

Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für Handelsregister
Bundesrain 20
3003 Bern

Per Email an:
ehra@bj.admin.ch

RR/jsa

312

Bern, den 13. März 2015

Stellungnahme des Schweizerischer Anwaltsverbands zur Vernehmlassung: Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) - Vorentwurf des EJPD zur Revision des Aktienrechtes vom 28.11.2014

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) dankt Ihnen für die Gelegenheit zur oben genannten Vernehmlassung Stellung nehmen zu können.

Einleitung

Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) hat am 28. November 2014 einen Vorentwurf der Revisionsvorlage des Aktienrechts vorgelegt. Die Vernehmlassung wurde eröffnet und sie läuft bis zum 15. März 2015.

Der SAV hat eine Vernehmlassungskommission konstituiert, die den Vorentwurf einer vertieften Analyse unterzogen hat und deren Schlussfolgerungen im Wesentlichen die Stellungnahme des SAV bilden.

Die Arbeiten der Vernehmlassungskommission wurden von Dr. Andreas von Planta koordiniert.

Sie bestand im Weiteren aus den Rechtsanwälten und Professoren Jean-Paul Vulli  ty, Andreas Binder, Philipp Habegger und Matteo Pedrazzini.

Ziel des Vernehmlassungsberichtes ist es nicht, eine politische Stellungnahme abzugeben. Der SAV als Standesorganisation ist dazu berufen, die Interessen seiner Mitglieder zu wahren. Rechtsanwälte sind ein nicht wegzudenkender Teil des Aktienrechtes. Sie beraten Gesellschaften, Organe, Aktionäre, Gläubiger und weitere interessierte Parteien. Gegebenenfalls vertreten sie deren Interessen vor Gericht. Es kann deshalb nicht darum gehen, in dieser Stellungnahme zu einem aktienrechtlichen Gesetzesentwurf in irgendeiner Form Partei zu ergreifen. Ziel des Beitrages ist es vielmehr, in objektivierter Form rechtliche Schwachstellen zu identifizieren und auf praktische Probleme hinzuweisen, die sich aus der vorgeschlagenen Regelung ergeben können. Im weiterem muss es darum gehen, berufsspezifische Hinweise anzubringen.

Die vorgeschlagene Revision betrifft wichtige Punkte des Aktienrechts. Sie geht quer durch das Gesetz, r  hrt an essenziellen Punkten des Rechts und darf füglich als grosse Revision bezeichnet werden. Sie überführt zudem den neuen Artikel 95 Abs. 3 BV und die Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) in das Gesetz.

In vielen Punkten begrüsst der SAV die vorgeschlagenen Änderungen. Er nimmt namentlich mit Befriedigung zur Kenntnis, dass eine Grosszahl der Anregungen, die er in seiner Vernehmlassung zum Vorentwurf vom 2. Dezember 2005 gemacht hat, im neuen Vorentwurf berücksichtigt wurden. Er anerkennt, dass das EJPD nicht nur bestrebt war, gewisse Schwächen und Irrtümer der Revision von 1991 auszumerzen, sondern auch Schwachpunkte der Folgeprojekte von 2007 und 2010 (indirekter Gegenvorschlag zur Initiative Minder) neu betrachtet und korrigiert hat. Der SAV begrüsst, dass den gewandelten Bedürfnissen der Praxis Rechnung getragen wird. Dies betrifft namentlich die neue Konzeption der Kapitalausstattung, sowie die Neuerungen bei der Durchführung der Generalversammlung. Auf der anderen Seite hat der Verband noch immer Mühe mit der generellen Tendenz, das Verhältnis zwischen Aktionären und ihrem Verwaltungsrat als antagonistisch anzusehen. Diese Tendenz, die sich aus verschiedenen Revisionspunkten und namentlich dem Text des Begleitberichtes ergibt, führt zum Risiko, ein generell gut funktionierendes System konzeptionell aus den Angeln zu heben, um kurzfristigen Modeströmungen nachzuleben.

In verschiedenen Punkten trägt der Entwurf den Bedürfnissen der Gesellschaften nach Rechtssicherheit zu wenig Rechnung. Sowohl in Vergütungsfragen als auch in der Rechnungslegung wurde das geltende Recht vor kurzer Zeit in wichtiger Weise revidiert. Die Gesellschaften haben sich an die neuen Bestimmungen angepasst. Es ist schwierig (und nicht notwendig), im bestehenden Revisionsvorhaben erneut auf diese Punkte zurückzukommen und den Gesellschaften weitere Änderungen aufzuzwingen. Rechtssicherheit ist ein wichtiges Element unserer Rahmenbedingungen und sie sollte nicht ohne Not in Frage gestellt werden.

Nachfolgend an diese einleitenden Bemerkungen sollen folgende grundsätzlichen Punkte aufgebracht werden.

Erklärungen

1. Rechte der Aktionäre

Der Vorentwurf führt einzelne Bestimmungen ein, die die Rechte der Aktionäre erneut stärken sollen.

Wir sind tendenziell zurückhaltend gegenüber der weiteren Stärkung der Aktionärsrechte und wir warnen davor, zwei wichtige Parameter aus den Augen zu verlieren.

Erstens müssen die Aktionärsrechte davon beeinflusst sein, dass die Aktionäre gegenüber der Gesellschaft keine die Liberierung des Ausgabebetrags übersteigenden Pflichten haben. Und zweitens können Rechte, die die sogenannten „Kleinaktionäre“ schützen, zu sinnfremden Zwecken ausgenutzt werden. Die radikale Herabsetzung verschiedener Schwellen zur Ausübung der Rechte kann hier angesiedelt werden. Die Harmonisierung der Schwellen darf nicht Selbstzweck sein; wenn der Zweck der Schwellenwerte unterschiedlich sein sollte, sind sie nicht anzugleichen.

Der SAV anerkennt, dass verschiedene neue Rechte der Aktionäre durch Artikel 95 Abs. 3 BV vorgespurt sind und dass eine diesbezügliche Kritik fehl am Platz wäre. Er nimmt im Weiteren befriedigt zur Kenntnis, dass die Rückerstattungsklage der ungerechtfertigten Bereicherung nachgebildet wurde und dass die Rückerstattung ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung voraussetzt. Damit sollte das Risiko, dass solche Klagen zu einer Lohnkontrolle durch den Richter führen, vermindert werden.

Generell möchten wir anregen, nach Möglichkeiten zu suchen, wie für Aktionäre Anreize zu nachhaltigem Handeln im Sinne des „dauernden Gedeihens des Unternehmens“ analog zu Art. 717 Abs. 1bis eingeführt werden könnten. Wir denken da keineswegs an zwingende Vorschriften, sondern einzig an dispositive Regeln, z.B. an die Möglichkeit, dass die Gesellschaften statutarisch diesbezügliche Anreizstrukturen vorsehen können.

In grundsätzlicher Weise haben wir Bedenken gegenüber der Tendenz der neueren Gesetzgebung, das Kostenrisiko des Aktionärsprozesses auf die Gesellschaft zu verschieben. Wir nehmen mit Befriedigung Kenntnis von der Einführung eines (freiwilligen) Verfahrens zur Zulassung der Klage auf Kosten der Gesellschaft, möchten aber anregen, das neue Institut auf mögliches Missbrauchspotential durch kurzfristig orientierte Aktionäre zu überprüfen. Kritischer beurteilen wir die weiterhin, trotz des Zulassungsverfahrens bestehende Möglichkeit, die Kosten des Verfahrens auf die obsiegende Gesellschaft zu überwälzen. Diese Möglichkeit ist konträr zu

den fundamentalen Prinzipien des Prozessrechtes und das Zulassungsverfahren würde die Möglichkeit eröffnen, von dieser konzeptionellen Irregularität abzukommen.

2. Dispoaktien

Der Begleitbericht befasst sich ausdrücklich mit dem Problem der Dispoaktien. Es wird begründet, warum das Nominee-Modell gesetzwidrig wäre (Verbot der Depotvertretung nach Art. 95 Abs. 3 BV). Es wird allerdings nicht untersucht, ob eine Umgestaltung des Modells diese Bedenken zerstreuen könnte.

Der Begleitbericht geht nicht darauf ein, ob ein Ansatz über die Dividendenzahlung zielführend sein könnte (Dividendenrecht nur für eingetragene Aktionäre und solche, deren Eintragung die Gesellschaft verweigert hat).

Als Lösung schlägt der Vorentwurf ein mögliches Dividendenprivileg bei Ausüben des Stimmrechts vor. Nach unserer Ansicht ist dies nicht ein probates Mittel, trifft es doch auch eingetragene Aktionäre, die nicht an der GV teilnehmen. Zudem verletzt diese Idee das Gleichheitsgebot und legt den Aktionären indirekt Pflichten auf, die der Konzeption der Aktiengesellschaft widersprechen.

3. Die Durchführung der Generalversammlung

Wir befürworten grundsätzlich die vorgeschlagenen Neuerungen im Zusammenhang mit der Organisation der Generalversammlung, namentlich die Generalversammlung an verschiedenen Orten und die Cyber-Generalversammlung. Es ist richtig, solche Mittel zuzulassen, die Gültigkeit der Beschlussfassung allerdings vom einwandfreien Funktionieren der technischen Hilfsmittel abhängig zu machen. Die Zukunft wird weitere Möglichkeiten eröffnen und es ist richtig, in der heutigen Zeit Offenheit zu zeigen gegenüber neuen Möglichkeiten, deren einwandfreies Funktionieren heute Zweifel erweckt.

Für die kleinen Aktiengesellschaften mit einer geringen Anzahl von Aktionären wäre es wünschbar, Generalversammlungen per Telefonkonferenz durchzuführen. Leider wird weder im Vorentwurf noch im Begleitbericht darauf hingewiesen, ob das Telefon ein zulässiges elektronisches Mittel ist. Die klassischen elektronischen Systeme wie Videokonferenz oder Internetforum und Chatroom sind wohl für solche kleinen Gesellschaften kostenmässig nicht zu verkraften.

4. Kapitalausstattung

Das EJPD sucht den Bedürfnissen der Praxis nach einer weiteren Flexibilisierung der Kapitalstruktur entgegen zu kommen. Wir stehen diesen Vorschlägen positiv gegenüber. In der Formulierung bleiben allerdings gewisse Fragen offen. Wir sehen in der Einführung des Kapitalbandes eine innovative und positive Neuerung, die es erlaubt, in Zukunft auf die Regelung einer genehmigten Kapitalerhöhung zu verzichten, wie auch auf die Einführung einer genehmigten Kapitalherabsetzung. Wir begrüßen die Neukonzeption der qualifizierten Gründung respektive Kapitalerhöhung. Der Verzicht auf die (beabsichtigte) Sachübernahme ist sinnvoll und die übrigen Mechanismen (Rückerstattungsklage, Verantwortlichkeitsklage) sind geeignet, Missbräuche zu verhindern. Wir begrüßen die Klarstellung im Zusammenhang mit der Verrechnungsliberierung und damit die Entscheidung der (etwas blutleeren) Kontroverse um die Werthaltigkeit der zu verrechnenden Forderung. Allerdings sind wir nicht überzeugt, ob es in jedem Falle sinnvoll ist, die Verrechnungsliberierung als qualifizierten Tatbestand zu behandeln.

Wir begrüßen ausdrücklich die Klärung des auf die Kapitalherabsetzung anzuwendenden Verfahrens. Gleiches gilt für die klaren Regeln, die auf die gleichzeitige Herabsetzung und Erhöhung des Aktienkapitals anwendbar sind. Die Vernichtung der alten Aktien ist die richtige Folge und das unentziehbare Bezugsrecht der bestehenden Aktionäre ihr adäquater Schutz. Allerdings darf dieses Bezugsrecht nur dann unentziehbar sein, wenn die Wiedererhöhung nur auf den ursprünglichen Kapitalbetrag durchgeführt wird. Geht die Wiedererhöhung darüber hinaus, sollten für die überschüssenden Beträge die allgemeinen Regeln des Bezugsrechtes gelten.

Die Partizipationsscheine sollen fortan für börsenkotierte Gesellschaften ohne obere Limite zulässig sein. Wir sind vom Sinn dieser Liberalisierung nicht überzeugt, da wir die Auffassung vertreten, dass stimmrechtsloses Kapital im Überfluss der Struktur einer AG entgegensteht. Die gleichen Gründe, die zu einer Einschränkung der Stimmrechtsaktien gegenüber den Stammaktien auf das Verhältnis 1 zu 10 geführt haben, sollten auch zu einer Beschränkung gegenüber den stimmrechtslosen Aktien, das heisst den PS anwendbar sein. Ansonsten entfernen wir uns ohne Not allzu stark vom Grundprinzip „one share – one vote“.

5. Reserven

Wir begrüßen die Neuregelung der Kapital- und Gewinnreserven. Wir sind namentlich befriedigt, dass die Rückzahlung der Kapitalreserve an die Aktionäre ausdrücklich erlaubt wird, wenn die gesetzlichen Gewinn- und Kapitalreserven die Hälfte des Aktienkapitals übersteigen. Damit wird eine langandauernde Kontroverse entschieden. Unklar ist allerdings, ob für Holding-Gesellschaften, deren Pflicht zur gesetzlichen Reservebildung 20% des Aktienkapitals beträgt, diese tiefere Schwelle auf die Ausschüttbarkeit von Kapitalreserven anwendbar ist. Dies wäre

logisch und eine Klarstellung wünschenswert.

6. Kapitalschutzmechanismen

Wie bereits im Entwurf von 2007 werden die besonderen Handlungspflichten des Verwaltungsrates nicht nur bei Kapitalverlust, sondern auch bei drohender Zahlungsunfähigkeit ausgelöst. Die im Gesetz beschriebenen Mechanismen erscheinen einfach und klar. Dennoch könnten sie in der Praxis die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates in bedeutender Weise erhöhen.

Wir haben gegen die neuen Bestimmungen grundsätzlich nichts einzuwenden, möchten aber folgende Bedenken einbringen.

Die Frühwarnsignale bei Kapitalverlust werden vorverlegt. Dem ist grundsätzlich nichts entgegenzusetzen. Es sollte aber verhindert werden, dass Handlungspflichten bei unbedeutenden Vorkommnissen entstehen. So gilt es die Handlungspflichten bei drei konsekutiven Jahresverlusten zu hinterfragen. Sind diese unbedeutend und ist die Gesellschaft grundsätzlich gesund, ist die Erstellung eines Liquiditätsplans und dessen Vorlage an den zugelassenen Revisor möglicherweise unnötig.

7. Vergütungen

Wir möchten in unserer Vernehmlassung nicht auf die Übertragung der VegüV ins Gesetz eingehen. Die Eckpunkte werden von Artikel 95 Abs. 3 BV bestimmt und sind damit nicht zu diskutieren.

Wir möchten uns aber nachdrücklich gegen die weitere Ausweitung der vergütungsrelevanten Bestimmungen wenden. Bis zum Ende des Jahres 2015 werden alle börsenkotierten Gesellschaften ihre Statuten und Systeme gemäss der VegüV geändert haben. Es ist nicht sinnvoll, in gesetzgeberischem Übereifer die bestehenden Regulierungen zu verschärfen und einen Grossteil der börsenkotierten Gesellschaften zu weiteren Anpassungen und Statutenänderungen zu zwingen. Damit würde neuer Aufwand notwendig, der von der Bundesverfassung nicht verlangt wird und dessen Nutzen für die Aktionäre äusserst zweifelhaft ist.

Diese Bemerkung betrifft einerseits die Pflicht, ein maximal zulässiges Verhältnis zwischen fixer Vergütung und Gesamtvergütung festzulegen. Sie betrifft aber auch das Verbot, variable Vergütungen prospektiv von der Generalversammlung genehmigen zu lassen. Schliesslich betrifft sie auch die Verwendung eines im prospektiven Fall vorzusehenden Zusatzbetrages, der auf neue Mitglieder der Geschäftsleitung beschränkt bleiben soll. Dieser Zusatzbetrag muss ebenfalls zur

Verfügung stehen, wenn innerhalb der Geschäftsleitung Beförderungen vorgenommen werden und damit richtigerweise höhere Vergütungen ausbezahlt werden, die vom budgetierten Gesamtbetrag nicht gedeckt sind.

Wir weisen auch darauf hin, dass die Limitierung eines Konkurrenzverbots auf 12 Monate mit dem heute geltenden Arbeitsrecht im Widerspruch steht, ist doch dort unter bestimmten Voraussetzungen ein Konkurrenzverbot von drei Jahren zulässig. Geschäftsleitungsmitglieder, die wohl über mehr vertrauliches Wissen verfügen als andere Angestellte, könnten demnach nur für ein Jahr von der Konkurrenz ferngehalten werden, während für Letztere die Grenze von drei Jahren gilt. Dies erscheint unlogisch.

Nach diesen einleitenden Bemerkungen erlaubt sich der Schweizerische Anwaltsverband nachfolgend, zu einzelnen Bestimmungen des Vorentwurfs Stellung zu nehmen. Wir beschränken uns dabei auf diejenigen Bestimmungen, zu denen wir kritisch eingestellt sind. Für sämtliche nicht erwähnten Bestimmungen empfehlen wir keine Änderungen.

Wir hoffen, mit dieser Stellungnahme, die von in der Wissenschaft exponierten Praktikern des Rechts verfasst wurde, zu einer Neuüberlegung bestimmter Vorschläge beizutragen. Wir vertreten keinerlei Partikulärinteressen. Wir sind einzig bestimmt vom Ehrgeiz, mit einer Regelung optimal die Rechte aller Beteiligten zu schützen, Klarheit zu schaffen und Prozesse zu verhindern, die auf einer unklaren Rechtslage beruhen. Wir sind auch bereit, im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsprozesses zur Verfügung zu stehen, um mitzuhelfen, den Entwurf zu einem für die praktische Ausübung des Rechts wertvollen Gesetz werden zu lassen.

Anhang: Besondere Bemerkungen zu einigen Bestimmungen des Vorentwurfs

1. Artikel 626 Abs. 2 Ziff. 3: Die Bestimmung ist ein unzulässiger Eingriff in die Privatautonomie der börsenkotierten Gesellschaften. Im Weiteren ist diese Einschränkung weder von Art. 95 Abs. 3 BV noch von der VegüV vorgesehen. Es ist nicht angebracht, den Gesellschaften, die bis Ende 2015 ihre Systeme und Statuten den neuen Bestimmungen angepasst haben, erneut eine Änderung ihrer Vergütungssysteme und Statuten aufzudrängen.
2. Artikel 634a: Auch wenn die in diesem Artikel enthaltenen Klarstellungen sehr willkommen sind, fragt sich, ob die Verrechnungsliberierung wirklich ein Tatbestand qualifizierter Gründung oder Kapitalerhöhung darstellt.
3. Artikel 652a: Sollte das Finanzdienstleistungsgesetzes (FIDLEG) in Kraft treten, wäre dieser Artikel wohl ausser Kraft zu setzen.
4. Artikel 652b Abs. 4: Diese Konkretisierung des Prinzips der schonenden Rechtsausübung ist grundsätzlich willkommen. Dennoch bieten sich in der Praxis Probleme in der Qualifikation eines Ausgabepreises der „wesentlich tiefer“ als der wirkliche Wert der Aktie ist. In den nichtkotierten Gesellschaften wird sich die Problematik des wirklichen Werts der Aktien stellen und die Frage, wann ein Bezugsrecht „handelbar“ ist, wird Probleme bereiten. Die Gedanken des Erläuterungsberichts helfen nicht wirklich weiter.
Man kann sich fragen, ob es nicht angebracht wäre, eine allgemeine Pflicht zur Wahrung der Interessen aller Aktionäre einzuführen. Diesfalls könnte die Rechtsprechung das Prinzip kasuistisch konkretisieren.
5. Artikel 653k: Nach dem Schuldenruf haben die Gläubiger das Recht, Sicherstellung ihrer Forderungen zu verlangen. Dieses Recht entfällt, wenn die Gesellschaft nachweist, dass die Erfüllung der Forderung durch die Herabsetzung des Kapitals nicht gefährdet wird. Gemäss Artikel 653m kann die Kapitalherabsetzung nur auf der Basis einer Prüfungsbestätigung erfolgen, dass mit der Herabsetzung des Aktienkapitals die Erfüllung der Forderungen der Gläubiger nicht gefährdet ist. Bedeutet dies nicht, dass die

Sicherstellungsverpflichtung keinen Sinn ergibt, da die Kapitalherabsetzung die Bestätigung mangelnder Gläubigergefährdung voraussetzt?

6. Artikel 653q: Es sollte präzisiert werden, dass das Bezugsrecht der bisherigen Aktionäre nur im Umfang der Wiederherstellung des alten Aktienkapitals gilt, nicht aber für den Betrag, der über das alte Aktienkapital hinausgeht.
7. Artikel 656b: Eine Begrenzung des Partizipationskapitals im Verhältnis zum Aktienkapital sollte auch bei kotierten Gesellschaften gelten. Wir schlagen vor, auch bei kotierten Gesellschaften an der heutigen Grenze (doppeltes Aktienkapital) festzuhalten.
8. Artikel 656c Abs. 3: Der Entwurf verleiht den Inhabern von Partizipationsscheinen gewisse Mitgliedschaftsrechte (Sonderuntersuchung, Auskunft, Einsicht). Wir sind der Auffassung, dass diese Mitgliedschaftsrechte für Inhaber stimmrechtsloser Papiere nicht angebracht sind.
9. Artikel 659b Abs. 2: Es ist richtig, die durch Tochtergesellschaften erworbenen Aktien der Muttergesellschaft als eigene Aktien der Muttergesellschaft zu behandeln. Warum deren Anschaffungswert von den Beteiligungen abzuziehen ist, verstehen wir nicht, namentlich dann nicht, wenn der Anschaffungswert der Aktien der Muttergesellschaft höher ist als der Wert der Beteiligung an der Tochtergesellschaft. Es wäre sinnvoller, die gleiche Regel wie in Artikel 659a Abs. 4 anzuwenden und die entsprechenden Werte vom Eigenkapital der Muttergesellschaft abzuziehen.
10. Artikel 661: Wir stehen der privilegierten Dividende bei Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung skeptisch gegenüber. Es handelt sich um eine Verletzung des Gleichheitsgebots. Zudem erlegt diese Bestimmung den Aktionären indirekt eine Pflicht auf, die dem Konzept der Aktiengesellschaft widerspricht. Es ist das Recht des Aktionärs, unabhängig vom Aktienregistereintrag, nicht an der Generalversammlung teilzunehmen. Er sollte dafür nicht bestraft werden können. Sollte zudem mit diesem Mittel den Dispobeständen entgegengewirkt werden, scheint dies künstlich. Wenn schon,

dann wäre an der Anerkennung als Aktionär anzuknüpfen, und nicht an der Beteiligung an der Generalversammlung.

11. Artikel 671 Abs. 2 Ziff. 4: Es sollte klargestellt werden, dass für Holding-Gesellschaften nicht 50 % des Aktienkapitals, sondern 20% überschritten sein müssen, um die Ausschüttung der gesetzlichen Kapitalreserve zu erlauben.

12. Artikel 675a: Es ist zu begrüßen, dass die Zwischendividenden nun ausdrücklich erlaubt und geregelt werden. Die Frage stellt sich aber, ob das Alter der Zwischenbilanz mit sechs Monaten nicht zu grosszügig angelegt ist. Dies würde es ermöglichen, auf der Basis der letzten Jahresbilanz und des letzten Revisionsberichtes kurz vor Ende Juni eine Zwischendividende auszuschütten, ohne dass in irgendeiner Weise nachgewiesen ist, dass im laufenden Geschäftsjahr Gewinne erzielt wurden. Es wäre wohl sinnvoller, die sechs Monate auf drei Monate zu verkürzen und eine Bestätigung der Revisionsstelle zu verlangen, dass am Datum der Generalversammlung eine Bilanzsituation vorliegt, die das Ausschütten eines Gewinnes erlaubt.

Zudem erscheint es unnötig, dass die Zwischendividende in den Statuten vorgesehen ist. Fehlt eine entsprechende Statutenbestimmung, kann sie an derselben Generalversammlung eingeführt werden, die die Zwischendividende beschliesst. Dies ist nicht zielführend.

13. Artikel 678: Bei der Rückerstattungsklage, soweit sie Vergütungen betrifft, ist das Verhältnis zum neuen Artikel 717 Abs. 1bis im Auge zu behalten. Wird die Rückerstattungsklage eingereicht und führt sie zur Rückerstattung, ist ein Verantwortlichkeitsanspruch gegen den Verwaltungsrat ausgeschlossen. Beide Klagen gehen auf Leistung an die Gesellschaft. Wird die ungerechtfertigte Vergütung zurückerstattet, hat die Gesellschaft keinen Schaden und der Verantwortlichkeitsanspruch fällt dahin.

Die Schwierigkeit in der Anwendung dieses Artikels wird bei der Definition von „offensichtlich“ liegen. Es ist zu wünschen, dass die Rechtsprechung nicht zu einer richterlichen Lohnkontrolle wird. Namentlich für unsere global tätigen Gesellschaften wäre eine solche Entwicklung fatal.

14. Artikel 689b: Die kotierte Gesellschaft soll das Recht verlieren, die Stellvertretung auf Aktionäre zu beschränken. Wir stehen dieser Einschränkung kritisch gegenüber. Es besteht kein Grund, eine solche Beschränkung auszuschliessen, wenn die Pflicht zur Ernennung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters besteht. Die gleiche Idee wird schliesslich bei nichtkотиerten Gesellschaften angewendet. Beschränken sie die Stellvertretung auf Aktionäre, müssen sie auf Begehren eines Aktionärs einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter ernennen (vgl. Art. 689d). Sowohl kotierten als auch nichtkотиerten Gesellschaften sollte es möglich sein, die Vollmacht auf Aktionäre zu beschränken, wenn ein unabhängiger Stimmrechtsvertreter ernannt ist. Es ist der Gesellschaft nicht zuzumuten, Nichtaktionären die Beteiligung an der Generalversammlung zu gestatten.

15. Artikel 689c Abs. 6 Ziff. 2: Die Möglichkeit von konkreten Weisungen (Annahme, Ablehnung) an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter für – im Zeitpunkt der Weisung nicht bekannte – Spontananträge von Aktionären macht keinen Sinn und ist zu streichen.

16. Artikel 697d: Es muss verhindert werden, dass die Sonderuntersuchung zu einem Mittel von Aktionärsgruppen wird, die primär gesellschaftsfremde, eigene Ziele verfolgen. Die Senkung der Schwelle auf 3% bei kotierten Gesellschaften rechtfertigt sich nicht. Die Problematik ist die gleiche wie beim Recht auf Einberufung einer ausserordentlichen General-versammlung.

17. Artikel 697j: Der Antrag an die Generalversammlung, die Erhebung einer Klage auf Kosten der Gesellschaft zu beantragen, untersteht Beteiligungsschwellen, die höher sind als das Traktandierungsrecht. Der Grund dafür ist nicht ersichtlich. Unseres Erachtens ist dieser Antrag ein Traktandum wie ein anderes und die Traktandierungsschwellen sollten zur Anwendung gelangen. Wird allerdings der Antrag von der Generalversammlung abgelehnt, rechtfertigen sich die Schwellen des Artikels 697j für die Einreichung des Gesuchs an das Gericht um Zulassung zur Klage auf Kosten der Gesellschaft.

18. Artikel 697I: Unser Verband begrüsst die Möglichkeit, gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht beurteilen zu lassen. Es wird von besonderer Wichtigkeit sein, mit allen Mitteln sicherzustellen, dass ein Schiedsurteil wirklich auf alle Aktionäre anwendbar ist. Im Weiteren ist sicherzustellen, dass von einem zukünftigen Schiedsurteil betroffene Aktionäre dem Verfahren beitreten können. Dies mag zusätzliche Änderungen der Zivilprozessordnung notwendig machen. Wir verweisen in dieser Beziehung auf die Vernehmlassungen verschiedener Schiedsgerichtsorganisationen, die sich mit diesem Thema befassen.
19. Artikel 699: Die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung ist für kotierte Gesellschaften mit einem grossen Aufwand verbunden. Sind wir auch der Meinung, dass die Senkung der Traktandierungsschwelle (Artikel 699a) zu rechtfertigen ist, so zweifeln wir an der Senkung der Schwelle des Artikels 699 auf 3%. Mit Ausnahme der ganz grossen Kapitalisierungen sind 3% zu leicht zu erreichen. Eine missbräuchliche Verwendung dieses Instruments wird mit der neuen Schwelle sehr viel wahrscheinlicher.
20. Artikel 700 Abs. 2 Ziff. 4: Der Dispobestand ist eine Grösse, deren Veröffentlichung nicht Pflicht werden sollte. Dies umso mehr, als dieser Bestand täglich variiert. Wir regen an, diese Publikationspflicht wieder zu streichen.
21. Artikel 700 Abs. 3: Haben wir auch für die Einführung des bei Verfassungsabstimmungen bewährten Prinzips der Einheit der Materie Sympathie, so fragen wir uns dennoch, ob eine Totalrevision der Statuten nicht in einer einzelnen Abstimmung möglich sein sollte. Dies ist schliesslich auch im Verfassungsrecht gebräuchlich. Wir sind uns bewusst, dass ein solches Verbot nicht im Gesetzestext steht. Der Begleitbericht ist aber in dieser Hinsicht äusserst klar und die dort enthaltene Aussage sollte unseres Erachtens korrigiert werden.
22. Artikel 701d: Wir befürworten die Möglichkeit, eine Generalversammlung ausschliesslich mit elektronischen Mitteln durchzuführen. Dies kann allerdings für die Gesellschaften zu Problemen mit möglicherweise anwendbarem

ausländischem Recht und Gerichtsstand führen. Um diesen Problemen entgegen zu wirken, sollte verlangt werden, dass der Server in der Schweiz positioniert ist. Für kleine Gesellschaften mit reduziertem Aktionärsbestand wäre es wohl wünschbar, Generalversammlungen als Telefonkonferenz durchzuführen. Es ist nicht klar, ob das Telefon als elektronisches Mittel im Sinne von Artikel 701d erachtet wird. Eine Klarstellung in dieser Hinsicht wäre wünschenswert.

23. Artikel 701g: Wir stehen der Idee eines Aktionärsforums tendenziell positiv gegenüber, allerdings nur, wenn ein solches dispositiv vorgesehen wird. Ein Obligatorium würde die Privatautonomie der Gesellschaften ohne Not einschränken. Aktionärsforen liegen im Trend der Zeit und die Gesellschaften sollten das Recht haben, selbst über deren Einführung zu entscheiden. Im Weiteren ist zu beachten, dass nicht alle kotierten Gesellschaften gross sind. Es gibt sehr viele kleine und mittlere, lokale oder regionale, kotierte Gesellschaften, für die eine solches Forum ein gewichtiger Aufwand sein könnte.

Organisiert eine kotierte Gesellschaft dagegen eine Cyber-Generalversammlung, sollte dispositiv die Einrichtung eines Aktionärsforums angeregt werden. Da sich in diesem Fall die Aktionäre nicht treffen und die Diskussion naturgemäss eingeschränkt ist, wäre ein Forum ein Mittel zur Förderung der Meinungsbildung.

24. Artikel 703 Abs. 2 und 3: Der Vorentwurf kommt vom bestehenden System der Mehrheitsfindung aufgrund der vertretenen Stimmen ab und verlangt die Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Enthaltungen zählen demnach nicht mehr als Gegenstimmen. Dies erachten wir als kritisch. Bei kotierten Gesellschaften enthalten sich in der Praxis viele ausländische institutionelle Investoren der Stimme; werden solche Stimmen nicht mehr mitgezählt, führt dies unter Umständen dazu, dass eine relativ geringe Zahl von Aktionären gewichtige Entscheide der Generalversammlung massgeblich beeinflussen kann. Schwierigkeiten ergeben sich ganz besonders bei nicht traktandierten Vorschlägen. Werden, was wahrscheinlich erscheint, viele Vollmachtsstimmen zu Enthaltungen, erlaubt dies den wenigen, im Saal versammelten Aktionären, den Entscheid über den nicht traktandierten Vorschlag. Die Frage ist von Grund auf neu zu überdenken und mangels einer Lösung für die geschilderten Probleme ist an der Regelung des geltenden Rechts festzuhalten.

25. Artikel 704 Abs. 1 Ziffer 9: Sinn der qualifizierten Mehrheiten ist der Minderheitenschutz. Wir fragen uns, ob die Währung des Aktienkapitals in diesem Sinne wirklich einen qualifizierten Beschluss benötigen sollte.
26. Artikel 716 Abs. 4: Wir fragen uns, warum die Gläubiger über die Organisation des Verwaltungsrats und der Geschäftsführung informiert werden sollten.
27. Artikel 725a Ziff. 3: Könnte unter Umständen einschränkender formuliert werden, zum Beispiel mit einer Referenz auf Ziffer 2, das heisst dass die drei konsekutiven Jahresverluste zu einem Verlust von mindestens der Hälfte des Eigenkapitals geführt haben.
28. Artikel 734a Abs. 2 Ziff. 8: Wir regen an, aus dieser Bestimmung die obligatorischen, gesetzlichen AHV Beiträge des Arbeitgebers auszunehmen. Der Arbeitgeber ist zu ihrer Zahlung zum gesetzlichen Satz verpflichtet. Beim geltenden System führen bei höheren Löhnen nur Teile des AHV Beitrags zu Ansprüchen auf Vorsorgeleistungen. Der überschüssende Teil ist eine gesetzlich festgelegte Finanzierung des Systems, nicht aber rentenbegründend.
29. Artikel 734e: Wir erachten die Vertretung der Geschlechter als politische Frage und äussern uns nicht dazu. Allerdings regen wir an, die Gleichschaltung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung neu zu überdenken, da es sich um grundsätzlich verschiedene Auswahlssysteme handelt. Die Quote für die Geschäftsleitungen hat ohne Zweifel ein Gefahrenpotential.
30. Artikel 735 Abs. 3 Ziff. 4: Wie schon im einleitenden Text vermerkt, wehren wir uns gegen eine Ausweitung der Bestimmungen des Artikel 59 Abs. 3 BV und der VegüV. Diese Bestimmung zwingt die kotierten Gesellschaften erneut dazu, ihr gesamtes Vergütungssystem zu erneuern und die Statuten ein weiteres Mal zu revidieren.
31. Artikel 735a: Wir sehen keinen Grund, warum der Zusatzbetrag nur auf neu

ernannte Geschäftsleitungsmitglieder anzuwenden sein soll. Es ist klar, dass er unterjährige Lohnerhöhungen in gleicher Funktion nicht decken darf, wohl aber bei Beförderungen innerhalb der Geschäftsleitung zur Anwendung kommen sollte. Wird ein Geschäftsleitungsmitglied im Laufe des Geschäftsjahres zum Vorsitzenden ernannt, wird sein Lohn entsprechend angepasst. Dies sollte vom Zusatzbetrag abgedeckt sein, da es nicht angehen kann, die Gesellschaften zur Rekrutierung ausserhalb der Geschäftsleitung zu zwingen, um Zugang zum Zusatzbetrag zu bekommen.

32. Artikel 735c Abs.3: Diese Bestimmung schafft einen Widerspruch zum Arbeitsrecht (Artikel 340ff OR). Es ist nicht einzusehen, warum ein nicht der Geschäftsleitung angehörender Mitarbeiter zu drei Jahren Konkurrenzverbot verpflichtet werden kann, während ein Geschäftsleitungsmitglied auf ein Jahr beschränkt bleibt. Dies widerspricht dem realen Sinn des Konkurrenzverbots.
33. Artikel 754 Abs. 1: Die Unterstellung des unabhängigen Stimmrechtsvertreters unter die Organhaftung ist ungerechtfertigt und zu streichen.
34. Artikel 963a und 963b: Das Parlament hat im Rahmen der Rechnungslegungsrevision nach intensiver Debatte entschieden, die Buchwertkonsolidierung für KMU weiter zuzulassen. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist eine Änderung dieser Regel kurz nach Inkrafttreten des neuen Rechnungslegungsrechts nicht angebracht. Dasselbe gilt für die Änderung der Schwellenwerte.
35. Artikel 964a ff: Die neu eingeführten Transparenzbestimmungen bei Rohstoffunternehmen entsprechen internationalen Verpflichtungen und sind politischer Natur. Wir verzichten auf eine Kommentierung dieser Bestimmungen.
36. Artikel 107 Abs. 1bis ZPO: Es stellt sich die Frage, ob die unveränderte Geltung der Möglichkeit, die Kosten des Prozesses der Gesellschaft zu überbinden, in dieser Form fortbestehen soll. Namentlich bei Scheitern des Zulassungsverfahrens für eine Klage auf Kosten der Gesellschaft sollten die ordentlichen Regeln zur Anwendung kommen.

Mit bestem Dank für Ihre Kenntnisnahme und mit freundlichen Grüßen

für den SAV

SAV Präsident

Pierre-Dominique Schupp

SAV Generalsekretär

René Rall