

REGIERUNGSRAT

Regierungsgebäude, 5001 Aarau
Telefon 062 835 12 40, Fax 062 835 12 50
regierungsrat@ag.ch
www.ag.ch/regierungsrat

Einschreiben

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

4. März 2015

Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht); Vernehmlassung

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 1. Dezember 2014 sind die Kantone eingeladen worden, zur obgenannten Angelegenheit Stellung zu nehmen. Wir danken dafür und nehmen die Gelegenheit gerne wahr.

1. Allgemeine Bemerkungen

Der vorliegende Vorentwurf verfolgt mehrere Ziele wie die Wiederaufnahme der abgebrochenen Aktienrechtsrevision, die Überführung der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften in die Bundesgesetze und die Berücksichtigung neuerer politischer Diskussionen. Generell werden die Anstrengungen, welche im Rahmen des Vorentwurfs unternommen werden, begrüsst. Insgesamt führten diese Arbeiten allerdings zu einer überaus stark befrachteten Vorlage.

Es wird eine Verschlankung der Vorlage mittels verstärkter Orientierung der Vorlage am Grundsatz von Art. 6 der Bundesverfassung empfohlen. Danach nimmt jede Person Verantwortung für sich selber wahr, was auch für Aktionärinnen und Aktionäre sowie Gläubigerinnen und Gläubiger gilt. Damit lässt sich die Normendichte senken und die Vorlage straffen. Insbesondere wird damit auch die Wahrscheinlichkeit für eine zeitnahe Inkraftsetzung des revisionsbedürftigen Aktienrechts erhöht.

Zudem soll das bisher liberale schweizerische Aktienrecht als Standortvorteil für die Gründung und Ansiedlung von Unternehmen durch in- und ausländische Investoren nicht durch übermässige Regulierung zunichte gemacht werden. Gemäss erläuterndem Bericht sind Sitzverlegungen von börsenkotierten Firmen ins Ausland aufgrund der neuen Regulierungen nicht auszuschliessen. Bei der Neugestaltung des Aktienrechts ist daher alles daran zu setzen, den bisher bestehenden Standortvorteil der Schweiz nicht zu gefährden.

Um einer übermässigen Regulierung entgegenzuwirken, stellt sich die Frage, ob nicht folgende Bereiche wie bisher in den Statuten der Unternehmen geregelt werden sollen und auf Stufe Obligationenrecht auf eine Normierung zu verzichten sei: Regelungen betreffend Alters- und Amtszeitbeschränkungen, betreffend Beschränkung der Maximalzahl von Verwaltungsratsmandaten, welche eine Person innehaben darf, und betreffend Cooling-off Period beim Übertritt aus der Geschäftsleitung in das oberste Leitungsorgan.

2. Besondere Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen

2.1 Zur vorgeschlagenen Änderung des Aktienrechts

Art. 621 VE-OR (Aktienkapital)

Mit der neuen Regelung erscheint das Aktienkapital gegen Währungsrisiken nicht ausreichend abgesichert, weshalb zusätzliche Sicherungsmechanismen erforderlich sind.

Nicht zu verwechseln ist die Führung des Gesellschaftskapitals in ausländischer Währung mit der Liberierung des Gesellschaftskapitals in ausländischer Währung. Das Gesellschaftskapital entspricht dem Haftungssubstrat der Gesellschaft, die Einlage gehört dagegen zum Gesellschaftsvermögen. Bei einer Abwertung der Einlage wird das Gesellschaftsvermögen herabgesetzt, so dass es zu einem Kapitalverlust (Art. 725a VE-OR) oder einer Überschuldung (Art. 725b VE-OR) kommen kann. In diesen Fällen kommen die Sicherungsregeln von Art. 725 ff. VE-OR zur Anwendung. Analoge Regeln fehlen allerdings bei der Führung des Kapitals in ausländischer Währung, sodass das Haftungssubstrat ohne weitere Konsequenz herabgesetzt werden kann. Leidtragende sind dabei die Gläubigerinnen und Gläubiger. Zusätzliche Sicherungsmechanismen erscheinen daher erforderlich.

Diese Erwägungen gelten analog für die betroffenen Bestimmungen zur GmbH (Art. 772 ff. OR) und zur Genossenschaft (Art. 828 ff. OR).

Auch bei den Art. 653p, 653q und 653r VE-OR fehlen die angesprochenen Sicherungsmechanismen, welche das Fremdwährungsrisiko abfedern. Entsprechende Anpassungen sind erforderlich.

Art. 626 Abs. 2 Ziffer 3 VE-OR (Gesetzlich vorgeschriebener Statuteninhalt)

Die Statuten börsenkotierter Gesellschaften müssen das maximal zulässige Verhältnis zwischen fixer Vergütung und der gesamten Vergütung je für den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und den Beirat angeben. Diese Regulierung, welche über die Volksinitiative "gegen die Abzockerei" hinausgeht, ermöglicht den Unternehmen zwar eigenständige Regeln, verpflichtet sie aber zu konkreten Angaben. Dies kann jedoch übermässige Vergütungen nicht verhindern. Kommt hinzu, dass die Generalversammlung jährlich über die konkrete Höhe der Vergütungen abstimmt. Diese Bestimmung des Vorentwurfs ist daher zu streichen.

Art. 634 VE-OR (Sacheinlagen)

Die Präzisierungen der Bestimmung über die Sacheinlage sind zu begrüssen. Im Hinblick auf den Gläubigerschutz erscheint die Streichung der Bestimmungen über die Sachübernahme allerdings fraglich. Gerade hier zeigt sich in der Praxis immer wieder, dass im Gründungsstadium mit der Übernahme von Gegenständen mit einer fragwürdigen Werthaltigkeit die Liberierung strapaziert wird. Vielfach zeigt sich bei einem Konkurs, dass es an der Werthaltigkeit der Gegenstände fehlt. Im Sinne des Gläubigerschutzes sollte an der Offenlegung der Sachübernahme festgehalten werden.

Art. 650 VE-OR (Erhöhung und Herabsetzung des Aktienkapitals)

Nicht geregelt ist die Situation, wonach das Kapital einer Gesellschaft aufgrund einer Währungsentwertung nicht mehr mit mindestens Fr. 100'000.– gedeckt ist. Im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung kann es vorkommen, dass auch nach der Kapitalerhöhung das Mindestkapital nicht gedeckt ist. Analog Art. 621 VE-OR muss sichergestellt werden, dass jederzeit die Mindestkapitalvorschriften (im Sinne eines Sicherungsmechanismus) eingehalten werden.

Sinnvoll wäre der Hinweis, wonach auch eine unvollständige Anmeldung nach Ablauf der Frist von sechs Monaten zu einer Nichtigkeit des GV-Beschlusses (ex tunc) führt.

Art. 652b Abs. 1^{bis} und 4 VE-OR (Bezugsrecht)

Der Begriff "wesentlich" ist unbestimmt und wird in der Praxis zu Problemen führen. Die Bestimmung sollte so ausgeführt werden, dass die Aktionäre das Verhältnis des Ausgabebetrags zum wirklichen Wert der Aktien nachvollziehen können. Die Formulierung könnte etwa lauten:

"Der Ausgabebetrag darf nur dann mehr als 10 % unter dem wirklichen Wert liegen, wenn ...".

Art. 652d Abs. 2 Ziffer 2 VE-OR (Erhöhung aus Eigenkapital)

Die Ausführungen aus dem erläuternden Bericht bezüglich der Zwischenbilanz sind nicht nachvollziehbar. Es handelt sich dabei nicht bloss um eine Anpassung der verwendeten Terminologie. Der Begriff des Zwischenabschlusses umfasst den bisherigen Jahresabschluss (vgl. Jahresrechnung Art. 652d Abs. 2 Ziffer 1 VE-OR; zur Jahresrechnung vgl. Art. 959 ff. OR). Neu soll nur noch eine (Zwischen-)Bilanz notwendig sein, was lediglich einem Bestandteil der Jahresrechnung entspricht. Der vorgeschlagene Begriff der summarischen Erfolgsrechnung wird dagegen nicht weiter ausgeführt. Da es sich dabei um keinen bestehenden Rechtsbegriff handelt, ist dieser praxisuntauglich.

Art. 653c Abs. 3 Ziffer 2 VE-OR (Schutz der Aktionäre)

Die Umschreibung "zu angemessenen Bedingungen" ist zu unbestimmt und führt in der Praxis zu Schwierigkeiten. Es müssen bestimmbare Kriterien definiert werden, um eine transparente Bestimmung zu erhalten. Solche Kriterien sind wenigstens in den Erläuterungen beispielhaft festzuhalten.

Art. 653i Abs. 2 VE-OR (Streichung)

Einziges Organ, welches den Sachverhalt genau kennt und daher auch prüfen kann, ist der Verwaltungsrat. Eine Bestätigung eines zugelassenen Revisionsexperten gemäss Vorschlag hat inhaltlich gar keine Aussagekraft. Entsprechend hat der Verwaltungsrat selber die Erklärungen abzugeben und kann später auch darauf behaftet werden.

Art. 653o Abs. 3 VE-OR (Änderung der Statuten und Feststellungen des Verwaltungsrats; Eintragung in das Handelsregister)

Nicht geregelt sind die Rechtsfolgen, wenn die Kapitalherabsetzung nicht innerhalb von 30 Tagen beim Handelsregisteramt angemeldet wird (wie etwa beispielsweise die Nichtigkeitsfolge analog Art. 650 Abs. 3 OR). Es sind entsprechende Rechtsfolgen zu regeln oder mindestens Ausführungen dazu in den Erläuterungen festzuhalten.

Art. 653w VE-OR (Gläubigerschutz)

Die Begründungen im erläuternden Bericht zum eingeschränkten Gläubigerschutz überzeugen nicht. Im Zusammenhang mit einer Kapitalherabsetzung bei einem Kapitalband sollte aber grundsätzlich das ordentliche Kapitalherabsetzungsverfahren zur Anwendung kommen, damit der Gläubigerschutz gewährleistet ist. Eine unterschiedliche Behandlung der Gläubigerschutzinteressen ist nicht gerechtfertigt.

Art. 661 Abs. 2 VE-OR (Berechnungsart)

Die Höhe der Ausschüttung zu beschneiden, ist fragwürdig. Im Bereich der Dividendenausschüttung besteht eine gewisse Missbrauchsgefahr. Das "Zwangsstimmrecht" widerspricht dem Grundsatz der Aktiengesellschaft, wonach der Aktionär grundsätzlich nur eine Pflicht hat, nämlich die Liberierungspflicht. Entsprechend sollte von einer Ausschüttungsbeschränkung abgesehen werden.

Art. 673 Abs. 2 VE-OR (Freiwillige Gewinnreserven)

Die Bestimmung ist in der Praxis nicht umsetzbar. Die Interessen der Aktionäre sind insbesondere bei einer Publikumsgesellschaft nicht bekannt beziehungsweise können sehr unterschiedlich sein. Es erscheint deshalb grundsätzlich unmöglich, ein Interesse aller Aktionäre überhaupt festzustellen.

Art. 689c Abs. 5 und 689d Abs. 2 VE-OR (Vertretung des Aktionärs. b. in Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind und c. in Gesellschaften, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind)

Es fehlen in beiden Fällen Ausführungen über die Rechtsfolgen im erläuternden Bericht, wenn der Verwaltungsrat seiner Pflicht zur Bestimmung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters beziehungsweise einer unabhängigen Person nicht nachkommt. Unklar ist, ob beispielsweise die Bestimmungen zur Behebung eines organisatorischen Mangels nach Art. 731b OR zur Anwendung kommen sollen. Weitergehende Ausführungen dazu sollen in den erläuternden Bericht aufgenommen werden.

Art. 697e, 699, 699a, 736 VE-OR (verschiedene Bestimmungen in Zusammenhang mit Schwellenwerten)

Die bisherigen Schwellenwerte für die Ausübung der verschiedenen Aktionärsrechte werden deutlich gesenkt. So können Minderheiten von 10 % (nicht börsenkotierte Gesellschaften) beziehungsweise 3 % (börsenkotierte Gesellschaften) eine Generalversammlung (GV) einberufen lassen. Eine Einberufung einer GV ist vor allem bei Publikumsgesellschaften mit grossem Aufwand verbunden. Es gibt keinen Grund, die Schwellenwerte deutlich tiefer als heute anzusetzen. Diese Bestimmungen des Vorentwurfs sind daher zu streichen.

Art. 697j und 697k VE-OR (Zulassung zur Klage auf Kosten der Gesellschaft)

Aktionärsklagen auf Leistung an die Gesellschaft können auf Gesuch der Kläger auf Kosten der Gesellschaft geführt werden, falls die klagenden Aktionäre eine vorbestehende Beteiligung von 3 % (börsenkotierte Gesellschaften) beziehungsweise 10 % (private Gesellschaften) halten und den Anspruch glaubhaft machen können. Dieses neue Rechtsinstitut ermöglicht Klagen für Minderheitsaktionäre auch gegen den Beschluss der GV. Gemäss Bundesrat sollen die Bestimmungen das Risiko senken, dass die Organe der Gesellschaft einen Schaden zufügen. Da nicht auszuschliessen ist, dass die Gesellschaft schikanösen Klagen gegenübersteht und dadurch die Reputation der Schweiz als Wirtschaftsstandort leidet, sind diese Absätze zu streichen.

Art. 701d, Art. 701e und Art. 701g Abs. 4 VE-OR (Bestimmungen in Zusammenhang mit der Cybergeneralversammlung)

Im erläuternden Bericht fehlen Ausführungen dazu, welche technischen Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit eine "Cybergeneralversammlung" durchgeführt werden kann (beispielsweise Nachweis der Identitäten, Festhalten der Beschlussfassungen, Protokollführung, usw.). Es sind deshalb entsprechende Vorschriften über diese technischen Voraussetzungen ins Gesetz aufzunehmen beziehungsweise mindestens auf Verordnungsstufe zu schaffen.

Art. 702 VE-OR (Vorbereitende Massnahmen; Protokoll)

Es fehlen Ausführungen zu den Anforderungen an ein Protokoll, welches in elektronischer Form erstellt wird. Es müssen entsprechende Anforderungen an ein Protokoll formuliert und auf der geeigneten Stufe rechtlich umgesetzt werden.

Art. 734e VE (Vertretung der Geschlechter im Verwaltungsrat)

Sofern nicht jedes Geschlecht mindestens zu 30 % im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung vertreten ist, sind im Vergütungsbericht Begründungen festzuhalten. Die Diversität des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung mit Personen unterschiedlicher Ausbildung, Erfahrung und charakterlicher Neigung ist für eine gute Entscheidungsfindung unabdingbar. Die Fixierung auf das Geschlecht ist jedoch abzulehnen. Eine unternehmensspezifische Diversität, welche zu mehr Innovation führt, ist anzustreben. Die konkrete Ausgestaltung ist den Firmen selbst zu überlassen. Diese Bestimmung des Vorentwurfs ist daher zu streichen.

Art. 963a und 963b VE (Befreiung von der Pflicht zur Erstellung; Anerkannte Standards zur Rechnungslegung)

Grundsätzlich wird begrüsst, dass die Schwellenwerte für die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung in Art. 963a Abs. 1 Ziffer 1 VE-OR klar erhöht werden. Es stellt sich die Frage, ob auch jene Gesellschaften, welche heute in Art. 963b Abs. 1 Ziffer 2 und 3 OR enthalten sind (Genossenschaften mit mindestens 2'000 Genossenschaftern; Stiftungen, die von Gesetzes wegen zu einer ordentlichen Revision verpflichtet sind), wie bisher eine Konzernrechnung nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung erstellen müssen oder davon befreit sind. Aus dem Gesetz beziehungsweise aus dem erläuternden Bericht geht dies nicht explizit hervor. Zudem wird nicht hinreichend begründet, weshalb das geltende Recht für nicht börsennotierte Unternehmen nicht ausreichend ist. Die Rechnungslegung nach einem anerkannten Standard bedeutet höhere Aufwände und damit zusätzliche Kosten für die betroffenen Gesellschaften. Im Weiteren wird die Bildung stiller Reserven verunmöglicht, was in einem schwierigen wirtschaftlichen Umfeld der Stabilität von Unternehmen abträglich ist.

2.2 Zur vorgeschlagenen Änderung des Strafgesetzbuchs

Art. 154 VE-StGB (Strafbarkeit der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung börsennotierter Gesellschaften)

Mit der vorgeschlagenen Strafnorm sollen die neuen obligationenrechtlichen Bestimmungen im Zusammenhang mit der Abzockerinitiative strafrechtlich abgesichert werden. Die Bestimmung soll offensichtlich primär präventiv wirken. Die Strafnorm ist, auch als zwangsläufige Folge der komplexen OR-Bestimmungen, sehr kompliziert und umfangreich ausgefallen. Es stellt sich die Frage, ob sie in allen Bereichen das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot erfüllt. Es ist davon auszugehen, dass die Gerichtspraxis den Anwendungsbereich zu schärfen haben wird.

Art. 325^{bis} VE-StGB (Verletzung der Berichterstattung über Zahlungen an staatliche Unternehmen)

Diese Bestimmung knüpft an Art. 325 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) an und regelt einen Sonderfall, der gemäss erläuterndem Bericht nicht von Art. 325 StGB erfasst sein soll. Diese Meinung wird nicht geteilt. Vielmehr wird davon ausgegangen, dass Art. 325 StGB die in Art. 325^{bis} StGB genannten Bereiche mitumfasst, so dass die neue Bestimmung überflüssig ist.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Vernehmlassung.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrats

Dr. Urs Hofmann
Landammann

Dr. Peter Grünenfelder
Staatsschreiber

Kopie

- ehra@bj.admin.ch