrechnung (Art. 959–959c VE OR)**Art. 959 VE OR

- 273 Die Änderungen werden begrüsst.

Art. 959a VE OR

- 274 Zu begrüssen, gilt auch für die Behandlung eigener Aktien.

Art. 959b VE OR

- 275 Zu begrüssen (inkl. des Ausweises der Zuteilung von Optionen, auch wenn die Bewertung solcher Optionen eine schwierige Angelegenheit ist).

Art. 959c VE OR

- 276 Inhaltlich zu begrüssen, sprachlich noch zu verbessern. Besser wäre es, zunächst zu sagen, was der Anhang soll, dann was der Mindestinhalt ist und was allenfalls zusätzlich noch zu sagen ist.

- 277 Je nach konkreter Regelung der "Willkürreserven" (vgl. insb. Art. 960e VE OR und die dortigen Anmerkungen) ist die jetzige Regelung des Aktienrechts betreffend Reserveauflösung wieder einzufügen.

## **VI Bewertung (Art. 960–960e VE OR)**

### Art. 960 VE OR

- 278 Grundsätzlich zu begrüßen – nicht verständlich ist, weshalb der Bericht Einmalabschreibungen zulassen will<sup>100</sup>, da dies im Regelfall zu gewillkürten Reserven führt, was richtigerweise ausgeschlossen wird (vgl. auch Bemerkungen zu Art. 960e VE OR).

- 279 Die arabische Ziffer "1." sollte vermutlich eine römische Ziffer "I." sein.

### Art. 960a VE OR

- 280 Die Änderungen werden grundsätzlich begrüsst.
- 281 Wir vermissen im Vorentwurf eine ausdrückliche Bestimmung betreffend die Zulässigkeit (Recht bzw. Pflicht) und die Verbuchungsmethode der Aufwertung, sei es im Sinne des geltenden Art. 670 OR bei Kapitalverlust oder Überschuldung oder generell.
- 282 Die Maximalgrenze der Anschaffungs- oder Herstellungskosten kann in Praxis bei Transaktionen Probleme bereiten, wenn Aktiven zur Liberierung von Aktienkapital in eine andere Gesellschaft eingebracht werden. Das EHRA verlangt in diesem Fall, dass der gesamte Buchwert der eingebrachte Nettoaktiven gemäss handelsrechtlicher Bilanz mindestens dem Nennwert der ausgegebenen Aktien entsprechen (auch bei Fusionen), ohne dass stille Reserven berücksichtigt werden (was u.E. falsch ist). Mit anderen Worten werden mit der Transaktion stille Reserven auf die übernehmende Gesellschaft übertragen. Das mit der Gesetzesrevision angestrebte Ziel der Erhöhung der Transparenz (true and fair view) verlangt hingegen, dass die eingebrachten Nettoaktiven auf der Ebene der übernehmenden Gesellschaft zum Verkehrswert angesetzt werden können. Wie oben in den Vorbemerkungen bereits ausgeführt, kann es auf die handelsrechtliche Verbuchung dann nicht ankommen, wenn das Steuerrecht spezielle Bewertungsbestimmungen vorsieht. Dies ist insbesondere für steuerneutrale Unternehmens-Umstrukturierungen der Fall. Demzufolge können für steuerliche Zwecke auf der Ebene der übernehmenden Gesellschaft die eingebrachten Nettoaktiven zum bisherigen Steuerwert (häufig unzutreffend als "Buchwert" bezeichnet) angesetzt werden (in einer steuerlichen Schattenrechnung mittels Formularen und Beilagen), um die Steuerneutralität zu gewährleisten, unabhängig davon, ob für handelsrechtliche Zwecke zum Verkehrswert angesetzt wird. Das Massgeblichkeitsprinzip und

---

<sup>100</sup> BEGLEITBERICHT, 105 f.

mithin das Verbuchungsprinzip hat hier im Zusammenhang mit speziellen Bewertungsbestimmungen des Steuerrechts keine Bedeutung. Dies ist ein praktisches Beispiel, wonach eine Praxisänderung der Steuerbehörden notwendig ist.

Art. 960b VE OR

283 Zu begrüssen.

Art. 960c VE OR

284 Die Änderungen werden begrüsst.

Art. 960d VE OR

285 Die Änderungen werden begrüsst.

Art. 960e VE OR

286 Abs. 1 bis 3 sind mit Ausnahme von Abs. 3 Ziff. 4 nicht zu beanstanden. Diese Ziff. 4 führt dagegen zurück in die Zeit der Willkürreserven, die aus Transparenzgründen ausgeschlossen werden müssen, wie dies durch Art. 959 Abs. 4 und 960 Abs. 2 VE OR auch richtigerweise statuiert ist.

287 Abzulehnen ist aus analogen Gründen Abs. 4 (Nichtnotwendigkeit, unnötige Rückstellungen aufzulösen) – auch diese Bestimmung erlaubt Willkürreserven und verstösst damit nicht nur gegen die vorgenannten Bestimmungen, sondern auch gegen den in Art. 958b VE OR richtigerweise niedergelegten Grundsatz der Periodengerechtigkeit (siehe dazu auch die Bemerkungen zu Art. 960f VE OR, wonach die Frage der Zulässigkeit von Rückstellungen nach handelsrechtlichen ("true and fair view") und nicht nach steuerrechtlichen Grundsätzen beantwortet werden sollte).

## **VII Verhältnis zwischen handelsrechtlichem und steuerrechtlichem Abschluss (Art. 960f VE OR)**

Art. 960f VE OR

288 Mit dieser Bestimmung würde der (handelsrechtliche) Grundsatz der umgekehrten Massgeblichkeit im Schweizer Recht eingeführt werden. Eine solche rechtliche Rückwirkung des Steuerrechts auf das Handelsrecht ist abzulehnen. Die Frage der Zulässigkeit von Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen sollte nach handelsrechtlichen ("true and fair view") und nicht nach steuerrechtlichen Grundsätzen beantwortet werden. Im Unterschied dazu kann der geltende (steuerrechtliche) Grundsatz der Massgeblichkeit der handelsrechtlichen Gewinnermittlung für das Steuerrecht, der zu einer bloss faktischen Rückwirkung des Steuerrechts auf das Handelsrecht (häufig unzutreffend als "umgekehrte Mass-

geblichkeit" bezeichnet) führt, mit Praktikabilitätsüberlegungen begründet werden.

- 289 Nicht verständlich ist, weshalb die Auflösung von steuerlich nicht anerkannten Abschreibungen etc. erfolgsneutral erfolgen soll, wie der Bericht festhält<sup>101</sup>.

## **VIII Rechnungslegung für grosse Unternehmen (Art. 961–961b VE OR)**

### Art. 961 VE OR

- 290 Die Änderungen werden begrüsst.

### Art. 961a VE OR

- 291 Zu begrüssen. Zu fragen ist,

- a) ob Bestandesänderungen im Umlaufvermögen nicht auch erfasst werden müssten und
- b) ob in Abs. 2 nicht gesagt werden müsste: "sofern eine Konzerngeldflussrechnung erstellt wird."

### Art. 961b VE OR

- 292 Die Änderungen werden begrüsst.

## **IX Abschluss nach Regelwerk (Art. 962–962a VE OR)**

- 293 Der in Ziff. 2.5.6 des Begleitberichts angesprochene Konflikt zwischen dem Handelsrecht (Erhöhung der Transparenz: "true and fair view") und dem Steuerrecht ("Wahrung der Steuerneutralität") wird vor allem durch das Verbuchungsprinzip ausgelöst. Das steuerrechtliche Massgeblichkeitsprinzip und mithin das Verbuchungsprinzip kann u.E. aber insoweit nicht gelten, als das Einkommens- und Gewinnsteuerrecht Korrekturatbestände zu Gunsten (z.B. Art. 59 Abs. 1, Art. 60, Art. 61 Abs. 1 und Abs. 3, Art. 62 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 1, Art. 64 DBG) und zu Ungunsten (z.B. Art. 58 Abs. 1 Bst. b und Bst. c DBG, Art. 59 Abs. 2, Art. 62 Abs. 4 und Art. 63 Abs. 2, Art. 65 DBG) der steuerpflichtigen Person vorsieht. Mit anderen Worten gilt das Verbuchungsprinzip nicht in der steuerlichen Ergänzungsbuchung<sup>102</sup>. In der Rechtspraxis wird jedoch im Grundsatz nur zu Ungunsten der steuerpflichtigen Person vom Verbuchungsprinzip abgewichen (siehe Ziff. 3.10.8 des Begleitberichts).

---

<sup>101</sup> BEGLEITBERICHT, 107.

<sup>102</sup> Siehe dazu P. GURTNER, *Archiv für Schweizerisches Abgaberecht* (2000/01), 91 und P. SPORI, *Archiv für Schweizerisches Abgaberecht* (2000/01), 115.



294 Im Unterschied dazu löst der Vorentwurf den Konflikt, indem unter bestimmten Voraussetzungen neben dem steuerrelevanten Jahresabschluss nach Obligationenrecht zusätzlich einen Abschluss nach einem privaten Regelwerk verlangt wird, der eine erhöhte Transparenz vermittelt, aber steuerlich unbeachtlich bleibt (Ziff. 2.5.6 des Begleitberichts). Dieser Weg führt jedoch nicht zum angestrebten Ziel der Erhöhung der Transparenz des handelsrechtlichen Einzelabschlusses. Der Konflikt sollte u.E. in Anlehnung an Peter Gurtner und Peter Spori mit einer entsprechenden Praxisänderung durch die Steuerbehörden gelöst werden, wonach es für die steuerrechtliche Anerkennung zum Beispiel von Abschreibungen und Rückstellungen nicht auf die handelsrechtliche Verbuchung ankommt. Eine solche Praxisänderung würde den Konflikt zwischen der mit der Gesetzesrevision angestrebten Erhöhung der Transparenz und dem Steuerrecht entschärfen (der Hinweis in Ziff. 2.6 zweitletzter Abschnitt des Begleitberichts auf den Vorrang der steuerrechtlichen Bewertung ist demzufolge abzulehnen). Wie oben ausgeführt, kann es auf die handelsrechtliche Verbuchung für die Einhaltung der "kantonalen Steuerregel" nicht ankommen. Die Einmalabschreibung wird für steuerliche Zwecke in der steuerrechtlichen Ergänzungsrechnung (in der Regel mittels Formularen und Beilagen) geltend gemacht.

Art. 962 VE OR

295 Zu begrüssen (siehe dazu allerdings die Vorbemerkungen vorstehend). Eine sprachliche Anpassung wäre für den Begriff des "privaten" Regelwerkes sinnvoll, der durch das "anerkannte" Regelwerk (siehe Art. 962a VE OR) zu ersetzen wäre (im VE-RRG gab es den Begriff des "allgemein anerkannten Regelwerkes", man denkt hier aber offenbar auch an lokalere Standards<sup>103</sup>, was zu einer Begriffsverkürzung führen muss). Vgl. hier auch die Wortwahl in Art. 962a Abs. 1 VE OR.

296 Nicht nachvollziehen können wir die Gründe, weshalb die Konzernrechnung, nicht aber der Abschluss nach Regelwerk Teil des Geschäftsberichts sein soll, was Auswirkungen auf die Einsichtnahme und Offenlegung hat<sup>104</sup>. Unseres Erachtens rechtfertigt sich eine unterschiedliche Behandlung nicht.

297 Abs. 3: Hier wäre der Klarheit halber wie folgt zu formulieren:

**Art. 962 Abs. 3 VE OR**

<sup>3</sup> Diese Pflicht entfällt, wenn eine Konzernrechnung nach den Bestimmungen dieses Gesetzes erstellt wird.

**Art. 962 Abs. 3 OR  
(Vorschlag Bär & Karrer)**

<sup>3</sup> Absätze 1 und 2 finden keine Anwendung, wenn eine Konzernrechnung nach den Bestimmungen dieses Gesetzes erstellt wird.

---

<sup>103</sup> BEGLEITBERICHT, 112.

<sup>104</sup> BEGLEITBERICHT, Ziff. 3.10.2.

- 298 Fraglich ist, ob die Schwellen nach Abs. 2 nicht zu tief angesetzt worden sind, dies namentlich unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Erstellung eines Abschlusses nach Regelwerk aufwendig und teuer (und zeitraubend) sein kann. Zu erwägen wäre, als Mittellösung für kleinere Aktionäre klarzustellen, dass im Rahmen des Fragerechts des Aktionärs an der Generalversammlung einzelne Bilanzposten einer Kontrolle unterzogen werden können, dies bezogen auf ein von der Gesellschaft gewähltes, anerkanntes Regelwerk.
- 299 Offen ist ferner, wer die Wahl zwischen mehreren anwendbaren Regelwerken treffen darf; dies müsste u.E. der Gesellschaft (bzw. deren Verwaltungsrat) zustehen. Ebenso die Frage ob, unter welchen Umständen und auf wessen Beschluss das Regelwerk gewechselt werden kann.
- 300 Abs. 4 ist etwas unklar (es geht wohl um die Einkommens- und Gewinnsteuerbemessung) und überflüssig und daher zu streichen. Die Definition des Steuerobjektes ist in den Steuergesetzen zu verankern und nicht im Handelsrecht.

Art. 962a VE OR

- 301 Zu begrüssen. Der Wortlaut scheint aber unklar: was bedeutet "bestätigt" gemäss VE OR 962a Abs. 2 Satz 2? Besser wäre "geprüft". Gemäss Bericht<sup>105</sup> bedarf ein Abschluss nach Regelwerk stets der ordentlichen Revision nach neuem Recht, was im Gesetzestext aber klarzustellen wäre.

**X Konzernrechnung (Art. 963–963c VE OR)**

Art. 963 VE OR

- 302 Die Änderungen werden begrüsst.
- 303 Die Revision und Genehmigung der Konzernrechnung ist soweit ersichtlich nicht vorgesehen, bzw. die Prüfungspflicht ergibt sich – wenn wir dies richtig verstehen – nur aus dem schwer verständlichen Verweis in Art. 963c VE OR (vgl. Ziff. 306).

Art. 963a VE OR

- 304 Die Änderungen werden begrüsst.

Art. 963b VE OR

- 305 Zu begrüssen. Ausnahmen von der Konsolidierungspflicht wären zu diskutieren, können zu einer erheblichen Einschränkung der Aussagefähigkeit der Konzernrechnung führen.

---

<sup>105</sup> BEGLEITBERICHT, 113.

Art. 963c VE OR

- 306 Der Verweis von Art. 963c VE OR ist schwer verständlich und ungenügend. Was ist gemeint? Ist die Meinung, dass die Konzernrechnung in jedem Falle nach Regelwerk zu erfolgen hat ("Die Konzernrechnung ist nach einem [privaten] Regelwerk zu erstellen. Es gilt Art. 962a."), oder nur, wenn die Voraussetzungen von Art. 962 VE OR erfüllt sind ("Sind die Voraussetzungen von Art. 962 erfüllt, hat der Abschluss nach Regelwerk zu erfolgen. Es gilt Art. 962a."). Bezieht sich der Verweis auch auf die Prüfungspflicht?

**F Handelsregister****I Öffentlichkeit (Art. 928–928a VE OR)**Art. 928 VE OR

- 307 Die Änderungen werden grundsätzlich begrüsst. Es soll aber auf allfällige datenschutzrechtliche Probleme von Abs. 4 dieser Bestimmung hingewiesen werden. Entsprechend wäre zu überlegen, ob der Kreis der Personen, nach welchen gesucht werden kann, einzuschränken ist (z.B. Suche nur nach Verwaltungsräten möglich), ob eine Suche auch gelöschte Informationen aufdecken soll und ob für die Suche nach personenbezogenen Kriterien nicht sogar ein Interessennachweis wie er auch in Art. 8a SchKG vorgesehen ist, zu verlangen wäre, was selbstverständlich nur auf dem "Papierweg" möglich wäre.

Art. 928a VE OR

- 308 Die Änderungen werden begrüsst.

**II Liberalisierung des Firmenrechts (Art. 944, 947 und 956 VE OR)**Art. 944 VE OR

- 309 Die Änderungen werden begrüsst.

Art. 947 VE OR

- 310 Die Änderungen werden begrüsst.

Art. 956 VE OR

- 311 Die Änderungen werden begrüsst.

**III Haftung der Handelsregisterbehörden (Art. 929 VE OR)**Art. 929 VE OR

- 312 Die Änderungen werden begrüsst.

#### **IV Kompetenzdelegation und Gebühren (Art. 929a, 930–930a und 943a VE OR)**

##### Art. 929a VE OR

- 313 Die Verschiebung der Kompetenzdelegation betreffend Informatisierung des Handelsregisters in Art. 930a VE OR wird begrüsst.

##### Art. 930 VE OR

- 314 Die Änderungen werden begrüsst.

##### Art. 930a VE OR

- 315 Siehe Ausführungen in vorstehender Ziff. 69.

##### Art. 943a VE OR

###### **Art. 943a VE OR**

IX. Haftung für Gebühren und Auslagen

<sup>1</sup> Für die Bezahlung der Gebühren und Auslagen haften persönlich und solidarisch:

1. der Rechtsträger;
2. sämtliche Personen, die eine Anmeldung einreichen, hätten einreichen müssen oder eine Amtshandlung verlangen.

<sup>2</sup> Scheiden die Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans aus ihrem Amt aus, so haften sie für die Bezahlung der Gebühren und Auslagen, die während einem Jahr nach ihrer Löschung aus dem Handelsregister begründet worden sind.

###### **Art. 943a OR (Vorschlag Bär & Karrer)**

IX. Haftung für Gebühren und Auslagen

<sup>1</sup> Für die Bezahlung der Gebühren und Auslagen *haftet nur der Rechtsträger*.

~~<sup>2</sup> Scheiden die Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans aus ihrem Amt aus, so haften sie für die Bezahlung der Gebühren und Auslagen, die während einem Jahr nach ihrer Löschung aus dem Handelsregister begründet worden sind.~~

- 316 Die Regelung in Abs. 1 Ziff. 2 ist abzulehnen und die Praxis jener der übrigen öffentlichen Register (z.B. Grundbuch, Markenregister) anzupassen, welche, wie auch die Gerichte, keine Solidarhaftung für Gebühren und Kosten von Personen oder Institutionen anders als des Rechtsträgers, vorsehen. Diese Lösung rechtfertigt sich im Übrigen auch unter dem Blickwinkel des privatrechtlichen Stellvertretungsrechts, wonach der Vertretene und nicht der Vertreter berechtigt und verpflichtet wird, wenn der zur Stellvertretung ermächtigte Vertreter für den Vertretenen in dessen Namen einen Vertrag abschliesst (vgl. Art. 32 Abs. 1 OR).

**V Änderungen im Bereich der Einträge und Eintragungen (Art. 931–931a, 933–934, 941, 943 VE OR)**

Art. 931 VE OR

317 Die Änderungen werden begrüsst.

Art. 931a VE OR

318 Die Änderungen werden begrüsst.

319 Der Vorschlag ist sprachlich wie folgt zu verbessern: "Die Einwendung, dass jemand *einen* einem Dritten gegenüber wirksam gewordenen Eintrag nicht gekannt habe, ist ausgeschlossen".

Art. 934 VE OR

320 Die Änderung wird begrüsst.

Art. 941 VE OR

321 Abs. 1 ist sprachlich wie folgt zu verbessern: "Das Handelsregister hat die Beteiligten zur Erfüllung der Anmeldungspflicht anzuhalten und nötigenfalls die vorgeschriebenen Eintragungen von Amtes wegen vorzunehmen."

Art. 943 VE OR

322 Die Löschung wird begrüsst.

**G Terminologisches/Anpassung an die Praxis/Anpassung an die GmbH-Revision**

**I Begriff der AG (Art. 620 und 680 VE OR)**

323 Die Änderung bringt wünschenswerte Präzisierungen in verschiedenen Hinsichten. Sie ist zu begrüssen.

**II Liberierung, Sachübernahme, besondere Vorteile (Art. 632, 633 Abs. 3, 634 Abs. 1 Ziff. 1–3, Abs. 2, 3 und 4, 634a, 636, 642 VE OR)**

324 Die Änderungen an diesen Stellen entsprechen alle der heutigen Praxis bzw. dem geltenden Recht. Sie sind zu begrüssen – vor allem unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit.

**III Keine Pflicht zur Ausgabe von Aktientiteln (Art. 622 Abs. 3 VE OR)**

325 Diese Änderung widerspiegelt eine weit verbreitete Praxis und ist zu begrüssen.

**IV Stimmrechtsaktien (Art. 693 VE OR)**

326 Die Änderung in Art. 693 Abs. 2 VE OR stellt eine Anpassung an die Abschaffung der Inhaberaktie dar. In diesem Sinne ist sie abzulehnen (zur näheren Begründung: vorne Ziff. 214 ff.). Demgegenüber ist der Verweis auf die Rückerstattungsklage in Abs. 3 Ziff. 5 zu begrüssen.

**V Aufgaben der Revisionsstelle und Revisionsbericht (Art. 728a, 728b und 731 VE OR)**

327 Die Änderung ist zu begrüssen.

**VI Einzelarbeitsvertrag (Art. 322a VE OR)**

328 Die Änderung ist zu begrüssen.

**VII Kollektivgesellschaft (Art. 558 und 559 VE OR)**

329 Die Änderungen sind zu begrüssen.

**VIII Kommanditgesellschaft (Art. 600 und 611 VE OR)**

330 Die Änderungen sind zu begrüssen.

**IX Kommanditaktiengesellschaft (Art. 765 VE OR)**

331 Die Änderung ist zu begrüssen.

**X GmbH (Art. 791, 801–802, 804, 820 VE OR)**

332 Die Änderungen sind zu begrüssen.

**XI Genossenschaft (Art. 856–858, 879, 902–903 VE OR)**

333 Die Änderungen sind zu begrüssen.



## **H Übergangsbestimmungen**

- 334 Wir begrüßen grundsätzlich die Übergangsbestimmungen, die die Erfahrungen mit der Aktienrechtsrevision von 1991 berücksichtigen und daraus die Konsequenzen ziehen. Die in Art. 2 ÜB VE vorgesehene Anpassungsfrist von zwei Jahren ist angemessen. Die in Art. 2 Abs. 2 ÜB VE aufgestellte Regel dürfte gegen das Versäumen der Statutenanpassung die erforderlichen Anreize schaffen.
- 335 Zu Art. 3 ÜB VE (Inhaberaktien) wird hier aus prinzipiellen Überlegungen keine Stellung bezogen, da wir einer Abschaffung der Inhaberaktie ablehnend gegenüberstehen (vgl. vorne Ziff. 214 ff.).
- 336 Während Art. 4 ÜB VE (genehmigte und bedingte Kapitalerhöhung) sinnvoll erscheint, könnte man bei Art. 5 ÜB VE (Rechnungslegung) fragen, ob die Zweijahresfrist auch im Kontext der Anpassung auf neue Rechnungslegungsregeln/-standards angemessen ist. Die Frage ist insofern zu bejahen, als die grosse Mehrheit (wenn nicht die Gesamtheit) der schweizerischen Gross- und Publikumsgesellschaften bereits heute den Anforderungen des vorgeschlagenen neuen Rechts entsprechen.

## I Schlussbemerkungen

- 337 Zieht man die Bilanz aus der von uns vorgenommenen Analyse des Vorentwurfs, ergibt sich folgendes *Gesamtbild*:
- 338 Im Bereich der *Verbesserung der Corporate Governance* ist zunächst festzustellen,
- dass die vorgeschlagenen *Auskunfts- und Einsichtsrechte der Aktionäre* noch an verschiedenen Mängeln kranken (Informationsasymmetrien, disproportionaler Mehraufwand für die Gesellschaft usw.).
  - Die überarbeitete *Sonderuntersuchung*, die an diese neue Auskunfts- und Einsichtsordnung angepasst wird, ist suboptimal und insbesondere missbrauchsanfällig.
  - Demgegenüber wird das neue Regime der *Mitwirkungsrechte* grundsätzlich begrüsst. Kritisch sind dabei allerdings die vorgesehenen Fristen zu würdigen, die zu kurz ausgefallen sind. Als problematisch schätzen wir sodann die Enthaltungspflicht des unabhängigen Stimmrechtsvertreters gemäss Art. 689d Abs. 2 VE OR ein. Schliesslich sehen wir keinen Grund für die Abschaffung der Depot- und Organvertretung. Am schwersten fällt der Verzicht auf eine Regelung der Dispoaktien in die Wagschale.
  - Eine angemessene Wahrnehmung des *Einberufungs- und Traktandierungsrechts* setzt eine Strukturierung der Abläufe im Vorfeld der Generalversammlung voraus. Eine solche Strukturierung fehlt im VE OR.
  - Die neue *Rückerstattungsklage* ist nicht unproblematisch. Namentlich sollte das Erfordernis der Bösgläubigkeit beibehalten werden.
  - Schliesslich wird die angestrebte Erleichterung des *Austritts bei Vorliegen wichtiger Gründe* begrüsst, wobei gewisse Differenzierungen vorzunehmen sind.
  - Die Verbesserungen in der *Organisation des Verwaltungsrats* werden grundsätzlich begrüsst. Abzulehnen ist aber die zwingende einjährige Amtsperiode.
  - Die Änderungen der *Organhaftung* bleiben – trotz Fortschritte – noch unbefriedigend.
- 339 Was die *Neuregelung der Kapitalstrukturen* anbetrifft, drängen sich folgende Bemerkungen auf:

- Die Änderungen des Rechts der *ordentlichen Kapitalerhöhung* werden grundsätzlich begrüsst. Zu bedauern ist u.a., dass die Gelegenheit verpasst wurde, die Möglichkeit eines Maximalbetrages gesetzlich zu fixieren. Demgegenüber ist die Überarbeitung der Regeln der *Kapitalherabsetzung* unzulänglich und führt materiellrechtlich zu keinen Verbesserungen. Sie ist deshalb abzulehnen.
  - Die Regelung betreffend das *Kapitalband* wird begrüsst.
  - Die Änderung des Rechts des PS-Kapitals ist (mit geringfügigen Korrekturen) zu befürworten.
  - Demgegenüber ist die *Abschaffung der Inhaberaktie* abzulehnen.
- 340 Die Aktualisierung der *Regelung der Generalversammlung*, namentlich die Zulassung elektronischer Medien zur Durchführung der Generalversammlung, wird grundsätzlich begrüsst. Im Detail sind allerdings noch zahlreiche Elemente der vorgeschlagenen Regelung verbesserungsbedürftig.
- 341 Im Hinblick auf die *Neuregelung der Rechnungslegung* sind verschiedene Aspekte hervorzuheben:
- Die Änderungen der *Reservenregelung* wird im Grundsatz begrüsst. Allerdings ist die Beschränkung der Verwendbarkeit von Kapitalreserven und von Gewinnreserven abzulehnen.
  - Auch die vorgeschlagene Ausgestaltung der *Anzeigepflicht bei Überschuldung* schätzen wir als grundsätzlich positiv ein. Hinter die Praktikabilität des neu eingeführten Tatbestands der Zahlungsunfähigkeit setzen wir ein Fragezeichen. Vor allem aber lehnen wir die Unverzüglichkeit der Benachrichtigung des Richters ab.
  - Im Hinblick auf die *Grundlagen der Rechnungslegung* halten wir dafür, dass der VE OR in der Tendenz in die falsche Richtung geht, weil das Handelsrecht noch mehr als bisher mit dem Steuerrecht verknüpft wird.

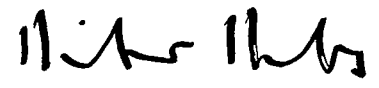
\* \* \* \* \*

Die Verfasserinnen und Verfasser der vorliegenden Vernehmlassung stehen im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsprozesses gerne zur Verfügung, um die ge-

setzgebenden Behörden zu unterstützen.

Mit freundlichen Grüssen

i.v.   
Prof. Dr. Rolf Watter

i.v.   
Prof. Dr. Marc Amstutz

**Per Brief und per Email (ehra@bj.admin.ch)**

Herrn  
Bundesrat Christoph Blocher  
Vorsteher des Eidgenössischen Justiz-  
und Polizeidepartements  
Bundeshaus West  
3003 Bern

Basilea Pharmaceutica AG  
Grenzacherstrasse 487  
Postfach  
CH-4005 Basel  
Schweiz

Telefon + 41 61 606 11 11  
Fax + 41 61 606 11 12  
Web [www.basilea.com](http://www.basilea.com)

27. April 2006

## **Vernehmlassung zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht**

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Gemäss dem Begleitschreiben zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht wurde das Vernehmlassungsverfahren bis zum 31. Mai 2006 eröffnet. Als pharmazeutisches Unternehmen, welches in den letzten Jahren erfolgreich im Raum Basel gegründet wurde, erlauben wir uns fristgerecht, ausschliesslich zur Amtsdauer von Mitgliedern des Verwaltungsrates (VE Art 710 Abs. 1 OR) – der für uns eine der wichtigsten Fragen im Rahmen dieser Vernehmlassung - wie folgt Stellung zu nehmen:

### **Zusammenfassung:**

Eine zwingend jährlich vorgeschriebene Wahl von Verwaltungsräten ist weder im Rahmen der Corporate Governance noch für die Förderung von Unternehmen hilfreich beziehungsweise sachgerecht. Insbesondere für neugegründete Unternehmen, die im pharmazeutischen Bereich oder anderen Branchen, die spezifische wissenschaftliche Kenntnisse voraussetzen oder erhöhte Anforderungen an die Einarbeitung von Verwaltungsräten stellen, birgt eine solche Regelung grosse Gefahren. Die Gefahren mangelnder Kontinuität und damit verbundener ungenügender Kenntnis der komplexen, pharmazeutischen Geschäftsbereiche stellen eine latente Gefahr für die Existenz eines Start-Up-Unternehmens dar. Zudem würde die Suche nach geeigneten Verwaltungsräten erschwert und die Kosten für die Entschädigungen an Verwaltungsräte steigen.

### **Hintergrund:**

Basilea Pharmaceutica AG, ein biopharmazeutisches Unternehmen mit Sitz in Basel, wurde im Oktober 2000 gegründet, um innovative Medikamente zu entwickeln und auf den Markt zu bringen. Die integrierte Forschungs- und Entwicklungstätigkeit der Firma konzentriert sich zur Zeit auf Arzneimittel zur Behandlung resistenter bakterieller Infektionen und Pilzkrankungen im Krankenhaus sowie auf dermatologische Medikamente. Seit 2004 ist Basilea Pharmaceutica AG (BSLN) an der Schweizer Börse SWX kotiert.



## **Begründung:**

Unsere Begründung stützt sich auf die folgenden Überlegungen:

Die Amtsdauer eines Verwaltungsrats einer Gesellschaft soll sich nach den spezifischen Bedürfnissen der Gesellschaft richten. Ziel und Zweck muss sein, dass die Statuten der Gesellschaft eine zweckmässige und sachgerechte Bestimmung beinhalten, die sich nach dem Zweck der Gesellschaft und nicht nach starren gesetzlichen Regeln richtet. Die Bedürfnisse einer Gesellschaft, die neugegründet wurde oder sich in Gründung befindet, sind anders geartet als diejenigen einer Gesellschaft, die schon seit Jahren bestehen. Es ist aus diesem Grund wichtig, dass neu gegründete Gesellschaften die Möglichkeit haben, eine gewisse Konstanz im Verwaltungsrat zu erreichen und dies auch statutarisch vorsehen können. Ziel eines neu gegründeten Unternehmens muss es vorgängig sein, das Überleben der Gesellschaft und der neugeschaffenen Arbeitsplätze zu sichern.

Neben der ausreichenden Finanzierung von sogenannten Start-Up-Unternehmen ist auch die Besetzung des Verwaltungsrates für den Erfolg einer Gesellschaft von grösster Bedeutung. Im Gegensatz zu etablierten Gesellschaften kommt dem Verwaltungsrat in diesen Unternehmen anfänglich eine andere Funktion zu. Seine Rolle beschränkt sich nicht „nur“ auf die unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates. Stattdessen ist eine vermehrte aktive Rolle in der Geschäftsführung verlangt. Eine solche Rolle kann nur dann verantwortungsvoll wahrgenommen werden, wenn der Verwaltungsrat die Möglichkeit hat, sich einzuarbeiten beziehungsweise sich die notwendigen Fachkenntnisse aneignen zu können. Diese Einarbeitungszeit variiert nach dem Tätigkeitsgebiet einer Gesellschaft und kann durch eine zu kurze Amtsdauer gefährdet werden.

- Eine zu häufige Änderung des Verwaltungsrates kann dazu führen, dass einerseits keine langfristige Unternehmensplanung erfolgen kann, da durch häufige Wechsel sachgerechte Diskussionen erschwert werden, wenn nicht alle oder ein Grossteil der Verwaltungsräte den gleichen Kenntnisstand haben oder sich nicht die Kenntnisse aneignen konnten. Es besteht die Gefahr, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates nur isolierte Sachkenntnisse (z.B. Finanz, Forschung etc.) aufweisen, die eine umfassende und breitgefächerte Diskussion zwischen den Mitgliedern erschwert. Es sollte im Interesse der Aktionäre der Gesellschaft sein, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates Kenntnisse haben oder sich aneignen können, die über ihren angestammten Kompetenzbereich hinausgehen. Entscheidend muss daher sein, dass ein Verwaltungsrat auch das eigentliche Geschäft der Gesellschaft versteht. Dies ist eine entscheidende Voraussetzung um strategisch richtige Entscheide treffen und somit den Bestand eines Unternehmen sichern zu können
- Es gilt zu bedenken, dass es für Gesellschaften, die im Bereich von neuen Technologien oder in der Forschung tätig sind, praktisch unmöglich ist, Mitglieder für den Verwaltungsrat zu finden, die von Anfang an, über umfassende Kenntnisse verfügen. Ausserdem sind neugegründete Gesellschaften nicht in der Lage, Verwaltungsratsentschädigungen in beliebiger Höhe zu zahlen.
- Der im Begleitbericht zum Vorentwurf angebrachte unbegründete Hinweis, dass dies ein wichtiger Beitrag zur Verbesserung der Corporate Governance sei (vgl. Ziff. 3.1.41. und Ziff. 2.2.7), ist teilweise unzutreffend. Davon ausgehend, dass der Grossteil der Aktiengesellschaften in der Schweiz weder börsenkotiert noch über eine grosse beziehungsweise häufig ändernde Aktionärbasis verfügt, ist es unklar, weshalb die jährliche Wahl von Verwaltungsratsmitgliedern die Verantwortlichkeit und die

Überwachung des Management im Interesse der Aktionäre generell erhöhen soll. Konstanz des Verwaltungsrates kommt in solchen Unternehmen eine erhöhte Bedeutung zu. Das Aktienrecht sollte die Möglichkeit offen lassen, jungen Unternehmen eine massgeschneiderte Lösung zu bieten. Für diejenigen Unternehmen, die an der Börse kotiert sind, wird das erhöhte Bedürfnis an Corporate Governance einerseits durch das Kotierungsreglement der SWX sichergestellt und andererseits durch die Anleger, die unzureichende Corporate Governance von Gesellschaften durch einen tiefen Aktienkurs abstrafen. Eine gesetzliche Regelung drängt sich deshalb gar nicht auf.

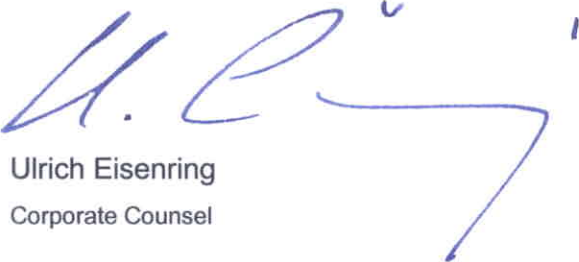
- Gemäss bestehendem Aktienrecht und des Vorentwurfes muss ein Verwaltungsrat im Interesse der Unternehmen handeln. Durch das Erfordernis der jährlichen Wahl besteht für einzelne Gesellschaften die Gefahr, dass sich der Verwaltungsrat verstärkt auf die Interessen der Aktionäre versteift.
- Aktionäre haben einerseits die Möglichkeit sich vor ihrem finanziellen Engagement mit den Statuten vertraut zu machen oder, falls sie die notwendigen Erfordernisse erfüllen, einen Antrag auf Statutenänderung zu stellen.
- Zudem können Aktionäre gemäss bestehenden Bestimmungen des Aktienrechts die Abwahl eines oder mehrerer Verwaltungsräte traktandieren lassen.

**Abschliessende Bemerkung:**

Gestützt auf die obigen Ausführungen erachten wir eine zwingend vorgeschriebene jährliche Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats für die Förderung von jungen Unternehmen als unsachgemäss und unverhältnismässig, weshalb wir diese entschieden ablehnen.

Mit freundlichen Grüssen

Basilea Pharmaceutica AG



Ulrich Eisenring  
Corporate Counsel

Telefon direkt +41 61 606 1230  
Fax direkt +41 61 606 1215  
E-Mail [ulrich.eisenring@basileapharma.com](mailto:ulrich.eisenring@basileapharma.com)

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement  
Herr Bundesrat Dr. Christoph Blocher  
Bundeshaus West  
3003 Bern

Basel, den 30. Mai 2006

## Revision des Aktienrechts

### Vernehmlassung

der Ciba Spezialitätenchemie AG, Clariant International AG, F. Hoffmann-La Roche AG, Lonza Group AG, Novartis International AG und der Syngenta AG

zum Vorentwurf für die Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im  
Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005

Sehr geehrter Herr Bundesrat,  
Sehr geehrte Damen und Herren

Im Dezember 2005 hat der Bundesrat den Vorentwurf für ein revidiertes Aktien- und Rechnungslegungsrecht (im Folgenden „VE“ genannt) in Vernehmlassung gegeben. Die eingangs genannten Unternehmen sind Publikumsgesellschaften aus der Region Basel, die in der Chemie- und Pharmaindustrie tätig sind (im Folgenden „die vertretenen Basler Unternehmen“ genannt). Die vertretenen Basler Unternehmen gehören zu den grössten Produzenten und Arbeitgebern ihrer Branche sowie der Schweiz. Angesichts der Bedeutung des Revisionsvorhabens haben sie sich entschlossen, sich mit dieser Stellungnahme an der Vernehmlassung zu beteiligen, um ausgewählte Punkte aus der Sicht von Publikumsgesellschaften aus dem Industriesektor zu kommentieren.



## 1. Einleitung

Als zentrale Zielsetzungen des VE werden im Begleitbericht die Verbesserung der *Corporate Governance*, die Neuregelung der Kapitalstrukturen, die Aktualisierung der Bestimmungen über die Generalversammlung sowie eine Neuregelung der Rechnungslegung angegeben. Der Begleitbericht begründet das Revisionsprojekt mit dem seit der letzten Aktienrechtsrevision im Jahre 1991 veränderten Umfeld in Wirtschaft und Politik, das von zunehmender Internationalität und Dynamik geprägt sei, sowie mit einem neueren Unternehmensverständnis, das Gesichtspunkte des *Shareholdervalue* und der *Corporate Governance* stärker gewichte.

Die genannten Themen sind für Wirtschaft und Gesellschaft zweifellos von grosser Bedeutung, und in der Tat rechtfertigen die Entwicklungen in den vergangenen 15 Jahren gewisse Anpassungen des schweizerischen Gesellschaftsrechts. Es sei aber an dieser Stelle auch darauf hingewiesen, dass sich die Schweizer Publikumsgesellschaften auf dem internationalen Kapitalmarkt ausserordentlich gut haben behaupten können. Im Jahre 1985 befand sich nur eine Schweizer Gesellschaft unter den grössten 10 Gesellschaften des *MSCI Europe* (ex UK Index) mit einem Anteil von 1,7 %, während es 2005 vier Gesellschaften mit einem Anteil von 10,36 % waren.<sup>1</sup> Dies zeigt, dass die Schweizer Publikumsgesellschaften auf dem internationalen Kapitalmarkt ein hohes Ansehen geniessen und nach Ansicht internationaler Investoren den *Shareholdervalue*-Gedanken erfolgreich umsetzen und den Grundsätzen einer guten Unternehmensführung gerecht werden.

Diese günstige Ausgangslage der Schweizer Publikumsgesellschaften, die im Begleitbericht keine Erwähnung findet, ist bei der Beurteilung des Revisionsvorhabens im Auge zu behalten. Zu beachten ist bei der Würdigung der Revisionsvorschläge auch, dass die Publikumsgesellschaften aufgrund der in- und ausländischen Finanzmarkt- und Börsenvorschriften sowie der Erwartungen der Investorengemeinde bereits heute unter starkem Druck stehen, Transparenz herzustellen und die *Standards der Good Corporate Governance* einzuhalten. Dieses Umfeld und die jeweils vorherrschenden Standards sind von grosser Dynamik geprägt. Es ist deshalb zu vermeiden, dass den schweizerischen Publikumsgesellschaften durch zu detaillierte gesetzliche Regelungen unnötige Schranken auferlegt werden. Wie zu zeigen sein wird, gehen die Revisionsvorschläge gerade vor diesem Hintergrund teilweise zu weit und reflektieren eher politische Postulate als die Leitideen von *Shareholdervalue* und *Good Corporate Governance*.

Die Gestaltungsmöglichkeiten der Gesellschaften – und damit ja auch der Aktionärinnen und Aktionäre – werden zum Teil massiv beschnitten, indem zusätzliche Punkte einer gesetzlichen Regelung zugeführt und damit dem Entscheid der Gesellschaftsorgane, insbesondere der Generalversammlung, entzogen werden.

---

<sup>1</sup> Fidelity Investment Ltd., in NZZ 2005, Nr. 295, S. 31.

## 2. Allgemeine Beurteilung des Vorentwurfs

In einer generellen Würdigung ist aus Sicht der vertretenen Basler Unternehmen festzuhalten, dass der VE grundsätzlich positiv zu werten ist und zahlreiche Anpassungen bringt, die als willkommene Modernisierungsvorschläge begrüsst werden. So stehen die vertretenen Basler Unternehmen insbesondere den Vorschlägen zum Kapitalband, zum Verzicht auf einen Mindestnennwert, zum Partizipationskapital sowie zu der vorgeschlagenen Neuregelung der Generalversammlung sehr positiv gegenüber. Diese Punkte werden in der Stellungnahme nicht mehr kommentiert, da sie aus Sicht der vertretenen Basler Unternehmen eher technisch-organisatorischer Natur und weitgehend unproblematisch sind.

In zahlreichen Punkten geht der VE nach Auffassung der vertretenen Basler Unternehmen indessen zu weit und schränkt den Spielraum der Gesellschaften zum Teil unnötigerweise ein. Die vertretenen Basler Unternehmen stehen deshalb dem VE in wesentlichen Punkten skeptisch bis ablehnend gegenüber. Dies betrifft insbesondere die Vorschläge für die Abschaffung der Inhaberaktien, die Festlegung der Amtsdauer für Verwaltungsräte, die Ausweitung der Auskunfts-, Einberufungs- und Traktandierungsrechte, die Revisionsvorschläge im Bereich der institutionellen Stimmrechtsvertretung sowie die Ausdehnung der Rückerstattungspflicht gemäss Art. 678 OR.

Im Folgenden werden diejenigen Revisionspunkte detaillierter kommentiert, welche *Corporate Governance*-Themen betreffen, und denen die vertretenen Basler Unternehmen skeptisch gegenüber stehen. Dabei geht es den vertretenen Basler Unternehmen darum, ihre Sicht in die *Corporate Governance*-Debatte einzubringen und insbesondere auf die praktischen Folgen der Vorschläge hinzuweisen. Wo sinnvoll, werden auch Alternativvorschläge unterbreitet. Nicht kommentiert wird an dieser Stelle das im selben VE vorgelegte Projekt für ein neues Rechnungslegungsrecht. Dieses ist zwar ebenfalls von grosser Bedeutung für die schweizerischen Unternehmen, für die Beurteilung der darin vorgeschlagenen Änderungen kann jedoch auf die Stellungnahme der Industrie-Holding verwiesen werden.

### 3. Stellungnahme zu einzelnen Revisionspunkten im Bereich der Corporate Governance

#### 3.1 Auskunfts- und Einsichtsrecht der Aktionäre (Art. 697 ff. VE)

Mit Art. 697 VE soll das Auskunfts- und Einsichtsrecht der Aktionärinnen und Aktionäre gestärkt werden. Dies ist grundsätzlich positiv zu würdigen. Die vorgeschlagene Regelung ist für Publikumsgesellschaften jedoch unpraktikabel und angesichts der bestehenden börsenrechtlichen Publizitätspflichten unnötig.

Das im VE vorgeschlagene Auskunftsrecht der Aktionäre geht deutlich weiter als der *Expertenbericht der Arbeitsgruppe „Corporate Governance“ zur Teilrevision des Aktienrechts von BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET*. Gemäss diesem Vorschlag hat die Gesellschaft die Wahl, schriftliche Begehren um Auskunft entweder mit der Einberufung der Generalversammlung schriftlich zu beantworten oder die verlangte Auskunft zu Beginn der Generalversammlung aufzulegen. Ein ganzjähriges Auskunftsrecht mit einer 60-tägigen Frist zur Beantwortung ist im Bericht nicht vorgesehen. Schriftliche Gesuche um Auskunftserteilung müssen zudem nur beantwortet werden, wenn sie bis spätestens 6 Wochen vor dem bekannt gegebenen Versammlungstermin der Gesellschaft zugehen. Die unmittelbare Fragestellung an der Generalversammlung bleibt bestehen.

Der *Swiss Code of Best Practice* lehnt sich an die bestehende Gesetzgebung an, welche ein Auskunftsrecht lediglich an der Generalversammlung vorsieht. Komplexe Fragen sollen im Vorfeld der Generalversammlung dem Verwaltungsrat schriftlich vorgelegt werden, damit dieser eine Antwort bereitstellen kann (Ziffer 6). Zudem sieht Ziffer 8 des *Code* vor, dass der Verwaltungsrat die Aktionäre auch während des Geschäftsjahres über die Entwicklung der Gesellschaft informiert.

Der *Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Ausübung der Stimmrechte durch die Aktionäre von Gesellschaften, die ihren eingetragenen Sitz in einem Mitgliedstaat haben und deren Aktien zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, sowie zur Änderung der Richtlinie 2004/109/EG* sieht in Art. 9 ein Auskunftsrecht des Aktionärs vor, gestützt auf welches dieser entweder an der Generalversammlung in mündlicher oder vor der Generalversammlung in schriftlicher Form Fragen stellen kann. Für die schriftliche Eingabe der Fragen ist zur Zeit keine Frist vorgesehen. Die Gesellschaft kann die Anfragen entweder an der Generalversammlung oder auf ihrer Website beantworten. Die mündlich erteilten Auskünfte müssen dort allen Aktionären in schriftlicher Form zugänglich gemacht werden.

Das im VE vorgeschlagene Auskunftsrecht des Aktionärs wird für börsenkotierte Gesellschaften abgelehnt. Weder der Vorschlag der Expertengruppe, noch der Entwurf der EU-Richtlinie noch der *Swiss Code of Best Practice* sehen ein derart weitgehendes Auskunftsrecht vor. Angesichts der börsenrechtlichen Publizitätsvorschriften, insbesondere der Verpflichtung zur *ad hoc* Publizität und zur Gleichbehandlung der Aktionäre erscheint der Vorschlag für börsenkotierte Gesellschaften als unnötig und problematisch. Zu beachten ist auch der erhebliche Mehraufwand, der dadurch entstünde.

Generell sollte eine flexible Lösung angestrebt werden, welche den Gesellschaften genügend Raum lässt, das Auskunftsrecht der Aktionäre angemessen in den Statuten zu regeln und die Möglichkeit einer kontinuierlichen Information der Aktionäre über die Entwicklung der Gesellschaft durch verschiedene Kanäle wie insbesondere das Internet voll auszuschöpfen und damit die Empfehlung in Ziffer 8 des *Swiss Code of Best Practice* weiterhin umzusetzen.

Falls eine Ausweitung des Auskunftsrechts der Aktionäre bei Publikumsgesellschaften als notwendig erachtet wird, so wäre aus Sicht der beteiligten Basler Unternehmen der Vorschlag des *Expertenberichts der Arbeitsgruppe „Corporate Governance“* aufzunehmen (schriftliche Anfragen sind bis 6 Wochen vor der Generalversammlung einzureichen und an dieser zu beantworten), wobei es der Gesellschaft überlassen sein sollte, wie sie dem Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre Rechnung trägt, ob sie also die Auskünfte an der Generalversammlung offen legen oder auf ihrer Website veröffentlichen will.

Die vertretenen Basler Unternehmen gehen davon aus, dass die Beantwortung von Auskunftsbegehren durch den Verwaltungsrat delegiert werden kann. Eine Beantwortung durch den Verwaltungsrat selbst innerhalb der vorgeschlagenen 60-tägigen Frist wäre unrealistisch.

### *3.2 Herabsetzung von Schwellenwerten für die Ausübung von Aktionärsrechten (Art. 697a ff. und 699 ff. VE)*

Die Einführung des Börsenwerts als neuer Schwellenwert für die Ausübung des Einberufungs- und Traktandierungsrechts an der Generalversammlung sowie zur Einleitung einer Sonderuntersuchung wird abgelehnt. Ein Verweis auf den Börsenwert in diesem Zusammenhang wäre nicht EU-kompatibel und würde unter Umständen zu Unsicherheiten führen, da der Börsenwert einer Unternehmung stark schwankend sein kann. Zudem ist die vorgeschlagene Formulierung angesichts ihrer Unbestimmtheit mit einer gewissen Rechtsunsicherheit verbunden. Die Unbestimmtheit des Börsenwerts könnte zwar durch eine Präzisierung beseitigt werden, wonach der Börsenwert z.B. am Ende des letzten Kalender- oder ev. Rechnungsjahres der Gesellschaft zu bemessen wäre. Infolge der Schwankung des Börsenkurses bliebe jedoch auch dann eine gewisse Zufälligkeit bestehen. So wäre es möglich, dass ein Aktionär im einen Jahr zur Ausübung des Einberufungsrechts befugt wäre, dieses Recht jedoch im darauf folgenden Jahr allein wegen Kursverlusten und ohne eigenes Zutun nicht mehr ausüben dürfte.

Die vorgeschlagenen Schwellen bewirken bei Grossgesellschaften zudem eine ganz massive Senkung der geltenden Schwellen. So könnte z.B. bei einer Gesellschaft mit einer Börsenkapitalisierung von ca. CHF 40 Mrd. (entsprechend der aktuellen durchschnittlichen Börsenkapitalisierung der 26 SMI-Emittenten) nach dem VE eine Einberufung der Generalversammlung mit CHF 5 Mio. Börsenwert, d.h. 0,0125% des Aktienkapitals verlangt werden.

Auch der Nennwert, der teilweise bereits im geltenden Gesetz und in der Praxis als Schwellenwert besteht, hat ein zufälliges Element. Dies zeigen nicht zuletzt die Nennwertherabsetzungen durch *Splits* oder Nennwertrückzahlung der letzten Jahre. Als sinnvollster Schwellenwert erscheint folglich die prozentuale Beteiligung am nominalen Aktienkapital.

Die Schwellenwerte sollen eine wirksame Ausübung der Aktionärsrechte ermöglichen, andererseits aber auch die Gesellschaft vor übermässiger administrativer Belastung oder gar Querulanten schützen sowie praktikabel sein. Sie sind folglich je nach Bedeutung der Rechte und Belastung der Gesellschaft zu differenzieren. Für das Traktandierungsrecht erscheinen relativ tiefe Schwellenwerte als angebracht, da der damit verbundene Aufwand massvoll ist.

Für das Einberufungsrecht und das Recht, eine Sonderuntersuchung zu beantragen, müssen die anwendbaren Schwellenwerte höher sein, da mit diesen Instrumenten ein massiver Aufwand und folgenreiche Eingriffe in die Geschäfte der Gesellschaft verbunden sein können. Da bei der Sonderuntersuchung nicht allein die Schwellenwerte für deren Anordnung genügen, sondern der Richter aufgrund einer Glaubhaftmachung der Schädigung der Gesellschaft oder Aktionäre

infolge einer Verletzung von Gesetz oder Statuten entscheidet, erscheint es als plausibel, dass die Schwellenwerte für diesen stärksten Eingriff nicht höher sind als für die Einberufung der Generalversammlung. Im Übrigen erscheint die Umbenennung der Sonderprüfung nach bisherigem Recht in Sonderuntersuchung als sprachlich nicht nachvollziehbar, unter anderem weil es im OR keine „ordentliche Untersuchung“ gibt.

Aufgrund dieser Überlegungen sind die vertretenen Basler Unternehmen zur Ansicht gelangt, dass die Schwellenwerte wie folgt festgelegt werden sollten: 5 % des nominellen Aktienkapitals oder der Stimmen für das Traktandierungsrecht, 10 % des nominellen Aktienkapitals oder der Stimmen für das Einberufungsrecht, und ebenfalls 10 % des nominellen Aktienkapitals oder der Stimmen für die Sonderuntersuchung.

Die Frist von 30 Tagen für die Einberufung einer Generalversammlung durch den Verwaltungsrat auf Verlangen von Aktionären (Art. 699 Abs. 5 VE) ist unrealistisch, jedenfalls für grosse Gesellschaften. Letztere sind praktisch nicht in der Lage, innert dieser Frist einen Versammlungssaal zu finden. Ebenso ist die Organisation einer Generalversammlung (Einladung, Beschlussfassung durch den Verwaltungsrat, Stimmzählung, Sicherheit etc.) innert dieser Zeit häufig nicht praktikabel. Das Gesetz sollte deshalb die Frist ins Ermessen des Richters stellen mit der Formulierung „innert einer nach den Umständen angemessenen Frist“ oder *eventualiter* nach Grösse der Gesellschaft differenzieren. Unter die genannten Umstände fallen sowohl die Wichtigkeit und Dringlichkeit der Aktionärsbegehren wie auch die praktischen und organisatorischen Aspekte der Durchführung einer Generalversammlung. Alternativ könnten diese Fristen auch in den Statuten festgelegt werden.

Die Frist für die Einreichung von Traktandierungsbegehren (Art. 699a Abs. 2 VE) von 40 Tagen ist zu kurz angesichts der 20-tägigen Einladungsfrist und der Notwendigkeit einer vorherigen sorgfältigen Willensbildung des Verwaltungsrats. Angemessen erscheinen 60 Tage. Zusätzlich könnte vorgeschlagen werden, dass die Gesellschaft das Datum der nächsten Generalversammlung rechtzeitig für die Einreichung von Traktandierungsbegehren bekannt zu geben hat, z.B. durch Publikation, Information auf ihrer Website, ev. Bekanntgabe an der letzten Generalversammlung oder auf Anfrage von Aktionären.

### 3.3 Wahl und Amtsdauer des VR (Art. 710 VE)

Die Einzelwahl der Mitglieder des Verwaltungsrates ist heute bei Publikumsgesellschaften bereits die Regel. Ein Verbot der Globalwahl erscheint deshalb als vertretbar, obwohl ein derartiger Eingriff in die Organisationsautonomie der Gesellschaften nicht zwingend ist. Demgegenüber wird die Beschränkung der Amtsdauer der Mitglieder des Verwaltungsrats auf ein Jahr, d.h. die Pflicht zur jährlichen Wiederwahl, abgelehnt. Eine zwangsweise Verkürzung der Amtsdauer auf ein Jahr würde dem Erfordernis einer genügenden Professionalität, was auch Erfahrung beinhaltet, sowie dem Ziel der Kontinuität in der Unternehmensführung diametral zuwiderlaufen.

Die Gesellschaften sind, im Interesse ihres Aktionariats und ihrer *Stakeholders*, auf eine professionelle Leitung ihrer Geschäfte angewiesen. Bei komplexen Verhältnissen benötigt bereits eine gründliche Einarbeitung mehrere Monate. Kaum eingearbeitet, müsste sich das im Vorjahr gewählte Verwaltungsratsmitglied bereits einer Wiederwahl stellen. Dies erscheint nicht als sachgerecht und wird auch in öffentlichen Ämtern nicht so gehandhabt. Die Verkürzung der Amtsdauer könnte auch dazu führen, dass auf Kosten einer langfristigen Strategie kurzfristige Ziele verfolgt resp. höher gewichtet werden, was offensichtlich nicht im Interesse der Gesellschaften, der Aktionäre und der Schweizer Wirtschaft insgesamt liegen würde.

Durch eine Verkürzung der Amtsdauer auf ein Jahr würde die heute vielfach übliche Staffelung der Amtsperioden verunmöglicht. Diese ist aber unter Kontinuitätsgesichtspunkten von entscheidender Bedeutung und stellt auch eine der ganz wenigen Abwehrmassnahmen gegen Übernahmen dar, die nicht unbedacht und ohne gewisse Kompensation aufgehoben werden sollte.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Generalversammlung bereits nach heute geltendem Recht sämtliche Verwaltungsräte grundsätzlich jederzeit abberufen kann. Zu beachten ist auch, dass die Empfehlung des *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance* breit befolgt wird, wonach die Amtsperioden von Verwaltungsräten in der Regel nicht mehr als 4 Jahre betragen dürfen. 4 Jahre entsprechen auch der in der Schweiz üblichen Amtsdauer für öffentliche Ämter, und es ist nicht einzusehen, weshalb sich für Aktiengesellschaften weitergehende Einschränkungen aufdrängen sollen.

### 3.4 Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen (Art. 678 VE)

Der Zweck von Art. 678 OR ist es, Mittel an die Gesellschaft zurückzuführen, die ungerechtfertigt an Aktionäre, Verwaltungsräte und diesen nahe stehenden Personen geflossen sind. Geschützt werden primär Personen mit Minderheitsbeteiligungen gegen materiell (z.B. Ausschüttung eines Scheingewinns) oder formell (z.B. Ausschüttung einer Dividende, obwohl keine revidierte Bilanz vorliegt) nicht gerechtfertigte Leistungen an Mehrheitsaktionäre.

Der Vorentwurf regelt die Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen neu und weitet die Rückerstattungspflicht sowie den Kreis der Betroffenen wesentlich aus. Gegen eine Revision von Art. 678 OR, um den ursprünglichen Zweck der Norm besser durchsetzen zu können, ist nichts einzuwenden: Dies dient dem Schutz von Minderheitsaktionären gegen ungerechtfertigte Leistungen an Mehrheitsaktionäre. Ein Schutzbedürfnis besteht diesbezüglich vorwiegend in kleinen und mittleren Aktiengesellschaften, weniger jedoch in grossen Publikumsgesellschaften, welche bereits weitreichende Rechnungslegungs-, Transparenz- und *Corporate Governance*-Vorschriften einhalten müssen.

Die Neufassung von Art. 678 Abs. 1 OR gemäss VE ist für Publikumsgesellschaften kaum von praktischer Relevanz, denn eine ungerechtfertigte und formell als Gewinnausschüttung (z.B. Dividende) deklarierte Leistung an Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder ist angesichts der Rechnungslegungsvorschriften und der Genehmigung durch die Generalversammlung schwer denkbar (z.B. die Ausschüttung einer Dividende, obwohl keine revidierte Bilanz vorhanden ist).

Demgegenüber ist die vorgeschlagene Fassung von Art. 678 Abs. 2 OR problematisch, weil dadurch der Diskussion um Entschädigungen von Verwaltungsräten und Mitgliedern der Geschäftsleitung ein weiteres juristisches Feld geöffnet wird. Typischerweise sind die Entschädigungen von exekutiven Verwaltungsräten und Geschäftsleitungsmitgliedern in Publikumsgesellschaften zu einem wesentlichen Teil variabel ausgestaltet, d.h. vom Geschäftsergebnis der Gesellschaft abhängig. Bei einer weiten Auslegung von Art. 678 Abs. 2 VE könnten Aktionäre und Gläubiger nun geltend machen, dass die erfolgsabhängigen Lohnbestandteile in einem Missverhältnis zur Gegenleistung durch die Verwaltungsräte und die Geschäftsleitungsmitglieder stehen. Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder müssten bis zu 10 Jahren nach Auszahlung noch mit Rückforderungsklagen in Bezug auf Bonuszahlungen rechnen. Bei einer noch weiteren Auslegung könnte eine Überprüfung der gesamten Entschädigungen verlangt werden. Die Beurteilung von Vergütungen an Verwaltungsräte und

Geschäftsleitungsmitglieder würde in den Ermessensspielraum der Gerichte fallen. Die Einführung der gerichtlichen Überprüfung von erfolgsabhängigen Bonuszahlungen oder von Gesamtentschädigungen an exekutive Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder in Rahmen von Entschädigungsplänen, die vom Verwaltungsrat oder einem dafür verantwortlichen Ausschuss genehmigt und im *Corporate Governance* Bericht offengelegt wurden, kann aber auf keinen Fall Zweck der Revision sein. Dies muss durch das Gesetz in aller Deutlichkeit ausgeschlossen werden. Insoweit ist die vorgelegte Fassung von Art. 678 Abs. 2 zu überarbeiten.

Weitere Korrekturen scheinen geboten. So ist die Ausweitung der passivlegitimierten Personen auf Mitglieder der Geschäftsleitung nicht präzise genug. Mangels Kriterien ist nicht ersichtlich, bis auf welche Stufe des Managements der Begriff der Geschäftsleitung greift. Diesbezüglich ist eine klarere Umschreibung des betroffenen Personenkreises zu fordern. Dies gilt auch bezüglich der bereits vom heutigen Gesetzestext erfassten „nahe stehenden Personen“, deren Einbezug angesichts der vorgeschlagenen Ausdehnung des Personenkreises als problematisch erscheint und im Interesse der Übersichtlichkeit und Verhältnismässigkeit zu überdenken wäre.

Demgegenüber ist der Verzicht auf das Erfordernis des offensichtlichen Missverhältnisses einer ungerechtfertigten Leistung zur wirtschaftlichen Lage des Unternehmens zu begrüssen. Eine ungerechtfertigte Leistung sollte auch dann zurückgefordert werden können, wenn es der Gesellschaft finanziell gut geht.

### 3.5 Institutionelle Stimmrechtsvertretung (Art. 689c f. VE)

Der Revisionsentwurf der Verwaltung beinhaltet die Abschaffung des Depot- und Organstimmrechts (Art. 689c, 689d Abs. 1 VE). Zudem soll sich der Unabhängige Stimmrechtsvertreter der Stimme enthalten müssen, wenn er keine Weisungen hat (Art. 689d Abs. 2 VE). Die vertretenen Basler Unternehmen erachten die Abschaffung der Depot- und Organvertretung sowie die zwingende Enthaltung des Stimmrechtsvertreters bei fehlenden Weisungen als falsch – aus folgenden Überlegungen:

Eine grosse Anzahl von Aktionären ist heute nicht bereit oder in der Lage, an der Generalversammlung teilzunehmen und dort die Stimmrechte auszuüben bzw. durch einen Vertreter ausüben zu lassen. Präsenzen von 30-35% gemessen am gesamten ausgegebenen und stimmberechtigten Aktienkapital sind die Regel. Damit haben Aktionäre, die zusammen nur 15-20% aller Aktienstimmen vertreten, an der Generalversammlung bereits die absolute Mehrheit.

Aus Sicht der Gesellschaften und ihrer Aktionäre muss im Sinne einer Stärkung der „Aktionärsdemokratie“, zur Verhinderung von Zufallsmehrheiten an der Generalversammlung oder der Dominanz einer Gruppierung von Minderheitsaktionären eine möglichst hohe Präsenz von Aktienstimmen erwünscht sein. Es gilt, die Interessen der Mehrheit der Aktionäre und insbesondere auch jene der grossen Mehrheit der schweigenden Aktionäre, d.h. an der Generalversammlung nicht anwesenden Aktionäre zu schützen. Bei diesen handelt es sich zu einem grossen Teil um mit der Gesellschaft und ihrem Verwaltungsrat zufriedene Aktionäre, die deshalb keinen Anlass sehen, „aktiv“ zu werden. Diese würden durch die vorgeschlagene Neuregelung erheblich benachteiligt.

Die Abschaffung des Organ- und Depotstimmrechts (zusammen mit der Regelung, wonach der Stimmrechtsvertreter sich mangels Weisungen der Stimme enthält) ist einer wohlverstandenen „Aktionärsdemokratie“ nicht förderlich. Der Aktionär soll, neben der Bestimmung eines individuellen Vertreters, weiterhin die Wahl zwischen dem Organvertreter und einem unabhängigen Stimmrechtsvertreter haben. Dabei ist zentral, dass dem Aktionär die Möglichkeit

gegeben wird, auf einfache Weise differenzierte Weisungen zu erteilen (durch entsprechende Gestaltung der schriftlichen Abstimmungsunterlagen, welche den Aktionären zugestellt werden). Dies entspricht bereits der Praxis zahlreicher Publikumsgesellschaften. Entsprechende Regelungen wären gegebenenfalls ein Thema für *Best Practice Codes*, aber nicht für unter Umständen zu starre und künftige Entwicklungen behindernde gesetzliche Vorschriften.

Die Stellung des Organvertreters wird im Revisionsentwurf aus Sicht der vertretenen Basler Unternehmen unrichtig dargestellt. Aktionäre beauftragen diesen bewusst, wenn sie den Anträgen des Verwaltungsrates folgen möchten, während Aktionäre, welche mit den Anträgen des Verwaltungsrates nicht einverstanden sind, den unabhängigen Stimmrechtsvertreter bevollmächtigen. Bei einer Abschaffung der Organvertretung würden wiederum die mit der Gesellschaft zufriedenen Aktionäre zu Gunsten derjenigen, die gegen die Anträge des Verwaltungsrates stimmen wollen, benachteiligt. Entgegen der dem VE zugrunde liegenden Einschätzung hat die Organvertretung nach wie vor eine grosse Bedeutung. So lassen sich gemäss einer Studie von Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, die im Auftrag des Bundesamts für Justiz bei 286 schweizerischen Publikumsgesellschaften (von denen 26 im SMI vertreten sind) erstellt wurde<sup>2</sup>, im Durchschnitt 23 % der Aktionäre durch einen Organvertreter vertreten, bei den SMI-kotierten Gesellschaften sogar 36 %. Eine Abschaffung lässt sich folglich nicht mit dem Argument verschwindender praktischer Bedeutung begründen.

Die Bevollmächtigung durch den Depotvertreter ist ebenfalls besonders einfach und kostengünstig und entspricht deshalb weiterhin einem praktischen Bedürfnis vieler Aktionäre. Gerade weil diese Form der Vertretung an der Generalversammlung so einfach und „ohne Mühe“ möglich ist, wird sie von vielen Aktionären geschätzt und benutzt. Die Behauptung, der Aktionär sei sich seines in den AGB der Bank erteilten Auftrages zur Depotvertretung später nicht mehr bewusst, ist in dieser allgemeinen Form nicht zutreffend. Schliesslich muss die Bank den Aktionär vor jeder Generalversammlung um Weisungen ersuchen. Gerade weil der Aktionär, wenn er die Depotvertretung einmal erteilt hat, danach nichts mehr unternehmen muss, wünscht er oft diese Form der Vertretung. Er wird der Bank erst dann Weisungen erteilen, wenn er mit der Gesellschaft und ihrem Verwaltungsrat nicht mehr zufrieden ist. Schweigt er, darf daraus geschlossen werden, dass er wünscht, es sei im Sinne der Anträge des Verwaltungsrates zu stimmen. Eine Abschaffung des Depotstimmrechtes würde deshalb die mit der Gesellschaft zufriedenen Aktionäre zu Gunsten derjenigen benachteiligen, die gegen die Anträge des Verwaltungsrates stimmen wollen.

Was den Vorschlag in Art. 689d Abs. 2 VE anbelangt, wonach sich der Unabhängige Stimmrechtsvertreter der Stimme enthalten müsse, wenn er keine Weisungen hat, ist klarzustellen, dass die Gesellschaft die Möglichkeit hat, in den Stimmmaterialien explizit und ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass dem Stimmrechtsvertreter mangels spezifischer Weisungen die Weisung erteilt wird, es sei im Sinne der Anträge des VR zu stimmen. Auch diese neu vorgeschlagene Bestimmung benachteiligt diejenigen Aktionäre, die mit der Gesellschaft zufrieden sind und keine Weisung erteilen.

Falls im Bereich der Stimmrechtsvertretung Reformen als notwendig angesehen werden, wäre darauf hinzuwirken, dass die Gesellschaft dem Aktionär die Erteilung von Weisungen an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter vereinfacht und ausdrücklich klarstellt, dass der unabhängige Stimmrechtsvertreter im Sinne der Anträge des Verwaltungsrates stimmt, wenn er keine anderslautenden Weisungen erhalten hat.

---

<sup>2</sup> Hans Caspar von der Crone, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts, Teil 4: Stimmrechtsvertretung/ Dispoaktien.



### 3.6 Dispoaktien- und Nominee-Problematik

Die vertretenen Basler Unternehmen sind der Auffassung, dass bezüglich Dispoaktien- und Nominee-Problematik Handlungsbedarf besteht. Sie bedauern deshalb, dass der VE dazu keine Lösungsvorschläge enthält. Das Problem der hohen Bestände an Dispoaktien ist auf gesetzgeberischer Ebene rasch anzugehen und zu lösen. Vorarbeiten dazu sind bereits im Gang, unter anderem im Rahmen der Industrie-Holding, und werden von den vertretenen Basler Unternehmen unterstützt.

### 3.7 Organhaftung, insbes. Beschränkung der Revisorenhaftung (Art. 755, 756 und 759 VE)

Der Bundesrat schlägt vor, die Haftpflicht der Revisionsstelle zu beschränken. Im Kontext des Gesellschaftsrechts muss dazu wie folgt Stellung genommen werden: Das moderne Aktienrecht beruht, ähnlich wie das Gewaltenteilungsprinzip im öffentlichen Recht, auf einer funktionalen Aufgabenteilung und einem System von *Checks and Balances*. Im Rahmen dieses Systems gibt es unter anderem eine klare Funktionsteilung zwischen dem Verwaltungsrat und der Revisionsstelle. Es ist nicht einsichtig, weshalb innerhalb dieses Systems der Verwaltungsrat voll haftbar sein, die Revisionsstelle jedoch privilegiert behandelt werden soll.

In einer praktisch orientierten Betrachtung ist zudem zu beachten, dass namentlich die grossen, international tätigen Revisionshäuser ihr Haftungsrisiko gegenüber den sie mandatierenden Gesellschaften schon heute sehr weitgehend einschränken, indem sie in *Engagement Letters*, *Representation Letters* und ähnlichen Schreiben sehr weitgehende Richtigkeits- und Vollständigkeitszusicherungen verlangen und regelmässig auch erhalten.

### 3.8 Abschaffung der Inhaberaktie (Art. 622 VE)

Die Abschaffung der Inhaberaktie wird abgelehnt. Die für eine Abschaffung angeführten Gründe sind nicht stichhaltig. Der Vorschlag wäre ein unnötiger und ungerechtfertigter Eingriff in die Organisationsautonomie der Gesellschaften sowie die schweizerische Rechtstradition. In der Schweiz ist die Inhaberaktie weiterhin in Gebrauch und entspricht einem Bedürfnis, auch für grosse Gesellschaften wie namentlich Roche. Auch andere kontinentaleuropäische Länder wie zum Beispiel Deutschland, Frankreich und Italien kennen die Inhaberaktie.

Die Inhaberaktie hat gewichtige Vorteile. So entfällt insbesondere die Pflicht zur Führung eines Aktienbuchs, wodurch die damit verbundenen Kosten für die Gesellschaft und die Investoren eingespart werden können. Die Übertragung von Inhaberaktien ist leichter, was ebenfalls Kostenreduktionen bringt. Mit der Ausgestaltung als Inhaberaktien wird auch von vorneherein klargestellt, dass diese Aktien keinerlei Übertragungsbeschränkungen unterliegen.

Der seitens von Organisationen wie GAFI/FATF und OECD an den Inhaberaktien geäusserten Kritik könnte mit weniger einschneidenden Mitteln als der Abschaffung der Inhaberaktien – mit der damit verbundenen Aufgabe ihrer Vorteile – Rechnung getragen werden. Letztlich geht es (nur) darum, dass die Kontrolle über oder die Mitgliedschaftsrechte an einer Gesellschaft nicht anonym ausgeübt werden können. Es geht also um Fragen der gesellschaftsrechtlichen Mitwirkung und nicht um Kapitalmarktfragen. Ansonsten wäre die Kritik im Übrigen völlig unberechtigt, da weltweit Inhaberpapiere laufend und in grosser Zahl ausgegeben werden, gerade durch Körperschaften des öffentlichen Rechts.

Bezüglich Transparenz der Kontroll- und Stimmrechtsverhältnisse besteht bei Publikumsgesellschaften bereits heute kein Handlungsbedarf, weil die entsprechende Transparenz bereits durch die Pflicht zur Offenlegung von Beteiligungen nach BEHG gewährleistet ist. Soll trotzdem durch das OR für mehr Transparenz gesorgt werden, was insbesondere mit Blick auf die nichtkотиerten Aktiengesellschaften ein legitimes Anliegen ist, so wäre im OR vorzuschreiben, dass Mitgliedschaftsrechte aus Inhaberaktien nur ausgeübt werden können, wenn deren Besitz nachgewiesen und Name und Adresse der Gesellschaft bekannt gegeben werden. Für die Ausübung der mit höheren Beteiligungen verbundenen Rechte (z.B. vom mind. 10%) könnten gegebenenfalls weitere Angaben verlangt werden. Ergänzend wäre dann die Gesellschaft zu verpflichten, die entsprechenden Angaben der Aktionäre aufzubewahren. Mit diesen Anpassungen könnten die Anliegen von GAFI/FATF in gebührender Art vollumfänglich erfüllt werden, ohne dass die Inhaberaktie abgeschafft werden müsste.

Mit einer Abschaffung der Inhaberaktie hingegen würde den aus dem Ausland erhobenen Vorwürfen ohne sorgfältige Abwägung der schweizerischen Situation nachgegeben. Die Nachteile müssten Schweizer Unternehmen und deren Investoren tragen, ohne dass ein Vorteil für die Schweiz erkennbar wäre, der nicht auf eine bessere Art ebenfalls erreicht werden könnte.

#### **4. Stellungnahme zu weiteren Einzelpunkten**

Wie bereits in der Einleitung dargelegt, sollen die nicht unmittelbar *Corporate Governance*-relevanten Revisionspunkte des VE nicht umfassend kommentiert werden. Den vertretenen Basler Unternehmen ist es jedoch ein Anliegen, zu einzelnen Punkten ein paar wenige Bemerkungen anzubringen.

**Elektronische Kommunikationsmittel; Generalversammlung:** Die vertretenen Basler Unternehmen begrüßen die erweiterten Möglichkeiten der elektronischen Kommunikation. Es wird angeregt, weitere Schritte in diese Richtung zu prüfen. Möglicherweise werden schon in wenigen Jahren die technischen Voraussetzungen dafür gegeben sein, dass sämtliche Mitteilungen zwischen den Aktionären und der Gesellschaft sowie die Abhaltung von Generalversammlungen elektronisch erfolgen könnten. Zu beachten ist, dass diese Entwicklungen den Gesellschaften und ihren Aktionären nicht aufgezwungen werden dürfen.

**Rechnungslegung; Lagebericht (Art. 961b VE):** Es wird vorgeschlagen, dass grössere Unternehmen (d.h. solche, die von Gesetzes wegen zu einer ordentlichen Revision verpflichtet sind) in einem Lagebericht unter anderem Aussagen über die Zukunftsaussichten machen müssen (Art. 961b Abs. 2 Ziff. 5 VE). Dies darf nach Ansicht der vertretenen Basler Unternehmen nicht zu einem Haftungsrisiko für Zukunftsaussagen führen. Auf alle Fälle ist sicherzustellen, dass derartige Zukunftsaussichten mit einem entsprechenden *Disclaimer* versehen werden dürfen.


\*\*\*\*\*

Die vertretenen Basler Unternehmen sind dankbar für die Gelegenheit zur Stellungnahme und würden sich freuen, wenn ihre Bemerkungen und Vorschläge berücksichtigt würden.

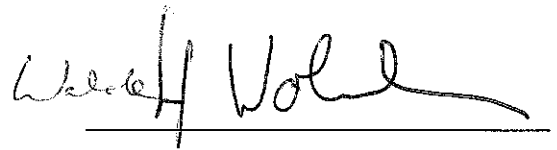
Fragen der *Corporate Governance* sind von grosser Bedeutung für das Ansehen, die Attraktivität und den nachhaltigen Erfolg der Schweizer Unternehmen. Dabei gilt es eine Balance zu finden zwischen legitimen Interessen einzelner (Minderheiten-) Aktionäre sowie dem Bedürfnis der Gesellschaften als solchen nach praktikablen und effizienten Gesellschaftsabläufen. Wie den vorstehend erläuterten Kommentaren zu entnehmen ist, sind die vertretenen Basler Unternehmen der Auffassung, dass dies im Vorentwurf teilweise nicht geglückt ist. Einige Vorschläge gehen in der Betonung der individuellen Aktionärsrechte zu weit, belasten die Gesellschaften mit aufwändigen Abläufen und schränken den Spielraum für autonome Regelungen durch die Statuten unnötig ein. Die vertretenen Basler Unternehmen erwarten deshalb, dass die Revisionsvorschläge diesbezüglich überprüft und angepasst werden.

Mit vorzüglicher Hochachtung

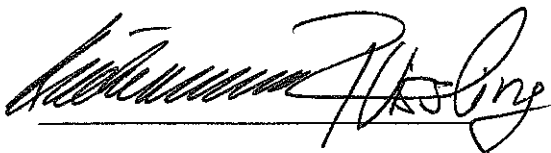
Ciba Spezialitätenchemie AG



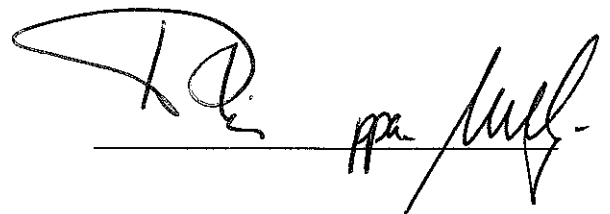
Clariant International AG



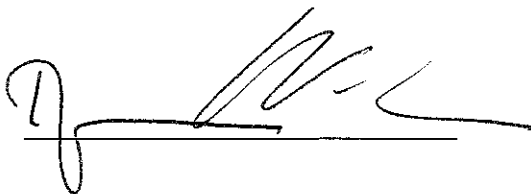
F. Hoffmann-La Roche AG



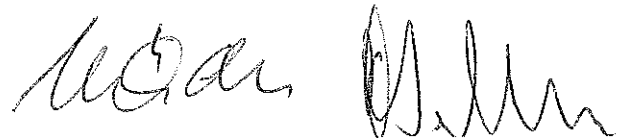
Lonza Group AG



Novartis International AG



Syngenta AG



zsis aktuell – 05/2006  
Erscheinungsdatum 02.06.2006  
Erscheint monatlich  
Redaktion: Dr. Michael Beusch

# zsis )

Zeitschrift für Schweizerisches  
und Internationales Steuerrecht

## Monatsflash

- 1 Steuerliche Auswirkungen des Vorentwurfs zu einer «Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht»

## Aktuell

- 2 Reform des Steuersystems
- 3 Steuerharmonisierung: Zulässigkeit einer degressiven Ausgestaltung der kantonalen Steuern
- 4 Einkommens- und Vermögenssteuer: Individualbesteuerung/ Ehepaar- und Familienbesteuerung
- 5 Einkommens- und Vermögenssteuer: Besteuerung des Wohneigentums
- 6 Einkommens- und Vermögenssteuer: Steuerrecht und Bankgeheimnis
- 7 Einkommens- und Vermögenssteuer: Bildungskosten
- 8 Unternehmensbesteuerung: Unternehmenssteuerreform II
- 9 Stempelabgaben
- 10 Mehrwertsteuer: Umfassende Revision des MWSTG
- 11 Weitere nationale Steuern
- 12 Bilaterale Verträge und Doppelbesteuerungsabkommen

Herausgeber

ISIS ) Zeitschrift für Schweizerisches  
und Internationales Steuerrecht

Publishing-Partners

Schulthess §

SWISSLEX  
Westlaw

## Editorial

Liebe zsis)-Leserinnen und Leser

Der zsis)-Monatsflash befasst sich in der Tat mit aktuellen Themen des Steuergeschehens: Einige der im Monatsflash April 2006 von Markus Metzger unter dem Titel «Die Wunschvorstellung einer idealen MWST» kritisch beleuchteten Punkte finden sich in der auf den 1. Juli 2006 in Kraft tretenden Revision der bundesrätlichen Mehrwertsteuerverordnung, so etwa die mehrwertsteuerliche Behandlung der von Dritten im Auftrag der öffentlichen Hand erbrachten sozialen Leistungen. Auch der aktuelle **Monatsflash Mai 2006** greift alsdann ein wichtiges Thema auf: Rolf Benz beleuchtet unter dem Titel «**Steuerliche Auswirkungen des Vorentwurfes zu einer «Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht»**» einige Bestimmungen des revidierten Rechnungslegungsrechts, welches bis am 31. Mai 2006 in Vernehmlassung war. Er zeigt dabei auf, dass die vorgeschlagenen Vorschriften sich an anglo-amerikanischem Vorbild orientieren und vorab auf Publikumsgesellschaften zugeschnitten sind, was sich nicht zuletzt an der Möglichkeit des Jahresabschlusses in englischer Sprache manifestiert. Gerade dieser Punkt munde aber im Lichte der in der Bundesverfassung garantierten Amtssprachen, im Hinblick auf die davon betroffenen Schweizer KMU und der Bedeutung des handelsrechtlichen Jahresabschlusses für die steuerliche Gewinnermittlung seltsam an. Zudem erschienen die Aktivierungspflicht und Passivierungsmöglichkeiten nicht bis in die letzte Verästelung durchdacht. Alles in allem lasse die Vorlage in dieser Form zu viele Fragen offen und rufe nach vertieften Abklärungen.

Aus der Rubrik **Aktuell** zu vermelden ist, dass mit dem Kanton Appenzell Ausserrhoden ein weiterer Kanton **degressive Steuersätze** für die höchsten Einkommen eingeführt hat. Der Bundesrat treibt sodann den Abbau der verfassungswidrigen Ungleichbehandlung von Zweiverdienerehepaaren gegenüber gleich situierten Konkubinatspaaren bei der direkten Bundessteuer zügig voran und hat die **Botschaft zu den Sofortmassnahmen im Bereich der Ehepaarbesteuerung** verabschiedet. Hauptsächlich zu erwähnen ist aber – einmal mehr – die **Mehrwertsteuer**, bei der sich im letzten Monat in drei Bereichen massgebende Änderungen ergeben haben. Zum ersten erfolgte eine auf den 1. Juli 2006 in Kraft tretende **Änderung der Verordnung zum Mehrwertsteuergesetz** durch den Bundesrat, welche Rechtssicherheit und Verfahrensgerechtigkeit weiter verbessern soll. Zum zweiten wurde der Schlussbericht des Beauftragten für die Mehrwertsteuerreform (**Bericht Spori**) erstattet, der Dringlichkeit und Wichtigkeit einer Totalrevision des Mehrwertsteuergesetzes unterstreicht, allerdings die ideale Mehrwertsteuer für unrealistisch hält. Zum dritten schliesslich wurden in der Maisession 2006 durch den Nationalrat **mehrere parlamentarische Vorstösse** behandelt.

Erlaubt sei für einmal ein abschliessender **Hinweis in eigener Sache**: Soeben ist im Verlag Schulthess ein von Michael Beusch/ISIS herausgegebener Sammelband mit dem Titel **Steuerrecht 2006 – Best of zsis)** erschienen. Dieses fasst in klassischer Buchform das Beste aus den in den vergangenen drei Jahren in der Online-Zeitschrift für Schweizerisches und Internationales Steuerrecht zsis) erschienenen Beiträgen zusammen. Daneben enthält Steuerrecht 2006 – Best of zsis) zusätzlich zu den Fachaufsätzen Anmerkungen des Herausgebers, welche aktuelle Bezüge herstellen und auf neuere Entwicklungen hinweisen sowie eine online nicht zugängliche systematisierte synoptische Übersicht über das Relevante des vergangenen Jahres mit den Rubriken «Entscheide», «Gesetzgebung» und «Literatur». Steuerrecht 2006

– Best of zsis), das fortan jährlich erscheinen soll, ermöglicht so Steuerfachleuten aus Beratung, Verwaltung, Justiz und Wissenschaft eine «klassische» Nutzung der relevanten Informationen, welche unter dem Jahr weiterhin als aktuelle und qualitativ hochstehende (aufbereitete) und voll verlinkte Informationen auf dem Gebiet des schweizerischen und internationalen Steuerrechts zeitnah einmal monatlich auf der Online-Plattform von [www.zsis.ch](http://www.zsis.ch) zur Verfügung stehen.

Nach wie vor online zugänglich sind auch nachfolgend aufgeführte Beiträge des Jahres 2006:

- **zsis)-Aufsatz** von **Prof. Dr. Michael Lang** zum Thema «**Jüngste Tendenzen in der Rechtsprechung des EuGH zur Bedeutung der Grundfreiheiten für die direkten Steuern**», online-Rubrik «Aufsätze»;
- zsis)-Monatsflash vom April 2006: Markus Metzger, **Die Wunschvorstellung einer idealen MWST**, online-Rubrik «Monatsflash»;
- zsis)-Monatsflash vom März 2006: Rolf Benz, **Verfassungsmässige Aspekte degressiver Einkommens- und Vermögenssteuertarife**, online-Rubrik «Monatsflash»;
- zsis)-Monatsflash vom Februar 2006: Marco E. Vitali, **Übersicht über die steuerrechtlichen Implikationen der Abkommen mit der EU**, online-Rubrik «Monatsflash»;
- zsis)-Monatsflash vom Januar 2006: Marc H. Kotyrba, **Fortgang der Steuerreform in Deutschland – Nach der Wahl ist vor der Wahl**, online-Rubrik «Monatsflash».

Mit freundlichen Grüssen – Redaktion zsis) Dr. Michael Beusch

zsis) liefert Ihnen monatlich erneuerte aktuelle und qualitativ hochstehende (aufbereitete) Informationen auf dem Gebiet des schweizerischen und internationalen Steuerrechts. Die nächste Ausgabe der zsis) erscheint am **30. Juni 2006**.

zsis) wurde in Zusammenarbeit mit der Schulthess Juristische Medien AG und Swisslex-Westlaw realisiert. Die vollständige Ausgabe von zsis) finden Sie unter

[www.zsis.ch](http://www.zsis.ch) und unter [www.swisslex.ch/zsis](http://www.swisslex.ch/zsis). Dort findet sich auch das **Impressum**, welches über Werdegang und Urheberschaft der Rubrik «Aktuell» Auskunft gibt.

# 1 Steuerliche Auswirkungen des Vorentwurfes zu einer «Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht»

Dr. Rolf Benz, Rechtsanwalt, Dozent für Steuerrecht an der Zürcher Hochschule Winterthur, Winterthur (\*)

<b>A. Ausgangslage</b> .....	<b>4</b>
1. <b>Zweites Vernehmlassungsverfahren nach sieben Jahren</b> .....	<b>4</b>
2. <b>Ausrichtung auf Publikumsgesellschaften</b> .....	<b>5</b>
<b>B. Jahresabschluss in englischer Sprache</b> .....	<b>5</b>
1. <b>Sprachenfreiheit als Grundrecht</b> .....	<b>5</b>
2. <b>Prinzip der Amtssprache</b> .....	<b>5</b>
3. <b>Interessenabwägung im Rechnungslegungsrecht</b> .....	<b>6</b>
<b>C. Aktivierungs- und Passivierungsgrundsätze</b> .....	<b>7</b>
1. <b>Aktiven</b> .....	<b>7</b>
2. <b>Passiven</b> .....	<b>7</b>
3. <b>Verbreiterung der Bemessungsgrundlage</b> .....	<b>7</b>
<b>D. Appell</b> .....	<b>7</b>

## A. Ausgangslage

### 1. Zweites Vernehmlassungsverfahren nach sieben Jahren

Am 13. Dezember 2005 eröffnete das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement ein Vernehmlassungsverfahren über die «Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht»<sup>1</sup>; die Vernehmlassungsfrist lief am 31. Mai 2006 ab. Einige Revisionspunkte haben bereits öffentliche Kontroversen ausgelöst; bisher wenig thematisiert wurden indes die neuen Bestimmungen des Rechnungslegungsrechts, vermutlich weil sie – zu Unrecht – als Bestimmungen eher technischer Natur eingestuft werden.

Das Bundesamt für Justiz hatte schon Ende 1998 – also vor rund sieben Jahren – einen Vorentwurf für ein eigenes Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision in Vernehmlassung geschickt. Aufgrund der heftigen Kritik blieb der Teil über die Rechnungslegung bisher jedoch schubladisiert. Im jetzigen Vorentwurf tauchen die damaligen Revisionsideen wieder auf, wobei formell kein neues Bundesgesetz mehr angestrebt wird, sondern eine Totalrevision der allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechtes über die Buchführung (Art. 957 ff. OR) und der Spezialbestimmungen für Aktiengesellschaften (Art. 662a ff. OR).

Allein die Bestimmungen über den Einzelabschluss in Art. 957 – Art. 960f VE OR umfassen insgesamt 19 Artikel mit bis zu 6 Absätzen. Die höhere Regelungsdichte bringt Fortschritte gegenüber dem heutigen lückenhaften Regelungszustand; als Beispiel sei auf die Vorschriften über die Mindestgliederung der Bilanz und der Erfolgsrechnung hingewiesen (Art. 959a bzw. Art. 959b Abs. 2 und 3 VE OR). Zudem ist das Rechnungslegungsrecht übersichtlicher geworden, weil die einschlägigen Bestimmungen nicht mehr verstreut sind auf das Aktienrecht (Art. 662a ff. OR) und das allgemeine Buchführungsrecht (Art. 957 ff. OR), sondern lediglich noch ein Vorbehalt zugunsten strengerer spezialgesetzlicher Bestimmungen gemacht wird (Art. 957 Abs. 3 VE OR).

Festgehalten wird weiterhin am Grundsatz der Massgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz. Weil das Massgeblichkeitsprinzip seine Grundlage genau genommen im Steuerrecht hat (Art. 57 DBG und die entsprechenden kantonalen Bestimmungen), würde dem Bundesgesetzgeber allerdings die Kompetenz fehlen, diesen bewährten steuerlichen Grundsatz abzuschaffen. Das ursprünglich vorgeschlagene verfehlte Konzept der umgekehrten Massgeblichkeit<sup>2</sup> soll zwar nicht mehr explizit verankert werden, aber im Grundsatz trotzdem gelten,

(\*) Frau Nathalie Malinowski danke ich für die Recherchen zum Rechnungslegungsrecht und zum Sprachenrecht sowie für ihre Inputs zum Vorentwurf.

<sup>1</sup> BBl 2005 S. 7029.

<sup>2</sup> Vgl. dazu Rolf Benz, Handelsrechtliche und steuerrechtliche Grundsätze ordnungsmässiger Bilanzierung, Zürich 2000, S. 248; Pierre-Marie Glauser, IFRS et droit fiscal, ASA 74 (2005/06), S. 577 f.



indem die Handelsbilanz unter steuerlichen Gesichtspunkten erstellt werden darf<sup>3</sup>. Ferner ist eine andere Form der Rückkopplung des Handelsrechts ans Steuerrecht vorgesehen: Nach Art. 960f VE OR müssten neu Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen erfolgswirksam aufgelöst werden, wenn sie von den Steuerbehörden nicht anerkannt werden<sup>4</sup>.

Wie schon im Vorentwurf vor sieben Jahren nicht überzeugen können die aus steuerlicher Warte besonders interessierenden Normen über den Bilanzansatz und die Bewertung (Art. 959 bzw. Art. 960a – 960f VE OR). Der Wortlaut der neuen Bestimmungen löst sich teilweise derart von den geltenden, dass kaum erkennbar ist, inwieweit damit Veränderungen verbunden sein sollen. Bevor darauf eingegangen wird, folgen Anmerkungen zur Stossrichtung der Revision im Allgemeinen und ein Schlaglicht auf die Sprache, in der die Rechnungslegung erfolgt.

## 2. Ausrichtung auf Publikumsgesellschaften

Wie schon vor sieben Jahren wird vorgeschlagen, die Rechnungslegung nach angloamerikanischem Vorbild stärker auf die Interessen der Anleger auszurichten, indem sie einen betriebswirtschaftlichen Ansatz verfolgen soll<sup>5</sup>. Dabei wird nach wie vor übersehen, dass in den USA die anlegerorientierten Vorschriften weder für die KMU gelten noch als Grundlage für die Steuerbemessung dienen, wie dies in der Schweiz der Fall ist. Eine am Investorenschutz ausgerichtete Rechnungslegung macht denn auch nur für grosse Gesellschaften Sinn; für KMU und für Steuerzwecke ist sie von vornherein unzumutbar. Da nützt es auch wenig, wenn gemäss Art. 957a Abs. 4 VE OR die Buchführung «der Art und Grösse des Unternehmens anzupassen» ist.

Indirekt wird denn auch im Begleitbericht eingeräumt, dass der Vorentwurf im Ergebnis nicht zu befriedigen vermag: «Wird am Massgeblichkeitsprinzip festgehalten, so ist es nur beschränkt möglich, die Transparenz des Abschlusses nach Obligationenrecht zu verbessern»<sup>6</sup>. Als Ausweg wird vorgeschlagen, dass grössere Unternehmen einen zusätzlichen Abschluss nach einem privaten Regelwerk erstellen müssen (Art. 962 VE OR), was mit namhaftem Mehraufwand verbunden wäre.

Mit der Ausrichtung auf amerikanisch geprägte Vorbilder verbunden ist auch die Vernachlässigung des EU-Rechts, was hinsichtlich des für die Schweizer Wirtschaft notwendigen Anschlusses der Schweiz an den europäischen Binnenmarkt zu bedauern ist. Im Begleitbericht wird lediglich gemutmasst, dass die Bestimmungen als mit dem europäischen Recht vereinbar erscheinen<sup>7</sup>; eine Behauptung, die sich im Falle einer genaueren Analyse nicht aufrechterhalten liesse.

## B. Jahresabschluss in englischer Sprache

### 1. Sprachenfreiheit als Grundrecht

Art. 18 BV gewährleistet die Sprachenfreiheit. Der Schutzbereich der Sprachenfreiheit umfasst primär jene Sprachen, mit der sich eine Person am stärksten identifiziert, in der sie denkt, spricht, schreibt<sup>8</sup>. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts schützt die Sprachenfreiheit den Gebrauch der Muttersprache, einer andern nahe stehenden Sprache oder jeder Sprache, der sich jemand bedienen will<sup>9</sup>. Zur Frage, ob juristische Personen Rechtsträger der Sprachenfreiheit sein können, hat sich das Bundesgericht bisher nicht geäussert<sup>10</sup>.

### 2. Prinzip der Amtssprache

Die Sprachenfreiheit unterliegt jedoch auch Einschränkungen, namentlich dem Prinzip der Amtssprache. Laut Art. 4 BV sind Deutsch, Französisch, Italienisch und Rätoromanisch die Landessprachen der Eidgenossenschaft. Seiner Bedeutung für die Identität der Eidgenossenschaft entsprechend findet sich dieser Grundsatz der vier Lan-

<sup>3</sup> Siehe die Ausführungen hinten C.2.

<sup>4</sup> Vgl. Begleitbericht zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005, S. 107; vgl. auch Martin Zweifel/Michael Beusch, *Ausgewählte Fragen zur Bedeutung der Handelsbilanz für die steuerliche Gewinnermittlung*, in Ernst A. Kramer/Peter Nobel/Robert Waldburger, FS für Peter Böckli, Zürich 2006, S. 63 Fn. 6.

<sup>5</sup> Begleitbericht (Fn. 4) S. 32.

<sup>6</sup> Begleitbericht (Fn. 4), S. 35, vgl. auch S. 109 f.

<sup>7</sup> Begleitbericht (Fn. 4), S. 38.

<sup>8</sup> Jörg Paul Müller, *Grundrechte der Schweiz*, Bern 1999, S. 611.

<sup>9</sup> BGE 122 I 236 E. 2b S. 238.

<sup>10</sup> Ulrich Häfelin/Walter Haller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 515.



des Sprachen in den Allgemeinen Bestimmungen der Bundesverfassung. Er hat Auswirkungen auf die Organisation der staatlichen Institutionen, welche in den Landessprachen mit ihren Bürgerinnen und Bürgern kommunizieren. Art. 70 BV präzisiert in dieser Hinsicht, dass Deutsch, Französisch und Italienisch die Amtssprachen des Bundes sind, im Verkehr mit Personen rätoromanischer Sprache auch das Rätoromanische. Die Kantone bestimmen ihre Amtssprachen selber<sup>11</sup>; so ist gemäss Art. 48 KV Deutsch Amtssprache im Kanton Zürich.

Grundsätzlich besteht kein Anspruch darauf, mit Behörden in einer andern Sprache als der Amtssprache zu kommunizieren<sup>12</sup>. Es besteht im Gegenteil die Pflicht, im Verkehr mit den kantonalen Behörden die Amtssprache des Kantons zu verwenden<sup>13</sup>. Handkehrum haben sich die staatlichen Behörden im Umgang mit den Bürgerinnen und Bürgern der Amtssprachen zu bedienen, was den Gebrauch einzelner englischer Fachausdrücke natürlich nicht ausschliesst<sup>14</sup>.

Abschliessend ist festzuhalten, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör keine Pflicht der Behörden begründet, sich im schriftlichen Verkehr mit dem Bürger, welcher die Amtssprache des jeweiligen Kantons nicht beherrscht, in seiner Sprache zu äussern; es ist Sache der Bürgerin und des Bürgers, sich amtliche Schriftstücke nötigenfalls übersetzen zu lassen<sup>15</sup>. Lediglich im Haft- oder Strafverfahren kann aus der Garantie eines fairen Verfahrens<sup>16</sup> ein Anspruch auf Gebrauch der eigenen Sprache hergeleitet werden<sup>17</sup>.

### 3. Interessenabwägung im Rechnungslegungsrecht

Heute ist nicht ausdrücklich geregelt, in welcher Sprache der Jahresabschluss erstellt wird. Aus dem allgemeinen Sprachenrecht der Schweiz ist jedoch zu folgern, dass dies in einer der Landessprachen erfolgen muss<sup>18</sup>.

Nach Art. 957a Abs. 5 bzw. Art. 958c Abs. 4 VE OR sollen die Buchführung und die Rechnungslegung in einer der Landessprachen oder neu «mit Rücksicht auf die international tätigen Unternehmen»<sup>19</sup> ausdrücklich auch in Englisch erfolgen können. Diese Begründung überzeugt schon daher nicht, weil die international tätigen Konzerne ohnehin zusätzlich nach einem internationalen Regelwerk, zumeist IFRS oder US-GAAP, Rechnung legen und dies aus nahe liegenden Gründen auf Englisch; es besteht somit für die in- und ausländischen Investoren kein Bedarf mehr für einen in Englisch erstellen OR-Jahresabschluss.

Es erstaunt, dass im Begleitbericht zu den möglichen Weiterungen einer Rechnungslegung in Englisch kein Wort zu finden ist. Hier daher einige Gedanken dazu:

- Die Gläubiger, an welche sich die Jahresrechnung richtet, müssten sich unter Umständen einen Übersetzer leisten. Dem Gewinn für die Investoren steht also möglicherweise ein Nachteil für die Gläubiger gegenüber. Es wäre interessant, hier die Interessen der beteiligten Privaten sorgfältig gegeneinander abzuwägen.
- Offenkundig sind die Folgeprobleme englischer Jahresabschlüsse für den Staat. Erfolgsrechnungen und Bilanzen lesen müssen insbesondere Steuerkommissäre zum Zwecke der Steuereinschätzung, aber etwa auch Staatsanwältinnen bei gewissen Betrugs- und Urkundendelikten. Auch wenn die künftigen Staatsangestellten im Steueramt und bei den Strafverfolgungsbehörden heute Frühenglisch geniessen, dürfte ihnen das Vokabular in Accounting nicht ohne weiteres vertraut sein. Auf jeden Fall wären Missverständnisse beim Gebrauch der englischen Sprache zahlreicher als auf Deutsch; die Fehleranfälligkeit und der Zeitaufwand wären grösser bei der Analyse einer in Englisch verfassten Erfolgsrechnung oder Bilanz. Die staatlichen Folgekosten englischer Jahresabschlüsse wären noch näher zu beziffern; jedenfalls kann kaum behauptet werden, es entstünden für den Staat keine zusätzlichen Kosten.

<sup>11</sup> Müller (Fn. 8), S. 145.

<sup>12</sup> BGE 122 I 236 E. 2c S. 239.

<sup>13</sup> BGE 102 Ia 35.

<sup>14</sup> Vgl. Annette Guckelberger, Das Sprachenrecht in der Schweiz, ZBI 2005, S. 618.

<sup>15</sup> BGE 115 Ia 64.

<sup>16</sup> Vgl. Art. 29 Abs. 1, Art. 31 und Art. 32 BV.

<sup>17</sup> Müller (Fn. 8), S. 146.

<sup>18</sup> Vgl. Benz (Fn. 2), S. 149.

<sup>19</sup> Begleitbericht (Fn. 4), S. 101.

## C. Aktivierungs- und Passivierungsgrundsätze

### 1. Aktiven

Nach Art. 959 Abs. 2 VE OR müssen Vermögenswerte als Aktiven bilanziert werden, wenn auf Grund vergangener Ereignisse über sie verfügt werden kann, ein Mittelzufluss wahrscheinlich ist und ihr Wert verlässlich geschätzt werden kann.

Diese Umschreibung der Aktivierungspflicht erscheint als recht weit und ist mit dem heutigen Realisationsprinzip kaum vereinbar<sup>20</sup>. Nach dem Realisationsprinzip, das als Ausfluss des Vorsichtsprinzips einen tragenden Grundsatz des geltenden Bilanzrechts darstellt<sup>21</sup>, dürfen nur realisierte Erträge verbucht werden, nicht aber bloss Ertragschancen<sup>22</sup>. Hier zeigen sich die Unterschiede zwischen traditionellen Bilanzierungs- und Bewertungsgrundsätzen einerseits und den internationalen Regelwerken wie IFRS und US-GAAP andererseits besonders deutlich<sup>23</sup>.

### 2. Passiven

Weniger klar sind die Auswirkungen des Vorentwurfes, was die Passivierung anbelangt. Explizit heisst es im Begleitbericht, dass die grosszügige steuerliche Praxis für Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen weitergeführt werden könnte: «Im Rahmen der steuerrechtlichen Vorgaben bleiben das Pauschaldekredere von 5% (Inland) bzw. 10% (Ausland), das «Warendrittel» sowie Einmalabschreibung auf Investitionen weiterhin zulässig»<sup>24</sup>. Vermutlich ist diese Aufzählung beispielhaft zu verstehen, sodass etwa auch die grosszügigere Praxis im Kanton Zürich, wonach pauschale Wertberichtigung von 10% bzw. 20% auf dem in- bzw. ausländischen Forderungsbestand gestattet sind, weiterhin zulässig bliebe. Auch die Sofortabschreibung und andere pauschale Rückstellungen, etwa für Grossreparaturen bei Liegenschaften oder für Garantieleistungen im Bau- und Bau- und Nebengewerbe könnten demnach weitergeführt werden.

Möglicherweise brächte der Vorentwurf sogar die Möglichkeit, mehr Rückstellungen zu bilden als bisher. Verpflichtungen müssen nach Art. 959 Abs. 2 VE OR nämlich bereits als Verbindlichkeiten bilanziert werden, wenn sie durch vergangene Ereignisse bewirkt wurden, ein Mittelabfluss wahrscheinlich ist und ihre Höhe verlässlich geschätzt werden kann. Lassen vergangene Ereignisse Aufwand in künftigen Geschäftsjahren erwarten, so müssen gestützt auf Art. 960e Abs. 2 VE OR die voraussichtlich erforderlichen Rückstellungen zu Lasten der Erfolgsrechnung gebildet werden.

### 3. Verbreiterung der Bemessungsgrundlage

Die Neuregelung würde zu einer Verbreiterung der Bemessungsgrundlage und damit zu einer höheren Steuerlast führen, weil sich die Ausweitung der Aktivierungspflicht stärker auswirkte als die Ausweitung der Passivierungspflicht<sup>25</sup>. Zudem würde auch der Aufwand für die Erstellung der Jahresrechnung steigen, da sowohl der Begriff der Aktiven als auch jener der Passiven weiter gefasst ist als im geltenden Recht, was einen grösseren Aufwand bei der Buchführung und bei den Jahresabschlussarbeiten verursachte.

Zudem dürften sich Diskussionen mit den Steuerbehörden häufen, weil diese auch inskünftig dazu neigen werden, die Bildung von Rückstellungen zu verweigern, wenn der Grund nicht objektiv nachvollziehbar ist und daher nicht eindeutig nachgewiesen werden kann.

## D. Appell

Die vorstehenden Ausführungen konnten nur wenige Fragezeichen setzen. Vertiefte Abklärungen lohnen sich; ansonsten ist (wie zurzeit bei der Mehrwertsteuer) Jahre nach der Teilrevision ein allmähliches Erwachen über die vielfältigen Auswirkungen der Reform, insbesondere infolge der Ausdehnung der Aktivierungs- und Passivierungspflichten, vorprogrammiert<sup>26</sup>. Es wäre fahrlässig, eine tief greifende Reform des Rechnungslegungsrechtes

<sup>20</sup> Vgl. Glaser (Fn. 2), S. 568 ff.

<sup>21</sup> Benz (Fn. 2), S. 71.

<sup>22</sup> Ausführlich zum Realisationsprinzip Markus Weidmann, Einkommensbegriff und Realisation, Zürich 1996, S. 117.

<sup>23</sup> Glaser, (Fn. 2), S. 550.

<sup>24</sup> Begleitbericht (Fn. 4), S. 106.

<sup>25</sup> Vgl. Rolf Benz, Paradigmenwechsel im schweizerischen Bilanzrecht?, SJZ 1999, S. 541 ff.

<sup>26</sup> Keine fundamentalen Änderungen mit sich bringt der Vorentwurf nach der Einschätzung von Glaser (Fn. 2), S. 549. Dem sei allerdings angefügt, dass auch zahllose kleine (offene oder versteckte) Modifikationen sich in ihrer Summe spürbar auswirken können.

einzuführen und die Umsetzung der Praxis zu überlassen, ohne sich vorher detailliert Rechenschaft über den Mehraufwand und die damit verbundenen Kosten für die Unternehmen einerseits und die staatlichen Behörden andererseits zu machen.

Die privaten Regelwerke, die mit der Revision an Einfluss gewinnen sollen, gelten als modern, weil sie stets auf den aktuellen Stand gebracht werden. Ihre Normen sind kurzlebig und einer ständigen Anpassung unterworfen. Die privaten Regelwerke haben für börsennotierte Unternehmen unbestritten immense Bedeutung; als Instrument für KMU und für die steuerliche Gewinnermittlung taugen sie indes nicht.

Besonders unbefriedigend ist, dass nicht klar erkennbar wird, inwieweit der Vorentwurf für den gesetzlichen Jahresabschluss überhaupt die intendierte Umstellung von der traditionellen vorsichtigen Bilanzierungstradition zu einer informationsorientierten Rechnungslegung brächte oder ob doch vieles beim Alten bleiben würde; das vorgeschlagene Regelungsgefüge ist weder Fisch noch Vogel.

## 2 Reform des Steuersystems

Last update 31. Mai 2006

Eine komplette Umgestaltung des Systems der direkten Steuern bzw. Abklärungen dazu wünscht ein Postulat vom **8. Mai 2006** mit dem Titel «**Stopp den Auswüchsen des Steuerwettbewerbs**» (Geschäfts-Nr. 06.3191). So sollen tiefe Einkommensteile nur in den Gemeinden versteuert werden (z. B. bis Fr. 50 000), mittlere nur im Kanton (z. B. von Fr. 50 000 bis Fr. 800 000). Die Bundessteuer schliesslich würde nur sehr hohe Einkommen erfassen (z. B. über Fr. 800 000).

Weitere Ausführungen finden Sie in der entsprechenden Rubrik im Online-Archiv.

## 3 Steuerharmonisierung

### Zulässigkeit einer degressiven Ausgestaltung der kantonalen Steuern

Last update 31. Mai 2006

Die Zulässigkeit einer degressiven Ausgestaltung der kantonalen Einkommens- und Gewinnsteuern bleibt ein ausgesprochen aktuelles Thema. Am **21. Mai 2006** hat nämlich auch der Kanton **Appenzell Ausserrhoden** eine entsprechende Regelung angenommen, nachdem solches am 11. Dezember 2005 bereits im Kanton Obwalden geschehen war. Am **26. Mai 2006** hat die SP sodann eine Volksinitiative zur Steuerharmonisierung angekündigt, welche einen Mindeststeuersatz für obere Einkommen und Vermögen verankern will. Ein solcher würde degressive Regelungen verunmöglichen. Eine komplette Umgestaltung des Systems der direkten Steuern bzw. Abklärungen dazu wünscht auch ein Postulat vom **8. Mai 2006** mit dem Titel «**Stopp den Auswüchsen des Steuerwettbewerbs**» (Geschäfts-Nr. 06.3191). So sollen tiefe Einkommensteile nur in den Gemeinden versteuert werden (z. B. bis Fr. 50 000), mittlere nur im Kanton (z. B. von Fr. 50 000 bis Fr. 800 000). Die Bundessteuer schliesslich würde nur sehr hohe Einkommen erfassen (z. B. über Fr. 800 000).

Die Zulässigkeit degressiver Regelungen ist in der Fachliteratur umstritten, und gegen die Obwaldner Regelungen sind vor Bundesgericht Beschwerden hängig, in denen (allenfalls) geklärt wird, ob die degressiven Tarife vor dem in der Bundesverfassung statuierten Rechtsgleichheitsgebot standhalten und insbesondere auch dem Grundsatz der Besteuerung nach Massgabe der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Art. 127 Abs. 2 BV) entsprechen.

- ROLF BENZ, Verfassungsmässige Aspekte degressiver Einkommens- und Vermögenssteuertarife, zsis)-Monatsflash März 2006;
- FRANCIS CAGIANUT/ULRICH CAVELTI, Degressive Steuersätze, IFF-Forum für Steuerrecht 2006 150 (Übersicht);
- PASCAL HINNY, Fragen zum Steuertarifverlauf bei der Einkommens- und Vermögenssteuer – Insbesondere die Frage der Rechtmässigkeit eines teilweise degressiv verlaufenden Steuertarifs im Bereich sehr hoher Einkommen und Vermögen, am Beispiel der im Kanton Schaffhausen seit 2004 geltenden Regelung, IFF-Forum für Steuerrecht 2006 61 (Übersicht);

- HENDRIK VATER, Progressiv-degressiver Einkommensteuersatz? – Eine steuerliche Kuriosität aus dem Schweizer Kanton Schaffhausen, Der Betrieb 2005 1653 f. (Übersicht);
- HENDRIK VATER, Progressiv-degressive Tarifverläufe bei der Einkommenssteuer – origineller Stimulus für den Fiskalwettbewerb oder doch eher ruinöser Steuerwettlauf? In: Internationale Wirtschaftsbriefe (IWB) 2006, i.E.

Der Bundesrat steht für den Steuerwettbewerb, was er auch immer wieder betont. So hatte er sich am **17. März 2006** positiv zu diesen degressiven Regelungen geäußert und eine Motion vom 14. Dezember 2005 (Keine degressive Besteuerung; Geschäfts-Nr. 05.3791), welche die Gewährung degressiver Steuertarife bei der Besteuerung natürlicher Personen verbieten will, abgelehnt. Ausserdem hat er in Beantwortung einer Anfrage vom 16. Dezember 2005 (Obwalden – ein Steuerparadies; Geschäfts-Nr. 05.1197) am gleichen Tag bekräftigt, für den interkantonalen Steuerwettbewerb einzustehen: «Ein transparenter und demokratisch legitimierter Steuerwettbewerb im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben ist geeignet, einen Beitrag zu leisten zu einem starken und gleichzeitig schlanken Staat.» Für den föderalen Steuerwettbewerb ist auch die Finanzdirektorenkonferenz.

Weitere Hinweise:

- Referat Bundesrat Hans-Rudolf Merz an der Bundessteuerkonferenz, Den Wettbewerb in der Steuerpolitik sichern, vom 11.05.2006;
- Medienmitteilung EFD, Bekenntnis des Bundesrats zum Steuerwettbewerb, vom 17.03.2006;
- Medienmitteilung FDK, Aussprache der Finanzdirektorenkonferenz zum interkantonalen Steuerwettbewerb, vom 20.01.2006;
- Motion «Keine degressive Besteuerung» vom 14.12.2005 (05.3791);
- Anfrage «Obwalden – ein Steuerparadies» vom 16.12.2005 (05.1197).

## 4

### Einkommens- und Vermögenssteuer

#### Individualbesteuerung / Ehepaar- und Familienbesteuerung

Last update 31. Mai 2006

Der Bundesrat hält Wort und treibt den Abbau der verfassungswidrigen Ungleichbehandlung von Zweiverdienerhepaaren gegenüber gleich situierten Konkubinatspaaren bei der direkten Bundessteuer zügig voran. Am **17. Mai 2006** wurde die **Botschaft zu den Sofortmassnahmen im Bereich der Ehepaarbesteuerung** verabschiedet (BBl 2006 4471). In dieser Botschaft werden die vom Bundesrat am 15. Februar 2006 präsentierten und am 10. März 2006 konkretisierten Eckwerte zu den **Sofortmassnahmen bezüglich Beseitigung der Heiratsstrafe** aufgenommen. Die nun definitiv zu Händen des Parlaments verabschiedete Kombi-Lösung setzt sich aus der Erhöhung des Zweiverdienerabzugs in Höhe von 50 % des Zweitverdienstes bis maximal 12 500 Franken und einem neuen Verheiratetenabzug von 2500 Franken zusammen.

Dieser Vorlage hat die WAK-S am **26. Mai 2006** zugestimmt. Der Ständerat wird die Vorlage in der am 6. Juni 2006 beginnenden Sommersession beraten. In Kraft treten soll das neue Gesetz auf den 1. Januar 2008.

Weitere Hinweise:

- Medienmitteilung WAK-S, Ehepaarbesteuerung: Grünes Licht für die Vorlage des Bundesrates, vom 26.05.2006;
- Botschaft zu den Sofortmassnahmen im Bereich der Ehepaarbesteuerung (BBl 2006 4471);
- Medienmitteilung EFD, Botschaft zu den Sofortmassnahmen im Bereich der Ehepaarbesteuerung verabschiedet, vom 17.05.2006;
- Medienmitteilung EFD, Bundesrat beschliesst finanziellen Rahmen der Sofortmassnahme bei der Ehepaarbesteuerung, vom 10.03.2006;
- Medienmitteilung EFD, Ehepaarbesteuerung: Bundesrat legt Eckwerte zu den Sofortmassnahmen fest, vom 15.02.2006;

- Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung zu den Sofortmassnahmen im Bereich der Ehepaarbesteuerung, vom Februar 2006 (zugänglich über EFD Gesetzgebung);
- ROLF BENZ, Abschaffung der Heiratsstrafe kommt nicht vom Fleck, zsis)-Monatsflash November 2005.

Vgl. zum Ganzen auch die chronologische und laufend aktualisierte Übersicht auf der homepage der Informationsstelle für Steuerfragen, «**Steuererleichterungen für Ehepaare und Familien**».

Konsequenterweise und nicht überraschend angenommen worden ist vom Nationalrat am **9. Mai 2006** eine Motion **Übergang zur Individualbesteuerung. Dringliche Massnahmen** vom 15. Juni 2005 (05.3299), wonach bei der Besteuerung der natürlichen Personen rasch Massnahmen zu ergreifen seien, die der Rechtsprechung zur Gleichbehandlung verheirateter und unverheirateter Paare Rechnung trügen und den Wechsel zur Individualbesteuerung nicht verhinderten.

Erneut bekräftigt hat der Bundesrat bei alledem, dass ihm das EFD noch im laufenden Jahr eine Vorlage zu Handen des Parlaments vorzulegen hat, damit dieses im Bereich der Familienbesteuerung einen **Grundsatzentscheid über Individualbesteuerung oder gemeinsame Besteuerung** (z.B. mittels Splitting) fällen kann. Im Anschluss an diesen Richtungsentscheid des Parlaments kann das EFD die umfassende Reform der Ehepaar- und Familienbesteuerung an die Hand nehmen und eine konkrete Gesetzesvorlage ausarbeiten.

Am **6. März 2006** hatte der Kantonsrat des Kantons Zürich bereits beschlossen, beim Bund eine **Standesinitiative für den Wechsel zur Individualbesteuerung** einzureichen.

Weitere Ausführungen finden Sie in der entsprechenden Rubrik im Online-Archiv.

## 5 Einkommens- und Vermögenssteuer

### Besteuerung des Wohneigentums

Last update 31. Mai 2006

Im Gegensatz zur Reform der Familienbesteuerung ist es nach der Ablehnung des Steuerpaketes 2001 in der Abstimmung vom 16. Mai 2004 bezogen auf die Besteuerung des Wohneigentums relativ ruhig geblieben. Am **10. Mai 2006** hat nun der Nationalrat einer parlamentarischen Initiative vom 3. Juni 2004 (04.436) keine Folge gegeben. Diese hatte einen echten Systemwechsel verlangt, d.h. die Abschaffung der Besteuerung des Eigenmietwertes sowie die Aufhebung der Abzüge von Hypothekarzinsen und Unterhaltskosten. Bereits am 15. Juni 2005 war eine einen solchen Systemwechsel verlangende Motion vom 17. Dezember 2003 für ein gerechtes und finanziell tragbares Steuerpaket II (03.3616) abgelehnt worden.

Weitere Ausführungen finden Sie in der entsprechenden Rubrik im Online-Archiv.

## 6 Einkommens- und Vermögenssteuer

### Steuerrecht und Bankgeheimnis

Last update 31. Mai 2006

Bei der Diskussion um eine «richtige» Besteuerung ist insbesondere im internationalen Kontext immer wieder vom so genannten Bankgeheimnis die Rede. Bei diesem handelt es sich eigentlich um ein **Bankkundengeheimnis**, nämlich kurz gefasst um die Schweigepflicht der Banken, ihrer Vertreter und Mitarbeiter betreffend die geschäftlichen Angelegenheiten ihrer Kunden oder Dritter, von denen sie bei der Ausübung ihres Berufes Kenntnis erhalten haben. Das Bankgeheimnis ist Teil der Privatsphäre, deren Schutz in der Schweiz einen hohen Stellenwert genießt. Eine **ausdrückliche Verankerung in der Bundesverfassung**, wie sie verschiedene Initiativen gefordert hatten, hat der Nationalrat allerdings am **9. Mai 2006** abgelehnt.

Weitere Hinweise:

- Beratungen im Nationalrat vom 9.5.2006;
- Standesinitiative Kanton BL, Bankgeheimnis, vom 19.06.2003;



- Standesinitiative Kanton GE, Bankgeheimnis, vom 19.11.2002;
- Standesinitiative Kanton TI, Bankgeheimnis, vom 17.10.2002;
- Standesinitiative Kanton AG, Bankgeheimnis, vom 24.09.2002;
- Parlamentarische Initiative der SVP-Fraktion zur Verankerung des Bankgeheimnisses in der BV vom 17.06.2002.

Die vier Standesinitiativen hatte der Ständerat bereits am 3.12.2003 keine Folge gegeben; der parlamentarischen Initiative dagegen hatte der Nationalrat am 2.12.2003 noch Folge gegeben.

Noch unbehandelt sind in diesem Zusammenhang allerdings folgende parlamentarischen Vorstösse:

- Motion «Amts- und Rechtshilfe. Anforderungen und Prinzip der doppelten Strafbarkeit» vom 10.01.2006 (06.3005);
- Standesinitiative Kanton ZG, Bankkundengeheimnis, vom 02.02.2004;
- Standesinitiative Kanton ZH, Bankkundengeheimnis, vom 28.01.2004.

Weitere Ausführungen finden Sie in der entsprechenden Rubrik im Online-Archiv.

## 7 Einkommens- und Vermögenssteuer

### Bildungskosten

Last update 31. Mai 2006

Der Nationalrat hat am **9. Mai 2006** – gegen den Willen des Bundesrates – eine am 17. März 2005 eingereichte Motion **Steuerliche Gleichbehandlung beruflicher Bildungs- und Weiterbildungskosten** (05.3129) einstimmig angenommen. Die Motion verlangt eine Änderung der Steuergesetze dahingehend, dass steuerrechtlich im tertiären Bildungsbereich kein Unterschied zwischen «Ausbildung» und «Weiterbildung» bestehe. Der Bundesrat hatte sich am 3. Juni 2005 noch ablehnend geäussert und auf seinen am 11. Mai 2005 veröffentlichten Bericht sowie die diesem zugrunde liegende Studie verwiesen.

Weitere Hinweise:

- Motion Steuerliche Gleichbehandlung beruflicher Bildungs- und Weiterbildungskosten, parlamentarische Diskussion, vom 9.5.2006;
- MICHAEL BEUSCH, Bildungskosten – Eine Analyse der Abgrenzung von Aus- und Weiterbildung anhand neuerer Entwicklungen in der Rechtsprechung, in Michael Beusch/ISIS (Hrsg.), Steuerrecht 2006, Zürich etc. 2006, 49 ff. (zum Status Quo), zugleich zugänglich über [www.zsis.ch](http://www.zsis.ch).

Weitere Ausführungen finden Sie in der entsprechenden Rubrik im Online-Archiv.

## 8 Unternehmensbesteuerung

### Unternehmenssteuerreform II

Last update 31. Mai 2006

Die Unternehmenssteuerreform II ist ja mittlerweile bekanntlich in zwei Vorlagen aufgespaltet worden. In der (formell nicht dringlichen) **Vorlage I** geht es um das Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Unternehmenssteuerreformgesetz II), in der **Vorlage II** um das einen Auszug aus der Vorlage I darstellende Bundesgesetz über dringende Anpassungen bei der Unternehmensbesteuerung.

#### Vorlage I

Die WAK-S befasste sich letztmals am **26. Mai 2006** mit dieser Vorlage, welche u.a. die **Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung** anstrebt. Gemäss dem Konzept des Bundesrates und entgegen ihrem an einer früheren Sitzung gefassten Beschluss, erkannte die Kommission es als notwendig, für das Privatvermögen und für

das Geschäftsvermögen unterschiedliche Steuersätze anzuwenden. Deshalb beantragt sie, dass die **Gewinnausschüttungen des Privatvermögens** nur im Umfang von 60 % dem übrigen steuerbaren Einkommen zugerechnet werden. Für die direkte Bundessteuer auf dem Geschäftsvermögen hält die Kommission einen Teilbesteuerungssatz von 50% für Dividenden, Gewinnanteile, Liquidationsüberschüsse und andere geldwerte Vorteile für angemessen.

Zum «**Quasi-Wertschriftenhandel**» beantragt die Kommission, Art. 8 Abs. 2<sup>bis</sup> des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden wie folgt zu ändern:

*Veräusserungsgewinne aus Wertschriften und anderen Finanzanlagen, die sich nicht aus Vermögen ergeben, das in einem funktionalen Zusammenhang mit einem von der steuerpflichtigen Person geführten Geschäftsbetrieb steht, stellen kein Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit dar. Der An- und Verkauf eigener Wertschriften gilt ausnahmsweise dann als Geschäftsbetrieb, wenn während mindestens zwei aufeinander folgenden Steuerjahren der jährliche Verkaufserlös 500 000 Franken übersteigt und die Summe der in jedem Steuerjahr getätigten An- und Verkäufe wertmässig mindestens viermal das zu Beginn der Steuerjahrs vorhandene Wertschriftenvermögen ausmacht. Wertschriften und Finanzanlagen mit einer Haltedauer von mehr als vier Jahren fallen dabei ausser Betracht.*

Diese Revision wird im Ständerat in der kommenden Sommersession behandelt werden.

Weitere Hinweise:

- Medienmitteilung WAK-S, Ehepaarbesteuerung : Grünes Licht für die Vorlage des Bundesrates, vom 26.05.2006;
- Medienmitteilung WAK-S, Erster Teil der Unternehmenssteuerreform zu Ende beraten, vom 15.02.2006;
- Medienmitteilung WAK-S, Weichenstellungen bei der Unternehmenssteuer, vom 18.01.2006;
- Bundesrätliche Botschaft zur Unternehmenssteuerreform II, vom 22.06.2005.

## Vorlage II

Am **9. Mai 2006** hat der Nationalrat eine in den Zusammenhang der Vorlage II über die **dringliche Lösung für die indirekte Teilliquidation** sowie die **Transponierung** betreffende **Motion Steuerfreundlichere Unternehmensnachfolge** vom 23. September 2004 (04.3457) angenommen, dies im Wissen darum, dass die Vorlage II genau diese Fragen regeln sollte. Eine gleichgerichtete Motion Besteuerung von Unternehmensnachfolgeregelungen vom 8. Oktober 2004 (04.3600) wurde genau deshalb denn auch am 9. Mai 2006 zurückgezogen.

**Die Vorlage II wird vom Nationalrat in der kommenden Sommersession behandelt**, nachdem der Ständerat in der Frühjahrsession 2006 seiner vorberatenden Kommission gefolgt ist und sich für Folgendes entschieden hat:

- Bei der **indirekten Teilliquidation** ist eine Besteuerung dann vorzusehen, wenn innerhalb von fünf Jahren unter Mitwirkung des Verkäufers nicht betriebsnotwendiges Kapital nach einem Verkauf tatsächlich ausgeschüttet wird. Die Mitwirkung des Verkäufers soll derart definiert werden, dass der Verkäufer weiss oder wissen muss, dass der Gesellschaft zwecks Kaufpreisfinanzierung Mittel entnommen und nicht wieder zugeführt werden; die (verkaufte) Beteiligung muss mindestens 20 Prozent am Grund- oder Stammkapital ausmachen.
- Unter dem Titel der **Transponierung** besteuert wird dagegen der Erlös aus der Übertragung von Beteiligungsrechten aus dem Privat- ins Geschäftsvermögen, wenn der Veräusserer nach der Übertragung zu mindestens 50 Prozent an der Käuferfirma beteiligt ist, wobei die Besteuerung erst ab einem Verkauf von mindestens fünf Prozent am Grund- oder Stammkapital einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft eintritt.
- Keine Verknüpfung dieser vorgezogenen Punkte der Unternehmenssteuerreform II mit der Milderung der Heiratsstrafe.

Vgl. auch:

- Motion Steuerfreundlichere Unternehmensnachfolge vom 23. September 2004 (04.3457), Behandlung im Nationalrat vom 9.5.2006;
- Motion Besteuerung von Unternehmensnachfolgeregelungen vom 8. Oktober 2004 (04.3600), Rückzug im Nationalrat vom 9.5.2006;
- Beratung der Vorlage II im Ständerat vom 14.03.2006;

- Medienmitteilung WAK-S, Erster Teil der Unternehmenssteuerreform zu Ende beraten, vom 15.02.2006;
- Medienmitteilung WAK-S, Nachfolgeregelung und Unternehmenssteuerreform. Ständeratskommission will dringliches Problem vorziehen, vom 24.11.2005.

Weitere Ausführungen finden Sie in der entsprechenden Rubrik im Online-Archiv.

## 9 Stempelabgaben

### Allgemeines

Last update 31. Mai 2006

Der Bundesrat hat am **24. Mai 2006** eine Änderung der Stempelabgabenverordnung beschlossen und entschieden, dass diese auf den 1. Juli 2006 in Kraft treten soll. Die Änderungen wurden nötig, weil am 1. Januar 2006 neue Gesetzesbestimmungen in Kraft getreten waren. Die Verordnung bringt verschiedene Vereinfachungen. So wird etwa auf ein Zulassungsverfahren für elektronische Datenverarbeitungsanlagen verzichtet und wird auch im Bereich des Mitversicherungsgeschäfts die Verordnung mit der heutigen Entwicklung in Einklang gebracht.

Weitere Hinweise:

- Verordnungstext (noch nicht in der AS veröffentlicht);
- Medienmitteilung EFD, Bundesrat passt Verordnung über die Stempelabgaben an, vom 24.05.2006.

## 10 Mehrwertsteuer

### Umfassende Revision des MWSTG

Last update 31. Mai 2006

Im Rahmen der Diskussion um die umfassende Revision des MWSTG haben sich im letzten Monat in drei Bereichen massgebende Änderungen ergeben:

- Änderung der Verordnung zum Mehrwertsteuergesetz durch den Bundesrat am 24. Mai 2006;
- Schlussbericht des Beauftragten für die Mehrwertsteuerreform (Bericht Spori) vom 12. Mai 2006;
- Behandlung parlamentarischer Vorstösse im Nationalrat am 9. Mai 2006.

#### Änderung der Verordnung zum Mehrwertsteuergesetz

Der Bundesrat hat am **24. Mai 2006** entschieden, bei der Mehrwertsteuer Rechtssicherheit und Verfahrensgerechtigkeit weiter zu verbessern. Nachdem dies bis anhin v.a. mit der Umsetzung einer Vielzahl von Praxisänderungen durch die ESTV im vergangenen Jahr angestrebt worden war (Praxisänderungen, die auf den 1. Juli 2005 in Kraft getreten sind, Praxisänderungen, welche die ESTV auf den 1. Januar 2005 in Kraft gesetzt hat), hat der Bundesrat auch die Verordnung zum Mehrwertsteuergesetz auf den 1. Juli 2006 geändert.

Die beschlossenen Änderungen betreffen Bereiche, in welchen in der Vergangenheit eine erhebliche Rechtsunsicherheit geherrscht hat. Sie erfüllen damit auch die vom Bundesrat befürwortete Motion vom 30. November 2005 **Keine MWSt-Nachforderungen allein aus formalistischen Gründen** (05.3743). So sollen aus rein formellen Gründen künftig keine Aufrechnungen mehr gemacht werden, sofern dem Bund bei Vorliegen solcher Formmängel nachweislich keine Steuer entgangen ist. Ein klassischer Formfehler liegt beispielsweise vor, wenn die Rechnung zwar nicht exakt Namen und Adresse des Leistungserbringers oder des Leistungsempfängers enthält, wie sie im Register der Mehrwertsteuerpflichtigen oder im Handelsregister eingetragen sind, die in der Rechnung vorhandenen Angaben aber gleichwohl so genau sind, dass die Identifizierung des Leistungserbringers und des Leistungsempfängers unzweifelhaft sichergestellt ist.

Die Mehrwertsteuerverordnung wird um vier neue Artikel sowie um einen neuen Absatz ergänzt:

- Einführung von Erleichterungen bei der Rechnungsstellung;
- Allgemeine Bestimmung zum Umgang mit dem Formalismus in der Mehrwertsteuer;



- Von Gemeinwesen (Fürsorgeämter, Strafvollzugsbehörden u.a.) outsourcte Leistungen bilden ausgenommene Umsätze. Auftraggeber von Leistungen im Sozialbereich können sodann nach der Verwaltungsänderung ihre finanziellen Mittel vollumfänglich für soziale Zwecke einsetzen, ohne einen Teil davon zur Bezahlung der Mehrwertsteuer aufwenden zu müssen;
- Änderung der Handhabung von Formmängeln bei der Margenbesteuerung;
- Änderung des Besteuerungsorts von Aircraft-Managementleistungen (das Verwalten und Betreiben von Luftfahrzeugen im Auftrag eines Kunden) und sonstigen ähnlichen Leistungen.

Die neuen Bestimmungen zum Formalismus bringen sämtlichen steuerpflichtigen Personen administrative Erleichterungen. Gleichzeitig verpflichten sie die EStV, die vom Gesetzgeber angeordneten Formvorschriften nicht überspitzt formalistisch, sondern pragmatisch anzuwenden, und zwar ab dem 1. Juli 2006 auch auf alle noch pendingen Fälle.

Weitere Hinweise:

- Verordnungstext (noch nicht in der AS veröffentlicht);
- Medienmitteilung EFD, Mehrwertsteuer: Mehr Rechtssicherheit und Verfahrensgerechtigkeit, vom 24.05.2006;
- Markus Metzger, Die Wunschvorstellung einer idealen MWST, zsis)-Monatsflash April 2006.

### Schlussbericht des Beauftragten für die Mehrwertsteuerreform (Bericht Spori)

Der als Beauftragter für die Mehrwertsteuerreform ernannte Steuerexperte Peter Spori hat seine Arbeiten abgeschlossen und Bundesrat Merz **am 12. Mai 2006** einen Schlussbericht übergeben, der **Dringlichkeit und Wichtigkeit einer Totalrevision des Mehrwertsteuergesetzes** unterstreicht und Empfehlungen zu möglichen Reformen im System, zur Aufhebung der Ausnahmen, zur Satzfrage und zu weiteren Reformen materiell- und verfahrensrechtlicher Natur enthält.

Der Bericht enthält allerdings **einige Vorbehalte**. So kann es nach Auffassung des Beauftragten eine «ideale» MWST gar nicht geben, da eine wirklich umfassende Besteuerung des Endverbrauchs bereits «technisch» an Grenzen stosse. So gebe es weltweit kein umsetzbares Konzept für eine umfassende Unterstellung der Bank- und Versicherungsleistungen, und auch die Besteuerung der Vermieter und Verkäufer von Liegenschaften käme in sachliche Problemfelder und wäre aufwendig in der Erhebung. Was die Taxe occulte (die Belastung auf den Investitionen und sonstigen Leistungsbezügen der Unternehmen, welche von der Steuer ausgenommen Umsätze erbringen) betreffe, so sei diese zwar nicht ideal, bringe jedoch dem Staat grosse Einnahmen. Immerhin könnten die meisten der bisher (unecht) befreiten Leistungen der MWST unterstellt werden. Das Verhältnis zwischen dem Aufwand für die Erhebung und den damit erzielten Mehreinnahmen (zwecks Finanzierung eines möglichst tiefen Steuersatzes) vermöge allerdings nicht überall zu befriedigen.

Gemäss dem Bericht ist indessen immerhin das Potential für eine massive Verbesserung der MWST (eine «**optimale**» MWST) durchaus gegeben. Es gehe etwa um grundlegende Möglichkeiten wie einen neu konzipierten Vorsteuerabzug (bei der beispielsweise Subventionen nicht mehr zu einer Kürzung führen), eine Öffnung der freiwilligen Steuerpflicht, eine Erweiterung der Saldosteuersatzmethode und des Meldeverfahrens, eine neue Kleinunternehmerregelung, den Abbau des Formalismus, die Abkehr vom Prinzip der Selbstveranlagung und vieles mehr. Mit Blick auf den **Einheitssatz** gelangt der Beauftragte zum Schluss, dass ein solcher Vereinfachungen bringe, ein Zweisatz-Modell aber kein systematischer Sündenfall sei.

Der Bericht schliesst, alle gemachten Empfehlungen basierten auf einer technischen Einschätzung und bleibe eine politische Würdigung stets vorbehalten.

Die EStV wird nun in Kenntnis dieses Berichts eine **Vernehmlassungsvorlage** ausarbeiten, welche Varianten zur Ausgestaltung der Reform enthalten wird und dem Bundesrat noch **im Winter 2006** zum Entscheid unterbreitet werden soll.

Weitere Hinweise:

- Medienmitteilung EFD, Schlussbericht des Beauftragten für die Mehrwertsteuerreform, vom 16.05.2006;
- EFD-Rohstoff, Reform der Mehrwertsteuer – Bericht Spori: Zusammenfassung und Schlussfolgerungen, vom 16.05.2006;

- Bericht des Beauftragten P. Spori in Sachen Mehrwertsteuerreform (zugänglich über die homepage des EFD);
- Beilagen zum Bericht des Beauftragten P. Spori in Sachen Mehrwertsteuerreform (zugänglich über die homepage des EFD).

### Behandlung parlamentarischer Vorstösse im Nationalrat am 9. Mai 2006

Angenommen wurden folgende beiden Motionen:

- Motion «**Vereinfachung des Mehrwertsteuersystems**» (05.3147) vom 17. März 2005, in welcher der Bundesrat aufgefordert wird, den eidgenössischen Räten eine Revision MWSTG vorzulegen, die auf eine administrative Vereinfachung der Mehrwertsteuerabrechnungen hinzielt, ohne das Steueraufkommen zu erhöhen (parlamentarische Beratung);
- Motion «**Schweiz übernimmt Spitzenposition beim MWSt-Aufwand innerhalb von 4 Jahren**» (05.3302) vom 15. Juni 2005, welche eine Vereinfachung der geltenden Mehrwertsteuer-Gesetzgebung in dem Sinn verlangt, dass die Schweiz bis spätestens in vier Jahren bezüglich des Aufwandes für die Mehrwertsteueradministration und -erhebung das attraktivste Land in Europa ist. Die daraus resultierenden Einsparungen sind vollumfänglich zur Senkung des Mehrwertsteuersatzes zu verwenden (parlamentarische Beratung).

Abgelehnt wurde dagegen eine Motion «**Mehrwertsteuer. Höhere Besteuerung der Luxusgüter**» (04.3405) vom 18. Juni 2004 (parlamentarische Beratung).

Weitere Ausführungen finden Sie in der entsprechenden Rubrik im Online-Archiv.

# 11

## Weitere nationale Steuern

### Tabaksteuer

Last update 31. Mai 2006

Der Nationalrat hat am **9. Mai 2006** eine am 26. September 2005 eingereichte Motion **Volksgesundheit. Erhöhung der Tabaksteuer** (05.3496) abgelehnt, welche den Bundesrat anweisen wollte, «die Tabaksteuer weiterhin und bald im Rahmen der ihm vom Parlament erteilten Kompetenzen spürbar zu erhöhen und allenfalls den Tabakpreis mit der Europäischen Union zu harmonisieren». Der Bundesrat hatte am 10. März 2006 klar gemacht, er wolle die nächste Tabaksteuererhöhung dann und in jenem Ausmass vorschlagen, wenn er damit den bestmöglichen Steuerertrag erzielen könne.

Weitere Hinweise:

- Parlamentarische Beratungen vom 9.5.2006.

Weitere Ausführungen finden Sie in der entsprechenden Rubrik im Online-Archiv.

### Steuerliche Entlastung erneuerbarer Treibstoffe

Last update 31. Mai 2006

Der Bundesrat verfolgt wie angekündigt sein Vorhaben weiter, umweltschonende Treibstoffe über eine Änderung des Mineralölsteuergesetzes fiskalisch zu fördern. Er hat am **3. Mai 2006** die entsprechende Botschaft zur Änderung des Mineralölsteuergesetzes verabschiedet. Die Fördermassnahmen sehen vor, dass Treibstoffe aus erneuerbaren Rohstoffen (wie Biogas, Bioethanol, Biodiesel, pflanzliche und tierische Öle) von der Mineralölsteuer ganz befreit werden (heute wird beispielsweise ein Liter importiertes Bioethanol mit 72 Rappen belastet) und die Besteuerung von Erd- und Flüssiggas, das als Treibstoff verwendet wird, ist um 40 Rappen pro Liter Benzinäquivalent zu gesenkt wird (beim Erdgas entspricht dies bei einer Steuerbelastung von heute 81 Rp. je kg einer Reduktion von 59 Rp. je kg). Da die Massnahmen für den Bundeshaushalt ertragsneutral sein sollen, sollen die Mindereinnahmen durch eine höhere Besteuerung des Benzins kompensiert werden. Die Steuerbelastung beim Benzin wird dadurch im Einführungsjahr um voraussichtlich ein bis zwei Rappen und langfristig rund sechs Rappen je Liter zunehmen. Diese Preiserhöhung bezieht sich auf unvermishtes Benzin. Weil dem Benzin bis zu

einem gewissen Grad steuerbefreite Biotreibstoffe beigemischt werden können, dürfte sich der Preis für die Konsumenten an der Tanksäule nur wenig verändern.

Weitere Hinweise:

- Botschaft zur Änderung des Mineralölsteuergesetzes (BBl 2006 4259);
- Gesetzesentwurf (BBl 2006 4289);
- Medienmitteilung EFD, Steuerliche Förderung von umweltschonenden Treibstoffen, vom 3.5.2006.

Erwähnenswert ist diesem Zusammenhang auch noch eine Motion **Ökologische Steuerreform** (06.3190) vom **8. Mai 2006**, welche angesichts weltweiter Ölverknappung vom Bundesrat verlangt, den Eidgenössischen Räten so bald wie möglich eine Vorlage für die Einführung einer ökologischen Steuerreform zu unterbreiten. Ziel der Revision müsse die Erhebung einer Abgabe auf nicht erneuerbaren Energien durch den Bund sein, wobei der Reinertrag zur Senkung der Steuerbelastung der Arbeit zu verwenden wäre.

Weitere Ausführungen finden Sie in der entsprechenden Rubrik im Online-Archiv.

## 12 Bilaterale Verträge und Doppelbesteuerungsabkommen

### Allgemeines

Last update 31. Mai 2006

Das Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der **Schweiz und Finnland** soll geändert werden. Der Bundesrat hat am **24. Mai 2006** die entsprechende Botschaft zuhanden der Bundesversammlung verabschiedet. Darin legt er die Besonderheiten des Protokolls zur Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und der Republik Finnland vom 16. Dezember 1991 dar, das am 19. April 2006 in Helsinki unterzeichnet worden ist. Das Ausgehandelte steht in Übereinstimmung mit der formulierten Abkommenspolitik der Schweiz. So wird einerseits die Aufnahme einer gegenseitig formulierten Bestimmung zur vollständigen Entlastung der Dividenden aus wesentlichen Beteiligungen an Kapitalgesellschaften vereinbart, andererseits die Ausweitung des Informationsaustausches festgelegt. Neu ist Amtshilfe nach Artikel 26 auch für Steuerbetrug und im Falle von Holdinggesellschaften möglich. Die neu vereinbarte Amtshilfebestimmung ist damit mit derjenigen vergleichbar, wie sie mit Norwegen in Kraft ist.

S. dazu auch:

- Medienmitteilung EFD, Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und Finnland, vom 24.05.2006;
- Medienmitteilung EFD, Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und Finnland, vom 20.04.2006.

Ebenfalls am **24. Mai 2006** verabschiedet worden ist durch den Bundesrat die Botschaft über ein Doppelbesteuerungsabkommen mit **Aserbaidschan**, welches am 23. Februar 2006 in Baku unterzeichnet worden ist. Das ausgehandelte Abkommen folgt weitgehend dem Musterabkommen der OECD sowie der entsprechenden schweizerischen Vertragspraxis.

S. dazu auch:

- Medienmitteilung EFD, Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und Aserbaidschan, vom 24.05.2006.

Auf den **5. Mai 2006** in Kraft getreten ist das Doppelbesteuerungsabkommen mit **Serbien und Montenegro**. Der Bundesrat hatte die entsprechende Botschaft am 17. August 2005 verabschiedet. Das Abkommen war am 13. April 2005 unterzeichnet worden und folgt vom Aufbau her dem OECD-Musterabkommen.

S. dazu auch:

- Medienmitteilung EFD, Doppelbesteuerungsabkommen mit Serbien-Montenegro in Kraft, vom 18.05.2006;
- Verabschiedung im Nationalrat vom 7.03.2006 (mit weiteren Hinweisen);

- Botschaft, vom 13.09.2005;
- Bundesbeschluss (Entwurf) , vom 13.09.2005;
- Medienmitteilung EFD, Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und Serbien und Montenegro, vom 17.08.2005;
- Medienmitteilung EFD, Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und Serbien und Montenegro, vom 13.04.2005.

Weitere Ausführungen finden Sie in der entsprechenden Rubrik im Online-Archiv.

## Österreich

Last update 31. Mai 2006

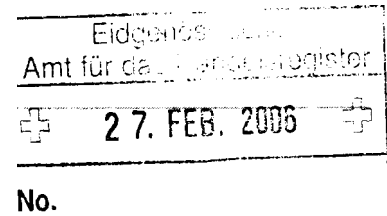
Am **24. Mai 2006** verabschiedet worden ist durch den Bundesrat die Botschaft über ein Doppelbesteuerungsabkommen mit **Österreich**, welches am 21. März 2006 in Wien unterzeichnet worden ist (Protokoll zur Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und der Republik Österreich vom 30. Januar 1974). Die wichtigsten Elemente dieses Protokolls sind die Besteuerung von Grenzgängern am Arbeitsort, die Quellensteuerbefreiung von Lizenzgebühren, der Aufschub der Besteuerung von nicht realisierten Kapitalgewinnen beim Wegzug aus Österreich, die erweiterte Amtshilfe bei Steuerbetrug und bei Holdinggesellschaften sowie eine begrenzte Vollstreckungshilfe für Steuern auf Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit in der Schweiz.

Weitere Hinweise:

- Medienmitteilung EFD, Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens mit Österreich, vom 24.5.2006;
- Medienmitteilung EFD, Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und Österreich, vom 22.3.2006.

**Lehmann Urs BJ**

Von: Chr. Beringer ([christian.beringer@cbc.ch](mailto:christian.beringer@cbc.ch))  
Gesendet: Sonntag, 26. Februar 2006 12:31  
An: BJ-EHRA  
Betreff: Aktienrechtsrevision



Sehr geehrte Damen und Herren

Gemäss geltendem Recht schreibt Art. 663 e Obligationenrecht eine Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung vor, wenn bestimmt genannte Kenngrössen überschritten werden (Art. 663 e Abs. 2 Ziff. 1 bis 3 OR).

Mit der Aktienrechtsrevision werden diese Mindestgrössen aufgehoben und damit neu für Kleinkonzerne die Erstellung einer Konzernrechnung zwingend vorgeschrieben. Diese Neuregelung wird grundsätzlich begrüsst, da es auch für Kleinkonzerne Sinn macht eine konsolidierte Rechnung zu erstellen.

Hingegen wird dadurch auch die Revisionspflicht aufgrund E-Art. 727 Abs.1 Ziff. 3 OR (gemäss Entwurf Obligationenrecht (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) für solche Kleinkonzerne eingeführt. Dies führt zu einer zusätzlichen unerwünschten und nicht verhältnismässigen Revisionspflicht.

Der E-Art. 727 Abs. 1 Ziff. 3 OR soll deshalb wie folgt lauten:

**Gesellschaften, die zur Erstellung einer Konzernrechnung verpflichtet sind und aufgrund der konsolidierten Betrachtung die Grössen gemäss Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR überschreiten.**

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Freundliche Grüsse

**CBC Holding GmbH**

z.H. Christian Beringer  
Cysatstr. 21  
6000 Luzern 5

An den Herrn Vorsteher  
des Eidgenössischen Justiz- und  
Polizeidepartementes  
Herrn Bundesrat Dr. Christoph  
Blocher  
Bundeshaus West  
3003 Bern

Basel, [31. Mai 2006] B/ar  
p.boeckli@boeckli-bodmer.ch

## **Vernehmlassung zum Vorentwurf für eine Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts vom 2. Dezember 2005**

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Ich möchte Ihnen dafür bestens danken, dass Sie mich durch Frau Dr. Katharina Rüdlinger am 14. Dezember 2005 aufgefordert haben, an der

### **Vernehmlassung**

zum Vorentwurf vom 2. Dezember 2005 teilzunehmen.

Ich erlaube mir folgende Bemerkungen:

#### **I. ZUSAMMENFASSUNG**

1. Ich betrachte den Vorentwurf insgesamt als *gute Basis* für die Ausarbeitung einer Botschaft mit Gesetzesentwurf zu Händen der Eidgenössischen Räte. Es steckt in dem vorgeschlagenen Gesetzestext und im Begleitbericht eine grosse, anerkennenswerte Vorarbeit der Bundesverwaltung.

2. Eine sehr grosse Anzahl der Vorschläge findet meine *volle Unterstützung* (unter Vorbehalt von einzelnen, teilweise sogar wesentlichen Änderungsvorschlägen). Ich gehe darauf im Abschnitt II hiernach ein. Aus meiner Sicht sind von den (je nach dem, wie man zählt) ca. 200 Hauptvorschlägen sicher 160 zu befürworten. Diese Feststellung *muss* an der Spitze stehen.
3. Gegen eine Anzahl von Vorschlägen habe ich *starke Bedenken*, und ich möchte entweder anregen, in gewissen Fällen auf das entsprechende Regelungsvorhaben zu verzichten, oder eine *alternative Regelung*, die ich im Einzelnen darlegen werde, vorzuziehen. Zu diesen Punkten einer substanziellen Kritik gehören namentlich
  - (i) die Abschaffung der *Inhaberaktien*;
  - (ii) der fehlende Lösungsvorschlag für die *Dispoaktien*;
  - (iii) die ersatzlose Abschaffung des *Plafonds* für die Partizipationsscheine;
  - (iv) das Verbot der Ausgabe von Aktien *unter dem wirklichen Wert*;
  - (v) die Ausgabe *nicht liberierter Aktien* in der Sanierung;
  - (vi) die Beschneidung der Kompetenzen der Generalversammlung hinsichtlich der Genehmigung von *Konzernrechnung und Lagebericht*;
  - (vii) der *Stimmrechtsausschluss* für Stimmrechtsvollmachten ohne Weisung;
  - (viii) das Recht auf jederzeitige *schriftliche Auskunft* in Publikumsgesellschaften;
  - (ix) die Ablehnung der Pflicht zum *Halbjahresbericht* in wirtschaftlich bedeutenden nicht kotierten Gesellschaften;
  - (x) die *Aktivlegitimation der Gläubiger* für die Rückerstattungsklage (nebst gewissen Punkten in der Definition des Tatbestandes),
  - (xi) *zu niedriger Schwellenwert* für bestimmte Aktionärsrechte in sehr grossen Publikumsgesellschaften;
  - (xii) die *zwingende* einjährige Amtsperiode für Verwaltungsräte;
  - (xiii) die Ablehnung der Offenlegung des *Organisationsreglementes*;
  - (xiv) das *Beiseiteschieben* der Ansatzpunkte für eine *echte Corporate Governance*, in wirtschaftlich bedeutenden nicht kotierten Aktiengesellschaften nämlich die Selbstgestaltungspflicht für die Verwaltungsräte und die *Transparenz* in diesen Dingen;
  - (xv) die Beschränkung der *Verantwortlichkeit der Revisionsstelle* durch in Landeswährung ausgedrückte Plafonds bei leichtem Verschulden;

- (xvi) der *Nachschliffbedarf im Bereich der Rechnungslegung* (wobei der Vorschlag als solcher in meinen Augen ein *guter Wurf* ist, der Anerkennung verdient);
- (xvii) die unausgereiften Regelungsvorschläge der *Stillen Reserven*, die geradezu zu einem unverantwortlichen Umgang mit diesem gefährlichen, zur Selbsttäuschung führenden Instrument auffordern.

## II. VERBESSERUNGEN

### A. Kapital und Aktien

Unter dem Thema «*Kapitel und Aktien*» sind zahlreiche *Verbesserungen* des Vorentwurfs zu begrüssen.

#### 1. Nennwert grösser als Null <sup>1</sup>

Wenn man von den *nennwertlosen Aktien* nichts wissen will, ist dieser Vorschlag der einzig richtige. Es versteht sich freilich, dass ein Nennwert *unter* einem Rappen Probleme mit der Darstellung von Brüchen und Nanobeträgen mit sich bringen muss.

#### 2. Kapitalband <sup>2</sup>

Unbestritten scheint zu sein, dass man die *genehmigte Kapitalherabsetzung* einführen sollte, analog der 1991 eingeführten genehmigten Kapitalerhöhung. Dies hat der Unterzeichnete schon 1996 angeregt<sup>3</sup>; es entspricht einem praktischen Bedürfnis. Ist man aber einmal am Ändern, so wird ersichtlich, dass man die dadurch gewonnene Flexibilität in der Kapitalzahl «nach unten» und die schon bestehende «nach oben» in einem einzigen Institut kombinieren kann – eben dem «*Kapitalband*». Der Verwaltungsrat erhält dadurch während der fünf Jahre, in denen die Ermächtigung der Generalversammlung Geltung hat, zusätzliche Freiheit in der «Bewirtschaftung» des Aktienkapitals. Sein Spielraum entspricht «nach oben» genau dem heutigen «*genehmigten Kapital*»<sup>4</sup>, «nach unten» jedoch

---

<sup>1</sup> Art. 662 Abs. 2 (neu) VE-OR 2005.

<sup>2</sup> *Begleitbericht 2005*, 54 ff., Ziff. 3.1.18; Art. 653r ff. VE-OR 2005; *Hans Caspar von der Crone* (2002) 16 ff.; *Peter Böckli* (2002) 733 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Vorschlag *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht (1996) N. 298t.

<sup>4</sup> Art. 651 Abs. 2 Satz 2 OR 1991.



ist die Flexibilität neu; sie entspricht dem Institut einer *genehmigten Kapitalherabsetzung*.

Die *Generalversammlung* ist künftig frei, zwischen vier Varianten zu wählen. Sie kann dem Verwaltungsrat

- (i) überhaupt kein Kapitalband gewähren,
- (ii) oder eines «nach oben» *und* «nach unten», oder aber
- (iii) ein Kapitalband «nur nach unten»,
- (iv) *oder* «nur nach oben»<sup>5</sup>.

Richtig ist, dass ein *förmliches Verfahren* wie bei der herkömmlichen Kapitalherabsetzung<sup>6</sup> nur nötig ist bei der *Einführung* eines Kapitalbandes «nach unten», d.h. bei der Festsetzung eines unter dem ausgegebenen Aktienkapital liegenden Basiskapitals.

Gerade diese während fünf Jahren mögliche «*Kapitalrückgewähr ohne Gläubigerschutz*» ist freilich eine gewisse Ungereimtheit des neuen Kapitalbandes; das Kapitalherabsetzungsverfahren zu Beginn des Jahres 1 vermag wenig oder nichts über die finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft ein halbes Jahrzehnt später auszusagen. Eine Lösung läge in einer Verkürzung der Frist auf *zwei Jahre* – eine Vorschrift, mit der die Schweizer Aktiengesellschaften seit 1992 zu leben gelernt haben.

Insgesamt bringt das *Kapitalband* eine echte Verbesserung im Bereich der Kapitalstruktur. Es vermag sogar einige wesentliche Vorzüge, die dem System der *echten nennwertlosen Aktien* zugeschrieben werden<sup>7</sup> – von dem will das EJPD nichts wissen –, innerhalb unseres nun einmal überkommenen Nennwertsystems zu verwirklichen.

**ANREGUNG:** Ein Nachteil des Kapitalbandes tritt zu Tage, wenn eine Gesellschaft dieses neue Institut mit einem *bedingten Kapital* kombinieren will. Dieses wird durch die neue «Band»-Technik nicht verändert. Es kommt dann aber notwendigerweise zu einem «Übereinander» der beiden Systeme der Kapitalveränderung – rechtstechnisch ist das zwar lösbar<sup>8</sup>, aber einfach erklärbar

---

<sup>5</sup> Art. 653r Abs. 3 VE-OR 2005.

<sup>6</sup> D.h. mit einer dreimaligen Aufforderung an die Gläubiger, einem Sicherstellungsverfahren und einem besonderen Prüfungsbericht.

<sup>7</sup> Vgl. *Peter Böckli* (2004) § 4 N 55 ff.

<sup>8</sup> Beide Regelungssätze sind anwendbar, wobei die «*strengere*» Regel bei einem Zusammentreffen den Vorrang haben soll, *Begleitbericht 2005*, 56, Ziff. 3.1.18.

ist es nicht<sup>9</sup>. Zudem ist nicht einsichtig, warum das obere Ende des Kapitalbandes *fix* bleiben soll, wenn die Zahl der ausstehenden Aktien durch die Ausübung von Optionen gegen Kapitaleinlage sich erhöht. Die Ausgabe von Aktien eines bedingten Kapitals geht damit zu Lasten des Kapitalbandes.

### 3. Überarbeitetes Verfahren der Kapitalherabsetzung<sup>10</sup>

Sehr zu begrüßen sind mehrere Klarstellungen zum Verfahren der *Herabsetzung* des Aktienkapitals. Vor allem wird der methodische Hauptfehler unseres aus dem Jahre 1936 stammenden Gesetzestextes beseitigt<sup>11</sup> – *die Ansetzung des besonderen Prüfungsberichtes der Revisoren in die Zeit vor der Aufforderung an die Gläubiger*<sup>12</sup>. Neu kommt zuerst der Beschluss des Verwaltungsrates, den Aktionären die Herabsetzung des Aktienkapitals zu beantragen; es folgt die Aufforderung an die Gläubiger, als drittes kommt der besondere Prüfungsbericht, und am Schluss das Sicherstellungsverfahren. Erst danach kommt nach der vorgeschlagenen neuen Methodik die Generalversammlung mit dem Herabsetzungsbeschluss zum Zug.

**ANREGUNG:** Zu überdenken ist, ob man wirklich die Aktionäre in das Gewand eines «*legal auditors*» schlüpfen und festhalten lassen will, dass die gesetzlichen Anforderungen erfüllt sind<sup>13</sup>. Die Generalversammlung ist eigentlich gar nicht in der Lage, eine derartige Erklärung über die Gesetzeskonformität abzugeben.

### 4. Regelung der Festübernahme

Die vorgeschlagene Neuregelung ist im Grundsatz zu begrüßen. Sie erhöht die *Flexibilität* bei einer Kapitalerhöhung, die typischerweise von einem Bankenkonkorsortium fest übernommen wird. Das Konsortium gibt die neuen Aktien an die bisherigen Aktionäre ab, und den Teil, der von diesen nicht übernommen wird, an andere Investoren. Bleibt in diesem Vorgang das Bezugsrecht der Aktionäre

---

<sup>9</sup> Eine Sonderregel braucht es für den Fall, dass die *Generalversammlung* in das von ihr früher bewilligte Kapitalband «*hineinregiert*» und das ausgegebene Aktienkapital selbst erhöht oder herabsetzt: dann fällt das Kapitalband schlicht und einfach dahin, so Art. 653u (neu) VE-OR 2005.

<sup>10</sup> *Begleitbericht 2005*, 50 ff., Ziff. 3.1.15.

<sup>11</sup> *Begleitbericht 2005*, 51/52.

<sup>12</sup> Vgl. die Kritik bei *Peter Böckli* (2004) § 2 N. 359/60.

<sup>13</sup> Art. 653k Abs. 2 Ziff. 1 VE-OR 2005.

gewahrt, so entfällt das Erfordernis einer Zweidrittelmehrheit<sup>14</sup> für den Kapitalerhöhungsbeschluss. In der Praxis konnte sich in kontroversen Situationen genau diese Zweidrittelmehrheit als Stolperstein herausstellen.

**ANREGUNG:** Die von den Spezialisten vorgebrachten Verbesserungsvorschläge sollten eingebaut werden<sup>15</sup>.

## 5. Vereinfachungen bei den Sacheinlagen und -übernahmen

Dass fortan die Sacheinlagen und -übernahmen nicht mehr in den *Kontext der Statuten* aufgenommen werden müssen<sup>16</sup>, ist erfreulich. Diese überzogene Transparenzvorschrift war ein Überbleibsel aus dem Aktienrecht von 1881. Die Eintragung ins Handelsregister, die sowohl den Gegenstand wie auch die Gegenleistung transparent macht, ist erforderlich und genügend.

Zu begrüßen ist, dass neu die *Sacheinlagefähigkeit* näher umschrieben wird. Neu ist zu Recht nur sachübernahmefähig, was sacheinlagefähig ist. Und die schon mit der GmbH-Revision am 16. Dezember 2005 beschlossene Einengung des Tatbestandes einer Sachübernahme soll bestehen bleiben: nur Sachübernahmen von Aktionären oder diesen *nahe stehenden* Personen sind von den Sondervorschriften betroffen<sup>17</sup>.

**ANREGUNG:** Fraglich ist, ob wirklich die «*besonderen Vorteile*» mit der begünstigten Person sowie Inhalt und Wert der gewährten Vorteile in die Statuten aufgenommen werden müssen<sup>18</sup>.

## 6. «Entgiftung» des Vorwegzeichnungsrechts<sup>19</sup>

Die Regelung des *Vorwegzeichnungsrechts* war die unbestritten grösste Fehlleistung der ganzen Aktienrechtsrevision von 1991. In privaten Aktiengesellschaften ist diese Sonderregelung bekanntlich so gut wie bedeutungslos; in

---

<sup>14</sup> Art. 704 Abs. 1 Ziff. 6 OR 1991: Einschränkung des Bezugsrechtes. So jedenfalls die Meinung von *Peter Forstmoser*; nach der vom *Verfasser* vertretenen Meinung war das schon unter OR 1991 so zu handhaben, und die *Handelsregisterpraxis* ist dem übrigens gefolgt.

<sup>15</sup> In den *Vorentwurf* haben sich mehrere Unstimmigkeiten eingeschlichen; Art. 652b Abs. 2 VE-OR 2005 ist im Nachschliffverfahren zu überarbeiten.

<sup>16</sup> *Begleitbericht 2005*, 40, Ziff. 3.1.3.

<sup>17</sup> Art. 628 Abs. 2 OR 2005, eine Änderung des Parlamentes.

<sup>18</sup> *Begleitbericht 2005*, 40, Ziff. 3.1.3.

<sup>19</sup> *Begleitbericht 2005*, 49, Ziff. 3.1.13.

Publikumsgesellschaften, wo die Regelung von 1991 an sich Anwendbarkeit beansprucht, ist sie weitgehend sinnlos – und in der Praxis ein beträchtliches Hindernis für eine reibungslose Abwicklung. Zu recht wird nun das zwingende Vorwegzeichnungsrecht für börsennotierte Gesellschaften im Ergebnis abgeschafft<sup>20</sup>.

**ANREGUNG:** Die von den Spezialisten vorgebrachten Verbesserungs- und Änderungsvorschläge sollten berücksichtigt werden.

## 7. Begriffspaar «Kapitalreserve/Gewinnreserve»

Die gesetzliche Regelung über die Reserven, ein *historisch gewachsenes Flickwerk*, wird zu Recht umgestellt auf eine neue Methodik, die der weltweiten Usanz entspricht<sup>21</sup>. Die bisherige, in der Praxis schwer zu handhabende helvetische Spezialität, die «erste» und «zweite» Zuweisung an die allgemeine gesetzliche Reserve<sup>22</sup>, wird zu Recht auf eine reduziert.

Zu begrüßen ist, dass das *Agio* – sein Betrag ist neu in der «Kapitalreserve» auszuweisen – nicht ohne ein Kapitalherabsetzungsverfahren an die Aktionäre zurückerstattet werden darf<sup>23</sup>. Die Reihenfolge der Verwendung von Reserven zum Auswischen eines *Bilanzverlustes*, bisher eine Lücke im Gesetz, wird in zweckmässiger Weise geregelt<sup>24</sup>. Und die «Aufwertungsreserve», die zweitschlimmste Fehlkonstruktion der Aktienrechtsrevision von 1991<sup>25</sup>, wird mit Fug einem stillen Begräbnis zugeführt<sup>26</sup>.

## 8. Abschaffung der «gesetzlichen Reserve für eigene Aktien»<sup>27</sup>

Zu begrüßen ist, dass zurückgekaufte eigene Aktien neu als *Minusposten im Eigenkapital* gebucht, d.h. von der «Gewinnreserve» mit dem Betrag abgezogen werden sollen, den die Gesellschaft zu ihrem Erwerb aufgewendet hat. Mit dieser Kürzung des Eigenkapitals – es geht um eine Übernahme US-amerikanischer

---

<sup>20</sup> Technisch ist der Vorentwurf noch zu überarbeiten.

<sup>21</sup> Art. 671 ff. VE-OR 2005; *Begleitbericht 2005*, 60 ff., Ziff. 3.1.25.

<sup>22</sup> Art. 671 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 3 OR 1991.

<sup>23</sup> Art. 671 Abs. 2 VE-OR 2005; *Begleitbericht 2005*, 61, Ziff. 3.1.25.

<sup>24</sup> Art. 674 VE-OR 2005.

<sup>25</sup> Art. 671b OR 1991.

<sup>26</sup> Vgl. freilich den *Teilersatz* durch Art. 725 Abs. 3 Satz 2 VE-OR 2005, hinten D/5.

<sup>27</sup> Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. d VE-OR 2005; *Begleitbericht 2005*, 62, Ziff. 3.1.25.

Methodik – erreicht man die erwünschte Ausschüttungssperre einfacher als mit dem 1991 eingeführten komplizierten System (Ausweis «links» und «rechts» in der Bilanz durch Aktivierung eigener Aktien und Bildung einer besonderen gesetzlichen Reserve für eigene Aktien in den Passiven).

**ANREGUNG:** Im neuen System wirkt sich ein anschliessender *Wertzerfall eigener Aktien* nicht mehr als Aufwand aus, obwohl die Wertvernichtung echt ist (für die nun wertlos gewordenen Aktien war bares Geld aus der Gesellschaft abgeflossen) und die Gesellschaft finanziell geschwächt wird<sup>28</sup>. Der Wertzerfall sollte im *Anhang* angegeben werden.

## 9. Klarstellungen zu den Partizipationsscheinen <sup>29</sup>

Zu Recht stellt der Vorentwurf nicht auf das Konzept von «*Aktien mit ruhendem Stimmrecht*» um. Den Inhabern dieser an die Stelle der Partizipationsscheine tretenden neuen Aktienkategorien wäre<sup>30</sup> im Falle eines Dividendenausfalls<sup>31</sup> wie von Geisterhand das Stimmrecht zugefallen. Dieser bei unseren Nachbarn verwirklichte Gestaltungsgedanke ist unvereinbar mit dem Konzept der «*non-voting shares*», für das sich die Schweiz nun einmal – als Ergänzung der gesetzlichen Palette der Eigenkapitalpapiere – entschieden hat. Im Übrigen ist die vom Vorentwurf angestrebte *Vergrösserung des Spielraums* für die Partizipationsscheine sinnvoll<sup>32</sup>: die heutige Begrenzung auf das Doppelte des Aktienkapitals ist in manchen praktischen Fällen ein Hindernis<sup>33</sup>. Zu begrüssen sind auch weitere gesetzestechnische Verbesserungen<sup>34</sup>.

---

<sup>28</sup> Vgl. *Peter Böckli* (2004) § 4 N. 239 (iii).

<sup>29</sup> Art. 656a und 656b VE-OR 2005; *Begleitbericht 2005*, 28, Ziff. 2.3.6 und 57, Ziff. 3.1.21.

<sup>30</sup> Vorschlag *Hans Caspar von der Crone* (2002) 20; *Begleitbericht 2005*, 28, Ziff. 2.3.6.

<sup>31</sup> Oder eines anderen gesetzlich definierten Frusterlebnisses.

<sup>32</sup> Vorgeschlagene Aufhebung des Art. 656b Abs. 1 OR 1991.

<sup>33</sup> Vgl. die Kritik hiernach in III/A/6.

<sup>34</sup> *Begleitbericht 2005*, 58/59, Ziff. 3.1.21.

## B. Generalversammlung

Zu diesem Thema seien drei Punkte der Verbesserung herausgegriffen, die sehr zu begrüssen sind:

### 1. Funktionsfähigkeit der Generalversammlung und Einsatz elektronischer Mittel<sup>35</sup>

Die zahlreichen Vorschläge zur *Generalversammlung* bringen echte Fortschritte. Doch sollten durchaus noch weitere Verbesserungen in die Vorlage eingebaut werden<sup>36</sup>. Auf die Neuerungen, die namentlich den Einsatz elektronischer Mittel betreffen, aber auch die vielgestaltigen dabei auftretenden Probleme, gehen *andere* Vernehmlassungen näher ein.

**ANREGUNG:** Eine besondere Arbeitsgruppe sollte die Vor- und Nachteile einer Umstellung auf das in USA eingeführte «Proxy»-System prüfen. In der vorliegenden Revision lässt sich diese tief greifende Systemumstellung wohl nicht bewerkstelligen.

### 2. Institutionelle Stimmrechtsvertretung

Das *Depotstimmrecht der Banken*, das heute nur noch eine sehr geringe Rolle spielt, soll m.E. zu Recht abgeschafft werden; es hatte seine umstrittene Existenz im OR 1936 begonnen<sup>37</sup>. Heute spielt es eine Rolle etwa noch in den Generalversammlungen von Banken hinsichtlich der «eigenen» Aktiven im Depot der Bank selbst; und gerade dort ist es – bei Lichte betrachtet – *besonders problematisch*.

Auch der *Organvertreter*, eine Figur des OR 1991, soll nach dem Vorentwurf verschwinden. Sein Einsatz ist ohnehin durch einen Bundesgerichtsentscheid<sup>38</sup> für das im Streitfall wichtige Traktandum der *Décharge* praktisch illusorisch geworden (nur haben das Viele noch nicht ganz mitbekommen).

Das Abstellen allein auf den *unabhängigen* Stimmrechtsvertreter ist – entgegen gewissen Weherufen – durchaus eine mögliche Lösung.

---

<sup>35</sup> Art. 689a Abs. 2, Art. 700, Art. 701a bis 701f VE-OR 2005; *Begleitbericht 2005*, 29 ff., Ziff. 2.4 und 78 ff., Ziff. 3.1.38 und 3.1.39.

<sup>36</sup> Vgl. *Karl Hofstetter* (2006) 33.

<sup>37</sup> Art. 689 Abs. 5 Ziff. 2 OR 1936.

<sup>38</sup> BGE 128 III 142.

**ANREGUNG:** Wollte man die Organvertretung beibehalten, müsste eine klare zusätzliche Bestimmung ins Gesetz aufgenommen werden: «Der Organvertreter ist, auch wenn er von der Gesellschaft als Organ oder Angestellter abhängig ist, bei der Abstimmung über die Entlastung als Vertreter vom Stimmrecht nicht ausgeschlossen».

### 3. Zuständigkeit für die Festlegung von Grundsätzen für Spitzenentschädigungen<sup>39</sup>

Einem Vorschlag der Expertengruppe *Corporate Governance* vom 30. September 2003 entsprechend<sup>40</sup> soll nun zu Recht eine Gesellschaft eine Bestimmung in die Statuten aufnehmen können, welche der **Generalversammlung** im Bereich der *Entschädigungen* bestimmte Zuständigkeiten zuweist. Es geht dabei nur um eine *fakultative* Statutenklausel, für Gesellschaften, die ganz bewusst den Aktionären als Kapitalinvestoren eine Richtlinienkompetenz im Bereich der Spitzensaläre verschaffen möchte. Diese Regelung ist meines Erachtens sinnvoll und geeignet, angesichts der ausufernden Diskussion um Spitzensaläre in grossen Gesellschaften eine neue Legitimationsbasis zu schaffen.

**ANREGUNG:** Die Zuständigkeit sollte auf die Festlegung von *Grundsätzen und Richtlinien* beschränkt werden (wie im Expertenbericht vom 30. September 2003 auch vorgeschlagen<sup>41</sup>). Es wäre widersinnig, die konkreten Saläre, ja individuelle Saläre der leitenden Angestellten – wie es der Vorentwurf zu gestatteten scheint – durch Aktionärsbeschluss festsetzen zu lassen. Den Aktionären fehlen für die Festlegung individueller Saläre die genaue Information und vor allem die Möglichkeiten zur Leistungsbeurteilung. Ausserdem geht es da um eine unentziehbare Kernaufgabe des Verwaltungsrates.

## C. Aktionärsrechte

Eine Vorbemerkung ist nötig: Die Vernehmlassungsvorlage bringt *sehr zahlreiche Vorschläge* zur Verbesserung der *Aktionärsrechte* schlicht unter dem Titel «Corporate Governance». Dies ist in einem weiten Sinne des Begriffs Corporate Governance an sich möglich (dieser weite Begriff hatte wohl auch dem Auftrag an die Expertengruppe «Corporate Governance» zu Grunde gelegen). Man vermischt damit jedoch die Tatsache, dass «Corporate Governance» in ihrem

---

<sup>39</sup> Art. 627 Ziff. 4 (neu) VE-OR 2005; *Begleitbericht 2005*, 40, Ziff. 3.1.3.

<sup>40</sup> *Expertenbericht Corporate Governance* (2004) 131 ff., 196 und 225.

<sup>41</sup> *Expertenbericht Corporate Governance* (2004) 196 und E-Art. 698 Abs. 3.

eigentlichen und engeren Sinn auf die freiwillige Selbstgestaltung zur Verbesserung der *Transparenz*, die *Funktionsfähigkeit der Organe* einer Aktiengesellschaft und das *sinnvolle Zusammenspiel* unter ihnen abzielt. Klar ist zu sagen: Dieser eigentliche Kernbereich der Corporate Governance soll soweit möglich eben gerade nicht Gegenstand von zwingendem Gesetzesrecht sein.

Die Verbesserungen, die der Vorentwurf an den *Aktionärsrechten* anbringt, betreffen den «Ausschlussbereich» der Corporate Governance, die *zwingenden* Gesetzesvorschriften. Sie folgen weit gehend den Vorschlägen der *Expertengruppe Corporate Governance* vom 30. September 2003. Sie sind fast alle zu befürworten.

## 1. Sonderuntersuchung <sup>42</sup>

Die *Neubenennung* ist richtig; es geht in keiner Weise um eine «*Prüfung*», sondern um eine reine *Tatsachenermittlung*, und zwar ausserhalb des Beweisverfahrens eines laufenden Prozesses<sup>43</sup>. Auch die übrigen Retouches im Bereich der bisherigen «Sonderprüfung» sind überwiegend zweckmässig: Absenkung der Schwellenwerte für die Befugnis zum Gesuch an das Gericht von 10 % des Aktienkapitals bzw. Nennwert von 2 Millionen Franken<sup>44</sup> auf 5 % und 1 Million Nennwert.

Alternativ sollen in Publikumsgesellschaften nun aber auch Aktien im *Börsenwert* von 2 Millionen Franken genügen<sup>45</sup>. Das bedeutet im Klartext nichts Anderes, als dass der Gesetzgeber – durch einen auch praktisch erreichbaren Schwellenwert – die bisherige *Unmöglichkeit* einer Sonderuntersuchung in einer Grossgesellschaft in eine *Möglichkeit* umpolen will.

**ANREGUNG:** Der Schwellenwert von 2 Millionen Franken Börsenwert ist für grosse Publikumsgesellschaften *zu niedrig* angesetzt, und das Parlament sollte ihn für solche Gesellschaften angemessen anheben. Darauf ist zurückzukommen.

Immerhin: auch nach dem vorgeschlagenen neuen Recht bleiben die *Hürden*, die vor dem Richter für eine Sonderuntersuchung dann noch zusätzlich zu überwinden sind, immer noch *sehr hoch*<sup>46</sup>. Nur eine einzige – sehr sinnvolle und

---

<sup>42</sup> Art. 697a ff. VE-OR 2005; *Begleitbericht 2005*, 73 ff., Ziff. 3.1.34.

<sup>43</sup> *Expertenbericht Corporate Governance* (2004) 135 ff. und 191 ff.

<sup>44</sup> Art. 697b Abs. 1 OR 1991.

<sup>45</sup> Art. 697b VE-OR 2005.

<sup>46</sup> Vor allem die Erfordernisse der *Übereinstimmung mit dem Auskunftsbegehren*, des *Rechtsschutzinteresses* und der *Subsidiarität* haben sich in der Praxis als hohe Hürden erwiesen.



ins Gewicht fallende – Erleichterung kommt nach dem Vorentwurf dem Gesuchsteller zu gute: er muss nicht mehr einen bereits *eingetretenen* Schaden glaubhaft machen<sup>47</sup>. Er muss plausibel dartun, dass das Gesetz oder die Statuten verletzt worden sind und die gerügte Verletzung *geeignet* ist, die Gesellschaft oder Aktionäre zu schädigen.

## 2. Einberufungs- und Traktandierungsrecht <sup>48</sup>

Die bedauerlichen Redaktionsmängel des OR 1991 in dieser Materie werden nun zu Recht behoben. Auch die Ansetzung einer *Frist für die Einreichung von Traktandierungsbegehren* – 40 Tage – ist zweckmässig. Üblich sind freilich heute 45 Tage.

**ANREGUNG:** Es sollte heissen «45 Tage».

Die Schwelle für das Einberufungsrecht bei börsenkotierten Gesellschaften – sie soll auf 5 Mio. Franken angesetzt werden – ist für grosse Publikumsgesellschaften zu niedrig. Die Schwellenwerte für Publikumsgesellschaften sind angemessen zu *erhöhen*, doch ist es auch dann stets der *Richter*, der für den Gesuchsteller die entscheidende letzte Hürde darstellt<sup>49</sup>. Entgegen den Befürchtungen aus den Spitzenkreisen der Wirtschaft sind die Gerichte im Allgemeinen sehr kritisch in der Zulassung von Aktionärsvorstössen, welche die Gesellschaften belasten.

Die Aktionäre sollen von der Gesellschaft verlangen können, dass ihre Anträge – natürlich nur innerhalb des Sinnbereichs eines Traktandums – in der *Einladung* zur Generalversammlung aufgeführt werden<sup>50</sup>, und der Verwaltungsrat muss eine Zusammenfassung ihrer Begründung der Einladung beifügen. Dies erlaubt den Minderheitsaktionären – im Unterschied zur heutigen Rechtslage –, Wahlvorschläge rechtzeitig in das System der Weisungserteilung für die institutionelle Stimmrechtsvertretung<sup>51</sup> einzugeben. Zu denken ist vor allem an Anträge für die Wahlen in den Verwaltungsrat.

---

<sup>47</sup> Dem Aussenseiter, und zudem gerade noch *bevor* die Sonderuntersuchung überhaupt stattgefunden hat, fällt eine schlüssige Darlegung vor dem Gericht schwer. Eigentlich müsste er schon wissen, was er zu erfahren begehrt, um das Gesuch Erfolg versprechend formulieren zu können!

<sup>48</sup> *Begleitbericht 2005*, 76 ff., Ziff. 3.1.37.

<sup>49</sup> Die *Frist von 30 Tagen* für die Durchführung der Einberufung ist eine zweckmässige Retouche, Art. 699 Abs. 5 VE-OR 2005.

<sup>50</sup> Art. 699a Abs. 4 VE-OR 2005.

<sup>51</sup> Wahlvorschläge, die *erst in der Generalversammlung* vorgebracht werden, können nicht mehr zu schriftlichen Weisungen der nicht persönlich anwesenden Aktionäre führen.

**ANREGUNGEN:** Der Grundsatz, dass Anträge auch noch in der *Generalversammlung* selbst – gewissermassen «aus dem Stand» – gestellt werden können, ist bei der Überarbeitung des Vorentwurfs zu ändern. Effektiv können diejenigen Aktionäre, die ihr Stimmrecht mit Weisungen via Stimmrechtsvertreter ausüben, auf solche späten Anträge gar nicht mehr reagieren. Heute ist das in Publikumsgesellschaften der weitaus grösste Teil aller Aktien. Diese Regelung kann auf jene Gesellschaften beschränkt werden, die in der Einberufung einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter benennen (d.h. praktisch die Publikumsgesellschaften).

**ANREGUNG:** Soll die Stimmrechtsvertretung voll funktionsfähig gestaltet werden, kommt man gar nicht darum herum zu verlangen, dass Anträge – nicht nur Traktandierungsbegehren – *rechtzeitig vor der Einberufung* beim Verwaltungsrat einzureichen sind<sup>52</sup>. Der Verwaltungsrat muss sie anschliessend den Aktionären zur Kenntnis bringen, im Zusammenhang mit der Einladung zur Generalversammlung. Die Aktionäre, die die Möglichkeit der Stimmrechtsvertretung benützen, können dem Stimmrechtsvertreter eine entsprechende Weisung (Zustimmung oder Ablehnung) erteilen<sup>53</sup>. Um *missbräuchlichen* Anträgen einen gewissen Riegel zu schieben, ist für Anträge *eine Schwelle* vorzusehen: der Einzelaktionär muss mindestens eine bestimmte Anzahl Gesinnungsgenossen um sich scharen können, bevor der ganze Apparat der Generalversammlung vom ihm in Bewegung gebracht werden kann. Die Schwelle könnte lauten: «Aktionäre, die mindestens 1/10 der für Traktandierungsbegehren geltenden Schwellenwerte erreichen, können zu den einzelnen Traktanden Anträge stellen.»

### 3. Gewährleistete Stimmrechtsvertretung in privaten Aktiengesellschaften<sup>54</sup>

Die Vorschläge entsprechen im Wesentlichen den Vorschlägen der *Expertenkommission Corporate Governance* vom 30. September 2003. Die Regelung bringt eine wichtige Verbesserung: Schliesst eine nicht kotierte Gesellschaft in ihren Statuten die Vertretung durch Nichtaktionäre aus, so ist auf Verlangen eines Aktionärs künftig ein *unabhängiger Stimmrechtsvertreter* zu ernennen. Die Gesellschaft kann aber auch, wenn sie es vorzieht, auf die Einschränkung verzichten; dann ist ganz einfach die Vertretung durch eine Drittperson – entgegen den Statuten – von Gesetzes wegen zulässig<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Vgl. *Karl Hofstetter* (2006) 33.

<sup>53</sup> Vgl. hiernach III/B/2 am Ende.

<sup>54</sup> Art. 689c Abs. 2 VE-OR 2005. Das Gesuch kann richtigerweise noch bis 10 Tage vor dem Termin der Generalversammlung eingereicht werden, Art. 689c Abs. 3 VE-OR 2005.

<sup>55</sup> A.a.O. Abs. 5.

#### 4. Auskunftsrecht auf schriftlichem Wege während des ganzen Geschäftsjahres<sup>56</sup>

Die Aktionäre sollen künftig während des ganzen Geschäftsjahres *schriftlich Auskunft* von der Gesellschaft verlangen können. Die schriftliche Auskunft muss dem Aktionär innerhalb von 60 Tagen zugehen.

- a) Die «*Auskunftspflicht während des Jahres*» bringt im Bereich der **nicht kotierten Gesellschaften** eine wichtige Änderung der Spielregeln. Erstmals haben die *Minderheitsaktionäre* während des Geschäftsjahres überhaupt eine Möglichkeit, zu erfahren, was hinter den hohen Mauern der Gesellschaft läuft.

Ein Problem hier wie an vielen anderen Stellen ist die Missbrauchsgefahr. Voraussehbar ist, dass künftig bei gehäuftem und gezielt gegen die Gesellschaft gerichteten Auskunftsbegehren die *Informationspolitik* für den Verwaltungsrat wesentlich anspruchsvoller wird. Ausserdem entsteht ein Problem mit Querulanten.

**ANREGUNG:** Besser und einfacher wäre freilich die von der Expertengruppe Corporate Governance vorgeschlagene Pflicht zur Abgabe eines *Halbjahresberichts* in wirtschaftlich bedeutenden Gesellschaften.

In nicht kotierten Gesellschaften, die relativ viele Aktionäre haben, ist es keineswegs ausreichend, die «*unter dem Jahr*» den Aktionären erteilten schriftlichen Auskünfte<sup>57</sup> erst an der nächsten Generalversammlung zur Einsicht aufzulegen. *Die Gleichbehandlung in der Information ist dadurch nicht sichergestellt.* In allen *nicht kotierten* Gesellschaften, erhält der Anfrager öfters durch die Auskunft einen Wissensvorsprung gegenüber allen anderen Aktionären.

**ANREGUNG:** Die «*übers Jahr*» erteilten Auskünfte sind daher in nicht kotierten Gesellschaften an alle registrierten Aktionäre abzugeben<sup>58</sup>.

Schliesslich ist zu beachten, dass der Vorentwurf den Aktionär *nicht* von einer Obliegenheit entbindet, die ihm die *Gerichtspraxis des Bundesgerichts* auferlegt: vom Nachweis, dass die Auskunft für die Ausübung von Aktionärsrechten erforderlich ist. Das ist, wie sich gerade in der jüngsten Bundesgerichtspraxis gezeigt hat, eine hohe Hürde.

---

<sup>56</sup> Art. 697 Abs. 1 und 2 VE-OR 2005; *Begleitbericht 2005*, 71, Ziff. 3.1.32.

<sup>57</sup> Vorn II/C/4.

<sup>58</sup> Überleben die Inhaberaktien, so ist der Wortlaut der Auskunft zur Einsicht aufzulegen.

- b) In **kotierten Aktiengesellschaften** ist ein Recht auf schriftliche Auskunft nur sinnvoll in der Zeit vor der Einberufung der ordentlichen Generalversammlung; z.B. im *Zeitfenster der Monate drei und zwei* vor dem Termin. Diese schriftlichen Auskünfte dienen der Vorbereitung der Ausübung von Aktionärsrechten und entlasten die Versammlung selbst.

Ein ständiges Recht auf schriftliche Auskunft jedoch ist abzulehnen; es wäre – wie hinten näher ausgeführt<sup>59</sup> – unverhältnismässig, unnötig und ein Ansatzpunkt für Missbräuche. Das Informationsbedürfnis während des Jahres ist durch die obligatorischen *Halbjahresberichte* und die *ad hoc*-Publizität<sup>60</sup> bereits abgedeckt.

## 5. Regelung des Bezugsrechts in privaten Gesellschaften <sup>61</sup>

- a) Für die *nicht kotierten* Gesellschaften wird zu Recht die Regelung des *Bezugsrechtes* inhaltlich neu geregelt, um die Minderheitsaktionäre besser zu schützen. Es geht um eine sehr späte, aber radikale Umkehrung der früheren, unseligen «*Ringier*»-Doktrin des Bundesgerichts<sup>62</sup> (die Reaktionszeit des Gesetzgebers betrug hier 30 Jahre).

Der Vorentwurf sagt zunächst in einer punktuellen Wiederholung dessen, was inzwischen ohnehin gilt: «*Die Ausübung des Bezugsrechtes darf nicht in unsachlicher Weise wesentlich erschwert werden*». Damit soll im Klartext in nicht kotierten Gesellschaften erreicht werden, dass die Mehrheitspartei, die den Verwaltungsrat beherrscht, die Kapitalerhöhung nicht ausgerechnet auf einen Zeitpunkt ansetzt, in dem die Minderheitsaktionäre in einem finanziellen Engpass stecken. Die Erläuterung im Begleitbericht klingt recht spannend, aber der vorgeschlagene Gesetzestext ist eher nur eine banale Repe-tition des geltenden Rechts.

**ANREGUNG:** Der Gesetzestext sollte das, was der Begleitbericht sagt, klarer zum Ausdruck bringen.

- b) Von stärkerer Wirkung ist die zweite, neue Regel des Vorentwurfs: «Der Ausgabepreis darf nur dann wesentlich tiefer als der wirkliche Wert der Aktien festgelegt werden, wenn das Bezugsrecht handelbar ist»<sup>63</sup>. Diese Vorschrift

---

<sup>59</sup> Vgl. hiernach III/C/1.

<sup>60</sup> Art. 72 des *Kotierungsreglements* der SWX Swiss Exchange (Fassung 2004).

<sup>61</sup> Art. 652b Abs. 5 und 6 VE-OR 2005; *Begleitbericht 2005*, 46, Ziff. 3.1.10.

<sup>62</sup> BGE 99 II 55 und 102 II 265, dazu u.a. *Peter Böckli* (2004) § 2 N. 257.

<sup>63</sup> Art. 652b Abs. 6 VE-OR 2005.

läuft darauf hinaus, dass in privaten Aktiengesellschaften Kapitalerhöhungen künftig zwingend mit einem Bezugsrecht des Wertes Null durchzuführen sind.

**ANREGUNG:** *Das ist abzulehnen*, als ein böses Beispiel von «legal overkill». Im Punkt «Kritik» hiernach folgt ein Gegenvorschlag<sup>64</sup>.

## 6. Klarstellungen zur Rückerstattungsklage<sup>65</sup>

Die *Rückerstattungsklage* wird mit Recht, durchaus nach den Vorschlägen des Expertenberichts vom 30. September 2003<sup>66</sup>, griffiger ausgestaltet. Das ist grundsätzlich zu begrüßen, denn dieses Instrument zur Sanktionierung einer finanziellen Selbstbedienung durch beherrschende Aktionäre und Personen der aller obersten Unternehmensebene war bisher ziemlich stumpf. Auch in der Schweiz besteht deshalb durchaus die in Deutschland bereits aktuell gewordene Gefahr, dass bei weiter andauerndem Schweigen des Gesetzgebers und der Zivilgerichte am Schluss die *Strafgerichte* sich dieser Fragen annehmen – und zwar unter dem doch etwas andersartigen und verschwommenen Kriterium der «*Untreue*» bzw. der «*ungetreuen Geschäftsbesorgung*» (Fall *Josef Ackermann*).

Rückerstattungspflichtig werden zu Recht auch die Personen des *obersten Managements*. Auf das bisherige «*Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage des Unternehmens*» – was für alle florierende Unternehmen zu sagen schien: «*anything goes*» – wird mit gutem Grund verzichtet. Keiner hat je zeigen können, was ein vernünftiger Sinn dieser 1991 ins Gesetz gekommenen Wendung hätte sein können.

**ANREGUNG:** Auf *Schwächen* des Vorentwurfs in Sachen Rückerstattungsklage ist am Schluss einzugehen<sup>67</sup>.

## 7. Recht der Aktionäre privater Aktiengesellschaften auf Auskunft über Vergütungen an Spitzenkräfte<sup>68</sup>

Dieses vorgeschlagene neue Individualrecht ist zu begrüßen. Es bedeutet eine radikale Neuerung; es geht in *nicht kotierten* Gesellschaften um einen Bruch mit

---

<sup>64</sup> Hiernach III/A/4.

<sup>65</sup> Art. 678 und 680 VE-OR 2005; *Begleitbericht 2005*, 64 ff., Ziff. 3.1.26.

<sup>66</sup> *Expertenbericht Corporate Governance* (2004) 138 ff. und 182 ff.

<sup>67</sup> Hiernach III/C/4.

<sup>68</sup> Art. 697<sup>quinquies</sup> VE-OR 2005. Dazu *Begleitbericht 2005*, 13, Ziff. 2.2.2. und 73, Ziff. 3.1.33.

einer Vergangenheit des konsequenten Verschweigens der Spitzenvergütungen durch den inneren Kreis. Im Ansatz entspricht dies auch einem spezifischen Vorschlag der *Expertengruppe Corporate Governance*<sup>69</sup>.

Der *Begleitbericht*<sup>70</sup> fügt für die betroffenen mittelständischen Unternehmen besänftigend hinzu, der Verwaltungsrat entscheide selbst, *auf welche Weise* er informieren will, und er könne sich auf eine schriftliche Bekanntgabe nur an den *anfragenden Aktionär* beschränken. Dennoch ist die Auswirkung dieses neuen Informationsanspruchs der Minderheits- und Einzelaktionäre *nicht kotierter* Gesellschaften recht gross. Denn die Spatzen pfeifen es von den Dächern: in manchen geschlossenen Gesellschaften wussten sich die den Verwaltungsrat bestimmenden Mehrheitsaktionäre seit jeher – unbekümmert um die Minderheitsaktionäre – ins Gewicht fallende zusätzliche finanzielle Vorteile unter diesem oder jenem Mäntelchen zu verschaffen. Vorauszusehen ist, dass man sich künftig unter dem neuen Regime der obligatorischen Auskunftserteilung mit Ausflüchten wird zu behelfen suchen, doch eine falsche Angabe kann strafbar sein<sup>71</sup>.

**ANREGUNG:** Das Gebot der *Gleichbehandlung* der Aktionäre verlangt, dass der Verwaltungsrat jede derartige Auskunft über Spitzensaläre, wenn sie nicht *allen* Aktionären erteilt wird, spätestens in der nächsten Generalversammlung zur Einsicht aller Aktionäre auflegt<sup>72</sup>.

**ANREGUNG:** Die neu vorgeschlagene 60 Tage-Frist für die Auskunftserteilung auf Anfragen im Zeitraum zwischen den ordentlichen Generalversammlungen<sup>73</sup> sollte auch auf Auskunftsbegehren zu den Spitzenentschädigungen anwendbar erklärt werden.

---

<sup>69</sup> *Expertenbericht Corporate Governance* (2004) 109.

<sup>70</sup> *Begleitbericht 2005*, 13 f., Ziff. 2.2.2.

<sup>71</sup> Art. 152 StGB («*Unwahre Angabe über kaufmännische Gewerbe*»), ein Vergehenstatbestand. Dieser Artikel ist indessen offenbar nur anwendbar, wenn der Verwaltungsrat die Angaben *an die Gesamtheit der Aktionäre* macht. Ob auch Art. 251 StGB («*unrichtige Beurkundung einer rechtlich erheblichen Tatsache*», ein Verbrechenstatbestand) in Frage kommt, ist ungewiss, da das Bundesgericht die falschen schriftlichen Angaben des Verwaltungsrates zu den Spitzenbezügen «als straflose schriftliche Lüge» qualifizieren könnte.

<sup>72</sup> Art. 697 Abs. 1 Satz 2 VE-OR 2005, der dies für Auskunftserteilung zwischen den Generalversammlungen vorsieht, scheint anwendbar.

<sup>73</sup> Art. 697 Abs. 1 Satz 2 VE-OR 2005.

## D. Verwaltungsrat

Nur wenige Retouches des Vorentwurfs betreffen den *Verwaltungsrat* – dieses arg geplagte Gremium, das sich im Sandwich befindet zwischen der keineswegs pflegeleichten Geschäftsleitung und den aufbegehrenden Aktionären – oder gar im Insolvenzfall den auf Schadenersatz klagenden Gläubigern.

### 1. Einzelwahl<sup>74</sup>

Die Einführung der *Einzelwahl* ist eine *Selbstverständlichkeit*; sie ist bereits seit mehreren Jahren in den Publikumsgesellschaften Usanz. Der Gesetzesvorschlag rennt offene Türen ein. Etwas ganz Anderes ist der Vorschlag einer *zwingenden einjährigen* Amtsperiode; dies ist ein Vorschlag, den ich ablehne. Darauf ist zurückzukommen<sup>75</sup>.

### 2. Organisation der Geschäftsleitung<sup>76</sup>

Die Pflicht für die Verwaltungsräte – übrigens alle, nicht nur jene in grossen Gesellschaften – wird schärfer hervorgehoben, die *innere Organisation für die Geschäftsführung* ausdrücklich und spezifisch festzulegen<sup>77</sup>. Eigentlich ergibt sich das schon aus den bisherigen Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 716b Abs. 2. Dieser Vorschlag entspricht einem zentralen Anliegen des Expertenberichts vom 30. September 2003 und ist zu begrüßen.

### 3. Genehmigungsvorbehalt<sup>78</sup>

Eine für die Praxis wichtige Bestimmung ist im Zusatz zu erblicken, dass das Organisationsreglement alle jene *wichtigen Geschäfte* bezeichnen muss, die der Genehmigung des Verwaltungsrates bedürfen (sog. «*Vorbehaltsgeschäfte*»)<sup>79</sup>. Die Oberleitung, die dem Verwaltungsrat unübertragbar zusteht – ein reichlich abstrakter Begriff –, erhält damit ein konkreteres Profil. Dieser Vorschlag entspricht

---

<sup>74</sup> Art. 710 Abs. 1 VE-OR 2005; *Begleitbericht 2005*, 82, Ziff. 3.1.41.

<sup>75</sup> Hiernach III/D/1.

<sup>76</sup> Art. 716b VE-OR 2005, *Begleitbericht 2005*, 83, Ziff. 3.1.42.

<sup>77</sup> Und gegebenenfalls die *Ausschüsse*.

<sup>78</sup> Art. 716b VE-OR 2005, *Begleitbericht 2005*, 83, Ziff. 3.1.42.

<sup>79</sup> Art. 716b Abs. 2 Ziff. 4 VE-OR 2005.

einem zentralen Anliegen des Expertenberichts vom 30. September 2003 und ist zu begrüßen.

#### 4. Verschärfte Insolvenzanzeige<sup>80</sup>

Heiss umstritten ist bekanntlich die Frage, ob der von den Aktionären gewählte Verwaltungsrat nach Eintritt der *Überschuldung* eine neue Legitimation durch das Gericht – welches für die jetzt überwiegend am Geschehen interessierten Gläubiger zu handeln hat – benötigt oder munter weiter wirtschaften darf. *Peter Forstmoser* sagt bekanntlich Ja<sup>81</sup>, der *Verfasser* sagt dagegen Nein<sup>82</sup> – jedenfalls Nein, wenn die bundesgerichtliche Toleranzfrist von vier bis sechs Wochen entweder bereits überschritten oder nicht anwendbar ist.

Der Vorentwurf bringt nun eine geradezu *ultrastrikte Lösung*, die ich *insoweit* ablehne. Dabei enthält er aber andererseits zu Recht eine Reihe von Entscheidungen, die grundsätzlich alle auf der Linie des von mir unterstützten Verbotes des «*wrongful trading*» liegen (d.h. den Verwaltungsrat möglichst frühzeitig zum entschlossenen Handeln bringen wollen). Der frühere Vorschlag des *Vorentwurfs RRG* von 1998<sup>83</sup> (man hatte die «*Alarmglocke*» für die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung bei fortschreitendem Zerfall des Eigenkapitals zu Unrecht *noch später* als nach dem geltenden Recht erklingen lassen wollen) war klar kontraproduktiv. Er wurde zu Recht fallen gelassen<sup>84</sup>.

Mit gutem Grund wird – zusätzlich zur Überschuldung – auch die *Zahlungsunfähigkeit* als Auslöser der Insolvenzanzeige angeführt<sup>85</sup>, und neu muss zu Recht der Verwaltungsrat bei absehbarer Überschuldung eine *Zwischenbilanz* «*unverzüglich*» erstellen (und zwar stets sowohl zu Fortführungs- wie auch zu Liquidationswerten). Bemerkenswert ist, dass klargestellt wird, *Rangrücktritte* würden nur zählen, wenn sie nebst dem einfachen Zurücktreten im Rang hinter

---

<sup>80</sup> Art. 725, 725a, 728c und 729c VE-OR 2005; *Begleitbericht 2005*, 84 f., Ziff. 3.1.43.

<sup>81</sup> *Peter Forstmoser* (2005) 263 ff.

<sup>82</sup> Vgl. die in Vorbereitung befindliche Publikation des *Verfassers* «*Überschuldung: Erfordernis einer neuen Legitimation für den Verwaltungsrat*».

<sup>83</sup> *VE-RRG* 1998, Art. 62 ff.

<sup>84</sup> Art. 725 Abs. 1 VE-OR 2005. – Allerdings bewirkt die vorgeschlagene Streichung der gesetzlichen Reserve für eigene Aktien (vorn II/A/8), dass beim Bestehen einer solchen Reserve die «*Alarmglocke*» etwas später ausgelöst wird. Weil das neue Verbuchungssystem des Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. d VE-OR 2005 die eigenen Aktien *nicht mehr aktiviert*, wirkt sich zudem ein Wertzerfall eigener Aktien – bei einer Annäherung an den Zustand «*Eigenkapital Null*» eine sachlogische Notwendigkeit – nicht mehr im Aufwand und damit nicht mehr als Schrumpfung des Eigenkapitals aus.

<sup>85</sup> Art. 725 Abs. 3 VE-OR 2005. – Diese Neuerung bringt freilich in der Praxis nur selten etwas.



die anderen Gläubiger auch effektiv die *Kapital- und die Zinsforderungen stunden*<sup>86</sup>.

Der Vorentwurf weist nach Eintritt der Überschuldung – in pikanter Gegenbewegung gegenüber einem bestimmten Trend in der jüngsten Diskussion<sup>87</sup> – die entscheidende Weichenstellung sofort dem *Gericht* zu. Bei Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit soll der Verwaltungsrat das Gericht **unverzüglich** benachrichtigen<sup>88</sup>. Das bedeutet: Für den Fall, dass ein Sanierungsplan pfannenfertig, aber noch nicht allseits unterzeichnet vorliegt, würde nicht nur die von einem Teil der Lehre befürwortete (und vom Unterzeichneten abgelehnte) «*lange Toleranzfrist*» (von bis zu einem Jahr und mehr<sup>89</sup>) wegfallen, *sondern sogar auch die von der Bundesgerichtspraxis*<sup>90</sup> entwickelte «*kurze Toleranzfrist*» von 4 bis 6 Wochen.

**ANREGUNG:** Die «kurze Toleranzfrist» der Bundesgerichtspraxis sollte ins Gesetz aufgenommen werden. Das ist *keine* Konkursverschleppung, die den Gläubigern schadet<sup>91</sup>.

## 5. Aufwertung von Aktiven

Die offenbar einzige Neuerung des Vorentwurfs, die eher in der Gegenrichtung wirkt (d.h. in der Richtung einer gewissen Toleranz), ist die Erlaubnis für den Verwaltungsrat, während der Kapitalverlustphase in der *Zwischenbilanz* eine *Aufwertung* vorzunehmen. Voraussetzung ist, dass die Veräusserungswerte *höher* liegen als die Buchwerte und die Veräusserung der entsprechenden Vermögenswerte innerhalb der *folgenden zwölf Monate* beabsichtigt und voraussichtlich möglich

---

<sup>86</sup> Art. 725 Abs. 6 VE-OR 2005. – Eine weitere Klarstellung: die Bilanz zu Fortführungswerten ist massgebend («*Zwischenbilanz*»). *Begleitbericht 2005*, 85, stellt zudem klar, dass die *Verrechnung* mit einer subordinierten Forderung zu Gunsten des Gläubigers und zu Lasten des Schuldners ebenfalls ausgeschlossen ist.

<sup>87</sup> Vgl. *Peter Forstmoser* (2005) 263 ff.

<sup>88</sup> *Begleitbericht 2005*, 84, Ziff. 3.1.43.

<sup>89</sup> Vgl. *Peter Forstmoser* (2005) 280 f.

<sup>90</sup> Vgl. BGE 108 V 183, 188; 116 II 533, 541; 125 III 86, 127 IV 110, 128 III 180; Urteil des Bundesgerichts 4C. 366/2000 vom 19. Juni 2001.

<sup>91</sup> Vor allem den Neugläubigern – *Begleitbericht 2005*, 84/85, Ziff. 3.1.43.

ist<sup>92</sup>. Diese Regelung soll die bisherigen unseligen Bestimmungen über die «Aufwertung» (Art. 670 und Art. 671b OR) ersetzen<sup>93</sup>.

**ANREGUNG:** Entgegen der Kritik, die zu hören ist, erscheint diese Regelung als sinnvoll. Sie kann aber in den Einzelheiten noch überarbeitet werden.

## E. Corporate Governance

### 1. Offenlegung der Spitzenbezüge und der Organkredite

Seit ein paar Jahren, d.h. seit den Verlautbarungen über die zuerst die 10-Millionengrenze und wenig später rasch die 20-Millionengrenze überschreitenden Bezüge von *Spitzenkräften* schweizerischer Publikumsgesellschaften liegt der politische Druck im Gebiet der Corporate Governance eindeutig auf der *Transparenz für Topmanager-Entschädigungen*. Vor allem die Bekanntgaben der in die Hundert-Millionen-Kategorie fallenden Pensionsausstattungen für zwei ABB-Spitzenleute im Jahre 2002 haben den Topf zum Überkochen gebracht. Schon der Unterzeichnete, mit der Expertengruppe «*Corporate Governance*», hatte dazu ja im Eilzugtempo im März 2003 einen Zwischenbericht mit einem ausformulierten Vorschlag abliefern müssen. Das daraus abgeleitete Gesetz<sup>94</sup> – prioritär durchgezogen – ist bekanntlich bereits am 7. Oktober 2005 verabschiedet worden<sup>95</sup>, die Referendumsfrist ist unbenutzt abgelaufen, und es tritt auf 1. Januar 2007 in Kraft.

***Die Transparenz der Spitzenbezüge ist sinnvoll und notwendig, entgegen manchem Aufschrei.*** Die entscheidende Drehung der Lohnspirale in den grössten Schweizer Publikumsgesellschaften (der Anstieg der Spitzengesamtvergütungen aus der Grössenordnung von ca. 1 bis 2,5 Millionen Franken bis auf das Niveau, zu

---

<sup>92</sup> Art. 725 Abs. 3 Satz 2 VE-OR 2005. – *Begleitbericht 2005*, 84, Ziff. 3.1.43, stellt fest, dass dies der heutigen Praxis entspricht.

<sup>93</sup> Dabei ist im Auge zu behalten, dass die *Höherbewertung in der Zwischenbilanz* vom zugelassenen Revisor (bzw. in grösseren Gesellschaften vom Revisionsexperten) zu prüfen ist.

<sup>94</sup> Bundesgesetz vom 7. Oktober 2005 zur Änderung des Obligationenrechts (Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung), BBl 2005, 5963 ff. – Art. 663b<sup>bis</sup> OR.

<sup>95</sup> *Botschaft des Bundesrates* vom 23. Juni 2004 zur Änderung des Obligationenrechts (Transparenz betreffend Vergütung an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung, BBl 2004, 4471 ff. Dazu *Expertenbericht Corporate Governance* (2004) 95 ff. und 174 ff.

Verkehrswerten, von 25 Millionen Franken im Bereich von Pharma und Investment Banking) hatte nachweislich noch in der Zeit der *zugezogenen Vorhänge* stattgefunden. Das geschah – unter US-amerikanischem Einfluss – in den fünf Jahren zwischen 1996 und 2001, noch *vor* der ersten Transparenz-Regelung der Schweizer Börse (die erstmals im Jahre 2003 für das Geschäftsjahr 2002 zur Anwendung kam)<sup>96</sup>. Dem Gesetzgeber vorzuwerfen, er beschleunige mit dem neuen Gesetz vom 7. Oktober 2005 die Spirale der Spitzenentschädigungen, widerspricht jeder Evidenz – und übrigens auch der Behauptung der Interessierten selbst, die hohen Spitzenlöhne seien das Ergebnis der Kräfte auf dem internationalen Markt für Topmanager. Sodann wäre es naiv zu glauben, eine Geheimhaltung der Spitzenbezüge gegenüber den Aktionären würde die Manager selbst davon abhalten, sich genaueste Kenntnis über die Salärstruktur und Grössenordnungen auf den Chefetagen ihrer Konkurrenten zu verschaffen. Die Theorie von einer die Lohnspirale hemmenden Wirkung einer Geheimhaltung von Spitzenbezügen ist ein *Märchen*.

Da fortan auch der *wirkliche Wert der Optionszuteilungen*<sup>97</sup>, die Organkredite<sup>98</sup> sowie die Aufwendungen, welche Ansprüche auf Vorsorgeleistungen begründen<sup>99</sup>, und andere Vergütungen<sup>100</sup> offen zu legen sind, bringt das Transparenzgesetz vom 7. Oktober 2005 – das nichts anderes als einen aus politischen Gründen vorgezogenen Teil der jetzt in die Vernehmlassung gegebenen Gesetzesrevision darstellt – einen Schritt nach vorn.

## 2. Interessenkonflikte <sup>101</sup>

Der im Vorentwurf vorgeschlagene Artikel 717a ist zu begrüßen. Er entspricht weitgehend der Anregung der *Expertengruppe Corporate Governance*<sup>102</sup>. Diese Konkretisierung der Treuepflicht entspricht zwar im Wesentlichen dem, was *gut geführte* Gesellschaften in der Praxis heute schon tun.

Was aber noch keineswegs zu den Landesbräuchen gehört, ist die *spontane Offenlegung von Interessenkonflikten* innerhalb des Verwaltungsrates. Da

---

<sup>96</sup> *SWX-Richtlinie* betreffend Informationen zur Corporate Governance vom 17. April 2002, in Kraft seit 1. Juli 2002, Anhang Ziff. 5.

<sup>97</sup> Art. 663b<sup>bis</sup> Abs. 2 Ziff. 4 OR 2005.

<sup>98</sup> A.a.O. Abs. 3, Abs. 4 und Abs. 5.

<sup>99</sup> A.a.O. Abs. 2 Ziff. 8.

<sup>100</sup> A.a.O. Abs. 2: Sachleistungen, Bürgschaften, Verzicht auf Forderungen etc.

<sup>101</sup> Vgl. *Expertenbericht Corporate Governance* (2004) 208/09.

<sup>102</sup> A.a.O. (2004) 85/86 und 208/09.

herrschen seltsame Bräuche, nach wie vor, in den Schweizer Verwaltungsräten. Das Gesetz schafft Abhilfe. Wer sich z.B. als Verwaltungsrat *intern* gegenüber einem Mandanten zur Wahrung von dessen Interessen verpflichtet hat, hat dies künftig seinen Verwaltungsratskollegen ohne Verzug offenzulegen<sup>103</sup> – soweit solche unwürdigen Strippenzieher-Arrangements mit den zwingenden Vorschriften des Aktienrechts überhaupt vereinbar sind<sup>104</sup>.

### 3. Corporate Governance im engeren Sinne

Abgesehen von dem schon am 7. Oktober 2005 beschlossenen Gesetz über die Transparenz bei den Spitzenvergütungen (Art. 663b<sup>bis</sup> OR) können **nur wenige Vorschläge** des Vorentwurfs der *Corporate Governance im engeren Sinne* zugerechnet werden. Einesteils ist dies durchaus zweckmässig, weil es da ja in erster Linie um einen Gegenstand der *Selbstregulierung* geht<sup>105</sup>. Andererseits ist zu bedauern, dass die Vorschläge der Expertengruppe Corporate Governance vom 30. September 2003, welche die **Gestaltungsverantwortung der Verwaltungsräte** auch im Bereich der grösseren *nicht kotierten* Aktiengesellschaft besser ins Profil setzen wollten<sup>106</sup>, im Eidg. Justiz- und Polizeidepartement auf Ablehnung gestossen sind<sup>107</sup>. Ich betrachte das als grosse Schwachstelle der Vorlage, doch ist vorauszusehen, dass dieser Punkt erst wieder in der parlamentarischen Beratung aufkommen wird.

## F. Interne Kontrolle und Revisionsstelle

Die Vorschläge der Vernehmlassungsvorlage vom 2. Dezember 2005 sind selbstverständlich im Lichte der grossen «*Revision des Revisionsrechts*» zu sehen, die schon am 16. Dezember 2005 verabschiedet worden ist.

---

<sup>103</sup> Gegen jede solche Offenlegungspflicht *Georg Krneta* (2005) N. 191 und auch *Rolf Watter*, (2002) Art. 716a N. 3.

<sup>104</sup> Kritisch zum «ferngesteuerten» Verwaltungsrat *Peter Böckli* (2004) § 13 N. 623 ff.; anders u.a. *Georg Krneta* (2005) N. 159 ff., N. 182 und N. 195.

<sup>105</sup> Vgl. dazu *Peter Böckli* (2004) § 14 N. 258, N. 312, 315 und N. 321 ff.

<sup>106</sup> *Expertenbericht Corporate Governance* (2004) 71 ff.

<sup>107</sup> Hiernach III/E.

## 1. Interne Kontrolle und Risikobeurteilung im Pflichtenheft des Verwaltungsrates<sup>108</sup>

Die im Zuge der GmbH-Revision beschlossene Neuregelung des Revisionsrechts bringt eine *zusätzliche Pflicht* der externen Prüfer: sie müssen sich bei der ordentlichen Revision im Revisionsbericht über das Bestehen eines «*internen Kontrollsystems*» äussern<sup>109</sup>. Dies gilt nicht nur für Publikumsgesellschaften, sondern auch schon für «mittlere KMU», d.h. alle privaten Aktiengesellschaften oberhalb der nun so bedeutsamen Schwelle «10-20-50»<sup>110</sup>. Der Anhang *aller* Aktiengesellschaften (auch aller «kleinen» KMU, die keine Revisionsstelle haben) muss neu «*Angaben über die Durchführung einer Risikobeurteilung*» enthalten<sup>111</sup>. Dies ist zu begrüssen, und es ist auch richtig, dass im Katalog der Kernaufgaben des Verwaltungsrates (Art. 716a Abs. 1) neu der Punkt «*interne Kontrolle*»<sup>112</sup> ausdrücklich erwähnt wird<sup>113</sup>.

**ANREGUNG:** Kleine Aktiengesellschaften – die Schwelle bleibt zu definieren – sollten von bestimmten Pflichten freigestellt werden.

## 2. Subsidiäre Pflicht der Revisionsstelle zur Insolvenzanzeige<sup>114</sup>

In der Wirtschaftsprüferbranche gibt es beharrliche Bestrebungen, die subsidiäre Pflicht der externen Revisoren zur Insolvenzanzeige bei «*offensichtlicher Überschuldung*» – eine Neuerung der Gesetzesrevision von 1991 – wieder

---

<sup>108</sup> Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 VE-OR 2005.

<sup>109</sup> Art. 728a Abs. 1 Ziff. 3 OR 2005. – Der Entwurf in *Botschaft 2004*, 4023, Ziff. 2.1.3.2.1, und der damalige Wortlaut («ob ... ein funktionierendes internes Kontrollsystem existiert und eine Risikobeurteilung vorgenommen wurde») des Entwurfsartikels 728a Abs. 1 Ziff. 4 und 5 waren viel weiter gegangen. Zu dem Thema gibt es stark einschränkende Voten im Parlament, vor allem auch von Justizminister Christoph Blocher in *Amtl. Bull. SR* (2005) 987/88 – Vgl. auch *Christian Stiefel* (2006) 29, der den Revisionslüssen der Wirtschaftsprüfer eine Schranke setzen möchte. Allerdings übersieht *Christian Stiefel*, dass die Revisionsstelle gemäss Art. 728b OR 2005 dem Verwaltungsrat einen «*umfassenden*» Bericht - abzugeben hat. Gehören dazu nicht gleichfalls «*umfassende*» Feststellungen über «... *das interne Kontrollsystem*»?

<sup>110</sup> Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR 2005.

<sup>111</sup> Art. 663b Ziff. 12 OR 2005.

<sup>112</sup> Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 VE-OR 2005 (anstatt wie bisher «*Finanzkontrolle*»); im Begleitbericht 2005, 83, findet sich ein Druckfehler («Finanzplatz» statt «Finanzkontrolle»).

<sup>113</sup> Für kleine Gesellschaften braucht es hinsichtlich der *internen Kontrolle* keine Ausnahme, weil in engen Verhältnissen die Verwaltungsräte die interne Kontrolle selbst wahrnehmen oder diese Verantwortung einem Mitglied im Sinne von Art. 716a Abs. 3 zur Vorbereitung und Überwachung zuweisen können.

<sup>114</sup> Art. 728c Abs. 3 und Art. 729c Bst. c VE-OR 2005; *Begleitbericht 2005*, 84/85, Ziff. 3.1.43.

abzuschaffen<sup>115</sup>. Nachdem der Gesetzgeber diesen Bestrebungen schon bei der Verabschiedung der neuen Regelung für die Revisionspflicht am 16. Dezember 2005 zu Recht widerstanden hat<sup>116</sup>, kommt in der Vorlage eine Präzisierung, dass die Revisionsstelle das Gericht neu auch bei *Zahlungsunfähigkeit* zu benachrichtigen hat. Und wenn die Insolvenz offensichtlich, der Verwaltungsrat aber hartnäckig säumig ist, muss die Revisionsstelle auf jeden Fall sogar «*unverzüglich*» handeln<sup>117</sup>. Das ist zu begrüßen.

### 3. Organstellung der Konzernprüfer

Durch den Ersatz der 1991 ins Gesetz geschriebenen Regelung über die Konzernprüfer durch das neue «Revisionsrecht» vom 16. Dezember 2005 sind die *Wahl* und die *Stellung* des Konzernprüfers als Organ der Konzernobergesellschaft nicht mehr klar.

**ANREGUNG:** Diese Punkte sind im Gesetz zu präzisieren.

## G. Rechnungslegung

Und nun einige Bemerkungen zu dem Spezialgebiet der *Rechnungslegung*, wozu am Schluss noch drei Punkte der Kritik vorzutragen sind. Drei Dinge seien belobigend hervorgehoben:

### 1. Methodische Weichenstellung des Vorentwurfs: Dualismus

Die Idee ist die, dass der krampfhafteste Versuch des Vorentwurfs zu einem RRG von 1998 endgültig aufgegeben wird, der Versuch nämlich, ein *einheitliches* Rechnungslegungsrecht zu schaffen, das zugleich als Grundlage für die Bemessung der Gewinnsteuer dienen kann («*Massgeblichkeitsprinzip*») und die «*true and fair view*» der modernen, angelsächsisch geprägten internationalen Rechnungsle-

---

<sup>115</sup> Illustrativ *Rico A. Camponovo* (2004) 543 ff.

<sup>116</sup> Art. 728c Abs. 3 OR in der Fassung des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005: Pflicht zur Insolvenzanzeige, wenn der Verwaltungsrat, der ja in erster Linie zum Handeln verpflichtet ist, dies unterlässt.

<sup>117</sup> Art. 729c OR in der Fassung des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005. Die identische Bestimmung findet sich in Art. 728c Abs. 3 unter der Überschrift «Anzeigepflichten». Eine derartige Redundanz wird in der Schweizer Gesetzestechnik sonst stets vermieden.

gungsstandards<sup>118</sup> zu verwirklichen trachtet. Der neue Vorschlag ist demgegenüber folgerichtig *dualistisch*:

- (i) für die *Mechanismen der Aktiengesellschaft* (und übrigens auch der andern Kapitalgesellschaften, vor allem der GmbH in ihrem neu geschneiderten Kleid<sup>119</sup>) soll das neue Rechnungslegungsrecht des OR gelten. Dieses wird herausgelöst aus dem bisherigen Zwangsaufenthaltort in der Mitte des Aktienrechts und zweckmässigerweise am Schluss in den Art. 958 ff. mit der Buchführung zusammengefasst<sup>120</sup>;
- (ii) für die Zwecke der *Führung*, der Orientierung der *Aktionäre* und der *Information Dritter* dient in grösseren Gesellschaften fortan ein zusätzlicher Abschluss, der nach einem sog. «*privaten Regelwerk*» – gemeint sind im Klartext die keineswegs im üblichen Wortsinn «*privaten*» Regelwerke der *IFRS*<sup>121</sup>, *US GAAP* oder *Swiss GAAP FER*<sup>122</sup> – zu erstellen ist.

Praktisch bedeutet die neue Regelung, dass fast alle mittleren und grösseren privaten Aktiengesellschaften eine solche zweite Jahresrechnung (den «*Abschluss nach privatem Regelwerk*») werden erstellen müssen<sup>123</sup>. Denn schon relativ kleine Gesellschaften, ja sogar viele KMU im Bereich der «eingeschränkten Revision» (d.h. unterhalb der Schwelle 10-20-50) sind heute als *kleine Konzerne* organisiert. Sie fallen damit automatisch unter die neue Pflicht zum «*zweiten Abschluss nach privatem Regelwerk*». Dieser Vorschlag ist zu begrüessen.

## 2. Abstufung der Anforderungen für die OR-Rechnungslegung nach Unternehmensgrösse <sup>124</sup>

Unternehmen, welche die Schwelle zur «*ordentlichen*» Revision überschreiten – es ist die künftig so bedeutungsvolle Zahlenreihe «*10-20-50*» –, gelten immer noch als KMU in einem *weiteren Sinne* (nämlich der Definition des Fusionsgesetzes von 2003, 20–40–200). Sie gelten aber nicht mehr als KMU im engeren Sinne des Vorentwurfs. Sie, sowie alle konsolidierungspflichtigen Gesellschaften,

---

<sup>118</sup> Vgl. die Übersicht über die angloamerikanische Methodik der *IFRS/IAS* bei *Peter Böckli* (2004) § 10 N. 1 ff.

<sup>119</sup> Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005.

<sup>120</sup> *Begleitbericht 2005*, 99 ff., Ziff. 3.10.2.

<sup>121</sup> Vgl. zu den *IFRS/IAS* die Publikation des *Verfassers* (2005).

<sup>122</sup> Art. 962a VE-OR 2005; *Begleitbericht 2005*, 112, Ziff. 3.10.10.

<sup>123</sup> Wohl in Fällen nicht kotierter Gesellschaften nach *Swiss GAAP FER*.

<sup>124</sup> Art. 961 ff. VE-OR 2005; *Begleitbericht 2005*, 107 ff., Ziff. 3.10.9.

unterstehen im Bereich der Rechnungslegung einer ganzen Anzahl zusätzlicher gesetzlicher Anforderungen. Diese sind im Vorentwurf durchaus zweckmässig ausgewählt. Es geht um zusätzliche Angaben im Anhang, darunter (i) die *langfristigen verzinslichen Verbindlichkeiten*, (ii) die *Gesamtbezüge* des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans, also des Verwaltungsrates, und (iii) die *Honorare der Revisionsstelle*, aufgeschlüsselt nach Revisions- und Nichtrevisionshonoraren<sup>125</sup>. Dazu kommen neu und zu Recht (iv) die *Geldflussrechnung* und (v) ein *Lagebericht*, der übrigens wesentlich aussagekräftiger sein soll als der heutige, kümmerliche «Jahresbericht»<sup>126</sup>.

### 3. Unzählige Einzelverbesserungen zur OR-Rechnungslegung<sup>127</sup>

Der Vorentwurf bringt – von mehreren noch zu erörternden Kritikpunkten abgesehen – eine umfassende *Aufdatierung* der überholten OR-Rechnungslegung von 1936/91. Unzählige Postulate werden erfüllt. Auch ist der Vorentwurf (im Unterschied zu seinem Vorgänger, dem RRG von 1998) nicht in die Falle der *Gliederungsschemen* der EG-Richtlinien getreten<sup>128</sup>.

Mit den noch zu erläuternden Vorbehalten ist es insgesamt ein *guter Wurf*.

## III. KRITIK

Die Vernehmlassungsvorlage enthält neben den unzähligen Verbesserungen eine Anzahl von *problematischen* und teilweise auch noch unausgereiften Vorschlägen.

---

<sup>125</sup> Art. 961 Abs. 2 Ziff. 4 VE-OR 2005.

<sup>126</sup> Art. 663d OR 1991. – Vgl. zum «Lagebericht»: *Expertenbericht Corporate Governance* (2004) 181/82.

<sup>127</sup> Art. 958 ff. VE-OR 2005; *Begleitbericht 2005*, 99 ff., Ziff. 3.10.

<sup>128</sup> Vierte (1978) und Siebente (1983) EG-Richtlinie.



## A. Kapital und Aktien

### 1. Abschaffung der Inhaberaktien<sup>129</sup>

Die anglo-amerikanische Welt betrachtet – seit sehr, sehr langer Zeit übrigens<sup>130</sup> – die Inhaberaktien als ein Werkzeug des leibhaftigen Teufels. Die Ablehnung der Angelsachsen kommt aus tiefster Seele heraus: Wenn sie hören «*bearer shares*», denken sie «*crime and money-laundering*». Diese Haltung hat drängenden Ausdruck gefunden in der der Schweiz ultimativ eröffneten Aufforderung der Anti-Geldwäscherei-Instanz «GAFI»<sup>131</sup>, die Inhaberaktien seien zu verbieten<sup>132</sup>.

Aus *interner Sicht* freilich sieht die Lage etwas anders aus. Es gibt keinen Beleg dafür, dass jene, die eine Schweizer Aktiengesellschaft zu Zwecken der Geldwäscherei missbrauchen wollen, dies mit dem Instrument der blanko indossierten Namenaktie nicht ebenfalls können. Die Meinung, das *Aktienbuch* würde in einer zu illegalen Zwecken eingesetzten Aktiengesellschaft die wirtschaftlich Berechtigten aufzeigen, ist ziemlich naiv.

*Andere Gründe* zur Abschaffung der Inhaberaktie scheint es nicht zu geben – andere nämlich als den *Horror der Angelsachsen vor den «bearer shares»* und den *Kampf wider die Steuerunehrlichkeit*. Wir haben heute in der Schweiz ein liberales Aktienrecht und sollten die Wahlmöglichkeiten der Aktionäre nicht enger machen. Zudem ist die angelsächsische Position doppelzünftig: dort will man an der Rechtskonstruktion des «*trust*» natürlich festhalten. *Der «trust» aber bietet ungeahnte Möglichkeiten zur Verbergung der wirtschaftlichen Rechtsträger, gegenüber denen sich die gute alte Aktiengesellschaft mit Inhaberaktien darbietet wie ein Kinderspielzeug aus dem Jahre 1895.*

Die ganze *GAFI*-Argumentation überzeugt nicht. Sowohl in einer Aktiengesellschaft mit Namenaktien (durch das Aktienbuch) wie mit Inhaberaktien (durch

---

<sup>129</sup> Art. 622 Abs. 1 (neue Fassung) VE-OR 2005; *Begleitbericht 2005*, 26 ff., Ziff. 2.3.5.

<sup>130</sup> Der Verfasser hörte harte Urteile über die europäische Institution der «*bearer shares*» häufig schon in den Jahren 1963/64 in New York, in der «*law firm*» *White & Case*, wo er tätig war.

<sup>131</sup> «*Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux*» (*GAFI*), besser bekannt unter ihrem englischen Kürzel *FATF*, sowie OECD.

<sup>132</sup> In *Frankreich* wurden die echten Inhaberaktien übrigens schon vor einiger Zeit abgeschafft, aber vor allem aus fiskalischen Gründen. Doch hat dort noch niemand zu behaupten gewagt, dadurch sei die Steuerehrlichkeit der 50 Millionen Asterix- und Obelixnachfahren wesentlich verbessert worden. Loi du 15 mai 2001; Art. 228-1 und Art. 228-3-1 C.Com. Vgl. *Philippe Merle* (2005) N° 286.

die jährliche Generalversammlung<sup>133</sup>) kann man das Gleiche herausfinden: die Identität der Personen, welche gegenüber der Gesellschaft für sich die Rolle des Aktionärs beanspruchen. Was man aber nicht feststellen kann, ist die Person des wirtschaftlich Berechtigten.

**ANREGUNG:** Von der Abschaffung der Inhaberaktien ist abzusehen.

## 2. Dispoaktien <sup>134</sup>

Ein zweiter *hochkritischer Mangel* der Vorlage betrifft die *Dispoaktien*<sup>135</sup>. Die Vernehmlassungsvorlage geht schlicht über die zahlreichen Probleme hinweg, die da – mit der Tendenz «*zunehmend*» – in den letzten Jahren aufgetreten sind. Es sind bereits Fälle in Publikumsgesellschaften bekannt geworden, in denen der Anteil der Dispoaktien, d.h. der nicht im Aktienbuch eingetragenen Namenaktien, 50 % oder 60 % erreicht hat. Und 20 % bis 40 % ist heute eine für grosse Schweizer Publikumsgesellschaften typische Bandbreite.

a) *Dispoaktien sind, es ist zu betonen, ein bösartiger Auswuchs des Aktienrechts von 1991.* Zu Unrecht wird das Problem verharmlost. Effektiv sind Dispoaktien das Äquivalent von **unverbrieften Inhaber-Partizipationsscheinen**<sup>136</sup>. Es ist ein zusätzlicher Widerspruch, dass der Vorentwurf die Inhaberaktien abschaffen, diese unverbrieften Inhaber-Partizipationsscheine aber uneingeschränkt beibehalten will. Genau das nun, was das an sich recht aufwändige System «*Namenaktien/Aktienbuch*» der Gesellschaft verschaffen sollte – eine Übersicht über die Eigentumsver-

---

<sup>133</sup> Es ist nicht möglich, eine rechtmässige Generalversammlung einer Aktiengesellschaft mit *Inhaberaktien* abzuhalten, ohne dass die *Identität* der Person oder Personen, die für sich die Aktionärsrechte in Anspruch nehmen und die massgeblichen Stimmen abgeben wollen, vom Vorsitzenden angegeben und vom Verwaltungsrat festgehalten wird. Und eine Gesellschaft, die nicht jährlich die ordentliche Generalversammlung (mit anschliessender Abgabe des Formulars 103 an die Eidg. Steuerverwaltung zwecks Deklaration zur Verrechnungssteuer) abhält, kommt rasch in das Räderwerk des Verwaltungsstrafrechts. – Die These schliesslich – aufgebracht von *Matthias Leuenberger* (1996) –, der Inhaberaktionär könne seine Rechte auch *ohne* Identifikation gegenüber der Gesellschaft ausüben, gibt nicht den Rechtszustand in der Schweiz wieder. *Matthias Leuenberger* hat übersehen, dass es im Aktienrecht keine echt anonyme Ausübung der Aktionärsrechte geben kann: der Aktionär, einmal zur Rechtsausübung als identifizierbare menschliche Person legitimiert, tritt gegenüber der Gesellschaft als *Person* auf. Vgl. dazu die Widerlegung der These von *Matthias Leuenberger* bei *Peter Böckli* (2004) § 12 N. 127 ff.

<sup>134</sup> *Begleitbericht 2005*, 18 ff., Ziff. 2.2.6.

<sup>135</sup> Ebenso *Karl Hofstetter* (2006) 33.

<sup>136</sup> Mit dem zusätzlichen latent vorhandenen Recht, sich zu irgendeinem späteren, selbst gewählten Zeitpunkt als Aktionär ins Aktienbuch eintragen zu lassen.

hältnisse und deren Veränderung, sowie eine Möglichkeit direkten Kontakts mit den Aktionären – geht durch die Dispoaktien verloren. Dies im Gegensatz zum «*Nominee*»-System der angelsächsischen Welt, wo ein Kontakt über den berufsmässig tätigen Nominee indirekt durchaus möglich ist.

Ein Dispobestand, der die kritische Schwelle eines normalen «*floats*» von etwa 5 % bis 10 % übersteigt, und der schliesslich ungehemmt in die Grössenordnung von 50 % aller Stimmrechte geht, macht unsere Schweizer Grossgesellschaften im internationalen Unternehmenskontrollmarkt *unnötig verwundbar* und setzt sie mehr als ihre ausländischen Konkurrenten dem Spiel von Angreifern aus. Ein funktionierender Markt der Unternehmenskontrolle ist gut<sup>137</sup>, aber gerade die Dispoaktie widerspricht den Hauptprinzipien der *Transparenz* und des *ebenen Spielfeldes*, die einen solchen Markt kennzeichnen sollten.

Die Dispoaktien haben den nicht zu rechtfertigenden Effekt, die relative Stimmenmacht der eingetragenen «*Aktionäre mit Stimmrecht*»<sup>138</sup> automatisch zu steigern. Das wirkt sich für einen Übernehmer aus wie Stimmrechtsaktien, ohne dass die zahlreichen gesetzlichen Kautelen für eine solche Aktienkategorie eingehalten würden. Gibt es in einem Beispiel 50 % Dispoaktien, so erwirbt der Aufkäufer um den Preis *einer* Aktie das Stimmrecht von *zwei*. Er erhält schon mit 25 % erworbenen Aktien 50 % der gesamten Stimmenmacht und damit die Beherrschung der Gesellschaft. Die Dispoaktie führt – im internationalen Vergleich einseitig zu Lasten des Wirtschaftsplatzes Schweiz – nicht nur zu *Intransparenz*, sondern zu einer *Instabilität* der grossen Publikumsgesellschaften mit Sitz in der Schweiz.

***Die Dispoaktie steht zum ganzen Konzept der Namenaktie im unversöhnlichen Widerspruch.*** Nach dem System, das heute im Gesetz verankert ist, hätte der Dispoaktionär eigentlich *kein Recht* auf die Dividende. Darin liegt ja gerade der Kernunterschied zwischen der Inhaber- und der Namenaktie, dass die erste ohne jeden Eintrag Anspruch auf die Ausschüttung gibt, die zweite aber alle Rechte aus der Aktie immer nur einer Person zur Ausübung verschafft, die sich im Aktienbuch hat eintragen lassen<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> Und die Schweiz hat da in den letzten 10 Jahren sehr grosse Fortschritte gemacht, vgl. *Peter Böckli* (2004) § 7 N. 136 ff.

<sup>138</sup> Art. 685d/f OR 1991.

<sup>139</sup> Falls keine Couponsbogen ausgegeben wurden (und das ist heute nicht mehr Usanz) – Vgl. *Peter Böckli* (2004) § 4 N. 101; § 6 N. 155 ff. und N. 320 ff.

- b) *Leider ist Abhilfe nicht ganz einfach.* Die von *Hans Caspar von der Crone* entwickelte Lösung<sup>140</sup> ist wohl zu komplex<sup>141</sup>.

Nun trifft jedoch nicht zu, was der Begleitbericht behauptet<sup>142</sup>, nämlich dass die Beschränkung der Dividendenauszahlung auf die Personen, die sich im *Aktienbuch* haben eintragen lassen, den Gepflogenheiten des *internationalen Kapitalmarkts* widersprechen. In den bekannten ausländischen Rechtssystemen kann die Dividende nur beanspruchen, wer als Aktionär im Aktienregister oder einem zentralen Register eingetragen ist.

Was *notwendig* ist, ist eine *konsequente Reform* in sechs Punkten:

- (i) eine *klare und frühzeitige Information* des Kapitalmarktes über die bevorstehende Registrierungsspflicht;
- (ii) ein *zentralisiertes Registrierungsverfahren* (an Stelle der Anmeldung bei jeder Gesellschaft zur Eintragung in deren Aktienbuch);
- (iii) eine klare gesetzliche Regelung für die *Nominee-Eintragungen*;
- (iv) eine *lange Übergangsfrist* (von fünf Jahren), so dass der Kapitalmarkt sich auf die neue Regel («*ohne Registrierung keine Dividende*») einstellen kann;
- (v) den *Nachzüglern* ist die Registrierung mit einer *Nachfrist* gezielt zu erleichtern;
- (vi) die *Verjährungsfrist für nicht bezogene Dividenden* ist dabei in eine Verwirkungsfrist umzubauen und auf drei Jahre zu verkürzen, mit einer ergänzenden Regelung für den Dividendenanspruch in der Übergangszeit.

**ANREGUNG:** Insgesamt ist die Umstellung auf das der Namenaktie auch international entsprechende System «*Dividende erst nach der Registrierung*» ohne jede «*plötzliche*» Wirkung und schonend durchzuführen. Dabei sind die Probleme des Übergangs ernst zu nehmen; sie sind aber kleiner als die Probleme eines tatenlosen Zuwartens.

---

<sup>140</sup> *Hans Caspar von der Crone* (2003) 1 ff.; *Peter Böckli* (2002) 750 ff.

<sup>141</sup> *Begleitbericht 2005*, 19, Ziff. 2.2.6.

<sup>142</sup> A.a.O.

### 3. Bezugsrecht und Ausgabe neuer Aktien unter dem wirklichen Wert <sup>143</sup>

Die Änderungsvorschläge zu diesem Gegenstand sind im Allgemeinen zu begrüßen<sup>144</sup>. Doch ist eine wesentliche Retouche nötig bei der Regelung für den *Ausgabepreis neuer nicht kotierter Aktien*. Die vorgeschlagene Regel, wonach der *Ausgabepreis* nicht wesentlich tiefer liegen darf als der wirkliche Wert<sup>145</sup>, ist nur als *Leitlinie* zweckmässig. Als *zwingende Norm* ist sie zu starr. Auch und vor allem in *privaten Aktiengesellschaften* kann es Situationen geben, in denen die Ausgabe neuer Aktien *unter* dem wirklichen Wert sinnvoll oder sogar notwendig ist:

- (i) In einer *finanziell schwierigen Phase* ist der nach der bundesgerichtlich anerkannten Formel berechnete wirkliche Wert<sup>146</sup> – es gibt ja für nicht kotierte Aktien entweder gar keinen oder dann keinen verlässlichen Marktpreis – oftmals höher, viel höher als der Preis, den die Zeichner in der anstehenden Kapitalerhöhung zu zahlen bereit sind. Dies ist etwa der Fall, wenn Drittinvestoren gesucht und gefunden worden sind, die grundsätzlich bereit sind, in das einer unsicheren Zukunft entgegengehende Unternehmen zu investieren. Sie *«eskomptieren» aber das Risiko im Preis*. Sie sind vor allem absolut nicht bereit, sich in die oftmals noch vorhandene «alte» Substanz einzukaufen. Gerade bei der Bewertung eines schlecht rentierenden Unternehmens fällt aber in der landesüblichen Formel des «wirklichen Wertes» (Praktikerformel)<sup>147</sup> der Substanzwert relativ stark werterhöhend ins Gewicht;
- (ii) Sogar in einem *blühenden Unternehmen* kann der Verwaltungsrat zum Ergebnis kommen, dass unter den Aktionären nur relativ wenige bereit sind, in einer Kapitalerhöhung neue Aktien zu zeichnen, und relativ viele ihre Beteiligung bei dieser Gelegenheit eher reduzieren möchten. Setzt der Verwaltungsrat den Ausgabepreis deutlich unter dem massgeblichen wirklichen Wert an (z.B. auf CHF 70.– statt CHF 110.–), so bekommt das Bezugsrecht der Aktionäre, die nicht mitziehen wollen oder nicht können,

---

<sup>143</sup> Art. 652b Abs. 5 und 6 VE-OR 2005, *Begleitbericht 2005*, 46/47, Ziff. 3.1.10.

<sup>144</sup> Vorn II/C/5.

<sup>145</sup> *Begleitbericht 2005*, 46, Ziff. 3.1.10.

<sup>146</sup> Sog. *Praktikermethode*, vor allem BGE 120 II 259 ff. und 129 III 535. Siehe *Nobel/Groner* (2006) 416 und nächste Anmerkung.

<sup>147</sup> Praktikermethode, meist

$$\frac{2E + 1S}{3} + N$$
 (zweimal Ertragswert, errechnet als kapitalisierter repräsentativer Jahresgewinn, plus einmal Substanzwert, dividiert durch 3, vermehrt um die nichtbetriebliche Substanz abzüglich latenter Steuern).

sogleich einen erheblichen rechnerischen Wert<sup>148</sup>. Der Verwaltungsrat kann nun dafür sorgen, dass allen *nicht* zeichnungswilligen Aktionären der Wert des Anrechts, der sich ermitteln lässt<sup>149</sup>, ausgezahlt wird.

**ANREGUNG:** Zur Sicherstellung einer möglichst grossen *Flexibilität* ist Art. 652b Abs. 6 des Vorentwurfs wie folgt zu fassen:

«<sup>6</sup> Der Ausgabepreis darf nur dann wesentlich tiefer als der wirkliche Wert der Aktien festgesetzt werden, wenn

a. das Bezugsrecht handelbar ist;

b. der Verwaltungsrat für die Übernahme nicht ausgeübter Bezugsrechte zum wirklichen Wert sorgt, oder

c. die neuen Aktien zu einem Ausgabepreis, der dem wirklichen Wert entspricht, weder von den Aktionären übernommen werden noch bei Dritten platziert werden können.»

#### 4. Liberierung durch Verrechnung bei Überschuldung<sup>150</sup>

Ein wesentlicher *Abänderungsantrag* betrifft den folgenden Vorschlag der Vernehmlassungsvorlage<sup>151</sup>:

«**634a (neu)**

<sup>2</sup> Im Falle einer Sanierung gilt die Verrechnung mit einer Forderung auch dann als Deckung, wenn die Forderung nicht mehr voll durch Aktiven gedeckt ist, sofern der Gesellschaft Mittel in voller Höhe der Forderung zugeflossen sind.»<sup>152</sup>

---

<sup>148</sup> Auch bei der *Ausgabe zum wirklichen bzw. rechnerischen Wert* kann das Bezugsrecht einen Wert haben, nämlich für solche Personen, die an der Erhaltung ihrer Stimmposition, an der Erhöhung der Stimmkraft oder an einem in der Bewertungsformel nicht oder nur zum Teil zum Ausdruck kommenden Wertaspekt der Gesellschaft interessiert sind.

<sup>149</sup> Die Bewertungsformel bei *Rudolf Volkart* (2003) 512/13.

<sup>150</sup> Art. 634a VE-OR 2005; dazu *Begleitbericht 2005*, 41 ff., Ziff. 3.1.4.

<sup>151</sup> Die Vorlage enthält zahlreiche Klarstellungen, die zu begrüßen sind, vor allem in Art. 634a Abs. 1 und Abs. 3 VE-OR 2005.

<sup>152</sup> Diese Einschränkung scheint sich auf die historische Tatsache der bei der früheren Darlehensgewährung durch den Gläubiger der Gesellschaft effektiv überwiesenen und bar zugeflossenen Darlehenssumme zu beziehen. Dieser frühere Mittelzufluss hat bei der nach dem Ist-Zustand abzuwickelnden, späteren Kapitalerhöhung nichts mehr zu bedeuten.

- a) Diese Bestimmung soll die heutige Kontroverse<sup>153</sup> um die *volle Anrechenbarkeit* von *unterwertigen Forderungen* in einer Kapitalerhöhung zu Sanierungszwecken entscheiden, und zwar im Sinne der Theorie der *ungedeckten Kapitalerhöhung*. Auch unterwertige Forderungen, d.h. solche gegen eine Gesellschaft, die zur Fortführungswerten mehr Schulden hat als ordnungsmässig bewertete Aktiven, sollen in einer Sanierungssituation so behandelt werden, als ob diese Situation nicht bestünde und die Forderungen voll gedeckt wären.

Vorauszuschicken sind zwei Dinge:

- (i) Zuerst sollte Einigkeit bestehen im Punkt der *Bewertung zu Fortführungswerten*, im Falle, dass ein seriöser und aussichtsreicher Sanierungsplan vorliegt. Das und nur das kann der Vorentwurf meinen mit der Kurzformel «*im Sanierungsfall*». Besteht in der Finanzkrise der Gesellschaft ein solcher Plan, und sind die Akteure ernsthaft zu seiner Durchführung entschlossen, so *erholt* sich die finanzielle Lage der Gesellschaft sofort – durch diese Tatsache allein. Sind die Forderungen börsengängig (Obligationen), kann eine *fast schlagartige Werterholung* z.B. von 30 % auf 90 % festgestellt werden. Die Vermögenslage ihrerseits, nun rein bilanztechnisch gesehen, erholt sich ebenfalls deutlich, wenn meist auch die Überschuldung<sup>154</sup> als solche nicht ganz verschwindet.
- (ii) Unbestritten ist sodann, dass in der Liberierung durch Verrechnung der *Forderungsverzicht* der entsprechenden Altgläubiger sofort die Finanzlage der Gesellschaft entsprechend verbessert und gleichzeitig allen *anderen* Gläubigern – jenen nämlich, die am Verzicht nicht teilnehmen – eine starke Wiederaufwertung ihrer Not leidenden Forderungen bringt.

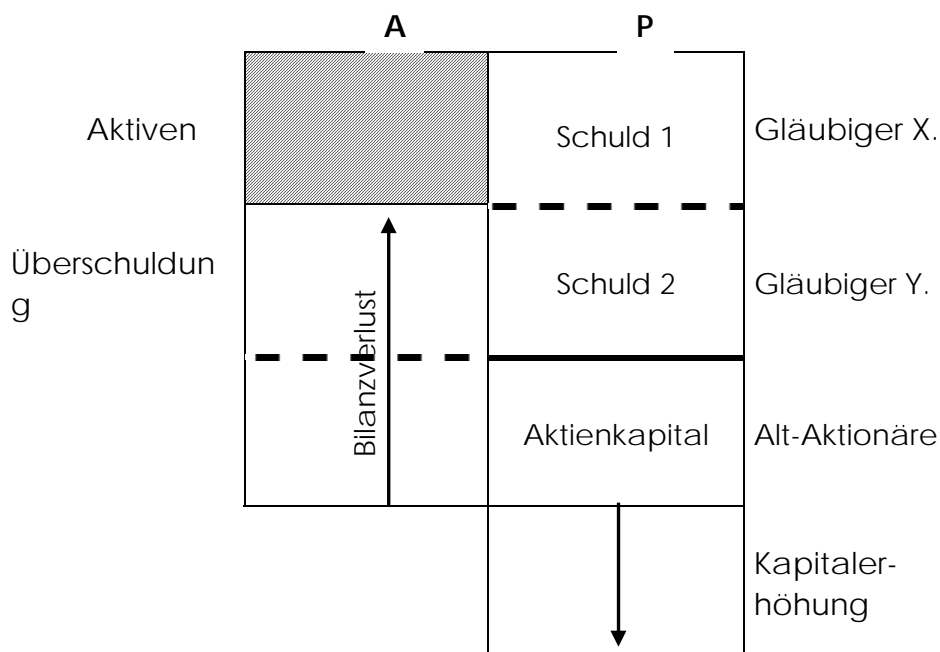
*Das hat aber nichts zu tun mit der Frage, ob die in der Kapitalerhöhung ausgegebenen Aktien liberiert sind.* Diese sollen ja als «*voll liberiert*» ins Handelsregister eingetragen werden. Kritisch an der Sanierung durch Kapitalerhöhung mit Verrechnung ist nicht der Forderungsverzicht, sondern die Tatsache, dass die den Verzicht leistenden Gläubiger durch Aktiven nicht gedeckte *neue Aktien* erhalten sollen und diese als voll liberiert in den Verkehr setzen können.

---

<sup>153</sup> Vgl. die Literaturhinweise u.a. bei *Peter Böckli* (2004) § 2 N. 126 ff., Anm. 258.

<sup>154</sup> Ausgedrückt zu *Fortführungswerten*, da der seriöse und aussichtsreiche Sanierungsplan die Weiterführung des Unternehmens wahrscheinlich macht.

Ein Blick auf die *Sanierungsbilanz* zeigt, dass dies *nicht* der Fall ist:



In der einfachen Bilanz sind im Eigenkapital nur Aktienkapital, und im Fremdkapital nur die Schulden 1 und 2 gegenüber zwei Gläubigern (X. und Y.) vorhanden. Dabei zeigt der Pfeil links auf der Aktivseite, das Ausmass des entstandenen Bilanzverlustes. Bei ordnungsmässig bewerteten Aktiven – im Lichte des seriösen Sanierungsplanes zu Fortführungswerten – liegt eine *Überschuldung* im Ausmass von 50 % des Fremdkapitals vor. Die Forderungen des Gläubigers X. und des Gläubigers Y. haben je einen rechnerischen Wert von 50 %, wobei der Marktwert der Forderungen etwas niedriger, manchmal auch etwas höher sein kann.

Im Zuge der *Sanierung* verzichtet nun der Gläubiger Y. in der Kapitalerhöhung durch Verrechnung auf seine Forderung. Dadurch

- (i) verschwindet die Überschuldung und es entsteht die Situation «*Eigenkapital Null*»,
- (ii) erholt sich der rechnerische Wert der weiter bestehenden Forderung des Gläubigers X. von 50 % auf 100 %.

Nun wird die Regel angewendet, die die vorgeschlagenen Art. 634a und 652b Abs. 2 VE-OR anbieten: die Gesellschaft gibt gegen den Verzicht des



Gläubigers Y. auf seine Forderung neue Aktien im Nominalwert genau dieses Forderungsbetrages aus<sup>155</sup>.

Man ersieht aus dieser Darstellung, dass das neue Aktienkapital nicht gedeckt ist. Die neuen Aktien, die jetzt in Umlauf gesetzt werden, sind nicht liberiert. Der Handelsregistereintrag «voll liberiert» ist unrichtig. Die Anmeldung an das Handelsregisteramt, die behauptet: «die Aktien sind voll liberiert», enthält eine falsche Aussage.

Wenn gesagt wird, mit der Zulassung ungedeckter Kapitalerhöhungen würde man doch «Sanierungen erleichtern», so ist zu antworten: es gibt keinen grösseren Fluch, der auf einer Sanierung lasten kann, als eine Selbsttäuschung jener, die sie durchführen. Jeder Mangel an finanzieller Disziplin in der Sanierungsphase rächt sich in der Durchführungsphase. Sollte übrigens einmal eine Schweizer *Publikumsgesellschaft* derartige «Sanierungsluftaktien» ausgeben und in den internationalen Umlauf bringen, ist ein Eingreifen der SEC und anderer Aufsichtsbehörden voraussehbar<sup>156</sup>.

- b) Nun ist oben aber bloss ein *Teil* der vorgeschlagenen Bestimmung zitiert. Der anschliessende Satz lautet:

*«Die Bestimmungen über den Kapitalverlust und die Überschuldung bleiben vorbehalten.»*

Der selbe Vorentwurf, der diese Aussage enthält, will die *unverzügliche* Insolvenzanzeige durch den Verwaltungsrat bei Eintritt der Überschuldung mit Schärfe durchsetzen. Dieser *konzeptionelle Widerspruch* ist unerträglich:

- (i) *Art. 725 Abs. 2* sollte revidiert werden im Sinne der auch vom Verfasser vertretenen «kurzen Toleranzfrist» von 4 bis 6 Wochen (und entgegen der Doktrin der «langen Toleranzfrist»). Der Vorentwurf will sogar die bundesgerichtliche, «kurze Toleranzfrist» auch noch gerade auf Null reduzieren und den Verwaltungsrat verpflichten, bei Überschuldung *unverzüglich* die Bilanz zu deponieren;
- (ii) der vorgeschlagene *Art. 634a* erlaubt gerade umgekehrt –entgegen dem, was *Roland Ruedin, François Chaudet*, der Verfasser und wei-

---

<sup>155</sup> Wohl gemerkt: *ohne* gleichzeitige Herabsetzung des bestehenden Aktienkapitals (sog. Harmonika).

<sup>156</sup> Zudem liegt in dieser Aktienaussage ein Verstoss gegen die bisher stets wegen der «Eurokompatibilität» sinngemäss beachtete EG-Kapitalschutzrichtlinie. Soll davon in einem wichtigen Punkt wegen der «neuen Linie» der Schweiz in solchen Sachen abgewichen werden, braucht es eine Darstellung und Gewichtung des Problems.

tere Aktienrechtler vertreten – ohne Benachrichtigung des Richters eine ungedeckte Kapitalerhöhung in der Überschuldungssituation.

So etwas darf nicht in das definitive Gesetzesprojekt einfließen. Nimmt man nämlich den Vorbehalt «*Die Bestimmungen über die Überschuldung bleiben vorbehalten*» ernst, so kann der Verwaltungsrat gar nicht mehr eine Überschuldung entstehen lassen und dann mit selbst gebastelten Sanierungsplänen weiter kutschieren und am Schluss zu einer ungedeckten Luftkapitalerhöhung schreiten. Er muss nach dem Vorentwurf *unverzüglich* das Gericht benachrichtigen. Dieses wird, wenn es den ausgearbeiteten Sanierungsplan prüft, sehr wohl dem *Forderungsverzicht* bestimmter Gläubiger zustimmen, nicht aber eine Luftkapitalerhöhung zulassen.

Im Übrigen hat noch *keiner* jener Diskussionsteilnehmer, die behaupten, *nur* mit dem Instrument einer durch Aktiven nicht gedeckten Luftkapitalerhöhung sei eine vernünftige Sanierung durchführbar (und daher müsse man diese Ausnahme vom Deckungsprinzip «als das kleinere Übel» schlucken<sup>157</sup>), für diese Behauptung je einen Nachweis beigebracht<sup>158</sup>.

**ANREGUNG:** Der Absatz 2 des Vorentwurfs ist insoweit, als er nichts Neues bringt, völlig überflüssig. Er ist insoweit, als er etwas Neues bringt, sowohl mit den Grundprinzipien des Aktienrechts wie auch mit dem revidierten Artikel 725 OR unvereinbar. Der Absatz 2 sollte gestrichen werden.

## 5. «Plafond» 10:1 für das Partizipationskapital

Die Idee, den engen «Plafond» für das Partizipationskapital («*darf das Doppelte des Aktienkapitals nicht übersteigen*»<sup>159</sup>) zu streichen, ist zu begrüssen. Eine gewisse oberste Grenze ist aber notwendig. Das Gesetz beschränkt mit Recht die Zurücksetzung von Stammaktien gegenüber Stimmrechtsaktien auf 1:10<sup>160</sup>. So

---

<sup>157</sup> So letztmals *Nobel/Groner* (2006) 88 Ziff. 2b, mit anerkanntem schlechtem Gewissen übrigens («... *verstösst aber gegen das Verbot der unter-pari-Emission*»).

<sup>158</sup> Wird dann doch noch echt Eigenkapital von Dritten eingebracht, so deckt paradoxerweise *diese* Kapitaleinlage nachträglich – und zwar zu Gunsten der zu Aktionären gewordenen einstmaligen Gläubiger – den ihnen früher zugestandenen Nennbetrag der Kapitalerhöhung! Es handelt sich um eine im Sanierungskonzept verdeckte Begünstigung der verzichtenden Gläubiger, zu Lasten der übrigen an der Sanierung teilnehmenden Kapitalgeber.

<sup>159</sup> Art. 656b Abs. 1 OR 1991.

<sup>160</sup> Art. 693 Abs. 2 Satz 2 OR 1991. Dazu die Begründung in *Botschaft 1983*, 43, Ziff. 202.3: «*Es gilt ein allzu grosses Auseinanderfallen von Stimmkraft und Einlage zu vermeiden.*»

vernünftig und praxisbezogen die Aufhebung des heutigen Plafonds ist<sup>161</sup>, so verwegen ist das vorgeschlagene Verhältnis «*eins zu unbegrenzt*». Irgendwo muss eine Grenze liegen. Sonst kommt es zur Ausbildung von Gesellschaften, in denen die fast ausschliesslich das Risiko tragenden Investoren nichts, die wenigen im Stimmrecht privilegierten aber alles zu sagen haben.

**ANREGUNG:** Eine sich anbietende Lösung liegt im Maximalverhältnis 1:10, d.h. das Partizipationskapital darf nicht höher sein als das Zehnfache des Aktienkapitals.

## B. Generalversammlung

### 1. Genehmigung der Konzernrechnung und des Lageberichts durch die Aktionäre<sup>162</sup>

Die Revisionsvorlage bringt eine einschneidende *Kompetenzkürzung* für die Generalversammlung.

- a) Die *Konzernrechnung* soll den Aktionären künftig *nicht* mehr zur Genehmigung vorgelegt werden<sup>163</sup>. Diese Genehmigungspflicht war 1991 in Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 eingeführt worden<sup>164</sup>.

Wer die *Zuständigkeit der Aktionäre* in der Generalversammlung kürzt, greift in gravierender Weise ins Aktienrecht ein. Dafür bräuchte es schon sehr starke Gründe. Solche gibt es hier aber nicht. Die Befürchtung, wenn die Generalversammlung die zweite, nach «*Regelwerk*» (IFRS, US GAAP, SWISS GAAP FER) erstellte konsolidierte Rechnung abnehme, könnte das die Steuerbehörden nur auf «ungute Gedanken» bringen, hält nicht Stich. Die Steuerbehörden wissen genau, dass – wie schon heute – fast alle wirtschaftlich bedeutenden Gesellschaften eine Konzernrechnung erstellen. Sie wissen ferner, dass diese Rechnung anderen Prinzipien folgt – solchen Prinzipien nämlich, die in der Bilanz weniger niedrige historische Kostenwerte und *mehr höhere Marktwerte* aufscheinen lassen. Die Abnahme der Konzernrechnung durch die Generalversammlung ändert, mindestens in allen Kantonen mit alerten Steuerbehörden, an dieser Situation nichts. Entscheidend ist, dass die Massgeblichkeit des Zahlenwerks für die

---

<sup>161</sup> Art. 656b Abs. 1 OR 1991.

<sup>162</sup> *Begleitbericht 2005*, 76, Ziff. 3.1.36.

<sup>163</sup> Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 OR 1991.

<sup>164</sup> *Botschaft 1983*, 170, Ziff. 331 und 75, Ziff. 209.5.

Veranlagung der Gewinnsteuer sich klar und ausschliesslich auf den aktienrechtlichen *Einzelabschluss* bezieht.

Und: selbst wenn die Generalversammlung künftig die Konzernrechnung nicht mehr genehmigen würde, müsste es immer noch der *Verwaltungsrat* in einem formellen Akt tun<sup>165</sup>. Der sog. «*zweite Abschluss*», der «*Abschluss nach privatem Regelwerk*», ist somit auf jeden Fall ein förmlicher, verbindlich festgesetzter Jahresabschluss der zuständigen Gesellschaftsorgane. Die Kompetenzverschiebung «*Generalversammlung* → *Verwaltungsrat*» ändert steuerrechtlich nichts, schadet aber unnötig dem zentralen Kompetenzbereich der Aktionäre.

- b) Der selbe Einwand ist gegenüber der Idee zu erheben, den Aktionären sei das Recht auf Genehmigung oder Ablehnung des **Jahresberichts** zu entziehen. Der Jahresbericht soll nun zu Recht in «*Lagebericht*»<sup>166</sup> umgetauft und auf die Gesellschaften oberhalb der Schwelle «10-20-50» beschränkt werden, d.h. auf die sog. wirtschaftlich bedeutenden Gesellschaften<sup>167</sup>. Der neue Vorschlag, diesen Bericht den Aktionären nicht mehr zur Genehmigung vorzulegen<sup>168</sup>, ist jedoch abzulehnen. Auch hier gibt es keine Gründe – ganz bestimmt aber keine schwer wiegenden Gründe –, die eine weitere Einschränkung der Kompetenz der Generalversammlung im Bereich der Rechenschaftsablage der Exekutivorgane rechtfertigen könnte. Im *Begleitbericht* sucht man übrigens vergeblich nach einer schlüssigen Begründung<sup>169</sup>.

**ANREGUNG:** Beide vorgeschlagenen *Kürzungen der Zuständigkeit der Generalversammlung* sind kontraproduktiv. Sie widersprechen dem Ziel der ganzen Vorlage – Verbesserung der Corporate Governance, und der Aktienrechte im Besonderen. Sie entziehen den Aktionären zwei wichtige Elemente einer jährlichen Rechenschaftsablage des Verwaltungsrates gegenüber seinen wirtschaftlichen Auftraggebern. Die Aktionäre haben sowohl hinsichtlich der Konzernrechnung wie des Lageberichts eine *Aufsichtsfunktion*, und dabei zu Recht eine *Ablehnungskompetenz*. Wenn angebracht, können sie durch einen ablehnenden

---

<sup>165</sup> Im Vorentwurf fehlt eine Ergänzung in Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6, wenn die Konzernrechnung aus der Generalversammlung ausgeklammert wird. Es muss dann dort heissen: «*Erstellung des Geschäftsberichtes und Genehmigung der Konzernrechnung sowie die Vorbereitung der Generalversammlung ...*».

<sup>166</sup> *Lagebericht*: In Übernahme der Anregung der *Expertengruppe Corporate Governance* (2004) 181/82; Art. 961b (neu) VE-OR 2005; *Begleitbericht 2005*, 109, Ziff. 3.10.9.

<sup>167</sup> Art. 961 Abs. 1 Ziff. 3 VE-OR 2005; *Begleitbericht 2005*, 107 ff., Ziff. 3.10.9.

<sup>168</sup> Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 (aufgehoben); *Begleitbericht 2005*, 76, Ziff. 3.1.36.

<sup>169</sup> *Begleitbericht 2005*, 76, Ziff. 3.1.36.; 36, Ziff. 2.5.7.; 101 ff., Ziff. 3.10.3. und 114 f., Ziff. 3.10.11.

Beschluss dem Verwaltungsrat eines der wenigen starken Signale geben, zu denen die Aktionäre – abgesehen von der noch weiter gehenden Déchargeverweigerung und der Abberufung des Verwaltungsrates – überhaupt zuständig sind. Der Vorschlag des Vorentwurfs ist umso mehr abzulehnen, als die Vorlage – mit gutem Grund – sowohl die Konzernrechnung als auch den Lagebericht wesentlich aussagekräftiger gestaltet.

## 2. *Der vorgeschlagene Stimmrechtsausschluss für Stimmrechtvollmachten ohne Weisung*<sup>170</sup>

*Natürliche Personen* in Publikumsgesellschaften sind oft erfahrungsgemäss gerade noch knapp bereit, die Vertretung ihrer Stimmrechte dem institutionellen Stimmrechtsvertreter mit *Unterschrift und Datum* zu bestätigen. Sie scheuen aber leider häufig davor zurück, sich – mit der Füllfeder oder dem Kugelschreiber in der Hand – der recht anspruchsvollen Prozedur einer Abgabe *spezifischer Weisungen* zu jedem einzelnen Antrag der Traktandenliste zu unterziehen.

---

<sup>170</sup> *Expertenbericht Corporate Governance* (2004) 127 ff. und 188 ff.; *Peter Böckli* (2002) 743 ff.

- a) Es ist an sich verständlich, dass die neue Vorlage der heutigen Regel eine Absage erteilt, wonach solche Vollmachten ohne spezifischen Weisungen als Zustimmung zu den Verwaltungsratsanträgen gelten («*in dubio pro administratione*»). Auch die «*Expertengruppe Corporate Governance*» hatte die Aufhebung dieser gesetzlichen Regel, die 1991 eingeführt worden war, empfohlen. Eine derartige Gesetzesbestimmung entbehrt der Legitimität, da sie dem Verwaltungsrat automatische Gefolgschaft verschafft oder mindestens zu verschaffen *scheint*. Unbegreiflich aber ist der Vorschlag, solche Aktionäre, die keine spezifische Weisung erteilt haben, vom Stimmrecht *auszuschliessen*. Dieser neue Stimmrechtsausschluss bedeutet in grossen Gesellschaften, innerhalb ihres meist sehr gemischten Aktionariats, einen *Machtzuwachs für Grossaktionäre, institutionelle Investoren und organisierte Gruppen*. Diese unterziehen sich praktisch alle – wenn sie sich vertreten lassen – der Mühe einer spezifischen schriftlichen Weisungserteilung. Internationale institutioneller Investoren befolgen häufig mehr oder weniger automatisch die von bestimmten Organisationen – z.B. heute vor allem der amerikanischen «ISS» oder in der Schweiz der «Ethos»-Stiftung – abgegebenen Abstimmungsempfehlungen und schicken ihre Vollmachten *mit* entsprechend spezifizierten Weisungen zurück. Das aber bedeutet einen starken Rückgang des Einflusses der unzähligen *Kleinaktionäre*, ja allgemein der natürlichen Personen, somit jener öfters inländischen Aktionäre, die noch ein gewisses Gegengewicht gegen die oft von kurzfristigen Motiven geleiteten internationalen «*Hedge Funds*» und *Private Equity*»-Gruppierungen abgeben.
- b) Auch rein *aktienrechtlich* betrachtet ist die vorgeschlagene *Nichtigkeit* der ohne spezifische Weisungen abgegebenen Stimmrechtsvollmachten unverhältnismässig, ja unhaltbar. Es liegt darin eine Bestrafung jener *mitwirkungswilligen* Aktionäre, die eine spezifische Weisung unterlassen, durch einen gesetzlichen Stimmrechtsausschluss.

In Deutschland z.B. hat man daher den Entscheid, wie mit *weisungslos* eingesandten, aber sonst rechtsgültig ausgestellten Stimmrechtsvollmachten der Aktionäre umzugehen sei, mit einem *Ermessensentscheid* gelöst. Der Stimmrechtsvertreter interpretiert den Willen seines Vollmachtgebers. Meist – aber nicht immer – ist vollkommen klar, dass Kleinaktionäre, welche die Vollmacht umgehend unterschrieben einsenden, aber dabei keine spezifizierten Weisungen abgeben, mit der Rücksendung konkludent sagen: «*OK, macht so weiter*». Niemand hat je gezeigt – übrigens auch der *Begleitbericht* nicht –, dass das im Normalfall anders wäre.

Es geht darum, eine *praktikable Regel* zu wählen. *Die schlechteste Lösung ist die vorgeschlagene*: sie liegt darin, den mitwirkungswilligen, aber nun

einmal nicht weisungswilligen Einzelaktionär von der Mitwirkung in der Gesellschaft gänzlich auszuschliessen.

**ANREGUNG:** Eine *andere Lösung* liegt nahe – es ist die Lösung der **grünen und der roten Vollmacht (Anhang 1 und 2)**:

- (i) An alle Aktionäre gehen *zwei Vollmachtsformulare*. Das erste Formular (in grüner Farbe) enthält unmittelbar oberhalb des Raums für die Unterschrift die Angabe: «Ich erteile die Weisung an den Stimmrechtsvertreter: *Zustimmung zu den Anträgen des Verwaltungsrates.*»
- (ii) Das zweite Formular (in roter Farbe) enthält die Angabe: «Ich erteile dem Stimmrechtsvertreter folgende Weisungen:
  - Ablehnung der Anträge des Verwaltungsrates;
  - Besondere Einzelweisungen gemäss den Angaben auf der Rückseite des Blattes.

Wenn der Aktionär das erste Formular (*grün*) zurücksendet, ist die Weisung auf Zustimmung zu den Anträgen des Verwaltungsrates erteilt. Schickt er das zweite Formular (*rot*) zurück, so gilt seine Ablehnung der Anträge oder die spezifische, für jeden Antrag separat vorliegende Weisung. Geht er nicht an die Generalversammlung, und schickt er weder das eine noch das andere Formular unterzeichnet zurück, so hat er auf die Ausübung des Stimmrechts verzichtet.

## C. Aktionärsrechte

Einige *Gegenvorschläge* sind auch im Bereich «*Verbesserung der Aktionärsrechte*» vorzubringen.

### 1. In Publikumsgesellschaften kein Recht auf schriftliche Auskunft in der Zeit zwischen den Generalversammlungen

Das neue «Auskunfts-Recht» ist in Publikumsgesellschaften nur im «*Zeitfenster*» vor der Generalversammlung sinnvoll, wie vorn erwähnt. Während der übrigen Zeit des Geschäftsjahres ist dieser ständige Auskunftsanspruch jedoch fehl am Platz.

Eine erheblich kurswirksame Neuigkeit löst die *ad-hoc*-Publizität<sup>171</sup> aus, und dann erhalten alle Aktionäre von der kursrelevanten Auskunft zeitgleich Kenntnis<sup>172</sup>.

Das *Missbrauchspotential* in kotierten Gesellschaften ist zudem enorm; aufsässige Leute und Querulanten würden sich die neu gebotene Gelegenheit, den Verwaltungsrat während des Geschäftsjahres unter Druck zu setzen oder in Verlegenheit zu bringen, kaum entgehen lassen.

Die Aktionäre einer *Publikumsgesellschaft* sind hinsichtlich der Information ungleich besser versehen als diejenigen einer privaten Aktiengesellschaft. Sie

- erhalten mit dem *Jahres- bzw. Konzernabschluss nach IFRS* eine unvergleichlich dichtere Information über die finanziellen Vorgänge;
- erhalten eine *Halbjahres-* und öfters auch einen *Vierteljahresbericht*, häufig mit ergänzenden Aktionärsbriefen;
- werden, wie erwähnt, durch die *ad hoc-Publizität* hinsichtlich aller kursrelevanten Ereignisse bei der Gesellschaft sofort ins Bild gesetzt.

**ANREGUNG:** Die Neuerung wäre für Publikumsgesellschaften auch im internationalen Vergleich eher ein Unikum; sie bringt wenig und ist mit voraussehbaren grossen Nachteilen verbunden. Der Vorschlag ist in der vorliegenden Form abzulehnen.

## 2. Halbjahresbericht für wirtschaftlich bedeutend private Gesellschaften <sup>173</sup>

In den etwas grösseren KMU, den sog. «*wirtschaftlich bedeutenden*» privaten Gesellschaften, ist der Informationsstand der nicht zum «inneren Kreis» gehörenden Aktionäre, unbefriedigend. Eine den effektiven Geschäftsgang darstellende Nachricht geht ihnen, wenn die ordentliche Generalversammlung einmal vorbei ist, erst wieder ein Jahr später zu. Das ist in der heutigen, schnell ändernden Welt unzumutbar. Der von der «Expertenkommission Corporate Governance» angeregte *Halbjahresbericht* sollte daher in den Katalog der zusätzlichen Pflichten aufgenommen werden, die das revidierte Gesetz den sog. «*grossen*» Gesellschaften auferlegt<sup>174</sup>. Dafür gibt es übrigens noch einen weiteren Grund: soll das neue *Recht auf schriftliche Auskunft* in der Zeit zwischen den Generalversamm-

---

<sup>171</sup> Vgl. Peter Böckli (2004) § 7 N. 86 ff.

<sup>172</sup> Die neue Auskunftspflicht käme in Publikumsgesellschaften quer über die «*ad hoc*»-Publizität zu liegen. *Kotierungsreglement* der SWX Swiss Exchange, Art. 72 (Fassung von 2004).

<sup>173</sup> Vgl. *Expertenbericht Corporate Governance* (2004) 195.

<sup>174</sup> Art. 961 Abs. 1 (neu) VE-OR 2005.



lungen für private Gesellschaften eingeführt werden<sup>175</sup>, so könnten sich Anfragen zum Stand der Dinge vor allem in der *zweiten Hälfte des Geschäftsjahres* häufen. Es wäre vernünftig, die Auskünfte zum aktuellen Geschäftsgang und zur finanziellen Lage gerade zusammengefasst in der Mitte des Geschäftsjahres allen Aktionären abzugeben.

**ANREGUNG:** Verpflichtung zur Abgabe eines *Halbjahresberichtes* für wirtschaftlich bedeutende nicht kotierte Gesellschaften.

### 3. Zu überarbeitende Rückerstattungsklage<sup>176</sup>

- a) Höchst diskutabel und unannehmbar ist die *Weglassung der Qualifikation «offensichtlich»* für das Missverhältnis zwischen der vom Organmitglied erbrachten Leistung und der dafür von der Gesellschaft gebotenen Gegenleistung. Die *Expertengruppe Corporate Governance* hatte verlangt, das Missverhältnis sei durch den Begriff *«erheblich»* zu qualifizieren und zwar mit dem Ziel, das Eingreifen des Richters auf Missbrauchsfälle zu beschränken. In der jetzt vorgelegten Fassung könnte eine Praxis entstehen, in welcher der Richter die Spitzenentschädigungen nicht nur auf Missbräuche prüft, sondern selbst verbindlich festlegt. Sogar der *Begleitbericht* sieht die Gefahr der Entstehung einer richterlichen Lohnkontrolle. Er beschwört seine Leser, natürlich müsse für einen korrigierenden Eingriff des Gerichtes eine *«klare und zweifelsfreie»* Wertdifferenz vorliegen<sup>177</sup>. Eine derartige Formel nur gerade in den Erläuterungen ist jedoch so gut wie wertlos. Die Qualifikation *«erheblich»* ist in den Gesetzestext einzufügen, wenn man es nicht beim heutigen *«offensichtlich»* belassen will.
- b) Da es in Art. 678 um eine Unterart der Klage wegen *ungerechtfertigter Bereicherung* geht, liegt im Element des *fehlenden Rechtsgrundes für die Zahlung* das eigentliche Fundament des Klagerechtes. Dies muss im neuen Gesetzestext klar zum Ausdruck kommen<sup>178</sup>.
- c) Unerträglich ist die Weglassung der Voraussetzung der *Bösgläubigkeit* im besonderen Falle einer Rückerstattungsklage gegen ein *Mitglied* der

---

<sup>175</sup> Art. 697 Abs. 1 VE-OR 2005, vorn II/C/4.

<sup>176</sup> Neuester Diskussionsbeitrag vor dem Erscheinen des Vorentwurfs vom 2. Dezember 2005: *Roger Dürr* (2005).

<sup>177</sup> *Begleitbericht 2005*, 65, Ziff. 3.1.26.

<sup>178</sup> Die *Kostentragung* ist, anders als bei der Sonderuntersuchung, hier nicht zu Lasten der Gesellschaft festgelegt. Es wird also gelten, was das neue schweizerische Zivilprozessrecht bringt.

*Geschäftsleitung*. Hat das für die Festsetzung der Einzelentschädigung zuständige Organ – der Verwaltungsrat oder der Entschädigungsausschuss – die aus dem *Arbeitsvertrag* geschuldete Gesamtleistung dem leitenden Angestellten eröffnet, so ist der vertragliche Anspruch rechtsgültig entstanden. Eine nachträgliche Rückforderung ist nur möglich, wenn (i) die rechtlichen Anforderungen an die Festsetzung einer Gesamtvergütung verletzt worden sind, (ii) diese Verletzung kausal das Mass der Vergütung betroffen hat und (iii) die andere Vertragspartei – das Mitglied der Geschäftsleitung als Arbeitnehmer – dies wusste. Jede andere Regelung würde nicht nur gegen elementare rechtliche Grundsätze verstossen, sondern auch die hochrangigen leitenden Angestellten schweizerischer Publikumsgesellschaften einem international einzigartigen, zudem gar noch auf 10 Jahre ausgedehnten Rückerstattungsrisiko aussetzen.

- d) Die Verlängerung der *Verjährungsfrist* von 5 auf 10 Jahre entspricht zwar einem populären Trend, steht aber zu der nach wie vor fünfjährigen Verjährung der Verantwortlichkeitsklage und der siebenjährigen für die *«ungetreue Geschäftsbesorgung»* in einem unerträglichen Widerspruch. Die Verjährungsfrist – die ja unterbrochen werden kann – ist bei fünf Jahren zu belassen.
- e) Grosse Bedenken erheben sich gegenüber einem weiteren Vorschlag – in der körperschaftsrechtlich konzipierten Rückerstattungsklage sollen künftig ebenfalls die *Gläubiger* aktiv legitimiert werden<sup>179</sup>. Wohlgermerkt: *es geht um eine Gläubigerklage gegen eine finanziell aufrecht stehende* Gesellschaft. Dieser von der Expertengruppe nicht gebrachte Vorschlag bedeutet einen Systembruch. Bisher hatte das Bundesgericht stets bekräftigt, die Gläubiger hätten – abgesehen stets von ihren vertraglichen Rechten und bestimmten Informationsrechten – gegenüber einer *solventen* Aktiengesellschaft keinerlei Recht zum Eingriff in die körperschaftlichen Verhältnisse<sup>180</sup>. Sie haben in der Tat auch kein Rechtsschutzinteresse, so lange die Gesell-

---

<sup>179</sup> Art. 678 Abs. 3 VE-OR 2005; *Begleitbericht 2005*, 65, Ziff. 3.1.26. – Die Begründung, der Gläubiger müsse klagen können (auf Leistung an die Gesellschaft), weil *«das Haftungssubstrat der Gesellschaft durch unrechtmässige Leistungen verringert wird»*, überzeugt nicht. Die Gläubiger sind in der Solvenzphase des Schuldners nicht zur Mitwirkung befugt. Sonst müsste man noch viel mehr den Gläubigern ein Interventions- und Klagerecht in dem Augenblick verschaffen, wo ihr Haftungssubstrat wirklich bedrohlich dahin schmilzt – nämlich *im Augenblick des hälftigen Kapitalverlustes* (Art. 725 Abs. 1 OR 1991). Die Rückerstattungsklage visiert gar nicht in erster Linie die Situation des Kapitalverlustes an, sondern eher eine Situation, in der es der Gesellschaft *relativ gut geht* und die Personen des «inneren Kreises» der Gesellschaft die Begriffe «Mein» und «Dein» nicht mehr sauber auseinander zu halten vermögen.

<sup>180</sup> Sonst kämen die Gläubiger in eine Stellung der *«Prozessstandschaft zwecks Durchsetzung der Aktienrechtskonformität»* in der Gesellschaft.

schaft solvent ist und die Gläubigeransprüche nicht beeinträchtigt sind. Die neue Regelung will nun den klagenden Gläubigern (z.B. den Arbeitnehmern, den Lieferanten, den Steuerbehörden) eine *von ihrem Rechtsschutzinteresse losgelöste Klagebefugnis* zur Anfechtung von Bezügen des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung verschaffen.

**ANREGUNG:** Die Aktivlegitimation der Gesellschaftsgläubiger in der Solvenzphase ist abzulehnen.

#### 4. Problematische Schwellenwerte in absoluten Millionen Franken des Börsenwerts

Die Schwellenwerte für das Einberufungs- und Traktandierungsrecht sowie die Sonderuntersuchung (Börsenwert von 2 bzw. 5 Millionen Franken) für Publikumsgesellschaften sind *anzuheben*. Vor allem ist zu bedenken, dass der *absolut* in Franken ausgedrückte Börsenwert auch in einem gewissen Verhältnis zur *gesamten Marktkapitalisierung* der betroffenen Gesellschaft stehen sollte. Wird gefordert «2 Mio. Franken», so ist das bei einer der sehr grossen Schweizer Publikumsgesellschaften mit einer Marktkapitalisation von mehr als 100 Milliarden Franken gerade einmal eine Quote von weniger als 0,02 %. Das erscheint als zu niedrig.

**ANREGUNG:** Überarbeitung und Anhebung des Schwellenwertes für grosse Publikumsgesellschaften.

#### 5. Zu überarbeitende Kostentragung bei der Sonderuntersuchung

Die Regel über die *Kostentragung* im Falle eines Gesuchs an den Richter um Durchführung einer Sonderuntersuchung ist im Vordergrund vereinfacht, allerdings ganz einseitig zu Lasten der Gesellschaft<sup>181</sup>. Die Gefahr von missbräuchlichen Sonderuntersuchungsbegehren wird in Publikumsgesellschaften erhöht. Das Begehren um Sonderuntersuchung, eine grosse Belastung für jede betroffene Gesellschaft, wird konzeptwidrig zum «*free ride*».

**ANREGUNG:** Übernahme des *Vorschlags* im Expertenbericht vom 30. September 2003:

«<sup>1</sup> Entspricht der Richter dem Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers, so verpflichtet er die Gesellschaft, dem

---

<sup>181</sup> Vgl. den Lösungsvorschlag im *Expertenbericht Corporate Governance* (2004) 193/94.

*Sonderprüfer den Vorschuss zu leisten. Die Gesuchsteller können beim Richter den Vollzug des Urteils verlangen.*

*<sup>2</sup> Der Richter überbindet die Kosten der Sonderprüfung der Gesellschaft; er kann, wenn besondere Umstände es rechtfertigen, die Kosten ganz oder teilweise den Gesuchstellern auferlegen.»<sup>182</sup>*

In der *Begründung* vom 30. September 2003 war aufgezeigt worden, weshalb diese neue Formulierung sich empfiehlt<sup>183</sup>:

*«Die Erfahrung hat gezeigt, dass Gesellschaften, die von einen Sonderprüfungsbegehren betroffen sind, den Abwehrkampf auch mit der **Verweigerung des Kostenvorschusses**, den sie nach Art. 697g Abs. 1 leisten müssten, zu führen versuchen [...]. Man kann von den Gesuchstellern nicht verlangen, die Kosten an Stelle der Gesellschaft vorzuschüssen. Um den Weitergang des grundsätzlich bewilligten Verfahrens zu sichern, [wird...] der Vorschuss gerichtlich verfügt und an den Sonderprüfung geleistet [...]»<sup>184</sup>.*

All das hat in der Vernehmlassungsvorlage noch keinen Widerhall gefunden. Der Verweis auf die im Entstehen begriffenen neue Schweizerische Zivilprozessordnung ist nicht stichhaltig, denn die *Sondersituation* der in *Prozessstandschaft* handelnden Aktionäre bedarf auf jeden Fall einer besonderen und sorgfältig austarierten Lösung.

---

<sup>182</sup> A.a.O. 223.

<sup>183</sup> A.a.O. 193.

<sup>184</sup> Die *Arbeitsgruppe* hatte a.a.O. ein weiteres offenes Problem angesprochen und einer Lösung zugeführt: «Der neue Text stellt klar, dass es nicht nur um die Kosten des Gerichts, sondern auch um die dem unterlegenen Kläger auferlegten **Parteientschädigungen** geht. Der Hinweis «in beiden Instanzen» entspricht dem Vorschlag zu Art. 678 Abs. 4 E-OR».

## D. Verwaltungsrat

Im Bereich des *Verwaltungsrates* drängen sich zwei wichtige Verbesserungsvorschläge auf.

### 1. Keine zwingende einjährige Amtsperiode der Verwaltungsratsmitglieder<sup>185</sup>

Es gibt ein auch international zu vernehmendes Postulat, man müsse «wegen der *Corporate Governance*» zwingend auf eine *einjährige* Amtsperiode der Verwaltungsräte umstellen. Man gebe damit den Aktionären jährlich Gelegenheit, die Verwaltungsratsmitglieder zu wählen oder abzuwählen, und das sei «gut für die *Corporate Governance*».

Dieser Regelungsvorschlag ist abzulehnen. Er ist nicht nur unzweckmässig, sondern falsch und in der Wirkung sogar *kontraproduktiv*:

- (i) Eine zweckmässige *Staffelung* der Wahlperioden<sup>186</sup>, die sich international bewährt hat, wird unmöglich. Wird die einjährige Amtsperiode zwingend, so kann der gesamte Verwaltungsrat ohne weiteres mit einfacher Mehrheit an einer einzigen Generalversammlung abgewählt werden. Das erhöht die latente Instabilität der Schweizer Publikumsgesellschaften erheblich und einseitig; ausländische Publikumsgesellschaften kennen eine derartige zwingende Vorschrift nicht und sind gegenüber internationalen «raids» entsprechend widerstandsfähiger.
- (ii) *Dadurch wird der Verwaltungsrat gegenüber der Geschäftsleitung, die sich ihrerseits keineswegs jährlich einer Bestätigungswahl stellen muss, institutionell geschwächt.* Die Verwaltungsräte – nicht aber die Top Manager, welche sie überwachen sollen – stehen in einem System der zwingenden einjährigen Amtsperiode ständig in einer Art internem Wahlkampf. Ein Verwaltungsratsmitglied, das bohrende Fragen stellt, sich mit der ersten Antwort nicht zufrieden gibt und den Dingen auf den Grund geht, fällt bei der Geschäftsleitung und den nicht unabhängigen unter den anderen Mitgliedern des Verwaltungsrates eher unangenehm auf. Es läuft Gefahr, in der kritischen Phase vor der Wiederwahl, nämlich bei einer einjährigen Amtsperiode jeweils im *November/Dezember* vor der Generalversammlung des folgenden Frühjahrs, aus der Vorschlagsliste für die Wiederwahl in der kommenden Generalversammlung herauszufallen.

---

<sup>185</sup> Art. 710 Abs. 1 VE-OR 2005.

<sup>186</sup> Empfehlung des *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance* (2002) Ziff. 13.

- (iii) Dazu kommt ein anderer, noch wichtigerer Aspekt. Die *Einarbeitungszeit* eines neu gewählten Verwaltungsrates ist in Publikumsgesellschaften länger als überhaupt die einjährige Amtsperiode, die der Vorentwurf ihm zugestehen will.
- (iv) *Das Signal, das die Idee einer derart kurzen Wahlperiode aussendet, ist völlig verkehrt: Die Verwaltungsräte sollen gerade nicht auf eine kurzfristige Sicht ihrer Aufgabe getrimmt werden, sondern auf eine längere Frist.* Diese kommt in der *dreijährigen* Amtsperiode – die sich in den letzten Jahren durchgesetzt und bestens bewährt hat – zum Ausdruck.

Die heute dispositiv im Gesetz stehende Amtsperiode von *drei Jahren*<sup>187</sup> ist weder zu lang noch zu kurz, sondern optimal. Wenn der Gesetzgeber unbedingt mit *Verboten* eingreifen soll, kann er längere als dreijährige Amtsperioden verbieten, aber was vorgeschlagen wird, ist abzulehnen. Eines steht dabei ja fest: *allzu lange* Amtsperioden (heute nach dem 1936 formulierten Gesetz: noch bis zu *sechs Jahren*<sup>188</sup>) sind unzweckmässig, weshalb die völlig überholte Idee einer bis zu sechs Jahren dauernden Amtsperiode ohne weiteres zu streichen ist<sup>189</sup>. Die Vernehmlassungsvorlage jedoch, wonach kürzere Amtsperioden besser und daher die kürzestmögliche die allerbeste sei, ist abzulehnen. Auf den Zwangseingriff ist zu verzichten.

**ANREGUNG:** Jede Gesellschaft soll im Sinne guter Governance – nämlich im Sinne der *Gestaltungsfreiheit* – die Amtsperiode in ihren Statuten zwischen *einem* und *drei Jahren selbst* festlegen. Auf die zwingende einjährige Amtsperiode für Verwaltungsratsmitglieder ist zu verzichten.

## 2. Offenlegung des Organisationsreglementes <sup>190</sup>

Ein keinesfalls nebensächlicher Vorschlag der Expertengruppe vom 30. September 2003 ist in der Vernehmlassungsvorlage sang- und klanglos untergegangen – das Organisationsreglement der Gesellschaft sollte den Aktionären zugänglich sein. Die nun als Ersatz gebotene *«schriftliche Orientierung über die*

---

<sup>187</sup> Art. 710 Abs. 1 OR 1991.

<sup>188</sup> Art. 710 Abs. 1 Satz 2 OR 1991.

<sup>189</sup> Als Empfehlung schon seit Jahren im *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance* (2002) Ziff. 13.

<sup>190</sup> Art. 716b Abs. 4 VE-OR 2005; *Begleitbericht 2005*, 83, Ziff. 3.1.42.

«*Organisation der Geschäftsführung auf Wunsch eines Aktionärs*» steht schon lange im Gesetz<sup>191</sup>, und sie hat sich nicht bewährt.

Die Aktionäre haben gerade unter den Gesichtspunkten der *Corporate Governance* Anspruch darauf zu erfahren, (i) **wie** der Verwaltungsrat von der ihm eingeräumten unentziehbaren und unübertragbaren Organisationskompetenz Gebrauch macht, (ii) **wie** er sich selbst organisiert, und (iii) **welche** Aufgaben die wichtigsten Führungsstellen haben. Es gibt bei Lichte betrachtet praktisch nichts in einem Organisationsreglement, was einen Anspruch auf Geheimhaltung vor den Aktionären begründen könnte. Es erscheint auch als perfekt widersprüchlich, einerseits die Rückerstattungsklage der Aktionäre<sup>192</sup> zu verbessern – was in mehreren Punkten zu begrüssen ist –, und andererseits ausgerechnet die *nähere Beschreibung der von den Spitzenkräften zu erbringenden Leistungen*, zu denen die Gegenleistung der Gesellschaft dann laut Rückerstattungsklage in einem Missverhältnis stehen soll, unter Verschluss zu halten.

**ANREGUNG:** Offenlegung des Organisationsreglementes gegenüber den Aktionären in wirtschaftlich bedeutenden Gesellschaften.

## E. Corporate Governance

Das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement hat zu Unrecht praktisch sämtliche Vorschläge, welche die Expertengruppe in dessen Auftrag zur *Corporate Governance im engeren Sinne* erarbeitet hatte<sup>193</sup>, abgelehnt<sup>194</sup>.

Es geht im Wesentlichen darum,

- (i) den einzelnen Verwaltungsräten **Gestaltungsfreiheit** in der internen Organisation zu belassen,
- (ii) sie aber zu veranlassen, **den eigenen Aktionären zu erklären** – **dass** und **wie** sie von ihrer Kompetenz Gebrauch gemacht haben.

Es ist das Prinzip der «*Gestaltungsverantwortung mit Rechenschaftspflicht*»<sup>195</sup>. Dieses Konzept, das mit der Corporate Governance im engeren Sinne ernst

---

<sup>191</sup> Art. 716b Abs. 2 Satz 2 OR 1991.

<sup>192</sup> Art. 678 VE-OR 2005.

<sup>193</sup> *Expertenbericht Corporate Governance* (2004) 61 ff. und 169 ff.

<sup>194</sup> *Begleitbericht 2005*, 12, Ziff. 2.2.1.

<sup>195</sup> *Expertenbericht Corporate Governance* (2004) 62 ff.

macht und der Selbstgestaltung ein weites Feld einräumt, hat Bedeutung gerade auch für grössere *nicht* kotierte Aktiengesellschaften.

**ANREGUNG:** Es wäre erfreulich, wenn diese Anliegen wieder aufgenommen würden, entweder in der Botschaft oder dann jedenfalls im Parlament.

## F. Revisionsstelle

Zur *Revisionsstelle* braucht es keine spezifische Stellungnahme. Dieses mit der Corporate Governance verknüpfte Thema wurde vorweg und separat behandelt: Die Bundesgesetze vom 16. Dezember 2005 (Revisionsaufsichtsgesetz [«RAG»] einerseits, und die Änderungen bei der Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht andererseits)<sup>196</sup> sind verabschiedet, in der Referendumsfrist unangefochten und treten 2007 in Kraft.

Im Sinne eines «*ceterum censeo*» ist indessen hier festzuhalten: die Möglichkeit für kleine Aktiengesellschaften (d.h. solche mit einer Bilanzsumme von weniger als 10 Millionen Franken und Umsatz von weniger als 20 Millionen Franken) sich – wenn nicht mehr als 10 Vollzeitstellen vorhanden sind und alle Aktionäre zustimmen – von *jeder* Revision freizustellen, **ja die Revisionsstelle überhaupt als Organ der Gesellschaft zu eliminieren**, ist ein Beispiel falscher Gesetzgebung. Der politische Druck, so etwas einzuführen, mag zwar gross gewesen sein. Aber es ist schlechterdings nicht zu rechtfertigen, dass Personen, die unter Anhäufung von Schulden bis in die Grössenordnung von 10 Millionen Franken am Wirtschaftsverkehr unter *Ausschluss jeder persönlichen Haftung* teilnehmen, ihre Rechnungsablage nicht jährlich einem unabhängigen Dritten zur kritischen Durchsicht vorlegen müssen.

## G. Verantwortlichkeit der Organe

Der Revisionsvorschlag vom 2. Dezember 2005 möchte aus den Gründen, die im *Begleitbericht* dargestellt sind<sup>197</sup>, die *Haftung der externen Revisoren* neu summenmässig begrenzen<sup>198</sup>.

---

<sup>196</sup> *Botschaft 2004*, 3969 ff.

<sup>197</sup> *Begleitbericht 2005*, 87/88, Ziff. 3.1.48.

<sup>198</sup> Vgl. dazu *Jacques Bondallaz* (2005) 27 ff.



## 1. Neuformulierung der Verantwortlichkeitsnorm, falls ein «Plafond» erwünscht ist

Es gibt keinen Grund, einen *bestimmten Berufsstand* ein gesetzliches Haftungsprivileg einzuräumen. Sind die Gründe für eine summenmässige Haftungsbeschränkung wirklich stichhaltig – und das ist noch auszudiskutieren –, so muss die Begrenzung für *alle* Organe, also auch die Verwaltungsräte<sup>199</sup>, Geltung haben.

Tritt man auf den Vorschlag ein, so ist folgendes zu bemerken. Sicher kann und wird man über die vorgeschlagenen absoluten *Zahlenwerte* noch eingehend diskutieren; das Parlament liebt es, über zahlenmässige Schwellen zu diskutieren und wird das mit Hingebung tun.

Was aber unbedingt einer *Überarbeitung* bedarf, ist die vorgeschlagene Anknüpfung der Haftungsbeschränkung bei der *Solidarität* und die Haftungsbeschränkung «*nur*» bei «*leichtem Verschulden*»<sup>200</sup>. Diese Art der Formulierung ist ein *Schlag ins Wasser* oder kann sich gar als *kontraproduktiv* herausstellen:

- (i) Die Erfahrung zeigt, dass nach dem Eintritt des Konkurses der geprüften Gesellschaft in einem gegen die Revisionsstelle angestregten grossen *Verantwortlichkeitsprozess* dem Gericht die festgestellten Fehler der Revisoren im Lichte des Rückblicks als schwer begreiflich vorkommen. Was die Richter sehen, erscheint ihnen gerade in grossen Haftungsfällen – genau dort, wo ja künftig die relativ hohe summenmässige Begrenzung spielen sollte – als eine unverständliche Fehlleistung. Solche Feststellungen der Richter zielen nun aber bereits in den Bereich des sog. *mittleren Verschuldens*, wenn nicht gar der groben Fahrlässigkeit. Das wird in den Urteilen nur deshalb öfters nicht scharf herausgearbeitet, weil heute der Übergang vom «*leichten*» zum «*mittleren*» Verschulden gar keine prozessentscheidende Rolle spielt. Sind die übrigen Voraussetzungen einmal erfüllt, so ist die Haftung in beiden Fällen gegeben; der Milderungsgrund der *leichten Fahrlässigkeit*<sup>201</sup> spielte bisher in der bundesgerichtlichen Praxis kaum eine Rolle.

Sobald nun aber, wie vorgeschlagen, die Schwelle des «*leichten Verschuldens*» zum *Hauptkriterium* für die Haftungsbeschränkung wird, muss sich herausstellen, dass der genaue Verschuldensgrad unter die Lupe des Gerichts gerät. Das Verschulden wird dann am Schluss öfters *keineswegs* als «*leicht*» zu taxieren sein. Die neue Regelung erweist sich somit als *Schlag ins Wasser*.

---

<sup>199</sup> So Hans Caspar von der Crone (2006) 2 ff.

<sup>200</sup> Art. 759 Abs. 1<sup>bis</sup> VE-OR 2005; *Begleitbericht 2005*, 87 f., Ziff. 3.1.48.

<sup>201</sup> Art. 43 Abs. 1 OR.

- (ii) Die neue Regelung hätte übrigens eine weitere, *kontraproduktive* Auswirkung: weil das Gericht die Feinabstimmung des Verschuldensgrades künftig so exakt zu ermitteln und darzulegen hat, muss überall dort, wo auf Grund des Beweisverfahrens auf *mehr als eine leichte Fahrlässigkeit* erkannt wird, die Revisorenfirma in eine schwierige Lage auch gegenüber ihrem Versicherer geraten. Das Versicherungsvertragsrecht erlaubt, auch wenn die Versicherungsgesellschaften bisher von dieser Möglichkeit mit Zurückhaltung Gebrauch gemacht haben, bei grober Fahrlässigkeit die Versicherungsleistungen zu *kürzen*.
- (iii) Schliesslich trifft es gar nicht zu, dass die Revisoren so häufig und in so grossem Ausmass wegen der *Solidarität* mit den Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitgliedern zur Kasse kommen<sup>202</sup>. Fast alle neueren bekannten Bundesgerichtsurteile haben einen Revisor für seine *eigenen* Fehler – und nur im *Umfang seiner eigenen Fehler* – haftbar gemacht. Der Vorschlag des Vorentwurfs, der nur bei der Solidarität ansetzt, ist daher auch dogmatisch falsch und überdies wirkungslos in der Praxis.

**ANREGUNG:** Tritt man auf den Vorschlag ein, so sollte man aus diesen Gründen die neue Bestimmung aus Art. 759 OR – wo sie völlig fehlt am Platze ist – herausnehmen, und Art. 755 Abs. 2 VE-OR wie folgt formulieren:

«<sup>2</sup> Wer der Revisionshaftung untersteht, haftet höchstens bis zum Betrag von [Fr. XYZ], sofern kein schweres Verschulden vorliegt.»

Da ein gesetzliches Haftungsprivileg für einen bestimmten *Berufsstand* doch wohl kaum in Frage kommt, müsste eine analoge, alle Organe erfassende Bestimmung lauten wie folgt:

**«Art. 755a**  
*Personen, die der Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation oder der Revisionshaftung unterstehen, haften höchstens bis zum Betrag von [Fr. XYZ], sofern kein schweres Verschulden vorliegt.»*

Damit betrifft der Kampf ums Recht vor dem Gericht nicht mehr die Frage, ob die Schwelle der *leichten* Fahrlässigkeit überschritten ist oder nicht. Der Streit geht – in einem Bereich etwas stärkeren Verschuldens – darum, ob ein *mittleres* oder aber ein *schweres Verschulden* vorliegt. Schweres Verschulden liegt vor bei grober Fahrlässigkeit im strikten Sinne (völlig unbegreifliches Versagen), bei Eventualvorsatz, Vorsatz, oder gar einem konspirativen Zusammenwirken der Prüfer mit den fehlbaren Personen der Geschäftsleitung. Der Richter wird

---

<sup>202</sup> Forstmoser/Sprecher/Töndury (2005) N. 323.

angesichts des in grossen Verantwortlichkeitsfällen oft ziemlich «happigen» Beweisergebnisses Hemmungen verspüren, den beklagten Revisoren ein nur gerade «leichtes» Verschulden zuzuschreiben. Er wird jedoch eher bereit sein, es mit dem Vorwurf eines «mittleren» Verschuldens bewenden zu lassen. Dies würde die gesetzlich vorgesehene Haftungsbegrenzung nach dem hier vorgebrachten Gegenvorschlag intakt lassen. Erst wenn auch *diese* Grenze des Verschuldens überschritten ist, fällt nach beiden Formulierungen die betragsmässige Haftungsbegrenzung weg, und zudem wird dann auch eine Kürzung der Versicherungsleistung möglich.

## 2. Business Judgment Rule

Von wesentlich grösserer Bedeutung wäre im Verantwortlichkeitsrecht eine ganz andere Neuerung: die Verankerung der «*business judgment rule*»<sup>203</sup> im Gesetz, so wie dies in Deutschland im vergangenen Jahr geschehen ist<sup>204</sup>.

**ANREGUNG:** Man könnte sich für das Schweizer Recht, als erste Annäherung an eine definitive Fassung, die folgende Formulierung vorstellen (unterzubringen in Art. 754 Abs. 3 oder Art. 717 Abs. 3 OR):

*«Ein nach den Umständen vertretbarer Entschluss gilt als sorgfältig gefasst, wenn er in guten Treuen gestützt auf angemessene Informationen und in einem ordnungsgemässen Verfahren zu Stande gekommen ist.»*

Darin sind fünf Elemente abgedeckt: (i) der Entschluss muss in inhaltlicher Hinsicht jedenfalls einer von mehreren vernünftig begründbaren Varianten entsprechen; (ii) dabei ist ein die zwingende *Rechtsordnung* verletzender Entschluss vornherein nicht vertretbar, (iii) ein *gegen das Gesellschaftsinteresse* verstossender auch nicht, und (iv) ein im *Interessenkonflikt* zu Stande gekommener Entschluss ist, wenn nicht ein ordnungsgemässes Verfahren dieses Problem gelöst hat, ebenfalls nicht sorgfältig gefasst». Das fünfte Element ist dann (v) die aus damaliger Sicht angemessene Information.

---

<sup>203</sup> Stark an das US-amerikanische Recht angelehnt die wegweisenden Ausführungen von *Andrea R. Grass* (1998) 81 ff.; *Joachim Frick* (2003) 515 ff. – In einer mit der Schweizer Rechtstradition vereinbaren Ausprägung, vgl. *Peter Böckli* (2004) § 13 N. 584 ff.

<sup>204</sup> § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG 2005, BGBl. I (2005) 2802.

## H. Rechnungslegung

Bei allem Respekt vor der erbrachten Leistung muss doch festgestellt werden, dass hier noch *erhebliche weitere Redaktions- und Nachschliffarbeit* unerlässlich ist. Zwei Punkte der Vorlage seien herausgegriffen:

### 1. Gemisch von «modernisierter Käfer-Rechnungslegung» einerseits und «IFRS» andererseits

Die mindestens drei dutzend Modernisierungen, die der Vorentwurf sowohl am heutigen, rudimentären Buchführungsrecht wie auch an den 1991 nur halbherzig nachgeführten Rechnungslegungsvorschriften des Aktienrechts vornimmt<sup>205</sup>, sind praktisch alle zu begrüßen. Es wäre heute denn auch kaum mehr möglich, eine ganze Reihe folgenreicher *Grundentscheidungen der internationalen Rechnungslegung*<sup>206</sup> im inländischen Recht zu ignorieren.

Drei grosse Weichenstellungen der modernen Rechnungslegung kommen nun in unser internes Recht hinein:

- (i) *Art. 958b Abs. 1 Ziff. 3*: das **Verbot der periodenwidrigen Verbuchung** von Aufwand und Ertrag;
- (ii) *Art. 960 Abs. 2*<sup>207</sup>: das Verbot der Bildung stiller Reserven durch *bewusste Unterbewertungen* oder Bilanzierung **fiktiver Verpflichtungen**;
- (iii) *Art. 959 Abs. 4*: das Gebot der Erfassung von *Verbindlichkeiten* (und namentlich *Rückstellungen*) nach dem inzwischen weltweit verwendeten **IFRS-«Dreiertest»**, d.h. nur dann, aber immer dann, wenn sie (1) durch *vergangene* Ereignisse bewirkt wurden, (2) ein Mittelabfluss *wahrscheinlich* ist, und (3) ihre Höhe *verlässlich geschätzt* werden kann<sup>208</sup>.

Der *Begleitbericht* arbeitet jedoch die weit reichenden Folgen selbst dieser beschränkten Übernahme von zentralen IFRS-Grundsätzen keineswegs hinreichend heraus. Es ist z.B. nicht klar, ob das von der IFRS aufgestellte strenge Prinzip auch übernommen wird, wonach eine Rückstellung notwendig, aber auch nur erlaubt ist, wenn die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des befürchteten Zahlungsmittelabflusses *mehr als 50 %* beträgt. Dieser Punkt hat sehr grosse Folgen, sowohl für die Handelsbilanz wie vor allem die Gewinnsteuer.

---

<sup>205</sup> Art. 662a ff. OR 1991.

<sup>206</sup> Vgl. *Peter Böckli* (2005).

<sup>207</sup> In Verbindung mit Art. 959 Abs. 4 Satz 3 VE-OR 2005.

<sup>208</sup> Im Original, IAS 37 para. 2, vgl. *Peter Böckli* (2005) N. 438.

**ANREGUNG:** Das *methodische Amalgam*, das in der Aufmischung einer herkömmlichen Rechnungslegung «Typ Käfer» mit der Methodik «Typ IFRS» vorliegt, bedarf einer zusätzlichen sorgfältigen Überarbeitung, bevor der Text ans Parlament weitergeleitet wird. Die von den Fachspezialisten vorgebrachten Einwendungen sollten in einer kleinen Expertengruppe ausgewertet werden.

## 2. Vermeidung eines «umgekehrten Massgeblichkeitsprinzips»

Besonders weit reichende und schädliche Folgen könnte der vorgeschlagene *Artikel 960f* des Vorentwurfs haben. So, wie der Wortlaut heute dasteht, kann darin eine Festschreibung des sog. «*umgekehrten Massgeblichkeitsprinzips*» herausgelesen werden: nicht der handelsrechtliche Jahresabschluss ist (unter Vorbehalt von genau eingegrenzten *Korrekturmöglichkeiten* der Steuerbehörde) massgeblich für die Bemessungsgrundlage der Gewinnsteuer, sondern, *umgekehrt*, die Steuerbehörde bestimmt den handelsrechtlichen Jahresabschluss.

Darin liegen unabsehbare Möglichkeiten einer interventionistischen Steuerpraxis. Zudem gibt es in der Schweiz drei Bundessteuerrechte, Direkte Bundessteuer, Verrechnungstreuer, Mehrwertsteuer), und 26 kantonale Steuerrechte. Dabei weichen trotz Steuerharmonisierung die kantonalen Praxen ausgerechnet im Bereich der «*Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen*» (Art. 960f) ausserordentlich weit von einander ab. Die «real existierende» Schweizer Veranlagungspraxis ist sogar im Bereich der direkten Bundessteuer selbst in einer für den aussen Stehenden kaum vorstellbaren Weise uneinheitlich.

**ANREGUNG:** Streichung von Art. 960f des Vorentwurfs.

## 3. Beibehaltung der überholten und fragwürdigen «Stille-Reserven»-Praktiken zur Verzerrung des Periodenerfolgs<sup>209</sup>

Über methodologische Unebenheiten hinaus enthält der Vorentwurf eine *Bruchstelle*, die nicht nur stört, sondern unerträglich ist.

- a) Mitten in dem neuen, wie gesagt, stark durch gewisse IFRS-Prinzipien disziplinierten Rechnungslegungsrecht will der Vorentwurf äusserst fragwürdige «*stille Reserve*»-Praktiken zulassen, und zwar auch bei den

---

<sup>209</sup> Art. 961/961a VE-OR 2005.

*wirtschaftlich bedeutenden Aktiengesellschaften*<sup>210</sup>. Es sind u.a. die folgenden drei Bestimmungen:

- (i) *Rückstellungen* dürfen auch dann zu Lasten der Erfolgsrechnung gebildet werden, wenn ihnen *kein* erfassbarer künftiger Aufwand entspricht – schlicht zur «Sicherung des dauernden Gedeihens des Unternehmens»<sup>211</sup>;
- (ii) eine geradezu schockierende Abweichung von den Grundsätzen der periodengerechten Erfassung von Aufwand und Ertrag soll weiterhin gelten: *nicht mehr begründete Rückstellungen müssen nicht aufgelöst werden*<sup>212</sup> (d.h. sie können still und ohne Ertragserfassung zu fiktiven Rückstellungen gemacht werden);
- (iii) die *Auflösung stiller Reserven* muss – in einer Verschlimmbesserung gegenüber dem Recht von 1991 – auch dann *nicht im Anhang offengelegt* werden<sup>213</sup>, wenn dadurch das erwirtschaftete Ergebnis wesentlich *günstiger* dargestellt wird<sup>214</sup>.

Dies ist nichts anderes als ein *Rückfall in üble «stille-Reserven»-Praktiken*<sup>215</sup>. Derartige Manipulationen von Erfolgsrechnung und Bilanz haben sich längst als unsinnige Verschleierungsspiele herausgestellt; ***nicht nur nutzen sie nicht, sondern sie schaden in Tat und Wahrheit dem «dauernden Gedeihen eines Unternehmens».***

Ausserdem widersprechen die drei genannten «Sündenfälle» des Vorentwurfs den von ihm selbst aufgestellten *Grundsätzen*. Es ist augenfällig, dass ein Jahresabschluss, in dem fiktive Rückstellungen zu Lasten des Jahreserfolges gebildet worden sind<sup>216</sup> und in dem tatsächlich überflüssig gewordenen Rückstellungen nicht aufgelöst werden<sup>217</sup> (so dass sie mitten im Bilanzabschnitt «Fremdkapital»<sup>218</sup> als verdeckte Eigenkapitalposten ste-

---

<sup>210</sup> Die Bestimmungen zur «*Rechnungslegung für grosse Unternehmen*» in Art. 961, 961a und 961b VE-OR 2005 enthalten kein Verbot solcher Praktiken.

<sup>211</sup> Art. 960e Abs. 3 Ziff. 4 VE-OR 2005.

<sup>212</sup> Art. 960e Abs. 4 Satz 1 VE-OR 2005.

<sup>213</sup> Art. 959c Abs. 2 und Art. 961/961a VE-OR 2005 enthalten keine der heutigen Ziff. 8 (am Ende) von Art. 663b OR 1991 entsprechende Bestimmung mehr.

<sup>214</sup> Heute Art. 663b Ziff. 8 (am Ende) OR 1991.

<sup>215</sup> Vgl. die Kritik u.a. bei *Peter Böckli* (2004) § 8 N. 538 ff.

<sup>216</sup> Art. 960e Abs. 3 Ziff. 4 und Abs. 4 VE-OR 2005.

<sup>217</sup> Art. 960a Abs. 4 Satz 2 und Art. 960e Abs. 4 VE-OR 2005.

<sup>218</sup> Art. 959a Abs. 2 Ziff. 2 VE-OR 2005.

hen bleiben), Aufwand und Ertrag nicht *periodengerecht und nicht tatsachenkonform* ausweist. Genau das aber – einen wahrheitsgemässen Ausweis von Ertrag und Aufwand in strenger Periodenabgrenzung – verlangt der Vorentwurf<sup>219</sup>.

Die Sache wird noch schlimmer durch den erwähnten *dritten Sündenfall*, die Aufhebung der immerhin seit 1991 *obligatorischen Offenlegung der Auflösung von stillen Reserven*, wenn immer das erwirtschaftete Ergebnis durch die Reservenauflösung wesentlich günstiger dargestellt wird<sup>220</sup>. In der Tat: Sollte wirklich ein «Schönen» des Gewinnausweises auch im Anhang nicht mehr transparent gemacht werden müssen, ist ein Zustand erreicht, wie er der Mentalität des OR 1936 unseligen Angedenkens entsprochen hatte.

Ein solcher Jahresabschluss stellt die Ertragslage der in Frage stehenden Periode nicht so dar, dass Dritte, wie der vorgeschlagene Art. 958 es verlangt, sich ein *zuverlässiges Urteil* über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens bilden können<sup>221</sup>.

- b) Die drei «*Sündenfälle*» im Vorentwurf kommen völlig überraschend. Es bleibt zu hoffen, dass die Botschaft oder schlimmstenfalls noch das Parlament diese *gravierenden* Mängel zu beheben vermag<sup>222</sup>.

#### **ANREGUNGEN:**

- Streichung von Art. 960e Abs. 3 Ziff. 4 und Abs. 4 Satz 1 sowie Art. 960a Abs. 4 Satz 2 des Vorentwurfs;
- Neuformulierung von Art. 960e Abs. 4 Satz 1 des Vorentwurfs;
- Aufrechterhaltung der Pflicht zur Offenlegung der Auflösung stiller Reserven, wenn diese das erwirtschaftete Ergebnis wesentlich beeinflussen.

---

<sup>219</sup> Art. 958b Abs. 1 Ziff. 3 VE-OR 2005.

<sup>220</sup> Art. 663b Ziff. 8 OR 1991.

<sup>221</sup> Art. 958 Abs. 1 VE-OR 2005.

<sup>222</sup> Jene, die meinen, diese drei «*Sündenfälle*» seien nötig, um den *Steuerbehörden* weiterhin einen «nach unten frisierten» Abschluss vorlegen zu können, täuschen sich. Sowohl der uralte Trick einer Bildung stiller Reserven durch übertriebene Rückstellungen wie auch der fast so alte Trick übersetzter Abschreibungen ist in den heute bestens informierten Steuerämtern bei jeder Veranlagung Gegenstand sorgfältiger Abklärungen, was auch immer künftig im unheilvollen Art. 960e stehen wird.

#### IV. SCHLUSSWORT

Nach den verschiedenen Kritikpunkten ist festzustellen: die Vorlage vom 2. Dezember 2005 ist *insgesamt ein diskussionswürdiges Werk*, das uns im «*aggiornamento*» unseres Aktien- und Rechnungslegungsrechts einige wenige grosse und viele kleine Schritte weiter bringt. Ich begrüsse insoweit diese Vorlage sehr und danke Ihnen für die ergriffene Initiative. Der Vorentwurf enthält aber auch eine beachtliche Zahl von Mängeln bzw. kritikwürdigen oder noch unausgereiften Vorschlägen. Es bleibt zu hoffen, dass Ihr Departement offen bleibt für Verbesserungsvorschläge, die von Seiten sowohl der Wissenschaft wie auch der Praktiker eingehen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Prof. Dr. Peter Böckli



GENERALVERSAMMLUNG VOM [DATUM] IN [ORT]

## VOLLMACHT UND WEISUNG

grünes Formular

Ich nehme an der Generalversammlung **nicht teil und beauftrage und bevollmächtige** den unabhängigen Stimmrechtsvertreter, mich mit allen auf meinen Namen im Aktienregister mit Stimmrecht eingetragenen Aktien an der Generalversammlung zu vertreten.

Ich erteile dabei dem Stimmrechtsvertreter folgende **Weisung**:

**Zustimmung** zu den Anträgen des Verwaltungsrates.

Datum: \_\_\_\_\_

Unterschrift: \_\_\_\_\_

GENERALVERSAMMLUNG VOM [DATUM] IN [ORT]

## VOLLMACHT UND WEISUNG

rotes Formular

Ich nehme an der Generalversammlung **nicht teil und beauftrage und bevollmächtige** den unabhängigen Stimmrechtsvertreter, mich mit allen auf meinen Namen im Aktienregister mit Stimmrecht eingetragenen Aktien an der Generalversammlung zu vertreten.

Ich erteile dabei dem Stimmrechtsvertreter folgende **Weisung**:

- Ablehnung** der Anträge des Verwaltungsrates;
- Besondere **Einzelweisungen** gemäss meinen Angaben auf der Rückseite dieses Blattes.

Datum: \_\_\_\_\_

Unterschrift: \_\_\_\_\_

## LITERATURHINWEISE

- Begleitbericht* des EJPD zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005 (Vernehmlassungsvorlage)
- Böckli Peter*, Schweizer Aktienrecht, 2. A. Zürich 1996
- Revisionsfelder im Aktienrecht und Corporate Governance, ZBJV 138 (2002) 709 ff.
  - Schweizer Aktienrecht, 3. A. Zürich 2004
  - Einführung in die IFRS/IAS, Schriften zum Aktienrecht 16, 2. A. Zürich 2005
- Böckli/Huguenin/Dessemontet*, Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts vom 30. September 2003, Schriften zum Aktienrecht 21, Zürich 2004
- Bondallaz Jacques*, La responsabilité solidaire des réviseurs de sociétés anonymes (art. 755/759 CO): considérations «de lege ferenda», REPRAX 7 (2005) 3/27 ff.
- Botschaft 1983*, Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745 ff. (zit. nach Sonderdruck)
- Botschaft 2004*, Botschaft des Bundesrates vom 23. Juni 2004 zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren, BBl 2004, 3969 ff.
- Camponovo Rico A.*, Wann ist die offensichtliche Überschuldung offensichtlich?, ST 79 (2005) 543 ff.
- Dürr Roger*, Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerungen. Unter besonderer Berücksichtigung übermässiger Entschädigungen an Mitglieder des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung, Diss. Zürich 2005
- economiesuisse* (Hrsg.), *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance vom 25. März 2002*, Zürich 2002
- Expertenbericht Corporate Governance*, siehe *Böckli/Huguenin/Dessemontet*
- Forstmoser Peter*, Der Richter als Krisenmanager? Überlegungen zu Art. 725 f OR, in: Forstmoser/Honsell et al. (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis: Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht – Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, 263 ff.
- Forstmoser/Sprecher/Töndury*, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht. Risiken und ihre Minimierung, Zürich/Basel/Genf 2005

- Frick Joachim*, Die Business Judgment Rule als Beitrag zur Systematisierung des Verantwortlichkeitsrechts, in: Festschrift Peter Forstmoser, Zürich 2003, 509 ff.
- Grass Andrea R.*, Business Judgment Rule. Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, Diss. Zürich 1998
- Hofstetter Karl*, Modernere Spielregeln für die Aktionärsdemokratie, NZZ Nr. 99 vom 29. April 2006, 33
- Krneta Georg*, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. A. Bern 2005
- Leuenberger Matthias A.*, Die Anonymität des Inhaberaktionärs, Diss. Bern 1996
- Merle Philippe*, Droit commercial – Sociétés commerciales, 10. A. Paris 2005
- Nobel/Groner* Aktienrechtliche Entscheide, 3. A. Bern 2006
- VE-RRG 1998, Vorentwürfe und Begleitbericht zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung (RRG) und zu einer Verordnung über die Zulassung von Abschlussprüfern (VZA), 29. Juni 1998 (Kommission Mengiardi)
- Stiefel Christian*, Veränderte Aufgaben der Revisionsfirmen. Klare Abgrenzung der Verantwortlichkeiten, NZZ Nr. 9 vom 12. Januar 2006, 29
- VE-OR 2005, Vorentwurf des EJPD vom 2. Dezember 2005 zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht (Vernehmlassungsvorlage)
- Volkart Rudolf*, Corporate Finance, Zürich 2003
- von der Crone Hans Caspar*, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Nennwertlose Aktien, REPRAX 4 (2002) 1/1 ff.
- Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Stimmrechtsvertretung/Dispoaktien, REPRAX 5 (2003) 2/1 ff.
  - Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 78 (2006) 2 ff.
- Watter Rolf*, Kommentar zu Art. 716a, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. A. Basel/Genf/München 2002

**Dr. oec. HSG Max Boemle**  
em. Professor an den Universitäten  
Freiburg und Lausanne

3084 Wabern, 1. Juni 2006  
Mohnstrasse 108  
Tel 031 964 22 05  
Fax 031 964 22 06

Bundesamt für Justiz  
Eidg. Amt für das Handelsregister  
3003 Bern

## **Vernehmlassung Aktienrechtsrevision / Vorentwurf vom 2. Dezember 2005**

### **32. Titel: Die kaufmännische Buchführung**

Sehr geehrte Damen und Herren

Zur Neufassung des gesamten Buchführungs- und Rechnungslegungsrechts erlaube ich mir folgende Bemerkungen:

#### **1. Grundsätzliches**

Es ist sehr zu begrüßen, dass auf ein eigenständiges Gesetz zur kaufmännischen Buchführung und Rechnungslegung - in Abweichung zum VE RRG vom 16.11.1998 - verzichtet wird. Dies ist für mich umso erfreulicher, als ich bereits in meinem Schreiben an Ihr Amt vom 4. Februar 2003 die Beschränkung auf eine Teilrevision des 32. Titels des OR in Verbindung mit der Revision von OR 652 ff. angeregt habe.

Mit der Gliederung in die fünf vorgeschlagenen Abschnitte wird die Materie klar strukturiert. Damit unterscheidet sich der VE 2005 vorteilhaft von der Gliederung des 1. - 3. Titels des VE RRG. Ferner ist insbesondere zu begrüßen, dass der Sammelbegriff "Organisation" für die Buchführungspflichtigen nicht mehr verwendet wird und durch "Unternehmen" ersetzt worden ist.

#### **2. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen**

##### **2.1 Grundsätze ordnungsmässiger Rechnungslegung**

Seit Leffson (Grundsätze ordnungsmässiger Buchführung. Düsseldorf 1987, 7. Aufl.) unterscheidet die Lehre einerseits zwischen Grundlagen oder zu Grunde liegende Annahmen, bzw. Prämissen (Underlying Assumptions) und andererseits Grundsätzen oder qualitative Anforderungen an die Rechnungslegung. Nachdem OR 958a neu eine **Grundlage**, nämlich die **Annahme der Fortführung** (Going concern) ausdrücklich fest-

legt, wäre es sinnvoll, auch die **zeitliche und sachliche Abgrenzung** (Accrual Basis) in diesem Artikel zu regeln. Der Grundsatz nach Ziffer 3 (periodengerechte Zuordnung von Aufwand und Ertrag) ist gemäss Regelwerken eine Grundlage (Grundannahme) und steht mit dem Going-concern-Prinzip von OR 958a auf der gleichen Stufe (Leffson, a.a.O., Seite 188 sowie Behr, G.: Rechnungslegung 2005, Seite 74). VE OR 958b sollte deshalb unter dem Blickwinkel einer Übereinstimmung mit diesen Normen überprüft werden. Mit dieser Umstellung ergäbe sich ebenfalls eine weitgehende Übereinstimmung mit dem Begriff "Grundlagen" der Rahmenkonzepten IAS (Ziffer 22) und Swiss GAAP FER (Ziffer 11 und 12).

Weshalb fehlen

- der **Grundsatz der Klarheit**, den die EU-Richtlinie (EWG 78/660, Art. 2, Ziffer 2) an erster Stelle der Anforderungen an die Rechnungslegung in Übereinstimmung mit dem gesamten betriebswirtschaftlichen Schrifttum (Leffson, a.a.O., Seite 207) stellt. Behr (a.a.O., Seite 85) bemerkt zutreffend, dass die Verlässlichkeit (VE OR 958b, Ziffer 2) eng mit der Klarheit zusammenhängt.
- der **Grundsatz der wirtschaftlichen Betrachtungsweise** (Substance over Form). Dieser ist sowohl in der Gesetzgebung (BankV 24, Abs. 2, Buchstabe k, RRV-EBK Ziffer 10) als auch in allen Rechnungslegungsnormenwerken (IAS-Rahmenkonzept, Ziffer 35, Swiss GAAP FER-Rahmenkonzept, Ziffer 10) festgehalten!

## **2.2 Mindestgliederung der Bilanz (VE OR 959)**

### **2.2.1 Positionen des Umlaufvermögens**

Es fehlt eine Position, wie sie im VE RRG als "kurzfristig gehaltene Werte mit Börsenkurs" vorgesehen war. Zwar enthält das Gliederungsschema IAS 1 keine entsprechende Position, sondern nur unter den langfristigen Aktiven "finanzielle Vermögenswerte" (IAS 1 Ziffer 68, Buchstabe d). Allerdings wird der separate Ausweis von "Vermögenswerten, die gemäss IFRS 5 als "zur Veräusserung gehalten" klassifiziert werden, verlangt (IAS 1, 68a, deutschsprachige EU-Fassung). Nachdem die Mehrzahl der Gesellschaften in ihren IFRS-Bilanzen im Umlaufvermögen "Wertschriften" oder "andere kurzfristige finanzielle Vermögenswerte" ausweisen, sollte in der Mindestgliederung eine entsprechende Position ausdrücklich vorgesehen werden.

### **2.2.2 Passiven**

#### **Ziffer 2b**

Die in dieser Ziffer vorgesehene Zusammenfassung von Rückstellungen (= Verbindlichkeiten) und "vom Gesetz vorgesehene **Rücklagen**" (= Eigenkapital) ist ein klarer Widerspruch zur Klarheit, welcher Grundsatz m.E. - trotz Nichterwähnung in VE OR 958b -

nach wie vor zu beachten ist. Es ist auch nicht einsichtig, welche "anderen Rücklagen" vom Gesetz vorgesehen sind. Die Arbeitsbeschaffungsreserve ist - solange sie noch besteht - unzweifelhaft Bestandteil der Gewinnreserve. Reserven für eigene Aktien und die Aufwertungsreserven gibt es nicht mehr. Mit der Position VE OR 959a, Abs. 2 fällt der Gesetzgeber 2006 auf die fachlich unkorrekte Terminologie des Aktienrechts 1936 zurück, welches in aOR. 670 II 2 Rückstellungen und Rücklagen verwechselt hat. Mit dieser Ziffer 2b würde die schweizerische Gesetzgebung über das Buchführungsrecht schlicht zum Spottobjekt der internationalen Fachwelt.

## **2.3 Mindestgliederung der Erfolgsrechnung (VE OR 959b)**

### **2.3.1 Ertragssteuern**

Es fällt auf, dass gegenüber dem VE RRG Art. 19 die Steuern überhaupt nicht mehr getrennt ausgewiesen werden müssen. Dies ist ein gravierender Mangel und widerspricht sowohl den EU-Richtlinien (Art. 23 sieht sogar drei Positionen vor, nämlich Steuern auf das ordentliche, das ausserordentliche Ergebnis und sonstige Steuern). Auch nach IFRS (IAS 1 Ziffer 81) und Swiss GAAP FER 11 müssen Ertragssteuern offengelegt werden.

Der Verzicht auf den Ausweis der Ertragssteuern ist auch aus der Sicht der rechnungslegenden Unternehmung umso unverständlicher, als sich die Unternehmen ja im allgemeinen über die Höhe der Steuerbelastung beklagen. Falls diese Klagen berechtigt sind, besteht überhaupt kein Anlass, in der Jahresrechnung Dritten die Information über die Belastung mit Ertragssteuern zu verweigern.

### **2.3.2 Ziffer 3: Personalaufwand - Aktienbasierte Vergütungen**

Die Vorschrift in VE OR 959b Absatz 4 über die Erfassung der Zuteilung von Optionen auf Beteiligungsrechten, die in den Personalaufwand einzubeziehen sind, sollte mit einer Bestimmung über die Bewertung (z.B. zum Steuerwert im statutarischen Abschluss und zum Marktwert im Konzernabschluss) ergänzt werden.

### **2.3.3 Ausserordentlicher Aufwand und Ertrag**

Es ist zweckmässig, dass ausserordentliche Posten direkt aus der Erfolgsrechnung ersichtlich sind und nicht - wie nach IAS 1 - erst bei der Lektüre des Anhangs "entdeckt" werden. Anträgen auf Streichung dieser Positionen unter Hinweis auf IAS sollte deshalb unter keinen Umständen stattgegeben werden.

### **2.3.4 Betriebsfremder Aufwand und Ertrag**

Es ist zu bedauern, dass gegenüber dem bisherigen Mindestgliederungsschema ein Rückschritt erfolgt und diese Position nach neuem Recht mit den betrieblichen Positionen vermengt werden kann.

### **2.3.5 Anhang (VE OR 959c)**

#### **Unklarheit bezüglich Verzicht auf Ziffer 8 im OR 663b: Nettoauflösung stiller Reserven**

Es fällt auf, dass die allerdings unglücklich formulierte Bestimmung von OR 663b Ziffer 8 (die sachlich zutreffendere Fassung enthält BankV 24, Ziffer 4) ersatzlos entfällt. Wenn die Autoren des VE der Auffassung waren, nachdem in VE OR 960 II die Bildung von "gewillkürten Reserven" untersagt sei, könnten solche auch nicht mehr "still" aufgelöst werden, liegt ein Missverständnis vor. In der Fachliteratur und in der Praxis ist es unbestritten, dass die Grenze zwischen den "gewillkürten Reserven" und den Ermessensreserven fließend ist. Stille Ermessensreserven bleiben zulässig und können demnach bei Bedarf auch still aufgelöst werden (zu den Begriffen vgl. die Ausführungen unter Ziffer 2.3.6). VE OR 960 II schliesst deshalb m.E. eine versteckte Auflösung von anderen, nicht als gewillkürte Reserven definierte stille Reserven nicht aus. Sollte die Auffassung vertreten werden, auf Ziffer 8 nach geltendem Recht könne verzichtet werden, weil neu - gestützt auf die strengere Generalnorm von VE OR 958 I - aufgelöste Reserven, wie es fachlich korrekt wäre und deshalb von der RRV/EBK VI, Ziffer 2.5) auch für die Banken zwingend vorgeschrieben ist, im ausserordentlichen Ertrag zu erfassen sind, müsste dies auch klar festgehalten werden.

### **2.3.6 Bewertung (VE OR 960)**

Eine wesentliche Neuerung bringt VE OR 960 II mit der Einschränkung, dass der Grundsatz der vorsichtigen Bewertung nicht zur Bildung von "gewillkürten Reserven" führen darf. Der Gesetzgeber will offenkundig die Bezeichnung "stille Reserven" vermeiden und kreiert zu diesem Zweck einen neuen Begriff, ohne diesen jedoch näher zu umschreiben. Eine begriffliche Klarstellung erscheint angesichts der unterschiedlichen Lehrmeinungen jedoch unerlässlich.

Stille Reserven, d.h. die Bewertung von Aktiven unter ihrem gesetzlichen Höchstwert oder von Verbindlichkeiten über dem gesetzlichen Mindestwert durch die bewusste Erhöhung des Aufwandes, sind seit Jahrzehnten Kernpunkt der juristischen und betriebswirtschaftlichen Diskussionen um die Gestaltung des Jahresabschlusses. In der Schweiz war die Diskussion wegen der im Aktienrecht 1936 eingeräumten, praktisch unbeschränkten Möglichkeit zur stillen Bildung und Auflösung solcher Eigenkapitalbestandteile bekanntlich besonders intensiv und kontrovers. Es fällt auf, dass in der ersten Zeit nach Inkrafttreten der Regelung von aOR 663 nur von stillen Reserven die Rede war, ohne Differenzierung nach verschiedenen Arten. Einzig Folliet (Le bilan, Lausanne, 1954, Seite 338) hat eine Unterscheidung vorgenommen zwischen "réserves cachées", bei denen nur der Betrag, nicht aber der Bestand verheimlicht wird - wie die Pro-Memoria-Posten auf der Aktivseite - und "réserves dissimulées", bei denen sowohl das Vorhandensein wie die Höhe geheim bleiben, z.B. stille Reserven auf Vorräten und



Wertschriften. Gautschi erachtete eine Unterscheidung nach den beiden Varianten nicht als sinnvoll (Expertengutachten, Seite 280). In der deutschsprachigen Fachliteratur wurde in den 1960er Jahren die Unterscheidung zwischen **stillen Reserven im engeren Sinn**, welche bei Bewertungsentscheiden zwecks Gewinnschmälerung gebildet werden und **stillen Reserven im weiteren Sinne**, welche automatisch als Folge von Marktpreissteigerungen entstehen und deshalb als **stille Zwangsreserven** bezeichnet werden (Heinen, E.: Handelsbilanzen, 1960, Seite 212), gemacht. Im schweizerischen Schrifttum wurde für die erste Variante der Begriff der **Verwaltungsreserven** geprägt (so bei von Greyerz, Ch.: Die Aktiengesellschaft, Basel 1982, Seite 237).

Im Zwischenbericht 1971 der Arbeitsgruppe Aktienrechtsrevision werden erstmals die heute allgemein bekannten drei Varianten (Zwangsreserven, Ermessensreserven - die durch Bewertungen entstehen, die sich später als zu vorsichtig erweisen - und Verwaltungsreserven) aufgeführt. Sie gingen auch in die Botschaft 1983 (Ziffer 209.43) ein.

In der deutschen Fachliteratur wird noch zwischen Schätzungsreserven aus ungenauen Bewertungen und Ermessensreserven (Ausnützen von gesetzlichen Bewertungsfreiräumen) unterschieden.

Lediglich der Kuriosität halber sei noch auf das Revisionshandbuch 1979 (Seite 124) hingewiesen, welches wohl Folliet folgend auch das Kriterium "Bekanntsein" einführt und darnach drei Varianten unterscheidet: Stille Reserven, die nur der Geschäftsleitung, solche, die auch dem Verwaltungsrat bekannt sind sowie jene, welche der Generalversammlung mehr oder weniger offengelegt werden!

Weil es im deutschen Aktienrecht keine "Verwaltung" gibt, ist in der deutschen Lehre die Bezeichnung stille Verwaltungsreserven nicht denkbar. Für diese Kategorie wurde deshalb - weil sie vom Willen des Bilanzierenden abhängig sind - schon in den 1950er Jahren von den Betriebswirtschaftern E. Kosiol und K. Hax die allerdings missverständliche Bezeichnung "**Willkürreserven**" geprägt. Dieser Begriff ist in der Fachliteratur jedoch umstritten. So stellt Leffson (a.a.O., Seite 204) z.B. die zentrale Frage, "wo in concreto die Willkür beginnt". Auch wird zu Recht darauf hingewiesen, dass diese ja nicht willkürlich d.h. zufallsabhängig sind, sondern durch die bewusste Erhöhung des Aufwandes - gestützt auf rationale Überlegungen zur Gestaltung des Gewinnausweises - geplant werden (Seicht, G.: Handwörterbuch unbestimmter Rechtsbegriffe, Köln 1986, Seite 284). Auch Käfer, K.: (Kommentar zu OR 960, Anm. 185) bemerkt, die sog. Willkürreserven würden besser "stille Dispositionsreserven" genannt, wobei sein Vorschlag allerdings eine Differenz zu der in Deutschland üblichen Terminologie schafft, welche darunter jene stillen Reserven versteht, welche bei der Ausnützung gesetzlicher Bewertungsfreiräume entstehen (Seicht, G.: a.a.O.). Bossard (Kommentar zu OR 959, Ziffer 89) betrachtet den Begriff Willkürreserve als "despektierlich" und die Rechtslage sowie

den Sachverhalt verkennend, weshalb er von stillen Absichtsreserven spricht. Grundsätzlich ist es zweckmässig, mit dieser neuen Bestimmung im Hinblick auf das Ziel der Rechnungslegung eine zielkonforme Bewertung vorzuschreiben. Anstelle des neuen und wie erwähnt kontroversen Begriffs "gewillkürte Reserven" sollte das unzulässige Vorgehen zur Bewertung umschrieben werden. Die Ungewissheit, welche mit jedem Bewertungsvorgang verbunden ist, darf nicht absichtlich zur Kürzung des auszuweisenden Gewinns durch Unterbewertung von Aktiven oder Überbewertung von Passiven eingesetzt werden. Die Bestimmung könnte wie folgt formuliert werden: "Die vorsichtige Bewertung darf nicht dazu führen, die zuverlässige Beurteilung der Ertrags- und Vermögenslage zu verhindern."

Das zur Illustration des Verbotes der gewillkürten Reserven erwähnte Beispiel (Bericht Seite 106) ist allerdings ungeeignet und für die Rechnungslegungspraxis nicht repräsentativ. Es wäre aussagekräftiger gewesen, wenn der Begleitbericht zur Frage Stellung genommen hätte, wie es sich unter der neuen Norm des VE OR 960 II mit der Sofort- oder Einmalabschreibung von Sachanlagen oder der direkten Verbuchung von wesentlichen Neuanschaffungen über Fabrikationsaufwand verhält. Ich könnte Beispiele von Jahresabschlüssen mit regelmässiger Sofortabschreibung auf Sachanlagen erwähnen, welche von der Revisionsstelle sogar das True-and-Fair-View-Testat erhalten haben! Diese Praxis der Sofortabschreibung ist weit verbreitet und wird - in beschränktem Rahmen, z.B. von der Abschreibungsverordnung des Kantons Bern vom 18. Oktober 2000, Art. 13 - auch für die Steuerbilanz akzeptiert. Wie verhält es sich in diesem Zusammenhang mit dem unbestrittenen Grundsatz der Massgeblichkeit der Handelsbilanz? Böckli (Aktienrecht 2006, Seite 787) vertritt bekanntlich die Auffassung, solche Pro-Memoria-Posten seien als Verstoss gegen die Grundsätze ordnungsmässiger Rechnungslegung zu betrachten. Er steht damit jedoch - wie die vor allem in KMU verbreitete Abschreibungspraxis zeigt - allein auf weiter Flur. Wird seine Auffassung mit VE 960 II nun ausdrücklich vom Gesetzgeber übernommen?

#### **VE OR 960e, Ziffer 4:**

Die Bestimmung, wonach nicht mehr begründete Rückstellungen nicht aufgelöst werden müssen, steht im eklatanten Widerspruch zur Generalnorm VE OR 958 I. Der Beurteilung dieses Vorgangs von Böckli (a.a.O., Seite 903) ist auch aus betriebswirtschaftlicher Sicht nichts beizufügen!

Für ergänzende Ausführungen und Begründungen stehe ich selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

Prof. Dr. Max Boemle

Genève, le 26 mai 2006

OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE  
Division des projets de législation  
Droit des obligations  
3003-BERNE

Concerne: Révision du droit de la société anonyme et du droit comptable dans le code des obligations

Messieurs,

Ayant enseigné le droit comptable de 1973 à 1988 dans le cadre du cours sur les "problèmes juridiques, comptables et fiscaux de l'entreprise" à la Faculté des Sciences économiques et sociales de l'Université de Genève, je me permets de formuler les commentaires suivants sur l'avant-projet mis en consultation relatif à la réforme du droit comptable:

J'approuve entièrement la nouvelle conception du droit comptable, ce d'autant plus que je constatais déjà en 1976 dans les conclusions de mon ouvrage sur le "Principe de sincérité du bilan" (p.494) qu'il n'était pas souhaitable que les entreprises soient soumises, selon leur forme juridique, à des principes généraux dissemblables pour l'établissement de leur bilan. Je proposais alors une harmonisation des dispositions légales sur la comptabilité (p.497).

Sous le ch. 2.5.1 des commentaires, vous mentionnez que les règles générales des art. 957 ss CO, qui datent de 1936, sont extrêmement lacunaires pour ne pas dire désuètes. S'il est exact que lesdites règles sont lacunaires (selon la volonté et le choix du législateur de l'époque), en revanche elles ne sont absolument pas désuètes. Ces règles contiennent, en effet, le fondement de tous les principes publiés dans les référentiels comptables valables dans le monde entier.

## ARTICLE 957 alinéa 2

*« Les entreprises individuelles, les associations et les fondations qui n'ont pas l'obligation de requérir leur inscription au registre du commerce tiennent uniquement une comptabilité de leurs recettes et de leurs dépenses ainsi que de leur patrimoine. »*

### Observations préliminaires

La tenue d'une comptabilité repose exclusivement sur deux méthodes fondamentales. Ce sont la comptabilité en partie simple et la comptabilité des parties doubles. Ces deux méthodes sont identiques au niveau du Journal; elles impliquent toutes les deux l'enregistrement chronologique des opérations de l'entreprise; elles sont également identiques au niveau du bilan et du compte de résultats.

La comptabilité en partie simple se définit plus facilement en partant de la comptabilité des parties doubles, dont voici les éléments essentiels:

La comptabilité des parties doubles analyse chaque opération suivant deux critères et constate cette analyse par l'inscription simultanée de la même valeur sur deux comptes, une fois au débit, une fois au crédit. Le total de l'ensemble des soldes créditeurs doit en tout temps être égal au total des soldes débiteurs de tous les comptes du Grand-livre. Cette opération arithmétique est la balance des comptes ou balance de vérification. Par conséquent, cette méthode permet de contrôler de façon permanente la liaison entre les postes de l'Actif, du Passif, des Fonds propres et des postes de Charges et de Produits. C'est sur la base de la balance de vérification à la date de clôture que sont établis le bilan et le compte de pertes et profits. La comptabilité des parties doubles permet encore de déterminer les résultats d'un exercice en même temps par le bilan et par le compte de pertes et profits. Autrement dit, après déduction des apports et addition des retraits de capital, une augmentation dans le bilan des Fonds propres est équivalente au bénéfice qui ressort du compte de pertes et profits; inversement, une diminution dans le bilan des Fonds propres est équivalente à la perte qui ressort du compte de pertes et profits.

La comptabilité en partie simple se distingue de la comptabilité des parties doubles exclusivement au niveau du Grand-livre. Aucun compte de recettes et de dépenses n'y figure. Les dépenses et les recettes de l'exercice sont dépouillées à partir des journaux auxiliaires de trésorerie (livre de caisse ou « carnet du lait » pour reprendre l'expression folklorique des commentateurs). Le Grand-livre ne contient que les comptes Clients – ou comptes Débiteurs – et les comptes Fournisseurs – ou comptes Créanciers –. Le résultat est obtenu par la variation positive ou négative des Avoirs de toute nature et des Dettes sur la base d'un inventaire établi à la date de clôture.

Les désavantages de la méthode de comptabilité en partie simple peuvent se résumer comme suit:

- indépendance des comptes ouverts au Grand-livre
- aucune balance de vérification possible
- aucun contrôle arithmétique autre que l'addition ou la soustraction des recettes, des dépenses et des prélèvements
- aucune liaison comptable entre le bilan et le compte de résultats, et pourtant ces deux documents doivent coïncider!
- difficulté de rechercher la trace d'une opération
- difficulté de rechercher et de corriger une erreur d'enregistrement.

La conclusion est paradoxale: rien n'est plus compliqué qu'une comptabilité en partie simple, raison pour laquelle elle est considérée comme une méthode rudimentaire.

(voir à ce sujet Fiches Juridiques Suisses No 335 du 1<sup>er</sup> juillet 1995 p. 12 et 13)

Au vu des considérations qui précèdent, il n'est pas concevable que le code des obligations incite les entreprises non astreintes à l'inscription au registre du commerce de tenir une comptabilité en partie simple.

En revanche, la comptabilité desdites entreprises pourrait être considérablement simplifiée et ne pas être soumise à l'ensemble des dispositions relatives à la tenue d'une comptabilité et à la présentation des comptes, à l'exception des deux règles minimales suivantes :

- tenue de la comptabilité conformément aux principes régissant l'établissement régulier des comptes ;
- établissement d'un bilan qui reflète le patrimoine et la situation financière de l'entreprise à la date de clôture et d'un compte de résultats qui reflète leur évolution durant l'exercice annuel.

#### Proposition de modification

*« Les entreprises individuelles, les associations et les fondations qui n'ont pas l'obligation de requérir leur inscription au registre du commerce tiennent une comptabilité simplifiée qui peut déroger aux dispositions ci-après relatives à la tenue d'une comptabilité et à la présentation des comptes, à l'exception des deux règles minimales suivantes :*

- comptabilité tenue conformément aux principes régissant l'établissement régulier des comptes ;*
- bilan reflétant à la date de clôture le patrimoine et la situation financière de l'entreprise et d'un compte de résultats qui reflète leur évolution durant l'exercice annuel. «*

ARTICLE 957a nouveau alinéa 1

## Observation préliminaire

La concordance avec les faits est le fondement de la régularité matérielle de la comptabilité commerciale. Chaque enregistrement ou chaque écriture comptable doit concorder avec les faits de nature juridique et/ou économique. Par conséquent, la tenue d'une comptabilité ne peut ignorer les faits de nature juridique. En mettant l'accent exclusivement sur la situation économique de l'entreprise, le législateur prend le risque de la tenue d'une comptabilité illicite.

## Proposition de modification

Supprimer « *(situation économique)* »

ARTICLE 957a nouveau alinéa 2

## Observations préliminaires

La permanence des méthodes d'enregistrement est un principe essentiel régissant l'établissement régulier des comptes. Je pense en particulier à l'enregistrement des opérations sur la base des factures ou à leur enregistrement sur la base des encaissements et des paiements.

## Proposition de modification

Insérer un chiffre avant « la clarté » libellé comme suit :

« *la permanence des méthodes d'enregistrement* »

ARTICLE 958b nouveau alinéa 1 ch. 3

« *3. comptabilité d'exercice* »

Je propose de préciser :

« *3. comptabilité d'exercice annuel* »

## ARTICLE 958b nouveau alinéa 2

" *Le montant de chaque poste présenté dans le bilan et dans l'annexe est justifié par un inventaire ou d'une autre manière* »

### Observations préliminaires

L'inventaire au sens large comprend tout le patrimoine (Vermögen) de l'entreprise, c'est-à-dire le relevé détaillé EN QUANTITE ET EN VALEUR de tout ce qui compose ce patrimoine, les biens immobiliers et mobiliers de l'entité, ses droits, ses créances, ses dettes et ses engagements de toute nature.

L'inventaire au sens large n'est soumis à aucune forme. L'inventaire de tout le patrimoine de l'entreprise peut être réparti dans des documents originaux ou pas, contenus dans des dossiers ou des classeurs sans aucune limite quant à leur nombre; documents enregistrés, le cas échéant, sur relevés, fiches, supports de données ou d'images.

L'inventaire au sens large a trois buts:

- vérification complète de l'existence matérielle (physique) et juridique de tous les éléments composant le patrimoine de l'entreprise;
- base de calcul du résultat global annuel de l'entreprise, l'inventaire étant la base de calcul de la fortune nette comptable au début et à la fin de l'exercice, la différence en plus ou en moins correspondant à un bénéfice ou à une perte :
- recherche du résultat comptable le plus proche des faits économiques et/ou financiers et/ou juridiques, puisque la comptabilité et le bilan, qui en est l'extrait, doivent être corrigés pour être en harmonie avec l'inventaire.

L'inventaire au sens large est donc le fondement des comptes annuels de l'entreprise, et cela quelle que soit la forme juridique de celle-ci. Par ailleurs, le bilan au sens juridique est un condensé de l'inventaire complet de tout le patrimoine de l'entreprise, qui permet d'avoir une vue d'ensemble de sa situation économique et financière. C'est dans ce sens qu'il faut interpréter le premier alinéa de l'article 959 sur le but du bilan, lequel reflète le patrimoine et la situation financière de l'entreprise à la date de clôture.

Partant de ces constatations, les postes présentés dans le bilan et dans l'annexe ne doivent pas être "justifiés" par un inventaire; c'est au contraire, l'inventaire QUI JUSTIFIE LES POSTES DU BILAN AVEC LEQUEL ILS DOIVENT CONCORDER.

L'expression "*ou d'une autre manière*" figurant à la fin de l'alinéa 2 se rapporte en réalité à la forme de l'inventaire. Il s'agit d'autres moyens de preuve tels que extraits de registres, confirmations de tiers, contrats, lesquels sont par définition compris dans l'inventaire au sens large de tout le patrimoine de l'entreprise. Cette expression est donc superflue.

Proposition de modification :

*« Le montant de chaque poste présenté dans le bilan et dans l'annexe doit concorder avec l'inventaire de tout le patrimoine de l'entreprise. »*

#### ARTICLE 958b nouveau alinéa 3

*« Pour autant que le montant net du chiffre d'affaires résultant des ventes et des prestations de services ne dépasse pas 75000 francs, il est possible de déroger au principe de comptabilité d'exercice et d'appliquer une comptabilité de caisse. »*

Observations préliminaires

Une comptabilité de caisse est une comptabilité en partie simple. Je me réfère à ce sujet à mes observations relatives à l'art. 957 alinéa 2.

Même pour une toute petite entreprise, la tenue d'une comptabilité comprenant un exercice annuel est essentielle, ne serait-ce déjà qu'en relation avec la taxation annuelle en matière d'impôts directs. Il est à nouveau inconcevable que la loi incite une petite entreprise à ne tenir qu'une comptabilité dite de « caisse ».

Proposition de modification

Supprimer purement et simplement cet alinéa

#### ARTICLE S 959a nouveau et 959b nouveau

*"Structure minimale"*

Observations préliminaires

La notion de "structure minimale" prescrit simplement que les postes énumérés dans la loi doivent au moins figurer dans le bilan et dans le compte de résultats ; elle ne prescrit pas l'obligation légale de respecter les intitulés des grandes subdivisions, l'ordre dans lequel ces subdivisions apparaissent dans le texte légal, de même que la dénomination et l'ordonnance des postes qui y sont énumérés.



Sur le plan de l'information, le défaut majeur de la "structure minimale" reste la difficulté, si non l'impossibilité, de comparer les bilans des entreprises de même nature et dont l'activité est plus ou moins similaire. Cette comparaison exige un minimum d'harmonisation qui ne peut se réaliser que si la loi l'exige. La question est de savoir si la loi doit aller jusqu'à prescrire l'obligation légale de respecter l'ordonnance et la terminologie des subdivisions et des postes qui y sont énumérés. A mon avis, il faut profiter de la réforme fondamentale du droit comptable pour insérer cette obligation dans la loi.

En ce qui concerne les postes énumérés dans les subdivisions de l'actif et du passif, il faut encore ajouter la mention « pour autant que ces postes existent dans l'entreprise ».

#### Proposition de modifications

##### Article 959a nouveau alinéa 1 :

*« L'actif du bilan comporte deux subdivisions « Actif circulant » et « Actif immobilisé » indiquées sous leur intitulé en ordre de liquidités décroissantes. Ces deux subdivisions comportent au moins les postes suivants, pour autant qu'ils existent dans l'entreprise, indiqués séparément sous leur intitulé en ordre de liquidités décroissantes :..... »*

##### Article 959a nouveau alinéa 2 :

*« Le passif du bilan comporte trois subdivisions « Dettes à court terme », « Dettes à long terme » et « Capitaux propres » indiquées sous leur intitulé en ordre d'exigibilité croissante. Ces trois subdivisions comportent au moins les postes suivants, pour autant qu'ils existent dans l'entreprise, indiqués séparément sous leur intitulé en ordre d'exigibilité croissante :..... »*

##### Article 959b nouveau alinéa 2 et 3 :

*« Le compte de résultats par nature (ou par fonction) comporte au moins les postes suivants, pour autant qu'ils existent dans l'entreprise, indiqués séparément sous leur intitulé dans l'ordre mentionné ci-après :..... »*

#### ARTICLE 959b nouveau

##### *B. Compte de résultat*

A mon sens, il serait plus logique d'adopter le pluriel pour le "compte de résultats".

En effet, ce dernier ne fait pas seulement apparaître un seul résultat (bénéfice ou perte de l'exercice) mais plusieurs résultats. Ce sont, parmi les plus importants, les résultats suivants :

- montant net du chiffre d'affaires annuel résultant des ventes et des prestations de services
- bénéfice ou perte d'exploitation
- bénéfice ou perte avant impôts
- bénéfice ou perte de l'exercice

#### ARTICLE 960a nouveau alinéa 4

*« Pour ces mêmes motifs, l'entreprise peut renoncer à dissoudre des amortissements et des corrections de valeur qui ne sont plus justifiées. »*

#### Observations préliminaires

Le fait de renoncer à dissoudre des amortissements et des corrections de valeur qui ne sont plus justifiés aboutit à la constitution de réserves arbitraires, ce qui est en contradiction avec les dispositions de l'art. 960 al. 2 qui interdit la constitution de réserves arbitraires. C'est, en outre, une violation du principe fondamental de l'art. 959 alinéa 1, selon lequel le bilan reflète le patrimoine et la situation financière de l'entreprise à la date de clôture.

#### Proposition de modification

Supprimer ladite phrase

#### ARTICLE 960 e nouveau alinéa 4

*« Les provisions qui ne se justifient plus ne doivent pas obligatoirement être dissoutes ».*

Voir les observations préliminaires ci-dessus

#### Proposition de modification

Supprimer également ladite phrase.

ARTICLE 960f nouveau*IV Rapport avec le droit fiscal*

Que faut-il entendre par « *autorités fiscales* » ? S'agit-il des autorités fiscales cantonales ou s'agit-il des autorités fiscales chargées d'appliquer la loi sur l'impôt fédéral direct ?

S'il s'agit des autorités fiscales cantonales, malgré les dispositions de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes, la pratique est souvent différente d'un canton à l'autre.

Les décisions de taxation entrées en force interviennent la plupart du temps après plusieurs années de procédure administrative, ne serait-ce déjà que les décisions de l'administration fiscale sur réclamation ! Par conséquent, l'existence de ces procédures, qui peuvent être très importantes, devrait être mentionnée dans l'annexe à la fin de chaque exercice annuel.

Cet article est une disposition de droit fiscal qui entre en conflit avec les dispositions de droit comptable des articles 960 ss sur l'évaluation. Il en résulte une certaine confusion d'où la question de savoir s'il faut maintenir cet article.

ARTICLE 962 alinéa 1

## Observations préliminaires

Le fait d'intégrer dans le Code des obligations un chapitre consacré aux « Etats financiers établis selon un référentiel comptable » me paraît d'une importance particulière. Cette possibilité devrait même être offerte à toutes les entreprises.

## Proposition de modification

1 « *En plus des comptes annuels établis selon le code des obligations, toutes les entreprises ont la faculté de dresser des états financiers conformes à un référentiel comptable.* »

Le premier alinéa deviendrait le second.

2 « *Les entreprises suivantes ont l'obligation, en plus des comptes annuels établis selon le code des obligations, de dresser des états financiers conformes à un référentiel comptable :* »

En restant à votre disposition pour toute précision que vous souhaiteriez obtenir, je vous prie de croire, Messieurs, à l'assurance de mes sentiments très distingués.

Prof. G. Bourquin



Bundesamt für Justiz  
Bundesrain 20  
3003 Bern

19. Mai 2006

**Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts  
Vernehmlassung zum Vorentwurf vom 2. Dezember 2005**

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne benutzen wir die Gelegenheit, im Vernehmlassungsverfahren Stellung zu nehmen zum Vorentwurf des Bundesrates zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht.

Die Entwicklung gerade der letzten Jahre hat klar gezeigt, dass das geltende Aktienrecht den Anforderungen an optimale rechtliche Rahmenbedingungen für schweizerische Unternehmen nicht gerecht wird. Dies betrifft insbesondere die Stellung der Aktionäre und des Verwaltungsrates, also die Corporate Governance einer Aktiengesellschaft. Ein adäquates Regelwerk, speziell für Publikumsgesellschaften, ist aber von grosser Bedeutung für das Funktionieren des Kapitalmarktes und damit für die Entwicklung der Volkswirtschaft Schweiz. Eine gewisse Korrektur der ungenügenden gesetzlichen Regelung erfolgte durch Selbstregulierung (Richtlinien der SWX Swiss Exchange zur Corporate Governance und zur Transparenz), was aber nicht ausreicht.

In diesem Zusammenhang muss aber auch betont werden, dass es nicht genügt, für die entsprechenden rechtlichen Rahmenbedingungen zu sorgen. Diese müssen auch in der Rechtsanwendung durchgesetzt werden können. Das geltende Aktienrecht hätte bezüglich Corporate Governance die Grundlagen für eine bessere Durchsetzung der Rechte der Aktionäre geboten. In der Praxis haben Behörden und Gerichte durch ihre Auslegung des Gesetzes aber die Möglichkeiten der Aktionäre, ihre Rechte wahrzunehmen, stark eingeschränkt und so Rechtsbehelfe zum Schutz der Aktionäre zur Totgeburt erklärt. Vergleichbare Verhältnisse sind auch im Strafrecht zu beobachten, wo beispielsweise der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung beigezogen werden könnte, um überhöhte Entschädigungen an Mitglieder des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung zu verhindern, was aber in der Praxis nicht geschieht.

Die Revision 1991 war bei ihrem Inkrafttreten schon überholt. Dies macht deutlich, dass die anstehende Revision viel rascher umgesetzt werden muss, aber auch offen sein muss für künftige Entwicklungen, die noch nicht absehbar sind.

Grundsätzlich sind wir der Auffassung, dass der Entwurf seinen vier Hauptzielen gerecht wird und damit einen Beitrag zur Aufhebung der Schwachstellen des geltenden Rechts leistet. Im Vordergrund stehen dabei die Bestimmungen, welche die Corporate Governance betreffen.

Zu den einzelnen Hauptzielen haben wir folgende Bemerkungen:

### **Verbesserung der Corporate Governance**

Wie im Begleitbericht richtig ausgeführt geht es hier um den Schutz der Eigentumsrechte der Aktionäre und damit um eine effiziente Unternehmenskontrolle. Die Trennung von Eigentum und Kontrolle bei Kapitalgesellschaften (*Agent-Principal Problem*) darf nicht dazu führen, dass der Aktionär seine Eigentumsrechte nicht oder nur eingeschränkt wahrnehmen kann. Die im Entwurf vorgeschlagenen Massnahmen zur Verbesserung der Stellung der Aktionäre (Transparenz, Auskunfts- und Einsichtsrechte, Sonderuntersuchung, Einberufungs- und Traktandierungsrecht, Wahlrecht, Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen) sind daher zu begrüessen. Für eine Verbesserung sorgen hier auch die verschiedenen neu vorgesehenen Fristen.

Besonders positiv ist die vorgeschlagene Einzelwahl aller Mitglieder des Verwaltungsrates auf jeweils ein Jahr, was sich bei gut geführten Unternehmen ohnehin schon einzubürgern beginnt.

Art. 707 des Entwurfs ist allerdings zu eng gefasst, indem er sich lediglich auf die Mitglieder des Verwaltungsrates bezieht. In der Praxis erstreckt sich die gegenseitige Einflussnahme auch auf Mitglieder der Geschäftsleitung. Diese sind daher in das Verbot mit einzubeziehen. Zudem betreffen überhöhte Entschädigungen üblicherweise die exekutiven Mitglieder des Verwaltungsrates und/oder die Mitglieder der Geschäftsleitung. Wichtig für die Aktionäre ist in diesem Zusammenhang auch die Rolle der Beratungsfirmen, welche einen grossen Einfluss auf die Art und Weise und Höhe der Vergütungen haben. Hier trägt die dominante Stellung der Beratungsgesellschaft Tower Perrins ihren Teil zu den überhöhten Vergütungen bei. Der Aktionär sollte daher wissen, ob und wenn ja, welche Beratungsfirma seine Gesellschaft bei der Festlegung der Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung beauftragt hat. Er sollte auch wissen, ob seine Gesellschaft in einer anderen Abhängigkeit zu einer solchen Beratungsfirma steht, übersteigen erfahrungsgemäss doch die Zahlungen für sonstige Beratung diejenige für die Beratung für das Entschädigungssystem.

Im Zusammenhang mit überhöhten Entschädigungen ist auch die vorgeschlagene Neufassung von Art. 678 sehr positiv zu werten, erleichtert sie doch die Möglichkeit der Aktionäre, die Rückforderung ungerechtfertigter Leistungen durchzusetzen. Nach der geltenden Rechtspraxis ist dies weitgehend illusorisch.

Unabdingbar ist die Neuregelung der institutionellen Stimmrechtsvertretung, d.h. die Abschaffung von Depot- und Organvertretung, wie im Entwurf vorgesehen. Die geltende Regelung lässt Missbrauch zu und führt oft zu einer verfälschten Mehrheitsbildung an Generalversammlungen. Eine andere Frage ist, ob Aktionäre, die Gelder für Dritte verwalten (Versicherungen, Banken, Pensionskassen, Anlagefonds), bei umstrittenen Abstimmungen oder Wahlen verpflichtet werden sollten zu begründen, wie sie stimmen.

Es besteht der Verdacht, dass verschiedene Abstimmungs- und Wahlergebnisse bei Publikumsgesellschaften verfälscht sind, weil Personen mit Stimmrecht an der Generalversammlung teilnehmen, welche das mit den Aktien verknüpfte Risiko nicht tragen. Dies kann beispielsweise durch Securities Lending oder Repogeschäfte erfolgen. Aus ökonomischer Sicht entsprechen solche Transaktionen einem Stimmenkauf und sollten daher unterbunden werden.

Der hohe Bestand an Dispoaktien bei schweizerischen Unternehmen hängt auch damit zusammen, dass heute der Schutz der Privatsphäre der Aktionäre hinsichtlich des Aktienregisters oft nicht mehr gewährleistet ist und die Aktionäre sich darum nicht eintragen lassen. Es gibt genügend Beispiele für Missbrauch der Informationen im Aktienregister. Verwaltungsrat und Geschäftsleitung einer Aktiengesellschaft sollte daher explizit verboten werden, solche Informationen Dritten weiterzugeben. In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob nicht die börsenrechtliche Offenlegungspflicht erst bei einer Beteiligung von 10 Prozent und nicht schon bei 5 Prozent beginnen sollte.

### **Neuregelung der Kapitalstrukturen**

Die letzten Jahre haben deutlich gezeigt, dass eine flexible Regelung von Kapitalerhöhungen und –herabsetzungen im Hinblick auf eine optimale Bewirtschaftung des Eigenkapitals eines Unternehmens von grosser Bedeutung ist, nachdem bis zur Revision 1991 noch davon ausgegangen wurde, eine Kapitalherabsetzung sei nur im Sanierungsfalle von Interesse. Die Schaffung eines Kapitalbandes schafft diese Flexibilität. Problematisch ist hier aber die in Art. 653k vorgesehene Neuerung, dass bei einer Kapitalherabsetzung die Aufforderung an die Gläubiger sowie die Befriedigung oder Sicherstellung ihrer Forderungen vor dem Beschluss der Generalversammlung zu erfolgen haben. Wegen der 2-Monate-Frist schränkt dies die Freiheit des Verwaltungsrates in zeitlicher Hinsicht ein.

Fraglich ist, ob die Streichung der Inhaberaktie sinnvoll ist, auch wenn diese in der Praxis nicht mehr oft verwendet werden. Die gesetzlichen Rahmenbedingungen sollten so flexibel

wie möglich sein und die Wahl der geeigneten Formen und Arten den Marktteilnehmern überlassen.

Art. 652b will bei Kapitalerhöhungen bezüglich der Gewährung des Bezugsrechts die Möglichkeit der Festübernahme auf Institute beschränken, die dem Bankengesetz unterstellt sind. Unseres Erachtens sollte dies aber auch bei Effekthändlern, die durch das Börsengesetz geregelt werden, möglich sein. Kapitalmarkttransaktionen werden nicht nur von Banken durchgeführt.

### **Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung**

Die vorgesehene Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung ist zu begrüßen, entspricht sie doch der sich entwickelnden Praxis.

### **Neuregelung der Rechnungslegung**

Von grosser Bedeutung im Hinblick auf eine Verbesserung der Corporate Governance ist die Neuordnung der Rechnungslegung, insbesondere die Erhöhung der Transparenz durch die Pflicht zu einem Abschluss nach einem privaten Regelwerk. Sinnvoll ist hier auch die vorgesehene Differenzierung nach Unternehmensgrösse, welche kleine und mittlere Unternehmen von unnötigem Aufwand befreit.

Ein gut funktionierender Kapitalmarkt verlangt nach klaren Corporate Governance Regeln und nach der Möglichkeit für Aktionäre, diese Regeln im Bedarfsfall auch durchzusetzen. Die im Entwurf vorgeschlagene Neuordnung nimmt Verwaltungsrat und Geschäftsleitung stärker in die Pflicht und beseitigt Unklarheiten und praxisfremde Regelungen. Insgesamt würdigen wir den Entwurf als sehr positiv und als vernünftige Basis für die Verbesserung der Corporate Governance und damit für die gedeihliche Entwicklung des Finanzmarktes Schweiz.

Mit freundlichen Grüssen  
BZ Bank Aktiengesellschaft

Dr. Ralph Stadler      Manuel Ebner



Bundesamt für Justiz  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Lukas Glanzmann  
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt  
lukas.glanzmann@bakernet.com  
Direktwahl: +41 44 384 1355

Zürich, 30. Mai 2006 LG/wic

## **Vernehmlassung zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts**

Sehr geehrte Damen und Herren

Ich hatte Gelegenheit, mich im Rahmen der Vorbereitung meines Habilitationsvortrages an der Universität St. Gallen (HSG) vertieft mit dem Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005 zu befassen. Ich erlaube mir, Ihnen zu ein paar ausgewählten Bestimmungen die nachfolgenden Bemerkungen zukommen zu lassen:

### **Zu Art. 622**

Es ist begrüssenswert, dass in Zukunft der Nennwert einer Aktie auch tiefer als ein Rappen sein kann. Mit dieser Flexibilisierung wird es insbesondere bei Umstrukturierungen fast immer möglich sein, ein gerades Umtauschverhältnis zu erreichen. Allerdings ist zu beachten, dass es namentlich in der Praxis von Publikumsgesellschaften nicht erwünscht ist, einen beliebig tiefen Nennwert zu haben; damit wird nämlich nicht nur der Börsenwert einer Aktie unerwünscht tief, sondern es steigt auch der Verwaltungsaufwand z.B. bei der Auszahlung von Dividenden. Aus diesen Gründen sollte die Zusammenlegung von Aktien vereinfacht werden. Meines Erachtens gibt es wenige triftige Gründe, weshalb bezüglich der Zusammenlegung von Aktien

in allen Fällen nach wie vor am Erfordernis der Zustimmung jedes davon betroffenen Aktionärs festgehalten werden sollte. Gerade bei Publikumsgesellschaften und in anderen Fällen, wo die Aktien frei handelbar sind, sollte eine Zusammenlegung auch möglich sein, wenn nicht jeder Aktionär zustimmt; sollte ein Aktionär nicht über die genügende Anzahl Aktien verfügen, um eine neue Aktie zu erwerben, dann könnte er die übrigen Aktien ähnlich dem Bezugsrechthandel über den Markt veräussern bzw. sich mit genügend neuen Aktien eindecken, um eine neue Aktie zu erwerben.

## **Zu Art. 634a**

### *Zu Abs. 1*

Satz 2 dieser Bestimmung ist meines Erachtens missverständlich formuliert. Ich gehe davon aus, dass Folgendes gemeint ist: *„Forderungen von Aktionären oder von Personen, die ihnen nahe stehen, dürfen nur verrechnet werden, wenn die den Forderungen zugrunde liegenden Leistungen ...“*. Weiter ist zu beachten, dass es gemäss dem Wortlaut dieser Bestimmung einem Aktionär verwehrt wäre, z.B. ausstehende Lohnzahlungen in Aktienkapital zu wandeln. Zudem wäre es aber auch unzulässig, dass gestundete Zinsen kapitalisiert würden und zusammen mit dem Darlehen, das zweifelsohne verrechnet werden dürfte, ebenfalls verrechnet werden. Das Gleiche gilt für Mietforderungen. Diese beiden Tatbestände zeigen, dass es durchaus Sachverhalte gibt, bei denen eine Verrechnung möglich sein sollte, auch wenn die der Forderung zugrunde liegende Leistung nicht Gegenstand einer Bar- oder Sacheinlage sein kann. Es ist nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber die reine Schadenersatzforderung nicht zur Verrechnung zulassen will, weil diese in der Praxis schwer zu verifizieren sein dürfte. Allerdings geht der momentane Wortlaut zu weit und erfasst auch Forderungen, die zur Verrechnung zugelassen werden sollten. Der Wortlaut ist deshalb entsprechend einzuschränken.

### *Zu Abs. 2*

Grundsätzlich ist zu begrüßen, dass auf das Erfordernis der Werthaltigkeit bei der Liberierung durch Verrechnung verzichtet wird. Die Einschränkung, dass dies nur im Falle einer Sanierung gilt, ist allerdings unnötig und verwirrend und sollte deshalb gestrichen werden. Ebenfalls gibt es keinen Grund, dass eine Liberierung durch Verrechnung nur dann zulässig sein soll, wenn der Gesellschaft Mittel in voller Höhe der Forderung zugeflossen sind. Aus Sicht eines Gläubigers muss auch eine Forderung aus unerlaubter Handlung zur Verrechnung gebracht werden können, denn auch diese Forderung ist letztlich eine gewöhnliche Forderung gegenüber der Gesellschaft. Das Gleiche gilt für Forderungen aus Kaufgeschäften oder für gestundete Zinsen und Mieten. Etwaige Missbräuche durch Aktionäre werden durch Abs. 1 verhindert. Schliesslich ist der Satz, dass die Bestimmungen über den Kapitalverlust und die Überschuldung vorbehalten bleiben, unnötig und verwirrend. Er sollte deshalb gestrichen werden. Abs. 2 sollte demnach wie folgt lauten: *„Die Verrechnung mit einer*

*Forderung gilt auch dann als Deckung, wenn die Forderung nicht mehr voll durch Aktiven gedeckt ist.“*

*Zu Abs. 3*

Es ist zu begrüßen, dass die Liberierung durch Verrechnung inskünftig die gleiche Publizität erfährt wie die Sacheinlage.

### **Zu Art. 636**

Im Zusammenhang mit Kapitalerhöhungen ist in letzter Zeit wiederholt die Frage aufgetaucht, ob eine (beabsichtigte) Sachübernahme auch dann vorliegen kann, wenn eine Sacheinlagekapitalerhöhung durchgeführt wird. Meines Erachtens ist diese Frage zu verneinen, weil die Sachübernahmebestimmungen bezwecken, dass die Vorschriften über die Sacheinlage nicht umgangen werden; die Sacheinlagevorschriften können aber nur dann umgangen werden, wenn eine Barkapitalerhöhung durchgeführt wird und in der Folge vom Aktionär oder ihm nahe stehenden Personen Vermögenswerte erworben werden. Wird eine Sacheinlagekapitalerhöhung durchgeführt, dann kann ein nachfolgender Erwerb keine beabsichtigte Sachübernahme sein, weil mit dem Gegenstand der Sacheinlage ja gerade nichts erworben werden kann. Im Übrigen werden auch keine Formvorschriften umgangen. Es wäre deshalb wünschenswert, klarzustellen, dass die Sachübernahmebestimmungen nur bei einer Bargründung bzw. -kapitalerhöhung anwendbar sind.

### **Zu Art. 650 Abs. 2 Ziff. 6**

Diese Bestimmung ist unnötig, weil schon in Ziff. 4 die Art der Einlage angegeben werden muss. Hinzu kommt, dass die Generalversammlung die Möglichkeit haben sollte, die Bestimmung der Art der Einlage an den Verwaltungsrat zu delegieren. Bei der momentanen Formulierung der Bestimmung ist dies nicht möglich, sondern es müsste der Weg über eine genehmigte Kapitalerhöhung beschritten werden. Dies ist aber mit Mehraufwand verbunden und bringt den Aktionären und Gläubigern letztlich keinen zusätzlichen Schutz. Das Gleiche gilt übrigens auch bezüglich der Sacheinlage in Ziff. 5 und der Sachübernahme in Ziff. 7.

### **Zu Art. 652b**

*Zu Abs. 5*

Diese Bestimmung ist unnötig und verwirrend. Gerade das im Begleitbericht angegebene Beispiel, dass das Festsetzen einer Kapitalerhöhung auf einen Zeitpunkt, in dem ein Minderheitsaktionär nicht über die liquiden Mittel verfügt, um bei der Kapitalerhöhung mitzumachen, unsachlich und deshalb unzulässig wäre, stimmt meines Erachtens nicht. Die Gesellschaft muss jederzeit die Freiheit haben, eine Kapitalerhöhung

zu beschliessen, ungeachtet dessen, ob ein Minderheitsaktionär über die liquiden Mittel verfügt, um mitzumachen oder nicht. Etwaige Missbräuche sind im Rahmen des Sachlichkeitsgebotes nach Art. 706 Abs. 2 zu beurteilen. Die vorgeschlagene Bestimmung würde Diskussionen Tür und Tor öffnen, ob im gegebenen Zeitpunkt tatsächlich eine Kapitalerhöhung notwendig ist oder ob sich die Gesellschaft nicht auch mittels Fremdkapital finanzieren könnte. Solche Diskussionen sollten meines Erachtens aber nicht geführt werden müssen, wenn die Gesellschaft eine Kapitalerhöhung beschliesst. Aus diesen Gründen sollte die Bestimmung gestrichen werden.

#### *Zu Abs. 6*

Ein weiterer Fall, in dem der Ausgabepreis wesentlich tiefer als der wirkliche Wert der Aktien festgesetzt werden darf, muss selbstverständlich auch dann vorliegen, wenn alle Aktionäre zustimmen. Die Bestimmung ist entsprechend zu ergänzen.

#### **Zu Art. 653k**

Der vorgezogene Gläubigerschutz ist meines Erachtens der Praxis nicht dienend. Einerseits ist zu beachten, dass es schwierig abschätzbar ist, wie lange das Gläubigerschutzverfahren dauern wird, weil im Voraus nicht bestimmbar ist, ob Gläubiger sichergestellt werden müssen oder nicht. Andererseits kommt einzelnen Gläubigern bei diesem Verfahren ein erhebliches Missbrauchspotenzial zu, weil sie wissen, dass unter Umständen eine Kapitalerhöhung bei der Generalversammlung beantragt worden ist und der Verwaltungsrat deshalb in Zugzwang gerät. Aus dieser Situation heraus dürften einzelne Gläubiger dann eine Sicherstellung oder eine vorzeitige Befriedigung erfahren, die ihnen nicht zusteht. Aus diesen Gründen finde ich das System, in dem die Generalversammlung zuerst den Kapitalherabsetzungsbeschluss fasst und anschliessend das Gläubigerschutzverfahren durchgeführt wird, überlegen. Im Weiteren sollte die Bestimmung von Art. 653k Abs. 1 Ziff. 4 E-OR so angepasst werden, dass die Generalversammlung auch einstimmig auf die Anwesenheit des zugelassenen Revisionsexperten verzichten kann.

#### **Zu Art. 653n Abs. 3**

Aufgrund des Wortlauts ist nicht klar, ob die 30 Tage mit der Beschlussfassung der Generalversammlung oder des Verwaltungsrats (Feststellungsbeschluss) zu laufen beginnen.

#### **Zu Art. 653o**

Im zweiten Satz sollte es wohl heissen, dass die Bestimmungen über die ordentliche „*Kapitalherabsetzung*“ diesfalls nicht anwendbar sind.

## **Zu Art. 671**

Der Begleitbericht begründet die Einführung einer Kapitalreserve damit, dass die Diskussion über die Behandlung des Agios beendet werden soll. Dabei folgte man mit der Schaffung einer Kapitalreserve einer Minderheitsmeinung. Soweit ersichtlich, ist die Mehrheit der Literatur der Auffassung, dass das Agio, wenn es der allgemeinen Reserve zugewiesen worden ist, auch als allgemeine Reserve zu behandeln ist; dies bedeutet, dass nach der herrschenden Auffassung nicht differenziert wird, ob die allgemeine Reserve aus Gewinnen oder aus Agio gebildet wurde. Meines Erachtens ist diese Auffassung richtig, weil das Agio die Funktion des Einkaufs in die allgemeine Reserve hat, wenn bei einer Kapitalerhöhung nicht alle bisherigen Aktionäre mitmachen. Aus diesem Grund spricht nichts dagegen, das Agio gleich zu behandeln wie die allgemeine Reserve. Hinzu kommt, dass ein Systemwechsel für die Praxis schwerwiegende Konsequenzen hätte: Bei strukturierten Finanzierungen werden Sicherheiten von Tochtergesellschaften an ihre Ober- bzw. Schwestergesellschaften regelmässig auf den Betrag des frei verfügbaren Eigenkapitals der betreffenden Tochtergesellschaft beschränkt. Wird das Agio nun plötzlich zu einer Kapitalreserve und damit nicht mehr als frei verfügbares Eigenkapital betrachtet, dann wird sich die Sicherheitenposition der Banken bei zahlreichen Finanzierungen massiv verschlechtern. Aus diesen Gründen ist die Bestimmung zu streichen und bei der heutigen Bestimmung über das Agio klarzustellen, dass dieses wie die allgemeinen Reserven zu behandeln ist. Hingegen sollte sich der Gesetzgeber überlegen, ob nicht generell die Zulässigkeit von konzerninternen Finanzierungen, sog. Financial Assistance, geregelt werden sollte. In der Praxis ist die Financial Assistance zwischen Konzerngesellschaften weit verbreitet und für die Finanzierung von Konzernen äusserst relevant. Gleichzeitig ist deren Zulässigkeit mit erheblichen Rechtsunsicherheiten behaftet. Es wäre deshalb begrüssenswert, wenn das Gesetz festschreiben würde, in welchem Rahmen eine Financial Assistance zwischen Konzerngesellschaften zulässig ist.

Sofern eine Kapitalreserve geschaffen würde, wäre Art. 671 Abs. 2 zu modifizieren. Der Begriff „*Kapitalverlust*“ wird in der Überschrift von Art. 725 OR verwendet und deutet auf einen hälftigen Verlust des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserve hin. Es kann wohl nicht die Meinung sein, dass die Kapitalreserve nur zur Beseitigung eines solchen Kapitalverlusts verwendet werden darf. Aus diesem Grund wäre der Begriff „*Unterbilanz*“ vorteilhafter. Damit wäre klargestellt, dass die Kapitalreserve zur Ausbuchung eines Verlustvortrages verwendet werden darf.

## **Zu Art. 678**

Die Ergänzung der Geschäftsleitung in Abs. 1 ist nachvollziehbar, sofern deren Mitglieder überhaupt Leistungen nach Art. 678 Abs. 1 OR beziehen können. Viel problematischer ist, dass die Geschäftsleitung auch unter Abs. 2 passivlegitimiert ist; grundsätzlich ist zu beachten, dass die Geschäftsleitung nicht selbst über ihre Gehälter beschliesst, sondern dass diese Kompetenz dem Verwaltungsrat zusteht. Sofern

der Verwaltungsrat von der Geschäftsleitung unabhängig ist, muss davon ausgegangen werden, dass die Leistungen an die Geschäftsleitung at arm's length erfolgen. In diesem Fall hat meines Erachtens eine Überprüfung der Verhältnismässigkeit zwischen Leistung und Gegenleistung keinen Platz. Art. 678 Abs. 2 E-OR in der in der Vernehmlassung vorgeschlagenen Fassung würde aber eine solche Überprüfung immer zulassen, wobei das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht einmal mehr offensichtlich sein muss und die Geschäftsleitung die Leistung auch nicht bösgläubig empfangen haben muss. Aus diesen Gründen sollte auf die Offensichtlichkeit des Missverhältnisses nicht verzichtet werden. Hinzu kommt, dass klargestellt werden sollte, dass der Empfänger der Leistung in den Entscheidungsprozess über die Ausrichtung der Leistung (direkt oder indirekt) involviert gewesen sein muss. Nur in diesem Fall ist eine Überprüfung und etwaige Rückforderung von ausgerichteten Leistungen gerechtfertigt.

Die Bestimmung in Abs. 3, wonach auch die Gläubiger zur Klage auf Leistung an die Gesellschaft berechtigt sind, ist zu streichen. Eine solche Bestimmung ist systemwidrig. Anders als die Aktionäre haben die Gläubiger keinen direkten Anreiz, auf Leistung an die Gesellschaft zu klagen. Solange die Gesellschaft nämlich nicht im Konkurs ist, haben die Gläubiger keinen Schaden. Wenn eine Forderung fällig ist und von der Gesellschaft nicht bezahlt wird, dann steht den Gläubigern ein ganzes Set von konkurs- und betreibungsrechtlichen Rechtsbehelfen zu. In diesem Fall müssen die Gläubiger nicht noch zusätzlich berechtigt sein, eine Klage auf Leistung an die Gesellschaft zu erheben. Solange die Forderung der Gläubiger noch nicht einmal fällig ist, sollte ihnen dieses Recht erst recht nicht zustehen. Es ist nämlich zu befürchten, dass sie dieses Recht z.B. ausüben könnten, um primär ihre eigene Position, d.h. z.B. eine vorzeitige Befriedigung oder eine Sicherstellung, zu erreichen. In all diesen Fällen werden die Gläubiger aber Partikulärinteressen vertreten, die für die Gesellschaft nachteilig sein können. In diesem Punkt unterscheiden sich die Interessen der Gläubiger von jenen der Aktionäre; die Aktionäre als Inhaber der residualen Rechte haben andere Motive, eine entsprechende Klage anzuheben. Ihr Missbrauchspotenzial ist zudem sehr viel geringer als jenes der Gläubiger, weil sie ihre individuelle Position nicht ohne weiteres verbessern können; die individuelle Besserstellung eines Aktionärs würde auch gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre verstossen. Dieser Grundsatz ist bei der aufrecht stehenden Gesellschaft bezüglich der Gläubiger ja bekanntermassen nicht zu beachten. Hinzu kommt, dass sich insbesondere Finanzgläubiger anders schützen können als durch solche Klagen, nämlich durch eine geeignete Ausgestaltung ihrer Finanzierungsverträge. In diesen Verträgen besteht die Möglichkeit, entsprechende Kündigungsklauseln einzubauen, um beim Vorfall bestimmter Ereignisse die Finanzierung zu kündigen.

In der Lehre ist umstritten, welche Kostentragungsregel bei Art. 678 Anwendung finden soll. Es wäre zu begrüssen, wenn diesbezüglich eine Klarstellung vorgenommen würde.

## **Zu Art. 689 Abs. 2**

Diese Bestimmung ist systematisch falsch und sollte zu Art. 689b verschoben werden.

## **Zu Art. 689c**

Diese neue Regelung lockert zwar die Restriktionen bezüglich der Einschränkung der Vertretung an der Generalversammlung bei nicht börsenkotierten Aktien, doch geht sie meines Erachtens immer noch zu wenig weit. Die Aktionärsstellung ist nicht ein höchstpersönliches Recht, und deshalb sollte es uneingeschränkt zulässig sein, sich an der Generalversammlung vertreten zu lassen oder sogar einen Berater an die Generalversammlung mitzunehmen. Es besteht ohnehin keine Vertraulichkeit der Informationen, die an einer Generalversammlung abgegeben werden, weil der Aktionär zu keiner Vertraulichkeit verpflichtet ist. Hingegen ist es gerade in kleinen und mittleren Verhältnissen oft der geschäftsunerfahrene Kleinaktionär, der an der Generalversammlung ungebührlich behandelt wird, ohne dass er sich zu wehren weiss. Stimmt ein solcher Aktionär leichtfertig einem GV-Beschluss zu, dann ist es in der Praxis fast nicht mehr möglich, diesen Beschluss umzustossen.

## **Zu Art. 689d**

Die Bestimmung, dass sich der unabhängige Stimmrechtsvertreter der Stimme enthalten muss, sofern er keine Weisungen erhalten hat, ist grundsätzlich zu begrüssen. Allerdings sollte klar sein, dass der Aktionär auch eine Weisung geben kann, z.B. immer nach dem Antrag des Verwaltungsrates zu stimmen oder sämtliche spontanen Anträge abzulehnen. Andererseits besteht in Kombination mit der Vorschrift, dass Wahlen und Abstimmungen mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen beschlossen werden, die Gefahr, dass eine sehr kleine Anzahl anwesender Aktionäre z.B. eine Sonderprüfung beschliessen können; erfahrungsgemäss sind nämlich die meisten Aktienstimmen an einer Generalversammlung einer Publikumsgesellschaft durch den Organvertreter bzw. den unabhängigen Stimmrechtsvertreter vertreten. Die anwesenden Aktionäre vertreten in der Regel nur eine verschwindende Minderheit der an einer Generalversammlung vertretenen Aktienstimmen. Dies würde die Abstimmungsergebnisse bei spontanen Anträgen in einer Generalversammlung einer Publikumsgesellschaft in Zukunft mit grosser Wahrscheinlichkeit ändern. Letztlich kann es aber nicht im Interesse der Gesellschaft bzw. des Aktionariats sein, wenn eine verschwindende Minderheit von Aktionären, die an der Generalversammlung anwesend ist, über so grundsätzliche und für die Gesellschaft einschneidende Fragen entscheiden, wie z.B. ob eine Sonderprüfung bzw. -untersuchung durchgeführt werden soll.

### **Zu Art. 697**

Diese Bestimmung ist unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung der Aktionäre problematisch. Meines Erachtens sollte sichergestellt werden, dass die schriftliche Antwort nicht nur dem fragestellenden Aktionär, sondern dem gesamten Aktionariat zukommt. Dies ist namentlich bei börsenkotierten Gesellschaften von Bedeutung. Im Übrigen müsste geprüft werden, ob die Bestimmung nicht zu einem unverhältnismässigen Mehraufwand bei den Gesellschaften führt.

In Abs. 3 heisst es im Vorentwurf nur noch „*vorrangige Interessen*“ und nicht mehr „*Interessen der Gesellschaft*“. Meines Erachtens sollte der Verweigerungsgrund auf „*Interessen der Gesellschaft*“ eingeschränkt werden. Es ist nicht gerechtfertigt, dass bei der Auskunftsverweigerung irgendwelche Drittinteressen geltend gemacht werden können.

### **Zu Art. 697b Abs. 1, Art. 699 Abs. 3, Art. 699a Abs. 1 und Art. 736 Ziff. 4**

Die Herabsetzung der Prozentschwelle zur Ausübung von Minderheitsrechten von 10 % auf 5 % wird für die Praxis einige Folgen haben. Es ist zu beachten, dass in vielen Gesellschaften das Aktionariat so zusammengesetzt ist, dass die 10 %-Schwelle gerade erreicht oder eben nicht erreicht wird. Wird nun die Schwelle auf 5 % herabgesetzt, so wird dies für etliche Gesellschaften eine ganz neue Ausgangslage bedeuten. Wird die Schwelle auf 5 % gesenkt, so sollte sie aber für sämtliche Minderheitsrechte gelten: Momentan ist für das Opting-in bei der ordentlichen Revision (Art. 727 Abs. 2 OR) und das Opting-in für einen Abschluss nach Regelwerk (Art. 962 Abs. 2 Ziff. 2 E-OR) immer noch eine 10 %-Schwelle vorgesehen. Konsequenterweise müsste auch die Sperrminorität im Fusionsgesetz beim Squeeze-out (Art. 18 Abs. 5 FusG) und bei der asymmetrischen Spaltung (Art. 43 Abs. 3 FusG) auf 5 % herabgesetzt werden, d.h. die entsprechenden Zustimmungserfordernisse wären dann auf 95 % anzuheben.

Zu begrüßen ist, dass der Börsenwert ebenfalls als Bemessungsbasis herangezogen werden kann. Allerdings ist zu beachten, dass die vorgeschlagenen Schwellen von CHF 2 Mio. bzw. CHF 5 Mio. sehr tief angesetzt sind; dem Vernehmen nach sollen grössere Gesellschaften sehr viele Aktionäre haben, die diesen Börsenwert vertreten. Damit wäre einer missbräuchlichen Ausübung von Minderheitsrechten Tür und Tor geöffnet.

### **Zu Art. 699 Abs. 5**

Die Bestimmung verpflichtet den Verwaltungsrat, innerhalb einer Frist von 30 Tagen nach Eingang eines entsprechenden Begehrens eine Generalversammlung einzuberufen. Diese Frist ist extrem kurz. Einerseits ist zu beachten, dass, selbst wenn sich der Verwaltungsrat sechsmal pro Jahr trifft, dieser nur alle zwei Monate tagt. Ein Begeh-



ren auf Einberufung einer Generalversammlung muss vorgängig geprüft und die Einberufung vorbereitet werden. Aus diesem Grund ist eine Frist von 30 Tagen unrealistisch kurz. Hinzu kommt, dass es meines Erachtens nicht zweckmässig ist, den Verwaltungsrat zu verpflichten, eine Generalversammlung einzuberufen, wenn z.B. die ordentliche Generalversammlung ohnehin bald ansteht. Die Erfahrung zeigt, dass die Durchführung einer Generalversammlung zeit- und kostenintensiv ist und zudem Managementkapazitäten absorbiert. Aus diesem Grund sollte der Verwaltungsrat z.B. nicht verpflichtet sein, eine Generalversammlung einzuberufen, wenn das entsprechende Begehren im Januar gestellt wird (der Verwaltungsrat hätte dann bis im Februar Zeit, die Generalversammlung einzuberufen, welche dann Ende Februar/Anfang März durchgeführt würde), wenn im April oder Mai ohnehin die ordentliche Generalversammlung durchgeführt wird.

### **Zu Art. 699a**

Das Verfahren zur Traktandierung funktioniert meines Erachtens nicht, weil der Aktionär 40 Tage vor der Generalversammlung gar nicht weiss, wann die Generalversammlung stattfinden wird, weil die Einladungsfrist nur 20 Tage beträgt. Die Mechanik dieses Traktandierungsrechts sollte nochmals überdacht werden.

### **Zu Art. 701 ff.**

Die neu vorgeschlagenen Bestimmungen über die Durchführung der Generalversammlung kodifizieren teilweise geltendes Recht, teilweise werden sie in der Praxis wohl kaum Bedeutung erlangen. So ist es heute völlig unbestritten, dass eine Generalversammlung auch im Ausland durchgeführt werden kann, sofern dadurch die Rechte der Aktionäre nicht entzogen oder beschränkt werden (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Aus diesem Grund bringt die Bestimmung von Art. 701b E-OR nichts Neues, sondern schränkt die heutigen Möglichkeiten höchstens ein, indem die Statuten dies explizit vorsehen müssen und zudem sämtliche Aktionäre damit einverstanden sein müssen. Die Bestimmung ist deshalb zu streichen.

Auf die relativ detaillierten Regelungen über die Verwendung elektronischer Mittel möchte ich nicht näher eingehen. Hingegen möchte ich darauf hinweisen, dass es in der Praxis ein Bedürfnis wäre, auch bei der Generalversammlung von Aktiengesellschaften einen Zirkularbeschluss fassen zu können. Meines Erachtens spricht nichts dagegen, dass der Zirkularbeschluss endlich auch bei der Generalversammlung der Aktiengesellschaft eingeführt wird. Dies gilt umso mehr, als die Universalversammlung gestützt auf Vollmachten ebenfalls zulässig ist. Hinzu kommt, dass ein Zirkularbeschluss insbesondere auch bei der GmbH zulässig ist; es ist nicht ersichtlich, weshalb dies bei der Aktiengesellschaft grundsätzlich anders sein sollte.

### **Zu Art. 707 Abs. 3**

Diese Bestimmung sollte nicht auf Mitglieder des Verwaltungsrats beschränkt sein, sondern auch auf Mitglieder der Geschäftsleitung. Eine kreuzweise Einsitznahme in Verwaltungsräten und Geschäftsleitungen kann zu den gleichen Interessenkonflikten führen wie eine kreuzweise Einsitznahme in Verwaltungsräten (wenn A im Verwaltungsrat der X AG und B deren CEO ist und gleichzeitig B im Verwaltungsrat der Y AG und A deren CEO ist, dann haben A und B ebenfalls einen Interessenkonflikt).

### **Zu Art. 710**

Die jährliche Neuwahl sämtlicher Verwaltungsratsmitglieder mag zwar einen disziplinierenden Charakter haben, doch ist damit die Kontinuität bei der Führung der Gesellschaft gefährdet. Im Weiteren fragt sich, ob gewisse Verwaltungsratsmitglieder nicht allzu sehr nur kurzfristig ihre eigene Wiederwahl planen anstatt sich langfristig dem Geschäft zu widmen. Es ist zu bedenken, dass ein disziplinierender Charakter auch durch die jederzeitige Abwahlmöglichkeit von Verwaltungsratsmitgliedern gegeben ist; aus diesem Grund ist auf diese Bestimmung eher zu verzichten.

### **Zu Art. 716b**

Es ist zu begrüßen, dass Aktionäre für die Orientierung über die Organisation der Gesellschaft keinen Interessennachweis mehr erbringen müssen.

### **Zu Art. 725**

Die Bestimmung, dass auch bei Zahlungsunfähigkeit die Bilanz zu deponieren ist, ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings ist unklar, welche Prüfungshandlungen der Revisor bei Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeit vornehmen muss: Die Zahlungsfähigkeit hat nur einen indirekten Einfluss auf die Bilanz, indem bei Zahlungsunfähigkeit nicht mehr zu Fortführungswerten bilanziert werden darf, weil die Fortführung des Geschäfts nicht möglich ist. Ansonsten wird die Zahlungsfähigkeit aber in der Bilanz nicht abgebildet, weshalb der Revisor auch keine entsprechende Prüfung vornehmen kann.

Die Bestimmung in Abs. 5, dass der Verwaltungsrat das Gericht „*unverzüglich*“ benachrichtigen muss, ist zu streichen. Diese Bestimmung verhindert einen geordneten Nachlass und eine stille Sanierung und widerspricht damit einer bewährten Praxis. Es ist bekannt, dass das Bundesgericht in BGer 4C.366/2000 seine noch unter dem alten Aktienrecht begründete Praxis bestätigt hat, dass nicht pflichtwidrig handelt, wer unverzüglich saniert, statt den Richter zu benachrichtigen. Gleichzeitig hat das Bundesgericht eine Karenzfrist von 60 Tagen erkannt, innert der die Sanierung möglich sein muss. Wird nun vom Verwaltungsrat gefordert, dass er die Bilanz bei einer Überschuldung oder bei Zahlungsunfähigkeit unverzüglich deponieren muss, dann ist

die stille Sanierung nicht mehr möglich. Dies wäre in den letzten Jahren zahlreichen Gesellschaften zum Verhängnis geworden, wobei ein Konkurs in der Regel einen volkswirtschaftlich grösseren Schaden anrichtet als eine stille Sanierung. Im Weiteren ist auch zu beachten, dass z.B. die Überführung der Gesellschaft in die Nachlassstundung kaum je unverzüglich möglich ist, sondern eine gewisse Vorbereitungszeit braucht. Ein gut vorbereiteter Nachlass ist aber letztlich die Voraussetzung eines erfolgreichen Nachlasses, der in der Regel ebenfalls positive Auswirkungen auf die Gläubiger und die Arbeitnehmer hat. Aus all diesen Gründen ist auf die Unverzüglichkeit bei der Benachrichtigung des Gerichts zu verzichten und an der bewährten Praxis festzuhalten.

### **Zu Art. 759**

Die Bestimmung von Abs. 1<sup>bis</sup> ist singulär und löst die zahlreichen mit der Verantwortlichkeitsklage verbundenen Probleme nicht. Zu beachten ist, dass auch die Leitungsorgane unter dem oftmals negativen Einfluss der Verantwortlichkeitsklage stehen. Der ganze Themenbereich der Organklagen sollte grundsätzlicher angegangen werden als nur mit einer Haftungsbeschränkung für leichte Fahrlässigkeit bei der Revisionsstelle. In diesem Zusammenhang stellt sich insbesondere auch die Frage der Kodifizierung der Business Judgment Rule.

### **Zu Art. 928**

Die Bestimmung von Abs. 2, wonach die Einträge, die Statuten und die Stiftungsurkunde im elektronischen Abrufverfahren unentgeltlich zugänglich sind, ist zu begrüßen.

### **Zu Art. 933**

Es sollte heissen: „*dass jemand einen Dritten gegenüber wirksam gewordenen Eintrag nicht gekannt habe ...*“.

### **Zu Art. 959a**

Unter den Passiven sollten meines Erachtens die nachrangigen Verbindlichkeiten ebenfalls separat aufgeführt werden müssen, weil sie für die Beurteilung der finanziellen Lage einer Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind.

### **Zu Art. 959c**

In Abs. 2 Ziff. 6 und 7 sollte der Verpfändung die Sicherungsübereignung und die Zession bzw. Sicherungsabtretung gleichgestellt werden.

Ich würde mich freuen, wenn Sie die oben stehenden Anregungen bei der weiteren Bearbeitung der Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts berücksichtigen würden.

Mit freundlichen Grüßen

Lukas Glanzmann



UNIL | Université de Lausanne  
HEC Lausanne  
Département de Management (DEMA)  
Bâtiment Internef  
CH-1015 Lausanne

**LSI**

Département Fédéral  
de Justice et Police  
Office fédéral de la justice  
Bundesrain 20  
3003 Berne

Lausanne, le 31 mai 2006

**Concerne : Avant-projet de nouveau droit de la société anonyme et droit comptable –  
procédure de consultation – prise de position**

---

Mesdames, Messieurs,

En tant que professeur de droit fiscal à la faculté des HEC de l'Université de Lausanne, mes travaux de recherche portent tout particulièrement sur la relation entre le droit comptable et le droit fiscal. J'ai dans ce contexte d'ailleurs rédigé une thèse de doctorat<sup>1</sup> qui porte en grande partie sur cette question et un récent article dans la revue « Archive de droit fiscal suisse » qui examine la relation entre le droit fiscal suisse et les normes *true and fair*<sup>2</sup>. Un tiré-à-part de cet article vous est d'ailleurs remis en annexe.

Dans ce contexte, je tiens à vous faire part de mes observations sur l'avant-projet de nouveau droit de la société anonyme et de nouveau droit comptable du 2 décembre 2005. Je limiterai toutefois mes remarques aux seules questions concernant le droit comptable et, plus précisément, à la relation entre le droit fiscal et la comptabilité commerciale. Je ne me prononcerai pas ici sur les autres aspects de la réforme.

Par ailleurs, je précise que cette prise de position reflète le point de vue du soussigné exclusivement et n'engage pas l'Université de Lausanne ou la faculté des HEC.

---

<sup>1</sup> Pierre-Marie Glauser, Apports et impôt sur le bénéfice – le principe de détermination dans le contexte des apports et autres contributions de tiers, Zurich/Genève 2005. Ce travail a reçu le Prix Latsis 2006 de l'Université de Genève.

<sup>2</sup> Pierre-Marie Glauser, IFRS et droit fiscal – Les normes *true and fair* et le principe de détermination en droit fiscal suisse actuel, Archive de droit fiscal suisse, vol. 74, cahier 9, p. 529 ss.



Dans un premier chapitre, je me prononcerai sur la relation entre le droit comptable et le droit fiscal en général ; puis il sera question du nouvel article 960 f P-CO et du *Massgeblichkeitsprinzip* juridique inversé qu'il instaure. Enfin, dans un dernier chapitre, j'évoquerai les autres possibilités de concilier la fiscalité de l'entreprise avec les normes comptables *true and fair*.

## **I. RELATION ENTRE DROIT COMPTABLE ET DROIT FISCAL – SITUATION SELON L'AVANT-PROJET**

### *1. Situation actuelle*

La loi fiscale actuelle (art. 58 al. 1 let. a LIFD) prévoit que le bénéfice imposable d'une personne morale correspond au bénéfice ressortant de la comptabilité commerciale. On parle dans ce contexte de *Massgeblichkeitsprinzip* ou, en français, de « principe de détermination »<sup>3</sup>.

S'agissant du fonctionnement du principe de détermination, je me permets de vous renvoyer à l'article en annexe<sup>4</sup>. Le *Massgeblichkeitsprinzip* comporte en principe deux aspects : le *Massgeblichkeitsprinzip* matériel et le *Massgeblichkeitsprinzip* formel. Le premier (principe de détermination matériel) implique que le droit fiscal reprend à son compte l'ensemble des principes et règles comptables applicables pour la fixation de la base imposable. Le second (principe de détermination formel) implique que les autorités fiscales se basent sur les comptes tels qu'effectivement approuvés par la société ; il commande en particulier qu'une charge ne peut être prise en compte fiscalement que si elle a été dûment comptabilisée. Les deux principes sont applicables en droit fiscal actuel. Précisons d'ailleurs que les autorités fiscales se basent sur les comptes individuels tels qu'approuvés par l'assemblée générale ou l'organe suprême de la société et non sur les comptes consolidés.

Dans la mesure où le droit fiscal et le droit commercial poursuivent des objectifs différents, le législateur a prévu, en particulier à l'art. 58 al. 1 let. b et c LIFD, des règles correctrices fiscales permettant au fisc de s'écarter du résultat comptable à certaines conditions. Si ces corrections peuvent parfois intervenir en faveur du contribuable, c'est le plus souvent en sa défaveur qu'une divergence entre le résultat comptable et le résultat fiscal survient. Ces corrections fiscales concernent tout d'abord les cas de prestations appréciables en argent (dividendes dissimulés) qui ne sont qu'indirectement concernés par la réforme du droit comptable. Par ailleurs les corrections fiscales interviennent aussi lorsque la société comptabilise des charges qui ne sont pas justifiées par l'usage commercial (art. 58 al. 1 let. b LIFD). À titre d'exemples, citons les amortissements excessifs ou la constitution de provisions plus importantes que nécessaire. Les règles correctrices permettent en effet aux autorités fiscales de poser des limites à la possibilité que le droit comptable offre aujourd'hui aux contribuables de différer le moment de l'imposition en constituant des réserves latentes. En cas de reprise fiscale, le contribuable doit tenir un « bilan fiscal » pour conserver une trace de la valeur de ses actifs et passifs sous l'angle fiscal.

<sup>3</sup> Il est souvent aussi question de principe de l'importance déterminante du bilan commercial pour l'imposition ; le terme de principe de détermination semble toutefois plus adéquat.

<sup>4</sup> Glauser, IFRS et droit fiscal, p. 532ss.

Bien que l'objectif des états financiers établis selon les normes *true and fair* (par exemple les IFRS) ne corresponde pas directement à celui du bilan fiscal, il n'est pas abusif d'affirmer que le droit fiscal et ses règles correctrices cherchent en quelque sorte à se rapprocher d'un système *true and fair* plus proche de la réelle capacité contributive de la société. En effet, les règles comptables *true and fair* cherchent également à appréhender au mieux le « véritable » résultat de l'exercice, notamment en prohibant les différés de comptabilisation de revenu liés à la création de réserves latentes. Il est d'ailleurs admis dans la doctrine que l'application de systèmes comptables basés sur les normes comptables internationales, permettrait de réduire, voire de rendre inutile, les dispositions fiscales qui autorisent le fisc à s'écarter de la comptabilité financière.

En pratique, les autorités fiscales déterminent le plus souvent de manière forfaitaire les charges qui sont considérées comme étant justifiées commercialement. En général, ces « *safe harbour rules* » sont arrêtées dans des documents administratifs<sup>5</sup>. Parfois, elles sont uniquement des émanations de la pratique<sup>6</sup>. Dans les deux cas, il s'agit cependant uniquement de pratiques administratives – publiées ou non – lesquelles, selon la jurisprudence constante, n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux, ni même l'administration. Ces tolérances des autorités fiscales, qui peuvent d'ailleurs varier de canton à canton, sont donc susceptibles de modification de la part des autorités fiscales sans qu'un quelconque processus législatif doive être engagé.

## 2. *Impact de l'avant-projet*

Sur la base de ce qui précède, l'avant-projet de réforme du droit comptable appelle les remarques suivantes :

- Sous réserve du principe de déterminance inversé dont il sera question ci-dessous, le projet ne change pas le fonctionnement du *Massgeblichkeitsprinzip*. Comme par le passé, le principe de déterminance, matériel et formel, s'applique selon l'avant-projet. Les règles correctrices fiscales restent inchangées, les autorités fiscales étant toujours fondées à redresser les charges non justifiées commercialement.
- Pour toutes les entreprises qui seront appelées à tenir des comptes « parallèles » selon des standards comptables *true and fair* (art. 962 P-CO), l'existence d'éventuelles réserves latentes dans les comptes individuels statutaires conduira à une divergence entre ceux-ci et les comptes établis selon le référentiel comptable *true and fair*. Les autorités fiscales seront ainsi rendue attentives au fait qu'il existe des réserves latentes et que des charges ne sont pas (ou plus) justifiées commercialement. En se fondant sur les règles correctrices fiscales (art. 58 al. 1 let. b LIFD), les autorités pourraient ainsi plus facilement être amenées à pratiquer des redressements fiscaux en dissolvant les réserves latentes liées à des comptes correctifs d'actifs ou à des provisions, voire même, dans certains cas, à des amortissements<sup>7</sup>. Les sociétés tenant des états financiers établis selon un référentiel comptable se verraient ainsi

<sup>5</sup> Par exemple, la notice AFC-DAT A-1995 sur les amortissements d'entreprises commerciales d'avril 2001.

<sup>6</sup> On pense par exemple aux montants acceptés forfaitairement pour les débiteurs douteux – ducroire (5% pour débiteurs suisses, 10% pour débiteurs étrangers) ou aux « tiers stock » (*Warendrittel*).

<sup>7</sup> On pense en particulier à l'article 62 al. 4 LIFD qui permet de reprendre les amortissements sur des participations.

placées dans une situation moins favorable que celles tenant leurs comptes uniquement selon le CO.

- Les pratiques et tolérances administratives actuelles en matière de charges justifiées par l'usage commercial (ducroire, tiers sur stock, etc.) ne permettraient pas de s'opposer à de tels redressements dans la mesure où ces règles n'ont pas force de loi.
- Le risque de redressement serait à terme d'autant plus important que l'avant-projet adopte une position ambiguë s'agissant de la constitution de réserves latentes. L'art. 960 al. 2 P-CO interdit en effet la constitution de réserves latentes arbitraires, alors que l'art. 960a al. 4 P-CO, dont la teneur correspond à l'actuel art. 669 al. 2 CO, prévoit explicitement la possibilité de constituer de telles réserves latentes.
- En conséquence, malgré l'art. 962 al. 4 P-CO et les différents passages du rapport explicatif garantissant que la nouvelle réglementation ne conduira à aucun changement en matière fiscale, il nous paraît qu'à moyen terme les nouvelles règles pourraient conduire à un durcissement de la pratique fiscale. Ceci non pas en raison du fait que les comptes « parallèles » établis selon un référentiel comptable *true and fair* seraient utilisés comme base de taxation, mais parce que les comptes établis selon le CO seraient remis en question par les autorités fiscales sur la base des règles correctrices existantes en droit fiscal.
- Par ailleurs, le maintien du principe de détermination dans sa forme actuelle implique que les défauts inhérents au *Massgeblichkeitsprinzip* que nous connaissons actuellement seraient conservés. En particulier, dans la mesure où les règles correctrices fiscales laissent une certaine marge de manœuvre aux contribuables et qu'une écriture ne peut être prise en considération que si elle est enregistrée dans les comptes commerciaux, certaines charges sont, aujourd'hui déjà, enregistrées sur la base de critères fiscaux et non sur la base d'une analyse comptable. Paradoxalement, c'est alors le droit fiscal qui détermine le traitement comptable et non le contraire. Cette situation de *Massgeblichkeit inversé* dans les faits serait maintenue à l'avenir.
- Enfin, la solution proposée dans l'avant-projet conduit à l'adoption d'un droit comptable qui s'écarte des principes *true and fair* et ce pour des raisons fiscales. Comme nous le verrons ci-dessous, il existe pourtant d'autres solutions permettant de concilier comptabilité *true and fair* et impôt sur le bénéfice.

## **II. ARTICLE 960f P-CO : LE PRINCIPE DE DÉTERMINANCE INVERSÉ JURIDIQUEMENT**

Par rapport à la situation fiscale actuelle, l'avant-projet introduit une seule nouveauté : l'art. 960f P-CO. Cette disposition prévoit que les amortissements, corrections de valeur et provisions refusées par les autorités fiscales doivent être dissouts pendant l'exercice où la décision de taxation entre en force. Il s'agit là des corrections effectuées par les autorités fiscales sur la base des règles correctrices évoquées ci-dessus. Dans ce cas, et contrairement à ce qui prévaut actuellement, le bilan commercial devrait être adapté au bilan fiscal. Dans la mesure où cette disposition introduit dans la loi une règle impliquant désormais que le bilan comptable dépend du comportement des autorités fiscales, il instaure légalement une *Massgeblichkeit inversée*.



Cette nouveauté paraît problématique à plusieurs égards :

- Tout d'abord, elle introduit une situation où les règles de droit commercial dépendent des décisions des autorités fiscales. Il s'agit là d'une ingérence du droit administratif dans le droit privé qui ne se justifie pas.
- Les écritures comptables liées aux corrections fiscales dépendront des pratiques cantonales en matière de détermination du bénéfice imposable, lesquelles varient de canton à canton<sup>8</sup>. La lisibilité des comptes en deviendra d'autant plus difficile que le bilan commercial pourra varier en fonction des cantons concernés.
- Lorsqu'une société déploie des activités sur plusieurs cantons, il n'est pas rare que des cantons refusent des charges qui sont acceptées par d'autres cantons. Si le redressement pratiqué dans un des cantons conduit à une dissolution des réserves latentes dans les comptes commerciaux, cela impliquera automatiquement une imposition dans les autres cantons qui avaient pourtant accepté la charge. Le mécanisme de l'art. 960f P-CO conduirait dans ce cas à une imposition supplémentaire.
- Enfin, l'application plus ou moins stricte que le fisc fera des normes correctrices fiscales existantes conduirait, en cas d'introduction dans la loi de l'art. 960f P-CO, à une comptabilité plus ou moins exempte de réserves latentes. Les redressements fiscaux s'accompagneraient en effet dans ce cas d'une dissolution des réserves latentes dans la comptabilité commerciale. Il ne faudrait pas que cette situation conduise à ce que la fiscalité soit utilisée pour rapprocher les règles du CO d'une comptabilité *true and fair*.

L'avant-projet du nouveau droit comptable se basant essentiellement sur le *statu quo* dans les relations bilan fiscal – bilan commercial, l'on voit mal ce qui justifie l'introduction de l'article 960f P-CO. En effet, dans les faits, l'existence d'un bilan fiscal en cas de redressement ne pose pas de réel problème d'application pratique. Compte tenu des remarques évoquées ci-dessus, il paraît préférable de renoncer à cette nouvelle disposition.

### **III. AUTRES SOLUTIONS POUR CONCILIER NORMES *TRUE AND FAIR* ET IMPÔT SUR LE BÉNÉFICE**

L'introduction des normes comptables *true and fair* soulève un certain nombre de difficultés en matière d'impôt sur le bénéfice<sup>9</sup>. L'avant-projet renonce pour cette raison à moderniser le droit comptable suisse sous prétexte que « *la présentation de la situation économique de l'entreprise au plus proche de la réalité et la garantie de la neutralité fiscale s'excluent mutuellement* »<sup>10</sup>. En lieu et place d'une comptabilité *true and fair*, il est prévu d'exiger de certaines entreprises la tenue de comptes établissant les normes *true and fair* (art. 962 P-CO). La plupart des entreprises concernées par cette nouvelle exigence tiennent toutefois d'ores et déjà des comptes selon les

<sup>8</sup> Les provisions pour débiteurs douteux (suisses/étrangers) acceptées forfaitairement sont par exemple fixées à 10%/20% dans le canton de Zurich et à 5%/10% dans le canton de Vaud.

<sup>9</sup> Voir Glauser, IFRS et droit fiscal, p. 566 ss.

<sup>10</sup> Rapport explicatif concernant l'avant-projet, p. 107.

standards internationaux (que cela soit pour des raisons de droit boursier ou en raison de leur obligation de consolidation). Par ailleurs, l'art. 962 P-CO ne concernera pas les PME qui continueront de tenir des comptes uniquement selon le CO. Ainsi, l'avant-projet n'apporte pas de réelle modification par rapport au *statu quo* en terme de présentation comptable. Paradoxalement toutefois, comme évoqué ci-dessus, l'art. 962 P-CO peut cependant s'accompagner d'un durcissement de la pratique fiscale.

A mon sens, il n'est pas exact de considérer qu'il existe inexorablement un conflit d'intérêt entre comptabilité *true and fair* et fiscalité. D'autres solutions peuvent être appliquées pour concilier les normes comptables *true and fair* et droit fiscal. Je renvoie à ce sujet à l'article qui est remis en annexe<sup>11</sup>. En substance, les solutions suivantes sont évoquées dans la doctrine :

- *Two books system* : dans son acception la plus pure, le *two books system* consiste à mettre en place un véritable système comptable pour les besoins du droit fiscal. Les contribuables remettent alors aux autorités de taxation un jeu de comptes établis selon les règles fiscales. Cette approche crée des difficultés pratiques importantes et est rejetée par la plupart des auteurs.
- *Solution LECCA* : cette solution introduisait une *Massgeblichkeit* juridique inversée qui ne permettait pas d'atteindre l'objectif comptable de présentation *true and fair* et qui soulevait des difficultés fiscales. Elle a donc été rejetée.
- *La solution fiscale*. Cette solution, préconisée par de nombreux auteurs dans le domaine fiscal, représente une voie de compromis. Elle implique de conserver la *Massgeblichkeit* matériel tout en abandonnant la *Massgeblichkeit* formel. Le droit fiscal se baserait ainsi sur des comptes commerciaux établis selon les règles comptables, lesquelles serviraient de point de départ. Des règles fiscales spécifiques permettraient toutefois de s'en écarter pour tenir compte des impératifs du droit fiscal. Cette solution, qui paraît présenter de nombreux avantages, impliquerait une modification du droit fiscal. Il conviendrait en particulier d'accroître le nombre de règles correctrices fiscales en faveur des contribuables. Cette approche permettrait cependant d'introduire le principe de *true and fair* dans notre système comptable, tout en introduisant de nouvelles règles correctrices dans le droit fiscal. Il serait ainsi possible de conserver une situation comparable à celle prévalant actuellement tout en modernisant notre droit comptable.

A titre d'exemple, la loi fiscale pourrait prévoir la possibilité de pratiquer des amortissements « fiscaux » supérieurs à ce qui prévaut en droit comptable sur certains actifs, par exemple les stocks, les créanciers, etc. De même, certaines règles fiscales qui requièrent actuellement des écritures comptables dans les comptes commerciaux (par exemple le remploi) seraient modifiées pour permettre un traitement fiscal indépendant du traitement comptable.

---

<sup>11</sup> Glauser, IFRS et droit fiscal, p. 575 ss.

La « solution fiscale » préconisée ci-dessus offrirait l'avantage de se rapprocher de la tendance qui prévaut dans les pays de l'Union européenne, même dans ceux qui appliquent le *Massgeblichkeit*. Par ailleurs, elle présenterait l'avantage d'ancrer dans la loi les tolérances et pratiques administratives qui existent actuellement.

\* \* \*

J'espère que la présente saura retenir votre attention et je vous prie de croire, Mesdames, Messieurs, à l'expression de ma respectueuse considération.

Dr Pierre-Marie Glauser  
Professeur de fiscalité

Annexe mentionnée

# JOERIN HOPF

ADVOKATUR NOTARIAT MEDIATION

Lautengartenstrasse 14, CH-4010 Basel

Postadresse: Postfach 358, CH-4010 Basel / Telefon +41 61 279 27 27 / Fax +41 61 272 62 58

Parkplatz: Einfahrt Lautengartenstrasse 14 / e-mail: hopf@juridix.ch

lic. iur. Jean-Marc Joerin\*  
Dr. Michel Hopf  
Dr. H. Lucas Sarasin  
Dr. Christoph J. C. Albrecht

Eingetragen im Anwaltsregister Basel-Stadt

\* Mediator Schweizerischer Anwaltsverband

Eidgenössisches Handelsregisteramt  
z.Hd. Frau Rüdlinger  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Basel, 31. Mai 2006

## **Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechtes im Obligationenrecht vom 02.12.2005 Private Vernehmlassung**

Sehr geehrter Herr Bundesrat  
Sehr geehrte Damen und Herren

Aus Anlass der Vernehmlassung zum rubrizierten Vorentwurf nehme ich die Gelegenheit wahr, einen Punkt aufzugreifen, der in der Vorlage nicht enthalten ist. Es handelt sich um die Frage des Ausschlusses (Squeeze-out) des Austritts (Sell-out) von Aktionären aus der Aktiengesellschaft, deren Einführung angelegentlich der laufenden Revision zumindest prüfenswert wäre.

Bis zum Inkrafttreten des Fusionsgesetzes am 01. Juli 2004 kannte das Schweizer Aktienrecht von der Kaduzierung abgesehen keine Möglichkeit, Aktionäre auszuschliessen. Dank Artikel 8 II FusG i.V.m. Artikel 18 V FusG (Abfindungsfusion) und Artikel 43 III FusG (asymmetrische Spaltung) ist es heute zumindest theoretisch möglich, mit Zustimmung von 90% „*der Gesellschafter*“ Aktionäre anlässlich einer dieser Transaktionen auszuschliessen. Wegen der nur rudimentären und zu Meinungsverschiedenheiten Anlass gebenden Regelung dieser beiden fusionsrechtlichen Ausschlussmöglichkeiten ist jedoch zu befürchten, dass sie kaum Eingang in die gesellschaftsrechtliche Praxis finden werden, trotzdem sie zum Teil lebhaft begrüsst wurden. Jedenfalls wurde meines Wissens von diesen beiden Instrumenten bisher noch nicht Gebrauch gemacht. Es ist anzunehmen, dass sie wegen den erheblichen Rechtsunsicherheiten, denen sie ausgesetzt sind<sup>1</sup>, ohnehin nur beschlossen werden, wenn ihnen alle Aktionäre ausnahmslos zustimmen.

---

<sup>1</sup> Siehe Beilage: Hopf, die fusionsrechtlichen Medikationsverfahren bei der Aktiengesellschaft, Reprax 3/2005 insbesondere Seite 5 ff.

Angesichts dieses unbefriedigenden Zustandes sollte meines Erachtens anlässlich der bevorstehenden Revisionsarbeiten die Frage geprüft werden, ob nicht generell für gewisse Fallkonstellationen und ausserhalb des Anwendungsbereiches des Fusionsgesetzes dem Hauptaktionär ein Recht auf Ausschluss der verbleibenden Minderheitsaktionäre (Squeeze-out-Recht) und diesen ein Recht auf Auskauf durch den Hauptaktionär (Sell-out-Recht) zugestanden werden soll.

Da das Aktienrecht wie auch die vorgeschlagene Revision sich stark an analoge europäische Regelungen anlehnen erlaube ich mir an dieser Stelle, kurz die diesbezügliche Rechtslage in einigen wichtigen europäischen Ländern und in der EU darzustellen:

#### **a) Deutschland**

Beim Abschluss eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages (§§ 291 – 307 AktG) muss sich das herrschende Unternehmen u.a. verpflichten, auf Verlangen eines aussenstehenden Aktionärs dessen Aktien gegen eine angemessene Abfindung zu übernehmen (Sell-out-Recht der Minderheitsaktionäre). Der Abschluss des Unternehmensvertrages bedarf der Zustimmung von  $\frac{3}{4}$  des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals der zu beherrschenden Gesellschaft.

Im Fall einer Eingliederung (§§ 319 – 327 AktG) gehen automatisch mit dem Wirksamwerden des Eingliederungsbeschlusses alle Aktien der aussenstehenden Minderheitsaktionäre auf die Hauptgesellschaft über. Die Minderheitsaktionäre erhalten eine Abfindung, die in der Regel in Form von Aktien der Hauptgesellschaft besteht. Ist jedoch Letztere selbst eine abhängige Gesellschaft, haben die Minderheitsaktionäre die Wahl zwischen einer Abfindung in Bar oder in Aktien der Hauptgesellschaft (§ 320b I AktG). Hier existiert also ein Squeeze-out-Recht des Hauptaktionärs und in vermindertem Ausmass ein Sell-out-Recht der verbleibenden Minderheitsaktionäre. Die Eingliederung setzt voraus, dass der Hauptaktionär eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Deutschland ist, die 95% des Grundkapitals der einzugliedernden Gesellschaft hält.

Seit dem 01.01.2002 kennt Deutschland darüber hinaus ein allgemeines Squeeze-out-Recht des Hauptaktionärs (§§ 327a ff AktG). Voraussetzung dieses Squeeze-out ist, dass dem Hauptaktionär, auf dessen Wohnsitz oder Sitz nichts ankommt, direkt oder indirekt 95% des Grundkapitals gehören. Ein spiegelbildliches Sell-out-Recht der verbleibenden Minderheitsaktionäre existiert nicht, was verschiedentlich zu Kritik Anlass gibt.

Zur Zeit behandelt der Bundestag die Umsetzung der EU-Richtlinie 2004/25, die bei Übernahmen von börsenkotierten Gesellschaften ein spiegelbildliches Squeeze-out- und Sell-out-Recht bringen soll. Der Ausschluss von Minderheitsaktionären nach §§ 327a ff AktG, der für alle Aktiengesellschaften gilt, soll von den Neuregelungen im Wertpapiererwerbs- und Übernahmengesetz unberührt bleiben.

## **b) Niederlande**

Gleich wie Deutschland kennen auch die Niederlande ein voraussetzungsloses Squeeze-out-Recht des Mehrheitsaktionärs gegenüber den Minderheitsaktionären, das im Unterschied zu Grossbritannien kein vorhergehendes Übernahmeangebot voraussetzt. Im Unterschied zu Deutschland erfolgt der Ausschluss durch das Gericht und nicht durch die Generalversammlung.

Voraussetzung für die Geltendmachung des Squeeze-out-Rechts ist, dass der Aktionär für eigene Rechnung mindestens 95% des gezeichneten Aktienkapitals hält (Art. 2:92a (1) BGB NL). Gleiches gilt, wenn die 95%ige Beteiligung auf zwei oder mehrere Konzerngesellschaften verteilt ist.

Die auszuschliessenden Aktionäre haben gegenüber dem klagenden Hauptaktionär Anspruch auf eine angemessene Abfindung, die durch das Gericht bestimmt wird.

Ein spiegelbildliches Sell-out-Recht der Minderheitsaktionäre kennt das niederländische Recht in Umsetzung der EU Richtlinie 2004/25 nur bei börsenkotierten Zielgesellschaften.

## **c) Grossbritannien**

Grossbritannien kennt seit der unmittelbaren Nachkriegszeit eine subtile Squeeze-out- und Sell-out-Regelung (Companies Act 1985, Art. 428 – 430F).

Erste Voraussetzung für die Geltendmachung eines dieser Rechte ist ein öffentliches Übernahmeangebot (takeover offer). Erwirbt der Bieter mindestens 90% der Anteile, die Gegenstand des Angebotes sind (Art. 429 Ziffer 1 Companies Act 1985), kann er innerhalb von vier Monaten nach dem Tag der Abgabe des Übernahmeangebotes, jedoch spätestens zwei Monate nach dem Tag, an dem er die Beherrschungsschwelle überschritt, den übrigen Aktionären ankündigen, dass er ihre Anteile zu den Bedingungen des ursprünglichen Übernahmeangebotes erwerben will. Nach Ablauf einer weiteren 6-Wochenfrist, innerhalb der die übrigen Aktionäre ein allfälliges Wahlrecht ausüben haben, wird er Inhaber der bislang von den Minderheitsaktionären gehaltenen Aktien, sofern er die weiteren formellen Voraussetzungen erfüllt (insbesondere Bezahlung der Abfindungssumme an die Zielgesellschaft, die als Treuhänderin der Minderheitsaktionäre handelt).

Das Verkaufsrecht der Minderheitsaktionäre (Art. 430A Companies Act 1985) tritt ein, wenn der Bieter bis zum Ablauf der Annahmefrist in den Besitz von mindestens 90% der Anteile an der Zielgesellschaft kommt. Anders als beim Squeeze-out-Recht des Hauptaktionärs ist es für das Sell-out-Recht nicht notwendig, dass der Bieter innerhalb der Angebotsfrist mehr als 90% der noch nicht in seinem Besitz befindlichen Aktien erhält (Art. 430A Ziffer 1 lit. b Companies Act 1985).

Per 20. Mai 2006 hat Grossbritannien zwecks Umsetzung der EU-Rechtlinie 2004/25 eine Interim Implementation in Kraft gesetzt (Statutory Instruments 2006, Nr. 1183 vom 25.04.2006). Diese Übergangsregelung ist nur auf börsenkotierte Zielgesellschaften anwendbar.

#### d) Europäische Union

Nach längeren Diskussionen hat die Europäische Union am 21. April 2004 die Richtlinie 2004/25 (Amtsblatt L 142 vom 30.04.2004, S. 12 – 23; sogenannte Übernahmerrichtlinie) in Kraft gesetzt. Diese Richtlinie ist nur auf Übernahmeangebote für Beteiligungspapiere börsenkotierter Gesellschaften anwendbar (Art.1 Ziffer1). Die Umsetzungsfrist lief am 20. Mai 2006 ab.

Gemäss Artikel 15 der Richtlinie 2004/25 kann der Bieter verlangen, dass ihm die verbleibenden Aktionäre respektive Wertpapierinhaber ihre Wertpapiere zu einem angemessenen Preis verkaufen, wenn er mindestens 90% des stimmberechtigten Kapitals und 90% der Stimmrechte der Zielgesellschaft hält respektive erworben hat. Die Beherrschungsschwelle kann von den Mitgliedsstaaten auf 95% des stimmberechtigten Kapitals und 95% der Stimmrechte heraufgesetzt werden. Das Squeeze-out-Recht muss innerhalb von drei Monaten nach Ablauf der Angebotsfrist ausgeübt werden. Was die angemessene Abfindung angeht können die Mitgliedsstaaten vorsehen, dass den verbleibenden Minderheitsaktionären wahlweise eine Geldleistung angeboten werden muss.

Gemäss Artikel 16 der Richtlinie 2004/25 hat jeder Inhaber verbleibender Wertpapiere das Recht vom Bieter, der die 90% Beherrschungsschwelle überschritten hat, zu verlangen, dass er seine Wertpapiere zu einem angemessenen Preis erwirbt (Sell-out-Recht). Das Sell-out-Recht muss innert 3 Monaten nach Ablauf der Angebotsfrist geltend gemacht werden.

Darüber hinaus sieht der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Änderung der Richtlinie 77/91/EWG vom 29.10.2004 (KOM (2004) 730) ein generelles Squeeze-out- und Sell-out-Recht vor (Artikel 39a und 39b des genannten Richtlinienvorschlags vom 29.10.2004), die unabhängig von einem vorhergehenden Übernahmeangebot für alle börsenkotierten Gesellschaften gelten sollen. Der Bericht des Rechtsausschusses des Europäischen Parlamentes vom 28.02.2006 (A6-0050/2006) ist jedoch der Auffassung, dass keine Notwendigkeit besteht, Ausschluss- und Andienungsrechte („Squeeze-out“ und „Sell-out“-Rights) auf europäischer Ebene zu regulieren (Seite 19f). Der schlussendliche Ausgang dieser Diskussion ist noch offen.

**Zusammengefasst** ist somit europaweit eine Tendenz festzustellen, dem Hauptaktionär ein Squeeze-out-Recht und - in vermindertem Umfang - den Minderheitsaktionären ein Sell-out-Recht bei Überschreitung einer Beherrschungsschwelle von 90% bis 95% einzuräumen. Bei Übernahmeangeboten für börsenkotierte Gesellschaften sind diese Regelungen bereits gesetztes Recht. Ausserhalb dieses Bereiches ist die Entwicklung offener.

Für die Einführung derartiger Squeeze-out- und Sell-out-Rechte unabhängig von Umstrukturierungsvorgängen sprechen meines Erachtens folgende Gründe:

i) Für das Squeeze-out-Recht:

- vollständige Integration von Tochtergesellschaften in einen Konzern ohne Preisgabe ihrer rechtlichen Selbstständigkeit;
- vereinfachte Führung von Konzernen;
- Abwehr von streitsüchtigen Minderheiten;
- Vermeidung von meist sehr aufwändigen Fusionen und Spaltungen zur Erreichung des gleichen Zieles.

ii) Für das Sell-out-Recht:

- Schutz der verbleibenden Minderheitsaktionäre / Motivation für den Hauptaktionär, die Interessen der Minderheitsaktionäre zu wahren;
- Möglichkeit der Minderheitsaktionäre, ihre Aktien zum wirklichen Wert zu verkaufen, trotzdem angesichts der hohen Beteiligung des Hauptaktionärs kein oder kaum ein Markt für ihre Beteiligungen mehr existiert<sup>2</sup>;
- Wenn Squeeze-out-Recht gewährt wird: Gleichstellung mit dem Hauptaktionär (Waffengleichheit).

Was die Höhe der Beherrschungsschwelle angeht ist sie meines Erachtens so festzulegen, dass sie mit den Schwellenwerten für die Ausübung der Aktionärsrechte (u.a. Durchführung einer Sonderprüfung, Einberufung einer a. o. Generalversammlung etc.) koordiniert wird. Jedenfalls sollte die Beherrschungsschwelle analog zu den europäischen Regelungen nicht unter 90% und nicht über 95% des Kapitals und der Stimmrechte an der Zielgesellschaft festgelegt werden.

Um ein Ausufern dieser Squeeze-out- und Sell-out-Rechte zu verhindern, die immer eine Rechtsunsicherheit für die Betroffenen zur Folge haben, erachte ich es als opportun, dass sie nur innert einer Frist von zum Beispiel 3 Monaten nach der Bekanntgabe der Überschreitung der Beherrschungsschwelle durch den Hauptaktionär ausgeübt werden können. Weiter sollten sie nur in einem Konzernverhältnis zum Tragen kommen, wenn also ein Hauptaktionär - oder allenfalls zwei oder mehrere konzernmässig verbundene Gesellschaften – die Beherrschungsschwelle überschreitet. Bei verstreutem Aktienbesitz sollten diese Rechte nicht zum Tragen kommen<sup>3</sup>. Da die meisten Konzernierungsvorgänge nicht börsenkotierte Gesellschaften betreffen sollten die Squeeze-out- und Sell-out-Rechte bei allen Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung eingeführt werden, ob sie börsenkotiert sind oder nicht.

---

<sup>2</sup> De facto ist in den allermeisten Fällen der Hauptaktionär der einzige potenzielle Käufer der verbleibenden Restaktien, was ihm eine übermächtige Verhandlungsposition verschafft, die missbrauchsanfällig ist. In solchen Fällen kommt es vor, dass Preise vereinbart werden, die weit unter dem wirklichen Wert der Aktien - auch bei Berücksichtigung der „üblichen“ Abzüge für Minderheitsbeteiligung - liegen.

<sup>3</sup> Sollten mehrere unterschwellige Aktionäre, die zusammen die Beherrschungsschwelle überschreiten, ein Squeeze-out beabsichtigen, müssten sie in einem ersten Schritt ihre Beteiligungen in eine neue Gesellschaft einbringen, deren Erwerb die Squeeze-out- und Sell-out-Rechte auslösen würde.



Angesichts des Gleichbehandlungsgebotes und des Diskriminierungsverbotes ist nur die gemeinsame Einführung sowohl der Squeeze-out-Rechte als auch der Sell-out-Rechte innerlich gerechtfertigt. Wird nur eines dieser Rechte gewährt, werden automatisch die davon profitierenden Aktionäre zu Lasten der Anderen übermässig privilegiert. Besonders krass ist diese Bevorzugung beim alleinigen Squeeze-out-Recht, das die Macht des ohnehin übermächtigen Hauptaktionärs nochmals steigert.

Was die Abwicklung dieser Squeeze-out- und Sell-out-Rechte angeht handelt es sich hierbei um eine Angelegenheit zwischen den Aktionären, die die beherrschte Gesellschaft direkt nicht betrifft. Infolgedessen sollte

- der Hauptaktionär das Recht haben, von den verbleibenden Aktionären den Verkauf ihrer Aktien zu verlangen, und
- umgekehrt die Minderheitsaktionäre das Recht haben, vom Hauptaktionär – und nicht von der beherrschten Gesellschaft – den Aufkauf ihrer Aktien zu verlangen.

Dank diesem Mechanismus wird vermieden, dass die beherrschte Gesellschaft aus ihren Eigenmitteln die austretenden Minderheitsaktionäre abzufinden hat, was mitunter je nach Fallkonstellation zu Komplikationen Anlass geben kann (Durchführung einer Aktienkapitalherabsetzung oder Konflikte mit den Vorschriften über den Erwerb eigener Aktien).

Mehr der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die zur Zeit sehr hohe Beherrschungsschwelle von 98% für die Geltendmachung des Squeeze-out-Rechtes gemäss Börsengesetz mit der vorstehend vorgeschlagenen Regelung und mit derjenigen gemäss Fusionsgesetz koordiniert werden sollte. Bei dieser Gelegenheit wäre auch die Einführung eines spiegelbildlichen Sell-out-Rechtes zu Gunsten der verbleibenden Minderheitsaktionären begrüssenswert. Der heutige Zustand jedenfalls ist auch in rechtsvergleichender Hinsicht unbefriedigend.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Dr. Michel Hopf

cc an: ehra@bj.admin.ch

Herrn Bundesrat  
Christoph Blocher  
Vorsteher des Eidg. Justiz- und Polizei-  
departement  
Bundeshaus  
3003 Bern

Zürich, 30. Mai 2006

## **Vernehmlassung zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts**

Sehr geehrter Herr Bundesrat Blocher

Das Kompetenzzentrum Records Management ist t der führende Meinungsbildner und Anbieter von Records Management Beratung. Es wurde im Jahre 2004 von vier Mitgliedern der „Expertenkommission der Wirtschaft zur Revision der Buchführungs- und Aufbewahrungsvorschriften sowie zur Ausarbeitung der Geschäftsbücherverordnung 2002“ gegründet. Es sind dies RA Jacques Beglinger, Fürsprech Beat Lehmann, Dr. Peter K. Neuenschwander und Dr. Bruno Wildhaber.

Das KRM konzentriert seine Stellungnahme deshalb auf den Bereich der revidierten Buchführungs- und Aufbewahrungsvorschriften.

Dazu möchten wir wie folgt Stellung nehmen:

### **1. Definition der aufzubewahrenden Unterlagen**

- 1.1 Die Aufteilung und Verschiebung der Bestimmungen des geltenden Art. 957 OR ist aus unserer Sicht grundsätzlich möglich. Die Neufassung von Art. 957 a Abs. 3 revOR stellt hingegen redaktionell aus folgenden Gründen einen Rückschritt zum bestehenden Recht nach OR und GeBüV dar.

- 1.2 Der Begriff „Schriftstücke“ lässt den Schluss zu, dass nicht in einem „Schriftstück“ enthaltene textliche Meldungen, wie z.B. Meldungen des elektronischen Geschäftsverkehrs („electronic data interchange, EDI“ bzw. „XML, extended markup language“) oder andere in elektronischer Form ausgetauschten und/oder aufbewahrten, als Text lesbare Meldungen nicht die Qualität eines Buchungsbeleges aufweisen können, was sicher falsch ist.
- 1.3 Wenn man etwa die Begriffe der „Urkunde“, wie er in Art. 110 Ziff. 5 des Strafgesetzbuches definiert ist oder der „Schriftlichkeit“, wie er etwa in Art. 9 des Gerichtsstandsgesetzes umschrieben ist, betrachtet („Einer schriftlichen Vereinbarung gleichgestellt sind Formen der Übermittlung, die den Nachweis durch Text ermöglichen, wie namentlich Telex, Telefax und e-Mail“), muss dieser Begriff sicher noch einmal überdacht werden.
- 1.4 Die Beschränkung der aufzubewahrenden Unterlagen auf die „Belege“, d.h. dem Grundsatz, dass nicht sowohl die Buchungsbelege wie auch die gesamte Geschäftskorrespondenz (somit nicht jede von einem buchführungspflichtigen Unternehmen abgegebene oder empfangene Nachricht) aufzubewahren ist, können wir auf jeden Fall zustimmen. Bereits in dem mit unserer Unterstützung verfassten Vorentwurf zur Geschäftsbücherverordnung hatten wir diesbezüglich einen Artikel 18 vorgesehen, welcher das Belegprinzip wie folgt ausgedrückt hatte:
- „Artikel 18, Vorrang des Belegs vor der Geschäftskorrespondenz
- Soweit ein verbuchter Geschäftsvorfall durch einen Buchungsbeleg nachgewiesen ist, ist jene Geschäftskorrespondenz, die allein diesen Sachverhalt gleichwertig nachweist, nicht aufbewahrungspflichtig.“
- 1.5 Hingegen haben wir Bedenken, dass aus dem vollständigen Wegfall der Erwähnung der Geschäftskorrespondenz in den revidierten Buchführungsvorschriften von Art. 957a revOR der Eindruck entstehen könnte, die Geschäftskorrespondenz als solche falle nicht mehr unter die Aufbewahrungspflicht. Dass dem natürlich nicht so ist, sondern je nach Umständen Belege auch Teile der Geschäftskorrespondenz erfassen können, wie dies der Begleitbericht auf Seite 102 zutreffend festgehalten wird, sollte unseres Erachtens auch im Gesetzestext in angemessener Art und Weise zum Ausdruck kommen. Nach unserem Verständnis umfassen die „Buchungsbelege“ auch die Geschäftskorrespondenz, soweit diese zum Nachweis der Begründung, Änderung oder Aufhebung buchungsrelevanter Rechten oder Pflichten des buchführungspflichtigen Unternehmens geeignet sind.

- 1.6 Zur näheren Klärung des Begriffs der aufzubewahrenden Buchungsbelege unter Einbeziehung qualifizierter Teile der Geschäftskorrespondenz schlagen wir eine Definition vor, welche in Übereinstimmung mit der geltenden Praxis festhält, dass es sich hierbei um Belege handelt, welche zum Nachweis der Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten der Unternehmung dienen und damit zu einem buchungsrelevanten Geschäftsvorfall oder Sachverhalt führen.
- 1.7 Als Ergänzung und Präzisierung zum vorgeschlagenen Art. 957 a Abs. 3 revOR schlagen wir, in Anlehnung an die Definition der „Urkunde“ nach Art. 110 Ziff. 5 StGB sowie der Textform von Vereinbarungen nach Art. 9 GeStG folgende Formulierung vor:

„Als Buchungsbelege gelten alle Aufzeichnungen in Textform, welche notwendig sind, um den einer Buchung zugrunde liegenden Geschäftsvorfall nachvollziehen zu können, d.h. einen Sachverhalt, durch welchen Rechte oder Pflichten für das Unternehmen begründet, geändert oder aufgehoben werden.“

Eine entsprechende Präzisierung könnte aus unserer Sicht im Gesetz oder in der sicherlich nachzuführenden Geschäftsbücherverordnung vorgenommen werden.

## **2. Ausführungsvorschriften**

Art. 958e revOr (Aufbewahrung) widerspiegelt im Kontext der weiteren neuen Art. 958 a-d geltendes Recht und Praxis und ist zu begrüßen. Hingegen sollte in Abs. 4 von Art. 958e OR unbedingt festgehalten werden, dass bei dieser sehr technologiebehafteten Materie analog zur Lösung wie sie Art. 13 der Verordnung des EFD über elektronisch übermittelte Daten und Informationen (ELDI-V- SR 641.201.1) vorsieht, sichergestellt wird, dass die entsprechende Verordnung in jedem Fall in enger Konsultation mit der Wirtschaft ausgearbeitet wird.

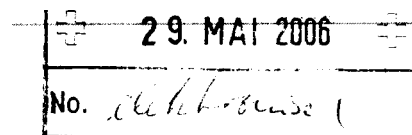
Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und die entsprechende Berücksichtigung unserer Vorbringen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

gez.  
Kompetenzzentrum Records Management GmbH  
Dr. Peter K. Neuenschwander

Eidgenössisches  
Amt für das Handelsregister**Lehmann Urs BJ**

Von: Roger Levy [[rogerlevy@bluewin.ch](mailto:rogerlevy@bluewin.ch)]  
Gesendet: Montag, 29. Mai 2006 09:49  
An: BJ-EHRA  
Betreff: Vernehmlassung zum neuen Aktienrecht



Sehr geehrte Frau Rüdlinger

Als Publikumsaktionäre unterbreiten wir Ihnen folgende Vorschläge zum neuen Aktienrecht für eine annehmbare Aktionärsdemokratie.

1. Verbot aller Vinkulierungsbestimmungen.
2. Alle Namensaktien müssen obligatorisch im Aktienregister eingetragen werden entweder auf den Namen des Aktienbesitzers oder eines Nominees, letzterer ist verpflichtet das Stimmrecht nur gemäss Instruktionen des Aktieninhabers zu allen Traktanden auszuüben. Generalvollmacht zur Stimmabgabe im Sinne des Verwaltungsrates ist gesetzlich zu verbieten. Nicht im Aktienregister eingetragene Aktien dürfen nicht dividendenberechtigt sein. Bei vielen Gesellschaften lassen sich 30 - 40% der Aktionäre nicht ins Aktienregister eintragen weil ihnen die Vinkulierungsbestimmungen zu kompliziert sind, was der Aktionärsdemokratie abträglich und zu verhindern ist.
3. Verbot für Organ-, Depotvertreter sowie unabhängigen Stimmrechtsvertretern zur Stimmabgabe mit Generalvollmacht im Sinne des Verwaltungsrates zu stimmen. Für jede Generalversammlung darf nur nach Weisung des Aktieninhabers zu jedem Traktandum das Stimmrecht ausgeübt werden.
4. Bonus-, Options- und Aktienzuteilungsprogramme für Verwaltungsrat und Geschäftsleitung müssen der Generalversammlung zur Genehmigung vorgelegt werden, mit genauer Angabe welche Bedingungen erfüllt werden müssen um die Zuteilung zu ermöglichen.

Wir bitten um Berücksichtigung dieser Stellungnahme im laufenden Vernehmlassungsverfahren zum neuen Aktienrecht.

Mit freundlichen Grüssen

Brandenburger & Guggenheim  
Charles S. Guggenheim  
Webereistrasse 60

8134 Adliswil

# **Kurze Vernehmlassung zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005**

Erstattet von Prof. Dr. Peter Nobel

## **1. VORBEMERKUNG**

### **11. Zur Vernehmlassung**

Die Vernehmlassung konzentriert sich stichwortartig nur auf wesentliche Bestimmungen und insbesondere auch nicht auf technische Einzelheiten, sondern mehr auf die materiellen Aspekte.

Als Beispiel solch technischer Aspekte diene hier die Aenderung des Begriffes der AG (Art. 620), die als unnötig erscheint und zudem im Widerspruch zu Art. 656a steht (Zerlegung in Teilsummen); derartige Punkte werden allenfalls erwähnt, aber nicht weiter ausgeführt. (Bloss in Klammer sei angemerkt, dass es sexes und nicht sexties heissen muss, z.B. Art. 697sexies). Sprachliche Fragen werden auch nicht aufgenommen, doch ist die Vorlage auch auf "Verschlimmbesserungen" zu überprüfen (als Beispiel Art. 933 Abs. 1).

Die Vernehmlassung konzentriert sich sodann auf Anmerkungen zu den kritischen Punkten und wendet sich den Fragen, die begrüssenswert oder unbestritten sind, nicht zu; darin liegt materiell eine implizite Zustimmung, was insbesondere auch für die Zulassung elektronischer Mittel zutrifft. Die Auseinandersetzung mit den Rechnungslegungsvorschriften wird den Spezialisten überlassen (vgl. aber unten Ziff. 24).

### **12. Heu von vielen Wiesen und zuwenig Fleisch**

Die Vorlage hinterlässt etwas den Eindruck, dass man alle "guten Ideen" aus vielen Quellen ohne viel Federlesens hineingepackt hat; auf der anderen Seite beeindrucken aber die Raschheit und die Entschiedenheit der Vorlage.

Trotzdem ist zu bedauern, dass materiell wichtige Fragen wie das Unwesen der Dispo-Aktie (ausser die leise Streifung in Art. 700) oder der Emissionsprospekt nicht angegangen worden sind.

Es wäre auch notwendig, sich der Frage von konzernrechtlichen Regeln zuzuwenden, denn die immer noch vorherrschende gesetzliche Grundlage der Einzelgesellschaft stimmt mit der Wirklichkeit kaum mehr überein. Es ist notwendig, hier über die einzelnen Regeln (Konzernrechnung, Behandlung eigener Aktien) hinaus die konzernrechtlichen Verhältnisse mit einigen Prinzipien zu erfassen.

### **13. Ideologische Schiefelage**

Die Vorlage ist zudem einseitig von der Idee des Eigentümer-Aktionärs geprägt und säht gegen Verwaltungsräte und Geschäftsleitung eigentlich nur Misstrauen, was nicht generell gerechtfertigt ist. Der Leitung des Unternehmens kommt in dem interessenpluralistischen Unternehmensverband auch eine eigenständige Stellung zu, die in einem vernünftigen Umfang auch gegen die Aktionäre zu schützen ist; auch das Management ist ein Produktionsfaktor. Auch hier sind die Gewichte aber möglichst richtig zu verteilen; so ist dem Rechnung zu tragen, dass die Direktion faktisch viel mächtiger und wissensreicher als der Verwaltungsrat ist. In diesem Lichte ist es geradezu absurd, die Wahl der Verwaltungsräte jährlich neu vorzunehmen, denn ein solcher Zeitraum wird weder den Machtverhältnissen, noch der Komplexität der Aufgabe und der überhaupt notwendigen Einarbeitungszeit gerecht. Zudem besteht ja nach wie vor ein Abberufungsrecht (Art. 705 OR).

## **2. MATERIELL WESENTLICHE PUNKTE**

### **21. Bezüge**

Dazu ist das ganze Paket zu betrachten, das aus (möglicher) GV-Kompetenz, Offenlegung und Rückforderungsmöglichkeit besteht. Es gehört dazu auch Art. 707 Abs. 3, der gegen ein "Bevorteiligungskartell" gerichtet ist, aber als eher übertriebene zusätzliche Kautele erscheint (dies auch im Lichte von Art. 717a).

#### **21.1 Zusätzliche GV-Kompetenz**

Art. 627 Ziffer 4 erscheint als zu weit gehend; es sollte nur von einer "Festlegung der Prinzipien" die Rede sein. Die GV kann nicht die Saläre festlegen; das kann nicht im Unternehmensinteresse liegen.

Es ist zudem, trotz Art. 698 Ziffer 6, das Verhältnis zu den anderen Zuständigkeiten der GV, insbesondere im Bereiche der Rechnungsabnahme und der Décharge, zu klären.

Es ist nur schwer ersichtlich, was die "nahestehenden Personen" hier zu suchen haben; gibt es Fälle, in denen ihnen Bezüge ausgerichtet wurden? Diese „nahestehenden Personen“ sind überhaupt ein Phantom, das in der ganzen Vorlage herumgeistert (so auch in Art. 697quater Abs. 1 Ziffer 5).

#### **21.2 Rückerstattung von Leistungen**

Die "nahestehenden Personen" sind auch hier fehl am Platze.

Es sollte das "ungerechtfertigt" in Art. 678 OR weiterhin durch ein subjektives Element qualifiziert werden, z.B. (anstatt durch "in bösem Glauben") durch "nicht in gutem Glauben".

Die Bemessung nur an der eigenen Leistung (Abs. 2) ist zweifelhaft und riecht nach "justum pretium"; die Grösse, die Art (Branche) und die Leistungsfähigkeit der Gesellschaft können und sollen durchaus eine Rolle spielen.

Bei allem ist hier auch zu berücksichtigen, dass Vertretungshandlungen der Gesellschaftsorgane auch zu durchsetzbaren Verträgen führen, die nicht einfach abgeändert werden können.

Es ist auch nicht gerechtfertigt, den Gläubigern hier eine Legitimation einzuräumen.

## **22. Kapital, Kapitalerhöhung, Kapitalverluste**

### 22.1 Aktien und Nennwert

Es ist ernsthaft zu prüfen, ob nicht zum System des nennwertlosen Kapitals übergegangen werden soll.

Die Abschaffung der Inhaberaktie ist nur gerechtfertigt, wenn auch die Inhaber-PS abgeschafft werden (Art. 622, 656a) und auch die Dispo-Aktien angegangen werden, die ja faktisch nichts anderes als stimmrechtslose Inhaberaktien sind. Der Nennwert von unter einem Rappen ist nicht zu empfehlen, da technisch und rechnerisch schwierig.

Es sollte nach wie vor die Einzahlung in Landeswährung gefordert werden, da ausländische Währungen Kursschwankungen und Kursdifferenzen verursachen und unnötige Probleme entstehen können (Art. 633).

### 22.2 Liberierung durch Verrechnung

Diese Klarstellung ist zu begrüßen (Art. 634a Abs. 2).

Es ist auch unerfindlich, was die "nahestehenden Personen" hier sollen (Abs. 1).

### 22.3 Kapitalband oder autorisierte Kapitalherabsetzung?

Aus Gründen der Einfachheit und Uebersichtlichkeit ist die Einfügung einer autorisierten Kapitalherabsetzung eher vorzuziehen.

### 22.4 Emissionsprospekt

Art. 652a ist heute dürftig und wird mit der Revision nicht besser. Hier wäre ein Ausbau zu überlegen, insbesondere, wenn man die Anforderungen des KR vergleichend heranzieht; diese sollen ja weiter gehen, aber das öffentliche Angebot zur Zeichnung ist auch bereits eine Inanspruchnahme des Kapitalmarktes.

### 22.5 Bedingtes Kapital

Das europäische Recht verlangt eine Anpassung der Statuten innert 30 Tagen; dies sollte auch in der Schweiz eingeführt werden (Art. 653g Abs. 1 resp. 2, auch bei 653x).

### 22.6 Kapitalreserve

Die Verwendungsbeschränkung der Kapitalreserve ist zu streng (Art. 671 Abs. 2). Es ist nicht gerechtfertigt, die Verwendung des Agios derart streng zu handhaben, wenn man grundsätzlich am System des Nominalkapitals festhält. Der Vorschlag steht zudem im Widerspruch zu Art. 674 Abs. 3 Ziffer 3.



## 22.7 Art. 725 OR

Eine Aenderung von Art. Art. 725 OR drängt sich eigentlich nicht auf. Die zusätzlichen Regeln zur Möglichkeit, schon früher Sanierungsmassnahmen zu ergreifen, sind unnötig und nur geeignet, Verwirrung zu stiften (Art. 725 Abs. 2, 627 Ziffer 18)

## 23. Aktionärsrechte

### 23.1 Dispo-Aktien

Es ist nicht gerechtfertigt, an der Problematik der Dispo-Aktien vorbeizugehen, die grundsätzlich eine Art. 686 Abs. 4 OR missachtende, und insbesondere vom Bankensystem gewollte Praxis darstellen.

### 23.2 Auskunftsrecht des Aktionärs

Das jederzeitige Auskunftsrecht des Aktionärs ist übertrieben, schafft Unsicherheiten und eine ungleichmässige Informationslage (Art. 697).

Es darf auch nicht verkannt werden, dass es doch auch eine nicht unbeträchtliche Anzahl von Querulanten gibt; es gibt nicht nur die besorgten Aktionäre.

### 23.3 Teilnahme an der GV

Es ist nicht einzusehen, warum man den Aktionären, die man eigentlich aktivieren möchte, die Ausübung ihrer Rechte nicht erleichtert, sondern erschwert. Angesichts der heute geringen Bedeutung des Depotstimmrechtes ist die Notwendigkeit der Abschaffung fraglich. Warum der Organvertreter dahinfallen soll, ist nicht einzusehen und ebenso wenig, dass sich der unabhängige Stimmrechtsvertreter beim Ausbleiben von Weisungen der Stimme enthalten soll (Art. 689d). Der Aktionär ist weder so beschränkt noch so schwach, wie Leute ihn darzustellen beliebten, die um Vollmachten weibeln und leider stets nur so wenige bekommen, dass sie nicht die Macht haben, die sie gerne möchten.

### 23.4 GV-Kompetenzen

Es ist nicht einzusehen, warum die Aktionäre über die Konzernrechnung, die ja praktisch eine immer grössere Bedeutung gewinnt, nicht mehr sollen abstimmen können (Art. 698 Ziffer 3).

In diesem Zusammenhang unbegreiflich ist die Regelung, dass Abschlüsse nach Regelwerk, zu denen auch Konzerne verpflichtet sind (Art. 963c), keiner eigenen Genehmigung durch die Generalversammlung bedürfen (Art. 962a). Warum der Konzernrechnung nur im Rahmen der Genehmigung des Geschäftsberichts zugestimmt werden muss, kann auch der Begleitbericht nicht klären.

### 23.5 PS-Kapital

Dem PS, der eigentlich eine stimmrechtslose Aktie ist, kommt an sich zwar keine grosse Bedeutung mehr zu (die Reform 1991 war diesbezüglich eine gewissermassen pompöse Grabbeigabe), doch bleibt zu überlegen, ob die Umfangsbeschränkung auf das Doppelte des Aktienkapitals nicht gerechtfertigt ist (Art. 656b, Streichung von Abs. 1). Immerhin hört man in Europa immer deutlicher

den Ruf nach "one share – one vote", d.h. nach dem Gleichklang von Kapitalbeteiligung und Stimmkraft (im Schweizer Recht in Art. 693 Abs. 3 aufscheinend). Letztlich ist es aber auch vertretbar, diese Fragen dem Kapitalmarkt und den Investoren zu überlassen.

## **24. Rechnungslegung**

Die rechtsformenunabhängige Gestaltung der Rechnungslegungspflicht ist zu begrüßen und im Wesentlichen auch die inhaltliche Richtung.

Unklarheiten bestehen aber noch zu den Fragen des Verhältnisses von Einzel- und Konzernabschluss und Abschlüssen nach OR und Regelwerken.

Es ist bereits bemerkt worden, dass es fehl am Platze ist, der GV die Genehmigung der Konzernrechnung zu entziehen (Art. 698, Aufhebung von Ziffer 3).

Entsprechend ist auch Art. 958 Abs. 2 der Vorlage zu ändern.

Es ist fraglich, ob es (wie gemäss Art. 962) gerechtfertigt ist, zusätzlich zum OR-Abschluss einen solchen nach Regelwerk zu verlangen. Dies führt zu erheblichem Mehraufwand; es sollte tendenziell hier ein Regelwerk-Abschluss genügen (und allenfalls ein steuerliches Restatement).

Aufgrund der Verweisung in Art. 963c bestünde die Problematik auch inbezug auf die Konzernabschlüsse; diese müssten doppelt erstellt werden; dies ist nicht gerechtfertigt.

Es sollte, mindestens für die grossen Gesellschaften, das Verhältnis zwischen nationalem Rechnungslegungsrecht und der zunehmenden internationalen Tendenz in Richtung IAS/IFRS nochmals überdacht werden.

## **25. Revisionshaftung**

Die Grundidee, die Haftung der Revisoren, soweit sie nur "nicht sehen" und nicht "selber verursachen", zu mildern, ist zu begrüßen. Die Haftungslimiten sind aber wohl zu tief angesetzt.

Es ist auch zu prüfen, ob die Revision nicht aus der in der Praxis äusserst schwer zu handhabenden (gemilderten) Solidarhaftung herauszunehmen wären. Die Isolierung der Haftung der Revisoren war schon für die Revision 1991 ein Anliegen, das zwar misslang (Art. 755 OR), aber doch die Frage der Solidarhaftung (Art. 759 OR) übermässig beeinflusste. Mit der Verselbständigung der Haftung der Revisoren könnte eine befriedigendere Gesamtsituation erreicht werden.

Zürich, 31. Mai 2006

Herrn  
Bundesrat Dr. Christoph Blocher  
Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und  
Polizeidepartements  
Bundeshaus West  
CH-3003 Bern

Basel, 27. April 2006

## Vernehmlassung zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Gemäss dem Begleitschreiben zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht wurde das Vernehmlassungsverfahren bis zum 31. Mai 2006 eröffnet. Wir erlauben uns fristgerecht, ausschliesslich zur Frage der Abschaffung der Inhaberaktie - der für uns wichtigsten Frage im Rahmen dieser Vernehmlassung - wie folgt Stellung zu nehmen:

Die Roche Holding AG hat anlässlich ihrer Umstrukturierung Ende der 20er Jahre des letzten Jahrhunderts sämtliche Namenaktien in Inhaberaktien umgewandelt und seit jener Zeit neben den Genussscheinen nur Inhaberaktien - gegenwärtig 160 Millionen Aktien mit einem Börsenwert von rund CHF 34 Milliarden - ausgegeben. Mit dieser von den Aktionären gewählten Art der Aktien wurde die Beziehung der Aktionäre mit der Gesellschaft geregelt: Es gab keine Vinkulierung der Aktien, sondern die Aktionäre sollten ungeachtet ihrer Person aufgrund der Legitimierung durch den Besitz der Aktie und unter Einhaltung der organisatorischen Anordnungen ihr Stimmrecht an der Generalversammlung ausüben können.

Dies erleichterte die Handelbarkeit dieser Aktien, ist es doch dank der Ausgestaltung der Aktien als Inhabertitel für jeden Erwerber klar, dass keine Erwerbsbeschränkungen bestehen. Gleichzeitig entsteht bei der Übertragung von Roche-Aktien kein zusätzlicher Aufwand für deren Eintrag im Aktienbuch, und zwar weder bei den Aktionären (alt und neu), noch den Händlern, Banken oder bei der Gesellschaft. Dabei sind gegenwärtig 83% der Roche-Aktien in festen Händen und der Öffentlichkeit sind diese Aktionäre aufgrund der Angaben im Geschäftsbericht bekannt.

Die Vorteile der Inhaberaktie haben sich für Roche bewährt und die im Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechtes vom 2. Dezember 2005 vorgeschlagene Abschaffung der Inhaberaktie tangiert damit die Interessen der Roche-Aktionäre und der Gesellschaft.

Im Vorentwurf sind zwei Gründe für den Vorschlag zur Abschaffung der Inhaberaktie aufgeführt:

- Der internationale Druck von der „Groupe d’action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI/FATF)“ und der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) gegen die Schweiz und die Inhaberaktien; sowie
- der funktionale Bedeutungsverlust in der Praxis (Dematerialisierung, Trend zur Verwendung von Namenaktien, Bedürfnis nach transparenten Kapitalstrukturen).

Ob ein Bedürfnis für Inhaberaktien besteht und in welchem Ausmass Transparenz über das Eigentum an den Aktien nötig ist, wird gegenwärtig durch die Gründer von Aktiengesellschaften resp. deren Aktionäre entschieden. Insofern greift der Vorentwurf in die Gestaltungsfreiheit von Gründern und Aktionären ein und mit der Abschaffung der Inhaberaktien werden deren Möglichkeiten beschränkt. Diese Einschränkung ist unnötig und – wie nachstehend aufgezeigt wird – können mit einer schonenderen Anpassung des Gesetzes die Möglichkeiten der Inhaberaktien weiterhin zur Verfügung gestellt und die in geringem Umfang bestehenden negativen Effekte besser korrigiert werden.

## 1. Geldwäscherei / Finanzierung des Terrorismus und Inhaberaktien

Von der GAFI/FATF wird seit einigen Jahren verlangt, dass Massnahmen gegen Inhaberaktien durch die einzelnen Mitgliedstaaten getroffen werden, da Inhaberaktien als mögliche Instrumente für die anonyme Kontrollausübung bei Kapitalgesellschaften behauptet werden. In allen von der GAFI/FATF verfassten Papieren war dabei klar, dass nicht Inhaberpapiere generell angesprochen sind, sondern gezielt nur Inhaberaktien. Sämtliche an der GAFI/FATF beteiligten Staaten haben denn auch keinen Moment erwogen, die von ihnen ausgegebenen und im Umlauf befindlichen Geldscheine – Inhaberpapiere in ihrer ausgeprägtesten Form – in irgend einer Art und Weise einzuschränken. Dabei kann grundsätzlich niemand daran zweifeln, dass gerade Bargeld sowohl bei Geldwäscherei als auch der Finanzierung des Terrorismus eine entscheidende Rolle spielt. Auch wurde von keinem Staat erwogen, etwa die in Form von Inhaberpapieren ausgegebenen Staatsanleihen in einer anderen Form auszustellen oder den Kapitalmarkt für Schuldscheine einzuschränken. Somit geht es grundsätzlich bei Inhaberaktien nicht um die Ausgestaltung als Inhaberpapiere per se, sondern einzig um die damit verbundene und behauptete anonyme Ausübung der Kontrollrechte an den Inhaberaktien ausgebenden Gesellschaften.

Es ist angesichts des nun in der Schweiz aufgelegten Vorschlags zu erwähnen, dass gemäss der Verordnung des Rates der Europäischen Union vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) die am 8. Oktober 2004 in Kraft getreten ist, Inhaberaktien für Europäische Gesellschaften weiterhin möglich sind<sup>1</sup>. Selbst das Vereinigte Königreich mit einer im Vorentwurf zitierten „angloamerikanischen“ Rechtstradition hat im Rahmen der Europäischen Gesellschaft diese Möglichkeit akzeptiert. Entsprechend muss bei einer Revision des schweizerischen Aktienrechtes untersucht werden, ob Inhaberaktien dank einer anonymen Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte dazu eingesetzt werden könnten, um Kapitalgesellschaften zu beherrschen, Geldwäscherei zu betreiben und Terrorismus zu begünstigen und dank der Aktienart die Strafverfolgung zu vereiteln. Eine Revision des Aktienrechtes soll dies ausschliessen. Dazu muss aber, wie das europäische Beispiel zeigt, die Inhaberaktie nicht abgeschafft werden.

## 2. Aktiengesellschaft und Anonymität

Die Aktiengesellschaft ist nach der herrschenden Lehre der Prototyp einer Kapitalgesellschaft. Die Mitgliedschaft ist auf einer Kapitalbeteiligung aufgebaut und es kommt nicht auf die

<sup>1</sup> Manz, Mayer, Schröder:  
Europäische Aktiengesellschaft (SE), Nomos 2005, Art. 5 SE-VO N 82

Persönlichkeit der Teilhaber an. Die Person des Aktionärs ist grundsätzlich gleichgültig, denn es ist ohne Bedeutung, wer das Kapital zur Verfügung stellt, es kommt nur darauf an, dass es zur Verfügung gestellt wird<sup>2</sup>. Für das moderne Wirtschaftsleben ist die Kapitalbeschaffung für langfristig ausgerichtete Unternehmen von eminenter Bedeutung und mit den Kapitalgesellschaften ist durch das Recht ein Gebilde geschaffen worden, das diese Funktion ideal erfüllt. Deren rechtliche Ausgestaltung und Attraktivität für Kapitalgeber muss deshalb bei jeder Revision im Zentrum der Überlegungen stehen.

Die heutige Ausgestaltung der Kapitalgesellschaften hat sich über eine lange Zeit herausgebildet. Zu Beginn der Industrialisierung standen Personengesellschaften im Vordergrund, deren Teilhaber auf Listen geführt wurden, dann kamen Namenaktien und etwas später Inhaberaktien, bei denen es endgültig nicht mehr um die Eigenschaften der Person des Kapitalgebers, sondern nur noch um das zur Verfügung gestellte Kapital gehen sollte.

Mit der Zeit setzte eine gewisse „Gegenbewegung“ ein. So wurde bereits in der ersten Hälfte des letzten Jahrhunderts die „Verpersönlichung der Aktiengesellschaft“ beklagt<sup>3</sup> und als Symptom dafür die Verwendung der Aktiengesellschaft für Kleinunternehmen oder die Verlagerung des Schwergewichtes auf die Verwaltung der Aktiengesellschaft angeführt. Das Börsengesetz und dessen Auflage in Art. 20 zur Veröffentlichung massgeblicher Beteiligungen und der Trend der letzten Jahre, die Inhaberaktien durch Namenaktien zu ersetzen, verstärkten dies zusätzlich.

In eine andere Richtung bewegte sich der Gesetzgeber 1991 mit der Fassung der Artikel OR 685 d, e und f, mit der die Vinkulierungsmöglichkeiten börsenkotierter Namenaktien eingeschränkt und damit in diesem Bereich die „Verpersönlichung“ eng beschränkt und die „Unpersönlichkeit“ börsenkotierter Namenaktien verstärkt wurde. Diese haben sich damit den Inhaberaktien angenähert; bei kotierten Namenaktien kann der Person des Aktionärs weniger Bedeutung zugemessen werden, als dies vor der Revision möglich war.

Bei beiden Aktienarten gilt, dass die Person des Aktionärs gegenüber Dritten unbekannt bleibt, da auch bei Namenaktien das Aktienbuch nicht öffentlich ist. Ausnahmen bestehen nur aufgrund von OR 663c und BEHG Art. 20 bei namhaften Beteiligungen, sowie bei einer persönlichen Teilnahme an der Generalversammlung. Dies gilt auch für die Beziehungen zwischen den Aktionären: Da Gesellschaften mit Namenaktien das Aktienbuch auch gegenüber Aktionären nicht öffnen, bleiben Aktionäre auch untereinander unbekannt (wiederum mit dem Vorbehalt von OR Art. 663c und BEHG 20 und der GV-Teilnahme).

Ein Unterschied zwischen Namen- und Inhaberaktien besteht aber in Bezug auf das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Aktionär: Der Eigentümer der Namenaktie braucht gegenüber der Gesellschaft zur Wahrung der Stimmrechte an der Generalversammlung den Eintrag im Aktienbuch, der Inhaberaktionär legitimiert sich mit der Aktie. Dank dem Aktienbuch kennt die Gesellschaft die stimmberechtigten Namenaktionäre und kann oder allenfalls muss je nach Gestaltung der Statuten bestimmte Aktionäre ablehnen (OR Art. 685d, 1 und 2), während Inhaberaktionäre sich nur bei der Teilnahme an der Generalversammlung zu erkennen geben (Ausnahme wiederum aus OR Art. 663c und BEHG 20). Für beide Arten von Aktien sind dabei Höchststimmeklauseln nach OR Art. 692 II möglich, diese sind aber bei Inhaberaktien kaum relevant, da bei einer solchen Beschränkung die Aktien wohl regelmässig als Namenaktien ausgegeben werden.

Zur Wahrnehmung des Stimmrechtes im Rahmen der Generalversammlung legitimieren sich Inhaberaktionäre gegenüber der Gesellschaft durch den Besitz der Inhaberaktie. Dabei ist die Inhaberaktie allerdings kein oder höchstens ein beschränkt skripturrechtliches Wertpapier. Der Inhalt der Mitgliedschaftsrechte ergibt sich aus den Vorschriften des Gesetzes und der

---

<sup>2</sup> Meier-Hayoz in Festschrift für Walther Hug, 14. April 1968, Seite 378

<sup>3</sup> Meier-Hayoz, a.a.O. Seite 377

Statuten<sup>4</sup>. Es gibt aber keine einhellige Meinung, wie weit Einschränkungen bei den Mitgliedschaftsrechten durch die Statuten vorgesehen und durchgesetzt werden können. Es wird die Auffassung vertreten, die aktienrechtliche Mitgliedschaft sei „konzeptionell eindeutig anonym ausgestaltet“, lasse jedoch „durch die Möglichkeit der Verbriefung in Namenaktien einen gewissen Spielraum für die Berücksichtigung personenbezogener Momente“ zu<sup>5</sup>. Aus der anonymen Ausgestaltung der Mitgliedschaft bei Aktiengesellschaften und in Abgrenzung zur Namenaktie wird für die Inhaberaktie aus deren Ausgestaltung als Inhaberpapier geschlossen, dass deren Inhaber einen Anspruch auf absolute Anonymität hätten.

Diese strikte Auffassung betreffend die Anonymität bei der Inhaberaktie als Anspruch des Inhaberaktionärs gegenüber der Gesellschaft prägt offensichtlich die Anforderungen des GAFI/FATF. Es ist dieser absolute Anonymitätsanspruch der zur Auffassung führt, die Inhaberaktie könne als Instrument für straflose Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung genutzt werden.

Die von GAFI/FATF gegenüber der Schweiz vorgebrachten Argumente sind dabei zunächst insofern nicht stichhaltig, als alle Aktiengesellschaften in der Schweiz in Handelsregistern mit ihren Organen eingetragen sind. Die für die Gesellschaft handelnden Personen sind somit bestimmbar und deren Handlungen, auch soweit sie im Namen einer Aktiengesellschaft begangen werden, können verfolgt werden, sofern sie strafrechtlich relevant sind.

Zudem ist die absolute Anonymität der Inhaberaktie in der Schweiz weder rechtlich eindeutig festgeschrieben, noch wird sie in der Praxis so ausgeübt. Mit einer Gesetzesrevision könnte die heutige Praxis rechtlich abgesichert werden, ohne dass die Inhaberaktien und ihre Vorteile aufgehoben werden müssen.

### 3. Persönliche Mitgliedschaftsrechte / Anonymität in der Generalversammlung

Der Marginalie zu OR Art. 689 kann entnommen werden, dass auch bei Inhaberaktien ein Teil der Mitgliedschaftsrechte als „persönliche Rechte“ bezeichnet werden. Es gibt einzelne Anknüpfungspunkte, die auch bei Inhaberaktien an die Person des Inhabers anknüpfen. Dazu gehören

- Offenlegung von namhaften Beteiligungsverhältnissen nach OR Art. 663c und BEHG Art. 20,
- die Kontrolltheorie im Kriegsrecht<sup>6</sup>,
- gesetzliche Stimmrechtsbeschränkungen gemäss OR Art. 695,
- Anfechtungen von Generalversammlungsbeschlüssen nach OR Art. 706 (die sicher nicht in anonymer Form vorgenommen werden können).

Bei der Vorlage von Inhaberaktien zur Legitimation müssen die Aktiengesellschaften eine Prüfung der vorgelegten Titel vornehmen und gefälschte und ungültige Aktien dürfen nicht für eine Teilnahme an der Generalversammlung akzeptiert werden. Eine solche Prüfung kann bei Gesellschaften von einer gewissen Grösse nicht bei der Eintrittskontrolle zur Generalversammlung vorgenommen werden. Das Verlangen nach Hinterlegung von Inhaberaktien wird deshalb aus praktischen Gründen als legitim angesehen<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Vgl. P. Böckli, Das Aktienstimmrecht und seine Ausübung durch Stellvertretung, Dissertation 1960, Seite 93 und M. Leuenberger, Die Anonymität des Inhaberaktionärs, Bern 1996, Seite 29

<sup>5</sup> M. Leuenberger, a.a.O. Seite 81

<sup>6</sup> Meier-Hayoz, a.a.O. Seite 386

<sup>7</sup> P. Böckli, a.a.O. Seite 104

Bei verschiedenen Aktiengesellschaften, so auch bei der Roche Holding AG, wird in den Statuten ausdrücklich verlangt, dass gegen Hinterlegung der Aktien eine auf den Namen lautende Zutrittskarte ausgestellt wird. In einer extremen Form der Auslegung der Bedeutung der Inhaberaktie als Legitimationspapier werden solche Statutenvorschriften als nichtig bezeichnet und es wird die Auffassung vertreten, aufgrund der Ausgestaltung einer Aktie als Inhaberpapier müsse die Zutrittskarte zwingend auf den Inhaber lauten<sup>8</sup>. Es wird unseres Erachtens dabei verkannt, dass die Teilnahme an einer Generalversammlung letztlich notwendigerweise durch eine Person erfolgen muss, die in jedem Fall durch ihre Teilnahme ihre Anonymität aufgibt. Wenn die Statuten vorsehen, dass Aktien hinterlegt werden müssen, um eine ordentliche Prüfung der Aktien und damit der Legitimation zu erlauben und danach die Zutrittskarten auf den Namen ausgestellt werden, liegt dies im Rahmen dessen, was ein Erwerber einer Inhaberaktie angesichts der beschränkten skripturrechtlichen Ausgestaltung von Inhaberaktien aufgrund der Statuten bei der Teilnahme an einer Generalversammlung zur Ausübung der Stimmrechte erwarten muss.

Will ein Inhaberaktionär persönlich anonym bleiben, so kann er seine Stimmrechte durch eine „verdeckte Vertretung“ wahrnehmen, bei der er seine Titel einem Dritten übergibt, der für ihn die persönlichen Mitwirkungsrechte wahrnimmt. Beim Dritten kann es sich dabei auch um eine Depotbank handeln, während der unabhängige Stimmrechtsvertreter dies nicht besorgen könnte, da er aufgrund der auf den Namen ausgestellten Zutrittskarte handelt.

Die Ausstellung der Zutrittskarte auf den Namen tangiert dabei - auch wenn Depotbanken beteiligt sind oder eine Bank als Hinterlegungsstelle eingesetzt wird - das Bankgeheimnis nicht. Die Gesellschaft bezeichnet die Hinterlegungsstelle und als Hinterlegungsstelle geht eine Bank, sofern sie sich darauf einlässt, gegenüber der Gesellschaft eine spezielle Beziehung ein. Es bleibt dem Aktionär überlassen, ob er eine Zutrittskarte verlangen will und zu diesem Zweck als „Geheimnisher“ der Bank die Anweisung erteilt, das Bankgeheimnis gegenüber der Gesellschaft aufzuheben. Als „Geheimnisher“ kann er die Aufhebung der Geheimhaltung veranlassen und die Bank beauftragen, eine auf seinen Namen lautende Depotbescheinigung auszustellen, mit der er die auf den Namen lautende Zutrittskarte erhält. Alternativ könnte er die Depotbank bitten, als Depotvertreter seine Stimmrechte auszuüben oder die Hinterlegungsbestätigung auf den Namen des Vertreters auszustellen. Der Aktionär behält somit die alleinige Verfügungsmöglichkeit über das Bankkundengeheimnis.

Bei Roche ist die Statutenbestimmung betreffend auf den Namen lautende Zutrittskarten in den letzten 70 Jahren ohne Probleme und unangefochten umgesetzt worden. Bis 1989 waren es dabei nur eine relativ geringe Anzahl Aktionäre, die an der Generalversammlung teilgenommen haben. Im Jahre 1989 wurden erstmals mehr als 100 Aktionäre gezählt und auch im Jahr 2006 waren es weniger als 700 Aktionäre, die an der Generalversammlung teilgenommen haben.

#### 4. Inhaberaktie – ein echtes Bedürfnis

Zur Beurteilung der Frage nach dem Bedürfnis nach Inhaberaktien ist zu unterscheiden zwischen kotierten und nichtkotierten Aktien.

##### 4.1. Börsenkotierte Aktien

Mit der letzten Aktienrechtsrevision von 1991 und dem neu gefassten OR Art. 685d sind die börsenkotierten Namenaktien in ihrer Wirkung und Funktion sehr nahe an die Inhaberaktien herangeführt worden. Im ersten Absatz dieses Artikels wird eine prozentmäßige Begrenzung als Ablehnungsgrund für einen Aktienerwerb akzeptiert, sowie im zweiten Absatz mit einer Kann-Vorschrift für Namenaktien die Möglichkeit gegeben, die

---

<sup>8</sup> M. Leuenberger, a.a.O. S. 148 ff.

verdeckte Stimmrechtsvertretung mangels Eintragung zu verhindern.

Ein Unterschied zwischen den Aktienarten besteht allerdings beim zu betreibenden Aufwand für den Eintrag ins Aktienbuch. Im Vordergrund steht dabei für viele Investoren weniger der Aufwand, den die Gesellschaft zu betreiben hat, sondern ihre eigene Situation resp. die Situation ihrer Effekthändler oder Broker. Dies lässt sich jedenfalls aus dem ansehnlichen Bestand an Dispoaktien ablesen, der bei verschiedenen schweizerischen Gesellschaften festgestellt werden muss.

Die meisten Dispoaktionäre sind in erster Linie am finanziellen Ergebnis ihrer Investition (Dividenden und Wertsteigerung) interessiert und das Stimmrecht steht nicht im Vordergrund. Dies könnte sich bei kontroversen Entwicklungen um die Gesellschaft sehr rasch ändern und es dürfte ein Fehlschluss sein, wenn angenommen würde, den Dispoaktionären läge gar nichts am Stimmrecht. Dabei besteht für die Dispoaktionäre die Gefahr, dass aus zeitlichen Gründen bei Bedarf eine Eintragung ins Aktienbuch nicht mehr rechtzeitig vorgenommen werden kann. Inhaberaktien dagegen bieten bei börsenkotierten Gesellschaften denjenigen Investoren, die sich bei einer Ausgestaltung als Namenaktie nicht im Aktienbuch eintragen lassen würden und bloss Dispoaktionäre blieben, einen deutlichen Vorteil. Das Stimmrecht steht ihnen jederzeit zu und sie können bei Wunsch nach Anonymität dank einer verdeckten Stimmrechtsvertretung ihre Interessen ohne grossen Aufwand sogar anonym wahren.

Dabei stellt eine verdeckte Stimmrechtsausübung grundsätzlich auch für die im Rahmen des GAFI/FATF gegen die Inhaberaktien eingestellten Staaten keinerlei Probleme dar, sehen diese doch „Nominee-Lösungen“ vor, die effektiv nichts anderes sind als eine „verdeckte Stimmrechtsausübung“. Die „Nominees“ wissen wie ein für einen anonym bleibenden Inhaberaktionär auftretenden „verdeckten Vertreter“, für wen sie die Stimmrechte wahrnehmen. Den Strafverfolgungsbehörden steht somit eine Ansprechperson zur Feststellung des Aktieneigentümers in beiden Fällen offen, ohne dass sie dies direkt von der Gesellschaft in Erfahrung bringen können.

Eine Dematerialisierung von Inhaberaktien ist dabei entgegen dem Bericht zum Vorentwurf durchaus möglich. Ein Sammel-Zertifikat wird bei der SEGA hinterlegt und Inhaberaktien können dann wie andere hinterlegte Papiere gehandelt werden. Dabei steht es aufgrund der Ausgestaltung als Inhaberaktie dem Aktionär zwangsläufig zu, die Herausgabe eines Titels zu verlangen.

Übrigens werden in den Vereinigten Staaten weiterhin häufig physische Titel verwendet. Dabei sind Blankoindossamente oder ein äquivalentes Rechtsinstrument für den effizienten Aktienhandel unverzichtbar. Mit einem Blankoindossament werden diese Aktien weitgehend zu „Inhaberaktien“. Wenn der Handel mit blankozedierten Aktien mit einer „Nominee-Lösung“ verbunden wird, besteht kein Unterscheid mehr zu schweizerischen Inhaberaktien, bei denen die Zutrittskarten für die Generalversammlung auf den Namen der teilnehmenden Person lauten müssen. Sowohl bei Inhaberaktien als auch bei blankoindossierten Namenaktien kann dabei die Kette der im Laufe der Zeit an den Aktien berechtigten Eigentümer nicht mehr festgestellt werden. Feststellbar ist nur, wer die Stimmrechte an einer Generalversammlung wahrnimmt.

In der Schweiz kann eine Gesellschaft durch die Ausgabe von Inhaberaktien den Investoren aufzeigen, dass sie in der Ausübung ihres Stimmrechtes nicht beschränkt werden und bei Bedarf mit einer verdeckten Stimmrechtsausübung ihre Anonymität wahren können. Inhaberaktien sind für Investoren eine attraktive Lösung. Der hohe Bestand an Dispoaktien zeigt, dass dort wo eine Gesellschaft die von den Investoren bevorzugte Lösung nicht anbietet, der Finanzmarkt sich seine Bedürfnisse auf eigene Weise befriedigt.



## 4.2. Nichtkотиerte Aktien

Bei nichtkотиerten Aktien sind Vinkulierungen möglich und finden in der Praxis Anwendung, wobei Vinkulierungen eine Namenaktie voraussetzen. Im nichtkотиerten Bereich stellt die Inhaberaktie deshalb ein wichtiges Instrument dar, mit dem den Aktionären und möglichen Investoren klar zu erkennen gegeben wird, dass bei diesen Aktien keine Beschränkungen aufgrund der Person des Aktionärs bestehen. Bei kleineren Aktiengesellschaften in beschränkten Verhältnissen kann in vielen Fällen ein Bedürfnis nach einer gewissen Anonymität bestehen. Bei solchen Gesellschaften dürfte es allerdings einem Inhaberaktionär kaum etwas nützen, wenn er eine auf den Inhaber lautende Zutrittskarte bekommt, da der persönliche Auftritt an der Generalversammlung die Anonymität regelmässig aufheben dürfte. Eine dank der Ausgestaltung als Inhaberpapier ausgegebene Aktie und der damit verbundenen Möglichkeit zur verdeckten Stimmrechtsausübung stellt aber die Möglichkeit sicher, die Anonymität gegenüber der Gesellschaft und den Mitaktionären auch im Rahmen der Generalversammlung zu wahren. Sofern der auftretende, verdeckte Vertreter der Gesellschaft bekannt ist, liesse sich für Strafverfolgungsbehörden auf diesem Wege bei Bedarf ermitteln, wer der eigentliche Eigentümer der Inhaberaktie ist.

## 5. De lege ferenda

Im Rahmen der Aktienrechtsrevision liesse sich unseres Erachtens eine Lösung finden, mit der klargestellt werden könnte, dass es auch Eigentümern von Inhaberaktien nicht möglich ist, die Anonymität absolut und auch gegenüber einer Strafverfolgungsbehörde zu wahren.

OR Art. 689a. 2 könnte wie folgt angepasst werden:

„Die Mitgliedschaftsrechte aus Inhaberaktien kann ausüben, wer sich als Besitzer ausweist, indem er die Aktien vorlegt und der Gesellschaft Namen und Adresse bekannt gibt. Der Verwaltungsrat kann eine andere Art des Besitzesausweises anordnen.“

Sollte eine genauere Überprüfung der Aktionäre durch die Gesellschaft notwendig erscheinen, was gerade bei massgeblichen Beteiligungen von Bedeutung sein könnte, so liesse sich zudem eine Pflicht zur Vorlegung eines Ausweises in OR Art. 689a als 3. Absatz stipulieren:

„Wer als Besitzer von Inhaberaktien allein oder im Verbund mit Dritten Mitgliedschaftsrechte von mindestens 10% aller Stimmrechte ausüben will, muss sich an der Generalversammlung durch einen amtlichen Ausweis ausweisen, sowie schriftlich folgende Angaben machen:

1. Name und Adresse.
2. Anzahl der insgesamt kontrollierten Stimmrechte.
3. Bei Handeln in gemeinsamer Absprache mit Dritten oder in Vertretung Dritter, die Art der Absprache sowie die Namen und Adressen der an ihr beteiligten oder vertretenen Personen.“

Diese Verpflichtung müsste mit einer Aufbewahrungspflicht für die Unterlagen der Generalversammlung verbunden werden, die im OR Art. 702, 4 eingefügt werden könnte:

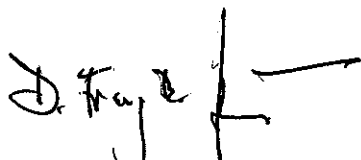
„Der Verwaltungsrat bewahrt die Protokolle sowie weitere zur Wahrnehmung der Stimmrechte gemachte Angaben während zehn Jahren am Sitz der Gesellschaft auf.“

Mit unserem Vorschlag können die Anliegen von GAFI/FATF in gebührender Art erfüllt werden, ohne dass die Inhaberaktien abgeschafft werden müssen.

Dabei sind auch andere Lösungen möglich. Angesichts der Bedeutung der Inhaberaktien für unsere Aktionäre und unser Unternehmen, bieten wir gerne an, die damit zusammenhängenden Fragen in einem persönlichen Gespräch vertieft zu erläutern.

Mit freundlichen Grüßen

Roche Holding AG



Dr. Franz B. Humer



Dr. Gottlieb Keller

Conrad Stockar

3007 Bern, 14. Februar 2006  
Weissensteinstrasse 120

Bundesamt für Justiz  
3003 Bern

## **Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht**

Sehr geehrte Damen und Herren

Ich danke Ihnen für die Zustellung des vom 2. Dezember 2005 datierten Vorentwurfs zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts und des zugehörigen Begleitberichtes. Ich begrüsse insb. die vorgeschlagene Neuregelung der *Stimmrechtsvertretung*. Als Aktionär mehrerer börsenkotierter Gesellschaften erlaube ich mir, Ihnen zu diesem Thema die folgenden Anregungen zu übermitteln:

- Gemäss Art. 697 OR kann jeder Aktionär an der Generalversammlung vom Verwaltungsrat Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen. Verschiedene Gesellschaften beschneiden dieses Informationsrecht des Aktionärs indessen, indem sie die Stellung von Fragen über den unabhängigen Stimmrechtsvertreter nicht akzeptieren. So pflegt z.B. die *Novartis AG* den Aktionären in der Einladung zur GV folgendes mitzuteilen: *Aktionärsanträge sind nur zulässig, wenn sie entweder vom Aktionär selbst oder von einem durch ihn beauftragten Individualvertreter an der GV vorgebracht werden. Der Organvertreter oder der unabhängige Stimmrechtsvertreter können nicht als Individualvertreter in diesem Sinne agieren.* Meine erste Anregung zielt deshalb darauf, im (revidierten) Art. 697 OR explizit festzuhalten, dass der Aktionär an der Generalversammlung auch über den unabhängigen Stimmrechtsvertreter Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen kann.
- Mein zweites Anliegen betrifft das Pflichtenheft des unabhängigen Stimmrechtsvertreter. Ich habe schon wiederholt einem unabhängigen Stimmrechtsvertreter eine Vollmacht erteilt. Bis heute ist es aber keinem dieser Vertreter in den Sinn gekommen, mich anschliessend über den Verlauf der GV und über die an der GV gefassten Beschlüsse zu informieren! Das ist ein sehr unbefriedigender Zustand, der m.E. beseitigt werden sollte. Meine zweite Anregung besteht folglich darin, im (revidierten) Art. 689d OR zu bestimmen, dass der unabhängige Stimmrechtsvertreter den von ihm vertretenen Aktionären einen kurzen Bericht über den Verlauf der Generalversammlung und die an dieser Versammlung gefassten Beschlüsse zuzustellen hat.

Ich hoffe, Ihnen mit diesen Anregungen zu dienen, und verbleibe mit freundlichen Grüssen

b-bj

**Sekretariat:**  
c/o Fidinam SA  
Via Maggio 1  
CH-6900 Lugano  
Tel. +41 91 97 31 436  
Fax +41 91 97 31 401  
e-mail: sekretariato.tt@fidinam.com

5. Juli 2006

## **1. Corporate Governance**

- 1.1. Das im neuen Artikel 697 vorgesehene Recht der Aktionäre, Auskünfte vom Verwaltungsrat in jedem Moment zu verlangen, ist sehr zu begrüssen. In der Tat ist die heutige Informationspolitik der kotierten Gesellschaften in der Schweiz längst überholt. Zudem muss man feststellen, dass die bestehenden „Ad Hoc“ Vorschriften leider nicht garantieren, dass kotierte Gesellschaften proaktiv ihre Aktionäre über die wesentliche Gesellschaftsereignisse informieren: ich kann z.B. von einem Fall erzählen, wo im Grunde genommen während sechs Monaten zwei Schweizer kotierte Firmen über ein Zusammengehen gesprochen haben, das effektiv zustande gekommen ist, mit gleichzeitigen offiziellen Bekanntmachungen, dass sie nicht im Gespräch waren.

Grund zu Bedenken gibt jedoch das Recht der Gesellschaft, die Antwort zu verweigern, wenn dieselbe für die Ausübung der Rechte der Aktionäre als nicht notwendig betrachtet würde. Eine solche Formulierung delegiert in der Tat den Gerichten die Aufgabe, diesen Begriff zu interpretieren. Eine zu restriktive Interpretation könnte zur Folge führen, dass wiederum dieses Auskunftsrecht nur im Rahmen der GV ausgeübt werden könnte. Somit würden die Auswirkungen der Reform total vernichtet. Dieser Punkt sollte entweder gestrichen oder erweitert werden, indem eine extensive Auslegung schon vom Gesetzgeber sichergestellt wird.

- 1.2. Der Antworttermin von 60 Tagen ist m.E. zu lang, wenn wir die heutigen Tempi der Wirtschaft betrachten. Sämtliche kotierte Gesellschaften sollten über Informations- und Controllingsysteme verfügen, welche eine schnelle Antwort ermöglichen. Deswegen sollten 30 Tage genügen.
- 1.3. Die Zurverfügungstellung der auf Anfrage eines Aktionärs ihm gegebenen Auskünfte an alle anderen Aktionäre sollte gemäss dem vorgeschlagenen Text erst bei der nächsten GV erfolgen. Eine solche Regelung führt meiner Meinung nach zu einer unbegründeten Diskriminierung. In Anbetracht der heute zur Verfügung stehenden Kommunikationsmittel sollte man die Gesellschaft zu einer gleichzeitigen Auskunftsmöglichkeit für alle anderen Aktionäre zwingen können, ohne dass dies für die Gesellschaft zu aufwendig wäre.

## **2. Recht für die Aktionäre, um eine ausserordentliche GV einberufen zu lassen und Vorschlag von Traktanden an der Tagesordnung (Art. 699)**

- 2.1. Die Erleichterungen sind zu begrüßen (5% anstatt 10%, usw.).
- 2.2. Die Einführung eines Termins von 30 Tagen ist auch zu begrüßen.
- 2.3. Der vorgeschlagene Text gibt leider nach wie vor die Möglichkeit von Verwirrungen, welche weder im Interesse der Aktionäre, noch im Interesse der Gesellschaften oder des Marktes sind.

Man sollte in Art. 686, Abs. 4 abklären, welche Aktien für die Ausübung des Einberufungsrechts zählen, und zwar ob die Aktien, welche ohne Stimmrecht eingetragen sind, und/oder die Dispoaktien, gezählt werden sollten oder nicht. Die Abklärung ist notwendig: in einem mir bekannten Fall hat ein Verwaltungsrat auf diese Unsicherheit spekuliert und den Antrag von Aktionären, welche mehr als 10 % des Aktienkapitals beherrschten, nicht akzeptiert, da er nur die mit Stimmrecht eingetragenen Aktien gezählt hat. Eine solche Situation zwingt die Aktionäre dazu, den Fall den zuständigen Gerichten zu unterbreiten, was eine erhebliche Verzögerung und entsprechende Kosten verursachen würde: der Verwaltungsrat hat in dem von mir zitierten Fall genau auf diese Elemente spekuliert, um die Einberufung der beantragten Generalversammlung zu verspäten.

Meines Erachtens sollten alle Aktien, die ein beantragender Aktionär hält, gezählt werden, unabhängig davon, ob sie mit oder ohne Stimmrecht eingetragen sind, bzw. ob es sich um Dispoaktien handelt (wobei im letzteren Fall der beantragende Aktionär sein Eigentum durch ein Depotzertifikat beweisen sollte).

- 2.4. Gesellschaften, die Zeit gewinnen wollen, haben die Möglichkeit, mit Verzögerungstaktiken die Einberufung der Generalversammlung für mehrere Monate zu verschieben, sodass eine rechtzeitige Durchsetzung des Generalversammlungsbeschlusses verunmöglicht wird. In der Tat addieren sich zu den dem Verwaltungsrat für die Einberufung der Generalversammlung gewährten Fristen die technischen Zeiten für die Unterbreitung und Durchführung eines gerichtlichen Vorgehens. Mit solch ermüdenden Taktiken, die schon angewendet worden sind, kann man die Situation kompromittieren, indem die Generalversammlung zu spät einberufen wird. Man sollte sich fragen, ob die Aktionäre nicht das Recht haben sollten, gleichzeitig das Einberufungsgesuch beim Richter einzureichen, sodass das Gericht die Zeit hat, den Fall zu betrachten und möglicherweise ein Datum immediat nach dem gesetzlichen Termin für die GV festlegen kann, falls die Gesellschaft bis dann nicht reagiert haben sollte.
- 2.5. Da das Traktandierungsrecht der Aktionäre nur bis 40 Tage vor der Generalversammlung ausgeübt werden kann, sollte man kotierte Gesellschaften dazu zwingen, mindestens 60 Tagen vor der ordentlichen Generalversammlung das Datum derselben bekannt zu geben. Es handelt sich für kotierte Gesellschaften um keine Belastung, da der Verwaltungsrat aus organisatorischen Gründen das Datum kennt. Reine Bekanntmachung an die Aktionäre würde Spekulationen und Missbrauche vermeiden.

### **3. Jährliche und individuelle Wahl der Verwaltungsratsmitglieder (Art. 710)**

- 3.1. Die vorgeschlagene neue Regelung verkörpert ein sehr wichtiges Recht der Aktionäre und ist sehr willkommen. Zu behaupten, dass damit die geschäftliche

Kontinuität unterminiert wird, würde voraussetzen, dass die Aktionäre kein Interesse haben, einen gut arbeitenden Verwaltungsrat zu bestätigen. Aus Erfahrung darf ich sagen, dass der Fleiss der Verwaltungsratsmitglieder im Jahr vor der Wiederwahl, wenn es sich um eine echte Wiederwahl handeln kann, ohne weiteres steigt. Leider werden sich dagegen zu viele mächtige Interessen auch im Parlament wehren, sodass im Fall einer Variante „3 Jahre“ (schon besser als 5 Jahre wie bei Nestlé) gewisse Abgrenzungen und Verteidigungen möglich wären. Man sollte mindestens vorsehen, dass (a) die Amtsdauer von 3 Jahren von der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen aufgehoben werden darf, (b) die Abberufung eines Verwaltungsrates von der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen beschlossen werden darf, und (c) die Statuten weder ein höheres Quorum noch eine qualifizierte Mehrheit für solche Beschlüsse vorsehen dürfen.

3.2. Institutionelle Vertretung von Aktionären in der GV: die Aufhebung der Bestellung eines Gesellschaftsorganes als Vertreter der Aktionäre und die Aufhebung der Bestimmung, dass die Stimmen gemäss Generalbestimmungen auszuüben seien, ist sehr zu begrüßen (Art. 689d). Auch zu begrüßen ist, dass in Abwesenheit von Instruktionen der unabhängige Vertreter sich von der Stimme enthält. Ich finde aber diese zu begrüßende Erneuerung unvollständig und möchte vorschlagen:

- a) Es wird verboten, dass in den Allgemeinen Bestimmungen für den Depositär andere Regeln vorgegeben sind. Allgemeine oder für eine lange Dauer geltende Stimmaufträge zu Gunsten Dritter sollen nichtig sein.
- b) Es gibt Abstimmungen (ich kenne ähnliche Fälle) bei denen die Mehrheit der anwesenden Stimmen und nicht die Mehrheit der abgegebenen Stimmen verlangt wird. Das Thema ist angedeutet im neuen Art. 703 aber Missverständnisse bzw. anderweitige Statutenbestimmungen sind möglich. Das Beste wäre zu beschreiben, dass in Abwesenheit von Instruktionen der Vertreter an der GV nicht teilnehmen wird.
- c) Auch ein unabhängiger Vertreter kann die Vertraulichkeit der Stimminstruktionen verletzen. Ich kenne einen Fall, aber es gibt sicher viele andere, von einer Firma die sich im Voraus die Stimminstruktionen für einen unabhängigen Vertreter geben lassen hat, um ihre Verteidigung noch besser vorzubereiten.  
Der Einwand von Economiesuisse, die behaupten würde, dass damit die kleinen Aktionäre nicht vertreten würden, ist lächerlich. Wir wissen, wie all das geht und wo diese Stimmen sehr oft mit der Hilfe der Grossbanken landen.

#### **4. Abschaffung der Inhaberaktien**

4.1. Ich teile Ihre Auffassung (Interview Finanz und Wirtschaft 03.06.2006), dass es schade wäre, diesen Titel abzuschaffen. Vielleicht spielt auch da die Manie eine Rolle, um jeden Preis dem, was andere Länder machen, zu gleichen. Durch Nominee, Treuhand-, Offshoregesellschaften u.s.w. wird die Kenntnis der Aktionäre sicher nicht verbessert und die Ausübung des Rechtes der Aktionäre, ihr Willen an einer Generalversammlung auszudrücken, erschwert.

#### **5. Bestimmungen betreffend GV**

- 5.1. Abschaffung der Regel, dass nur ein Aktionär einen anderen Aktionär vertreten kann: sehr nützlich und praktisch.
- 5.2. Der Gebrauch von elektronischen Geräten hat meines Erachtens leider die Risiken von Missbräuchen und Fehlern erhöht. Es wäre vorzusehen:
- a) Die Verteilung des Stimmmaterials sollte mit der Einberufung stattfinden und man sollte nicht wie jetzt die Aktionäre, die sich beteiligen wollen zwingen, sich innerhalb von wenigen Tagen zu melden, was manchmal gewisse Aktionäre daran hindert, teilzunehmen.
  - b) Wenn die Stimmen elektronisch abgegeben werden, muss ein Mechanismus dem Aktionär erlauben, in jedem Moment eine Papierbestätigung der Anzahl der Stimmen, die er ausgeübt hat und wie sie im System registriert worden sind, zu erhalten. In einem mir bekannten Fall gab es verschiedene Aktionäre die Zweifel gehabt haben, dass ihre Stimmen nicht korrekt registriert würden aber leider haben sie keine Möglichkeit gehabt, dies effektiv und anonym zu kontrollieren
  - c) Der unabhängige Vertreter soll verpflichtet werden, keine Auskünfte an die Gesellschaft zu geben und im Gegenteil klare Auskünfte an die einzelnen Aktionäre. Er muss bestätigen, wie er sein Stimmrecht ausgeübt hat. Zudem muss jedem Aktionär das Recht gegeben werden, von einem unabhängigen Dritten Abstimmungsberechnungen kontrollieren zu lassen. In einem mir bekannten Fall hat das Gesuch nach Bestellung einer unabhängigen Persönlichkeit, welche jegliche Unsicherheiten abklären kann, keine bessere Folge gehabt, d.h. die Gesellschaft wollte einzig und allein die Möglichkeit der Kontrolle einem kostspieligen Gerichtsfall überlassen, der ein paar Jahre gedauert hätte und dessen Urteil zu spät erlassen worden wäre.

## 6. Dispo-Aktien

- 6.1. Die Dispo-Aktien sind eine unerlässliche Konsequenz der Namenaktien. Kein Grund dafür, sich die Kleider vom Leib zu reissen. Es muss nur klar sein:
- a) dass sie kein Stimmrecht haben. Die von einigen Interessenten in Betracht gezogene Lösung der Nominee ist nicht die beste, weil sie keine Transparenz garantiert und erlauben könnte, Stimmrechte auszuüben auf Titel, die nicht die eigenen sind;
  - b) Dispo-Aktien haben Vermögensrechte wie heute und nichts muss geändert werden. Einen Aktionär zu bestrafen, nur weil er nicht wissen lassen will, dass er Aktionär ist und damit darauf verzichtet, Einfluss zu haben, ist nicht korrekt. Kapitalmässig ist er ein Aktionär wie alle anderen.
  - c) Zu verunmöglichen ist im Gegenteil, dass andere von diesen Aktien Nutzen ziehen, z.B. der Missbrauch von „share landing“ mit Banken (ich kenne Fälle) wo ein Dritter sich eintragen lässt und im Interesse von Dritten die somit erworbenen Stimmrechte ausübt.

Die oben erwähnten Bemerkungen sind nicht die des Juristen (meine Jurastudienzeiten liegen zu weit zurück), sondern eher diejenigen des Praktikers, der mit diesen Problemen und zwar nicht nur in der Schweiz konfrontiert worden ist. Wenn meine Erfahrungen von irgendwelchem Interesse sein könnten, stehe ich gern zur Verfügung Ihrer Mitarbeiter. Auf jeden Fall erlaube ich mir, zu gratulieren für den Entwurf, auch wenn sicher ein harter Kampf

zu erwarten ist. Selbstverständlich werden die Interessen des Establishments mit Eifer verteidigt. Wenn diese Opposition Erfolg haben könnte, wäre es schade, nicht nur für einzelne Aktionäre, sondern für den Finanz- und Marktplatz Schweiz.

Mit den besten freundlichen Grüßen,

Tito Tettamanti



# WERDER

RECHTSANWÄLTE - ATTORNEYS AT LAW - AVOCATS

Frau  
Katharina Rüdlinger  
c/o EHRA, BJ  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Zürich, 27. Februar 2006

WR / WR/AR / D000047949

DR. MICHAEL WERDER  
PATRICIA WERDER-BERZ, LIC.IUR.  
THOMAS KRIZAJ, LIC.IUR., LL.M.  
SVEN LÜSCHER, LIC.IUR.  
JOACHIM LINDER, LIC.IUR., LL.M.  
CLAUDIO KERBER, LIC.UTR.IUR.

JURISTISCHE MITARBEITERIN:  
MONIKA McQUILLEN, LIC.IUR.

KONSULENTEN:

DR. ERWIN A. ZIMMERLI  
RECHTSKONSULENT WIRTSCHAFTSSTRAFRECHT

**ROBERT SCHERRER**  
CERTIFIED FRAUD EXAMINER-CFE  
DIPL. WIRTSCHAFTSPRÜFER

ROLF P. STEINEGGER, FÜRSPR.

HAFTPFLICHT- UND VERSICHERUNGSRECHT

PARTNERBÜRO BERN:  
STEINEGGER RECHTSANWÄLTE

## Art. 759 Abs.1 bis Vorentwurf Aktienrechtsrevision

Sehr geehrte Damen und Herren

Im Sinne einer Einzelvernehmlassung möchte ich zum oben genannten Artikel wie folgt Stellung nehmen:

Die summenmässig beschränkte Haftung der Revisionsstelle sollte überdacht werden. Sofern man eine Haftungsbeschränkung für sinnvoll hält, wofür es gute Gründe gibt, ist meines Erachtens nicht von fixen Beträgen auszugehen, sondern die Haftungssummen sind in Relation zu den Honorarsummen zu setzen. Dies aus folgenden Gründen:

Je grösser die geprüfte Gesellschaft, desto höher das Gefährdungspotential durch Fehler der Revisionsgesellschaft, aber auch desto höher die vereinnahmten Honorare.

Durch eine summenmässige Fixierung wird eine ungleiche Behandlung geschaffen, indem bei kleineren Gesellschaften praktisch Volldeckung besteht, während bei grossen Gesellschaften möglicherweise nur ein kleiner Teil eines Schadens gedeckt wird.

Die fixierte Schadensobergrenze stellt zudem eine krasse Ungleichbehandlung gegenüber den verschiedenen Revisionsgesellschaften dar. Während für grosse Gesellschaften solche Schadensbeträge über ihre Versicherungen ohne weiteres zu verkräften sind, sind sie für kleinere Gesellschaften existenzbedrohend, obwohl diese, wie oben angetönt, in der Regel auch geringere Honorareinnahmen im Einzelfall haben. Dementsprechend können kleinere Gesellschaften sich auch

**WERDER RECHTSANWÄLTE - GENFERSTRASSE 2 - CH-8002 ZÜRICH**

TEL. +41-10)44-208 20 00 - FAX +41-10)44-208 20 08 - [www.werderlawyers.ch](http://www.werderlawyers.ch) - [law@werderlawyers.ch](mailto:law@werderlawyers.ch)

- Eingetragen im Anwaltsregister des Kantons Zürich -

kostenmässig nicht die gleichen Deckungssummen leisten wie die grossen Revisionsgesellschaften.

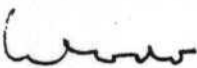
Mein Vorschlag wäre daher, dass die Haftungssumme auf ein x-faches des jährlichen Honorars beschränkt wird. Die dabei möglicherweise auftretenden Berechnungsfragen werden durch die Ausgewogenheit dieser Lösung bei weitem aufgewogen.

Im weiteren halte ich eine Abstufung der Haftungsbegrenzung für leichtes bzw. grobes Verschulden für wenig tauglich. Die Grenzziehung dürfte in manchen Fällen sehr schwierig sein. Eine richterliche Kompetenz analog Art. 42 OR, zur Festsetzung der Haftungssumme im Rahmen der gesetzlichen Limiten wäre sinnvoller, da epische Auseinandersetzungen über die Abgrenzung vermieden werden.

Im übrigen ist die Wohltat der Haftungsbeschränkung durch eine Pflicht zur adäquaten Versicherung zu ergänzen.

Mit freundlichen Grüssen

**A •**



Michael Werder

Bundesamt für Justiz  
Bundeshaus West  
3003 Bern

Kontakt Guido Speck  
Direktwahl Tel.: 041 709 12 06  
Fax: 041 725 12 06  
eMail Guido.Speck@zugerkb.ch

Zug, 28. März 2006

## **Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht / Vernehmlassungsverfahren**

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen gerne die Gelegenheit wahr, zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht Stellung zu beziehen. Wir gliedern unsere Stellungnahme entsprechend den vier Hauptzielen der Revision.

### **1. Verbesserung der Corporate Governance**

Im Rahmen einer Selbstregulierungs-Vorschrift hat die Swiss Exchange (SWX) eine Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance erlassen, die für alle Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz, deren Beteiligungspapiere an der SWX kotiert sind, verbindlich ist. Die darin enthaltenen Vorschriften genügen unseres Erachtens vollständig, um für den Aktionär mit Bezug auf die Corporate Governance die nötige Transparenz zu schaffen. Von einer weitergehenden gesetzlichen Regelung sollte abgesehen werden. Insbesondere erachten wir folgende vorgesehene Neuregelungen als überflüssig:

- Das in Art. 697 ff. neu vorgesehene Recht, dass jeder Aktionär vom Verwaltungsrat jederzeit schriftlich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen kann, birgt insbesondere bei Publikumsgesellschaften die Gefahr in sich, dass es von querulatorischen Aktionären missbraucht wird. Die bisherige Regelung, wonach jeder Aktionär an der Generalversammlung Auskunft verlangen kann, reicht für die Befriedigung der Informationsbedürfnisse der Aktionäre vollständig aus und ist daher beizubehalten. Ebenso wenig praxisgerecht ist, insbesondere für Publikumsgesellschaften, der Vorschlag, die vom Verwaltungsrat erteilten Auskünfte an der nächsten Generalversammlung zur Einsicht aufzulegen.

Seite: 2

An: Bundesamt für Justiz, Bundeshaus West, 3003 Bern

Datum: 28. März 2006

- Die in Art. 710 Abs. 1 neu vorgesehene Regelung, wonach die Mitglieder des Verwaltungsrates jährlich gewählt werden und die Wahl für jedes Mitglied einzeln erfolgt, lässt den Gesellschaften in diesem Bereich keinerlei Spielraum. Die bisherigen Vorschriften sind daher zu belassen. Es steht bereits heute jeder Gesellschaft frei, in ihren Statuten vorzusehen, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates jährlich zu wählen sind und die Wahl für jedes Mitglied einzeln zu erfolgen hat.
- Die vorgesehene Verpflichtung von Publikumsgesellschaften, ihren Geschäfts- sowie ihren Revisionsbericht beim Handelsregisteramt einzureichen, ist praxisfremd und verursacht vor allem für die Handelsregisterämter einen unnötigen Aufwand (Art. 958 d Abs. 3). Soweit wir dies überblicken können, erhält auch heute jedermann, also auch Nicht-Aktionäre, auf Anfrage von Publikumsgesellschaften den jeweils aktuellen Geschäftsbericht. Überdies kann bereits jetzt jeder Aktionär gestützt auf Art. 696 Abs. 3 noch während eines Jahres nach der Generalversammlung von der Gesellschaft den Geschäftsbericht und den Revisionsbericht verlangen. Neu soll er sogar Anspruch auf kostenlose Zustellung dieser Berichte haben. Letzteres dürfte allerdings bereits der heutigen Praxis entsprechen.
- Die mit der Revision von 1991 eingeführte institutionelle Stimmrechtsvertretung hat sich bewährt. Sie sollte daher beibehalten werden.
- In Art. 702 Abs. 3 ist neu vorgesehen, dass ein Beschlussprotokoll der Generalversammlung den Aktionären innerhalb von 20 Tagen auf elektronischem Weg zugänglich zu machen oder auf Wunsch kostenlos zuzustellen ist. Die Frist von 20 Tagen ist viel zu kurz. Da der Verwaltungsrat das Protokoll der Generalversammlung zu genehmigen hat, bevor es Aktionären zugänglich gemacht wird, ist diese Frist auf 60 Tage auszudehnen.

## 2. Neuregelung der Kapitalstrukturen

Grundsätzlich haben wir gegen die vorgesehene Neuregelung in diesem Bereich nichts einzuwenden. Für uns ist es jedoch nicht nachvollziehbar, weshalb die Inhaberaktien abgeschafft werden sollen. Unseres Erachtens sollte jede Gesellschaft entsprechend ihren Bedürfnissen wählen können, welche Art von Aktien sie ausgeben will.

Im Wesentlichen wird die Abschaffung der Inhaberaktie mit der Empfehlung von internationalen Organisationen begründet, die sich mit der Bekämpfung der Geldwäscherei und der Finanzierung des Terrorismus beschäftigen. Die Praxis zeigt jedoch, dass es für Personen, die die Transparenz scheuen, ein Leichtes ist, über Dritte (natürliche oder juristische Personen) Namenaktien zu erwerben und so ihre Identität zu verheimlichen. Es ist überdies bekannt, dass auch Anleger, die ihr Geld rechtmässig verdient haben, gerne anonym bleiben. Dies führt dazu, dass grosse Publikumsgesellschaften mit Bezug auf Namenaktien bereits heute einen beträchtlichen Bestand an Dispoaktien aufweisen. Da Sie sich unter Ziffer 2.2.6 Ihres Begleitberichtes sehr einlässlich mit den sich daraus ergebenden Nachteilen beschäftigen, verzichten wir darauf, diese hier zu wiederholen.

Seite: 3

An: Bundesamt für Justiz, Bundeshaus West, 3003 Bern

Datum: 28. März 2006

Aus der Sicht einer Gesellschaft, die ausschliesslich Inhaberaktien ausgegeben hat, besteht ein weiterer erheblicher Nachteil der Namenaktien darin, dass gerade bei Publikumsgesellschaften die Führung des Aktienregisters einen beträchtlichen Aufwand verursacht.

Die Inhaberaktien sind daher neben den Namenaktien beizubehalten.

### **3. Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung**

Gegen die in diesem Punkt vorgesehene Revision des Aktienrechts haben wir nichts einzuwenden.

### **4. Neuregelung der Rechnungslegung**

In diesem Bereich des Revisionsvorhabens nehmen wir zu den nachstehenden Änderungsvorschlägen Stellung:

- Art. 673 Abs. 2 sieht neu vor, dass die Generalversammlung die Auflösung von Reserven beschliesst, sofern sie nicht im Gesetz vorgesehen sind. Wir gehen davon aus, dass unter solche, im Gesetz vorgesehene Reserven auch diejenigen fallen, die in einem Spezialgesetz geregelt sind. Hier denken wir insbesondere an die Reserven für allgemeine Bankrisiken, wie sie in den Ausführungsbestimmungen zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz) vorgesehen sind. Es wäre nicht praktikabel, wenn die Generalversammlung über die Auflösung solcher Reserven zu befinden hätte. Dies ist Sache des Verwaltungsrates bzw. der Geschäftsleitung.
- Gerade für Banken wäre es hilfreich, wenn die Rechnungslegungsbestimmungen des Obligationenrechtes mit denjenigen des Bankengesetzes koordiniert würden. Wir vermischen im Vorentwurf eine diesbezügliche klare Regelung.
- Für uns nicht nachvollziehbar ist die neu vorgesehene Bestimmung von Art. 960 f, wonach Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen aufgelöst werden müssen, wenn sie von den Steuerbehörden nicht anerkannt werden. Dies würde bedeuten, dass die Steuerverwaltung über die Höhe von Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen bestimmt. Das dürfte wohl kaum ernsthaft die Meinung sein. Heute werden nicht anerkannte Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen bei der Steuerveranlagung aufgerechnet. Diese Praxis ist beizubehalten.

Seite: 4

An: Bundesamt für Justiz, Bundeshaus West, 3003 Bern

Datum: 28. März 2006

Wir ersuchen Sie, unsere vorstehende Stellungnahme bei der weiteren Behandlung der Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht zu berücksichtigen.

Freundliche Grüsse  
Zuger Kantonalbank

Toni Luginbühl  
Präsident der Geschäftsleitung

Guido Speck  
Leiter Recht