



**Nur per Email ehra@bj.admin.ch**

Bundesamt für Justiz

Eidg. Amt für das Handelsregister

Bundesrain 20

3003 Bern

## Änderung des Obligationenrechtes (Aktienrecht): VE Art. 697I OR

Sehr geehrte Frau Bundespräsidentin, sehr geehrte Damen und Herren

Die Swiss Chambers' Arbitration Institution gestattet sich ihre Vernehmlassung zu **VE Art. 697I OR (Schiedsgericht)** einzureichen.

Die Swiss Chambers' Arbitration Institution ist die führende Schiedsgerichtsinstitution für handelsrechtliche Streitigkeiten mit Sitz in der Schweiz. Gegründet und getragen von den Handelskammern beider Basel, Bern, Genf, Neuenburg, Tessin, Waadt und Zürich administriert sie jährlich um die 100 vornehmlich internationale Schiedsverfahren unter den Swiss Rules of International Arbitration (nachfolgend „Swiss Rules“).<sup>1</sup> Die Swiss Rules wurden letztmals im Jahre 2012 revidiert und bei dieser Gelegenheit auch mit den Vorschriften des 3. Teils der ZPO in Einklang gebracht. Der mit der Administrierung von Schiedsverfahren unter den Swiss Rules befasste Schiedsgerichtshof besteht aus knapp 30 erfahrenen Schiedsgerichtspraktikern und wird unterstützt von einem juristisch geschulten Sekretariat an z.Zt. sieben Standorten in der Schweiz. Die nachfolgende Vernehmlassung wurde von Dr. Philipp Habegger und Prof. Dr. Sébastien Besson (Präsident bzw. Mitglied des Schiedsgerichtshofes) ausgearbeitet.

Wir begrüssen die Absicht die Zulässigkeit statutarischer Schiedsklauseln für die Aktiengesellschaft gesetzlich zu regeln und diskutieren nachfolgend diesen Grundsatzentscheid nicht weiter im Detail. Wir fokussieren uns des Weiteren auf schiedsverfahrensrechtliche Aspekte und beziehen nur vereinzelt Position zu gesellschaftsrechtlichen Aspekten der Einführung statutarischer Schiedsklauseln. Dies führt uns zu folgender Übersicht über unsere Ausführungen:

1. Allgemeiner Regelungsbedarf und Regelungsort
2. Regelung im Aktienrecht
3. Regelung im übrigen Körperschaftsrecht
4. Abgrenzung nationale und internationale Schiedsgerichtsbarkeit
5. Regelung in der ZPO

---

<sup>1</sup> Zur Fallstatistik und für weitere Informationen vgl. [www.swissarbitration.org](http://www.swissarbitration.org).

## 1. Allgemeiner Regelungsbedarf und Regelungsort

Im Recht der Aktiengesellschaft ist die Zulässigkeit statutarischer Schiedsklauseln aufgrund des Verbotes zusätzlicher Pflichten<sup>2</sup> sowie des Verbotes einer Beschränkung der Klagerechte der Aktionäre<sup>3</sup> besonders umstritten. Bei anderen Formen der Körperschaft ist demgegenüber die Einführung statutarischer Pflichten der Mitglieder zulässig.<sup>4</sup> Es scheint deshalb unbesehen der Grundsatzdiskussion ob Schiedsklauseln echte (Schuld-)Pflichten darstellen oder nicht<sup>5</sup> angebracht, mindestens für die Aktiengesellschaft die Zulässigkeit statutarischer Schiedsklauseln ausdrücklich zu statuieren.

Wie bei der Aktiengesellschaft stellt sich aber auch bei den anderen Körperschaftsformen unter geltendem Recht die Frage, ob eine statutarische Schiedsklausel alle Mitglieder (und bei entsprechender Formulierung alle Organe) bindet, selbst wenn sie der statutarischen Schiedsklausel nicht zustimmten. In Lehre und Rechtsprechung wird teilweise eine explizite Zustimmung zur statutarischen Schiedsklausel verlangt.<sup>6</sup> Andere Meinungen befürworten eine Bindungswirkung ohne Zustimmung kraft Gesellschaftsrecht.<sup>7</sup> Diverse Gerichtsentscheidungen hielten dafür, dass eine statutarische oder reglementarische Gerichtsstands- oder Schiedsklausel sowohl dem Gesellschaftsrecht wie auch dem Prozessrecht genügen müsse.<sup>8</sup> Unklar verbleibt somit auch nach Wegfall von Art. 6 Abs. 2 KSG und dem Inkrafttreten der ZPO immer noch für alle Körperschaftsformen, ob nun eine Zustimmung (unbesehen allfällig hierfür geltender Formerfordernisse) nicht mehr erforderlich ist oder ob statutarische Schiedsklauseln im Binnenverhältnis ohne Weiteres (und *ipso iure* gegenüber allen Mitgliedern oder Organen) gelten. Letzteres entspräche der Rechtslage in mehreren europäischen Ländern.<sup>9</sup>

<sup>2</sup> Art. 620 Abs. 2 und 680 Abs. 1 OR.

<sup>3</sup> Art. 706b Ziff. 1 OR.

<sup>4</sup> Vgl. Art. 796 OR für die GmbH; Art. 832 Ziff. 3, 833 und 867 OR für die Genossenschaft; Art. 71, 75a ZGB für den Verein (zu letzterem vgl. auch CHK ZGB-Niggli, Art. 70 N 11; BK ZGB-Riemer, Art. 70 N 185 ff.).

<sup>5</sup> Zu dieser Diskussion vgl. u.a. Mauerhofer, Gültigkeit statutarischer Schieds- und Gerichtsstandsklauseln, GesKR 2011, 25-26.

<sup>6</sup> Berger/Kellerhals, N 448 f.; Stacher, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Die Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2011, Art. 357 N 135; Müller-Chen/Egger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2010, Art. 358 N 20 und Art. 357 N 11; BK ZPO-Pfisterer, Art. 357 N 38.

<sup>7</sup> So das Bundesgericht schon 1898 in BGE 24 II 552, 565 (statutarische Schiedsklausel in Genossenschaftsstatuten) und 1907 in BGE 33 II 205, 207 f. (Gerichtsstandsklausel in Statuten einer AG). BSK IPRG-Wenger/Müller, Art. 178 N 69 (die allerdings in N 71 für Neumitglieder inkonsequenterweise eine Zustimmung verlangen bzw. auf die Grundzüge des Zessionsrechts verweisen); BSK ZPO-Girsberger, Art. 357 N 30a (ausser Vereinen, für welche er eine Zustimmung in Anlehnung an die Rechtslage bei AGB verlangt); Kaufmann-Kohler/Rigozzi, Arbitrage International, Bern 2010, N 234b; Berti, Some Thoughts on the Validity of Arbitration Clauses in the Articles of Association of Corporations under Swiss Law, ASA Special Series No. 8, 1994, 120 ff., 122; Bersheda, Les clauses d'arbitrage statutaires en droit suisse, ASA Bull. 2009, 716 ff.; Kunz, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Zürich 1997, 175.

<sup>8</sup> Der EuGH sah in seiner Entscheidung vom 10. März 1992, Rs. C-214/89, Powell Duffryn/Petereit, Slg. 1992 I 1745, in Art. 23 revLugÜ (bzw. EuGVVO) kein prozessrechtliches Hindernis, da der Begriff der Gerichtsstandsvereinbarung autonom auszulegen sei und auch statutarische Klauseln umfasse, die ähnliche Bindungen wie ein Vertrag bewirkten (z.T. wird die Bedeutung dieses Entscheides relativiert, weil der statutarische Gerichtsstand mit dem Sitz der Gesellschaft identisch war; vgl. z.B. ZK IPRG-Volken, Art. 5 N 30). In BGE 110 Ia 106, 109 f. prüfte das Bundesgericht die Verbindlichkeit einer Schiedsklausel im Reglement einer Stockwerkeigentümergeinschaft in ähnlicher Weise sowohl nach dem Bundesrecht (also quasi nach dem Gesellschaftsstatut) wie auch nach dem Prozessrecht (damals dem Konkordat) und verlangte gemäss Art. 6 Abs. 2 KSG nebst der schriftlichen Beitrittserklärung eine ausdrückliche Bezugnahme auf die Schiedsabrede.

<sup>9</sup> Art. 1020 Abs. 5 holländische ZPO (in englischer Übersetzung: „The term *“arbitration agreement”* includes an arbitration clause which is contained in Articles of association or rules which bind the parties“); Art. 4 finnisches

VE Art. 697I Abs. 1 OR beabsichtigt eine **Bindungswirkung ohne Zustimmung kraft Gesellschaftsrecht** einzuführen und wir begrüßen diesen dogmatischen Ansatz ausdrücklich. Einerseits stellt nur er sicher, dass nicht bloss einzelne Mitglieder bzw. Organe der statutarischen Schiedsklausel unterliegen<sup>10</sup>, was insbesondere bei gesellschaftsrechtlichen Feststellungs- und Gestaltungsclagen mit *inter omnes* Wirkung nicht in Kauf genommen werden kann. Dieser Ansatz macht Schiedsverfahren über solche Klagen u.U. geradezu erst möglich.<sup>11</sup> Andererseits kann nur er schwierige Abgrenzungsfragen betreffend des Anwendungsbereiches von ZPO und IPRG bzw. die Anwendung unterschiedlichen Verfahrensrechts verhindern.<sup>12</sup>

Mit der ausdrücklichen Zulassung statutarischer Schiedsklauseln nur im Aktienrecht wird bei richtiger Interpretation nicht von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers und deshalb von einer Zulässigkeit statutarischer Schiedsklauseln für alle Körperschaftsformen schweizerischen Rechts auszugehen sein. Dennoch scheint uns prüfungswürdig, ob nicht aus systematischer Sicht eine **allgemeine Regelung für alle Körperschaftsformen schweizerischen Rechts (unbesehen eines Eintrages im Handelsregister und einer allfälligen Kotierung)** vorzuziehen ist.

Insbesondere scheint uns in diesem Zusammenhang nicht angebracht nicht im Handelsregister eingetragene Vereine (Art. 52 Abs. 2 ZGB) oder börsennotierte Gesellschaften von der Regelung auszunehmen. Wie im Vorentwurf richtigerweise vorgesehen, kann die Transparenz über das Bestehen einer statutarischen Schiedsklausel dadurch erhöht werden, indem die Handelsregisterverordnung vorsieht, dass die Eintragung im Handelsregister auf die statutarische Schiedsklausel hinzuweisen hat.<sup>13</sup> Der EuGH ist in seinem Entscheid vom 10. März 1992<sup>14</sup> von der Fiktion ausgegangen, dass jeder Aktionär die Statuten kennen muss, soweit diese an einem ihm zugänglichen Ort, z.B. am Sitz der

---

Schiedsverfahrensgesetz; Art. 581 Abs. 2 österreichische ZPO („Die Bestimmungen dieses Abschnitts sind auch auf Schiedsgerichte sinngemäß anzuwenden, die in gesetzlich zulässiger Weise durch letztwillige Verfügung oder andere nicht auf Vereinbarung der Parteien beruhende Rechtsgeschäfte oder durch Statuten angeordnet werden.“); Kapitel 7 Art. 54 Abs. 1 schwedischer Companies Act („A clause in the articles of association to the effect that a dispute between the company and the board of directors, a member of the board of directors, the managing director, a liquidator or a shareholder shall be determined by one or more arbitrators shall have the same force as an arbitration agreement“); Art. 34 Decreto legislativo 17 gennaio 2003 No. 5 (Italien; ausgenommen sind börsennotierte Gesellschaften).

<sup>10</sup> Die über eine Zustimmung jeden Gesellschafters operierenden Erklärungsansätze mittels Vergleich mit der Globalübernahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder mittels Verweises auf das Zessionsrecht (vgl. hierzu u.a. Bersheda, Les clauses d'arbitrage statutaires en Suisse, ASA Bull 4/2009, 709; Mauerhofer, GesKR 2011, 22-23) konnten dies nicht sicherstellen.

<sup>11</sup> Wirth, in: Müller/Wirth (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2001, Art. 9 N 56 mit Verweisen auf Reiser, Gerichtsstandsvereinbarungen nach IPR-Gesetz, Zürich 1989, 122; Habscheid, Statutarische Schiedsgerichte und Schiedskonkordat, SAG 1985, 157 ff.; BSK IPRG-Hess, 1. Aufl., Basel 1996, Art. 5 N 74 f.; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, N 2303; Bersheda, Les clauses d'arbitrage statutaires en Suisse, ASA Bull 4/2009, 709.

<sup>12</sup> Vgl. unten Kapitel 4. Müsste in Analogie zu Art. 176 Abs. 1 IPRG auf den Sitz/Wohnsitz der Mitglieder der Gesellschaft im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Einführung der statutarischen Schiedsklausel angeknüpft werden, stellte sich z.B. die Frage, ob für die Eruiierung des Sitz/Wohnsitz-Kriteriums auf den gesamten Mitgliederbestand, alle an der Beschlussfassung teilnehmenden oder nur die zustimmenden Mitglieder abgestellt werden soll. Je nach den Verhältnissen der Gesellschaft liesse sich zudem in einem späteren Schiedsverfahren auch nicht mehr eruieren, wie sich die Sitz/Wohnsitz-Verhältnisse im Beschlusszeitpunkt darstellten.

<sup>13</sup> Vgl. VE zu Art. 45 HRV und erläuternder Bericht Seite 118 Fussnote 305. Die entsprechende Bestimmung wäre analog für Art. 92 (Verein), 68 (Kommanditaktiengesellschaft), 73 (GmbH), 87 (Genossenschaft), 104 (SICAV), 101 HRV (SICAF) zu übernehmen.

<sup>14</sup> Rs. C-214/89, Powell Duffryn/Petereit, Slg. 1992 I 1745.

Gesellschaft, hinterlegt oder in einem öffentlichen Register einsehbar sind. Im Vereinsrecht können einem beitretenden Mitglied trotz Unkenntnis der Statuten schwerwiegende statutarische Verpflichtungen rechtsgültig auferlegt werden.<sup>15</sup> Die Einsichtnahme in die Statuten an einem zugänglichen Ort erscheint uns aber nicht als weniger schwerfällig als das Nachfragen um Einsichtnahme oder Zustellung einer Kopie vor Beitritt zum Verein.

Schliesslich sind auch börsenkotierte Gesellschaften nicht von der Regelung auszunehmen, da neu hinzukommende Gesellschafter mit dem Erwerb der Mitgliedschaft *ipso iure*, eben qua Gesellschaftsrecht, der Schiedsklausel unterliegen.<sup>16</sup> Dies entspricht dem Rechtsübergang/-erwerb beim börsenmässigen Erwerb<sup>17</sup>, welcher die Erfordernisse von Art. 178 Abs. 1 IPRG und Art. 357 ZPO erfüllt.<sup>18</sup> Der ausserbörsliche Erwerb börsenkotierter Namenaktien führt demgegenüber zu einer Sistierung von Klagerechten bis zur Anerkennung des Erwerbers durch die Gesellschaft.<sup>19</sup>

Damit stellt sich hinsichtlich einer Regelung für alle Körperschaftsformen die Frage, ob diese gesondert für jede Körperschaftsform<sup>20</sup>, in den allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen im ZGB<sup>21</sup>, aufgrund der prozessrechtlichen Komponente in der ZPO, oder im Interesse einer einfachen Lösung gar nur durch eine Klarstellung in der Botschaft zur Aktienrechtsrevision vorgenommen werden soll.

Wir enthalten uns hinsichtlich der Regelung im Gesellschaftsrecht einer Stellungnahme, votieren aber für eine Behandlung der prozessualen Aspekte, mithin auch des Regelungsgehaltes von VE Art. 697I Abs. 2 OR, in der ZPO.<sup>22</sup>

## **2. Regelung im Aktienrecht**

Wir fragen uns, ob die im Erläuternden Bericht (S. 118) angeführte Möglichkeit von **Streitigkeiten zwischen Aktionärinnen und Aktionären** angesichts u.a. von Art. 680 Abs. 1 OR überhaupt realistisch ist. Streitigkeiten gesellschaftsrechtlicher Natur zwischen Aktionären entstehen allenfalls aufgrund eines Aktionärbindungsvertrages, doch erscheinen sie uns dann von einer statutarischen Schiedsklausel nicht erfasst. Insoweit ist allenfalls prüfenswert, ob der vorgeschlagene Wortlaut von VE Art. 697I Abs. 1 („*[Die Statuten] können bestimmen, dass die Schiedsklausel gegenüber allen Aktionären, der Gesellschaft und den Organen verbindlich ist*“) nicht noch präziser abgefasst werden kann.

Aus rein schiedsrechtlicher Sicht scheint uns sodann trotz des mit der Einführung einer statutarischen Schiedsklausel einhergehenden Verzichts auf den staatlichen Richter nicht

---

<sup>15</sup> Vgl. z.B. Art. 75a Satz 2 (persönliche Haftung für Vereinsschulden), 69b Abs. 2 ZGB (Nachschusspflicht).

<sup>16</sup> So zu Recht kritisch hinsichtlich der diesbezüglichen Lehrmeinung von Donzallaz Wirth, in: Müller/Wirth (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2001, Art. 9 N 53.

<sup>17</sup> Art. 685f Abs. 1 Satz 1 OR.

<sup>18</sup> Bersheda, Les clauses d'arbitrage statutaires en Suisse, ASA Bull 4/2009, 704.

<sup>19</sup> CHK-Schmid, Art. 685f OR N 4.

<sup>20</sup> Wobei bei Gesellschaftsformen, welche statutarische (Neben)Pflichten für Mitglieder erlauben, u.U. eine ausdrückliche Erwähnung gar nicht notwendig ist.

<sup>21</sup> Art. 52 ff. ZGB.

<sup>22</sup> Vgl. unten Kapitel 5.

ohne weiteres einsehbar, weshalb ein qualifiziertes **Beschlussfassungsquorum** notwendig sein soll (vgl. VE Art. 704 Abs. 1 Ziff. 13 OR).

Was die in VE Art. 697I Abs. 3 OR vorgeschlagene **Mitteilungspflicht des Verwaltungsrates an die Aktionäre über die Verfahrenseinleitung** betrifft, so ist die Frage der Teilnahme von Aktionären insbesondere in Feststellungs- und Gestaltungsklageverfahren mit potentieller *inter omnes* Wirkung<sup>23</sup> nicht eine auf Schiedsverfahren beschränkte Problematik. Auch bei vor staatlichen Gerichten gegen die Gesellschaft eingereichten Klagen besteht das Bedürfnis der weiteren Aktionäre über die Einleitung des Verfahrens informiert zu werden, um sich zu entscheiden, ob sie an diesem als zusätzlicher Kläger oder als streitgenössischer Nebenintervenient auf Kläger- oder Beklagtenseite teilnehmen wollen. Entsprechend ist u.E. entweder auf eine Regelung zu verzichten (wie *de lege lata* auch für staatliche Verfahren) oder dann ist *de lege ferenda* zu prüfen, ob die Mitteilungspflicht nicht auf die Einleitung aller Verfahren gegen die Gesellschaft mit potentieller *inter omnes* Wirkung auszudehnen ist.

### **3. Regelung im übrigen Körperschaftsrecht**

Für die anderen Körperschaftsformen besteht aufgrund der Zulässigkeit statutarischer (Neben)plichten unseres Erachtens kein Regelungsbedarf hinsichtlich der **Frage der Zulässigkeit statutarischer Schiedsklauseln** an sich.

Was die **Beschlussfassungsquoren** für die nachträgliche Einführung einer statutarischen Schiedsklausel betrifft, sehen wir ebenfalls keinen Handlungsbedarf aus schiedsrechtlicher Sicht.<sup>24</sup>

Was die **Schaffung von Transparenz über das Bestehen einer Schiedsklausel** betrifft, mag bei der GmbH zu prüfen sein, ob in spezifischen Bestimmungen analog zum Hinweis auf andere statutarische Rechte und Pflichten auf die statutarische Schiedsklausel hinzuweisen ist.<sup>25</sup>

Hinsichtlich der **Mitteilungspflicht der Verwaltung an die Gesellschafter** über gegen die Körperschaft anhängig gemachte Gestaltungs- oder Feststellungsklagen mit *inter omnes* Wirkung<sup>26</sup>, genügt die bisherige Regelung bei Kommanditaktiengesellschaft, SICAV und SICAF aufgrund der Generalverweise auf das Recht der Aktiengesellschaft.<sup>27</sup> Bei Verein,

---

<sup>23</sup> D.h. dann wenn die Klage gutgeheissen wird. Vgl. z.B. Art. 706 Abs. 5 OR, 706b OR (Nichtigkeitsklage gegen GV-Beschlüsse; statt vieler CHK OR-Plüss/Facincani-Kunz/Künzli, Art. 706b N 7), 714 OR (Nichtigkeitsklage gegen VR-Beschlüsse; statt vieler CHK OR-Plüss/Facincani-Kunz/Künzli, Art. 714 N 10), 736 Ziff. 4 OR (Auflösungsklage; CHK OR-Benedick/Habegger, Art. 736 N 9).

<sup>24</sup> So qualifizierte Beschlussfassungsquoren für angebracht erachtet werden sollten, bestehen einerseits bei Kommanditaktiengesellschaft, GmbH, SICAV und SICAF aufgrund von Generalverweisen auf das Recht der Aktiengesellschaft oder gesonderter Beschlussfassungsvorschriften bereits qualifizierte Beschlussfassungsquoren (Art. 764 Abs. 2 OR, Art. 797 OR, Art. 50 KAG, Art. 112 KAG). Im Vereinsrecht andererseits ist nicht ersichtlich weshalb für die nachträgliche Einführung einer statutarischen Schiedsklausel strengere Erfordernisse als für die Einführung von Nachschusspflichten oder persönlicher Haftung gelten sollten (Art. 67 Abs. 2 ZGB).

<sup>25</sup> Art. 777a Abs. 2 OR (Hinweis auf statutarische Bestimmungen in Zeichnungsurkunde), Art. 784 Abs. 2 OR (Hinweis auf statutarische Rechte und Pflichten in der Urkunde über den Stammanteil), Art. 785 Abs. 2 OR (Hinweise auf statutarische Rechte und Pflichten im Abtretungsvertrag über den Stammanteil).

<sup>26</sup> Vgl. z.B. Art. 75 ZGB (Anfechtungsklage gegen Vereinsbeschlüsse); Art. 891 Abs. 3 OR (Anfechtungsklage gegen GV-Beschlüsse in der Genossenschaft).

<sup>27</sup> Art. 764 Abs. 2 OR; Art. 50 und 112 KAG.

Genossenschaft und GmbH sind allenfalls Gesetzesergänzungen in Anlehnung an den vorgeschlagenen VE Art. 697I Abs. 3 OR zu prüfen.<sup>28</sup>

#### **4. Abgrenzung nationale und internationale Schiedsgerichtsbarkeit**

Wie bei Schiedsvereinbarungen stellt sich auch bei statutarischen Schiedsklauseln die Frage der Abgrenzung zwischen nationalen und internationalen Schiedsverfahren. Das in Art. 176 Abs. 1 IPRG statuierte Kriterium des Wohnsitzes/Sitzes einer Partei beim Abschluss der Schiedsvereinbarung kann in Anwendung der vorgesehenen Bindungswirkung *qua* Gesellschaftsrecht nicht greifen, da die Bindungswirkung auf einer **einseitigen Anordnung durch eine Körperschaft mit Sitz in der Schweiz** beruht.

Unter dieser Betrachtungsweise ist unbesehen des allfälligen ausländischen Sitzes/Wohnsitzes von Gesellschaftern der 3. Teil der ZPO über die Binnschiedsgerichtsbarkeit anwendbar, womit gleichzeitig die Anwendung eines einheitlichen Verfahrensrechtes für alle potentiellen Streitigkeiten unter der statutarischen Schiedsklausel einer Körperschaft schweizerischen Rechts unabhängig des Sitzes/Wohnsitzes der Mitglieder oder Organe sichergestellt ist.

Auch für die Vielzahl internationaler Sportverbände mit Sitz in der Schweiz erscheint uns diese Lösung praktikabel. In den meisten Fällen der Sportschiedsgerichtsbarkeit geht es nur mittelbar um statutarische Schiedsklauseln. So sind i.d.R. weder Trainer, Athlet noch Club direkt Mitglied eines internationalen Sportverbandes, sondern nur die jeweiligen Landesverbände (Sportler oder Clubs können sich aber vielfach aufgrund einer indirekten Mitgliedschaft dennoch auf Art. 75 ZGB berufen und Vereinsbeschlüsse des internationalen Verbandes anfechten). Zusätzlich sind die Parteien regelmässig eine Vereinbarung eingegangen, die auf die Statuten eines Verbandes bzw. auf die darin vorhandene Schiedsklausel verweist.<sup>29</sup> Mithin liegt dann (zusätzlich) ein Fall von Bindung an die statutarische Schiedsklausel gestützt auf eine vertragliche Übereinkunft vor.

Damit aber die internationalen Sportverbände gegenüber ihren (Vereins-)Mitgliedern unter statutarischen Schiedsklauseln die Anwendbarkeit desselben Verfahrensrechtes wie gegenüber Nicht-Mitgliedern sicherstellen können, ist angezeigt, auch **statutarisch eine Erklärung gemäss Art. 353 Abs. 2 ZPO zuzulassen** (Opting-out von der ZPO ins IPRG). Als Alternativen bietet sich hierfür eine ausdrückliche Erwähnung im Gesetz an oder ein genereller Verweis, dass der 3. Teil der ZPO, und damit auch Art. 353 Abs. 2 ZPO, (analog) auch für einseitig angeordnete Schiedsklauseln gilt. Wir schlagen hierfür die ZPO als Ort der Regelung vor.<sup>30</sup>

Anzufügen ist, dass unseres Erachtens **im IPRG kein dringender Änderungsbedarf** angezeigt ist. Kollisionsrechtlich ist die Frage einer einseitig angeordneten Bindungswirkung von statutarischen Schiedsklauseln für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten durch das

<sup>28</sup> Z.B. mit einem neuen Art. 810 Abs. 2 Ziff. 8 OR im Recht der GmbH.

<sup>29</sup> Z.B. durch den Antrag auf eine Spieler- oder Clublizenz, welche einen Verweis auf die statutarische Schiedsklausel enthält. Vgl. auch Mauerhofer, Gültigkeit statutarischer Schieds- und Gerichtsstandsklauseln, GesKR 2011, 21.

<sup>30</sup> Vgl. unten Kapitel 5.

Gesellschaftsstatut zu entscheiden.<sup>31</sup> Für schweizerische Gesellschaften also nach Massgabe des schweizerischen Rechts und für ausländische Gesellschaften nach Massgabe des Inkorporationsstatuts als „*dem auf die Streitsache*“ i.S.v. Art. 178 Abs. 2 IPRG anwendbaren Recht.<sup>32</sup> Damit entscheidet für ausländische Gesellschaftsformen das auf die Gesellschaft anwendbare ausländische Recht, ob eine einseitig durch die Gesellschaft angeordnete statutarische Schiedsklausel ihre Gesellschafter bindet.<sup>33</sup> Aufgrund des Vorstehenden fallen sodann gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten unter einer statutarischen Schiedsklausel einer ausländischen Körperschaft vorbehaltlich eines Ausschlusses nach Massgabe von Art. 176 Abs. 2 IPRG (Opting-out vom IPRG in die ZPO) in den Geltungsbereich des 12. Kapitels des IPRG.

Im Rahmen der pendenten **Revision von Kapitel 12 des IPRG** hinsichtlich statutarischer Schiedsklauseln u.E. einzig vertieft zu prüfen ist, ob Art. 178 Abs. 2 IPRG dahingehend zu präzisieren ist, als dass sich bei aufgrund ausländischen Rechts einseitig angeordneten Schiedsklauseln die Bindungswirkung sich nicht alternativ auch aus schweizerischem Recht ergeben kann.<sup>34</sup>

## **5. Regelung in der ZPO**

Wir regen an prozessuale Fragestellungen in der ZPO zu regeln.

Dies bedingt nach unserem Dafürhalten **einseitig angeordnete**, durch das Gesetz zugelassene **Schiedsklauseln** ausdrücklich in ihren Wirkungen **den Schiedsvereinbarungen gleichzustellen**.<sup>35</sup>

Eine offene, nicht auf statutarische Schiedsklauseln beschränkte Formulierung lässt diesbezüglich Raum für künftige gesetzliche Entwicklungen.<sup>36</sup>

Zu prüfen ist, ob die Gleichstellung einzig durch einen generellen Verweis auf den 3. Teil der ZPO vorzunehmen ist oder ob zur Verdeutlichung konkrete Verweise auf verfahrensrechtliche Regelungsbereiche notwendig oder wünschbar sind.<sup>37</sup>

---

<sup>31</sup> BSK IPRG-Wenger/Müller, Art. 178 N 69; ZK IPRG-Vischer, Art. 177 N 5; Mauerhofer, Gültigkeit statutarischer Schieds- und Gerichtsstandsklauseln, GesKR 2011, 28.

<sup>32</sup> Vgl. Art. 178 Abs. 2 IPRG (allenfalls i.V.m. Art. 187 Abs. 1 IPRG: „Recht, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt“, was in analoger Anwendung von Art. 154 Abs. 1 und Art. 155 lit. f IPRG das Recht des Inkorporationsortes sein dürfte).

<sup>33</sup> Vgl. z.B. § 1066 deutsche ZPO, welche das deutsche Schiedsverfahrensrecht auch auf einseitig angeordnete, nicht auf Vereinbarung beruhende Schiedsgerichte für anwendbar erklärt: „Für Schiedsgerichte, die in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden, gelten die Vorschriften dieses Buches entsprechend.“

<sup>34</sup> Beispiel: Eine fehlende Verbindlichkeit einer statutarischen Schiedsklausel nach dem für die ausländische Gesellschaft anwendbaren Gesellschaftsstatut X. kann nicht durch eine Zulässigkeit nach Massgabe schweizerischen Körperschaftsrechts ‚geheilt‘ werden (wohl aber durch eine eigentliche zwei- oder mehrseitige Vereinbarung, welche den Anforderungen schweizerischen Rechts genügt).

<sup>35</sup> In Anlehnung an § 1066 deutsche ZPO.

<sup>36</sup> Z.B. so der Gesetzgeber in Zukunft auch Schiedsklauseln in letztwilligen Verfügungen oder Stiftungserrichtungsakten als verbindlich anerkennen möchte.

<sup>37</sup> Analog zum vorgeschlagenen VE Art. 697I Abs. 2 Satz 2 OR, dessen Regelungsgehalt wir in der ZPO als besser aufgehoben erachten.

Dies führt zu folgendem Formulierungsvorschlag (neuer Text; Notwendigkeit/Angemessenheit zu prüfen):

**Art. 357 ZPO (neu Abs. 3)**

1 Die Schiedsvereinbarung kann sich sowohl auf bestehende als auch auf künftige Streitigkeiten aus einem bestimmten Rechtsverhältnis beziehen.

2 Gegen die Schiedsvereinbarung kann nicht eingewendet werden, der Hauptvertrag sei ungültig.

3 Für gesetzlich zulässige, nicht auf Vereinbarung beruhende Anordnungen über Schiedsgerichte, wie etwa statutarische Schiedsklauseln für körperschaftsrechtliche Streitigkeiten, gelten die Bestimmungen dieses Teils entsprechend. Die Anordnungen können eine Erklärung im Sinne von Art. 353 Abs. 2 und Bestimmungen über die Bestellung des Schiedsgerichtes und das Schiedsverfahren enthalten.

Die ausdrückliche Zulassung statutarischer Schiedsklauseln zieht u.E. im Weiteren die Wünschbarkeit einer Änderung von Art. 376 Abs. 3 ZPO nach sich, um den Anforderungen an **gesellschaftsrechtliche Feststellungs- und Gestaltungsklagen mit inter omnes Wirkung** gerecht zu werden. Bei dieser Gelegenheit können zugleich zwei bestehende redaktionelle Unklarheiten bzw. Versehen in dieser Bestimmung beseitigt werden.

Die erste redaktionelle Unklarheit betrifft den Regelungsgegenstand von Art. 376 Abs. 3 ZPO. Nach überwiegender Auffassung regelt diese Bestimmung nur die Hauptintervention und den Beitritt als streitberufene Hauptpartei, nicht aber die Nebenintervention.<sup>38</sup> Die Nebenintervention unterliegt nämlich vereinzelt anderen Voraussetzungen und verlangt nicht immer das Vorliegen einer (übereinstimmenden) Schiedsvereinbarung und im Regelfall auch keine Zustimmung des Schiedsgerichts.<sup>39</sup> Wir sehen deshalb keinen Regelungsbedarf für die Nebenintervention,<sup>40</sup> aber eine Notwendigkeit Art. 376 Abs. 3 ZPO zu präzisieren bzw. zu ergänzen.

Aufgrund eines redaktionellen Versehens erwähnt der bisherige Gesetzeswortlaut – zu Unrecht und im Gegensatz zu Art. 376 Abs. 1 und 2 ZPO – eine **übereinstimmende Schiedsvereinbarung** zwischen dem als Hauptpartei beitretenden Dritten und den bestehenden Streitparteien nicht als Voraussetzung.<sup>41</sup> Bei einer statutarischen Schiedsklausel, welche die Gesellschaft und alle Gesellschafter bindet, ist dieses Erfordernis natürlich für die gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsklagen ohne weiteres erfüllt.

<sup>38</sup> BSK ZPO-Habegger, Art. 376 N 31; BK ZPO-Pfisterer, Art. 376 N 24.

<sup>39</sup> Vgl. im Einzelnen BSK ZPO-Habegger, Art. 376 N 48 ff. und 58.

<sup>40</sup> Bei den gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsklagen mit *inter omnes* Wirkung dürfte eine (streitgenössische) Nebenintervention durch einen Gesellschafter unter einer statutarischen Schiedsklausel stets zulässig sein, da nicht nur eine übereinstimmende, sondern gar eine *gemeinsame* Schiedsklausel vorliegt, entsprechend von einer Zustimmung der bisherigen Parteien zum Beitritt auszugehen ist und auch die Zustimmung des Schiedsgerichts entbehrlich ist, da weder eine neue Hauptpartei hinzutritt noch der Streitgegenstand erweitert wird (Meier, Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten, Zürich 2007, 137 und 141; BSK ZPO-Habegger, Art. 376 N 51, 57f.).

<sup>41</sup> BSK ZPO-Habegger, Art. 376 N 33; Berger/Kellerhals, Rz 518; BK ZPO-Pfisterer, Art. 376 N 29; KuKo-Dasser, Art. 376 N 14.



Die meisten gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsklagen sind als Individual- oder Minderheitenklagerechte ausgestaltet, bedürfen aber einer einheitlichen Entscheidung gegenüber allen Gesellschaftern (*uneigentlich notwendige Streitgenossenschaft*).<sup>42</sup> Damit kann jeder klageberechtigte Gesellschafter bzw. jede Minderheitengruppe den Prozess selbständig und unabhängig von den anderen führen.<sup>43</sup> Denkbar ist deshalb, dass zwei oder mehrere Gesellschafter oder Gesellschaftergruppen zwei oder mehrere Schiedsverfahren unabhängig voneinander einleiten. Denkbar ist weiter, dass ein Gesellschafter (insbesondere nach der angedachten Mitteilung durch die Gesellschaft über die Einleitung des Verfahrens) noch vor Ablauf einer allfälligen materiell-rechtlichen Klagefrist einem hängigen Verfahren als weiterer Hauptkläger beitreten möchte.<sup>44</sup> Diese Fragestellungen sind auch für das staatliche Verfahren in der ZPO nicht ausdrücklich geregelt und wir sehen entsprechend auch für das Schiedsverfahrensrecht keinen Bedarf an zusätzlichen Bestimmungen, halten aber einige **Klarstellungen in Art. 376 Abs. 3 ZPO** für wünschbar:

- (i) Erstens sollte die Möglichkeit eines Beitritts als weiterer Hauptkläger (d.h. als Streitgenosse i.S.v. Art. 376 Abs. 1 in einem Zeitpunkt nach Klageeinleitung) ausdrücklich angesprochen werden, denn die Hauptintervention regelt eine andere Konstellation.<sup>45</sup> Ein solcher nachträglicher Beitritt als Streitgenosse in ein bestehendes Verfahren kann auch erfolgen, wenn zwei oder mehrere Schiedsverfahren durch die Schiedsinstitution<sup>46</sup> oder gegebenenfalls den Mitwirkungsrichter<sup>47</sup> vereinigt werden.<sup>48</sup>
- (ii) Zweitens darf ein nachträglicher Beitritt als Streitgenosse nicht von der Zustimmung des Schiedsgerichtes abhängig gemacht werden, da im Falle einer uneigentlich notwendigen Streitgenossenschaft trotz Zulässigkeit der Einzelklage gegenüber allen

---

<sup>42</sup> BSK ZPO-Ruggle, Art. 70 N 3; KuKo-Domej, Art. 70 N 1 und 8f.

<sup>43</sup> BSK ZPO-Ruggle, Art. 71 N 30. Ein Klagerückzug schliesst z.B. eine erneute Klage durch andere Gesellschafter oder den Verwaltungsrat nicht aus, auch wenn er gegenüber dem ursprünglichen Kläger materielle Rechtskraft entfaltet (BGE 121 III 279 E. 3c/bb). Auch eine Klageabweisung gilt nur zwischen den Prozessparteien (CHK-Tanner, Art. 706 OR N 22).

<sup>44</sup> Soweit dies im staatlichen Verfahren nicht oder (z.B. als Folge von Art. 83 Abs. 4 ZPO) nicht ohne Zustimmung aller Parteien (vgl. hierzu KuKo-Domej, Art. 70 N 14) möglich ist, sei darauf hingewiesen, dass vor Schiedsgerichten von einem umfassenden Klageinstrumentarium des Einbezugs Dritter auszugehen ist, da die Parteien bei der Verfahrensgestaltung nicht an die in der ZPO statuierten Institute gebunden sind (BSK ZPO-Habegger, Art. 376 N 23).

<sup>45</sup> D.h. den Fall da der Dritte ein die bisherigen Parteien ausschliessendes besseres Recht geltend macht. Allenfalls könnte man bei gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsklagen dann von einer Hauptintervention ausgehen, wenn ein weiterer Kläger ein anderes Rechtsbegehren als der erste Kläger stellt (z.B. nur die teilweise statt die ganze Aufhebung eines Gesellschaftsbeschlusses verlangt).

<sup>46</sup> Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules.

<sup>47</sup> Art. 375 Abs. 2 ZPO; vgl. hierzu BSK ZPO-Habegger, Art. 376 N 20g. Wir teilen die in einem Teil der Lehre vertretene Auffassung nicht (Berger/Kellerhals, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. A., Rz. 1227), wonach das Kriterium der ‚Erforderlichkeit‘ zur Anrufung des staatlichen Mitwirkungsrichters (Art. 375 Abs. 2 ZPO bzw. Art. 185 IPRG) bei Konsolidierungsbegehren nicht erfüllt wird. Bei gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsklagen mit *inter omnes* Wirkung können z.B. Gesellschaftsbeschlüsse ganz oder teilweise aufgehoben werden (BGE 100 II 384 E. 3b) oder besteht gar ein richterliches Rechtsfolgeermessen (vgl. Art. 736 Ziff. 4 OR betr. Auflösungsklage im Aktienrecht). Damit muss es mehreren klagenden Gesellschaftern gestattet sein unterschiedliche Anträge zu stellen und sich in ihren Standpunkten gegenseitig zu widersprechen. Werden nun die Verfahren getrennt eingeleitet und geführt, so besteht die Gefahr, dass im zuerst entschiedenen Verfahren gegen die Interessen und mit Wirkung gegen den Kläger im anderen Verfahren entschieden wird, ohne dass dieser angehört worden wäre (z.B. indem ein Gesellschaftsbeschluss ganz aufgehoben wird, obwohl der zweite Kläger nur eine teilweise Aufhebung verlangte). In solchen Konstellationen muss eine Konsolidierung von Schiedsverfahren auch durch den Mitwirkungsrichter möglich sein.

<sup>48</sup> Betr. des Beitritts durch Vereinigung i.S.v. Art. 125 lit. c ZPO im staatlichen Verfahren vgl. KuKo-Domej, Art. 70 N 14.

Beteiligten einheitlich zu entscheiden ist.<sup>49</sup> Damit liegt durch einen Beitritt weder ein eigentlicher Parteiwechsel, noch eine Änderung des Streitgegenstandes vor, so dass dem Schiedsgericht kein Mehraufwand entsteht, welcher das in Art. 376 Abs. 3 ZPO statuierte Zustimmungserfordernis rechtfertigt.<sup>50</sup>

Dies führt uns zu folgendem Formulierungsvorschlag für Art. 376 Abs. 3 ZPO (neuer Text):

#### **Art. 376 ZPO**

*3 Die Hauptintervention einer dritten Person, der Beitritt einer durch Klage streitberufenen Person oder eines Streitgenossen setzen eine übereinstimmende Schiedsvereinbarung zwischen der dritten Person und den Streitpersonen voraus und bedürfen der Zustimmung des Schiedsgerichts. Der Beitritt darf nicht von der Zustimmung des Schiedsgerichtes abhängig gemacht werden, wenn der Schiedsspruch je nach Verfahrensausgang auch ohne Teilnahme der dritten Person für und gegen diese wirkt.*

Alternativ ist auch denkbar die Bestimmung allgemeiner zu formulieren und auf die Aufzählung dreier spezifischer Konstellationen des Beitritts einer dritten Person als Hauptpartei zu verzichten. Formulierungsvorschlag (neuer Text):

#### **Art. 376 ZPO**

*3 Der Beitritt einer dritten Person als Hauptpartei setzt eine übereinstimmende Schiedsvereinbarung zwischen der dritten Person und den Streitpersonen voraus und bedarf der Zustimmung des Schiedsgerichts. Der Beitritt darf nicht von der Zustimmung des Schiedsgerichtes abhängig gemacht werden, wenn der Schiedsspruch je nach Verfahrensausgang auch ohne Teilnahme der dritten Person für und gegen diese wirkt.*

Schliesslich teilen wir die im Erläuternden Bericht (S. 119 oben) vertretene Auffassung, dass keine Notwendigkeit besteht den nicht als Parteien am Verfahren teilnehmenden Gesellschaftern eine Möglichkeit zur **Mitwirkung bei der Einsetzung des Schiedsgerichtes** einzuräumen, da ZPO und IPRG die Unabhängigkeit des Schiedsgerichtes gewährleisten. Die fehlende Mitwirkungsnotwendigkeit trifft im Übrigen auch auf als Nebenintervenienten dem Schiedsverfahren beitretende Gesellschafter zu.<sup>51</sup> Gesellschafter, welche entweder gar nicht oder nicht innert der materiell-rechtlichen Klagefristen selber klagen, verwirken damit aber u.U. nicht nur ihr Klagerecht, sondern auch als Nebenintervenient das Recht, sich zur unterstützten Hauptpartei in Widerspruch zu

<sup>49</sup> Es entscheidet sich im Übrigen nach dem materiellen Recht, ob der nachträglich beitretende Hauptkläger seine Klage (ebenfalls) fristgerecht erhoben hat. Je nachdem ist ein unterschiedlicher Prozessausgang gegenüber den uneigentlich notwendigen Streitgenossen also denkbar.

<sup>50</sup> Dies verhält sich allenfalls anders beim nachträglichen Eintritt von fehlenden eigentlich notwendigen Streitgenossen (auf Kläger- oder Beklagenseite), denn dies führt zu einem Parteiwechsel (KuKo-Domej, Art. 70 N 14).

<sup>51</sup> Anders anscheinend die in Deutschland vorherrschende Rechtsauffassung. Diese gründet nach unserem Verständnis darin, dass § 69 der deutschen ZPO die Rechtsposition des streitgenössischen Nebenintervenienten in Fällen von Klagen mit *inter omnes* Wirkung derjenigen eines Streitgenossen der Hauptpartei gleichstellt. Da § 61 deutsche ZPO ferner vorsieht, dass die Handlung eines Streitgenossen einem anderen Streitgenossen weder zum Vor- noch zum Nachteil gereichen darf, wird ein Mitwirkungsrecht eines streitgenössischen Nebenintervenienten bei der Bestellung des Schiedsgerichtes bejaht.

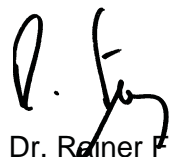
setzen.<sup>52</sup> Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb ein Verlust des Rechts auf Einnahme von widersprüchlichen Standpunkten sich nicht auch auf die Mitwirkung bei der Bestellung des Schiedsgerichtes erstrecken sollte.

Soweit demgegenüber bei der Konsolidierung mehrerer Verfahren eine Schiedsordnung nicht wie Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules der Gefahr eines überwiegenden Einflusses eines Klägers auf die Ernennung der Mitglieder des Schiedsgerichts gebührend Rechnung trägt, gewährt Art. 368 ZPO allen klagenden bzw. als Hauptpartei agierenden Gesellschaftern den notwendigen Schutz.<sup>53</sup>

Abschliessend bedanken wir uns für eine wohlwollende Prüfung unserer Anregungen.

Mit freundlichen Grüssen

Sig. Luca Albertoni  
(Präsident)



Dr. Reiner Füg  
(Geschäftsführer)



Dr. Philipp Habegger  
(Präsident Schiedsgerichtshof)

---

<sup>52</sup> Art. 76 Abs. 2 ZPO.

<sup>53</sup> BSK ZPO-Habegger, Art. 376 N 20f.

Vorab per E-Mail: [ehra@bj.admin.ch](mailto:ehra@bj.admin.ch)

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

Basel, 12. März 2015 CDE/RBA/vje

## **Vernehmlassung zu den Änderungen des Obligationenrechts (Aktienrecht) Änderungen im Vereins- und Stiftungsrecht**

Sehr geehrte Damen und Herren

proFonds, Dachverband gemeinnütziger Stiftungen der Schweiz, vertritt gesamtschweizerisch die Interessen *gemeinnütziger Stiftungen und Vereine* aller Tätigkeits- und Finanzierungsformen. Dem Gemeinnützigkeitswesen kommt in der Schweiz sehr grosse Bedeutung zu. Gemeinnützige Stiftungen und Vereine üben im Interesse und zum Wohl der Allgemeinheit wichtige Funktionen aus, etwa in den Bereichen Soziales, Gesundheitswesen, Forschung und Wissenschaft, Bildung und Erziehung, Jugendförderung, Kunst, Kultur, Entwicklungshilfe etc.

Gerne machen wir von der Möglichkeit Gebrauch, zur Revision des Obligationenrechts (Aktienrecht) eine Vernehmlassung einzureichen. Dabei beschränken wir uns auf die Änderungen der Bestimmungen im Vereins- und Stiftungsrecht, da diese für unsere Mitglieder von Bedeutung sind.

### **I. Bestimmungen zur Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung**

#### **Art. 69d E-ZGB:**

Art. 69d E-ZGB findet nur auf Vereine Anwendung, die *verpflichtet sind, sich im Handelsregister eintragen* zu lassen, d. h. Vereine, die für ihren Zweck ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben oder revisionspflichtig sind. Wir erachten dies als angemessen, da in diesem Bereich Gläubigerschutzbestimmungen Sinn ergeben.

Art. 69d E-ZGB verweist auf die aktienrechtlichen Bestimmungen über die drohende Zahlungsunfähigkeit, den Kapitalverlust und die Überschuldung. Unseres Erachtens ist die Verweisung auf die Bestimmung zum Kapitalverlust (Art. 725a

E-OR) unzweckmässig. Das gesetzlich definierte Aktienkapital stellt im Kontext des Gläubigerschutzes bei den Aktiengesellschaften eine *Sperrquote* dar. *Vereine verfügen aber nicht über ein solches gesetzliches Grundkapital wie das Aktienkapital*, weshalb eine entsprechende Anwendung von Art. 725a E-ZGB ausser Betracht fällt.

### **Art. 84a E-ZGB:**

Die grundsätzliche Anlehnung an die Bestimmungen zur Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung bei Aktiengesellschaften erachten wir als angemessen.

Die Bestimmung zwingt in erster Linie die Aufsichtsbehörde zum Handeln. Bei drohender Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung muss das oberste Stiftungsorgan (in der Folge Stiftungsrat) umgehend die Aufsichtsbehörde benachrichtigen. Danach liegt es an der Aufsicht, den Stiftungsrat zur Einleitung der erforderlichen Massnahmen anzuhalten. In dringenden Fällen von drohender Zahlungsunfähigkeit dürfte dieses Regime zu kurz greifen. Hier hat der Stiftungsrat unseres Erachtens nicht nur die Stiftungsaufsicht zu benachrichtigen, sondern gleichzeitig gestützt auf seine Sorgfaltspflicht notwendige Massnahmen, die keinen Aufschub dulden, sofort zu ergreifen. Ein Zuwarten auf eine Weisung bzw. Verfügung der Aufsichtsbehörde könnte unter Umständen die Rettung der Stiftung erheblich gefährden. Der erste Absatz von Art. 84a E-ZGB ist daher wie folgt zu ergänzen: "*Bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung muss das oberste Stiftungsorgan umgehend die Aufsichtsbehörde benachrichtigen und unaufschiebbare Massnahmen ergreifen.*"

Art. 84a Abs. 4 E-ZGB ist unklar. Der Verweis auf das Aktienrecht erfolgt gemäss Wortlaut "*zur Ermittlung der drohenden Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung*". Sollen die aktienrechtlichen Bestimmungen also nur "*zur Ermittlung*" herbeigezogen werden? Zu bevorzugen ist vielmehr ein sinngemässer Verweis wie folgt: "*Im Übrigen sind die Bestimmungen von Art. 725 Abs. 1 – 3, 725b Abs. 1 und 2 sowie 725c OR sinngemäss anwendbar.*" So wäre etwa klargestellt, dass auch der Stiftungsrat einen *Liquiditätsplan* bei drohender Zahlungsunfähigkeit und eine *Zwischenbilanz* zu Fortführungs- und Veräusserungswerten bei Besorgnis einer Überschuldung zu erstellen hat.

Schliesslich ist die Bestimmung mit einem Absatz 5 wie folgt zu ergänzen: "*Der Stiftungsrat, die Revisionsstelle sowie die Aufsichtsbehörde handeln mit der gebotenen Eile.*"

## **II. Bestimmung zur Offenlegung von Vergütungen**

### **Art. 84b E-ZGB:**

Gegen die Offenlegung von Vergütungen des obersten Stiftungsorgans sowie der Geschäftsleitung wäre grundsätzlich nichts einzuwenden. proFonds befürwortet Transparenz im Stiftungswesen, soweit *sachliche Gründe* dafür sprechen und *keine Bürokratie und zusätzliche Administrativbelastung* daraus folgen.

Im Bereich der Vergütungen an das oberste Stiftungsorgan und die Geschäftsleitung bestehen seit einigen Jahren verlässliche Studien (so etwa HELMIG/PURTSCHERT, Gehaltsstudie 2006 – Vergütung von Führungskräften in Nonprofit-Organisationen, Freiburg 2006; LICHTSTEINER/LUTZ, Honorierung von Stiftungsräten, Eine empirische Untersuchung zur Honorierung von Stiftungsräten gemeinnütziger Stiftungen, Freiburg 2008; MÜLLER/ZÖBELI, Die Honorierung der obersten Leitungsorgane von Nonprofit-Organisationen, Basel 2012). Die Studien zeigen, dass eine Mehrheit der beteiligten Stiftungen Honorare an ihre obersten Organe ausrichtet (ca. 60% gemäss vorerwähnter Studie von LICHTSTEINER/LUTZ). Weiter belegen die Studien, dass die Höhe der ausgerichteten Honorare von seltenen Ausnahmen abgesehen, *moderat und angemessen* ist. Bei den Vergütungen handelt es sich um Sitzungsgelder oder um Honorar- oder Spesenpauschalen. In der Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbranche besteht folglich *keine Tendenz zu Honorarmissbräuchen und "Abzockerei"*. Aus all diesen Gründen ist der *gesetzgeberische Regulierungsbedarf* im Bereich der Offenlegung von Honoraren *fraglich*. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass bereits nach der geltenden Gesetzeslage die Aufsichtsbehörden von sich aus die Offenlegung der Honorare des obersten Leistungsorgans und der allfälligen Geschäftsleitung verlangen können. Dies erfolgt gestützt auf Art. 84 Abs. 2 ZGB und der dazugehörenden kantonalen Ausführungsgesetzgebung.

Würde Art. 84b E-ZGB Gesetz, bestünde eine Diskrepanz zwischen Zivilrechtsgesetzgeber und der weit verbreiteten Praxis der Steuerbehörden. Die Schweizerische Steuerkonferenz verlangt als *Voraussetzung der Steuerbefreiung wegen Gemeinnützigkeit* ein *ehrenamtliches, d. h. unentgeltliches Engagement* des Stiftungsrats (vgl. Praxishinweise der Schweizerischen Steuerkonferenz betr. Steuerbefreiung von juristischen Personen, die öffentliche oder gemeinnützige Zwecke verfolgen vom 18. Januar 2008, Ziff. 10). proFonds fordert seit Jahren, dass die betreffenden Steuerbehörden ihre restriktive, gesetzlich nicht vorgegebene Praxis aufgeben. Die ehrenamtliche Tätigkeit von Stiftungsratsmitgliedern darf nicht zur Voraussetzung für die Steuerbefreiung wegen Gemeinnützigkeit gemacht werden.

Solange die Thematik Honorierung von Stiftungsräten nicht einer *Gesamtlösung* unter Einbezug des steuerlichen Gemeinnützigkeitsrechts zugeführt wird, sehen wir keinen Raum für eine Offenlegungsbestimmung im Stiftungsrecht. Von Art. 84b E-ZGB ist vorderhand abzusehen. Im Rahmen der parlamentarischen Initiative von Ständerat Werner Luginbühl vom 9. Dezember 2014 zur weiteren Stärkung des Stiftungsstandorts Schweiz (Geschäfts-Nr. 14.470) ist vorgesehen, das Steuerrecht anzupassen. Angemessene Honorare an die strategischen Leitungsorgane sollen nicht Grund für eine Verweigerung oder einen Entzug der Steuerbefreiung bilden (vgl. Ziffer 8 der Initiative). Der Bundesrat hat in seiner Antwort auf die Interpellation von Ständerat Luc Recordon festgehalten, dass eine Honorierung des Stiftungsrats die Steuerbefreiung der Stiftung wegen Gemeinnützigkeit nicht per se ausschliesse. Es brauche aber einer Kontrolle um zu gewährleisten, dass die Bedingung der Uneigennützigkeit erfüllt ist (vgl. Antwort des Bundesrats vom 22. Mai 2013 auf die Interpellation von SR Recordon; Geschäfts-Nr. 13.3283). Sollten die entsprechenden Bestimmungen im Steuerrecht dereinst angepasst werden, steht auch einer Bestimmung wie Art. 84b E-ZGB

grundsätzlich nichts mehr im Weg, sofern man den gesetzgeberischen Handlungsbedarf überhaupt bejaht.

Sollte der Gesetzgeber trotzdem die Bestimmung von Art. 84b E-ZGB einführen wollen, haben wir folgende Anmerkung dazu: Der Verweis auf Art. 734a Abs. 2 E-OR wäre zu streichen. Das Gros der in diesem Absatz erwähnten Vergütungsarten spielt bei Stiftungen keine Rolle (z.B. Tantiemen, Zuteilung von Wandel- und Optionsrechten, Antrittsprämien, Entschädigungen im Zusammenhang mit Konkurrenzverboten). Im Übrigen wäre damit zu rechnen, dass die Bürokratie zunehmen würde, ohne einen zusätzlichen Nutzen aus diesem Verweis zu erhalten. So könnten etwa die Stiftungsaufsichtsbehörden oder die Revisionsstellen *Negativbestätigungen* verlangen, um die formelle Einhaltung dieser Bestimmung zu prüfen. Für die allermeisten Stiftungen sind die Vergütungen gemäss Art. 734a Abs. 2 E-OR schlicht kein Thema. Zur *Vermeidung unnötiger Bürokratie* wäre vom Verweis auf Art. 734a Abs. 2 E-OR abzusehen.

### **III. Anträge von proFonds gemäss den vorangehenden Ausführungen**

**Art. 69d E-ZGB (neu wie folgt):**

*"Für Vereine, die verpflichtet sind, sich im Handelsregister einzutragen, sind die Bestimmungen des Aktienrechts zur drohenden Zahlungsunfähigkeit und zur Überschuldung sowie zur Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen entsprechend anwendbar."*

**Art. 84a Abs. 1 E-ZGB (neu wie folgt):**

*"Bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung muss das oberste Stiftungsorgan umgehend die Aufsichtsbehörde benachrichtigen und unaufschiebbare Massnahmen ergreifen."*

**Art. 84a Abs. 4 E-ZGB (neu wie folgt):**

*"Im Übrigen sind die Bestimmung von Art. 725 Abs. 1 – 3, 725b Abs. 1 und 2 sowie 725c OR sinngemäss anwendbar."*

**Art. 84a Abs. 5 E-ZGB (neu):**

*"Der Stiftungsrat, die Revisionsstelle sowie die Aufsichtsbehörde handeln mit der gebotenen Eile."*

**Art. 84b E-ZGB (neu wie folgt):**

*Streichen.*

Wir danken Ihnen für die aufmerksame Prüfung unserer Standpunkte. Wir hoffen, dass unsere Anträge bei der weiteren Bearbeitung der Vorlage Berücksichtigung finden. Für eine Vertiefung spezifischer Fragen steht proFonds jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

**proFonds**, Dachverband gemeinnütziger Stiftungen der Schweiz



Dr. Christoph Degen  
Geschäftsführer



Dr. Roman Baumann Lorant  
Stv. Geschäftsführer



Per E-Mail ([ehra@bj.admin.ch](mailto:ehra@bj.admin.ch))

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

Bern, 3. Februar 2015

## Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht): Vernehmlassungsantwort sivg

Sehr geehrte Frau Bundespräsidentin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Das Schweizerische Institut für Verwaltungsräte sivg (Institut suisse des administrateurs isade) vertritt schweizweit die Interessen von Verwaltungsräten. Es verfolgt gemäss seinen Statuten namentlich folgende Ziele: Förderung der Berufsethik, Unterstützung der professionellen Ausübung von Verwaltungsratsmitgliedern, Förderung der Corporate Governance sowie die Interessenvertretung von Verwaltungsräten gegenüber Behörden und Politik und die Verhinderung regulatorischer Missbräuche.

Das sivg ist ein Verein im Sinne der Artikel 60 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches und wurde am 2. Juli 2007 mit Sitz in Bern gegründet. Es führt in Paudex bei Lausanne ein secrétariat romand.

Die meisten sivg-Mitglieder sind Verwaltungsräte in privaten, nicht börsenkotierten Gesellschaften. Deshalb richten wir den Fokus unserer Vernehmlassungsantwort zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) nebst einigen generellen Anmerkungen auf VR-Themen in privaten Aktiengesellschaften und bitten Sie, um deren wohlwollende Prüfung.

### A. Generelles

#### 1. Begriff der Aktiengesellschaft (Art. 620 VE-OR)

Das sivg begrüsst die neue Legaldefinition der Aktiengesellschaft.

#### 2. Aktienkapital in Fremdwährung (Art. 621 VE-OR)

Das sivg begrüsst die neu geschaffene Möglichkeit, das Aktienkapital in einer für die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft wesentlichen Fremdwährung denominieren zu können.

#### 3. Nennwert (Art. 622 Abs. 4 VE-OR)

Das sivg begrüsst den Verzicht auf den Mindestnennwert von 1 Rappen.

#### 4. Kapitalband (Art. 653s ff. VE-OR)

Das sivg begrüsst die Einführung des neuen Rechtsinstituts des Kapitalbands als Ersatz der genehmigten Kapitalerhöhung.

#### 5. Rückerstattung von Leistungen im Allgemeinen (Art. 678 VE-OR)

##### Definition des Begriffs „ungerechtfertigt“ (Abs. 2)

Gemäss Vorentwurf gelten Bezüge als ungerechtfertigt und damit rückerstattungspflichtig, bei denen „*ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht*“. Der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens kommt dabei keine Bedeutung zu, was aus Sicht des sivg bedauerlich ist. Insbesondere in privaten Aktiengesellschaften und Familienunternehmen spielt die wirtschaftliche Lage des Unternehmens jedoch eine wichtige Rolle.

Das sivg regt daher an, Art. 678 Abs. 2 VE-OR um das Kriterium der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens (analog Art. 717 Abs. 1<sup>bis</sup> VE-OR) zu ergänzen.

##### **Vorschlag sivg Art. 678 VE-OR (Abs. 2)**

*„(2) ...als ein der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft widersprechendes, offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht.“*

##### Gutgläubigkeit: Umkehr der Beweislast (Abs. 3)

Der allgemeine Rechtsgrundsatz von Art. 3 ZGB vermutet das Dasein des guten Glaubens. Das heisst, wer dessen Fehlen resp. Bösgläubigkeit geltend machen will, ist dafür beweispflichtig. Art. 678 Abs. 3 VE-OR kehrt diese Beweislast um und auferlegt dem Bezüger die Pflicht zu beweisen, dass er die Leistung gutgläubig empfangen hat und zusätzlich zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist.

Das sivg spricht sich gegen diese Umkehr der Beweislast und für die Anwendung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes von Art. 3 ZGB aus.

##### **Vorschlag sivg Art. 678 VE-OR (Abs. 3)**

*„(3) Die Pflicht zur Rückerstattung entfällt, wenn der Empfänger der Leistung diese in gutem Glauben empfangen hat und zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist.“*

#### 6. Stimmrechtsvertretung und Verbot der Organ- und Depotstimmrechtsvertretung (Art. 689b VE-OR)

Im Sinne einer Vereinfachung begrüsst das sivg das Verbot der Organ- und Depotstimmrechtsvertretung.

#### 7. Vertretung des Aktionärs in nichtbörsenkotierten Gesellschaften (Art. 689d VE-OR)

Gemäss Art. 689d VE-OR kann ein einziger Aktionär (mit einer einzigen Stimme) einer nichtbörsenkotierten Gesellschaft die Ernennung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters verlangen, wenn die Gesellschaft das Vertretungsrecht des Aktionärs statutarisch auf andere Aktionäre beschränkt.

Das sivg erachtet diese „Schwelle“ als zu tief und wenig praxisfreundlich. Es schlägt daher vor, die Schwelle mit derjenigen des Traktandierungs- und Antragsrechts zu harmonisieren (s. Bemerkungen zu Art. 699a VE-OR, Ziff. A-7) und auf 10 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen festzulegen, so dass eine gewisse Relevanz sichergestellt ist.

##### **Vorschlag sivg Art. 689d VE-OR**

*„[...]“*

*(2) Macht die Gesellschaft von dieser Möglichkeit Gebrauch, so muss sie auf Verlangen von 10 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen eine unabhängige Person bezeichnen, die mit der Vertretung beauftragt werden kann. [...]“*

## 8. Auskunftsrecht in nichtkotierten Gesellschaften (Art. 697 Abs. 2-4 VE-OR)

Das sivg lehnt die neugeschaffene zusätzliche und generelle Verpflichtung der auf Anfrage der Aktionäre jährlich zweimaligen Auskunftserteilung für private Aktiengesellschaften ab. Das bisherige Auskunftsrecht der Aktionäre ist ausreichend. Sollten spezielle Konstellationen ein weitergehendes Auskunftsrecht als opportun erscheinen lassen, ist es den entsprechenden Gesellschaften unbenommen, dies statutarisch zum Schutz ihrer Aktionäre zu verankern.

Das sivg regt daher die ersatzlose Streichung von Absatz 2 an.

### Vorschlag sivg Art. 697 (Abs. 2)

„[...]“

(2) streichen“

## 9. Schwellenwerte für Traktandierungs- und Antragsrecht (Art. 699a VE-OR)

Das sivg begrüsst grundsätzlich die vorgeschlagene Differenzierung der Schwellenwerte je nachdem, ob eine Gesellschaft börsenkotiert ist oder nicht.

Die vorgeschlagenen Schwellen von 0.25 Prozent und 2.5 Prozent sind jedoch zu niedrig. Das sivg fordert daher, die Schwelle für börsenkotierte Gesellschaften in Kohärenz zur Meldepflicht nach Börsengesetz (Art. 20 BEHG) auf 3 Prozent festzusetzen und für private Gesellschaften auf 10 Prozent zu belassen.

### Vorschlag sivg Art. 699a VE-OR

„[...]“

1. in Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind: 3 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen;

2. in Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind: 10 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen.“

## 10. Elektronische Stimmabgabe und Generalversammlung (Art. 701c ff. VE-OR)

Das sivg begrüsst grundsätzlich die Möglichkeit der elektronischen Stimmabgabe (Art. 701c VE-OR) und der Cybergeneralversammlung (Art. 701d VE-OR). Wichtig und zentral ist für das sivg, dass die Unternehmen resp. deren Aktionäre statutarisch selbst bestimmen können, ob sie diese Möglichkeit schaffen wollen oder nicht. Eine generelle Verpflichtung der Gesellschaften zur Schaffung dieser Möglichkeiten lehnte das sivg entschieden ab.

## B. Verwaltungsrats-Spezifisches

### 1. Zusammensetzung des Verwaltungsrats aus natürlichen Personen (Art. 707 VE-OR)

Das sivg begrüsst die Bestimmung, wonach explizit ausschliesslich natürliche Personen Mitglied eines Verwaltungsrats sein können.

### 2. Amtsdauer des Verwaltungsrats (Art. 710 VE-OR)

Das sivg begrüsst die vorgeschlagene Differenzierung der Amtsdauer je nachdem, ob eine Gesellschaft börsenkotiert ist oder nicht. Es erachtet allerdings die zwingende Einzelwahl der VR-Mitglieder für private Aktiengesellschaften als nicht opportun und beantragt für diese die Möglichkeit, subsidiär zur gesetzlich vorgesehenen Einzelwahl statutarisch eine andere Lösung vorzusehen.

### Vorschlag sivg Art. 710 VE-OR (Abs. 3)

„[...]“

3. Die Wahl erfolgt für jedes Mitglied einzeln. In Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, können die Statuten eine andere Lösung vorsehen. Wiederwahl ist möglich.“

### 3. Wahl des VR-Präsidenten durch die Generalversammlung (Art. 712 VE-OR)

Das sigv begrüsst die vorgeschlagene Differenzierung zwischen börsenkotierten und privaten Aktiengesellschaften. In Absatz 5 des Vorentwurfs ist fälschlicherweise vom Vize-Präsidenten die Rede, obwohl diese Funktion gesetzlich richtigerweise weder vorgesehen noch vorgeschrieben ist. Auf die entsprechende Erwähnung müsste hier – sowie in Art. 717a Abs. 2 und 3 VE-OR – verzichtet werden.

#### **Vorschlag sigv Art 712 VE-OR**

„[...]“

*5. Daneben konstituiert sich der Verwaltungsrat selbst und ernennt einen Sekretär. Der Sekretär muss nicht zwingend dem Verwaltungsrat angehören.“*

### 4. Delegation der Geschäftsführung nur an natürliche Personen (Art. 716b VE-OR)

Das sigv begrüsst die Beschränkung der Delegationsmöglichkeit der Geschäftsführung auf natürliche Personen. Die Übertragung der Vermögensverwaltung an juristische Personen muss möglich bleiben.

Die in Absatz 4 vorgeschlagene Informationspflicht des Verwaltungsrats über die Organisation des Verwaltungsrat und der Geschäftsführung erachtet das sigv als eine Überregulierung und beantragt deren ersatzlose Streichung (zumindest für private Aktiengesellschaften).

#### **Vorschlag sigv Art. 716b VE-OR (Abs. 4)**

„[...]“

*4. streichen.“*

### 5. Ergänzte Sorgfalts- und Treuepflicht im Allgemeinen (Art. 717 Randtitel und Abs. 1<sup>bis</sup> VE-OR)

Das sigv regt an, den hier erwähnten Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft auch in Art. 678 Abs. 2 VE-OR herzustellen und damit diese beiden Bestimmungen miteinander zu harmonisieren.

### 6. Umgang mit Interessenkonflikten (Art. 717a VE-OR)

Die vorgeschlagene detaillierte Regelung zum Umgang mit Interessenkonflikten schafft insbesondere für KMU und nicht börsenkotierte Gesellschaften unnötige Formalitäten und ist bisweilen in besonderen Fällen, wie z.B. der Einmann-AG, gar nicht in dieser Form umsetzbar. Das sigv regt daher an, nichtkotierte Gesellschaften nur zur Regelung zu verpflichten.

Zudem ist auch in diesem Artikel (Abs. 2 und 3) auf die Nennung des Vize-Präsidenten zu verzichten (Abs. 2 und 3), da diese Funktion gesetzlich richtigerweise weder vorgesehen noch vorgeschrieben ist.

#### **Vorschlag sigv Art. 717a VE-OR**

*„(1) Die Mitglieder des Verwaltungsrats von Gesellschaften deren Aktien an einer Börse kotiert sind, informieren den Präsidenten [...]*

*(2) Befindet sich der Präsident in einem Interessenkonflikt, so wendet er sich an die anderen Mitglieder des Verwaltungsrats oder an ein vom Verwaltungsrat zu bestimmendes Mitglied. Dieses informiert, soweit erforderlich, den Verwaltungsrat.*

*(3) Der Verwaltungsrat oder der Präsident ergreifen die Massnahmen, die zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft nötig sind. Bei der Beschlussfassung über die Massnahmen muss die betroffene Person in Ausstand treten.*

*(4) In Gesellschaften, deren Aktien an keiner Börse kotiert sind, regelt der Verwaltungsrat den Umgang mit Interessenkonflikten.“*

## 7. Vertretung der Geschlechter (Art. 734e VE-OR)

Das sigv steht für eine (nicht auf den Genderaspekt reduzierte) diverse und komplementäre Zusammensetzung des Verwaltungsrats gemäss den Bedürfnissen des Unternehmens ein. Es ist jedoch der Meinung, dass es in einer liberalen Wirtschaftsordnung Sache der Unternehmen respektive deren Eigentümer ist zu bestimmen, wie sie sich organisieren und positionieren wollen. Es ist nicht Sache des Gesetzgebers, in Bezug auf die unternehmensinterne Zusammensetzung von Organen, Gremien, Gruppen etc. Quoten irgendwelcher Art festzulegen – auch dann nicht, wenn diese nach dem Grundsatz „comply or explain“ allenfalls unterschritten werden könnten, und/oder wenn die Verpflichtung auf ordentlich revisionspflichtige börsennotierte Gesellschaften beschränkt wird.

Es steht dem Staat frei, als Eigentümer für seine Unternehmen verbindliche Regeln zu erlassen und damit eine gewisse Vorreiterrolle zu übernehmen. Eine liberale Wirtschaftsordnung braucht in Bezug auf die Zusammensetzung des Verwaltungsrats und anderer Gesellschaftsorgane oder Unternehmenseinheiten keinerlei gesetzlich vorgeschriebene Quoten irgendwelcher Art.

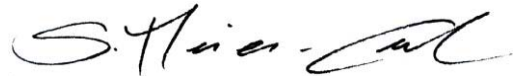
Das sigv lehnt daher den Art. 734e VE-OR ab und schlägt dessen ersatzlose Streichung vor.

### **Vorschlag sigv Art. 734e VE-OR**

*streichen*

Besten Dank für die Kenntnisnahme und wohlwollende Prüfung unserer Vernehmlassungsantwort zur Revision des Aktienrechts.

Freundliche Grüsse



Stefanie Meier-Gubser  
Geschäftsführerin sigv



Schweizerischer Pensionskassenverband  
Association suisse des Institutions de prévoyance  
Associazione svizzera delle Istituzioni di previdenza  
Kreuzstrasse 26  
8008 Zürich

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

Telefon 043 243 74 15/16  
Telefax 043 243 74 17  
E-Mail [info@asip.ch](mailto:info@asip.ch)  
Website [www.asip.ch](http://www.asip.ch)

[ehra@bj.admin.ch](mailto:ehra@bj.admin.ch)

Zürich, 13. März 2015

### **Vernehmlassung zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)**

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nehmen wir nachfolgend zum Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrechtsrevision) Stellung. Wir äussern uns zu den vorgeschlagenen BVG-Bestimmungen.

#### **Ausgangslage**

Gemäss aktuellen Statistiken (u.a. BfS) halten die Pensionskassen innerhalb ihres Gesamtvermögens von rund CHF 720 Mia. Schweizer Aktien im Wert von rund CHF 73 Mia. Gemessen an der Gesamtmarktkapitalisierung (SPI) von rund CHF 1'188 Mia. ist dies ein Anteil von gegen 6,1% am Aktienmarkt Schweiz. Der ASIP fordert(e) seine Mitglieder immer wieder auf, die Aktionärsrechte aktiv wahrzunehmen. Aus Sicht des ASIP hat das Führungsorgan nämlich die Pflicht, die Aktionärsrechte der Pensionskasse treuhänderisch im Sinne der Versicherten wahrzunehmen (Sorgfaltspflicht) - das Inkasso der Dividende gehört ebenso dazu wie die verantwortungsbewusste Ausübung der Stimmrechte. Vor diesem Hintergrund verlangt der Gesetzgeber seit dem 1.1.2002 von den Führungsorganen der Pensionskassen zu Recht, Regeln zur Ausübung der Aktionärsrechte aufzustellen (vgl. Art. 49a Abs.2 lit. b BVV 2).

#### **Art. 71a VE BVG: Stimmpflicht**

Aufgrund von Art. 95 Abs. 3 BV lässt sich aus Sicht des ASIP für Pensionskassen keine absolute Stimmpflicht ableiten. Vielmehr verknüpft der Text zwei Ideen miteinander: Einerseits müssen Pensionskassen abstimmen, andererseits müssen sie aber ihr Stimmrecht immer im Interesse der Versicherten ausüben. Somit ist eine absolute Stimmpflicht (absoluter Stimmzwang) nur dann verlangt, wenn Stimmapstinenz die Interessen der Versicherten verletzen würde (gl. M. L. Glanzmann in GesKR 1/2013). In deren Interesse können jedoch auch eine Stimmenthaltung oder ein Stimmverzicht liegen (vgl. Art. 71b Abs. 2 VE BVG). Das ist beispielsweise speziell bei kleinen Positionen einer Vorsorgeeinrichtung im Small-Cap-Bereich des SPI zu begrüssen.

## **Art. 71a Abs. 1 VE BVG / Art. 49 Abs. 2 Ziff. 21 VE BVG/Art. 89a Abs. 6 Ziff. 18 VE ZGB : Geltungsbereich**

Die vorgesehene Verweisung in Art. 89a Abs. 6 Ziff. 18 VE ZGB auf das FZG erscheint uns sinnvoll zu sein. Das entscheidende Kriterium ist somit die Frage, ob die Begünstigten bei Eintritt eines Vorsorgefalles gegenüber der Vorsorgeeinrichtung (VE) einen festen, einklagbaren Leistungs-Anspruch haben. Mit dem Bezug auf das FZG unterliegen patronale Wohlfahrtsfonds, welche lediglich Ermessensleistungen erbringen, diesen Bestimmungen zu Recht nicht. Gleichzeitig wird auch der AHV-Ausgleichsfonds, der im Übrigen seine Stimmrechte schon weitgehend wahrnimmt, von der Verfassungsbestimmung nicht erfasst. Gemäss Art. 71a Abs. 1 VE BVG finden die Bestimmungen Anwendung auf Aktiengesellschaften nach den Art. 620-763 OR, deren Aktien an einer Börse im In- oder Ausland kotiert sind. Vorsorgeeinrichtungen müssen an allen angekündigten Wahlen und Abstimmungen der börsenkotierten Gesellschaft teilnehmen. Art. 22 Abs. 1 Ziff. 1-3 VegüV sieht noch eine Einschränkung auf die in Art. 95 Abs. 3 BV enthaltenen Aspekte der Stimmpflicht vor.

Neu besteht eine umfassende Stimmpflicht, d.h. bei der Genehmigung der Jahresrechnung, bei Mittelabflüssen (Rückzahlung von Kapitalreserven, Ausrichtung von Dividenden, Kapitalherabsetzungen) oder bei der Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrats. **Dieser umfassenden Stimmpflicht stimmt der ASIP zu, stärkt sie doch das oberste Organ in der Wahrnehmung seiner strategischen Aufgaben.**

**Im Unterschied zur VegüV wird neu(vgl. Art. 71a Abs. 1 VE BVG) auch explizit die Stimmpflicht für Vorsorgeeinrichtungen bei von ihnen nicht selber gehaltenen Aktien festgelegt (kollektive Anlagen oder Anteile an Anlagestiftungen), wenn ihnen vertraglich die Möglichkeit zur Stimmrechtsausübung eingeräumt ist oder ihnen von der Fondsleitung die Anlage-Entscheidungskompetenz eingeräumt wird (z. B. Ein-Anleger-Fonds).**

**In diesem Sinn können wir zustimmen: Der Vorsorgeeinrichtung als Investorin muss freigestellt bleiben, sich nicht selbst zu äussern, sofern sie mit der Stimmabgabe durch die Fondsleitung gemäss deren Richtlinien einverstanden ist. Der ASIP setzt sich dafür ein, dass für Investoren in kollektive Anlagevehikel die Möglichkeit besteht, die Stimmrechte im Interesse der Versicherten ausüben zu können.**

## **Art. 71a Abs. 2 VE BVG: Stimmpflicht - Versicherteninteressen**

Gemäss Abs. 2 muss das Stimmrecht im Interesse der Versicherten ausgeübt werden. Dieses gilt als gewahrt, wenn das Stimmverhalten dem dauernden Gedeihen der Vorsorgeeinrichtung dient. Der Begriff des dauernden Gedeihens ist im Aktien- und Rechnungslegungsrecht an mehreren Orten zu finden (s. u. a. Art. 673 OR/Art. 673 Abs. 2; Art. 717 Abs. 1bis; Art. 960a Abs. 4 OR). Insbesondere bedeutet dies, dass das oberste Organ bei der Festlegung dieser Grundsätze darauf zu achten hat, dass eine faire und angemessene Verteilung des Unternehmensgewinns an die Aktionärinnen und Aktionäre angestrebt wird, so dass die Vorsorgeeinrichtung diese Mittel zu Gunsten der Versicherten verwenden kann. Das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung ist gemäss Abs. 3 für die Festlegung der Grundsätze zuständig, die das Interesse der Versicherten bei der Ausübung der Stimmpflicht konkretisieren. Richtigerweise hält der erläuternde Bericht fest (S. 197), dass das „Interesse der Versicherten“ „nicht in generell-abstrakter Weise auf Gesetzesstufe für alle Vorsorgeeinrichtungen auf gleiche Weise umschrieben werden“ könne. Der ASIP stimmt Art. 71a Abs. 2 VE BVG zu.

## **Art. 71a Abs. 3 VE BVG: Zuständigkeit für Willensbildung**

Zu Recht wird in Art. 71a Abs. 3 VE BVG das oberste Organ als verantwortlich für die Willensbildung erklärt. Das sozialpartnerschaftlich zusammengesetzte oberste Organ ist am besten geeignet, das Verfahren für die Wahrnehmung der Stimmrechte zu definieren und festzulegen, nach welchen Grundsätzen das Interesse ihrer Versicherten - der Aktiven und Rentenbeziehenden - bestimmt werden soll. Der ASIP stimmt Art. 71a Abs. 3 VE BVG zu.

#### **Art. 71b VE BVG: Offenlegungspflicht**

Die Pflicht, mindestens einmal jährlich in einem zusammenfassenden Bericht Rechenschaft über die Wahrnehmung der Stimmrechte abzulegen, stellt eine sinnvolle Grundlage dar (Art. 71b Abs. 1 VE BVG). Dies entspricht gemäss dem erläuternden Bericht (S. 197) der für Vorsorgeeinrichtungen und den ihnen im Aufsichtsprozess nachgelagerten Revisionsstellen und Aufsichtsbehörden massgebenden Periodizität. Bei der Vorgabe, mindestens einmal in einem zusammenfassenden Bericht, Rechenschaft abzulegen, handelt es sich um Mindestvorgaben. Eine häufigere, detailliertere und begründete Berichterstattung ist zulässig, aber nicht Pflicht. Der ASIP begrüsst, dass „damit ein unverhältnismässig hoher Aufwand für die Vorsorgeeinrichtungen verhindert werden kann“ (erläuternder Bericht, S. 197). Zu Recht besteht die Offenlegungspflicht nur gegenüber den Versicherten und nicht gegenüber den andern Aktionären oder weiteren Dritten. Im Sinne dieser Erwägung können auch nur die Versicherten der betroffenen VE entsprechende Rechte ableiten.

#### **Art. 76 Abs. 1 lit. h und Abs. 2 VE BVG: Strafbarkeit bei VE (Vergehen)**

Da die neue Verfassungsbestimmung keine Ausnahmen vorsieht, sind auch Strafbestimmungen für Vorsorgeeinrichtungen vorgesehen. Diese tragen dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit dadurch Rechnung, dass als mögliche Täter lediglich Personen, die über eine gewisse Entscheidungskompetenz verfügen (u.a. Mitglieder des obersten Organs), in Frage kommen und die Handlungen (Verletzung der Stimm- und Offenlegungspflicht nach) nur dann strafbar sind, wenn der Täter vorsätzlich handelt.

#### **Fazit**

Für den ASIP steht eine effiziente, praxisgerechte und im Interesse der Versicherten liegende Umsetzung im Vordergrund. Der vorliegende Entwurf trägt diesen Überlegungen weitgehend und in ausgewogener Art und Weise Rechnung. Die massgebenden Bestimmungen untermauern richtigerweise die Gestaltungsverantwortung der Pensionskassen-Verantwortlichen in Bezug auf die Ausübung der Mitwirkungsrechte bei Aktiengesellschaften. So stimmt **der ASIP der umfassenden Stimmpflicht zu, welche das oberste Organ in der Wahrnehmung seiner strategischen Aufgaben stärkt.**



In diesem Sinn bitten wir Sie um Kenntnisnahme obiger Erwägungen und grüssen Sie freundlich.

**ASIP**

Schweizerischer Pensionskassenverband



Christoph Ryter  
Präsident



Hanspeter Konrad  
Direktor

Direktwahl Tel. 044 285 77 02 / Fax 044 285 77 24

E-Mail: c.zeder@smu.ch

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

Zürich, 12. März 2015 CZE/cmo

I./04 SMU/Vernehmlassungen/2015/Aktienrecht

## **Stellungnahme zur geplanten Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)**

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Zustellung des Entwurfes zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) sowie des erläuternden Berichts zur entsprechenden Umsetzung und der Einladung zur Beteiligung an der Vernehmlassung und beziehen gerne schriftlich Stellung.

Die Schweizerische Metall-Union (SMU) ist der Arbeitgeber- und Berufsverband des Metallgewerbes. Die 1'850 Mitgliedbetriebe im Stahl- und Metallbau sowie in der Landtechnik beschäftigen 20'000 Mitarbeitende und erwirtschaften jährlich einen Umsatz von 5 Milliarden Franken.

### Grundsätzliches

Die Schweizerische Metall-Union lehnt die Vorlage zur Änderung des Obligationenrechts, im vorliegenden Fall des Aktienrechts, grundsätzlich ab. Aus unserer Sicht erfolgt die Vorlage zu einem denkbar ungünstigen Zeitpunkt, enthält sehr viele Neuerungen mit beträchtlichen Rechtsunsicherheitsfaktoren und überarbeitet Punkte, welche kaum in einem vernünftigen Zusammenhang zueinander stehen. Es ist zu befürchten, dass der vorliegende Vorschlag die Regulierungskosten steigen lässt und dadurch der Wirtschaftsstandort Schweiz geschwächt wird. Sicherlich enthält die Vorlage auch positive Aspekte, doch überwiegen leider die gravierenden und kostspieligen Eingriffe in die unternehmerische Freiheit bei Weitem.

Das Aktienrecht in der Schweiz ist dank der Flexibilität beliebt. Die Einfachheit der Regelung und der Aufbau des Aktienrechts werden von verschiedensten Unternehmungen, Branchen aber auch speziell KMU's ausserordentlich geschätzt. Weshalb nun ein funktionierendes Konstrukt so intensiv überarbeitet werden muss ist nicht einzusehen und liegt wohl kaum im öffentlichen Interesse. Die Minder-Initiative wurde bereits auf

Verordnungsstufe umgesetzt und es empfiehlt sich nun abzuwarten wie diese Vorgaben wirken, bevor proaktiv weitere Regelungen ins Leben gerufen werden bzw. die Verordnung zusätzlich auf Gesetzesstufe verschärft wird.

Der Vorschlag ist aus unserer Sicht für KMU's, welche einen wesentlichen Bestandteil der schweizerischen Wirtschaftskraft bilden, impraktikabel. Gewisse Bestimmungen wie beispielsweise der Zwang eines Vizeverwaltungsrates führen dazu, dass ein Ein-Personen-Verwaltungsrat, wie er öfters in der Wirtschaft besteht, verunmöglicht wird. Auch die beabsichtigten neuen Konsolidierungspflichten sind sicherlich nicht im Interesse der Klein- und Mittelbetriebe. Oft sind im vorliegenden Vorschlag Bestimmungen sehr offen gehalten und es wird im Gesetzesentwurf zu wenig spezifiziert, ob ein Betrieb nun eine Bestimmung einhalten/umsetzen muss oder nicht. Diese Rechtsunsicherheit birgt viele Gefahren und ist für den Wirtschaftsstandort Schweiz wenig förderlich.

Die Schweizerische Metall-Union befürchtet, dass mit den vorgeschlagenen Änderungen die Regulierungskosten steigen werden. Dies passiert in einem Zeitraum, in welchem das SECO, hervorgerufen durch die Aufgabe des Euro-Mindestkurses, die Institutionen der Arbeitswelt anfragt, wie Regulierungskosten gesenkt werden können. In unseren Augen sind diese zwei Vorgehensweisen aktuell somit wenig kompatibel und sinnvoll.

#### Zu den einzelnen Neuregelungen

##### Buchwertkonsolidierung/Buchwert:

Bisher mussten nur börsennotierte Unternehmungen Konzernrechnungen erstellen. Neu sollen alle Konzerne, egal ob Familienunternehmen oder nicht, zu diesem Standard verpflichtet werden, sofern gewisse Grenzen erreicht werden. Die gravierende Folge daraus ist, dass entsprechend für diese Betriebe die Buchwertkonsolidierung, also die Bildung von stillen Reserven entfällt. Gerade die Bildung von stillen Reserven hat in der Vergangenheit in Krisenzeiten bewiesen, dass diese ein äusserst wertvolles Instrument darstellen und mithelfen kann, eine Unternehmung auch in wirtschaftlich schwierigen Zeiten überleben zu lassen und die Möglichkeit geschaffen wird, nicht extrem schwankende Gewinne auszuweisen. Für Betriebe, die aufgrund der Erreichung der Schwellenwerte nun gezwungen werden die Buchwertkonsolidierung abzuschaffen und nach „anerkannten Standards“ zu operieren, werden enorme Mehraufwände anstehen, wobei der Nutzen daraus nicht ersichtlich ist. Entgegen der vom Bundesrat getätigten Aussage sind trotz der Erhöhung der Schwellenwerte auch gewisse KMU's in Konzernstrukturen von der Neuregelung betroffen. Ein solch zu erwartender Mehraufwand muss durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein, welches hier nicht erkennbar ist. Weshalb das bewährte System der stillen Reserven, welche in der Finanz- und Wirtschaftskrise seinen wirtschaftlichen wichtigen Stellenwert bewiesen hat, für weitere Unternehmen abgeschafft werden soll, ist für uns unverständlich.

##### Vertretung der Geschlechter:

Der Entwurf beinhaltet insbesondere auch eine Regelung zur Vertretung der Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung grösserer börsennotierter Aktiengesellschaften. Es wird ein Richtwert vorgeschlagen, wonach beide Geschlechter zu mindestens 30 Prozent vertreten sein müssen. Sofern der Richtwert nicht erreicht wird, muss die Gesellschaft über die Gründe für die Untervertretung und über entsprechende Massnahmen Bericht erstatten ("comply or explain"). Die SMU ist generell der Meinung, dass es eine zusätzliche Regulierung in Bezug auf die Vertretung von Geschlechtern, egal für welche Unternehmungen, nicht braucht. Es ist zu befürchten, sofern diese Regelung auf börsennotierte Unternehmungen Anwendung findet, dass es lediglich eine Frage der Zeit ist, bis auch andere Unternehmungen dazu verpflichtet werden. Es gilt zu beachten, dass gemäss heutigen Erhebungen Frauen in Klein- und Mittelunternehmungen

wesentlich höher vertreten sind als in Grossunternehmungen. Bevor der Wirtschaft durch gesetzliche Regulierung wieder weitere Pflichten auferlegt werden, sollte das Erfolgsmodell KMU in Bezug auf die Geschlechterverteilung analysiert und allenfalls adaptiert werden.

Handel mit Rohstoffen:

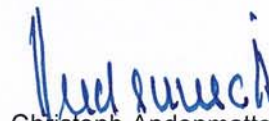
Der Entwurf enthält spezielle Regelungen für die Regulierung des Rohstoffhandels. Sektorspezifische Bestimmungen gehören nach der Auffassung der Schweizerischen Metall-Union nicht ins Aktienrecht und sollten entsprechend zwingend nicht im Obligationenrecht verankert werden. Es ist zu befürchten, wenn gewisse Bestimmungen nur für einzelne Sektoren Geltung erlangen, dass dieser Mechanismus in die Gesetzgebung Einzug halten würde und das Aktienrecht über längere Zeit damit verwässert und unübersichtlich wird. Ausserdem ist aufgrund der unklaren Abgrenzungskriterien mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit zu rechnen.

Zusammenfassung:

Die Schweizerische Metall-Union lehnt aufgrund der oben aufgeführten Gründe die vorliegende Revision des Aktienrechtes ab und ist der Ansicht, insbesondere in der aktuellen wirtschaftlichen unsicheren Situation sollte eine Revision zwingend nicht Mehraufwände und Rechtsunsicherheiten bewirken, sondern auf das Gegenteil fokussiert sein.

Freundliche Grüsse

SCHWEIZERISCHE METALL-UNION  
Recht/Soziales/Unternehmensführung



Christoph Andenmatten  
Direktor



Cyrine Zeder  
Leiterin Recht/Soziales/  
Unternehmensführung

Zustellung per Post und elektronisch (ehra@bj.admin.ch)

WÄRTSCHAFTSFRAGEN

WÄRTSCHAFTSFRAGEN



## Vernehmlassung zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)

Stellungnahme vom Verband Wirtschaftsfrauen Schweiz (März 2015)

### 1. Grundsätzliches

Die Wirtschaftsfrauen Schweiz stellen fest, dass sämtliche freiwilligen Bemühungen zur Erhöhung des Frauenanteils in Verwaltungsräten und Geschäftsleitungen nicht die erhoffte Wirkung gezeigt haben. Der Schilling-Report 2014 beziffert den Frauenanteil in Verwaltungsräten mit 13% und in Geschäftsleitungen auf 6%. Die Schweiz steht damit bezüglich Frauenvertretung deutlich schlechter da als der europäische Durchschnitt. Die Untervertretung der Frauen in den Führungsetagen lässt sich jedoch nicht mehr mit mangelnden Qualifikationen erklären. Sie beruht auf gesellschaftlichen Wertungen und Stereotypen, die Frauen nach wie vor benachteiligen. Die Gleichstellung von Frau und Mann ist nicht nur aus Gerechtigkeitsaspekten dringend umzusetzen. Sie ist auch aus makroökonomischen Gründen anzustreben, gehen der Volkswirtschaft doch Talente und Fähigkeiten verloren. Darum mahnt auch der Genderreport des World Economic Forum 2014, dass es in der Schweiz – ohne Intervention – noch weitere 81 Jahre dauern wird, bis Gleichstellung erreicht sein wird.

Der Verband Wirtschaftsfrauen Schweiz begrüsst darum die Stossrichtung der geplanten Modernisierung des Aktienrechts, wonach ein Richtwert für die Vertretung beider Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung börsenkotierter Aktiengesellschaften eingeführt werden soll. Wir sind jedoch der Ansicht, dass das vom Bundesrat vorgeschlagene Modell zu wenig griffig ist, da es weder obligatorische Quoten noch Sanktionsmöglichkeiten vorsieht. Abweichungen von den Richtwerten müssen lediglich begründet werden («comply or explain»-Ansatz).

### 2. Der Verband Wirtschaftsfrauen Schweiz fordert darum

- Die Einführung einer befristeten gesetzlichen Geschlechterquote von 40% in Verwaltungsräten von börsenkotierten und öffentlichen Unternehmen sowie von Unternehmen ab 250 Mitarbeitenden; zu erreichen innert 5 Jahren.
- Die Einführung einer gesetzlichen Geschlechterquote von 33% in Geschäftsleitungen von börsenkotierten und öffentlichen Unternehmen sowie von Unternehmen ab 250 Mitarbeitenden; zu erreichen innert 10 Jahren.
- Beide Regelungen sind zu befristen (im Sinne einer Sunset Legislation); Regelungen, die wieder ausser Kraft gesetzt werden, sobald das Ziel einer angemessenen Vertretung der Frauen in Führungsfunktionen erreicht ist.
- Griffige Kontrollmechanismen zur Erreichung dieser Ziele.
- Wirksame Sanktionen bei Nichterreichen der Ziele. Der Verband Wirtschaftsfrauen Schweiz schlägt Sanktionen in Form von Geldstrafen bis zur Auflösung des entsprechenden Gremiums (Verwaltungsrat resp. Geschäftsleitung) vor.



Clivia Koch, Präsidentin  
Zürich, 05. März 2015

Confédération suisse  
Département fédéral de justice et police  
Office fédéral de la justice  
Office fédéral du registre du commerce  
Bundesrain 20  
3003 Berne

Paudex, le 23.02.2015  
SB/mjb

## Révision du Code des obligations – droit de la société anonyme

### Procédure de consultation

Madame, Monsieur,

Nous avons pris connaissance du projet cité en référence et, comme nous le faisons habituellement lors d'une procédure de consultation, nous prenons la liberté de vous communiquer ci-après notre position.

### A. En général

La révision partielle du Code des obligations (CO) concernant la société anonyme (SA) possède une grande importance économique puisqu'elle touche l'ensemble des sociétés anonymes, tant les plus grandes cotées en bourse (SMI) que les petites et moyennes entreprises (PME), que celles-ci soient cotées ou non. Le Centre Patronal a donc mené une consultation interne approfondie sur laquelle se fonde l'appréciation qui suit. L'avant-projet de réforme du droit de la SA (ci-après AP-CO) mis en consultation par le Conseil fédéral peut être subdivisé en cinq principaux domaines: structure du capital de la société, nouvelles règles en matière de gouvernance et droits des actionnaires, mise en œuvre de l'initiative Minder au niveau de la loi, introduction d'un quota féminin pour les conseils d'administration et les directions, transparence dans les entreprises de matières premières. Notre évaluation suit également cette articulation thématique.

### B. Appréciation de l'avant-projet de révision du droit de la SA (AP-CO)

#### I. Définition légale de la SA et structure du capital de la société

##### 1) Nouvelle définition légale de la SA

L'art. 620 AP-CO propose une nouvelle définition légale de la société anonyme (SA). Outre de proposer une reformulation plus concise et précise de la nature de la SA, cette disposition prévoit qu'une «communauté de droit» peut aussi former une société anonyme. Cela permettra à l'avenir p. ex. à des communautés d'héritiers ou des sociétés simples, non seulement d'acquérir des actions d'une SA, mais d'être à l'origine de sa fondation.

*La nouvelle définition légale de la société anonyme paraît utile tant au niveau de la forme que du fond et trouve donc notre aval.*

## *2) Capital-actions en monnaie étrangère*

L'AP-CO adapte le droit de la SA au nouveau droit comptable en libéralisant les règles sur la fondation et le capital de la société. Le nouveau droit comptable autorise en effet la tenue et la présentation des comptes dans une monnaie étrangère si celle-ci est la plus importante au regard des activités de l'entreprise (art. 957a al. 4 et 958d al. 3 CO). La reprise à l'art. 621 al. 2 AP-CO de cette possibilité, en plus d'adapter le droit de la SA au droit comptable, mettra un terme à l'incertitude juridique actuelle à ce propos et facilitera la tenue de la comptabilité, car on pourra effectuer toutes les opérations liées au capital sur la base des comptes en monnaie étrangère.

*Nous pouvons donc souscrire à cette proposition.*

## *3) Libération et valeur nominale des actions*

Actuellement le capital-actions n'a pas besoin d'être intégralement libéré lors de la constitution de la SA («Les souscripteurs doivent avoir libéré 20% au moins de la valeur nominale de chaque action et, dans tous les cas, un montant de 50'000 francs au moins doit être couvert par les apports effectués.», art. 632 CO). Les libérations partielles dans les SA étant devenues rares, notamment parce qu'il est possible de fonder une Sàrl semblable en de nombreux points à une SA avec un capital minimum de CHF 20'000 francs, l'art. 632 AP-CO oblige à l'avenir à libérer la valeur nominale de l'ensemble des actions (abrogation de l'art. 634a CO) lors de la constitution de la société ou lors d'une augmentation de capital.

*Nous acceptons cette nouvelle réglementation parce qu'elle protégera mieux la société, les actionnaires et ses créanciers contre le risque de défaut sans pour autant rendre la création de sociétés commerciales plus difficiles dans la pratique.*

En ce qui concerne la valeur nominale minimale des actions, l'art. 622 al. 4 CO fixe actuellement le seuil minimal nominal à un centime. En vue de pouvoir dans le futur subdiviser et rendre encore plus liquides les actions, puisque dans certains cas pratiques même le minimum d'un centime rend la division d'actions problématique, l'art. 622 al. 4 AP-CO stipule que les actions doivent dans le futur au moins avoir une valeur nominale supérieure à zéro centime, permettant de la sorte aux sociétés de diviser des actions dont le cours en bourse élevé rend le négoce difficile en autant de parts d'une valeur nominale inférieure que souhaité. Par contre, l'AP-CO renonce, à dessein, à créer «l'action sans valeur nominale improprement dite» (*nennwertlose Aktie*), car cela nécessiterait d'importantes adaptations du droit de la SA, notamment une réforme des actions à droit de vote privilégié (art. 693 al. 1 CO).

*Dans la mesure où la réduction proposée de la valeur nominale de l'action à une fraction de centime permet d'obtenir pratiquement la même liberté qu'avec une action sans valeur nominale, avec l'avantage de ne pas engendrer de modifications en cascade dans le droit de la SA, nous pouvons souscrire au dispositif proposé à l'art. 622 al. 4 AP-CO.*

## *4) Apports en nature*

L'art. 634 al. 1 AP-CO prévoit qu'un apport en nature vaut comme couverture lorsqu'il peut être porté à l'actif du bilan, qu'il peut être transféré dans le patrimoine de la société, que celle-ci peut en disposer librement comme propriétaire une fois inscrite au registre du commerce, ou a le droit inconditionnel, s'il s'agit d'un immeuble, d'en requérir l'inscription au registre foncier et qu'il peut être réalisé par transfert à des tiers.



*Vu que les nouvelles règles concernant les apports en nature offriront une meilleure assurance à la société acquéreuse de pouvoir disposer économiquement et juridiquement de l'actif transféré, et que cette dernière devra en particulier pouvoir jouir, dès l'inscription au registre du commerce, de son droit de façon immédiate, libre et inconditionnelle, nous soutenons l'adoption de l'art. 634 al. 1 AP-CO.*

#### *5) Réduction du capital-actions et marge de fluctuation du capital*

Les normes légales actuelles sur la réduction du capital-actions se voient complétées par un nouvel art. 653j à r AP-CO. L'AG décide de la réduction du capital-actions (art. 653j al. 1 et 2 AP-CO). Mais, plutôt que de définir des valeurs maximale ou minimale pour la réduction de capital, l'art. 653s AP-CO crée la marge de fluctuation du capital, qui remplacera l'actuelle augmentation autorisée du capital-actions par le conseil d'administration (CA) (art. 651 et 651a CO à abroger). Dans un délai de cinq ans maximum, le CA pourra modifier le capital-actions à la hausse ou à la baisse, les statuts précisant les limites supérieure (capital maximal) et inférieure (capital de base), sachant que le capital maximal ne pourra dépasser une fois et demie son montant inscrit au registre du commerce et le capital de base ne pourra être inférieur à la moitié du capital-actions inscrit à ce même registre (art. 653s al. 1-2 AP-CO). Par ailleurs, le capital minimal légal de CHF 100'000 doit toujours être respecté (art. 621 CO).

*Nous soutenons ces nouvelles règles sur la structure du capital de l'AP-CO, y compris la création du nouvel instrument de la marge de fluctuation du capital, car elles offrent une plus grande flexibilité aux entreprises et renforcent leur compétitivité sur les marchés des capitaux.*

## **II. Nouvelles règles en matière de gouvernance et droits des actionnaires**

### *1) Différents droits des actionnaires*

#### *a) Droits à l'information et aux renseignements*

L'art. 697 al. 2 AP-CO souhaite instaurer à l'avenir la règle que dans les sociétés non cotées en bourse le conseil d'administration doit répondre au moins deux fois par an aux demandes de renseignements des actionnaires.

*Nous estimons inadéquat pour les PME que le CA de sociétés non cotées doit répondre ainsi généralement deux fois l'an aux actionnaires. Au mieux cette exigence est inutile dans la grande majorité des sociétés ne comptant que quelques actionnaires qui sont, en tant qu'associés, souvent impliqués dans la gestion de l'entreprise. Au pire, ce droit à l'information deux fois l'an, outre de représenter une nouvelle charge administrative (ainsi, selon le projet d'article, «toutes les réponses sont mises à disposition pour consultation lors de l'assemblée générale suivante ou sont immédiatement communiquées aux actionnaires»), comporte le risque que le CA ne puisse fournir à un actionnaire minoritaire qu'une réponse partielle ou incomplète sur le moment – car liée à l'état des affaires en cours – mais qui serait susceptible d'être utilisées ensuite à l'AG de façon insidieuse, voire même quérulante devant un juge.*

*Nous souhaitons donc que l'art. 697 al. 2 AP-CO soit biffé et que soient maintenus les droits de renseignement et de consultation selon l'art. 697 CO actuel qui sont suffisants. Les entreprises restent par ailleurs libres d'accorder des droits d'information et de renseignement supplémentaires à leurs actionnaires par le biais de leurs statuts.*

b) Abaissement et unification des valeurs seuils pour l'exercice des droits de contrôle des actionnaires

Le projet de réforme du droit de la SA propose d'abaisser et d'unifier autant que possible les valeurs seuils pour l'exercice de contrôle des actionnaires en exigeant généralement 3% du capital-actions ou des voix pour les sociétés cotées en bourse et 10% pour les sociétés non cotées (art. 697d, 697e et 697j AP-CO).

*Nous nous félicitons de l'adoption du principe d'une distinction claire en matière de valeurs seuils pour l'exercice des droits d'actionnaires entre les sociétés cotées en bourse d'un côté et celles non cotées de l'autre, vu leurs particularités respectives. Les niveaux des valeurs seuils proposés généralement à 3% pour les premières et à 10% pour les secondes trouvent également notre assentiment.*

Nous constatons par contre qu'en ce qui concerne le droit à l'inscription d'un objet à l'ordre du jour et le droit de proposition, l'art. 699a al. 1 AP-CO propose que les actionnaires puissent les exercer s'ils détiennent les valeurs de participations suivantes: dans les sociétés cotées en bourse 0.25% du capital-actions ou des voix et dans les sociétés qui ne sont pas cotées: 2,5% du capital-actions ou des voix.

*Ces valeurs seuils sont clairement fixées trop bas pour la réalité des PME qui constituent majoritairement le tissu économique suisse. Dès lors, nous voulons que les seuils généraux de respectivement 3% et 10% soient appliqués dans ce cas aussi.*

c) Droit à l'institution d'un examen spécial dans le cas d'un refus de la part de l'AG

Concernant le droit particulier des actionnaires de pouvoir demander l'institution d'un examen spécial même en cas de refus de la part de l'AG (art. 697d al. 3 AP-CO), le projet de réforme prévoit désormais d'appliquer les nouvelles valeurs seuils respectivement de 3% dans les sociétés cotées et de 10% dans celles qui ne le sont pas. Or, puisque l'abaissement du seuil applicable aux sociétés cotées en bourse augmentera à l'avenir les chances des personnes ayant des parts dans l'entreprise de pouvoir exercer leur droit à l'institution d'un tel examen spécial, *nous souhaitons que les requérants doivent, pour pouvoir saisir le juge, continuer «à rendre vraisemblable que des fondateurs ou des organes ont violé la loi ou les statuts et qu'ils ont ainsi causé un préjudice à la société ou aux actionnaires» (actuel art. 697b al. 2 CO) et non de pouvoir se limiter à invoquer uniquement une violation qui «soit de nature à porter préjudice à la société ou aux actionnaires» (art. 697d al. 3 AP-CO).*

d) Droit d'intenter une action en paiement de la société aux frais de celle-ci

Conformément à l'art. 697j AP-CO, à l'avenir, une minorité qualifiée d'actionnaires qui ont le droit d'intenter une action en paiement à la société pourrait proposer à l'AG d'ouvrir une telle action aux frais de la société. Considérant l'effet potentiel d'un procès sur la société, le droit de faire une telle proposition à l'AG devrait émaner d'un ou plusieurs actionnaires détenant 3% du capital-actions ou des voix dans les sociétés cotées en bourse et 10% du capital-actions ou des voix dans les sociétés non-cotées (art. 697j al. 1 ch. 1 et 2 AP-CO).

*Alors que le principe de la soumission d'une telle proposition à l'AG est acceptable pour autant que ce soit cette dernière qui, après l'avoir acceptée, confie la conduite du procès au CA ou désigne un représentant de la société (art. 697j al. 2 AP-CO), nous rejetons par contre l'art. 697k AP-CO qui autoriserait, à certaines conditions, les actionnaires, en cas de refus de l'AG, à requérir eux-mêmes directement du tribunal l'autorisation d'intenter une telle*

*action en paiement à la société et aux frais de celle-ci. Bien que cette procédure se limiterait aux actionnaires dont la participation atteint les seuils minimaux prévus en matière d'examen spécial, nous ne considérons pas qu'un juge soit mieux à même que l'AG de percevoir «les intérêts prépondérants de la société» (art. 697k al. 2 let. c AK-CO).*

#### e) Restitution de prestations

Selon le projet d'art. 678 al. 2 AP-CO d'éventuelles prestations perçues par les actionnaires, les membres du CA ou d'autres personnes impliquées dans la gestion de l'entreprise seraient considérés injustifiées, et donc soumises à l'obligation de restituer, «dans la mesure où cette dernière [la prestation] est en disproportion manifeste avec la valeur des biens ou avec la prestation reçue».

*L'art. 678 al. 2 AP-CO ne tient nullement compte, dans le contexte, du paramètre de la situation économique de l'entreprise. Or, dans des PME, des sociétés non cotées et/ou entreprises familiales, la situation économique du moment constitue souvent un aspect important en vue de la résolution, à l'amiable, d'un cas délicat de restitution de prestations. Dès lors, nous souhaitons que l'art. 678 al. 2 AP-CO énonce: «dans la mesure où, au vu de la situation économique de l'entreprise, cette dernière est en disproportion manifeste avec la valeur des biens ou avec la prestation reçue».*

Nous notons encore que selon l'art. 678 al. 3 AP-CO l'obligation de restituer s'éteindrait à l'avenir à condition que «le bénéficiaire de la prestation prouve qu'il l'a reçu de bonne foi et qu'il n'est plus enrichi lors de la répétition de l'indu».

*Nous sommes opposés au fait que le fardeau de la preuve du caractère licite de l'obtention d'une prestation de la part de l'entreprise soit, par cette nouvelle règle, imposé d'emblée au bénéficiaire. En effet, selon l'art. 3 du Code civil, la bonne foi est présumée. Dès lors, l'obligation de restituer doit s'éteindre si le bénéficiaire a reçu de bonne foi ou qu'il n'est plus enrichi lors de la répétition de l'indu. A charge de l'entreprise de prouver éventuellement le contraire. En conséquence, nous exigeons que l'art. 678 al. 3 soit biffé.*

#### 2) Nouvelles règles en matière de gouvernance d'entreprise

En vue d'accroître la participation aux assemblées générales, ainsi que pour trouver une solution souple au problème lié au volume élevé d'actions non enregistrées (actions-dispo), l'art. 661 al. 2 ch. 1 et 2 AP-CO propose que les entreprises puissent, dans les statuts, prévoir la possibilité de pouvoir verser un dividende plus élevé aux actionnaires qui exercent leur droit de vote à l'AG, ou un dividende plus faible à ceux qui ne le font pas.

*Au vu des deux motifs évoqués, nous acceptons ces nouvelles mesures mises à disposition des entreprises.*

La tenue d'assemblées générales multi-sites ou à l'étranger (art. 701a al. 2 et 701b AP-CO), le recours aux moyens de communication électroniques (art. 701c ss. AP-CO), ainsi que la possibilité de pouvoir tenir l'AG exclusivement sous forme électronique et sans lieu de réunion physique (assemblée générale virtuelle, art. 701d al. 1 AP-CO) constituent des moyens qui tendent à renforcer la faculté participative des actionnaires, ce qui est favorable du point de vue de la gouvernance.

*Nous admettons donc le principe du recours à ces nouveaux moyens de communication et de réunion des actionnaires, à condition toutefois que les entreprises puissent décider*

*librement, dans leurs statuts, si elles souhaitent ou non, et selon quelles modalités, utiliser ces outils, qu'il n'y ait donc aucune obligation légale à ce propos.*

*En revanche, nous nous opposons à l'art. 701g AP-CO qui obligerait le CA des sociétés cotées en bourse de mettre en place un forum électronique pour les actionnaires. Ce moyen de communication électronique ne doit pas être imposé par la loi mais doit relever du libre choix des entreprises.*

*Clause d'arbitrage statutaire: Nous n'avons rien à objecter à l'encontre de l'art. 697I AP-CO stipulant que les statuts des entreprises peuvent autoriser la résolution des litiges relevant du droit des sociétés par le biais d'un tribunal arbitral, à condition qu'il faille l'accord de tous les actionnaires pour inscrire dans les statuts une clause d'arbitrage – les nouveaux actionnaires étant ipso facto assujettis à celle-ci – et que la procédure arbitrale soit régie par le Code de procédure civile (art. 697I al. 2 AP-CO). Les tribunaux arbitraux peuvent en effet contribuer à améliorer la protection des droits des actionnaires minoritaires, car ils respectent la confidentialité, leurs arrêts émanent de juges spécialisés et le règlement des litiges par leur soin est rapide.*

### **III. Les dispositions de l'AP-CO mettant en œuvre l'art. 95 al. 3 Cst. (initiative Minder)**

Loin de traduire uniquement sur le plan légal les exigences relevant de l'art. 95 al. 3 Cst. et de reprendre l'Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb) du 20 novembre 2013, l'AP-CO va au-delà du cadre strict de l'art. 95 al. 3 Cst et des dispositions de l'actuelle ORAb.

Nous remarquons tout d'abord que l'art. 734a al. 3 ch. 2 AP-CO prévoit la publication des rémunérations individuelles des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif dans le rapport de rémunération. Cette disposition va au-delà des exigences tant de l'initiative Minder que de l'ORAb qui prévoient le vote annuel de la somme globale de rémunération.

*La publication individuelle des rémunérations de la direction générale induit pour les sociétés concernées un risque accru de débauchage. De plus, cette transparence pourrait avoir un effet contraire à celui escompté, soit l'augmentation générale des rémunérations suite aux comparaisons rendues possibles. Enfin, si on peut attendre d'un membre du CA et du directeur général la transparence sur la rémunération, cela pourrait poser un problème sur le plan du respect de la sphère privée pour un membre ordinaire de la direction, voire d'égalité de traitement par rapport à d'autres cadres supérieurs, non membre de la direction. Vu que les droits des actionnaires sont déjà suffisamment garantis dès à présent grâce au dispositif mis en place suite à l'adoption de l'initiative Minder et de l'ORAb, nous considérons l'art. 734a al. 3 ch. 2 et 3 comme excessif et superflu et nous souhaitons donc qu'il soit biffé.*

Nous observons encore que, à l'opposé de l'ORAb, l'art. 735 al. 3 ch. 4 AP-CO déclare illicites à l'avenir les votes prospectifs sur les rémunérations variables au motif que «les rémunérations variables (bonus) ne peuvent être fixées et approuvées par l'AG que sur la base des comptes annuels révisés et donc des chiffres définitifs» (rapport explicatif, p. 146).

*Pourtant, suite à l'adoption de l'ORAb, de nombreuses sociétés cotées en bourse ont introduit dans leurs statuts des votes préalables du budget et des rémunérations, y compris des plafonds de rémunérations variables, dans le but de garantir sécurité juridique et prévisibilité financière; cette pratique n'empêche pas l'AG de confirmer par vote le rapport de rémunération. Vu que la sécurité juridique et la prévisibilité financière plaident pour le maintien du vote prospectif sur les rémunérations variables et qu'il serait disproportionné*

*d'exiger de la part des sociétés concernées de changer à nouveau leurs statuts et pratiques, nous nous opposons au projet d'art. 735 al. 3 ch. 4 AP-CO.*

*Dans le cas contraire, nous suggérons, au minimum, d'introduire à l'art. 735 al. 3 ch. 4 AP-CO la distinction entre la rémunération variable à court terme, dont le vote prospectif pourrait être interdit, et la rémunération variable à long terme, sous forme de plan pluriannuel versé en actions, dont le vote prospectif devrait demeurer possible.*

En outre, selon l'art. 735c al. 1 ch. 2 AP-CO les indemnités découlant d'une prohibition de faire concurrence qui n'est pas justifiée «selon l'usage commercial» seraient à l'avenir interdites, l'art. 735 al. 3 AP-CO stipulant que «n'est pas justifiée par l'usage commercial, notamment, une prohibition de faire concurrence de plus de douze mois». Certes, la prohibition de concurrence «doit préserver des intérêts dignes de protection de la société et prévenir des dommages qui pourraient la frapper» (rapport explicatif, p. 148). Mais l'indemnisation liée à une telle prohibition doit aussi compenser équitablement le collaborateur qui quitte une entreprise – éventuellement contre son gré – du fait que son obligation à l'égard de l'ancien employeur restreint sa liberté contractuelle, voire grève de manière sensible son avancement professionnel et économique.

*Considérer que pour des membres de direction et des cadres supérieurs actifs dans des sociétés cotées en bourse une prohibition de faire concurrence de plus de douze mois, et l'indemnisation y relative, ne se justifieraient pas par l'usage commercial et seraient donc à proscrire, consiste à faire fi de la réalité économique, ainsi que du droit du travail en vigueur qui tolère, à certaines conditions, des clauses contractuelles de prohibition de faire concurrence jusqu'à hauteur de trois ans (art. 340a CO). En conséquence, nous exigeons que les art. 735c al. 1 ch. 2 et 735c al. 3 AP-CO soient biffés. L'art. 735c al. 1 ch. 3 AP-CO interdisant les indemnités découlant d'une prohibition de faire concurrence «qui ne sont pas conformes à la pratique du marché» est suffisant.*

*L'admissibilité conditionnée des primes d'embauche pour autant qu'elles réparent «un désavantage financier clairement établi» (art. 735c al. 1 ch. 5 AP-CO) est acceptable, car cette réglementation offrira aux entreprises clarté et sécurité juridique à ce sujet.*

#### **IV. Représentation des sexes au sein du conseil d'administration et de la direction**

L'art. 734e AP-CO prévoit que les grandes sociétés cotées en bourse (au sens de l'art. 727 al. 1 ch. 2 CO) dont la représentation de chaque genre au sein du CA et de la direction n'atteint pas 30% doivent à l'avenir mentionner dans le rapport de rémunération les raisons pour lesquelles l'entreprise n'atteint pas ce pourcentage et les mesures envisagées ou déjà prises pour remédier à la situation.

*Bien que cet article, selon le principe «comply or explain», ne déploie pas d'obligation contraignante pour les sociétés concernées à l'égard des autorités publiques et n'implique pas de sanction en cas de non-observation, il faut récuser le principe même du quota et de toute autre forme d'action positive en faveur d'une catégorie de personnes présumée sous-représentée au sein de l'entreprise. Le quota viole l'égalité de traitement en provoquant inévitablement un effet de discrimination à rebours. L'art. 734e AP-CO est aussi contraire aux libertés économique et contractuelle (art. 27 Cst.) et constitue une intrusion excessive, dénuée d'intérêt public impérieux, dans la vie interne des entreprises. Nous refusons donc le projet d'art. 734e AP-CO.*

## V. Transparence dans les entreprises de matières premières

L'art. 964a AP-CO oblige les entreprises soumises au contrôle ordinaire et qui sont directement ou indirectement actives dans la production de minerais, de pétrole ou de gaz naturel ou dans l'exploitation de forêts primaires d'établir chaque année un rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements. Sous couvert de transparence et de lutte contre la corruption, il s'agit de forcer les sociétés concernées à communiquer au public des informations concernant les versements qu'elles effectuent au profit de gouvernements (entreprises publiques comprises) dans les pays producteurs.

*L'art. 964a AP-CO n'a pas de rapport avec la révision du droit de la SA et ne possède qu'un lien thématique très ténu avec les dispositions du CO sur la présentation des comptes. Cette disposition semble présumer que les Etats concernés n'assument pas leurs responsabilités. Cela relève d'une posture paternaliste et postcoloniale à l'égard desdits Etats qui est indigne de notre pays et fait le jeu des activistes. De plus, une réglementation unilatérale suisse relative au négoce des matières premières fossiles est une aberration économique et juridique vue la répartition sur l'ensemble du globe des activités inhérentes à ce commerce (financement, extraction, transport, distribution etc.). Une telle disposition affaiblirait la compétitivité suisse dans ce secteur économique qui offre plus de 10'000 emplois dans notre pays et pèse 3,5% du PIB. Nous la rejetons donc, tout comme l'art. 964f AP-CO qui attribuerait au Conseil fédéral, par délégation (sic!), le droit d'étendre les obligations visées aux articles 964a à 964e AP-CO aux entreprises actives dans le négoce des autres matières premières.*

## C. Conclusion

*Le projet de révision partielle du CO relative à la SA peut être accepté sur le plan des nouvelles normes qui régissent la structure du capital de la société. Nous souscrivons aux nouvelles règles en matière de gouvernance et de droits des actionnaires, moyennant les modifications spécifiques évoquées au chiffre II., p. 3 à 6, afin que ces normes soient adaptées aux PME. Nous pouvons également accepter les dispositions légales qui mettent en œuvre l'art. 95 al. 3 Cst. (initiative Minder) à condition qu'il soit tenu compte des remarques faites au chiffre III., p. 6 et 7. Par contre, nous rejetons en bloc les propositions d'articles 734e AP-CO (représentation des sexes au sein du conseil d'administration et de la direction) et 964a à 964e AP-CO (Transparence dans les entreprises de matières premières) parce que ces nouvelles normes, outre de manquer de lien logique suffisant avec le projet de révision du droit de la SA, représentent des intrusions clairement injustifiées et disproportionnées dans l'autonomie interne des entreprises.*



Nous vous remercions de l'attention que vous porterez à ce qui précède et vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, nos salutations distinguées.

CENTRE PATRONAL



Stéphane Bloetzer

## Geschäftsstelle

Wallstrasse 8  
Postfach  
CH-4002 Basel

Telefon 061 206 66 66  
Telefax 061 206 66 67  
E-Mail [vskb@vskb.ch](mailto:vskb@vskb.ch)



**Verband Schweizerischer Kantonalbanken**  
**Union des Banques Cantionales Suisses**  
**Unione delle Banche Cantionali Svizzere**

Bundesamt für Justiz  
Herr  
Florian Zihler  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Datum 12. März 2015  
Kontaktperson **Jacopo Buss**  
Direktwahl 061 206 66 26  
E-Mail [j.buss@vskb.ch](mailto:j.buss@vskb.ch)

## **Haltung der Schweizerischen Kantonalbanken zur Änderung des Obligationenrechts / Revision des Aktienrechts**

Sehr geehrter Herr Zihler  
Sehr geehrte Damen und Herren

Am 28. November 2014 hat der Bundesrat seinen Vorentwurf zur Revision des Aktienrechts (im Folgenden „Entwurf“) veröffentlicht und interessierte Kreise eingeladen, dazu Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, uns einbringen zu können.

### **Zusammenfassung**

Die Kantonalbanken lehnen den vorliegenden Gesetzesentwurf ab.

Angesichts der aktuellen wirtschaftlichen Herausforderungen (insbesondere Frankenstärke, Niedrigzinsen) sind Regulierungen mehr denn je auf das absolut Nötigste zu beschränken. Die Schweizer Wirtschaft braucht politisch-rechtliche Rahmenbedingungen, die die Wettbewerbsfähigkeit stärken und nicht noch zusätzlich belasten. Als grösste Bankengruppe im inländischen Retailgeschäft und als wichtigste Kreditgeber von Schweizer KMU fordern die Kantonalbanken einen Marschhalt für Regulierungen, für die es keinen dringlichen Handlungsbedarf gibt und die keinen unmittelbaren Beitrag zur Wahrung und Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit im In- und Ausland leisten. Im Interesse des Wirtschaftsstandorts Schweiz muss daher auf den grossangelegten und teuren Umbau des Schweizerischen Aktienrechts verzichtet werden.

Falls der Bundesrat – entgegen der Grundüberzeugung der Kantonalbanken (vgl. Kap. 1) – doch an einer Revision des Obligationenrechts festhalten sollte, müssen substantielle Anpassungen und Streichungen am vorliegenden Vorentwurf vorgenommen werden. Die Kantonal-

banken nehmen diesbezüglich im Sinne eines Eventualantrags detailliert Stellung (vgl. Kap. 2).

## 1. Hauptantrag: Verzicht auf das Revisionsvorhaben

Die Frankenstärke stellt die Schweizer Wirtschaft gesamthaft vor grosse und länger anhaltende Herausforderungen. Davon sind auch die Kantonalbanken als grösste Bankengruppe im inländischen Retailgeschäft und als wichtigste Kreditgeber von Schweizer KMU betroffen. Für die Inlandbanken erschwerend hinzu kommen die von der SNB flankierend beschlossenen Negativzinsen, die den Druck auf die bereits tiefe Zinsmarge zusätzlich erhöhen. Angesichts der grundlegenden strukturellen Probleme in der Eurozone ist nicht davon auszugehen, dass sich die Situation bald entschärfen wird. Von Seiten der Schweizer Unternehmen sind in der nächsten Zeit beträchtliche Anpassungsleistungen und Kosteneinsparungen gefordert, um in diesem schwierigen Umfeld in der Schweiz weiterbestehen zu können und somit zu einem erfolgreichen Schweizer Wirtschaftsstandort beizutragen. In diesem schwierigen Umfeld ist es notwendiger denn je, dass die Politik die dringend erforderliche administrative Entlastung der Unternehmen realisiert und der Wirtschaft keine unnötigen und unbegründeten neuen Lasten aufbürdet. Erforderlich sind politisch-rechtliche Rahmenbedingungen, die die Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Wirtschaft steigern und nicht zusätzlich belasten.

Der Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts geht in die falsche Richtung: Er würde zu einer Verkomplizierung des schweizerischen Aktienrechts führen und dessen Flexibilität einschränken, was sich zum ungünstigsten Zeitpunkt negativ auf die Standortattraktivität der Schweiz auswirken würde. Auch sind viele Bestimmungen unverhältnismässig und würden die administrativen Belastungen und Kosten insbesondere für kleine und mittelgrosse Betriebe erheblich erhöhen. Dies ist umso problematischer, als die Vorlage auf keinem ausgewiesenen und dringlichen Regulierungsbedarf beruht. Zudem wird die bestehende Rechtssicherheit unnötig aufs Spiel gesetzt. Schliesslich erfolgt die Überführung des Übergangserlasses VegüV in ordentliches Recht übereilt, da die nötigen Erfahrungen mit der Verordnung noch gar nicht gesammelt und fundiert ausgewertet werden konnten. Es ist es für den Wirtschaftsstandort Schweiz wichtig, dass die Minder-Initiative, die in der VegüV angemessen umgesetzt wird, nicht weiter verschärft wird. Die VegüV stellt bereits eines der strengsten „Say on Pay“-Regime weltweit dar. Die wenigen positiven Aspekte der Vorlage, etwa die flexiblere Gestaltung der Gründungs- und Kapitalbestimmungen, die Abstimmung auf das neue Rechnungslegungsrecht sowie der Umgang mit hohen Beständen an Dispoaktien, stehen in keinem Verhältnis zu den vielen gravierenden und kostspieligen Änderungen.

Prinzipiell abzulehnen sind jene Teile, mit denen die Vorlage in ungebührlicher Weise in den Kernbereich der unternehmerischen Freiheit eingreift, etwa wenn das Grundverständnis des Aktienrechts tangiert oder die Freiheit der Organisation beschnitten wird (z.B. Regeln zur Geschlechtervertretung, Verbot prospektiver Abstimmungen über variable Vergütungen, Verhältnis variabler zu fixer Vergütungen, dividendenmässige Bevorzugung von Teilnehmern an der Generalversammlung etc.). Deziidiert abzulehnen ist ferner auch die Pflicht zur Vollliberierung, da sie problematische Folgen hätte, indem sie umfangreiche Nachliberierungen (z.B. bei der Schweizerischen Pfandbriefzentrale) auslösen würde.

Schliesslich kritisieren die Kantonalbanken die problematische Tendenz zur formalistischen Regulierung von Einzelheiten, die wenig Nutzen bringen, die Unternehmen aber mit teuren administrativen und rechtlichen Anpassungen belasten (z. T. mit der Folge umständlicher Anpassungen von Statuten und Reglementen). Eine solche formalistische und regelbasierte



Regulierung ist grundsätzlich abzulehnen. Sie widerspricht dem bewährten liberalen schweizerischen Rechtsverständnis sowie der zugehörigen Prinzipienbasierung und wirkt sich negativ auf die Wettbewerbsfähigkeit des Wirtschaftsstandorts Schweiz aus.

## **2. Eventualantrag: Substantielle Anpassungen und Streichungen am Vorentwurf**

Sollte der Bundesrat entgegen der vom VSKB vertretenen Haltung doch beschliessen, dem Parlament eine Botschaft zu unterbreiten, dann sind aus Sicht der Kantonalbanken nachfolgende Anpassungen zwingend erforderlich. Über diese Hauptanliegen hinausgehend unterstützen die Kantonalbanken die Forderungen der Schweizerischen Bankiervereinigung, an deren Stellungnahme sie mitgewirkt haben.

### **Art. 621 Aktienkapital**

Die Möglichkeit, das Aktienkapital in einer anderen Währung als in Schweizerfranken festzulegen, entspricht einem praktischen Bedürfnis. Die neue aktienrechtliche Bestimmung darf aber nicht so weit führen, dass die Hinterlegungsstellen zur Annahme von Kapitaldeponierungen in beliebiger Währung verpflichtet sind. Die Hinterlegungsstelle muss sich auf die Entgegennahme von Kapitalien in bestimmten Währungen beschränken dürfen (z. B. USD und/oder EUR). Im Übrigen muss klargestellt sein, dass die Hinterlegungsstelle nicht für die von ihr ausgefertigte Bescheinigung über die Kapitaldeponierung haftet, sollte es in der Zeit zwischen der Bestätigung und der Eintragung im Handelsregister zu Kursschwankungen kommen.

Die Bestimmung ist entsprechend anzupassen.

### **Art. 622 Nennwert von Aktien**

Im Jahr 2001 wurde, um die Möglichkeit der Stückelung der (Nennwert-)Aktien zu erhöhen, der Mindestnennwert von Aktien auf einen Rappen gesenkt (Art. 622 Abs. 4). Gemäss erläuterndem Bericht können sich in speziellen Situationen selbst Aktien mit einem Mindestnennwert von einem Rappen nicht als optimal erweisen, wodurch ein Bedarf nach einem Aktiensplitting oder einer Nennwertreduktion bestehen würde. Der Entwurf schreibt deshalb neu nur noch vor, dass die Aktien einen Nennwert aufweisen müssen, der grösser ist als null.

Die Kantonalbanken sind der Ansicht, dass der mögliche Nutzen der vorgeschlagenen weiteren Senkung des Mindestnennwertes die Nachteile und Risiken nicht überwiegt. Dies zeigt die Erfahrung der letzten Jahre, in denen sogenannte „Penny Stocks“ zunehmend von Betrügern als Instrument eingesetzt wurden. Auf die Gefahren, die mit Penny Stocks verbunden sind, verweisen sowohl die FINMA wie auch die U.S. Securities and Exchange Commission („SEC“).<sup>1</sup> Die Überlegungen von FINMA und SEC betreffen zwar in erster Linie Gesellschaf-

---

<sup>1</sup> Diesbezüglich führt die FINMA folgendes aus: „Nicht selten werden Aktien mit Notierung im sogenannten Freiverkehr verkauft. Diese Notierung im Freiverkehr einer Börse in Deutschland bedeutet im Unterschied zu einer Kotierung nicht, dass die Aktie börsenüberwacht ist. Die Preise solcher Aktien können sich extrem schnell und stark verändern, besonders wenn es sich um Penny Stocks mit Nennwerten in der Höhe von wenigen Rappen handelt. Solche Aktien können nach einem Kurssturz oft kaum mehr verkauft werden“ (vgl. FINMA-Bericht „Wie sich Anleger gegen unerlaubt tätige Finanzmarktanbieter schützen können“, 15.4.2014, S. 9f.) Auch die SEC weist darauf hin, dass der Handel mit sogenannten „Penny Stocks“ aufgrund der schwierigen Preisstellung und fehlender Transparenz im Handel als spekulative Anlageinstrumente zu qualifizieren seien und führt aus: „Consequently,

ten, deren Aktien an einer Börse oder over-the-counter gehandelt werden. Trotzdem überwiegen auch aus unserer Sicht die grundsätzlichen Risiken von Penny Stocks gegenüber den möglichen Vorteilen einer weiteren Herabsetzung des Mindestnennwertes.

Aus diesem Grund lehnen wir den entsprechenden Revisionsvorschlag in Art. 622 Abs. 4 ab.

#### **Art. 626 Statuten**

Der Intention des Vorentwurfes zufolge soll „der gesetzlich vorgeschriebene Mindestinhalt der Statuten [...] auf das notwendige Minimum“ beschränkt werden, was wir sehr begrüßen. Mit den Vorschlägen gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung werden die Statuten indes unnötig aufgebläht.

Gemäss Abs. 2 Ziff. 3 müssen kotierte Gesellschaften in ihren Statuten das maximal zulässige Verhältnis zwischen fixer Vergütung und der gesamten Vergütung je für den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat definieren. Dies geht sowohl über die Anforderungen der Minder-Initiative als auch über die bestehenden Bestimmungen der „Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften“ (VegüV) hinaus. Ein solcher Eingriff in die Kompetenz des Verwaltungsrats ist abzulehnen, da er nicht nötig ist und die wichtige operationelle Flexibilität der Gesellschaften einschränkt. Der Eingriff würde sich nachteilig auf die Wettbewerbsfähigkeit der Schweiz auswirken, was in Anbetracht der angespannten Wirtschaftslage zu vermeiden ist. Die Aktionärsrechte werden mit den Abstimmungen über die Gesamtvergütung gemäss Minder-Initiative ausreichend gestärkt.

Auf die entsprechende Bestimmung von Art. 626 Abs. 2 Ziff. 3 ist zu verzichten.

#### **Art. 629 ff Vollliberierung**

Der Entwurf von Art. 626 Abs. 2 OR i.V.m Art. 4 der ÜBest verpflichtet den Verwaltungsrat bestehender Aktiengesellschaften mit einem teilliberierten Aktienkapital, von den Aktionären die Nachliberierung des Non-Versés einzufordern, sofern auch nur kleinste Änderungen (Erhöhung, Herabsetzung, Aktiensplit) am Aktienkapital vorgenommen werden. Bei Aktiengesellschaften mit einem grossen Non-Versé sind die Aktionäre unter Umständen nicht in der Lage oder nicht willens, die erheblichen Mittel zur Verfügung zu stellen. Die Problematik wird dadurch verschärft, dass der Verwaltungsrat keinen Spielraum hat, das Non-Versé beispielsweise in gestaffelter Form abzurufen. Aktionäre könnten somit versucht (oder gezwungen) sein, ihre Stimmrechte dahingehend ausüben, dass keine Veränderung am Aktienkapital erfolgt. Es ist daher zu befürchten, dass solcherart betroffene Gesellschaften faktisch nicht mehr in der Lage sind, Änderungen an ihrem Aktienkapital vorzunehmen.

Die Problematik dieser Nachschusspflicht lässt sich am Beispiel der Pfandbriefzentrale der schweizerischen Kantonalbanken AG verdeutlichen. Die Pfandbriefzentrale hat die Aufgabe, den Grundeigentümern langfristige Grundpfanddarlehen zu möglichst gleichbleibendem und günstigem Zinssatz zu vermitteln. Sie emittiert zu diesem Zweck Pfandbriefe und gewährt den Mitgliedern Darlehen gegen Registerpfanddeckung. Die Pfandbriefzentrale hatte per 31. Dezember 2014 Darlehen in der Höhe von CHF 38,25 Mia. gewährt, bei einem Aktienkapital

---

investors in penny stocks should be prepared for the possibility that they may lose their whole investment (or an amount in excess of their investment if they purchased penny stocks on margin)” (vgl.

<http://www.sec.gov/answers/penny.htm>).

von CHF 1'025'000'000. Ihr Aktienkapital ist jedoch lediglich zu 20% teilliberiert. Der neue Art. 629 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 4 ÜBest würde die Aktionäre der Pfandbriefzentrale im gegebenen Fall auf einen Schlag zur Nachliberierung von CHF 820'000'000.00 verpflichten.

Entsprechend ist auf die Streichung der Teilliberierung zu verzichten.

Sollte der Vorentwurf dennoch an der Vollliberierung festhalten, so müsste diese Vorschrift auf neu zu errichtende Gesellschaften beschränkt sein. Für bestehende Gesellschaften muss das bisherige Recht gelten (Grandfathering), was auch dem seinerzeitigen Vorschlag der Vorlage „Modernisierung des Handelsregisters und damit verbundene KMU-Erleichterung“ (Vernehmlassung: 19. Dezember 2012) entspricht.

#### **Art. 634      Sacheinlagen**

Gemäss Art. 634a Abs. 2 soll die Verrechnungsliberierung auch dann möglich sein, wenn die Forderung nicht vollständig mit Aktiven der Gesellschaft gedeckt ist. Somit könnte auch eine Forderung, die unter Rangrücktritt steht, in Aktienkapital umgewandelt werden. Es ist fraglich, ob hier überhaupt Aktienkapital geschaffen wird, wenn bereits zum Zeitpunkt der Liberierung offensichtlich ist, dass die Forderung nicht getilgt werden kann (unter pari Emission).

Diese Art der Liberierung birgt die Gefahr, dass eine überfällige Bilanzsanierung oder eine Bilanzdeponierung hinausgezögert wird. Dadurch können Gläubiger, insbesondere auch Kreditgeber, geschädigt werden. Durch eine „Scheinkapitalerhöhung“ wird dem Kreditgeber suggeriert, dass die Gesellschaft saniert sei, was jedoch nicht zwingend der Fall sein muss. Insbesondere fließen der Gesellschaft keine neuen Mittel zu. Es wäre aus unserer Sicht besser, die Liberierung mittels Verrechnung einer nicht vollumfänglich werthaltigen Forderung entweder zu untersagen oder sie nur im Umfang der vorhandenen Aktiven zu gestatten.

Die Bestimmung sollte entsprechend angepasst werden.

#### **Art. 656      Partizipationsscheine**

Die Kantonalbanken begrüssen den Verzicht auf die bisherige Beschränkung des Partizipationskapitals auf das doppelte des Aktienkapitals für börsenkotierte Gesellschaften. Dies gewährt den Publikumsgesellschaften eine erhöhte Flexibilität in Bezug auf die Ausgestaltung ihrer Kapitalstruktur.

Hingegen lehnen wir die Stärkung der Partizipanten in Bezug auf die Einleitung einer Sonderuntersuchung sowie die Auflösungsklage (Art. 656b und 656c Abs. 3) ab. Der Grundsatz der Gleichstellung mit der Aktie sollte einzig in Bereichen Anwendung finden, in denen unmittelbar Vermögensrechte betroffen sind. Informations- und Kontrollrechte, worunter auch das Instrument der Sonderuntersuchung fällt, gehören zu den nicht-vermögensmässigen Rechten des Aktionärs und dienen der Stärkung der Rechte von Minderheitsaktionären. Mit dem Erwerb der sog. „stimmrechtslosen Aktien“ nehmen die Partizipanten bewusst in Kauf, das wirtschaftliche Risiko der Gesellschaft mitzutragen, ohne jedoch die Möglichkeit zu haben, auf die Willensbildung des Unternehmens Einfluss zu nehmen. Wie dies zutreffend im Bericht festgehalten wird, wird das Fehlen von Mitwirkungsrechten durch die stets vorhandene Veräusserungsmöglichkeit (börsenkotierter) Partizipationsscheine ausgeglichen. Damit ist aus unserer Sicht ein genügender Eigentumsschutz sichergestellt. Eine Stärkung der Partizipanten in Bezug auf die Einleitung einer Sonderuntersuchung ist aus unserer Sicht nicht ange-

zeigt. Bei börsenkotierten Gesellschaften, welche ein tieferes Aktien- als Partizipationskapital aufweisen, würde der Vorschlag zu einer massiven (indirekten) Kontroll- und Einflussmöglichkeit der Partizipanten auf die Willensbildung und die Position der Aktionäre führen. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund der im Revisionsentwurf tief angesetzten Schwellenwerte von lediglich 3% des Partizipationskapitals.

Dieselben Überlegungen gelten für die Stärkung der Partizipantenstellung in Bezug auf die Auflösungsklage gemäss Art. 656b Abs. 4. Es ist aus unserer Sicht nicht plausibel, weshalb die Partizipanten, die ja willentlich und wissentlich die wirtschaftlichen Risiken eingehen und die ausschliesslich die vermögensmässige Beteiligung an der Gesellschaft suchen, eine der weitgehendsten rechtsgestaltenden Massnahmen der Aktionäre ergreifen können sollten.

#### **Art. 659a Folgen des Erwerbs eigener Aktien**

Beim Repo- und Securities-Lending-Geschäft gehen die Aktien zu vollem Eigentum auf den Erwerber über. Mit der vorgeschlagenen Regelung, wonach das Stimmrecht und die damit verbundenen Rechte ruhen, wird der Pensionsnehmer/Borger unter den Generalverdacht gestellt, dass er die Stimmrechte nur als Strohmännchen für die Gesellschaft ausüben würde. Diese Annahme ist indes in den meisten Konstellationen verfehlt.

Die vorgeschlagene Regelung wird daher insgesamt abgelehnt.

#### **Art. 661 Berechnung Dividenden**

Die Bestimmung sieht vor, dass an der Generalversammlung abstimmende Aktionäre dividendenmässig bevorzugt werden können. Grundsätzlich befürworten wir Anreize für die Ausübung der Aktionärsrechte (insbesondere des Stimmrechts). Unter dem Gesichtspunkt der Gleichberechtigung aller Aktien ist dieser Vorschlag aber problematisch. Die Teilnahme an der Generalversammlung ist ein Recht und keine Pflicht. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Teilnahme oder Vertretung an der Generalversammlung ein Vorrecht in finanzieller Hinsicht gewähren sollte. Problematisch erscheint zudem, dass bei einer solchen Lösung kein präziser Antrag auf Dividende formuliert werden kann, weil zum Zeitpunkt der Traktandierung die Anzahl der Teilnehmenden nicht bekannt ist. Auch ist zum Zeitpunkt der Einladung das Gesamtvolumen der Dividendenausschüttung noch nicht bekannt.

Ferner gilt es zu bedenken, dass eine solche Lösung den administrativen Aufwand im Rahmen der Generalversammlung um ein Vielfaches erhöhen würde. Sie hätte insbesondere eine komplizierte und kostspielige Dividendenberechnung sowie Abrechnung bei den Gesellschaften, der SIS und den Depotbanken zur Folge. Zu denken ist hier an die Abrechnung der Verrechnungssteuer auf unterschiedlicher Basis bis hin zur zweifelsfreien Identifikation jedes Aktionärs im Rahmen der Depotverwaltung. Erschwerend hinzu kommt die Tatsache, dass sowohl verrechnungssteuerpflichtige Dividenden wie auch verrechnungssteuerfreie Kapitalrückzahlungen betroffen sind.

Zudem dürfen weitere, mit dieser Regelung einhergehende Schwierigkeiten nicht ausgeblendet werden:

- Depotbanken kumulieren oftmals mehrere Positionen unter einer Aktionärsnummer auf. Entsprechend müssten sie verschiedene Dividendenerträge erhalten, je nachdem ob sie mit allen Aktienpositionen abgestimmt haben oder nur mit einem Teil derselben.

- Die Gesellschaften müssten pro Depotbank eine Dividendenabstimmliste liefern, damit die Banken die Dividenden pro Kundendepot gutschreiben könnten. Dieser Mehraufwand bei Gesellschaften und Depotbanken führt unweigerlich zu Mehrkosten, welche letztlich die Aktionäre zu tragen haben.
- Auslandsbanken: viele ausländische Depotbanken weigern sich, die Aktien ihrer Kunden über ihre CH-Custodian einzutragen. Diese Aktionäre würden unverschuldet benachteiligt.
- Vor der GV würden vermehrt Aktien eingetragen und danach wieder ausgetragen. Custodians und Aktienregister hätten viel zusätzlichen Aufwand.
- Eidgenössische Verrechnungssteuer: die Gesellschaften müssten die eidg. VST auf verschiedenen Dividendenerträgen berechnen und abliefern. Die ESTV würde wahrscheinlich zusätzliche Informationen von den Gesellschaften verlangen.
- Verstorbene Aktionäre: die Erbteilung dauert manchmal mehrere Jahre. Während dieser Zeit ruhen die Stimmrechte, ausser es wird eine Erbengemeinschaft mit einem ermächtigten Erben eingetragen.
- Ältere, kranke oder ortsabwesende Aktionäre, die das Stimmrecht nicht ausüben können, würden benachteiligt.
- Domizilwechsel: Aktionären mit ungültiger Domiziladresse kann oft keine GV Einladung zugestellt werden und diese können deshalb ihre Stimmrechte nicht ausüben.

Schliesslich gilt zu bedenken, dass solche Differenzierungen ausländischen Investoren fremd sind und auch ausländische Banken die Aktionäre oft nicht eintragen lassen. Dadurch könnte sich eine solche Regelung negativ auf den Börsenplatz Schweiz auswirken.

Aus diesen Überlegungen lehnen die Kantonalbanken die entsprechenden Bestimmungen zu den Dividenden klar ab.

#### **Art. 675a      *Zwischendividenden***

Der Artikel führt die Möglichkeit zur Ausschüttung einer Zwischendividende ein. Jedoch ist die praktische Umsetzung schwierig, da es hierfür einen Beschluss der Generalversammlung auf Basis einer Zwischenbilanz braucht.

Aufgrund der Praktikabilität bevorzugen wir eine Möglichkeit zur Staffelung der Dividende und lehnen den aktuellen Vorschlag im Entwurf ab.

#### **Art. 678      *Rückerstattung von Leistungen***

Gemäss Art. 678 f soll die Klage explizit auch für materielle und faktische Organe gelten. Die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft stellt dabei kein Tatbestandselement mehr dar. Ausserdem soll die Generalversammlung beschliessen können, dass die Gesellschaft selbst Klage erheben muss. Die Verjährung soll über das Konzept der doppelten Verjährungsfrist von fünf auf maximal zehn Jahre verlängert werden.

Die Ausweitung der Rückerstattungsklage ist aus unserer Sicht nicht notwendig und nicht zielführend. Sie führt in der Praxis zu Rechtsunsicherheit, so z. B. hinsichtlich des Umfangs der Organstellung. Es besteht mithin die Gefahr, dass Mitarbeiter, die nicht im Verwaltungsrat

oder in der Geschäftsleitung sind, zehn Jahre im Ungewissen bleiben, ob sie eine Entschädigung o.ä. wieder an die Gesellschaft zurückgeben müssten.

Aus diesem Grund lehnen wir die entsprechenden Bestimmungen ersatzlos ab.

#### **Art. 686b      *Elektronisches Gesuch um Anerkennung***

Die Möglichkeit zur Einreichung eines Gesuchs um Anerkennung als Aktionär/in auf elektronischem Weg ist in der Praxis nur unter Beizug von Verwahrstellen umsetzbar. Eine direkte Einreichung des Gesuchs durch den Aktienerwerber bei der Gesellschaft ist abzulehnen, da beim Erwerb von Aktien aus dem Depotbestand einer Bank somit die Abstimmung mit den Beständen der Depotbank nicht sichergestellt ist. Weder im vorgeschlagenen Gesetzestext noch in den Erläuterungen wird darauf eingegangen. Es fehlt hier insgesamt an einem durchdachten, funktionsfähigen Konzept.

Die entsprechende Bestimmung wird von den Kantonalbanken daher abgelehnt.

#### **Art. 697j      *Klage auf Kosten der Gesellschaft***

Unter Randziffer IV. „Zulassung zur Klage auf Kosten der Gesellschaft“ wird eine neue Klagemöglichkeit vorgeschlagen. Unklar ist, ob es sich systematisch um eine Klage aus Verantwortlichkeit handelt oder ob dies eine eigene Klageart darstellt. Trifft ersteres zu, so ist diese Klage auch unter den Verantwortlichkeitsbestimmungen einzuordnen und dort zu regeln. Trifft zweites zu, so stellt sich die Frage, ob ein Zusammenhang zwischen der Sonderuntersuchung und der Klage gegeben sein muss. Dies wäre aus unserer Sicht folgerichtig. Keine Gesellschaft kann von einer Minderheit ihrer Eigner gezwungen werden, eine Klage auf eigene Kosten einzureichen, für die jegliche Grundlage fehlt.

Aus diesem Grund bedarf es bei der betreffenden Bestimmung einer Präzisierung, dass diese Klage nur dann offensteht, wenn eine Sonderuntersuchung zum Schluss gelangt, dass der Gesellschaft Ansprüche zustehen, die allenfalls gerichtlich geltend gemacht werden können.

#### **Art. 699/699a *Einberufung einer Generalversammlung und Traktandierung***

Die Schwellenwerte, die zur Einberufung einer Generalversammlung und insbesondere zur Traktandierung von Anträgen berechtigen, werden massiv herabgesetzt. Dies mag bei börsenkotierten Unternehmen gerechtfertigt sein, nicht jedoch für alle anderen Gesellschaften. Bei einer zu tiefen Hürde besteht das Risiko, dass die Gesellschaft bzw. die Arbeit des Verwaltungsrats durch zahlreiche unsinnige und unnötige Anträge einzelner Aktionäre mit Minderheitsbeteiligungen behindert oder blockiert würde.

Anstelle der tiefen Schwellenwerte für die Traktandierung von Anträgen sollten für nicht börsenkotierte Gesellschaften die bisher gültigen Regeln belassen werden, ergänzt um die Möglichkeit, dass in den Statuten ein tieferer Wert festgelegt werden kann, der jedoch nicht unter die Schwellenwerte von börsenkotierten Gesellschaften herabgesetzt werden darf.

Die Schwellenwerte in den Bestimmungen sind entsprechend anzupassen.

### **Art. 701g     *Elektronisches Forum***

Der Verwaltungsrat von börsenkotierten Gesellschaften soll sicherstellen, dass den Aktionären ab der Einberufung der Generalversammlung bis zwei Tage vor deren Durchführung ein elektronisches Forum zur Verfügung steht, in welchem Traktanden und Anträge diskutiert werden können.

Der Austausch unter Aktionäre ist sinnvoll, jedoch dürfte die Umsetzung und Moderation des geplanten elektronischen Forums schwierig und kostenintensiv sein. Als bedenklich erachten wir zudem die Vereinbarkeit mit den Börsenbestimmungen. Es ist grundsätzlich heikel, wenn sich der Verwaltungsrat vor der GV zu gewissen Themen äussert. Zudem könnte es unter Aktionären zu kursrelevanten Absprachen kommen.

Die Kantonalbanken begrüssen dagegen die Weiterentwicklung der Generalversammlung über das Internet, u.a. mit der Möglichkeit, Fragen zu stellen und abzustimmen (wie dies der Entwurf mit den Artikeln 701c und Folgende vorsieht).

Die Einführung eines elektronischen Forums lehnen wir dagegen ab.

### **Art. 717     *Sorgfalts- und Treuepflicht allgemein***

Diese detaillierte Regelung der Sorgfaltspflicht statuiert eine Handlungsmaxime für das oberste Kader im Bereich Vergütungen, woraus eine Ersatzpflicht im Rahmen der Verantwortlichkeitsklage resultiert.

Diese Verschärfung der aktuellen Bestimmungen im VegüV ist weder notwendig noch zielführend und wird daher von uns abgelehnt.

### **Art. 717a     *Interessenkonflikte***

Die neue Bestimmung hinsichtlich Interessenkonflikten ist nicht notwendig, da die Mitglieder des Verwaltungsrats bereits heute Interessenkonflikte, die gegen die Sorgfalts- und Treuepflicht verstossen, offenlegen und bereinigen müssen.

Der entsprechende Artikel ist zu streichen.

### **Art. 725b     *Überschuldung***

Dem Verwaltungsrat wird eine Frist von 90 Tagen eingeräumt, während der er mit der Bilanzdeponierung zuwarten kann, sofern Aussicht auf eine Beseitigung der Überschuldung besteht. Die Bestimmung ist aus unserer Sicht zu vage, weil keine klaren Bedingungen an die Nutzung der Frist von 90 Tagen geknüpft werden. Es besteht das Risiko, dass eine Deponierung der Bilanz hinausgezögert und Kreditgebern dadurch zusätzlicher Schaden verursacht wird.

Aus der Optik eines kreditgewährenden Bankinstituts ist diese Bestimmung entweder zu streichen oder der Aufschieb ist an klare Vorgaben zu knüpfen.

### **Art. 734a-b Vergütungsbericht**

Der Entwurf sieht in Art. 734a Abs. 3 die Publikation der auf jedes Mitglied des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung entfallenden Vergütungen unter Nennung des Namens und der Funktion im jährlichen Vergütungsbericht vor. Dies geht sowohl über die Anforderungen der Minder-Initiative als auch über die herrschenden Veröffentlichungspflichten hinaus (nämlich die jährliche Abstimmung über den Gesamtvergütungsbetrag, sowie die Publikation des Gesamtvergütungsbetrags der Geschäftsleitung mit Angabe der höchsten Vergütung [normalerweise des CEOs]). Wir bezweifeln, dass die individuelle Publikation der Vergütungen der Geschäftsleitungsmitglieder eine sinnvolle Lösung ist. So könnte die falsch verstandene Transparenz aufgrund von Vergleichsmöglichkeiten Lohnforderungen ansteigen lassen und die Stimmung im Führungsorgan des Unternehmens unnötig belasten. Ferner würde dadurch die Privatsphäre der GL-Mitglieder, für die – im Unterschied zu VR-Mitgliedern – die entsprechende Funktion in der Regel den Alleinerwerb darstellt, tangiert. Schliesslich würde sich daraus auch eine nicht begründbare Ungleichbehandlung zwischen GL-Mitgliedern und anderen höheren Kader ergeben.

Nach Art. 734b müssten zudem auch alle Ausleihungen an die Mitglieder der Geschäftsleitung individuell publiziert werden. Auch diese Bestimmung geht sowohl über die Anforderungen der Minder-Initiative als auch über die herrschenden Veröffentlichungspflichten bezüglich der Geschäftsleitung hinaus (nämlich die Publikation des Gesamtkreditvolumens an die Mitglieder der Geschäftsleitung und des höchsten Kredits). In Bezug auf zinslose Darlehen, welche als Lohnbestandteil ausgelegt werden können, mag diese Forderung verständlich sein. Für Banken hingegen, bei denen das Kreditgeschäft im Vordergrund steht und bei denen mitunter die GL-Mitglieder verpflichtet sind, ihre Kredite bei ihrem Arbeitgeber zu beziehen, ist die Bestimmung problematisch, zumal dadurch das Recht auf Privatsphäre resp. das Bankgeheimnis in ungebührlicher Weise verletzt würde. Schliesslich ginge dadurch die Gleichbehandlung als Kunde zwischen GL-Mitgliedern und allen anderen Mitarbeitenden verloren.

Aus diesen Gründen lehnen die Kantonalbanken die betreffenden Bestimmungen von Art. 734a Abs. 3 und Art. 734b ab. Die Aktionärsrechte sind mit den Forderungen der Minder-Initiative und den aktuell gültigen Transparenzbestimmungen bereits genügend gewahrt.

### **Art. 734e Vergütungsbericht: Vertretung der Geschlechter**

Der Entwurf sieht bei börsenkotierten Gesellschaften eine Vertretung jedes Geschlechts zu mindestens 30% im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung vor nach dem Prinzip „comply or explain“. Eine Vertretung von beiden Geschlechtern in den Führungsgremien ist zu begrüssen und zu fördern, auch wenn sie (im speziellen in der Finanzindustrie und für die Mitglieder der Geschäftsleitung) nicht einfach zu erreichen ist. Es stellt sich jedoch die Frage, ob das Obligationenrecht der richtige Ort für das berechnete Anliegen ist oder ob die Thematik nicht besser im Rahmen der Selbstregulierung im „Swiss Code of Best Practice“ konsequenter angegangen werden sollte.

Ferner gilt es zu beachten, dass diese Regelung börsenkotierte Unternehmen gegenüber nicht-kotierten Unternehmen in ihrer Freiheit eingeschränkt. Dies wiederum könnte zur Folge haben, dass sich mittelfristig auch für nicht-börsenkotierte Gesellschaften (wie z. B. Familienunternehmen) der Druck erhöht, analoge Regelungen einzuführen. Gerade für kleinere und mittlere Unternehmen (inkl. Finanzinstitute) ist es jedoch schwierig, genügend gute Fachkräfte für Führungspositionen zu rekrutieren, dies auch unabhängig des Geschlechts. Durch Vor-



schriften, die eine Geschlechterquote einführen, würde die Suche nach Verwaltungsräten und Geschäftsleitungsmitgliedern massiv erschwert.

Wir sind daher der Meinung, dass die Bestimmung im OR gestrichen werden sollte. Falls sie trotzdem in das OR einfließen wird, sollte sie sich aus oben genannten Gründen auf die Mitglieder des Verwaltungsrats beschränken (ohne die Mitglieder der Geschäftsleitung)

### **Art. 735      *Abstimmungen der Generalversammlung über Vergütungen***

Ausgehend von der Idee, dass ein Bonus nur auf Basis des Jahresabschlusses bewilligt werden kann, verbietet Art. 735 Abs. 3 Ziff. 4 prospektive Abstimmungen über Vergütungen. Diese Bestimmung ist in der VegüV und in der massgeblichen Verfassungsbestimmung nicht vorgesehen. Angedacht war gemäss Art. 95 Abs. 3 Ziff. 1 BV grundsätzlich, dass über die Gesamtsumme der Vergütung abgestimmt wird.

Durch die neue Einschränkung ginge den börsenkotierten Gesellschaften ein wichtiges Element der Mitarbeiterstimulierung verloren. Die Gesellschaft kann zwar Planungssicherheit mittels prospektiver Abstimmung über die fixen Vergütungen erreichen, allerdings wird die effektive Ausgestaltung von Vergütungsplänen verunmöglicht, da das Erreichen von Performance-Zielen nicht mit einer im Voraus bestimmten variablen Vergütung honoriert werden kann. Die variable Vergütung kann zwar weiterhin im Voraus vereinbart werden, die faktische Auszahlung untersteht jedoch der jährlichen rückwirkenden Gutheissung durch die Generalversammlung. Aus dem Wegfall dieser monetären Stimulierung können Leistungseinbussen der Mitarbeiter resultieren, welche die Wettbewerbsfähigkeit von börsenkotierten Gesellschaften, insbesondere gegenüber ausländischen Konkurrenten, beeinträchtigen könnten. Vergütungspläne drohen damit an Relevanz zu verlieren. Aus unserer Sicht wäre es sinnvoller, zwischen variabler kurzfristiger Vergütung (bei der prospektive Abstimmungen nicht sinnvoll sind) und variabler langfristiger Vergütung zu unterscheiden (womit z.B. mehrjährige Vergütungspläne in Form von Aktien weiterhin bestehen könnten).

Aus diesen Gründen lehnen die Kantonalbanken den vorliegenden Revisionsvorschlag gemäss Art. 735 Abs. 3 Ziff. 4 ab.

### **Art. 735b      *Vergütungen, Dauer des Vertragsverhältnisses***

Wir erachten diese einschneidenden Vorschriften als unvereinbar mit der Vertragsfreiheit und mit der Pflicht des Verwaltungsrates, den Verlauf des Geschäftsgangs mittel- und langfristig zu planen.

Aus diesen Gründen lehnen wir die Bestimmung ab.

### **Art. 735c      *Unzulässige Vergütungen***

Betreffend Konkurrenzverbot stellt sich die Frage, wie ein „geschäftsmässig begründetes Konkurrenzverbot“ überhaupt zu definieren ist. Art. 735c Abs. 3 gibt einen Hinweis darauf, indem ein Konkurrenzverbot von mehr als 12 Monaten als nicht geschäftsmässig begründet angesehen wird. Der erläuternde Bericht beschränkt sich jedoch auf den Hinweis, dass schützenswerte Interessen der Gesellschaft gewahrt werden und potenzieller Schaden von der Gesellschaft abgewendet werden soll.

Für die zweifelsfreie Umsetzung der Bestimmung ist eine klärende Ergänzung oder eine Präzisierung der Begriffe erforderlich.

#### **Art. 758 Wirkung des Entlastungsbeschlusses**

Die Verjährungsfrist für das Klagerecht wird in Art. 758 Abs. 2 neu von sechs auf zwölf Monate verlängert. Während der Durchführung einer Sonderuntersuchung oder eines Verfahrens um Zulassung der abgeleiteten Klage steht die Frist still.

Aus Sicht der Kantonalbanken führt eine Verlängerung der Verjährungsfrist nur zu einer unnötig langen Phase der Unsicherheit hinsichtlich der Entlastung, weshalb wir den Vorschlag ablehnen.

#### **Art. 963a f. Konzernrechnung**

Wir begrüßen den Vorschlag, dass Konzernrechnungen nach einem anerkannten Standard zu erstellen sind. Dagegen sehen wir keinen Vorteil darin, den Kreis der konsolidierungspflichtigen juristischen Personen durch Verdoppelung von Bilanzsumme, Umsatzerlös und Vollzeitstellen einzuschränken.

Aus unserer Sicht sollten die heute geltenden diesbezüglichen bewährten Voraussetzungen beibehalten werden.

#### **Art. 71a BVG Stimmpflicht als Aktionär**

Dieser Bestimmung zufolge müssten Vorsorgeeinrichtungen die Stimmpflicht auch bei indirekt gehaltenen Aktien ausüben. Dies ist problematisch, da damit nicht unerhebliche Kosten verbunden wären, welche die Versicherten zu tragen hätten und zudem – soweit die betreffenden Aktien von einem Anlagefonds gehalten werden – das grundlegende Prinzip der Fremdverwaltung (Art. 7 KAG) durchbrochen würde. Ferner entstünden bezüglich der börsenrechtlichen Meldepflicht im Zusammenhang mit den Themen Gruppenbildung und indirekter Erwerb Herausforderungen, für deren Bewältigung im Vorentwurf keine Lösungen vorgesehen wurden.

Die Bestimmung wird daher von den Kantonalbanken abgelehnt.

#### **Art. 71b BVG Berichterstattung und Offenlegung betreffend Stimmpflicht**

Vorsorgeeinrichtungen müssen mindestens einmal jährlich in einem zusammenfassenden Bericht ihren Versicherten gegenüber Rechenschaft darüber ablegen, wie sie ihrer Stimmpflicht nachgekommen sind. Der erläuternde Bericht präzisiert, dass die Offenlegung zusammen mit der Jahresrechnung auf der Internetseite der Einrichtung oder auf andere geeignete Weise erfolgen könne. Als besonders geeignet erscheint eine Offenlegung im Anhang zur Jahresrechnung.

Die Offenlegung im Anhang zur Jahresrechnung hätte die Prüfung durch die Revisionsstelle zur Folge, was zu einem zusätzlichen Aufwand führt und von uns abgelehnt wird.

Wir ersuchen abschliessend nochmals darum, auf die vorgelegte Aktienrechtsreform zu verzichten. Für allfällige Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Verband Schweizerischer Kantonalbanken

Handwritten signature of Hanspeter Hess in black ink, featuring a stylized 'H' and 'H' followed by a long horizontal stroke.

Hanspeter Hess  
Direktor

Handwritten signature of Dr. Thomas Hodel in black ink, featuring a stylized 'T' and 'H' followed by a long horizontal stroke.

Dr. Thomas Hodel  
Vizedirektor

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

Zürich, 4. März 2015

## **Vernehmlassung Aktienrechtsrevision Stellungnahme Swiss Textiles**

Sehr geehrte Damen und Herren

Vielen Dank für die Möglichkeit zur Stellungnahme zur Aktienrechtsrevision, die wir hiermit gerne wahrnehmen.

Swiss Textiles ist der Gesamtverband der Schweizerischen Textil- und Bekleidungsindustrie und zählt gut 200 Mitgliedfirmen. Ein Teil unserer Mitglieder produziert noch vollständig in der Schweiz und ist auf optimale wirtschaftliche Rahmenbedingungen angewiesen. Die Branche wird durch KMU geprägt. Ca. 70% der ausgeführten Güter werden in die EU exportiert. Der Verband setzt sich im Interesse seiner Mitglieder für die Aufrechterhaltung des Wirtschaftsstandortes Schweiz sowie für ein unternehmerfreundliches Umfeld ein.

### **Einleitung**

Die 2007 gestartete „grosse“ Aktienrechtsrevision wurde wegen der kurz nach Publikation der entsprechenden Botschaft eingereichten und im März 2013 angenommenen Minder-Initiative an den Bundesrat zurückgewiesen und vom Parlament überarbeitet.

Nachdem das inzwischen per 1. Januar 2013 in Kraft stehende Rechnungslegungsrecht von der Vorlage abgespaltet wurde, regelt der vorliegende Vernehmlassungsentwurf weitere Aspekte im Sinne der Umsetzung der Minder-Initiative bzw. des dadurch in der Bundesverfassung neu eingefügten Artikels 95 Abs. 3. Dieser wurde bislang auf Verordnungsstufe (VergüV) umgesetzt und soll jetzt neu ins Bundesgesetz überführt.

Nachstehend lassen wir Ihnen unsere Anmerkungen zukommen, die sich grundsätzlich an diejenigen von SwissHoldings anlehnen. Überdies sind wir ebenfalls der Ansicht, dass sich hier ein koordiniertes Vorgehen der Verbände aufdrängt.

## **Grundsätzliche Überlegungen**

Mit der Aufhebung der Euro-Franken-Untergrenze vom 15. Januar 2015 durch die Schweizerische Nationalbank und der Tatsache, dass sich damit die Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Unternehmen auf den internationalen Märkten massiv verschlechtert hat, ist die Beurteilung der Revisionsvorlage unter dem Aspekt der Auswirkungen auf den Wirtschaftsstandort Schweiz noch wichtiger geworden. Der Wirtschaftsstandort Schweiz steht vor ernsthaften Herausforderungen. In dieser Situation gilt es, alles zu unterlassen, was zu zusätzlichen Verunsicherungen und vermeidbaren hohen Kosten bei den Unternehmen führen würde.

Aus unserer Sicht stellt sich deshalb die Frage nach der Notwendigkeit der vorgesehenen Aktienrechtsrevision im jetzigen Zeitpunkt; welche wir klar verneinen können. Die vorgeschlagene Revision mit ihren teilweise sehr weitgehenden Vorschlägen (insbesondere im Zusammenhang mit der Überführung der VegüV in ordentliches Recht, aber auch etwa bezgl. der Geschlechterquote und den neuen Sonderprozessregeln), hat bereits die Veröffentlichung des Revisionsvorhabens national wie auch international hohe Wellen geworfen und Verunsicherung verursacht.

In Anbetracht der aktuellen Wirtschaftslage muss es derzeit höchstes Ziel sein, bei den Unternehmen keine zusätzliche Verunsicherung zu schaffen und die Wirtschaft mit keinen weiteren vermeidbaren Regulierungskosten zu belasten. Beides ist der Fall, denn die vorgeschlagenen neuen Regeln werden sowohl für kotierte wie auch für nicht-kotierte Aktiengesellschaften einen grossen zusätzlichen Administrativaufwand zur Folge haben.

## **Überführung der VegüV ins Aktienrecht**

Die Annahme von Art. 95 Abs. 3 BV (Minder-Initiative) und die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung haben zu grundlegenden Veränderungen im Zusammenhang mit Generalversammlungen von kotierten Unternehmen geführt. Nach den jahrelangen Wirren um die Minder Initiative und ihren diversen Gegenanschläge war es in der VegüV nun gelungen, im Rahmen des Verfassungstextes Lösungen zu finden, die gerade noch wirtschaftsverträglich waren.

Dass es sich bei der VegüV lediglich um einen Übergangserlass handelt und deren Bestimmungen zu gegebener Zeit in ordentliches Recht zu überführen sein werden, ändert an dieser Beurteilung nichts. Die VegüV ist bekanntlich erst seit 1. Januar 2014 in Kraft. Einzelne Teile mussten erst per 1. Januar 2015 umgesetzt werden. Sie hat den Verfassungstext wortgetreu umgesetzt und geht an einigen Stellen gar darüber hinaus. Es bestehen aber noch kaum Erfahrungen bei der Anwendung der neuen Bestimmungen. Wenn erst über eine gewisse Zeit hinweg solche gewonnen werden, bevor die definitive Gesetzgebung erlassen wird, dient dies nicht zuletzt den Aktionären und der Werterhaltung ihrer Investitionen und damit der Zielsetzung des neuen Art. 95 Abs. 3 BV. Auch unter diesem Aspekt ist ein Aufschub der Revision angezeigt. Es muss mehr praktische Erfahrung mit der VegüV-Regelung gesammelt werden können, bevor bereits wieder neue Bestimmungen und Regelungsansätze zur Diskussion gestellt und die Unternehmen erneut mit neuen Anforderungen und Auflagen konfrontiert werden. Den Unternehmen und ihren Aktionären nach relativ kurzer Zeit schon wieder zuzumuten, wesentliche Statutenänderungen vorzunehmen, würde das Vertrauen in die Stabilität und Vorhersehbarkeit der Rahmenbedingungen in der Schweiz massiv beeinträchtigen.

Aus diesem Grunde sind wir klar der Ansicht, dass im jetzigen Zeitpunkt von einer Überführung der VegüV-Regelungen ins Aktienrecht abgesehen werden sollte.

### Anmerkungen zu einzelnen Artikeln des Vorentwurfs

- **E-Art. 626 Abs. 2 Ziffer 3** – gesetzlich vorgegebener Statuteninhalt / max. zulässiges Verhältnis zwischen fixer und gesamter Vergütung  
Der Vorentwurf sieht vor, dass das maximal zulässige Verhältnis zwischen der fixen und der gesamten Vergütung je für den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat zwingend in den Statuten anzugeben ist. Mit der Annahme von Art. 95 Abs. 3 BV (Minder-Initiative) soll den Generalversammlungen eine stärkere Mitsprache bei den Entlohnungen der Unternehmensführung gegeben werden. Der mit Art. 95 Abs. 3 BV gewählte Ansatz lässt es den Unternehmen offen, in welchem Verhältnis sie fixe und variable Vergütungen vorsehen wollen. Entscheidend ist, dass die Generalversammlung über die Gesamtvergütung zwingend abstimmen kann.  
  
Wir lehnen diesen Vorschlag sowohl aus grundsätzlichen Überlegungen wie auch aus Praktikabilitätsgründen ab.
- **E-Art. 689c Abs. 6 Ziff. 2** – Weisungen an die unabhängige Stimmrechtsvertretung  
Das neu im Vorentwurf enthaltene Erfordernis des Verwaltungsrats, sicherzustellen, dass den Aktionären auch zu Spontanträgen von anderen Aktionären Weisungsalternativen zur Verfügung stehen müssen, ist widersinnig und nicht praktikabel. Es ist unsinnig, wenn die Aktionäre, die nicht an der Versammlung teilnehmen, im Voraus Weisungen zu Anträgen geben sollen, die in diesem Zeitpunkt noch gar nicht bekannt sind.  
Deshalb ist Ziffer 2 zu streichen.
- **E-Art 697j** - Klage auf Kosten der Gesellschaft - Gefährliche Verzerrung der Prozessrisiken  
Wenn ein (wirtschaftlich nicht notleidender) Kläger ohne finanzielles Risiko (und allenfalls sogar unabhängig von seinen Prozessaussichten) klagen kann, verschiebt dies das Gefüge im Prozess. Es besteht damit das Risiko, eine Klägermentalität zu begründen. Die Kosten, welche einzelne Aktionärsgruppen verursachen würden, würden zu Lasten der Gesellschaft entstehen, mit der Folge, dass sich diese Kosten in einem geschmälernten Gewinn und schliesslich einer geschmälernten Dividende für das Gesamtaktionariat niederschlagen würden.  
  
Aus diesem Grunde empfehlen wir, den Art. 697j zu streichen.
- **E-Art. 700** - Form, Inhalt und Mitteilung der GV  
Klar abgelehnt wird die explizite Auflage, bei Verhandlungsgegenständen in der Generalversammlung die „Einheit der Materie“ zu wahren. Gerade auf politischer Ebene zeigt sich, wie schwierig im Einzelfall eine solche Verpflichtung zu handhaben ist. Ein absolutes Verbot von „Paketabstimmungen“ bei Generalversammlungsabstimmungen über Statutenrevisionen wäre überdies mit der erheblichen Gefahr von in sich unstimmigen Statuten oder gar Statuten mit sich widersprechenden Bestimmungen verbunden. Etwa bei Totalrevisionen von Statuten ist es sinnvoll, wenn den Aktionären ein ausbalanciertes Paket präsentiert werden kann.  
  
Wir lehnen den Verweis auf die Einheit der Materie ab, weil sie zu Unklarheiten für die Unternehmen führt.
- **E-Art. 703** – Beschlussfassung  
Der Vorentwurf sieht in Abs. 3 einen Paradigmenwechsel für die Beschlussfassung und Wahlen durch die GV bei börsenkotierten Gesellschaften vor. Soweit das Gesetz oder die Statuten nichts anderes bestimmen, soll die GV ihre Beschlüsse neu mit der Mehrheit der abgegebenen Aktienstimmen fassen. Unter geltendem Recht ist die Mehrheit der vertretenen Stimmrechte notwendig. Enthaltungen sollen zudem nicht als abgegebene Aktienstimmen gelten.

– **E-Art. 725ff.** - Sanierungsrecht

Wir begrüßen grundsätzlich die Neuerungen im Sanierungsrecht, da diese unternehmerfreundlich ausgestaltet sind.

– **E-Art. 734a Abs. 3 Ziff. 2+3** – individuelle Offenlegung des Vergütungsbetrags für Mitglieder der Geschäftsleitung

Die heutige Regelung, gemäss der in Bezug auf die Vergütung der Geschäftsleitung keine Einzeloffenlegung für die Vergütungen der einzelnen Geschäftsleitungsmitglieder vorgesehen ist, sondern der Gesamtbetrag für die Geschäftsleitung und der höchste auf ein Mitglied entfallende Betrag anzugeben sind, ist unserer Ansicht nach ausreichend und hat sich auch unter der neuen Ordnung der VegüV bewährt.

Wir beantragen daher, in Bezug auf die Offenlegung von Vergütungen für Mitglieder der Geschäftsleitung bei der bisherigen Regelung zu verbleiben.

– **E-Art. 734e** – Geschlechterquoten auf Stufe VR und GL

Der Vorentwurf schlägt im Sinne einer Best Practice „Comply Or Explain“-Regelung für börsennotierte Unternehmen in der Schweiz starre Geschlechterquoten von 30% sowohl auf Stufe Verwaltungsrat als auch auf Stufe Geschäftsleitung vor. Eine Festsetzung von Quoten für eine nachhaltige Frauenförderung ist weder sach- noch stufengerecht und würde zu einer Verzerrung auf dem Arbeitsmarkt führen. Überdies würde die Festsetzung einer Quote auf Stufe Geschäftsleitung einen Schweizer Alleingang bedeuten.

Deshalb lehnen wir Art. 734e klar ab.

– **E-Art. 735** – GV-Abstimmung über Vergütungen

Ende 2013 entschied der Bundesrat im Rahmen der in Kraft gesetzten Umsetzungsverordnung (VegüV), keine Präferenz eines Abstimmungsmodus mehr vorzuschreiben, sondern den Entscheid über den Abstimmungsmodus den Unternehmensstatuten zu überlassen. Nun stösst der Bundesrat seinen früheren Entscheid bereits wieder um und will im Rahmen des Vorentwurfs den einen Abstimmungsmodus – prospektive Abstimmung sowohl für fixe wie auch für variable Vergütungen – verbieten.

Das Verbot einer generell prospektiven Abstimmung ist auch aus arbeitsrechtlichen Überlegungen problematisch. Bereits die zwingende Regelung jährlicher Abstimmungen über die Vergütungen (Art. 735 Abs. 3 Ziff. 1 VE-OR) macht es bekanntlich arbeitsrechtlich unmöglich, mit den Geschäftsleitungsmitgliedern den Lohn als Hauptleistung im Arbeitsverhältnis verbindlich zu vereinbaren. Sie müssen somit rein rechtlich von Jahr zu Jahr für einen zum Voraus noch unbekanntes Lohn arbeiten, was doch sehr aussergewöhnlich ist. Diese arbeitsrechtlich problematische Situation verschärft sich massiv, wenn zusätzlich gefordert wird, dass die Generalversammlung über variable Lohnbestandteile nur retrospektiv abstimmen darf. Das Aktienrecht sollte unter all diesen Gesichtspunkten Flexibilität wahren, um den Unternehmen zu ermöglichen, die für sie richtige Abstimmungsvariante zu finden.

Aus diesem Grunde beantragen wir, den Art. 735 zu streichen.

– **E-Art. 735c** – Unzulässige Vergütungen

Im Sinne einer Präzisierung der arbeitsvertragsrechtlichen Gesetzesbestimmungen zum Konkurrenzverbot schlagen wir vor, es den Vertragsparteien offen zu lassen, für wie lange sie ein Konkurrenzverbot vereinbaren wollen (max. drei Jahre gemäss OR), aber klar festzuhalten, dass die Bemessungsgrundlage für eine marktübliche Entschädigung maximal für 12 Monate betragen darf.

Wir bedanken uns für die Berücksichtigung unserer Anmerkungen und stehen bei Fragen zu Ihrer Verfügung.

Swiss Textiles



Peter Flückiger  
Direktor



Liliane Sieber  
Ressort Arbeitgeber- und Sozialpolitik



12. März 2015

Bundesamt für Justiz  
Eidg. Handelsregisteramt  
Bundesrain 20  
3003 Bern

## Revision des Aktienrechts – Stellungnahme von SwissHoldings

Sehr geehrte Frau Bundespräsidentin Sommaruga

Am 28. November 2014 wurde der Vorentwurf zur Revision des Aktienrechts in die Vernehmlassung gegeben. Gerne unterbreiten wir Ihnen hiermit unsere Stellungnahme zum Revisionsvorentwurf.

### Haltung von SwissHoldings

#### Hauptantrag

- ▶ **Keine Weiterverfolgung des Revisionsvorhabens im gegenwärtigen Zeitpunkt** **S. 2**

#### Eventualantrag

- ▶ **Revisionsvorhaben so weiterführen, dass die Wirtschaft nicht zusätzlich belastet wird** **S. 4ff.**
  
- ▶ **Die Hauptanliegen**
  1. **Rechtssicherheit gewährleisten, VegüV-Regelungen nicht verändern** **S. 4**
  2. **Kein Sonderprozessrecht** **S. 9**
  3. **Geschlechterquote: Der Selbstregulierung eine Chance geben** **S. 11**
  
- ▶ **Weitere Anliegen** **S. 14**
  
- ▶ **Unterstützung von vorgeschlagenen Regelungen** **S. 25**

## **A. Grundsätzliche Bemerkungen**

SwissHoldings, der Verband der Industrie- und Dienstleistungskonzerne in der Schweiz, umfasst 61 der grössten Konzerne in der Schweiz, die zusammen rund 70% der gesamten Börsenkapitalisierung der SIX Swiss Exchange ausmachen. Unsere Mitgliedfirmen beschäftigen, global gesehen, über 50% aller Angestellten der multinationalen Unternehmen der Schweiz. In der Schweiz selber sind rund ein Drittel aller Erwerbstätigen direkt bei multinationalen Unternehmen angestellt. Über die zahlreichen Dienstleistungs- und Lieferaufträge, die sie an KMU erteilen, beschäftigen die multinationalen Unternehmen der Schweiz – direkt und indirekt – über die Hälfte aller Angestellten in der Schweiz.

Die Ausgestaltung des Gesellschafts- und insbesondere des Aktienrechts ist in hohem Masse standortrelevant. Nur ein Aktienrecht, das die Interessen und Bedürfnisse des Konzernstandortes adäquat berücksichtigt, erlaubt es, dass die SwissHoldings-Mitgliedfirmen und die anderen international tätigen Konzerne der Schweiz, ihre volkswirtschaftlich wichtige Rolle weiterhin wahrnehmen können.

### **Hauptantrag: Auf Revisionsvorhaben im gegenwärtigen Zeitpunkt verzichten**

Mit der kürzlichen Aufhebung der Euro-Franken-Untergrenze durch die Schweizerische Nationalbank und der Tatsache, dass sich damit die Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Unternehmen auf den internationalen Märkten massiv verschlechtert hat, ist die Beurteilung der Revisionsvorlage unter dem Aspekt der Auswirkungen auf den Wirtschaftsstandort Schweiz noch wichtiger geworden. Der Wirtschaftsstandort Schweiz steht vor ernsthaften Herausforderungen. In dieser Situation gilt es alles zu unterlassen, was zu zusätzlichen Verunsicherungen und vermeidbaren hohen Kosten bei den Unternehmen führen würde.

Es stellt sich daher vorab die Frage, ob es die vorgesehene Aktienrechtsrevision im jetzigen Zeitpunkt überhaupt braucht, das heisst, ob ein dringendes Regulierungsbedürfnis besteht. Aus unserer Sicht sind diese Fragen zu verneinen. Wie erwähnt muss es derzeit höchstes Ziel sein, bei den Unternehmen keine zusätzliche Verunsicherung zu schaffen und die Wirtschaft nicht mit neuen vermeidbaren Regulierungskosten zu belasten. Zu beidem käme es aber, wenn die vorgeschlagene Revision vorangetrieben würde. Die teilweise äusserst weit gehenden Vorschläge des Revisionsvorhabens (im Zusammenhang mit der Überführung der VegüV in ordentliches Recht, aber auch etwa betreffend Geschlechterquote und neuen Sonderprozessregeln), die dazu weit über das hinausgehen, was mit der Schweiz vergleichbare Jurisdiktionen vorsehen, haben bereits durch ihre Veröffentlichung national wie auch international hohe Wellen geworfen und Verunsicherung verursacht. Die vorgeschlagenen neuen Regeln werden sowohl für kotierte als auch für nicht-kotierte Aktiengesellschaften einen grossen zusätzlichen Administrativaufwand zur Folge haben.

Der Wiederherstellung der Rechtssicherheit und Stabilität des Schweizer Rechtsrahmens muss derzeit überragende Bedeutung zukommen. Dies ganz besonders dort, wo keinerlei Druck aus dem Ausland besteht. Nach den jahrelangen Wirren um die Minder-Initiative und ihre diversen Gegenvorschläge war es in der VegüV gelungen, im Rahmen des Verfassungstextes Lösungen zu finden, die gerade noch wirtschaftsverträglich waren. Gleichzeitig muss klar festgehalten werden, dass die VegüV das strengste „Say on Pay“ Regime der Welt verankert hat. Die börsenkotierten Firmen mussten die VegüV und die damit verbundenen Statutenänderungen ihren Investoren in zahlreichen Roadshows und bilateralen Treffen eben erst erklären. Es wäre für den Ruf

---

des Standorts Schweiz verheerend, wenn die entsprechende Regelung nun sogleich wieder geändert würde und den Investoren schon wieder Statutenänderungen angekündigt werden müssten.

Auch wenn die Vorlage einige wenige Vorschläge enthält, an welchen die Wirtschaft Interesse hätte, sind wir der klaren Ansicht, dass die Schweizer Wirtschaft diese derzeit nicht braucht. Deshalb sollte auf eine weitere Revision des Aktienrechts im gegenwärtigen Zeitpunkt verzichtet werden.

Dass es sich bei der VegüV lediglich um einen Übergangserlass handelt und deren Bestimmungen zu gegebener Zeit in ordentliches Recht zu überführen sein werden, ändert an dieser Beurteilung nichts. Die VegüV ist bekanntlich erst seit 1. Januar 2014 in Kraft. Einzelne Teile müssen erst per 31. Dezember 2015 umgesetzt werden. Sie hat den Verfassungstext wortgetreu umgesetzt. An einigen Stellen geht sie gar darüber hinaus. Es bestehen allerdings noch kaum Erfahrungen bei der Anwendung der neuen Bestimmungen. Wenn über eine gewisse Zeit hinweg solche erst gewonnen werden, bevor die definitive Gesetzgebung erlassen wird, dient dies nicht zuletzt den Aktionären und der Werterhaltung ihrer Investitionen und damit der Zielsetzung des neuen Art. 95 Abs. 3 BV. Auch unter diesem Aspekt ist ein Aufschub der Revision angezeigt. Es muss mehr praktische Erfahrung mit der VegüV-Regelung gesammelt werden können, bevor bereits wieder neue Bestimmungen und Regelungsansätze zur Diskussion gestellt werden.

Es kommt ein weiterer Punkt dazu, warum wir denken, dass es angezeigt wäre, die Revision im gegenwärtigen Zeitpunkt zu sistieren. Die Annahme von Art. 95 Abs. 3 BV und die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung haben zu grundlegenden Veränderungen im Zusammenhang mit Generalversammlungen von kotierten Unternehmen geführt. Die unabhängige Stimmrechtsvertretung etwa hat ein Gewicht erhalten, wie sie frühere institutionelle Stimmrechtsvertreter (Organ- oder Depotvertretung) nie in gleichem Umfang hatten. Das Gefühl von an der Generalversammlung teilnehmenden Aktionären, einem übermächtigen anonymen Block von Stimmen gegenüber zu stehen, hat sich dadurch verstärkt. Nach der Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 BV wäre es daher wichtig, die Rolle und Funktion der Generalversammlung aus einer umfassenden, ganzheitlichen Perspektive zu beleuchten. Letztlich geht es um die Thematik, wie – unter Einbezug der Vorgaben von Art. 95 Abs. 3 BV – eine moderne Generalversammlung optimal funktionsfähig ist. Fragen, die in diesem Zusammenhang im Raum stehen, sind etwa: Bedarf es der Anpassungen bei der Konzeption der Generalversammlung? Über welche Kompetenzen soll diese künftig verfügen? Wie soll sie abgehalten werden und wie kann das bisherige Recht optimal mit den neuen Vorgaben unter Art. 95 Abs. 3 BV in Einklang gebracht werden? Punktuell nimmt der Vorentwurf einige Aspekte auf, etwa durch den Vorschlag eines Aktionärsforums (Elektronisches Forum) oder auch durch den Versuch, der Dispoaktienproblematik mittels eines Dividendenzuschlags respektive –abschlags beizukommen. Die entsprechenden Vorschläge sind jedoch unausgegoren und grösstenteils unpraktikabel. Unseres Erachtens fehlt bisher eine umfassende Analyse der Thematik mit entsprechenden Lösungsvorschlägen. Eine Sistierung der Aktienrechtsrevision könnte genutzt werden, um eine Expertengruppe / Groupe de Réflexion einzusetzen, die sich der Thematik aus einer gesamtheitlichen, längerfristigen Sicht annimmt. Ein solches Gremium müsste aus Expertinnen und Experten aller in diesem Zusammenhang relevanter Kreise bestehen. Die Expertise der Wirtschaft müsste in diese Arbeiten selbstverständlich eingebunden sein, auch um die Praktikabilität der Lösungen sicherzustellen.

---

## **Eventualantrag: Revisionsvorhaben so weiterführen, dass die Wirtschaft nicht zusätzlich belastet wird**

Wenn die Aktienrechtsrevision trotz dieser gravierenden Bedenken weitergeführt würde, wäre es umso wichtiger, dass den vorstehenden Überlegungen zur Vermeidung von zusätzlicher Verunsicherung und Kosten auch im weiteren Verlauf der Behandlung der Vorlage grösstmögliche Beachtung geschenkt wird. Zur Wahrung der Rechtssicherheit ist entscheidend, dass insbesondere bei der Überführung der VegüV in das Aktienrecht keine grundlegenden Änderungen an der geltenden Regelung (wie sie im Vorentwurf zum Teil enthalten sind) vorgenommen werden.

Für den Fall, dass der Bundesrat entgegen unserem Hauptantrag (derzeitiger Verzicht auf die Weiterführung der Aktienrechtsrevision) beschliessen würde, dem Parlament eine Botschaft zu unterbreiten, nehmen wir zum Vorentwurf wie folgt Stellung. Wir gliedern unsere Ausführungen dabei wie folgt:

- Unter Bst. B legen wir unsere Hauptanliegen in Bezug auf die Überarbeitung des Vorentwurfs dar.
- Unter Bst. C führen wir weitere wichtige Anliegen auf.
- Unter Bst. D gehen wir auf im Vorentwurf vorgeschlagene Regelungen ein, die in einer allfälligen Botschaft übernommen werden sollten.
- Bst. E enthält schliesslich die Schlussbemerkungen.

## **B. Hauptanliegen im Falle einer Weiterführung der Revision**

### **1. Rechtssicherheit gewährleisten, VegüV-Regelungen nicht verändern**

#### **Einleitung**

Mit der Annahme der Minder-Initiative hat die Schweiz einen Weg zur Ausgestaltung ihres Gesellschaftsrechts gewählt, der sich erheblich von den Regelungen in der EU, in den USA und in anderen Ländern unterscheidet. Eine bindende Abstimmung über die Beträge der Entschädigung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung gibt es in keinem anderen Land der Welt. Dies hat zu grossen Verunsicherungen bei den Unternehmen und Investoren geführt. Mit grossem Aufwand und in vielen Roadshows haben die betroffenen Unternehmen den (internationalen) Investoren die neuen Regelungen erklärt und versucht, das verloren gegangene Vertrauen wieder her zu stellen. Insbesondere weil mit der Umsetzung der Minder-Initiative erhebliche Zusatzkosten für die Unternehmen einhergingen und weil einige Bestimmungen inkompatibel mit Regelungen in anderen Ländern sind, haben sich dennoch einige Unternehmen von den Schweizer Börsen dekotieren lassen (u.a. Berner Oberland Bahnen AG, BLS, Swisstech Invest, Weatherford,). Andere Unternehmen haben der Schweiz gar den Rücken gekehrt (u.a. Noble, Pentair, Tyco Holding). Neukotierungen in der Schweiz von Unternehmen aus dem Ausland sind seither gänzlich ausgeblieben.

Vor diesem Hintergrund ist es zentral, dass nicht mit wieder geänderten Regelungen die Verunsicherung neu geschürt wird. Es bedarf einer klaren Kontinuität. Vorerst haben Erfahrungen mit den VegüV-Regeln gesammelt zu werden, bevor die Unternehmen bereits wieder mit neuen Anforderungen und Auflagen konfrontiert werden. Den Unternehmen und ihren Aktionären nach relativ kurzer Zeit schon wieder zuzumuten, wesentliche Statutenänderungen vorzunehmen, würde das Vertrauen in die Stabilität und Vorhersehbarkeit der Rahmenbedingungen in der Schweiz gravierend beeinträchtigen.

---

In dieser Hinsicht, erachten wir die Änderung der folgenden Bestimmungen des Vorentwurfs als unbedingt nötig.

**E-Art. 626 Abs. 2 Ziffer 3 – gesetzlich vorgegebener Statuteninhalt / max. zulässiges Verhältnis zwischen fixer und gesamter Vergütung**

Der Vorentwurf sieht vor, dass das maximal zulässige Verhältnis zwischen der fixen und der gesamten Vergütung je für den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat zwingend in den Statuten anzugeben ist. Der Erläuternde Bericht macht keine Angaben darüber, welcher Zweck mit diesem Vorschlag einer neuen zwingenden Norm verfolgt werden soll. Vermutungsweise soll es darum gehen, Unternehmen mittels einer erhöhten Transparenz dazu zu bringen, den Anteil der variablen Vergütungen gegenüber den fixen Vergütungen stärker zu begrenzen.

Wir lehnen den Vorschlag sowohl aus grundsätzlichen Überlegungen als auch aus Praktikabilitätsgründen ab. Mit der Annahme von Art. 95 Abs. 3 BV (Minder-Initiative) wurde der Weg gewählt, den Generalversammlungen eine stärkere Mitsprache bei den Entlohnungen der Unternehmensführung zu geben. Dies gegen den der Initiative entgegengestellten indirekten Gegenvorschlag, der den Unternehmen, statt der (zwingenden) Mitsprache der Generalversammlung, detailliertere Vorgaben im Vergütungsreglement auferlegen wollte. Der von den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern mit der Schaffung von Art. 95 Abs. 3 BV gewählte Ansatz lässt es den Unternehmen offen, in welchem Verhältnis sie fixe und variable Vergütungen vorsehen wollen. Entscheidend ist, dass die Generalversammlung über die Gesamtvergütung zwingend abstimmen kann. Der gemachte Vorschlag widerspricht unter diesem Aspekt dem mit Art. 95 Abs. 3 BV geschaffenen systemischen Ansatz.

Erfahrungen im Finanzbereich legen nahe, dass durch eine Regelung, wie sie vorgeschlagen wird, die fixen Vergütungen und damit auch die Fixkosten der Unternehmen tendenziell deutlich erhöht würden. In der Industrie sind die Gefahren einer übertriebenen Risikobereitschaft der Unternehmensleitung wesentlich kleiner als im Finanzbereich. Daher hat sich auch eine entsprechende europäische Regelung auf den Finanzbereich beschränkt.

Unter Praktikabilitätsüberlegungen stellt sich insbesondere die Frage, wie unter einem gesetzlichen Erfordernis der prozentmässigen Zuteilung von variablen und fixen Vergütungen mit „Long-term Incentive Plans (LTI)“ umgegangen werden soll. Entsprechende Zuteilungen (Grant) erfolgen häufig gar nicht erfolgsabhängig, sondern werden fix in Prozenten des Basissalärs ausgedrückt (Müller/Oser, Praxiskommentar VegüV, Art. 18 N 181). Das bedeutet, dass in der Praxis die zwischen einer langfristigen variablen Komponente und der fixen Vergütung bestehenden Unterschiede sehr gering sind. Entsprechend ergeben sich unter der vorgeschlagenen Bestimmung erhebliche Zuteilungsprobleme.

Wir beantragen daher, auf den neuen Art. 626 Abs. 2 Ziff. 3 zu verzichten.

**E-Art. 735 – GV-Abstimmung über Vergütungen**

Wie erwähnt hat sich die Schweiz im Rahmen der VegüV bereits heute das schärfste „Say on Pay“-Recht der Welt auferlegt. Gemäss E-Art. 735 Abs. 3 Ziff. 4 soll nun aber zusätzlich der rein prospektive Abstimmungsmodus sowohl über die fixe wie auch über die variable Vergütung als unzulässig erklärt werden. Dieser Vorschlag des Bundesrates überrascht und er ist einer der

Hauptgründe für die erneute Verunsicherung von Unternehmen und Investoren. Dies insbesondere auch, weil der Bundesrat damit innert kürzester Zeit in dieser Sache bereits seinen dritten Regelungsansatz präsentiert.

- Mitte 2013, im Vorentwurf zur Umsetzungsverordnung zu Art. 95 Abs. 3 BV (VgdA) schlug der Bundesrat vor, dass Generalversammlungen grundsätzlich prospektiv über die fixen und retrospektiv über die variablen Vergütungen abzustimmen hätten, die Statuten aber eine prospektive GV-Abstimmung sowohl für fixe wie auch für variable Vergütungen vorsehen könnten.
- Ende 2013, nach Abwägung aller Vor- und Nachteile beider Ansätze, entschied sich der Bundesrat im Rahmen der in Kraft gesetzten Umsetzungsverordnung (VegüV), keine Präferenz eines Abstimmungsmodus mehr zu stipulieren, sondern den Entscheid über den Abstimmungsmodus den Unternehmensstatuten zu überlassen.
- Ende 2014, ohne über wirkliche Erfahrung mit den von den Unternehmen gewählten Abstimmungsverfahren zu verfügen, stösst der Bundesrat seinen früheren Entscheid bereits wieder um und will nun im Rahmen des Vorentwurfs zur Aktienrechtsrevision den einen Abstimmungsmodus – prospektive Abstimmung sowohl für fixe als auch für variable Vergütungen – verbieten.

Nach eingehender sachlicher Auseinandersetzung mit den Vor- und Nachteilen der verschiedenen gemäss VegüV möglichen Abstimmungsverfahren<sup>1</sup>, hat sich der grösste Teil der kotierten Gesellschaften (gemäss einer Studie von ethos drei Viertel der grössten 150 Gesellschaften; zum gleichen Resultat kommt auch eine von Prof. Rolf Watter präsentierte Studie<sup>2</sup>) für einen rein prospektiven Abstimmungsmodus entschieden. Ein auch aus Sicht der Investoren massgeblicher Aspekt war dabei, dass mit einem rein prospektiven Abstimmungsmodus bessere Rechtssicherheit für die Angestellten geschaffen werden kann (vgl. unten). Die Unternehmen haben ihre Statuten entsprechend angepasst, in den meisten Fällen mit einer Zustimmung von rund 90% der Generalversammlung. Dies im berechtigten Vertrauen darauf, dass der Bundesrat nicht nach kurzer Zeit wieder seine Meinung ändern würde.

Viele Unternehmen haben die ausschliesslich prospektive zwingende Abstimmung mit einer Konsultativabstimmung über den Vergütungsbericht verbunden, was zu einer Behandlung der Vergütungsthematik durch die Generalversammlung geführt hat, die auch von den internationalen Investoren verstanden und mitgetragen wird.

Das Verbot der von der grossen Mehrheit der Unternehmen (bzw. ihren Aktionären) gewählten Abstimmungsvariante würde die von der VegüV mit neuen Rechten ausgestatteten Aktionäre in diesem Bereich gleich wieder entmündigen. Gerade grosse internationale Investoren haben nur dank dieser Umsetzungsvariante ihre Bedenken aufgegeben, dass die Schweizer Unternehmen nicht mehr kompetitiv sein würden und nicht mehr die Führungskräfte finden könnten, derer sie auf dem globalen Markt bedürfen.

Ein Verbot einer generell prospektiven Abstimmung ist auch aus arbeitsrechtlichen und arbeitsvertraglichen Überlegungen problematisch. So ist denkbar, dass bei einem Verbot von prospektiven Abstimmungen über variable Vergütungen das Unternehmen in eine Situation kommen

<sup>1</sup> Wichtig in diesem Zusammenhang das SWIPRA-Positionspapier vom 1. Dezember 2013 zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen (VegüV) <http://swipra.ch/dezember-2013-swipra-position-zur-verordnung-gegen-übermässige-vergütungen-veguv/>

<sup>2</sup> CFOs Abendveranstaltung: VegüV – Erste Erfahrungen in der Umsetzung, <http://blog.hslu.ch/cfos/2014/06/28/cfos-abendveranstaltung-veguev-erste-erfahrungen-in-der-umsetzung/>

kann, wo es seine arbeitsvertraglichen Abmachungen mit Geschäftsleitungsmitgliedern nicht honorieren kann. Dies bspw. dann, wenn bei Eintritt deren Voraussetzungen variable Vergütungsbestandteile an sich geschuldet wären, das Unternehmen diese wegen einem negativen Beschluss der Generalversammlung (z.B. wegen mittlerweile verschlechterter Ertragslage des Unternehmens) aber nicht auszahlen darf. Könnten Geschäftsleitungsmitgliedern in Zukunft keine variablen Lohnbestandteile bei Erreichen der entsprechenden Vorgaben mehr zugesichert werden, so ist dies unter Standortaspekten sowie im Rekrutierungsprozess höchst nachteilig. Gerade die besten Manager dürften kaum bereit sein, bei einer Erstanstellung (insbesondere bei einer Relokation aus dem Ausland) den gesamten variablen Vergütungsanteil unter das letztlich willkürliche „Vielleicht“ eines am Arbeitsvertrag nicht Beteiligten (der Generalversammlung) zu stellen. Nur eine rein prospektive Abstimmungsvariante ermöglicht es den Gesellschaften zudem, im Falle eines Negativentscheides noch rechtzeitig eine ausserordentliche Generalversammlung durchzuführen, bevor die Geschäftsleitung kündigen kann, weil ein wesentlicher Vertragsbestandteil entfallen ist. Der rein prospektive Abstimmungsmodus schafft deshalb Rechtssicherheit.

Ferner gilt es zu bedenken, dass sich bei retrospektiven Abstimmungen über einzelne Vergütungselemente an der Generalversammlung Widersprüche ergeben können zwischen der Genehmigung des Jahresberichts und des Vergütungsberichts (unter Vorbehalt der anschliessenden Genehmigung der retrospektiven Vergütungsteile) und den unter einem späteren Traktandum (Abstimmungen über die Gesamtvergütungen) erfolgenden retrospektiven Abstimmung über diese Vergütungsteile.

Im Anhang zum Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (Ziff. 38) wird die Möglichkeit aufgeführt, bei einer rein prospektiven Abstimmung den Vergütungsbericht einer Konsultativabstimmung vorzulegen. Diese ergänzende Massnahme haben, wie erwähnt, viele Unternehmen eingeführt. Sie gibt den Generalversammlungen die Möglichkeit, sich auch retrospektiv über die erfolgten Vergütungen zu äussern, ohne aber die operative Handlungsfähigkeit der Unternehmen zu gefährden. Eine solche retrospektive Konsultativabstimmung über den Vergütungsbericht oder das Vergütungssystem entspricht der globalen Best Practice.

Auch wenn einige (wenige) Unternehmen namentlich der Finanzbranche einen teilweise retrospektiven Ansatz gewählt haben, gilt es die dargelegten, gewichtigen Argumente für den prospektiven Weg zu berücksichtigen. Das Aktienrecht sollte unter all diesen Gesichtspunkten Flexibilität wahren, um den Unternehmen zu ermöglichen, die für sie richtige Abstimmungsvariante zu finden und in den nächsten Jahren auszutesten. Die Aktionäre sollten in dieser Frage nicht schon wieder entmündigt werden.

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen und in der vorgeschlagenen Form beantragen wir, Art. 735 Abs. 3 Ziff. 4 zu streichen.

### **E-Art. 735a – Zusatzbetrag**

Der Vorentwurf präzisiert gegenüber der entsprechenden Regelung der VegüV (Art. 19), dass der Zusatzbetrag nicht auch für beförderte bisherige Mitglieder der Geschäftsleitung verwendet werden kann. Wir erachten diese Einschränkung nicht für nötig und in dieser Form auch nicht für angebracht. Es ist durchaus denkbar, dass ein bestehendes Mitglied der Geschäftsleitung neue Funktionen übernehmen muss, die zusätzlich abzugelten sind. In der Praxis zeigt sich gar, dass, zumindest für eine Übergangszeit, sehr oft interne Personen vakante Funktionen besetzen. Es ist

nicht einsichtig, warum nur dann der Zusatzbetrag verwendet werden könnte, wenn für diese Funktionen ein neues Mitglied gewählt wird, nicht aber dann, wenn ein bestehendes Mitglied diese Funktion übernimmt. Die vorgeschlagene Regelung schafft eine Ungleichbehandlung zwischen internen und externen Bewerbern für die neue Funktion. Selbstverständlich sollen reine Lohnerhöhungen nicht durch den Zusatzbetrag abgedeckt werden können.

Um dies klar zu stellen, beantragen wir das Folgende vor:

- Belassen des Wortlauts von E-Art. 735a Abs. 1 gemäss Art. 19 Abs. 1 VegüV
- Präzisierung von E-Art. 735a Abs. 2 wie folgt: ... für die Vergütung der neuen Mitglieder oder der neuen Funktionen bestehender Mitglieder ausreicht.

### **E-Art. 735c – Unzulässige Vergütungen**

Im Sinne einer Präzisierung der Regelung zum Konkurrenzverbot schlagen wir vor, es den Arbeitsvertragsparteien zwar offen zu lassen, für wie lange sie ein Konkurrenzverbot vereinbaren wollen, aber klar festzuhalten, dass die Bemessungsgrundlage für eine marktübliche Entschädigung für das Konkurrenzverbot (unabhängig von dessen Dauer) maximal für 12 Monate betragen darf (E-Art. 735c Abs. 3). Insbesondere in Branchen, in welchem das Geistige Eigentum einen wesentlichen Erfolgsfaktor darstellt, ist es zur Absicherung des Unternehmens regelmässig erforderlich, Konkurrenzverbote, welche 12 Monate übersteigen, zu vereinbaren. Mit der rein monetären Begrenzung der Karrenzenschädigung wird vermieden, unnötig in die Vertragsfreiheit zwischen dem Unternehmen und seinen Angestellten einzugreifen. Gleichzeitig wird der Zweck der im Vorentwurf vorgeschlagenen Regelung gewahrt. Wegen des gemäss unserem Vorschlag möglichen Auseinanderfallens der Dauer des Konkurrenzverbots zur maximalen Bemessungsgrundlage für die Karrenzenschädigung (12 Monate), müsste zumindest in den Materialien klar festgehalten werden, dass es sich hier um eine *lex specialis* zum Arbeitsrecht handelt (wo die Karrenzenschädigung die Dauer des Konkurrenzverbots reflektieren muss).

E-Art. 735c Abs. 1 Ziff. 5 verlangt, dass Antrittsprämien nur dann zulässig sind, wenn sie einen klar nachweisbaren finanziellen Nachteil kompensieren. Was der Unterschied zwischen einem „klar nachweisbaren“ und einem „nachweisbaren“ finanziellen Nachteil sein soll, ist nicht verständlich und wird im Erläuternden Bericht auch nicht erklärt. Die Beweisanforderung „klar nachweisbar“ findet sich auch sonst nirgends. Im Übrigen verweisen wir auch hier auf die Regelung im Swiss Code of Best Practice.

Zusammenfassend beantragen wir:

- E-Art. 735c Abs. 3 zu streichen und gleichzeitig in E-Art. 735c Abs. 1 Ziff. 3 den Zusatz beizufügen „; eine solche darf maximal für einen Zeitraum von 12 Monaten bemessen werden“
- Antrittsprämien als unzulässig zu bezeichnen, wenn sie keinen [...] nachweisbaren finanziellen Nachteil kompensieren.

### **E-Art. 154 StGB - Strafbestimmung**

E-Art. 154 Abs. 3 StGB schlägt neu vor, das Erfordernis des direkten Vorsatzes in Bezug auf die Begehung der Tathandlungen von Absatz 1 und 2 des gleichen Artikels durch den Wortlaut „Nimmt der Täter die Möglichkeit der Verwirklichung einer Tat nach Absatz 1 und 2 lediglich in Kauf, so macht er sich nach diesen Bestimmungen nicht strafbar“ zu regeln. Art. 24 VegüV verwendete dazu bisher die Terminologie „wider besseres Wissen“.



Auch hier wird die VegüV ohne Not und ohne Begründung abgeändert. Es gibt aus unserer Sicht keinen Grund, vom bisher verwendeten Wortlaut abzuweichen. „Wider besseres Wissen“ stipuliert das Erfordernis des direkten Vorsatzes im Prinzip in gleicher Weise wie der neu vorgeschlagene Wortlaut in E-Art. 154 Abs. 3 StGB. Der entscheidende Unterschied liegt allerdings darin, dass für die primären Bestimmungsadressaten, die in der Regel keine Strafrechtler, sondern die Mitglieder von Unternehmensführungen sind, „wider besseres Wissen“ bedeutend verständlicher ist als E-Art. 154 Abs. 3 StGB. Explizit gesetzlich festzuhalten, dass nicht strafbar ist, wer die Rechtsverletzung lediglich in Kauf nimmt, hat im Gegenteil etwas verharmlosendes an sich, was sicher nicht das Signal ist, das der neue Gesetzestext aussenden will und soll. Der neue Wortlaut in E-Art. 154 Abs. 3 StGB führt zu einer unnötigen Abweichung von der VegüV, die lediglich die Auswirkung hat, die Regelungsadressaten zusätzlich zu verunsichern.

Wir beantragen daher, zur Regelung des Erfordernisses des direkten Vorsatzes, wie bis anhin in Art. 24 VegüV, den Terminus „wider besseres Wissen“ zu verwenden.

### **E-Art. 71a & 71b AHVG – Stimmpflicht der Vorsorgeeinrichtungen**

Wir lehnen eine zwingende Verpflichtung zur Abstimmung über alle Traktanden ab. Was verfassungsmässig erforderlich ist, hat der Bundesrat in der VegüV festgelegt. Es gibt keinen Grund, darüber hinaus Aktionären – auch nicht Vorsorgeeinrichtungen – einen Stimmzwang aufzuerlegen. Ein umfassender gesetzlicher Stimmzwang für Vorsorgeeinrichtungen würde zu einem grundsätzlichen Paradigmenwechsel führen, der so weder verfassungsrechtlich vorgesehen, noch sachlich begründet ist. Eine Vorsorgeeinrichtung wird auch ohne neuen gesetzlichen Zwang ihre Stimme zu anderen als den vorgeschriebenen Traktanden abgeben, wenn sie dies mit Blick auf die Interessen ihrer Destinatäre als erforderlich erachtet. Dazu ist sie im Übrigen unter den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Schweizer Vorsorgerechts bereits verpflichtet. Auch die Richtlinien für Institutionelle Investoren halten Vorsorgeeinrichtungen an, wenn dies im Interesse der Destinatäre geboten ist, die Stimmrechte an der Generalversammlung auszuüben (Ziff. 1 der Richtlinien). Die Aktienrechtsrevision soll daher auch in dieser Hinsicht nicht kostentreibend überregulieren.

Wir beantragen daher, die bisherige Aufzählung der Traktanden, unter der eine Stimmabgabe durch die Vorsorgeeinrichtungen zwingend zu erfolgen hat (bisheriger Art. 22 Abs. 1 Ziff. 1-3 VegüV), beizubehalten.

### **E-Art. 734a Abs. 3 Ziff. 2+3 – individuelle Offenlegung des Vergütungsbetrags für Mitglieder der Geschäftsleitung**

Eine weitere unbegründete Änderung der Vergütungsregelung stellt der Vorentwurfsvorschlag der individuellen Offenlegung von Vergütungen der Geschäftsleitungsmitglieder. Wir gehen darauf nachstehend unter „Weitere Anliegen“ ein.

## **2. Kein „Sonderprozessrecht“**

### **Einleitung**

Den prozessrechtlichen Rahmenbedingungen, mit denen die Unternehmen an einem Standort konfrontiert sind, wird bei der Beurteilung eines Unternehmensstandortes grösste Bedeutung bei-

gemessen. Exemplarisch zeigt sich dies in den USA, wo eine grosse Anzahl der Firmen in Delaware inkorporiert ist, weil dort die Klagerechte und das prozessrechtliche Umfeld vergleichsweise moderat sind. Die Thematik hat in letzter Zeit deswegen zusätzliche Beachtung erhalten, weil in verschiedenen Staaten – vermeintlich gut gemeinte – Prozessrechtserleichterungen für Kläger gegenüber Unternehmen zu missbräuchlichen Klageverfahren geführt haben. So sind Fälle notorisch, wo Klagen erhoben wurden, nicht weil die „Klägerkonsortien“ berechnete Aussicht auf Prozesserfolg hatten, sondern im Wissen, dass den Unternehmen ein Vergleich „abgerungen“ werden konnte, weil diese die negative Publizität eines Prozesses unbedingt würden vermeiden wollen. Bisher war man sich daher zu Recht in der Schweiz weitgehend einig, dass keine übertrieben, klägerfreundliche Prozesskultur geschaffen werden sollte.

Wir haben in verschiedener Beziehung grosse Vorbehalte gegenüber den neuen, erweiterten Klagerechten, die der Vorentwurf vorschlägt:

- Vorab scheint der Vorentwurf pauschal davon auszugehen, dass Unternehmen und deren Exponenten stärker kontrolliert und Personen, welche gegen sie Prozesse führen, durch das Gesetz unterstützt werden müssen; diesem Stereotyp ist, wie gerade die angesprochenen ausländische Beispiele zeigen, entschieden zu widersprechen;
- Unterschiedliche prozessrechtliche Bestimmungen in verschiedenen Gesetzen führen zu einer unnötigen und schädlichen Zersplitterung des Prozessrechtes;
- Schliesslich schlagen die Vorschläge auch inhaltlich den falschen Weg ein. Dadurch, dass eine von der Mehrheit der Aktionäre an der Generalversammlung abgelehnte Klage von einer kleinen Minderheit auf Kosten der Gesellschaft trotzdem erhoben werden könnten, würde missbräuchlichen Klageerhebungen bspw. von aktivistischen Hedge Funds und Prozessanwälten geradezu Vorschub geleistet. Unternehmen könnten dadurch unter Druck gesetzt und ungerechtfertigterweise destabilisiert werden.

Die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) ist erst seit etwas über drei Jahren in Kraft. Sie ersetzte am 1. Januar 2011 die 26 kantonalen Zivilprozessordnungen sowie diverse Verfahrensbestimmungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) und des Schweizerischen Obligationenrechts (OR). Eigentlicher Sinn und Zweck der Schaffung einer bundesrechtlichen Zivilprozessordnung war es, die grosse Rechtszersplitterung im Bereich des Zivilprozessrechtes durch eine gesamtschweizerische Ordnung zu ersetzen. Dadurch, dass der Vernehmlassungsvorschlag nur für das Aktienrecht geltende Bestimmungen mit Prozessrechtscharakter vorschlägt, würde im Effekt wieder ein sektorielles Sonderprozessrecht geschaffen. Mit der Harmonisierungs-Zielsetzung der ZPO ist dies nicht vereinbar.

### **E-Art 697j f. - Klage auf Kosten der Gesellschaft**

#### **Gefährliche Verzerrung der Prozessrisiken**

Der Vorentwurf schlägt mit E-Art. 107 Abs. 1<sup>bis</sup> ZPO vor, dass das Gericht die Prozesskosten bei Abweisung gesellschaftsrechtlicher Klagen, die auf Leistung an die Gesellschaft lauten (Art. 678 und Art. 756 OR), nach Ermessen auf die Gesellschaft und die klagende Partei verteilen kann. Damit kann dem allfälligen Bedürfnis eines Aktionärs nach Kostenerleichterung bereits genügend Rechnung getragen werden. Mit den darüber hinausgehenden Vorschlägen im Rahmen von E-Art. 697j f. würde einem potenziell sehr breiten Personenkreis ein Prozessieren ohne eigenes finanzielles Risiko erlaubt. Es besteht damit das Risiko, dass – wie in anderen Ländern – eine neue Kultur des Prozessierens mit dem bereits erwähnten Missbrauchspotenzial auch im

Schweizer Recht Einzug hielte. Dies gilt es, unbedingt zu vermeiden. Die Kosten, welche einzelne Aktionärsgruppen verursachten, würden zu Lasten der Gesellschaft entstehen, mit unabdingbaren negativen Folgen für das Gesamtaktionariat.

#### Fragwürdiges, kompliziertes und teures Verfahren

Im Rahmen der Anwendung von E-Art. 697k müsste der Richter eine Prognose über den Ausgang eines Verantwortlichkeits- oder Rückerstattungsprozesses abgeben. Bei solchen Klagen haben in der Regel komplexe Rechts- und Sachverhaltsfragen geklärt zu werden. Eine entsprechende Prognose wäre entweder sehr aufwändig oder aber nur willkürlich zu erbringen. Schliesslich ist der vorgeschlagene Kaskadenmechanismus von E-Art. 697k grundsätzlich in Frage zu stellen. Es ist nicht ersichtlich, weswegen der Richter besser als die Aktionärsmehrheit befähigt sein soll, zu entscheiden, was im Interesse der Gesellschaft ist und was nicht. Es ist auch fragwürdig, dass der Richter einen Entscheid des Aktionariates lediglich auf Antrag eines unterliegenden Minderheitsaktionärs hin umkehren darf. Das vorgeschlagene Verfahren ist zudem ausserordentlich kompliziert: es haben faktisch zwei Prozesse stattzufinden: in einer ersten Phase geht es um die Frage, ob die Gesellschaft die Kosten trägt und dann in einer zweiten Phase um die Haftung der Organe.

#### Unberechenbare Auswirkungen des Spontanantrages

Völlig verfehlt ist schliesslich E-Art. 703, welcher die Möglichkeit eines Spontanantrages für eine Klage auf Kosten der Gesellschaft an der GV vorsieht. Wie wir nachstehend, unter „Weitere Anliegen“ zu E-Art. 703 erläutern, besteht unter der vom Vorentwurf vorgeschlagenen Regelung eine erhebliche Gefahr von Zufallsmehrheiten bei Spontananträgen an einer Generalversammlung. Würde nun auch für die Erhebung einer Klage auf Kosten der Gesellschaft lediglich ein Spontanantrag verlangt, würden missbräuchliche Klageerhebungen bspw. von aktivistischen Aktionären noch zusätzlich begünstigt.

Wir beantragen daher, die Art. 697j, 697k zu streichen und Art. 703 in der gegenwärtigen Form zu belassen.

### **3. Geschlechterquote: Der Selbstregulierung eine Chance geben**

#### **E-Art. 734e – Geschlechterquoten auf Stufe Verwaltungsrat und Geschäftsleitung**

Der Vorentwurf schlägt im Sinne einer Best Practice „Comply Or Explain“-Regelung für grössere kotierte Unternehmen in der Schweiz starre Geschlechterquoten auf Stufe Verwaltungsrat und Geschäftsleitung vor. Wir lehnen diesen Vorschlag ab, weil er weder sach- noch stufengerecht ist und einen standortgefährdenden Schweizer Alleingang anvisiert.

Vorab möchten wir aber festhalten, dass die Ablehnung des Vorschlags des Vorentwurfs keineswegs bedeutet, dass die Wirtschaft das Anliegen der Frauenförderung nicht ernst nimmt und unterstützt. In Schweizer Unternehmen laufen denn auch umfassende Initiativen, mit dem Ziel, den Frauenanteil auf Führungsebene zu erhöhen. Interne Förderprogramme und externe Firmennetzwerke haben stetigen Zuwachs. In Konkretisierung von unternehmensinternen Zielsetzungen werden mit einem Bündel von Massnahmen höhere Frauenanteile angestrebt, darunter frauenspezifische Leadership-Programme, firmenübergreifendes Mentoring sowie zahlreiche Netzwerk-Anlässe. Es kann heute kein Zweifel bestehen, dass die Frauenförderung in den allermeisten Unternehmen als geschäftsmässig begründete und für den wirtschaftlichen Erfolg massgebliche

Notwendigkeit anerkannt ist. Auf das Potenzial der Frauen in vielen Führungspositionen können die Unternehmen heute gar nicht mehr verzichten.

### Der Selbstregulierung eine echte Chance geben

Der kürzlich revidierte «Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance», hat die Thematik aufgenommen und hält die Erwartung fest, dass beide Geschlechter im Verwaltungsrat vertreten sein sollen. Zusätzlich soll der Verwaltungsrat unter dem Swiss Code eine angemessene Diversität seiner Mitglieder sicherstellen<sup>3</sup>. Die gewählten Formulierungen wurden nach intensiven Abklärungen und Abwägungen beschlossen<sup>4</sup>; hierbei konnte auf umfangreiche Empirie und auch auf Erfahrungen im Ausland zurückgegriffen werden. Das Beispiel Finnland hat bewiesen, dass mit einer vergleichbaren Regelung in den Verwaltungsräten ein Frauenanteil von rund 30% erreicht werden kann<sup>5</sup>.

Diesen sichtlich intensivierten Bestrebungen in den Unternehmen selber und auf Ebene der Selbstregulierung muss unbedingt eine Chance gegeben werden. Eine gesetzgeberische Intervention mit einer Quotenvorgabe „von oben“ wäre jetzt verfehlt.

### Quoten sind für die Frauenförderung grundsätzlich problematisch

Wir erachten starre Quoten für eine nachhaltige Frauenförderung grundsätzlich als nicht geeignet. Quoten nehmen ein Ergebnis vorweg, das langfristig nur aufgrund eines gesellschaftlichen und politischen Wandels und Umdenkens erzielt werden kann. Frauenförderung ist ein Thema, das von der Gesellschaft als Ganzes in Angriff genommen werden muss. Ein solcher kultureller und gesellschaftspolitischer Wandel lässt sich jedoch nicht einfach per Gesetz einführen. Zudem kann man nicht einzelne Adressaten (wie z.B. börsenkotierte Unternehmen) herausgreifen und diesen Regeln auferlegen, die für andere Teile der Gesellschaft nicht gelten (z.B. gibt es bei politischen Wahlen, in Schulen und Universitäten, bei öffentlich-rechtlichen Institutionen, etc. keine Quoten). Quoten packen einen solchen Wandel nicht an der Wurzel an. In Norwegen hat die Quote von 40 Prozent in Verwaltungsräten unter anderem durch ein Engagement von Spezialistinnen aus dem Ausland zwar annähernd erzielt werden können, unterhalb der Führungsgremien hat sich jedoch nichts geändert<sup>6</sup>.

### Es wäre falsch, beim Thema Diversität nur auf Geschlechter zu fokussieren

Das strategische Gremium eines Unternehmens steht und fällt mit den Kenntnissen, Kompetenzen und Persönlichkeiten seiner Mitglieder. Eine grosse Bandbreite von Kompetenzen und Fähigkeiten innerhalb eines Entscheidungsgremiums ist zentral. Diversität ist daher im Bereich der fachlichen Kompetenzen relevant; damit verbunden ist aber auch eine gute Durchmischung bezüglich Alter und Geschlecht wichtig. Aus Corporate Governance-Sicht sind alle Diversitätsdimensionen, Alter, Ausbildung, Fachkenntnisse – aber auch ausgewogene Geschlechtervertretung in einem strategischen Gremium von Relevanz; die Fixierung lediglich auf das Geschlecht ist als „Best Practice“-Empfehlung verfehlt.

<sup>3</sup> Unter Ziffer 12 (Zusammensetzung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung) wird festgehalten, dass «dem Verwaltungsrat weibliche und männliche Mitglieder angehören sollen. Diese sollen über die erforderlichen Fähigkeiten verfügen, damit eine eigenständige Willensbildung im kritischen Gedankenaustausch mit der Geschäftsleitung gewährleistet ist».

<sup>4</sup> Vgl. den im Zusammenhang mit der Revision des Swiss Code of Best Practice erstellten Grundlagenbericht von Prof. Karl Hofstetter

<sup>5</sup> Der finnische «Corporate Governance Code», welcher von der «Finnish Securities Market Association» herausgegeben wurde, sieht vor, dass Verwaltungsräte börsenkotierter Gesellschaften aus Mitgliedern beider Geschlechter zusammengesetzt sind. Wo dies nicht der Fall ist, muss das Unternehmen im Jahresbericht eine Erklärung abgeben. Der finnische Code empfiehlt zudem explizit, dass das Geschlecht bei Neubesetzungen als ein Selektionskriterium gilt.

<sup>6</sup> Bertrand/Black/Jensen/Lleras-Muney, Breaking the Glass Ceiling? The Effect of Board Quotas on Female Labor Market Outcomes in Norway, 2014, abrufbar unter: <http://ftp.iza.org/dp8266.pdf>.

### Für die Stufe Geschäftsleitung eine Quote zu empfehlen, würde einen standortschädlichen Schweizer Alleingang bedeuten

Die Führung von Unternehmen kompetent zu besetzen, ist grundsätzlich schwierig. Im Unternehmensinteresse braucht es die richtige Zusammensetzung der Geschäftsleitung. Zahlreiche Auswahlkriterien müssen berücksichtigt werden: persönliche Kompetenzen (Fachkompetenz, Branchen- und Unternehmens-Know-how), Erfahrung, zeitliche Verfügbarkeit und Identifikation mit dem langfristigen Aktionärs- und Unternehmensinteresse. Was schon auf Stufe Verwaltungsrat nicht leicht ist, gestaltet sich noch weit schwieriger auf der Ebene der Geschäftsführung. Auf dieser operativen Stufe wäre es daher noch verfehlter als auf der Ebene des Verwaltungsrats, mit Quoten zu arbeiten. Ausschlaggebend muss in jedem Fall die Kenntnis des Geschäfts und die entsprechende Fachkompetenz sein, ansonsten Unternehmen wirtschaftlich gefährdet würden. Aus diesem Grund gibt es keine mit der Schweiz vergleichbare Jurisdiktion, die auch auf operativer Ebene eine Geschlechterquote vorsehen würde. Ein standortgefährdender Schweizer Alleingang muss unbedingt vermieden werden. Vielmehr muss der Talentpool der Frauen langfristig aufgebaut und die notwendigen Rahmenbedingungen geschaffen werden. Eine solche Entwicklung kann und darf nicht „von oben“ durch den Gesetzgeber angeordnet werden und wäre im Übrigen, wie erwähnt, ein standortschädlicher schweizerischer Sonderweg.

### Bedeutende formale Defizite des Vorschlages

Aus rechtsdogmatischen Überlegungen gilt es aus unserer Sicht klar zu unterscheiden zwischen einem Regelungsbedarf auf gesetzlicher Ebene und „Best Practice“-Empfehlungen. Letztere gehören nicht ins Gesetz, sondern sind bis anhin nach schweizerischem Verständnis Gegenstand von im Rahmen der Selbstregulierung erlassenen Kodizes. Wie erwähnt ist die Thematik im Swiss Code kürzlich aufgenommen worden und dessen Empfehlungen werden mit Sicherheit auch die gewünschte Wirkung zeigen. Bereits früher hat sich gezeigt, dass einem gewünschten Verhalten mit einer Swiss Code Empfehlung sehr rasch zum Durchbruch verholfen werden kann. Im Übrigen ist beim Vorschlag gemäss Entwurf nicht verständlich, warum die Thematik Frauenförderung und diesbezüglich ergriffene Massnahmen im Vergütungsbericht einer Gesellschaft geregelt werden sollen. Der Vergütungsbericht enthält Informationen über die Vergütungspolitik. Er ist klar nicht der richtige Ort für die Kommunikation von Personalentscheiden und organisatorischen Fördermassnahmen.

### Fazit

Die Wirtschaft erachtet starre Quoten als falsch, sie setzt sich aber klar für die Frauenförderung ein. Diese ist allerdings vielschichtig und erfordert einen konzertierten Einbezug von Politik und Gesellschaft. Der Swiss Code of Best Practice anerkennt die Bedeutung der Thematik. Den entsprechenden Empfehlungen muss nun die nötige Zeit zur Entfaltung ihrer Wirkung gegeben werden. Ein standortgefährdender Schweizer Alleingang auf gesetzgeberischer Ebene muss vermieden werden.

Wir beantragen, E-Art. 734e ersatzlos zu streichen und stattdessen den Empfehlungen des Swiss Code und der damit eingeleiteten Entwicklung eine echte Chance zu geben.
--

## C. Weitere wichtige Punkte

### **E-Art. 734a Abs. 3 Ziff. 2+3 – individuelle Offenlegung des Vergütungsbetrags für Mitglieder der Geschäftsleitung**

Wir behandeln unsere Anliegen unter Bst. C) grundsätzlich in der Reihenfolge der Artikelnummerierung. Weil die Thematik auch im Zusammenhang mit der bereits behandelten Vergütungsfrage steht und auch im vorliegenden Zusammenhang ohne Not und gar entgegen bereits gefassten parlamentarischen Beschlüssen wieder Änderungen vorgeschlagen werden, gehen wir aber als Erstes auf den Vorentwurfsvorschlag der individuellen Offenlegung von Vergütungen der Geschäftsleitungsmitglieder ein.

Bereits die 2007-Vorlage enthielt einen entsprechenden Vorschlag, der danach in der parlamentarischen Beratung vom Ständerat allerdings zu Recht abgelehnt wurde (der Nationalrat befasste sich nicht mehr mit der Vorlage, da diese dann wegen der Behandlung der Minder-Initiative sistiert wurde). Die Beratung im Ständerat zeigte, dass wesentliche Anliegen waren, erstens die Wahrung der Privatsphäre von Betroffenen möglichst zu gewährleisten und zweitens, mit der Ablehnung einer ausgedehnteren Offenlegungsverpflichtung, die Spirale von Vergütungserhöhungen nicht noch weiter anzukurbeln. Dies vor dem Hintergrund, dass die Erfahrungen der letzten Jahre klar gezeigt haben, dass die individuelle Offenlegung der Vergütung des Verwaltungsratspräsidenten und des höchstbezahlten Mitgliedes der Geschäftsleitung zu einer starken Ankurbelung dieser Vergütungen nach oben geführt haben. Die vom Ständerat als entscheidend erachteten Gründe, gelten heute unverändert. Es kann daher nicht im Interesse des Gesetzgebers sein, diese Entwicklung auf die anderen Mitglieder der Geschäftsleitung auszudehnen. Die heutige Regelung, gemäss der in Bezug auf die Vergütung der Geschäftsleitung keine Einzeloffenlegung für die Vergütungen der einzelnen Geschäftsleitungsmitglieder vorgesehen ist, sondern der Gesamtbetrag für die Geschäftsleitung und der höchste auf ein Mitglied entfallende Betrag anzugeben sind, ist ausreichend und wird sich auch unter der neuen Ordnung der VegüV bewähren.

Wir beantragen daher, in Bezug auf die Offenlegung von Vergütungen für Mitglieder der Geschäftsleitung bei der bisherigen Regelung zu verbleiben.

### **Unnötige Corporate Governance Verschärfungen für nicht-kotierte Konzerngesellschaften**

Wir sind grundsätzlich der Ansicht, dass Corporate Governance Verschärfungen in Bezug auf nicht-kotierte Gesellschaften auf das absolut Nötige beschränkt werden müssen, um diese Unternehmen nicht mit unnötigen, zusätzlichen Kosten zu belasten. Es kommt dazu, dass erhöhte Anforderungen an die Corporate Governance nicht-kotierter Gesellschaften auch einen erhöhten Formalismus innerhalb einer Konzernstruktur, d.h. auf Stufe der einzelnen nicht-kotierten Tochtergesellschaften, nach sich zieht. Dies ohne die Corporate Governance des Konzerns insgesamt zu verbessern. Beispiele für zusätzliche (formale) Anforderungen für nicht-kotierte Aktiengesellschaften, die in Konzernverhältnissen die Corporate Governance des Gesamtkonzerns letztlich nicht verbessern, finden sich u.a. in E-Art. 697 Abs. 4 (Zwingende Information der Generalversammlung über Vergütungen, Darlehen und Kredite), E-Art. 701b Abs. 2 und 702 Abs. 2 Ziff. 7 (Erfordernis, dass bei einem ausländischen Tagungsort ausdrücklich auf die Bezeichnung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters verzichtet werden muss), E-Art. 710 Abs. 1 (Verkürzung der maximalen Amtsdauer der Mitglieder des Verwaltungsrates von sechs auf vier Jahre), E-Art. 710 Abs. 3 (Zwingende Einzelwahl der Mitglieder des Verwaltungsrates), E-Art. 716a Ziff. 3 (Zwingende Erstellung einer Finanzplanung, wobei der bisherige Zusatz, dass diese zur Führung der Gesellschaft erforderlich sein müsse, entfallen ist) und E-Art. 716b (Anforderungen an den

Mindestinhalt des Organisationsreglements). Es zeigt sich hier ganz grundsätzlich, wie problematisch es ist, die Regeln für kotierte Gesellschaften immer mehr auch auf nicht kotierte Gesellschaften auszudehnen.

Es ist sicherzustellen, dass nicht-kotierte (Konzern)Gesellschaften keinen unnötigen Corporate Governance Anforderungen unterliegen und diese mit vernünftigen Aufwand verwaltet werden können.

#### **E-Art. 652b Abs. 4 – Bezugsrecht**

Die Bestimmung ist unter verschiedenen Aspekten problematisch. Unklar ist etwa, was „wesentlich tiefer“ oder was „handelbar“ bedeutet. In kotierten Gesellschaften ist es zudem zu Sanierungszwecken oftmals nötig, das Bezugsrecht auszuschliessen und einen Ausgabebetrag mit beträchtlichem Abschlag gegenüber dem wirklichen Wert festzusetzen. Das Einstimmigkeitserfordernis kann in diesem Fall eine Sanierungstransaktion verhindern. Es ist deshalb angezeigt, bei kotierten Gesellschaften vom Einstimmigkeitserfordernis abzuweichen. In Anlehnung an die Verhältnisse beim Bezugsrechtsausschluss als solchem drängt sich hier ein Zustimmungserfordernis für wichtige Beschlüsse im Sinne von Art. 704 Abs. 1 OR auf.

Wir beantragen daher, Art. 652 Abs. 4 zu streichen und eventualiter den Wortlaut von E-Art. 652 Abs. 4 wie folgt zu ändern:

*„Der Ausgabebetrag darf nur dann wesentlich tiefer als der wirkliche Wert der Aktien festgesetzt werden, wenn das Bezugsrecht handelbar ist oder die Generalversammlung dem Ausgabebetrag mit qualifiziertem Mehr gemäss Art. 704 OR zustimmt.“*

#### **E-Art. 661 Abs. 2 – Dividendenbegünstigung, -abschlag / Dispoaktien**

Die Dispoaktienthematik ist für die Unternehmen weiterhin von einiger Bedeutung. So verfügen grosse Publikumsgesellschaften zum Teil immer noch über rund 40% Dispoaktionäre. Allerdings ist hierzu festzustellen, dass eine gewisse Fluktuation um den GV-Termin herum besteht. So tragen sich insbesondere viele ausländische Institutionelle Investoren vor der Generalversammlung ein und danach wieder aus. Diese Fluktuation ist bei einzelnen Gesellschaften erheblich, bei anderen fällt sie weniger ins Gewicht. Die Dispoaktienthematik ist damit, wie erwähnt, weiterhin relevant, wenn auch nicht als Thematik, die bei der Aktienrechtsrevision die grössten Sorgen bereitet.

Der Vorentwurf schlägt im Zusammenhang mit der Dispoaktienthematik eine/n sogenannte Dividendenbegünstigung respektive –abschlag vor (E-Art. 661 Abs. 2). Vorab begrünnen wir sehr, dass sich der Vorentwurf bemüht, einen Lösungsweg für Dispoaktien aufzuzeigen. Wir schätzen es, dass versucht wird, die zugegebenermassen schwierige Thematik erneut zu adressieren, statt einfach beim (unbefriedigenden) Status Quo zu verharren. Wir begrünnen ebenfalls, dass ein Ansatz vorgeschlagen wird, der den Unternehmen Gestaltungsfreiheit gewähren soll. Wir haben aber grosse Vorbehalte zum Vorschlag. Diese betreffen den unseres Erachtens untauglichen Anknüpfungspunkt „Ausübung des Stimmrechts an der Generalversammlung“, die Tatsache, dass die Dispoaktienproblematik viel zu punktuell angegangen wird und schliesslich praktische Probleme, die sich mit einer solchen Regelung ergeben würden.

Die Anknüpfung an die Ausübung des Stimmrechts ist problematisch, weil sie zu Ungleichbehandlungen unter Aktionären und zu Ungleichbehandlungen zwischen Aktionären und Inhabern

von Partizipations- oder Genussscheinen in Unternehmen, die solche ausgegeben haben, führen. Unter Umständen könnten sich auch Haftungsfolgen für Unternehmen ergeben – was geschieht bei statutarischen Stimmrechtsbegrenzungen? Was bei zu Unrecht nicht mit Stimmrecht eingetragenen Aktien? Was, wenn jemand, obschon er will, nicht an der Generalversammlung teilnehmen kann? Solche Fragen ergäben sich zuhauf. Tatsache wäre wohl auch, dass sich Aktionäre vor der Generalversammlung ein- und danach gleich wieder austragen lassen würden. Phänomenen und Praktiken wie Dividend Stripping oder Securities Lending würde geradezu Vorschub geleistet. Eine bessere Transparenz in Bezug auf das Aktionariat einer Gesellschaft, wie sie mit einem Lösungsansatz zur Dispoaktienproblematik angestrebt werden sollte, liesse sich so jedenfalls kaum erreichen. Es kommen eine namhafte Anzahl praktischer Abwicklungsprobleme hinzu. Es gäbe wohl unterschiedliche Verfahren der Unternehmen. Die einen würden eine zweite Handelslinie einrichten, andere die Auszahlung der Basisdividende vom Dividendenzuschlag trennen und letzteren nicht über das Bankensystem, sondern direkt den stimmrechtsausübenden Aktionären auszahlen. Das Abwicklungssystem des Namenaktienhandels wäre so mit grossen Herausforderungen konfrontiert. Praktisch kaum bewältigbar wäre ein Dividendenabschlag.

Im Rahmen der parlamentarischen Behandlung der 2007-Vorlage hat die Wirtschaft zur Lösung des Dispoaktienproblems ein Nomineemodell vorgeschlagen. Wir sind grundsätzlich der Ansicht, dass dieses auch heute noch funktionieren würde und auch mit dem neuen Art. 95 Abs. 3 BV vereinbar ist. Der neue Bundesverfassungsartikel verbietet zwar, wie der Erläuternde Bericht richtig festhält, jede andere Institutionelle Stimmrechtsvertretung als der Unabhängige Stimmrechtsvertreter. Nur liegt in Bezug auf die Verwahrungsstelle unter dem Nomineemodell eben kein Stimmrechtsvertretungsverhältnis vor, sondern diese agiert, wie im entsprechenden Gutachten Böckli ausführlich dargelegt worden ist, als ein dem treuhänderischen Aktionär nahe stehender „gesetzlich definierter Platzhalter“ für den wirtschaftlich berechtigten Aktionär. Nichtsdestotrotz wird die Wirtschaft am Vorschlag des Nomineemodells nicht weiter festhalten. Einige der im Erläuternden Bericht aufgezählten Nachteile des Nomineemodells sind aus heutiger Sicht auch für die Wirtschaft nicht unerheblich (letztlich keine Kenntnisse der Dispoaktionärinnen und Dispoaktionäre; Gefahr, dass sich noch weniger Personen direkt ins Aktienbuch eintragen lassen).

Aufgrund dieser Überlegungen sind wir überzeugt, dass es nochmals einen gemeinsamen Effort der Lehre, von Unternehmensvertreterinnen und –vertretern sowie einer Vertretung der mit der Rechtssetzung betrauten Verwaltung braucht, um die Thematik analytisch wirklich zu durchdringen und praktikable Lösungsansätze vorzuschlagen. Dies auch vor dem Hintergrund, dass ein weiteres Problem in diesem Zusammenhang pendent ist und vom Vorentwurf auch nicht angesprochen wird: Wegen Inkompatibilität mit dem Bucheffektengesetz sollte bei dessen Erlass die Unterscheidung zwischen börslichem und ausserbörslichem Erwerb von kotierten Namenaktien unter Art. 685f Abs. 1 aufgegeben werden (vgl. Botschaft zum Bucheffektengesetz zu Art. 685f Abs. 1 OR). Die Wirtschaft wehrte sich damals gegen die Aufhebung dieser Unterscheidung, weil damit die Dispoaktienproblematik potenziert worden wäre – de lege lata besteht zumindest im Bereich der nicht-börsenmässigen Übertragung börsenkotierter Namenaktien rechtlich kein Dispoaktienproblem. In diesen Fällen ist der Aktienregistereintrag konstitutiv zur Erlangung der Aktionärsstellung und es entstehen somit in diesem Zusammenhang keine nicht-eingetragenen Aktionäre, d.h. Dispoaktionäre. Dies hätte sich mit der Gleichstellung des börslichen und ausserbörslichen Erwerbs geändert. Art. 685f Abs. 1 wurde in der Folge – auch in der Hoffnung auf eine baldige Lösung der Dispoaktienproblematik – unverändert belassen. Dessen Inkompatibilität mit dem Bucheffektengesetz besteht somit jedoch weiter.



All dies scheint uns Grund genug, dass sich ein Expertengremium nochmals umfassend der Thematik rund um die Dispoaktien annimmt. Da es letztlich auch hier um Fragen der Partizipation von Aktionärinnen und Aktionäre geht, wäre die Thematik evtl. auch im Rahmen des bereits angeregten Gremiums zu Fragen rund um die Generalversammlung aufzunehmen. Bei der von uns beantragten Sistierung der Behandlung der Vorlage besteht Zeit genug dafür.

Im Hinblick auf die Einsetzung eines solchen Expertengremiums möchten wir beliebt machen, dass man sich vertieft mit Lösungsmodellen im Ausland auseinandersetzt, bspw. mit der in verschiedenen Ländern vorgesehenen „Loyalitätsdividende“. Eine solche besteht u.a. in Frankreich mit dem System der französischen „Dividende majoré“. Im Gegensatz zur problematischen Anknüpfung an die „Ausübung des Stimmrechts“ und zum nur punktuell wirkenden Ansatz von E-Art. 661 Abs. 2 sieht die dispositive französische Regelung der „Dividende majoré“ vor, dass Gesellschaften ihre Aktionäre bis zu einer Beteiligung von maximal 0.5% mit einer maximal 10%-igen Dividendenerhöhung belohnen können, wenn diese mindestens 2 Jahre im Aktienregister eingetragen sind. Eine solche Regelung gäbe den Aktionären einen starken Anreiz, sich eintragen zu lassen. Damit würde auch ein nachhaltiges Investieren begünstigt. Selbstverständlich müsste vertieft geprüft werden, wie sich ein solches System in das Schweizer Aktienrecht integrieren liesse und wie sich eine solche Regelung hinsichtlich der – in Frankreich scheinbar gegebenen – Kapitalmarktakzeptanz in der Schweiz auswirken würde. Nach einer ersten Prüfung scheint für uns dieses System gegenüber dem vorgeschlagenen E-Art. 661 Abs. 2 jedoch über gewichtige Vorteile zu verfügen.

Wir begrüßen, dass der Vorentwurf die Thematik „Dispoaktien“ aufnimmt und versucht, unter Wahrung der Gestaltungsfreiheit der Unternehmen, einen Lösungsweg aufzuzeigen. Es bedarf allerdings einer noch vertiefteren Analyse der Thematik. Wir regen daher an, ein Expertengremium einzusetzen, das sich insbesondere auch mit Ansätzen in anderen Ländern, bspw. dem System einer Loyalitätsdividende, befassen soll. Ein solches Expertengremium könnte auch mit dem bereits angeregten Gremium im Zusammenhang mit den Fragen zur Zukunft der Generalversammlung zusammengelegt werden.

#### **E-Art. 675a – Zwischendividende**

Wir begrüßen die Ermöglichung der Ausrichtung von Zwischendividenden, sind allerdings der Auffassung, dass in Konzernverhältnissen auf die Prüfung der Zwischenbilanz verzichtet werden sollte, ansonsten viel von der beabsichtigten Flexibilisierung wieder verloren geht.

Wir beantragen daher, dass eine Zwischendividende in Konzernverhältnissen auch ohne Prüfung der Zwischenbilanz ausgeschüttet werden kann.

#### **E-Art. 671 Abs. 2 Ziff. 4 & Abs. 3 – gesetzliche Kapitalreserve**

Wir begrüßen die Regelung in E-Art. 671 Abs. 2 Ziff. 4. Damit wird die Kohärenz mit der Unternehmenssteuerreform II in Bezug auf das Kapitaleinlageprinzip hergestellt. Die Regelung entspricht auch heutiger Bundesgerichtspraxis (BGer 4A\_138/2014). Zusätzlich gemäss Abs. 3 in jedem Fall eine Prüfungsbestätigung zu fordern erachten wir dagegen als überschüssend und unnötig.

Wir beantragen daher, das Erfordernis der Prüfungsbestätigung in Bezug auf E-Art. 671 Abs. 2 Ziff. 4 zu streichen.

### **E-Art. 678 + 678a – Rückerstattung von Leistungen**

Wir erachten die vorgeschlagenen Neuerungen unter Art. 678 und 678a in verschiedener Hinsicht als nicht opportun.

- Vorab gilt es festzuhalten, dass es sich auch bei dieser Thematik um eine Angelegenheit von höchster Standortrelevanz handelt. Die Ausgestaltung der Rückerstattungsregelung hat direkte Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Unternehmen als Arbeitgeber von international nachgesuchten, hochqualifizierten leitenden Angestellten. Bekämen letztere den Eindruck, dass sie unter einer neuen Schweizer Regelung ungerechtfertigten Rückerstattungsrisiken ausgesetzt wären, würden Schweizer Unternehmen als Arbeitgeber unweigerlich an Attraktivität einbüßen. Negative Auswirkungen auf die Unternehmen selber und den Wirtschaftsstandort Schweiz wären damit vorprogrammiert.
  - In diesem Zusammenhang lehnen wir insbesondere den Vorschlag des Vorentwurfs, auf das Kriterium des bösen Glaubens zu verzichten, ab. Ein Verzicht auf das Erfordernis der Bösgläubigkeit ist ganz grundsätzlich äusserst problematisch (vgl. unten). Im Falle von Aktionären ist er gar absolut falsch. Mitglieder des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung wissen oft, ob die Zuteilung von Gewinnanteilen gerechtfertigt ist bzw. ein solches Wissen kann von diesen Personen zumindest in der Regel verlangt werden. Die Lage ist aber eine ganz andere bei Aktionären. Sie sind nur sehr selten ausreichend informiert, um zu beurteilen, ob die Zuteilung von Dividenden gerechtfertigt ist. Zudem sind viele Aktionäre rein passive Anleger und interessieren sich nicht weiter für den Geschäftsverlauf "ihrer" Gesellschaften. Darum wäre es verfehlt, alle – und eben nicht nur die bösgläubigen Aktionäre – zur Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen zu verpflichten. Zudem wäre eine solche Erweiterung des Anwendungsbereichs der aktienrechtlichen Rückerstattungspflicht gefährlich für die Rechtssicherheit und für die Glaubwürdigkeit des Schweizer Kapitalmarkts. Diese Änderung würde Anleger der Gefahr aussetzen, Jahre nach dem Empfang von Dividenden zur Rückerstattung verpflichtet zu werden, selbst wenn sie ihrerseits von der Geschäftsleitung, z.B. durch eine falsche Rechnungslegung oder optimistische Aussagen, getäuscht wurden. Ohne das Erfordernis der Bösgläubigkeit würden die Kosten der Kapitalbeschaffung wegen des Risikos einer Rückerstattungsklage stark erhöht.
  - Der Verzicht auf die Voraussetzung der Bösgläubigkeit ist aber auch bei den übrigen Passivlegitimierten unangemessen. Ist der Vergütungsanspruch rechtsgültig entstanden, bleibt kein Raum für eine nachträgliche Rückforderung, wenn die betreffende Person gutgläubig war. Eine andere Regelung würde gegen wesentliche rechtliche Grundsätze verstossen und bspw. hochrangige leitende Angestellte schweizerischer Publikumsgesellschaften einem international einzigartigen Rückerstattungsrisiko aussetzen.
  - Des Weiteren ist unzutreffend, dass der böse Glaube wie im Erläuternden Bericht (S. 104) vermerkt, kaum nachzuweisen ist. Klar ist dagegen, dass das Kriterium des bösen Glaubens Grenzfälle von der Pflicht zur Rückerstattung ausnimmt. Dies ist im Interesse der Rechtssicherheit und des Verkehrsschutzes entscheidend, da ansonsten auch unter diesem Aspekt die Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Unternehmen als Arbeitgeber im Vergleich zu ausländischen Unternehmen abnehmen würde. Unter diesem Aspekt ist auch der Vorschlag der Umkehrung der Beweislast (von der Rückerstattungspflicht wird nur ausgenommen, wer als Empfänger der Leistungen beweist, dass er diese in gutem Glaube empfangen hat) klar abzulehnen. Es ist kaum verständlich, warum der Beweis des guten Glaubens einfacher sein
-

soll als der Nachweis des bösen Glaubens.

- Es wird dagegen begrüsst, dass in Art. 678 Abs. 2 VE-OR das Erfordernis des *offensichtlichen* Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung beibehalten wird. Alles andere würde zu unlösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten führen.
- Der Erläuternde Bericht (S. 47) führt zu Unrecht an, dass sich die bisherige Regelung der Rückerstattung von Leistungen im geltenden Recht als nicht praktikabel erwiesen habe. In der Praxis spielt Art. 678 OR jedoch eine wesentliche Rolle, namentlich bei jeder grösseren Finanzierungstransaktion. So werden regelmässig allfällige Garantie- und Sicherheitsleistungen bspw. von Tochtergesellschaften zu Gunsten von Darlehen an die Muttergesellschaft aufgrund des geltenden Art. 678 OR eingeschränkt, um das Haftungsrisiko dort zu belassen wo es effektiv anfällt. Art. 678 OR hat daher einen grossen praktischen Einfluss, obschon dies möglicherweise in der Öffentlichkeit so nicht wahrgenommen wird.
- Die Verlängerung der absoluten Verjährungsfrist auf zehn Jahre (ab Entstehung des Anspruchs) würde zu einer untragbar grossen Rechtsunsicherheit führen. Sie wäre im Zusammenhang mit der Thematik „ungerechtfertigte Bereicherung“ auch absolut singulär. Die absolute Verjährungsfrist – die ja unterbrochen werden kann – ist daher bei fünf Jahren zu belassen.

Die Ausgestaltung der Regelung zu Rückerstattung von Leistungen hat für die Unternehmen deswegen eine so hohe Bedeutung, weil insbesondere ihre internationale Wettbewerbsfähigkeit als Arbeitgeber von leitenden Angestellten sehr direkt tangiert ist. Es muss mit anderen Worten verhindert werden, dass die Schweiz Bestimmungen einführt, die über das hinausgehen, was in vergleichbaren Jurisdiktionen gilt. Der Vorentwurf ist vor diesem Hintergrund insbesondere betreffend der Aufgabe des Kriteriums der Bösgläubigkeit respektive der diesbezüglichen Umkehr der Beweislast und der Verlängerung der Verjährungsfrist auf 10 Jahre abzulehnen.

Wir beantragen daher, das Kriterium der Bösgläubigkeit (ohne Umkehr der Beweislast) beizubehalten und die absolute Verjährungsfrist auf 5 Jahren zu belassen.

#### **E-Art. 689c Abs. 6 Ziff. 2 – Weisungen an die Unabhängige Stimmrechtsvertretung**

Das neu im Vorentwurf enthaltene Erfordernis des Verwaltungsrats sicherzustellen, dass den Aktionären auch zu Spontananträgen von anderen Aktionären Weisungsalternativen zur Verfügung stehen müssen, ist widersinnig. Es ist unsinnig, wenn die Aktionäre, die nicht an der Versammlung teilnehmen, im Voraus Weisungen zu Anträgen geben sollen, die in diesem Zeitpunkt noch gar nicht bekannt sind. Sodann können sich Spontananträge von Aktionären auch widersprechen. Eine allg. Weisung, die für alle Spontananträge von Aktionären gültig ist, lässt sich damit kaum formulieren und ergäbe damit auch keinen Sinn.

Wir beantragen daher, in E-Art.689c Abs. 6 Ziff. 2 „oder anderer Aktionäre“ zu streichen.

#### **E-Art. 699a Abs. 1 Ziff. 1 & Abs. 2 – Schwellenwert Traktandierungs- und Antragsrecht**

Der vorgesehene Schwellenwert für das Traktandierungs- und Antragsrecht in börsenkotierten Gesellschaften ist auch im internationalen Vergleich zu tief. So sieht bspw. die EU-Shareholder Rights' Directive einen einheitlichen Satz für kotierte und nichtkotierte Unternehmen von 5% vor.

Mit ein Grund, warum die EU nicht tiefere Schwellenwerte für das Traktandierungs- und Antragsrecht vorsieht, sind einschlägige Erfahrungen in verschiedenen EU-Mitgliedländern mit „Shareholder Activists“, die die (zu) tiefen Schwellenwerte der Mitgliedstaaten für ihre Zwecke missbrauchten.

Wir beantragen daher den Schwellenwert in E-Art. 699a Abs. 1 Ziff. 1 von 0.25% auf 1% zu heben.

### **E-Art. 700 – Form, Inhalt und Mitteilung der GV**

Gemäss neuem Abs. 2 Ziff. 4 sollen die kotierten Gesellschaften verpflichtet werden, in der Einberufung zur Generalversammlung ihren Dispobestand zu diesem Zeitpunkt offen zu legen. Wir fragen uns, welchen Wert diese Bestimmung hat. Die Erfahrung zeigt, dass sich die Dispobestände bei den Unternehmen zwischen Einberufung der Generalversammlung und der Generalversammlung selber zum Teil substantiell verändern, weil es vor der Generalversammlung zu nicht unerheblichen Eintragungen kommt. In diesem Sinne ist die gemäss Vorentwurf zu veröffentlichende Zahl nicht sehr aussagekräftig. Allenfalls kann man dem Vorschlag abgewinnen, dass er für nicht-eingetragene Aktionäre immerhin ein „Reminder“ sein kann, sich einzutragen, was sicher vorteilhaft ist, wenn umstrittene Traktanden zur Abstimmung kommen.

Klar abgelehnt wird die explizite Auflage, bei Verhandlungsgegenständen in der Generalversammlung die „Einheit der Materie“ zu wahren. Gerade auf politischer Ebene zeigt sich, wie schwierig im Einzelfall eine solche Verpflichtung zu handhaben ist. Ein Beispiel dafür ist die kürzlich zur Abstimmung gekommene Ecopop-Initiative, bei der es letztlich auch um verschiedene Anliegen unter einem „Verhandlungsgegenstand“ ging (Beschränkung der Zuwanderung, Geburtenregelung im Ausland). Wir lehnen die neue Bestimmung ab, weil sie zu ungerechtfertigten zusätzlichen Haftungsrisiken und zu Unklarheiten nach Abstimmungen für die Unternehmen führt.

Ein absolutes Verbot von „Paketabstimmungen“ bei Generalversammlungsabstimmungen über Statutenrevisionen wäre zudem mit der erheblichen Gefahr von in sich unstimmgigen Statuten oder gar Statuten mit sich widersprechenden Bestimmungen verbunden. Etwa bei Totalrevisionen von Statuten ist es sinnvoll, wenn den Aktionären ein ausbalanciertes Paket präsentiert werden kann. Eine „Drafting Session“ an der Generalversammlung muss vermieden werden. Durch die vorgesehene Regelung würden Totalrevisionen von Statuten geradezu verunmöglicht. Gesellschaften würden dadurch geschwächt. Dies gilt es gerade im Aktionärsinteresse zu vermeiden.

E-Art. 700 Abs. 3 (2. Teilsatz) schreibt neu vor, dass der Verwaltungsrat der Generalversammlung alle Informationen vorzulegen hat, die für die Beschlussfassung von Bedeutung sind. Die Bestimmung erscheint von ihrer Stossrichtung her als Selbstverständlichkeit. Sie ist allerdings äusserst breit formuliert, was insbesondere bei Standardtraktanden die Rechtssicherheit beeinträchtigen könnte. So könnte man sich bspw. fragen, welche Informationen neben dem Geschäfts- und dem Revisionsbericht für den Dividendenbeschluss allenfalls von Bedeutung sein könnten.

Wir beantragen daher, E-Art. 700 Abs. 3 gesamthaft zu streichen.

### **E-Art. 701g – Elektronisches Forum**

Wie bereits unter A) im Rahmen der Begründung des Hauptantrags ausgeführt, ist die Thematik „Elektronisches Forum“ in einem breiteren Zusammenhang zu sehen. Es geht um die künftige Konzeption der Generalversammlung und dabei u.a. um die Art und Weise wie das Aktionariat seine Meinung bilden kann und soll und wie dessen Meinung schliesslich an der Generalversammlung zum Ausdruck gebracht wird. Wir sind klar der Ansicht, dass Fragen von solcher Tragweite konzeptionell, umfassend und nicht nur mit punktuellen Massnahmen anzugehen sind. Zu diesem gesamten Fragenkomplex ist weder im Zusammenhang mit der Vorlage der 2007-Revision noch im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten von Art. 95 Abs. 3 BV je eine Expertenkommission eingesetzt noch eine Studie in Auftrag gegeben worden. Wie eingangs, unter A), erläutert, hielten wir es für angebracht, eine Expertengruppe / Groupe de Réflexion bestehend aus Expertinnen und Experten aller in diesem Zusammenhang relevanter Kreise einzuberufen, die sich der Thematik annehmen soll.

Den im Vorentwurf gemachten Vorschlag für ein Elektronisches Forum erachten wir darüber hinaus aus den folgenden Gründen als problematisch:

- Die Führung der Plattform führt zu unausweichlichen Interessenskonflikten: Die Verpflichtung zur Führung der Plattform würde bedingen, dass das Unternehmen auch eine – zumindest gewisse – Verantwortung für den Inhalt zu übernehmen hätte. Die Unternehmen müssten etwa eingreifen bei ehrverletzenden oder falschen Informationen. Es ergäben sich Interessenskonflikte für die Unternehmen, die diese kaum lösen könnten.
- Im Erläuterungsbericht werden dem Verwaltungsrat entsprechende Pflichten auferlegt. Umgekehrt träfe die Aktionäre selber aber keinerlei Pflichten. Dadurch würde ein gefährliches Ungleichgewicht geschaffen, welche aktivistische Aktionären ausnützen könnten, um die Gesellschaft und die schweigende Mehrheit der Aktionäre unfair unter Druck zu setzen.
- Eine notwendige Folge wäre eine detaillierte Regelung des Betriebs und der Benutzung der Plattform, wie sie etwa im Zusammenhang mit dem US-amerikanischen Proxy Soliciting besteht. Dies allerdings steht wiederum im Gegensatz zur Tradition schweizerischer Rechtssetzung und/oder Praxis.
- Völlig ungelöst ist sodann das Verhältnis zum Börsenrecht. Geklärt werden müsste beispielsweise, wie mit der Thematik der Offenlegung von Gruppen von Aktionären, mit den Ad-hoc-Publizitätspflichten oder der intransparenten Koordination der Stimmen auf solchen Plattformen umzugehen wäre. Schliesslich müsste eine solche Regelung auf jeden Fall dispositiver Natur sein.
- Die Verpflichtung zu einem Elektronischen Forum würde insbesondere bei kleinen und mittleren kotierten Unternehmen auch kostenmässig stark ins Gewicht fallen.

Wegen der dargelegten Schwierigkeiten, die ein elektronisches Forum mit sich bringt, erstaunt nicht, dass bisher kein kotiertes Unternehmen ein solches anbietet, obschon dies an sich bereits de lege lata möglich wäre.

Wir beantragen daher, vor einer Entscheidung über den Erlass von Bestimmungen zu einem Elektronischen Forum, eine Expertengruppe / Groupe de Réflexion einzusetzen, die die Thematik in einer konzeptionell umfassenden Weise behandelt und entsprechende ausgewogene Empfehlungen macht. Bis zum Vorliegen einer entsprechenden Studie lehnen wir den Vorschlag einer Elektronischen Forums ab.

### **E-Art. 703 – Beschlussfassung**

Der Vorentwurf sieht einen Paradigmenwechsel vor für die Beschlussfassung und Wahlen durch die GV. Soweit Gesetz oder die Statuten nichts anders bestimmen, soll die GV ihre Beschlüsse mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen fassen. Unter geltendem Recht ist die Mehrheit der vertretenen Stimmrechte notwendig. Enthaltungen sollen zudem nicht als abgegebene Aktienstimmen gelten (E-Art. 703 Abs. 3).

Die vorgeschlagene Regelung führt insbesondere bei Spontanträgen in Gesellschaften mit einem zersplitterten Aktionariat zu höchst stossenden Resultaten, die mit den Anforderungen einer guten Corporate Governance kaum vereinbar sind. Zu beachten ist, dass Aktionäre an der GV im Rahmen der traktandierten Verhandlungsgegenstände jederzeit spontan Anträge zur Abstimmung bringen können (was bspw. betreffend Dividendenausschüttung in der Praxis relativ oft vorkommt). Eine institutionelle Stimmrechtsvertretung ist bekanntlich nur noch über die Unabhängige Stimmrechtsvertretung möglich. Diese darf auch bei Spontanträgen nur abstimmen, wenn sie Weisungen erhalten hat. Es ist bereits heute so, dass der unabhängige Stimmrechtsvertreter gerade im Zusammenhang mit Spontanträgen meist keine Weisungen erhält oder dann beauftragt wird, sich bei Spontanträgen der Stimme zu enthalten. Insbesondere institutionelle Investoren enthalten sich in solchen Fällen grösstenteils der Stimme oder geben entsprechende Weisungen an die Unabhängige Stimmrechtsvertretung. Es gibt Schätzungen, die von bis zu 70% Enthaltungen bei institutionellen Investoren ausgehen. Wie sich die neu vorgeschlagene Regelung zu Lasten einer schweigenden Mehrheit der Aktionärinnen und Aktionäre auswirken würde, zeigt das folgende, relationsmässig durchaus realistische Zahlenbeispiel.

Annahmen:

- 50% des Aktienkapitals sind an der Generalversammlung vertreten
- 9% des Aktionariats ist physisch selber anwesend
- 91% der Vertretenen stimmen über die Unabhängige Stimmrechtsvertretung ab
- Die 100% an der Generalversammlung vertretenen Aktionäre stellen 100 Aktionäre dar
- Für den Fall eines Spontanantrags verfügt die Unabhängige Stimmrechtsvertretung über folgende Instruktionen
  - Für den Antrag des Verwaltungsrats: 18 Aktionäre
  - Für den Spontanantrag: 10 Aktionäre
  - Enthaltungen: 63 Aktionäre
- Alle an der Generalversammlung physisch Vertretenen stimmen für den Spontanantrag

Resultat der Abstimmung über den Spontanantrag:

- Stimmen: 37
  - Für den Spontanantrag: 19 Stimmen
  - Gegen den Spontanantrag / für den Antrag des Verwaltungsrats: 18 Stimmen
- Das bedeutet, dass der Spontanantrag mit nur 19% der vertretenen Stimmen und mit lediglich 9.5% des Aktienkapitals angenommen würde.

Die vorgeschlagene Regelung würde damit eine echte Gefahr von Zufallsentscheiden zugunsten einer nicht repräsentativen (ev. aktivistischen) Minderheit heraufbeschwören.

Wir beantragen daher Beibehaltung des Wortlauts von Art. 703, d.h. Beschlussfassung mit der absoluten Mehrheit der vertretenen (statt abgegebenen) Stimmen.

**E-Art. 716b Abs. 2 – Übertragung der Geschäftsführung**

Zwar muss der Verwaltungsrat bereits unter dem geltenden Art. 716b die Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger über die Organisation der Geschäftsführung orientieren. Der vorgeschlagene Abs. 2 zählt aber gegenüber dem geltenden Recht detaillierter auf, was das Organisationsreglement zu enthalten habe. Im Gegensatz zu heute, müssten künftig auch rein interne Angelegenheiten wie die Kommunikations- und Berichterstattungswege innerhalb des Verwaltungsrats oder zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung offen gelegt werden. Dies erachten wir als zu weit gehend.

Wir beantragen daher, E-Art. 716b Abs. 2 Ziff. 3 zu streichen.

**E-Art. 717 Abs. 1bis – Sorgfalts- und Treuepflicht des Verwaltungsrats**

Aus grundsätzlichen Überlegungen lehnen wir die Neuregelung in Abs. 1bis ab. Dies aus den folgenden Gründen:

- Es ist selbstverständlich, dass der Verwaltungsrat auch in Vergütungsfragen eine Sorgfalts- und Treuepflicht hat.
- Wird diese jedoch speziell aufgeführt, ergibt sich eine Verzerrung und ein Ungleichgewicht im Verhältnis zu den übrigen – für den Erfolg und das Wohlergehen des Unternehmens meist noch viel wichtigeren – Sorgfalts- und Treuepflichten, die nicht explizit aufgeführt sind. Im Interesse eines wirksamen und ausgewogenen Aktienrechts gilt es dies unbedingt zu vermeiden.
- Würde hier die Tür zu einer Einzelerwähnung einer speziellen Sorgfalts- und Treuepflicht geöffnet, könnte dies in Zukunft fast willkürlich immer wieder geschehen. Dies würde der grossen Bedeutung und Tragweite von Art. 717 nicht gerecht.

Ohne die Bedeutung der Sorgfalts- und Treuepflicht des Verwaltungsrats in Vergütungsfragen in irgendeiner Weise schmälern zu wollen, beantragen wir aus den vorstehenden, grundsätzlichen Überlegungen die Streichung von E-Art. 717 Abs. 1bis.

**E-Art. 725ff. - Sanierungsrecht**

Wir begrüssen grundsätzlich die Neuerungen im Sanierungsrecht. Im Einzelnen haben wir dazu die folgenden Bemerkungen:

Es ist die Frage aufgeworfen worden, ob es sinnvoll sei, unter E-Art. 725 Abs. 4 den Verwaltungsrat zu verpflichten, bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder Ablehnung der Plausibilität des Liquiditätsplans durch den Revisor eine Generalversammlung einzuberufen. Wenn sich die Notwendigkeit einer Generalversammlung wegen der Art der Sanierungsmassnahmen nicht sowieso ergäbe, sei sie nicht zielführend oder gar kontraproduktiv, da dann publik würde, dass das Unternehmen über Zahlungsprobleme verfügt. Dem ist entgegenzuhalten, dass dem Verwaltungsrat für diese Fälle nach vorgeschlagenem neuen Recht alternativ zwei Wege zur Verfügung stehen, entweder die Einberufung einer Generalversammlung oder der Gang zum Nachlass- oder Konkursrichter. Wird eine Sanierung für möglich erachtet, wird die Generalversammlung vom Verwaltungsrat wegen der zu beschliessenden Massnahmen in den meisten Fällen sowieso einzuberufen sein, ansonsten wird der Verwaltungsrat ein Gesuch um Nachlassstundung stellen oder die Bilanz deponieren.

Gemäss E-Art. 725a Abs. 1 Ziff. 3 sollen die Bestimmungen über die drohende Zahlungsunfähigkeit (E-Art. 725) neu auch dann zur Anwendung kommen, wenn die Erfolgsrechnungen der letzten drei Jahre einen Jahresverlust ausweisen. Wir würden eine solche Neuregelung gerade für

Konzernverhältnisse als zu restriktiv erachten. Innerhalb eines Konzerns kann es bspw. aus steuerlichen Gründen angezeigt sein, bei einzelnen Gesellschaften auch über mehrere Jahre hinweg Verluste auflaufen zu lassen, ohne dass sich dadurch ein Überschuldungsproblem für den Konzern insgesamt ergäbe. Die vorgeschlagene Neuregelung nimmt auch keinerlei Rücksicht darauf, wie hoch der jeweils ausgewiesene Verlust ist. Unabhängig von dessen Grösse kommen bei einem Verlust nach drei Jahren die Folgen von E-Art. 725 zum Tragen. Wir erachten eine solche Regelung als unnötig und insgesamt als zu einschränkend.

E-Art. 725b Abs. 1 verlangt bei begründeter Besorgnis, dass die Verbindlichkeiten nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind, unverzüglich die Erstellung je einer Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Veräusserungswerten. Auf die Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten sollte aber verzichtet werden können, wenn die Annahme der Fortführung gegeben und die Zwischenbilanz zu Fortführungswerten nicht überschuldet ist.

Wir beantragen, E- Art. 725a Abs. 1 Ziff. 3 zu streichen oder zumindest in Konzernverhältnissen Ausnahmen zuzulassen und E-Art. 725b Abs. 1 in dem Sinn zu ändern, dass auf die Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten verzichtet werden kann, wenn die Annahme der Fortführung gegeben und die Zwischenbilanz zu Fortführungswerten nicht überschuldet ist.

#### **E-Art. 754 Abs. 1 – Unterstellung der unabhängigen Stimmrechtsvertretung unter die Organhaftung**

Der Haftungstatbestand gemäss Art. 754 Abs. 1 soll neu um die unabhängige Stimmrechtsvertretung ergänzt werden. Wir halten das weder für rechtsdogmatisch richtig noch aus der Stellung der unabhängigen Stimmrechtsvertretung heraus für gerechtfertigt. Auch wenn die Stellung der unabhängigen Stimmrechtsvertretung mit der Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 BV gestärkt worden ist, so kann sie doch nach wie vor nicht als Organ der Gesellschaft bezeichnet werden. Im Gegenteil, die Notwendigkeit deren Unabhängigkeit wird ja heute mehr denn je betont. Eine Quasi-Organstellung stünde damit im Widerspruch. Schon daher ist die Unterstellung der Unabhängigen Stimmrechtsvertretung unter Art. 754 nicht angebracht. Rechtsdogmatisch scheint es uns zudem falsch, die unabhängige Stimmrechtsvertretung potenziell Klagen von Aktionären auszusetzen, die auf die Wiedergutmachung von Schäden, die bei der Gesellschaft eingetreten sind, zielen. Die Gesellschaft selber kann unter allgemeinem Haftungsrecht, den ihr durch Fehlverhalten der unabhängigen Stimmrechtsvertretung entstandenen Schaden dieser gegenüber einklagen. Ebenso können Aktionäre unter allgemeinem Haftungsrecht gegen die unabhängige Stimmrechtsvertretung vorgehen, wenn sie selber Schaden erlitten haben. Darüber hinaus eine Klagemöglichkeit der Aktionäre für Schäden des Unternehmens zu schaffen, ist nicht nötig.

Wir beantragen daher, Art. 754 Abs. 1 unverändert zu belassen.

#### **Rechnungslegungsrecht: E-Art. 963a und E-Art. 963b – Abschaffung der Buchwertkonsolidierung**

Gemäss Vorentwurf soll die sogenannte Buchwertkonsolidierung abgeschafft werden und alle juristischen Personen, die die Schwellenwerte von E-Art. 963a Abs. 1 erreichen oder überschreiten, verpflichtet werden, eine Konzernrechnung nach anerkanntem Standard zu erstellen. Für unsere Mitgliedfirmen ist die Neuerung im Prinzip nicht von Bedeutung, weil sie auch schon unter geltendem Recht zur Erstellung einer Konzernrechnung nach anerkanntem Standard verpflichtet sind. Aus grundsätzlichen Überlegungen bedauern wir allerdings die vorgeschlagene Neurege-



lung. Zum einen ist die Buchwertkonsolidierung im Rahmen der Revision des Rechnungslegungsrechts ausgiebig diskutiert worden und die dann getroffene Regelung soll nicht bereits wieder umgestossen werden. Zum zweiten würde die mühsam erreichte Harmonisierung der Schwellenwerte unter verschiedenen aktienrechtlichen Bestimmungen wieder aufgebrochen. Dafür gibt es keinen zwingenden Grund.

Wir beantragen daher, die Buchwertkonsolidierung weiterhin zuzulassen und dementsprechend keine neuen Schwellenwerte einzuführen.

### **E-Art. 964a ff. – Transparenz bei Rohstoffunternehmen**

Gemäss Erläuterndem Bericht stützt sich der Vorschlag im Wesentlichen auf den Grundlagebericht Rohstoffe. Es sollte eine Regelung vorgeschlagen werden, die den entsprechenden Bestimmungen der EU (am 26. Juni 2013 geänderte Richtlinie 2013/34/EU, Art. 41 ff.) nachgebildet ist. Leider geht der Vorentwurf jedoch in entscheidenden Bereichen über die EU-Regelung hinaus:

- Gemäss E-Art. 964a Abs. 1 sollen vom persönlichen Geltungsbereich alle Unternehmen erfasst werden, die direkt oder indirekt im Bereich der Mineralgewinnung oder beim Holzeinschlag von Primärwäldern tätig sind. Der Erläuternde Bericht (S. 173) hält fest, dass mit „indirekt“ auch Aktivitäten von Konzernuntergesellschaften und gar von (wohl ausserhalb des Konzerns stehenden) Subunternehmen erfasst werden sollen. Die potenziell sehr weit gehende Konzeption von „direkter oder indirekter“ Tätigkeit findet sich in der erwähnten EU-Richtlinie nirgends. Der persönliche Geltungsbereich wird auf Mutter- und Tochtergesellschaften beschränkt und gar dahin gehend präzisiert, dass auch Tochtergesellschaften nur erfasst werden, wenn deren Mutter nicht in der EU ansässig ist und die Zahlungen bei der Mutter nicht konsolidiert wurden (Art. 42 Richtlinie 2013/34/EU). Die EU geht damit von einem rein organisatorischen Ansatz aus und beschränkt den persönlichen Geltungsbereich auf Konzerngesellschaften. Wenn an der neuen Transparenzregelung festgehalten wird, ist daher die Erwähnung der „indirekten“ Tätigkeit unbedingt zu streichen.
- Die EU-Regelung enthält keine Bestimmungen zum Rohstoffhandel. Wenn dereinst der internationale Standard tatsächlich diesbezüglich ausgeweitet würde, wäre zu überlegen, ob diesem mit einer Gesetzesrevision nachgekommen werden müsste. Die vorgeschlagene Delegationsnorm in E-Art. 964f ist daher weder nötig noch gerechtfertigt. Wir lehnen sie ab.
- Auch hier wird das Aktienrecht für sachfremde Zwecke missbraucht. Richtigerweise wäre eine solche Regelung, wenn sie denn nötig wäre, in einem sektorspezifischen Erlass enthalten.

Wird an der Transparenzregelung für Rohstoffunternehmen festgehalten, darf die Regelung in keiner Weise über die entsprechenden EU-Bestimmungen hinausgehen. Insbesondere ist der Verweis auf die „indirekte Tätigkeit“ in E-Art. 964a Abs. 1 und die Delegationsnorm in E-Art. 964f zu streichen.

### **D. Ausdrückliche Unterstützung von vorgeschlagenen Regelungen**

Unter Bst. D schliesslich möchten wir auf Regelungen und Bestimmungen verweisen, die grundsätzlich in der vorgeschlagenen Form beibehalten werden sollten, falls die Revision entgegen unserem Hauptantrag dereinst weiterverfolgt würde. Die Wirtschaft erachtet aber keine dieser Regelungen als zeitlich dringend. Dabei verschliessen wir uns selbstverständlich nicht allfälligen technischen Verbesserungen, die sich aus der weiteren Diskussion ergeben.

Art. 621 – Aktienkapital

Wir begrüßen die grundsätzliche Möglichkeit, Aktienkapital in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen Fremdwährung zu halten.

Art. 622 – Nennwert

Die Thematik der nennwertlosen Aktie wurde lange diskutiert. Wir erachten den nun vorgeschlagenen Weg „Nennwert grösser als null“ als einen guten Kompromiss.

Art. 653j – 652o – Kapitalherabsetzung

Wir unterstützen die Vorschläge zur Neuregelung der Kapitalherabsetzung.

Art. 653j – Harmonika

Die neue systematische Regelung des Kapitalschnitts wird begrüsst.

Art. 653s – Kapitalband

Wir haben die Einführung des Kapitalbands bereits anlässlich der Revisionsvorlage von 2007 unterstützt. Die danach vom Ständerat vorgenommenen und in den neuen Revisionsentwurf übernommenen Verbesserungen begrüßen wir ebenfalls.

Art. 656a ff. – Partizipationsschein

Die liberalere Regelung in Bezug auf Partizipationsscheine unterstützen wir grundsätzlich.

Art. 659a – Folgen des Erwerbs eigener Aktien

Wir unterstützen, dass das Stimmrecht eigener Aktien auch bei Securities Lending und Repo-Geschäften ruhen soll.

Art. 685d – Verweigerung der Eintragung

Wir unterstützen die vorgeschlagene Neuerung, dass die Gesellschaft einen Aktienerwerber ablehnen kann, wenn er nicht ausdrücklich erklärt, dass er die Aktien nicht im Rahmen eines Securities Lending erworben hat sehr.

**E. Schlussbemerkungen**

Die Wiederherstellung von Rechts- und Planungssicherheit hat im derzeitigen Umfeld für den Unternehmensstandort Schweiz absolute Priorität. Gerade in Bereichen, wo für die Schweiz kein internationaler Druck zu Veränderungen besteht, braucht es daher ein behutsames und umsichtiges Vorgehen, um zusätzliche Verunsicherung zu vermeiden. Bei der Aktienrechtsrevision handelt es sich um ein solches Thema. Es bedarf hier unbedingt einer Denkpause, bevor die gegenwärtige Vorlage weiter verfolgt wird. Ein in diesem Sinne konstruktiver Marschhalt wird helfen, zusätzliche Verunsicherung und Schaden für den Unternehmensstandort Schweiz zu vermeiden und ermöglicht es, mehr Erfahrungen mit bestehenden Regelungen zu sammeln und unbedingt nötige Grundlagenarbeit nachzuholen. In diesem Sinne danken wir Ihnen, Frau Bundespräsidentin, für die wohlwollende Prüfung unserer Anliegen.


---

Mit freundlichen Grüßen

**SwissHoldings**  
Geschäftsstelle



Christian Stiefel  
Vorsitzender der Geschäftsleitung



Jacques Beglinger  
Mitglied der Geschäftsleitung

cc – SH-Vorstand

---



Bundesamt für Justiz

PDF und Word-Version per E-Mail  
an:  
[ehra@bj.admin.ch](mailto:ehra@bj.admin.ch)

Schwyz, 24. Februar 2015

### Vernehmlassung zur Änderung des Obligationsrechts (Aktienrechts)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

*Juristinnen Schweiz – Femmes Juristes Suisse – Giuriste Svizzera – Giuristas Svizra* (siehe [www.lawandwomen.ch](http://www.lawandwomen.ch), nachfolgend: Juristinnen Schweiz), die 2001 gegründete Organisation der Schweizer Juristinnen, setzt sich seit längerem für mehr Frauen in allen Lebensbereichen und vor allem in Führungspositionen ein. Mit unseren Stellungnahmen und Positionen sollen frauenspezifische Sichtweisen in der Rechtssetzung und in allen wichtigen Lebensbereichen, namentlich in der Wirtschaft, vermehrt Eingang erhalten und so ein Schritt hin zu einer für Frauen wie für Männer adäquaten, diskriminierungsfreien Gesellschaft getan werden.

Im Juni 2014 beschloss die Hauptversammlung unserer Vereinigung ein Papier über die ausgewogene Vertretung der beiden Geschlechter in Führungspositionen der Wirtschaft, nachdem (auch) die Schweiz (wie andere OECD-Länder) hierin klarerweise einen grossen Nachholbedarf aufweist. Jenes Positionspapier wurde seinerzeit breit gestreut. Die Juristinnen Schweiz schliessen sich damit anderen Frauenorganisationen, insbesondere (aber nicht nur) den Business und Professional Women BPW an und teilen die Sichtweise der Eidgenössischen Frauenkommission EKF in dieser Frage (siehe Stellungnahme der EKF vom 10.03.2014). Aus diesem Grund beteiligen wir uns am eingeleiteten Vernehmlassungsverfahren und wären Ihnen verbunden, wenn wir gerade in solchen für die Gleichstellung zentralen Projekten in Zukunft zur Meinungsäusserung eingeladen würden.

Der Bundesrat hat am 28. November 2014 das EJPD beauftragt zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) ein Vernehmlassungsverfahren

---

Dr. Alice Reichmuth Pfammatter  
Präsidentin Juristinnen Schweiz – Femmes Juristes Suisse – Women Lawyers Switzerland

c/o Kessler Wassmer Giacomini Partner  
Oberer Steisteg 18  
CH-6430 Schwyz

[alice.reichmuth@lawandwomen.ch](mailto:alice.reichmuth@lawandwomen.ch)  
[www.lawandwomen.ch](http://www.lawandwomen.ch)

PC-Konto: 17-661943-5

durchzuführen. Dieses dauert bis am Sonntag, 15. März 2015; die Frist ist mit der vorliegenden Eingabe gewahrt.

## 1. Allgemeine Bemerkungen

Der vorstehend in die Vernehmlassung geschickte Entwurf greift verschiedene Revisionsbegehren auf. Die Juristinnen Schweiz beschränken sich vorliegend auf die Frage der Zusammensetzung des Verwaltungsrats.

## 2. Art. 734e OR

### a) Geschlechterverhältnis im Verwaltungsrat als Teil der Corporate Governance

Grundsätzlich möchten wir festhalten, dass sowohl der vorgeschlagene Art. 734e OR wie eine Reihe weiterer im Entwurf enthaltenen Regeln (etwa Art. 626 Abs. 2 Ziff. 1 und 5, 678, 717a sowie Art. 732 ff.) Aspekte der Corporate Governance ordnen und verbindlich vorschreiben. Solche Vorschriften müssen, wie der Entwurf richtigerweise vorschlägt, auf (formeller) Gesetzesebene angelegt sein. Wir begrüssen es ausdrücklich, dass der Gesetzgeber die Wirtschaft entsprechend in die Pflicht nimmt.

Daran ändert nichts, dass wir die vorgeschlagene Regelung über die Vertretung der Geschlechter im Verwaltungsrat in der vorgelegten Form nicht als gelungen erachten, was wir sogleich begründen werden (dazu unten lit. b). Die von einem prominenten Wirtschaftsjuristen kürzlich öffentlich geäußerte Meinung, das Aktienrecht sei blosses Organisationsrecht und nicht geeignet, Gleichstellungsanliegen zu verwirklichen, sehen wir jedenfalls als verfehlt an. Einerseits ist zu sehen, dass jede Bestimmung über die Zusammensetzung der Entscheidungsorgane durchaus organisatorische Aspekte enthält. Andererseits aber und vor allem verkennt, wer materielle Bestimmungen über Good Practice and Corporate Governance aus dem Aktienrecht verbannen möchte, dass der Gesetzgeber verantwortlich ist für eine mit den Grundwerten unserer Verfassung übereinstimmenden Ordnung des Gesellschaftsrechts. Bei der Gleichstellung von Mann und Frau besteht zusätzlich ein ausdrücklicher verfassungsrechtlicher Auftrag. Denn der Gesetzgeber ist nach Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV und nach Art 35 BV ausdrücklich verpflichtet, Massnahmen zur Verwirklichung der Gleichstellung in der Arbeitswelt und in allen Lebensbereichen zu ergreifen. Die Verfassungsgrundsätze als grundlegende Leitlinien müssen in der ganzen Rechtsgemeinschaft Wirkung entfalten, und es ist die vornehme Aufgabe des Gesetzgebers, gestaltend darauf hinzuwirken, dass alle wichtigen gesellschaftlichen Akteure die Gleichstellung beachten und das Wirtschaftsleben diskriminierungsfrei funktioniert. Aus diesem Grunde ist es wichtig, dass das Gesetz (auch) für Private entsprechende Vorgaben macht. Regeln über das Geschlechterverhältnis im Verwaltungsrat sind deshalb durchaus angezeigt und gehören u.E. klarerweise in eine rechtliche Grundordnung des Gesellschaftsrechts. Wir begrüssen deshalb den Ansatz, den der Entwurf in Art. 734e aufgenommen hat.

## b) Zum vorgeschlagenen Art. 734e OR im Einzelnen

Wie ausgeführt, schätzen wir das Anliegen, einem angemessenen Geschlechterverhältnis im Verwaltungsrat als oberstem strategischem Organ der Aktiengesellschaft durch gesetzgeberische Anordnungen zum Durchbruch zu verhelfen positiv ein. Trotzdem überzeugt uns die vorgeschlagene Regelung nicht. Sie erscheint unter verschiedenen Punkten als problematisch:

### aa) Festschreibung eines Geschlechterverhältnisses von 30%

Gleichstellung in der Wirtschaft wird nicht herbeigeführt, wenn ein Geschlecht (von zweien) nicht einmal zu einem Drittel vertreten ist, zumal bekannt ist, dass eine zu kleine Vertretung auch keine Veränderung der Unternehmenskultur bewirken kann. Da heute das weibliche Geschlecht klar untervertreten ist und wenig über 10% der Sitze in Verwaltungsräten hält, würde das vorgeschlagene Verhältnis bedeuten, dass der Gesetzgeber in Kauf nimmt, dass 70% der Sitze mit Männern besetzt bleibt, und dies angesichts des niedrigen Tempos von Gesetzesrevisionen in der Schweiz über längere Zeit. In der Tat soll das Gesetz auf Dauer angelegt sein und nicht nach wenigen Jahren wieder geändert werden müssen. Vor diesem Aspekt, dass eine gesetzliche Ordnung über eine gewisse Zeit Rechtssicherheit verbürgen soll, ist es nicht sinnvoll, die Vertretung von Frauen (und Männern) auf mindestens 30% festzulegen. Frauen und Männer sollen ausgewogen vertreten sein, das heisst, es ist Parität anzustreben und zu statuieren. Parität heisst im Prinzip 50%:50%, wobei sich in der Praxis eine Flexibilität zwischen 40% und 60% etabliert hat, damit genug Spielraum besteht, um zeitlich flexibel andere Anforderungen (als das Geschlecht) einbeziehen zu können. Das Ziel der Parität wird auch im Bericht des Bundesrates zum Entwurf genannt (S. 206, Ziff. 33.4). Die vorgeschlagene Regelung von 30% soll hierfür ein Zeichen setzen, ist aber u.E. nicht geeignet, das Ziel zu markieren und auch nur mittelfristig zu erreichen.

### bb) Fehlende Kontroll- und Durchsetzungsmassnahmen

Als Durchsetzungsmassnahme ist vorgesehen, dass Gesellschaften, die die Schwellenwerte gemäss Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 überschreiten, im Vergütungsbericht darlegen müssen, weshalb die Geschlechter nicht zu mindestens 30% vertreten sind und welche Massnahmen zur Verbesserung des Geschlechterverhältnisses vorgesehen sind. Damit muss eine Gesellschaft, welche die vorgeschriebene Zusammensetzung des Verwaltungsrates nicht beachtet, sich erklären. Diese Erklärungs-Verpflichtung trifft nur grosse (börsenkotierte) Publikumsgesellschaften. Für andere Gesellschaften ist keinerlei Rechenschaftspflicht oder andere Sanktion vorgesehen. Gemäss dem Erläuternden Bericht zum Entwurf S. 152 dürfte die Regelung damit nur um 1% aller Unternehmen erfassen. Das kommt offensichtlich dem Bestreben, eine gleichberechtigte Mitwirkung der Frauen in der Wirtschaft zu erreichen, nur ungenügend entgegen. Wir halten die vorgesehene Erklärungs-Verpflichtung auch für die wenigen, davon betroffenen Gesellschaften nicht für eine effiziente Massnahme zur Erreichung der Gleichheit von Mann und Frau in ihren Führungsgremien, geschweige denn die sanktionslose Verpflichtung der übrigen

Unternehmen zu einem Anteil an Frauen von 30% im Verwaltungsrat. Wie Erfahrungen im Ausland gezeigt haben, führen zahnlose Regelungen nicht zum gewünschten Erfolg, und das erforderliche Umdenken, setzt nicht ein. Eine Regelung ist nur effizient, wenn sie einen starken Anreiz zu einem diskriminierungsfreien Handeln setzt und diskriminierendes Verhalten der Wirtschaftsakteure effektiv ahndet. Die vorgesehene „Sanktion“ ist mit anderen Worten völlig ungenügend. Zudem sei angemerkt, dass wir auch das Publikationsorgan, den Vergütungsbericht, als ungeeignet einstufen.

Da im übrigen auch der revidierte Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance nur einen völlig vagen Hinweis auf das erwünschte Geschlechterverhältnis enthält, ist der Weg der Selbstverpflichtung verschlossen, und der Gesetzgeber kommt nicht darum herum, eine wirksame Regelung zu treffen.

#### cc) Zeitliche Staffelung und die Frage der Regelungsstufe

Nach Art. 5 der Übergangsbestimmungen wird die Erklärungs-Verpflichtung ausgelöst, wenn die 30%-Regel innert 5 Jahren nicht erreicht ist.

Grundsätzlich wenden wir uns nicht gegen eine 5-jährige Übergangsfrist. Auch den Juristinnen Schweiz ist klar, dass das Geschlechterverhältnis im Verwaltungsrat mit Inkrafttreten des Gesetzes nicht mit einem Schlag in wesentlichem Umfang verändert wird und Frauen und Männer paritätisch die Geschehnisse der Wirtschaft wahrnehmen können. Die 5-jährige Frist ist für einen Anteil von 30% angezeigt, für eine paritätische Vertretung wäre sie zweifellos sehr anforderungsreich.

Es ist sinnvoll, durch eine Regelung verpflichtend Ziele zu setzen, die sich innert einer gewissen vorgesehenen Zeit erreichen lassen. Wird aber im Sinne eines iterativen Vorgehens eine gestufte Anhebung der Geschlechtervertretungen im Verwaltungsrat vorgeschrieben, so ist es angezeigt, dies im Rahmen einer gesetzlichen Grundordnung auf Verordnungsstufe zu tun. Auf dieser Stufe lässt sich die Regelung je nach den eingetretenen Veränderungen leichter anpassen. Mit einer entsprechenden Grundordnung im Gesetz und einer differenzierten Regelung auf Ausführungsstufe, lässt sich eine bessere Vertretung von Frauen in den Verwaltungsräten zielgerichtet aber adäquat gesetzlich vorsehen. Eine Grundsatzregelung auf Gesetzesstufe (in Art. 734e OR) für eine paritätische Vertretung der Geschlechter und eine ergänzende Ordnung auf Stufe der Vollzugsverordnung durch den Bundesrat ist deshalb der sinnvollere Weg.

#### cc) Abstimmung einer Regelung auf die Anforderungen von Art. 4 CEDAW

In diesem Zusammenhang möchten wir noch auf Art. 4 CEDAW (SR 0.108, UNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau) hinweisen. Diese Bestimmung erlaubt „zeitweilige Sondermassnahmen ... zur beschleunigten Herbeiführung der De-facto-Gleichberechtigung von Mann und Frau“, wobei diese „nicht als Diskriminierung im Sinne dieses Übereinkommens“ gelten, wenn sie „nicht auf dauernde ungleiche oder gesonderte Massstäbe angelegt“ sind und entsprechende Massnahmen aufgehoben werden, „sobald

die Ziele der Chancengleichheit und Gleichbehandlung erreicht sind.“ Vorschriften über prozentmässige Anteile, die mit Verpflichtungen verbunden sind und von geeigneten Durchsetzungsmassnahmen begleitet werden, werden zu solchen Sondermassnahmen gezählt, sie können und dürfen unter Umständen zu gesonderten Massstäben führen, um dem unterrepräsentierten Geschlecht (praktisch den Frauen) eine ausreichende Chance auf Teilnahme zu ermöglichen. Sie sind dann aber vom Grundsatz her auf Zeit anzusetzen, und die Erfüllung des Gleichbehandlungsziels ist zu kontrollieren. Notfalls ist die Regelung anzupassen. Eine solche in den Dienst einer schrittweisen Verwirklichung gestellte Möglichkeit zu Sondermassnahmen lässt sich auf Gesetzesebene nicht recht verwirklichen, eine Regelung auf Verordnungsstufe eignet sich dafür wesentlich besser.

#### dd) Unterstützende Massnahmen

Es stellt sich die Frage, wie weit der (materielle) Gesetzgeber unterstützende Massnahmen vorsehen oder Anreize dafür setzen soll. Die vorgesehene Regelung, einfach einen gewünschten Anteil vorzusehen, überlässt es den Betrieben, für sie angepasste Massnahmen zu ergreifen (z.B. frühzeitige Förderung im Betrieb, Beteiligung an Fachschulungen, Unterstützung von entsprechenden Datenbanken) und kann für sich beanspruchen, einen liberalen Ansatz zu verfolgen, was wirtschaftsnah ist. Leider hat sich im Ausland gezeigt, dass die Wirtschaft die entsprechende Verantwortung jedoch viel zu wenig wahrnimmt und keine ausreichende Initiative ergreift. Namentlich in Finnland, wo entsprechende Programme vom Staat gestartet und unterstützt wurden, hat sich andererseits gezeigt, dass unterstützende Massnahmen wirksam sind und zu einem ausgewogeneren Geschlechteranteil führen, selbst ohne dass ein bestimmter prozentmässiger Anteil für Führungskräfte vorgeschrieben wäre. Es scheint uns deshalb angezeigt, dass der Bund in seiner Ausführungsgesetzgebung entsprechende Anreize setzt.

#### c) Vorschlag zu einer adäquaten Regelung

Grundsätzlich sehen wir aufgrund der dargelegten Überlegungen folgende sinnvolle Regelung für eine gerechtere Vertretung von Frauen in den Verwaltungsräten:

- Art. 734e OR stellt den Grundsatz der paritätischen Vertretung beider Geschlechter im Verwaltungsrat auf.
- Das Gesetz ermächtigt und verpflichtet gleichzeitig den Verordnungsgeber, zur Erreichung dieses Gleichstellungsziels an zeitlichen Horizonten orientierte (d.h. zeitweilige) Sondermassnahmen (siehe vorn Bst.b/dd) vorzusehen, die die Wirtschaftsakteure anleiten und mittels Sanktionen auch anhalten zu einer geschlechtergerechteren Bestellung des Verwaltungsrates. Dabei soll das in einer bestimmten Zeitperiode zu erreichende Ziel einen gewissen Druck aufbauen und schrittweise erhöht werden.



- Der Verordnungsgeber hat seine Anordnung auf ihre Wirksamkeit periodisch zu überprüfen und allenfalls anzupassen.
- Die Gesellschaften haben Meldung zu erstatten über das Geschlechterverhältnis des Verwaltungsrates angesichts von Neu- und Wiederwahlen in den Verwaltungsrat, und zwar sowohl vor der Wahl wie auch nach der Wahl. Diese Meldepflicht, die neben einer Kontrolle vor allem der Schaffung von genügendem Datenmaterial dient, muss für alle börsenkotierten und alle öffentlichen Unternehmen gelten sowie für Unternehmen mit mehr als 250 Mitarbeitenden.

Aufgrund dieser Ausgangslage schlagen wir konkret folgenden Art.734e vor:

*Art. 734e VI. Vertretung der Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung*

*<sup>1</sup>Die Geschlechter müssen im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung paritätisch vertreten sein.*

*<sup>2</sup>Der Bundesrat legt auf Verordnungsstufe einen Plan zur Erreichung dieses Ziels fest (Etappenplan) und erlässt Massnahmen zur beschleunigten und wirksamen Durchsetzung eines ausgewogenen Geschlechterverhältnisses.*

*<sup>3</sup>Er kann insbesondere Anreize festlegen, sich an gezielten Schulungsvorhaben beteiligen, Datenbanken unterstützen oder schaffen und dergleichen mehr.*

*<sup>4</sup>Er kann Sanktionen für Gesellschaften vorsehen. Diese können namentlich empfindliche Bussen enthalten oder eine vorgenommene Wahl, welche dem Ziel zuwiderläuft, als ungültig erklären.*

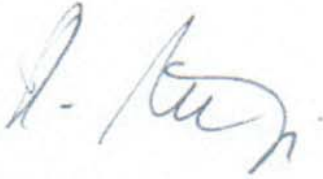
*<sup>5</sup>Er hat das Erreichen der Ziele gemäss Etappenplan zeitnah zu kontrollieren und die getroffenen Massnahmen der Wirtschaft wie der öffentlichen Hand zu evaluieren.*

*<sup>6</sup>Die Gesellschaften haben das Geschlechterverhältnis in den Geschäftsleitungen und im Verwaltungsrat vor der Ernennungen oder Wahl und nach der Ernennung der Wahl zu melden. Tritt mit der Ernennung oder Wahl keine Verbesserung in Richtung Parität auf, haben sie eine Erklärung zu liefern, die zu veröffentlichen ist.*

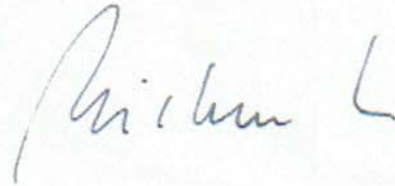
*<sup>7</sup>Abs. 4 bis 6 gelten für börsenkotierte und für öffentliche Unternehmen oder Unternehmen mit öffentlicher Beteiligung sowie für Unternehmen mit mehr als 250 Angestellten. Der Bundesrat kann Sondermassnahmen auf weitere Unternehmen ausdehnen.*

Wir hoffen, Ihnen mit diesen Vorschlägen und Bemerkungen gedient zu haben und danken für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüßen  
Namens der Arbeitsgruppe und des Vorstandes



Prof. Dr.iur. Regula Kägi-Diener  
Vorstandsmitglied



Dr. Alice Reichmuth Pfammatter,  
Präsidentin

Bundesamt für Justiz  
Eidg. Amt für das Handelsregister  
Bundesrain 20

3003 Bern

10. März 2015

## **Vernehmlassung zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)**

Sehr geehrte Dame, sehr geehrter Herr

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, zu der oben genannten Vernehmlassung Stellung zu nehmen. Der **veb.ch** vertritt als grösster Schweizer Verband für Rechnungslegung, Rechnungswesen und Controlling über 8'000 Mitglieder aus der gesamten Schweiz. Der veb.ch ist in der Berufsbildung die für das Finanz- und Rechnungswesen sowie Controlling zuständige Organisation der Arbeitswelt gemäss Bundesgesetz über die Berufsbildung vom 13. Dezember 2002. Der Verband besteht seit 1936 und ist unter anderem Mitträger der Prüfungen der beiden eidgenössisch anerkannten Prüfungen in seinem Fachbereich. Expertinnen/Experten in Rechnungslegung und Controlling sowie Inhaberinnen/ Inhaber des Fachausweises im Finanz- und Rechnungswesen sind heute in der schweizerischen Wirtschaft die anerkannten, hochqualifizierten Fachleute. Gerne nehmen wir zur geplanten Revision des Aktienrechts wie folgt Stellung:

### **Grundsätzliche Bemerkungen**

Eine Überarbeitung des Aktienrechts erachten wir grundsätzlich als sinnvoll und notwendig; die vom Gesetzgeber genannten Ziele der Aktienrechtsrevision unterstützen wir. Der Schwerpunkt unserer Stellungnahme bezieht sich – von wenigen Ausnahmen abgesehen – auf Artikel, die *einen engen Bezug zur Rechnungslegung* aufweisen. Auch orientiert sich unser Fokus eher auf die Belange von KMU und weniger auf die Bedürfnisse grosser, börsenkotierter Unternehmen.

### **Kommentare zu ausgewählten Themen**

#### *Aktienkapital in Auslandswährung (Art. 621 Abs. 2)*

1. veb.ch *begrüss*t ausdrücklich die neu geschaffene Wahlmöglichkeit, das Aktienkapital in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen Währung zu denominieren.

*Begründung:* Nach dem 32. Titel OR (Rechnungslegungsrecht) steht rechnungslegungspflichtigen Unternehmen eine Reihe von Optionen zur Verfügung, welche die Wahl sowohl der Buchwährung als auch der Darstellungswährung betreffen (vgl. zur nachfolgenden Argumentation *Glanz/Pfaff*,

Kapitalschutz und Steuerbemessung bei Rechnungslegung in Fremdwährung (Art. 958d Abs. 3 OR), *Archiv für Schweizerisches Abgaberecht*, März 2014, S. 513-530):

Für die Geschäftstätigkeit wesentliche Währung	Option	Buchführung	Darstellung	Zusätzliche Angaben
Fremdwährung (FW)	A	FW	FW	CHF
	B	CHF	FW	CHF
	C	FW	CHF	n/a
	D	CHF	CHF	n/a
CHF		CHF	CHF	n/a

Optionen gemäss Art. 958d Abs. 3 i.V.m. Art. 957a Abs. 4 OR

Ist der CHF die funktionale Währung, sind Buchführung und Darstellung in CHF zwingend. Je nachdem, ob aber die Bücher in funktionaler Währung (Option A/C) oder in CHF (Option B/D) geführt werden, resultieren nach Art. 958d Abs. 3 trotz identischer Sachlage *unterschiedliche Steuerfaktoren*, was die Gleichmässigkeit der Besteuerung verletzt. Auch widerspricht die Erstellung der Jahresrechnung in CHF trotz ausländischer funktionaler Währung (Optionen C und D) der wirtschaftlichen Betrachtungsweise und beeinträchtigt die Vergleichbarkeit von Unternehmen. Die *gegenwärtige Rechtslage* ist daher *ökonomisch unglücklich*. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise kommt im Konzept der funktionalen Währung zum Ausdruck, in der auch die Steuern sowie der Kapitalschutz zu bemessen sind. Die Denomination des Aktienkapitals in Fremdwährung trägt diesem Erfordernis Rechnung, sofern Unternehmen vom Wahlrecht Gebrauch machen.

2. *Fraglich* ist hingegen, ob die Voraussetzung nach Art. 621 Abs. 3 Ziff. 2, dass ein zugelassener Revisionsexperte bestätigt, dass das Aktienkapital auch nach dem Wechsel voll gedeckt ist, tatsächlich Sinn macht. Da die Umrechnung durchgängig zum Stichtagskurs erfolgt, kann *durch den Wechsel kein Kapitalverlust* entstehen. Alternativ könnte gefordert werden, dass auch nach dem Wechsel der Währung kein Kapitalverlust im Sinne des Vorentwurfs vorliegen darf. Weiterhin wäre vorauszusetzen, dass weder begründete Besorgnis zur Zahlungsunfähigkeit noch eine Überschuldung vorliegt.

*Ergänzung des gesetzlich vorgeschriebenen Statuteninhalts (Art. 626 Abs. 2)*

veb.ch *begrüss*t, dass Abs. 2, der Art. 12 Abs. 1 der VegüV umsetzt, *nur von börsenkotierten Gesellschaften zwingend anzuwenden* ist. Nichtbörsenkotierte Gesellschaften bleiben damit zu Recht von einem erhöhten Aufwand verschont.

*Einführung eines Kapitalbands (Art. 653s)*

1. veb.ch *begrüss*t die *Flexibilisierung der Kapitalbestimmungen* sowie insbesondere die Einführung eines Kapitalbands.
2. *Fraglich* ist, ob aus Gründen der Klarheit das im Vorentwurf vorgesehene *Basiskapital* nicht zutreffender als *Minimalkapital* zu bezeichnen ist und der Begriff des Basiskapitals dann neu die Ausgangslage für die Bandbreite (höchstens +/- 50% des im HR eingetragenen Aktienkapitals) bezeichnen könnte.

### *Finanzielle Anreize für Aktionäre, die ihre Stimmrechte in der GV ausüben (Art. 661 Abs. 2)*

veb.ch hält das Wahlrecht, dass die Statuten eine bis zu 20 Prozent höhere bzw. tiefere Dividende vorsehen können, je nachdem, ob die Stimmrechte ausgeübt werden oder nicht, für problematisch. *Dysfunktionale Effekte* wie die Ausübung des Stimmrechts ohne vorherige Information (oder nach dem Zufallsprinzip) können nicht ausgeschlossen werden. Zudem ist der Nutzen fraglich, bieten doch Unternehmen bereits heute diverse (nichtfinanzielle) Anreize, an einer GV teilzunehmen. Auch wenn die vorgesehene Regelung eine «Kann-Vorschrift» ist, sollte der Gesetzgeber dort, wo kein dringender Reformbedarf existiert, der *Versuchung einer Überregulierung widerstehen*.

### *Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve an die Aktionäre (Art. 671 Abs. 3)*

1. veb.ch *begrüss*t (sofern man die Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve *überhaupt* zulassen möchte) die Regelung, dass eine Rückzahlung nur dann zulässig ist, wenn nach der Rückzahlung weder die Erfüllung der Forderungen der Gläubiger gefährdet ist, noch die begründete Besorgnis besteht, dass die Gesellschaft in den nächsten 12 Monaten zahlungsunfähig wird.
2. *Fraglich* ist, ob es materiell hinreichend ist, wenn ein zugelassener Revisionsexperte dies *gestützt auf die Bilanz* schriftlich bestätigt. Wie der Gesetzgeber an anderer Stelle richtig betont, ist dafür eher der Liquiditätsplan statt die Bilanz geeignet; die Bilanz gibt in erster Linie Aufschluss über den Vermögensausweis.

### *Restriktive Bildung freiwilliger Gewinnreserven (Art. 673 Abs. 2)*

veb.ch hält Art. 673 Abs. 2, wonach freiwillige Gewinnreserven nur gebildet werden dürfen, wenn das dauernde Gedeihen des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen aller Aktionäre dies rechtfertigt, für *höchst problematisch*.

#### *Begründung:*

1. Einerseits ist die unbestimmte Formulierung «zum dauernden Gedeihen des Unternehmens» mit fast *beliebigen Ermessensspielräumen* verbunden; zum anderen eröffnet die Einschränkung «unter Berücksichtigung der Interessen aller Aktionäre» ein Einfallstor für klagewillige Aktionäre, die Bildung jedweder freiwilliger Gewinnreserven zu verhindern.
2. Noch *schwerwiegender* ist aber ein zweiter *Einwand*: Das Rechnungslegungsrecht (32. Titel OR) gewährt – namentlich in Art. 960a Abs. 4 (Abschreibungen und Wertberichtigungen) sowie in Art. 960e Abs. 3 und 4 (Bildung und Auflösung von Rückstellungen) – *nahezu unbegrenzte Möglichkeiten zur Bildung stiller Willkürreserven*. Will der Gesetzgeber der «Aushungerung» von (Minderheits-) Aktionären entgegenwirken (vgl. begleitenden Bericht zum Vorentwurf), muss dies zunächst im Rechnungslegungsrecht geschehen. Die Beschränkung der Bildung von Gewinnreserven greift zu spät, wenn zuvor fast beliebig stille Reserven gebildet werden können. Der häufig gebrauchte Hinweis auf die aus Unternehmenssicht negativen steuerlichen Auswirkungen bei der Begrenzung stiller Willkürreserven in der Rechnungslegung ist nicht sachgerecht, da bereits die Steuerbehörden einen grossen Teil der in der Handelsbilanz gebildeten stillen Willkürreserven (wie z.B. die Rückstellungen für die Sicherung des dauernden Gedeihens des Unternehmens) gar nicht erst anerkennen. *Fazit: Abs. 2 ist mit Vorteil zu streichen*, da mit dem Rechnungslegungsrecht nicht konsistent. Will man die Aushungerung von Aktionären verhindern, müsste man zuvorderst die Möglichkeiten zur Bildung stiller Willkürreserven im Rechnungslegungsrecht begrenzen.

#### *Ausrichtung von Zwischendividenden (Art. 675a)*

1. veb.ch *begrüss*t die *Ausrichtung einer Zwischendividende*. Dies entspricht dem Bedürfnis von Konzernen sowie ausländischen Aktionären, die beispielsweise Quartalsdividenden gewöhnt sind. Der neue Artikel, wonach die Statuten die Möglichkeit von Zwischendividenden vorsehen müssen, fördert die *Rechtssicherheit*.
2. Wichtig ist zudem, dass die Ausrichtung von Zwischendividenden einen *Zwischenabschluss* sowie dessen Revision voraussetzt. *Rechtsunsicherheit* wird allerdings durch den (ungenauen) Begriff der «Zwischenbilanz» geschaffen, der in Art. 960f nur unzureichend präzisiert wird (zu Einzelheiten siehe unsere Stellungnahme zu Art. 960f).

#### *Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle und der Finanzplanung (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3)*

veb.ch *begrüss*t, dass die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle und der Finanzplanung neu *ohne Einschränkung* als unübertragbare und unentziehbare Aufgabe gilt und *nicht mehr unter dem Vorbehalt* «sofern für die Geschäftsführung notwendig» steht. Auch für kleinere Unternehmen und Kleinunternehmen sind Rechnungswesen, Finanzkontrolle und Finanzplanung unverzichtbare Instrumente der Unternehmensführung.

#### *Drohende Zahlungsunfähigkeit (Art. 725)*

1. veb.ch *begrüss*t grundsätzlich die *Neugestaltung der Frühwarnsysteme*, z.B. die Erstellung eines aktuellen Liquiditätsplans, sowie die daran geknüpften Konsequenzen bei drohender Zahlungsunfähigkeit (*Einleitung von Sanierungsmassnahmen*).
2. Zu einem Zeitpunkt, in dem bereits Zahlungsunfähigkeit droht, ist allerdings *Eile geboten*. Es stellt sich daher die Frage, ob es generell notwendig ist, dass der VR eine GV einberuft und ihr Sanierungsmassnahmen beantragt. Sinnvoller ist die Vorgehensweise, dass der *VR im Rahmen seiner Kompetenzen selbständig und so schnell wie möglich* Sanierungsmassnahmen ergreift und umsetzt.
3. Wichtig ist zudem zu regeln, was passiert, wenn VR und/oder GV *keine genügenden Sanierungsmassnahmen* innerhalb einer angemessenen Frist beschliessen sollten. Die Benachrichtigung des Gerichts ist dann unvermeidlich und sollte in Art. 725 entsprechend geregelt werden.
4. In Art. 725 Abs. 2 sollte aus Gründen der Präzisierung von *Ein- und Auszahlungen* und nicht von Einnahmen und Ausgaben gesprochen werden. Beide Begriffspaare unterscheiden sich; im Zusammenhang mit Liquidität sind stets die Ein- und Auszahlungen gemeint.
5. In Art. 725 Abs. 3 muss der VR den Liquiditätsplan einem zugelassenen Revisor vorlegen, falls sich aus dem Plan keine drohende Zahlungsunfähigkeit ergeben sollte. Für diese anspruchsvolle Prüfung sollte stattdessen ein *zugelassener Revisionsexperte* vorgesehen werden.

#### *Kapitalverlust (Art. 725a)*

1. veb.ch *begrüss*t die *Erweiterung der Bestimmungen zum Kapitalverlust* im Rahmen der Neugestaltung der Frühwarnsysteme.
2. *Abs. 1 Ziff. 3 geht aber zu weit* und sollte gestrichen werden. Wenn die Erfolgsrechnungen der letzten drei Jahre einen Verlust ausweisen, ist dies häufig kein Vorbote einer drohenden Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit, insbesondere dann nicht, wenn das Eigenkapital des Unternehmens im Branchenvergleich ausreichend hoch ist oder kaum Fremdkapital existiert.

3. Das in Abs. 2 aufgenommene *generelle Erfordernis einer eingeschränkten Revision bei Unternehmen mit Opting-out geht zu weit* (insbesondere in Anbetracht vieler Kleinunternehmen, die kein wesentliches Fremdkapital aufgenommen haben und einen Kapitalverlust ausweisen). veb.ch hat allerdings an anderer Stelle stets betont, dass wir das Opting-out *insgesamt* kritisch sehen, weil wir den Drittblick der Revisionsstelle für extrem wichtig erachten. Die Aufhebung des Opting-out ist aber eine grundlegende politische Entscheidung, die momentan wohl nicht zur Diskussion steht.

#### *Überschuldung (Art. 725b)*

Abs. 4 Ziff. 2 erlaubt es, die Benachrichtigung des Gerichts bei Überschuldung zu unterlassen, solange begründete Aussicht besteht, dass die Überschuldung innert angemessener Frist, spätestens aber 90 Tage nach Vorliegen der «Zwischenbilanzen» (besser: Zwischenabschluss), behoben werden kann. Zu einem Zeitpunkt, in dem bereits Überschuldung vorliegt, kommt dieser Freiraum für einen Ermessensentscheid des VR zu spät. So ist zu berücksichtigen, dass es die Verantwortung des VR (und nicht höhere Macht) ist, die zur Überschuldung geführt hat. Der VR hätte bereits lange im Vorfeld geeignete Sanierungsmassnahmen einleiten können (müssen). Zudem zeigen Insolvenzstudien, dass die Sanierungschancen in erster Linie von einer rechtzeitigen Verfahrenseinleitung abhängen (vgl. z.B. Zentrum für Insolvenz und Sanierung an der Universität Mannheim e.V. [2006]: Ursachen von Insolvenzen. Gründe für Unternehmensinsolvenzen aus der Sicht von Insolvenzverwaltern, in: Euler Hermes Kreditversicherungs-AG [Hrsg.]: Wirtschaft Konkret Nr. 414, Hamburg, S. 1-36). Die Möglichkeit, ein *Gesuch um Nachlassstundung* zu stellen, mit Aussicht auf Aussetzung des Konkursentscheids, ist *bei eingetretener Überschuldung völlig ausreichend*.

#### *Aufwertung (Art. 725c)*

1. veb.ch *begrüss*t die *Beibehaltung der Aufwertung von Beteiligungen und Grundstücken* zur Beseitigung einer Unterbilanz (ehemals Art. 670).
2. In Übereinstimmung mit dem Rechnungslegungsrecht (32. Titel OR) sollte allerdings in Abs. 3 nicht von Wiederabschreibung, sondern von *Wertberichtigung* gesprochen werden, da es sich bei den betroffenen Vermögenswerten (Grundstücke und Beteiligungen) um nichtabnutzbares Anlagevermögen handelt.

#### *Vergütungsbericht (Art. 734)*

1. Es ist zu prüfen, ob der Vergütungsbericht sachgerecht nicht direkt *in den Geschäftsbericht (analog zum Lagebericht) integriert* werden kann. Gesetz und Praxis könnten dadurch entlastet werden.
2. Es ist zu prüfen, ob es gemäss Abs. 2 tatsächlich gesetzgeberischer Wille ist, dass ein in funktionaler Währung erstellter Vergütungsbericht analog zu Art. 958d Abs. 3 zusätzlich auch in CHF erstellt werden muss. Der *Nutzen einer solchen Umrechnung ist zweifelhaft*.

#### *«Bilanzgewinn/ -verlust» (Art. 833 Ziff. 8; 879 Abs. 2 Ziff. 2<sup>bis</sup>; 677a)*

Der Begriff des Bilanzgewinns bzw. -verlusts erscheint an mehreren Stellen des OR: neben den oben genannten Stellen auch in etlichen wichtigen Artikeln, die vom Vorentwurf unberührt sind. Dabei besteht neu eine Rechtsunsicherheit, was mit Bilanzgewinn gemeint ist. Diese Rechtsunsicherheit ergibt sich daraus, dass durch die Revision des Rechnungslegungsrechts (32. Titel OR) der Begriff des Bilanzgewinns (Art. 663a Abs. 3 aOR) ersatzlos gestrichen wurde.

Zur Beseitigung der Rechtsunsicherheit empfiehlt veb.ch, den Begriff des Bilanzgewinns als *Summe aus Jahresgewinn/ -verlust und Gewinnvortrag/ -verlust* klarzustellen und ihn in die Mindestgliederung der Bilanz nach Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 aufzunehmen. Zumindest sollten aber der *Jahresgewinn/ -verlust* und der *Gewinnvortrag/ -verlust* in die Mindestgliederung aufgenommen werden.

#### «Zwischenbilanz» (Art. 960f)

Art. 960f, der die Anforderungen an den Zwischenabschluss regeln soll, bedarf der *grundlegenden Revision*.

1. Zum einen müsste konsistent von *Zwischenabschluss* gesprochen werden, um deutlich zu machen, dass mindestens auch eine *Zwischenerfolgsrechnung* (sowie ein «verkürzter» Anhang; so der erläuternde Bericht zum Vorentwurf) notwendig sind und dass bei der Aufstellung die Grundsätze der Jahresrechnung Anwendung finden müssen. Der Verweis auf das Inventar ist irreführend, da die Bestandesnachweise nicht zwangsläufig mittels Inventar erbracht werden müssen. Art. 960f Ziff. 2 ist ebenfalls unklar: Grundsätzlich gilt, dass an einen *Zwischenabschluss dieselben Anforderungen zu stellen sind wie an die Jahresrechnung* (vorbehaltlich eines eventuell verkürzten Anhangs sowie einer vereinfachten Darstellung). Die Vereinfachungen, die der Gesetzgeber vorsehen möchte, sollten im Gesetz explizit genannt werden.
2. Art. 960f lässt die *Art der Revision* offen. Der erläuternde Bericht zum Vorentwurf hält hingegen fest, dass sich die Revision an der Art orientiert, welcher die Gesellschaft für die Jahresrechnung unterliegt, und dass gewisse Erleichterungen hinsichtlich der Prüfung mit Verweis auf Art. 960f denkbar sind. Unserer Meinung nach müssen die vom Gesetzgeber gewünschte Art der Revisionspflicht sowie allfällige Erleichterungen zwingend in Art. 960f in einem *zusätzlichen Absatz* geregelt werden.
3. Die *Geltung von Art. 960f* für alle über das OR verteilten «Zwischenbilanzen» (besser: Zwischenabschlüsse) sollte klarer ersichtlich sein.

#### Befreiung von der Konzernrechnungspflicht – Erhöhung der Schwellenwerte (Art. 963a Abs. 1 Ziff. 1)

Mit geplant «40-80-500» sollen die für die Erstellung der Konzernrechnung aktuell geltenden (und gerade erst mit dem neuen Rechnungslegungsrecht angehobenen) Schwellenwerte «20-40-250» erneut signifikant erhöht werden. Ohne erste Erfahrungen mit der Erhöhung gesammelt zu haben, halten wir diesen Schritt für verfrüht. Auch wären die neuen Schwellenwerte nicht mit den an anderer Stelle definierten Werten «20-40-250» konsistent; dies betrifft namentlich die ordentliche Prüfungspflicht der Jahresrechnung und der Konzernrechnung (Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2) sowie die Rechnungslegung grösserer Unternehmen (Art. 961), die am Kriterium der ordentlichen Prüfungspflicht festmacht.

#### Konzernrechnung nach anerkanntem Standard (Art. 963b Abs. 1)

Im geltenden Rechnungslegungsrecht kann die konsolidierungspflichtige Muttergesellschaft unabhängig von der Grösse der Gesellschaft ihre eigenen Konsolidierungs- und Bewertungsgrundsätze aufstellen (Art. 963b Abs. 3) und somit *standard picking* sowie eigene Lösungen (z.B. Buchwertkonsolidierung) betreiben; die Konzernrechnung untersteht «nur» den Grundsätzen ordnungsmässiger Rechnungslegung. Zur Rechnungslegung nach anerkanntem Standard sind bislang börsenkotierte Unternehmen, Grossgenossenschaften sowie Stiftungen, die von Gesetzes wegen einer ordentlichen Revision unterstehen, verpflichtet. Weiterhin besteht das Recht qualifizierter Minderheiten, eine Konzernrechnung nach anerkanntem Standard zu fordern.



Dass neu grundsätzlich alle juristischen Personen ihre Konzernrechnung nach anerkanntem Standard erstellen müssen, ist zu begrüßen. Wenn diese Verbesserung allerdings mit einer deutlichen Erhöhung der Schwellenwerte (Art. 963a Abs. 1 Ziff. 1) für die Pflicht zur Konzernrechnung einhergeht, könnte es sein, dass die angestrebte Verbesserung sich ins Gegenteil verkehrt. Wir empfehlen daher, zunächst die Erfahrungen mit dem neuen Rechnungslegungsrecht abzuwarten, bevor an eine Revision der Konzernrechnungslegungspflicht sowie der verpflichtenden Anwendung eines anerkannten Standards gedacht wird.

*Transparenz bei Rohstoffunternehmen (Art. 964a)*

Es ist zu prüfen, ob der *Bericht über Zahlungen an staatliche Stellen* sachgerecht nicht *direkt in den Geschäftsbericht* (analog zum Lagebericht sowie zum Vergütungsbericht; siehe oben) integriert werden kann. Gesetz und Praxis können dadurch entlastet werden.

Wir bedanken uns für die Einladung, im Rahmen der Vernehmlassung der Aktienrechtsrevision Stellung beziehen zu können. Wir hoffen, dass unsere Anmerkungen für die weiteren Beratungen zweckdienlich sind. Für Fragen und Auskünfte stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

veb.ch



Herbert Mattle  
Präsident



Prof. Dr. Dieter Pfaff  
Vizepräsident

**LE BÂTONNIER**

8, RUE DU GRAND-CHÊNE  
CASE POSTALE 7056  
CH - 1002 LAUSANNE

TÉL : 021 311 77 39  
FAX : 021 311 77 49

info@oav.ch  
www.oav.ch

Monsieur Philippe LEUBA  
Conseiller d'Etat  
Chef du Département de l'Economie et  
du sport  
11, rue Caroline  
1014 LAUSANNE

Lausanne, le 24 mars 2015/jm

**Consultation fédérale**  
**Avant-projet de révision du code des obligations (droit de la société anonyme)**

---

Monsieur le Conseiller d'Etat,  
Cher Monsieur,

Vous trouverez ci-joint la prise de position de l'Ordre des avocats vaudois sur le projet de révision du droit de la société anonyme.

Compte tenu du bref délai qui nous avait été donné, nous nous permettons d'en adresser un exemplaire directement auprès du service fédéral compétent également.

Se fondant sur le préavis de sa Commission permanente de droit privé, l'Ordre se positionne comme suit :

**A. Modifications proposées au titre vingt-sixième du code des obligations**

*Art. 620*

A l'alinéa 2, chiffre 1, l'indication du nombre d'activités admises occupées par les organes concernés pourrait ne pas être suffisante pour prévenir des abus. L'indication de l'intensité et du type de ces activités devrait également être exigée.

*Art. 634a*

A l'alinéa 1, il conviendrait d'exiger expressément que la créance compensante ne soit pas litigieuse, par souci de clarté.

Dans le cas visé par l'aliéna 2, il conviendrait de prescrire la publication du fait que la libération est opérée par compensation avec une créance qui n'est plus entièrement couverte par les actifs. En effet, dans ce cas, le créancier compensant peut acquérir une part du capital au moyen d'un droit dont la valeur réelle est inférieure au montant nominal de la part sociale. La transparence doit être assurée à cet égard vis-a-vis des tiers.

*Art. 653k*

Nous proposons la reformulation suivante de l'alinéa 2 : « *La société garantit les créances des créanciers qui l'exigent dans le mois qui suit la troisième parution dans la Feuille officielle suisse du commerce.* »

*Art. 653o*

Le délai de trente jours prévu à l'aliéna 3 part manifestement du jour des décisions du conseil d'administration prévues aux aliéna 1 et 2. Si ce délai est manqué, le conseil d'administration pourra reprendre les mêmes décisions, faisant à nouveau courir le même délai de trente jours, et ainsi de suite, de sorte que ce délai apparaît dénué de sanction réelle. Il conviendrait par exemple de fixer un délai absolu de six mois pour requérir l'inscription de la réduction du capital social au registre du commerce, ce délai partant du jour de la décision de l'assemblée générale selon l'article 653n. Faute de réquisition d'inscription dans ce délai de six mois, la décision de réduction serait caduque.

A l'alinéa 5, il conviendrait de remplacer « *ne doivent* » par « *ne peuvent* ».

*Art. 653s*

A l'alinéa 2, il conviendrait de préciser expressément que le capital social ne peut en aucun cas être inférieur au montant minimal de CHF 100'000.- (ou sa contrevalet en cas de monnaie étrangère).

*Art. 653t*

A l'alinéa 2, « *A l'expiration la durée* » devrait être remplacé par « *A l'expiration de la durée* ».

*Art. 653u*

A l'alinéa 3, le délai de trente jours pour requérir l'inscription au registre du commerce est dénué de sanction, le conseil d'administration étant libre de réitérer en tout temps sa décision de modification du capital social. Cela risque de porter préjudice à la sécurité juridique des tiers intéressés. Une proposition de solution consisterait à prescrire que la modification du capital social n'est effective d'une fois inscrite au registre du commerce.

*Art. 653w*

A l'alinéa 3, il conviendrait de remplacer « *créances* » par « *engagements de la société* ». Au surplus, le critère de l'absence de compromission de ces engagements risque d'être une source d'insécurité juridique, respectivement de s'avérer difficilement applicable en pratique. La coordination de ce critère avec celui prévu par l'article 725b alinéa 1 du projet et ayant un libellé différent risque encore d'aggraver ces difficultés.

*Art. 672*

A l'alinéa 2, « *avec la réserve légale issue du bénéfice* » devrait être remplacé par « *avec la réserve légale issue du capital* ». De même, « *Lorsque le but principal de la société est la prise de participations dans d'autres entreprises (société holding), la réserve légale est alimentée jusqu'à ce elle atteigne, avec la réserve légale, 20 % du capital-actions inscrit au registre du commerce.* » devrait être remplacé par « *Lorsque le but principal de la société est la prise de participations dans d'autres entreprises (société holding), la réserve légale issue du bénéfice est alimentée jusqu'à ce elle atteigne, avec la réserve légale issue du capital, 20 % du capital-actions inscrit au registre du commerce.* »

*Art. 678*

A l'alinéa 1, il conviendrait de remplacer « *et les autres remboursements* » par « *et les autres remboursements ou prestations* », afin de pas limiter l'objet de la restitution aux prestations indues pouvant seules être qualifiées selon la liste qui précède dans l'alinéa.

A l'alinéa 3, il convient d'éviter le cas d'une prestation reçue de bonne foi, mais dont le bénéficiaire s'est dessaisi de mauvaise foi. Une solution consisterait à reprendre les cautèles prescrites par l'article 64 CO.

Dans le cas visé par l'alinéa 5, des mesures devraient être prescrites afin d'éviter les conflits d'intérêts dans lesquels le conseil d'administration ou le représentant désigné pourraient se trouver, non seulement au début du mandat, mais aussi pendant l'exécution du mandat. S'agissant en outre de la désignation d'un représentant pour conduire le procès, il convient de prescrire des mesures liées aux difficultés pratiques d'un tel mandat, dont notamment le libellé de la procuration, le ou les destinataires de compte-rendu du mandataire, les personnes habilitées à donner des instructions au mandataire.

*Art. 678a*

A l'alinéa 1, le délai de prescription de trois ans paraît artificiel, tout en ne correspondant pas aux autres délais de prescription légaux. Un délai de prescription de cinq ans paraît plus approprié.

En outre la question du for de l'action fondée sur l'article 678 CO devrait être réglée. Nous proposons de prévoir expressément le même for que celui prévu par l'article 40 CPC.

*Art. 685d, al. 2*

« *et lorsqu'aucun contrat sur la reprise ou la restitution desdites actions n'a été conclu.* » devrait être remplacé par « *et qu'aucun contrat sur la reprise ou la restitution desdites actions n'a été conclu.* »

*Art. 697, titre marginal, al. 2 à 4*

A l'alinéa 2, « *au moins deux fois par année* » devrait être remplacé par « *au moins tous les six mois* ».

*Art. 697j*

A l'alinéa 1, « *droit d'intenter une action en paiement à la société* » devrait être remplacé par « *droit d'intenter une action à la société* ».

Dans le cas visé par l'alinéa 2, des mesures devraient être prescrites afin d'éviter les conflits d'intérêts dans lesquelles le conseil d'administration ou le représentant désigné pourraient se trouver, non seulement au début du mandat, mais aussi pendant l'exécution du mandat. S'agissant en outre de la désignation d'un représentant pour conduire le procès, il convient de prescrire des mesures liées aux difficultés pratiques d'un tel mandat, dont notamment le libellé de la procuration, le ou les destinataires de compte-rendu du mandataire, les personnes habilitées à donner des instructions au mandataire.

*Art. 700*

Aux alinéa 3 et 4, il conviendrait de prescrire un délai maximal avant l'assemblée générale, dans lequel le conseil d'administration doit fournir les renseignements pertinents pour la prise de décisions, respectivement les informations détaillées visées à l'alinéa 4. Nous proposons que ces renseignements soient fournis au plus tard avec la convocation à l'assemblée générale.

*Art. 725*

Entre l'alinéa 1 et l'alinéa 3, une contradiction semble exister entre, d'une part, l'existence de « *raisons sérieuses* » quant au risque d'insolvabilité (al. 1), et, d'autre part, l'absence de « *menace d'insolvabilité* » (al. 3). On peine à imaginer un cas dans lequel il y aurait de telles « *raisons sérieuses* » sans « *menace d'insolvabilité* ».

L'alinéa 1 proposé devrait introduire en pratique un examen rétroactif de responsabilité du conseil d'administration dans les douze derniers mois, en cas d'insolvabilité. Cela risque de pousser le conseil

d'administration à déposer par prudence, même en l'absence de « *raisons sérieuses* », une demande de sursis concordataire dans des situations qui ne le justifieraient pas, rendant l'article 725 alinéas 1 à 4 du projet lettre morte (cf. art. 725 al. 6 du projet).

De manière générale, les mesures prévues par l'article 725 paraissent relativement lourdes et onéreuses, d'autant que les critères proposés sont vagues, respectivement flous, de sorte qu'il est à craindre que les dernières liquidités de la société soient consommées par la mise en œuvre de ces mesures. La mise en œuvre de ces mesures relativement complexes risque de surcroît de consommer du temps précieux en cas de véritable crise financière de la société.

Enfin, la coexistence des mesures prévues par l'article 725 avec les mesures prévues par la LP (dont le sursis concordataire) engendre un risque de confusion ou de contradiction, respectivement de double emploi. Il conviendrait de s'interroger sur la pertinence de cette double voie.

#### *Art. 725a*

A l'alinéa 1, chiffre 3, ce critère risque d'être fréquemment rempli, même pour des montants insignifiants, notamment dans la période de lancement de *start up*. Ce critère devrait être pondéré afin d'éviter l'imposition systématique des mesures relativement lourdes de l'article 725 dans ce type de cas qui ne les justifient pas nécessairement.

#### *Art. 735d*

Le cas visé par le chiffre 1 (soit un versement qui n'est pas effectué par la société) semble contredire la situation visée en début d'article (soit un versement effectué par la société).

Aux chiffres 2 et 3, le cas d'une disposition statutaire ou d'une approbation de l'assemblée générale visant un versement effectué par une société tierce (si c'est bien ce qui est visé) paraît théorique.

La rédaction actuelle de cet article semble paraître source de confusion.

#### *Art. 757, al. 4*

Il semble que la prescription proposée puisse uniquement se justifier dans le cas où le dommage en cause a été précisément limité par la postposition de créance. Dans les autres cas, il ne se justifie pas de réduire le montant du dommage social du montant des créances postposées.

En outre, la disposition proposée soulève la question du traitement des créanciers dont les créances ont été postposées : bénéficient-ils toujours de toutes les prérogatives prévues par l'article 757 alinéas 1 à 3?

#### *Art. 964a*

A l'alinéa 1, le critère d'une participation *indirecte* aux activités en cause risque d'étendre indûment l'application de la norme à de nombreuses sociétés pour lesquelles une telle application ne se justifie pas. Qu'en serait-il pas exemple d'une société de vente de meubles se fournissant, notamment, en bois tiré de forêts primaires ? Y a-t-il alors exploitation indirecte de telles forêts ?

*Art. 964c*

A l'alinéa 1, dans la mesure où le but poursuivi par la disposition est la lutte contre les prestations indues en faveur de gouvernements, il pourrait être opportun de ne pas limiter le contenu du rapport aux « *paiements provenant des activités de production* », mais bien d'intégrer tous paiements au profit de gouvernement, afin d'éviter que les sociétés concernées n'arguent que des paiements litigieux ne proviennent pas *directement* des activités de production en cause ou ne puissent être qualifiés comme tels. Ce sont précisément de tels montants qui risquent de s'avérer problématiques en pratique.

*Art. 964e*

A l'alinéa 1, « *au profit de gouvernementset* » devrait être remplacé par « *au profit de gouvernements et* ».

***B. Modifications proposées à la Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)***

*Art. 173a, al. 2*

La coexistence des mesures prévues par les articles 725 et suivants du projet de modification du Code obligations avec les mesures prévues par la présente révision à la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, ainsi que les passages prévus de l'une à l'autre procédure, risquent de s'avérer complexes à gérer et à coordonner pour les autorités et pour les sociétés concernées. Pour le conseil d'administration d'une société en difficultés financières, il est probable qu'il soit systématiquement préférable, plus simple et moins risqué de passer par les mesures prévues par la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, soit notamment la demande de sursis concordataire.

Nous réitérons ici notre interrogation sur la pertinence de cette double voie entre Code des obligations et Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite.

*Art. 285, al. 4*

Les dettes contractées avec l'accord du commissaire durant le sursis sont des dettes *de* (et non *dans*) la masse (cf. art. 310 al. 2 LP), ne justifiant dès lors pas l'application des articles 285 et suivants de la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite. Par ailleurs, il y a lieu de ne pas limiter le champ d'application de cette disposition aux dettes, mais bien d'y inclure tous les actes juridiques (soit également les actes de disposition).

Pour ces raisons, nous proposons de simplement reformuler comme suit l'actuel article 285 alinéa 3 LP :

*« Ne sont pas révocables les actes juridiques qui ont été accomplis durant un sursis concordataire, dans la mesure où ils ont été avalisés par un juge du concordat, par le commissaire au sursis ou par une commission des créanciers (art. 295a). »*

*Art. 293a, al. 2*

Il conviendrait de remplacer « *Dans des cas justifié* » par « *Dans des cas justifiés* ».

### ***C. Modifications proposées au Code pénal***

*Art. 325<sup>bis</sup>*

A la lettre b., il conviendrait de remplacer « *au profit de gouvernement* » par « *au profit de gouvernements* ».

### ***D. Modifications proposées à la Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité***

*Art. 71a*

A l'alinéa 2, la disposition pourrait être comprise comme une présomption légale, autrement dit irréfragable, engageant rétroactivement la responsabilité des institutions de prévoyance pour le vote en cause en cas de défaut de prospérité à long terme. Une telle situation ne paraît pas souhaitable. Pour cette raison, nous proposons de supprimer la seconde phrase de l'alinéa 2. La norme en question se rapprocherait ainsi de l'article 717 alinéa 1 CO prescrivant de manière générale au conseil d'administration la poursuite de l'intérêt social.



*Art. 71b*

Dans le chapeau de l'article, il conviendrait de remplacer « *Obligation de faire rapport et de communiquer sur l'exercice du droit de voter en qualité d'actionnaire* » par « *Obligation de faire rapport et de communiquer sur l'exercice du droit de vote en qualité d'actionnaire* ».

Copie de la présente est adressée à l'Autorité fédérale.

Vous remerciant de votre attention, nous vous prions de croire, Monsieur le Conseiller d'Etat, cher Monsieur, à l'assurance de notre haute considération.



Elie Elkaim