



Peter Böckli*

Eine Blütenlese der Neuerungen im Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision

1

Aufsätze

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Eine Blütenlese überraschender oder kontroverser Neuerungen
 - I. Gründung und Kapital
 - II. Kapitalveränderungen
 - III. Partizipationsscheine
 - IV. Bilanzgewinn, Kapitalreserve und Rückzahlungen an Aktionäre
 - V. Dividenden
 - VI. Generalversammlung
 - VII. Verwaltungsrat
 - VIII. Finanzielle Notlage
 - IX. Vergütungsrecht in Publikumsgesellschaften
 - X. Klagerechte der Aktionäre
 - XI. Konsolidierungspflicht
- C. Ein erstes Fazit

A. Einleitung

Die Vernehmlassungsvorlage zur Aktienrechtsrevision vom 28. November 2014 enthält ein auf den ersten Blick nur schwer durchschaubares Gemisch von wieder aufgewärmten und ganz neuen Entwürfen für die jetzt zum zweiten Mal auf die Hindernisbahn geschickte Revision des Aktienrechts.

Es ist vorauszusetzen, dass die drei offiziellen Texte bekannt sind, die teils wörtlich in den Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 28. November 2014 zur Revision des Aktienrechts eingegangen sind:

1. Der *Gesetzesentwurf* vom 21. Dezember 2007 mit der entsprechenden Botschaft (Stichwort «*Blocher*»)¹;
2. der *Gesetzesentwurf* vom 5. Dezember 2008 mit der *Zusatzbotschaft* gleichen Datums (Stichwort «*Widmer-Schlumpf*»)²;

* Peter Böckli, Prof. Dr. iur., Advokat. Überarbeitete Fassung des an der GesKR-Tagung vom 27. Januar 2015 zur «grossen Aktienrechtsrevision» in Zürich gehaltenen Referats. Die Vortragsform ist beibehalten, und auf einen Verweisungsapparat wird verzichtet.

¹ *Botschaft* des Bundesrates vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht), BBl 2008, 1589ff.

² Sog. *Zusatzbotschaft* des Bundesrates vom 5. Dezember 2008 zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2009, 299 ff.

3. die verfassungsunmittelbare, provisorische Verordnung des Bundesrates «*Gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften*» («*VegüV*») vom 20. November 2013.³

Das verzweigungsreiche Auf und Ab in der Entstehung des jetzt vorliegenden Vorentwurfes ist im *Erläuternden Bericht* des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 28. November 2014 nachgezeichnet und wird als bekannt vorausgesetzt.

Eines steht fest: Die Vorlage enthält eine ungewöhnlich grosse Anzahl von *kontroversen Neuerungen*. Sie ist zudem *schwer zu analysieren und zeitaufwändig* für den, der sie inhaltlich durchzuarbeiten hat. Die wirklich neuen und überraschenden Gesetzesvorschläge sind gegenüber den blossen Wiederaufnahmen früherer offizieller Texte (nämlich der Gesetzesentwürfe von 2007 und 2008 und des «*VegüV*»-Textes) drucktechnisch nicht hervorgehoben. Was neu ist, wird überdies in vielen Fällen nur unzulänglich begründet; allzu oft fehlt ein Hinweis darauf, was und wer einem überraschenden neuen Vorschlag zu Gevatter stand. Eine kurze Abschreitung der Auswirkungen sowie der Vor- und Nachteile fehlt bei vielen überraschenden Neuerungen.

Dabei geht es wenigstens umfangmässig um eine «*grosse*» Aktienrechtsrevision. Nach einer provisorischen Zählung sind es ca. 140 Artikel, die da ins Aktienrecht eingefügt oder materiell erheblich geändert werden sollen. Eine ins Einzelne gehende Analyse zeigt, dass darunter ungefähr ein Drittel der Artikel echte Neuerungen gegenüber den erwähnten, bekannten Texten enthalten; etwa ein zweites Drittel enthält Übernahmen aus den schon bekannten Texten, also Bestätigungen, manchmal mit Retuschen oder winzigen, aber folgereichen Änderungen in der Wortwahl. Und ein weiteres Drittel enthält Richtigstellungen und Klärungen strittiger Abgrenzungsfragen oder etwas unpräziser Stellen des bisherigen Rechts. All das ergibt sich jedoch erst aus einer *zeit- und zeitaufwändigen Analyse* der 283 Druckseiten der Vernehmlassungsvorlage.

³ *VegüV*, SR 221.331, mit einem Zusatzbericht des EJPD, Bundesamt für Justiz, vom 8. Oktober 2013.

Ein erster Überblick über den Vorentwurf kann nicht den in die Einzelheiten gehenden Ausführungen zu den Regelungen, die vorgeschlagen werden, vorgreifen. Der erste kritische Blick vermag nur eine Auswahl aus jenen vorgeschlagenen Neuerungen vorzustellen, die *überraschend* und meist auch *kontrovers* im Vorentwurf des EJPD vom 28. November 2014 auftauchen. Dies gibt immerhin einen Einstieg in die materiellen Abhandlungen zu den einzelnen Themen und zeigt, wie hoch der Heuwagen dieser vom EJPD konzipierten Aktienrechtsrevision beladen ist.

B. Eine Blütenlese überraschender oder kontroverser Neuerungen⁴

Es geht darum, aus der Vorlage Revisionsvorschläge herauszugreifen, die neu und mehr oder weniger überraschend in der Vernehmlassungsvorlage des EJPD vom 28. November 2014 zu finden sind.

Dabei scheidet im hier gegebenen Rahmen ein grosser Teil jener Vorschläge aus dem Überblick aus, die aus dem Gesetzesvorschlag vom 21. Dezember 2007 («*Blocher*») oder der Zusatzbotschaft vom 5. Dezember 2008 («*Widmer-Schlumpf*») stammen. Für diese Texte hat das EJPD viele der alten Erläuterungen weitgehend wörtlich in die neue Vorlage übernommen (z.B. das Kapitalband). Nicht einzugehen ist hier auf den *indirekten Gegenvorschlag des Parlamentes* zur «*Minder*»-Initiative vom 16. März 2012, der eine detaillierte Revision des Aktienrechts als Gegenpart gegen die «*Minder*»-Initiative in die Welt gesetzt hatte, aber in der nachfolgenden Volksabstimmung ruhmlos unterging. Ebenso wenig sind jene Stellen im Vorentwurf herauszugreifen, die jetzt mehr oder weniger wörtlich aus der «*VegüV*» (der «*Minder*»-Umsetzungsverordnung des Bundesrates vom 20. November 2013) übernommen und ins Gesetz eingepflanzt werden.⁵ Schliesslich ist hier kein Anlass, auf den *hoch politischen* Gesetzesvorschlag zur branchenspezifischen Offenlegung von Zahlungen an staatliche Stellen bei *Rohstoffunternehmen*⁶ einzugehen.

Die *Reihenfolge* hiernach entspricht der gewohnten Abfolge der Artikel des *Aktienrechts* im OR, zur besseren Übersicht mit einer Einteilung in Kapitel nach Sachgegenständen.

I. Gründung und Kapital

1. Bewilligung des Aktienkapitals in Fremdwährung.⁷

Diese Neuerung betrifft das Aktienkapital und die Reserven sowie die Ausschüttbarkeit von Dividenden der Schweizer Einzelgesellschaft und ist nicht zu verwechseln mit der altbekannten Konzernrechnung in fremder Währung. Nur frei konvertible Währungen sind nach der Neukonzeption wählbar, und erlaubt ist nur die Wahl der *für die Geschäftstätigkeit* der einzelnen Gesellschaft *wesentlichen*⁸ ausländischen Währung («funktionale Währung»), d.h. es gibt keine freie Wahl. Der Gläubigerschutz wird bei einem Sinken der einmal gewählten Fremdwährung kontinuierlich geschwächt.

2. Aufhebung des Art. 627 OR über den bedingt notwendigen Statuteninhalt. Nach der Feststellung des EJPD wären ca. 50 Ziffern zur Nachführung dieses altvertrauten Artikels auf den letzten Stand nötig gewesen.⁹ Daher soll die gesetzliche Zusammenstellung der bedingt notwendigen Statutenbestimmungen ins schwarze Loch der Überarbeitung fallen. Rein intellektuell ist das nachvollziehbar, doch verschwindet damit eine willkommene Checkliste für Notare, und für Laien und eine aufschlussreiche Präsentation der Gestaltungsmöglichkeiten im Aktienrecht. Dieser Aspekt des aktienrechtlichen Pragmatismus, der gegen eine Streichung spricht, bleibt völlig unerwähnt.¹⁰

3. Aufhebung der Pflicht, in den Statuten etwas über die Einberufung der Generalversammlung, das Stimmrecht, den Verwaltungsrat und die Revisionsstelle zu sagen.¹¹ Diese angebliche Vereinfachung verstösst wiederum – jedenfalls hinsichtlich der zu streichenden Ziffern 5 und 6 – gegen den aktienrechtlichen Pragmatismus. Müssen Bestimmungen zu *Generalversammlung* und *Verwaltungsrat* in die Statuten aufgenommen werden, so wirkt das bei der Gründung als Anregung dazu, sich über die Besonderheiten der zu errichtenden Gesellschaft Gedanken zu machen. Später dienen die Statutenbestimmungen für weniger mit dem OR vertraute Praktiker als Leitfaden.

4. Aufhebung der Sachübernahme.¹² Bisher stand die viel diskutierte Sachübernahme in Art. 628 OR. Das Problem der Abgrenzung (namentlich der berüchtigten «*beabsichtigten Sachübernahme*») ist in der Tat ungelöst und unlösbar, daher der Griff der Feldchirurgen vom Marzili zum Amputationsbesteck. Die übrigen Haftungsnormen, so wird gesagt, sollen genügen. Allerdings überlebt die besonders schöne juristische Blüte der «*gemischten Sach-*

⁴ Dabei gilt: Alle Artikelzahlen ohne Zusatz beziehen sich auf die Vernehmlassungsvorlage, den Vorentwurf EJPD vom 28. November 2014; Erl. bedeutet «Erläuternder Bericht EJPD vom 28. November 2014»; E-OR 2007 ist der ursprüngliche Gesetzesentwurf vom 21. Dezember 2007 zur Revision des Aktienrechts und des Rechnungslegungsrechts. E-OR 2008 ist der mit der Zusatzbotschaft nachgeschobene Gesetzesentwurf des Bundesrates.

⁵ Art. 732 ff.

⁶ Erl. 55 ff., Ziff. 1.3.9 und Erl. 173 ff., Ziff. 2.2.5, Art. 964a.

⁷ Erl. 67 ff., Ziff. 2.1.1, Art. 621 Abs. 2 und Erl. 18 ff., Ziff. 1.5.1.1.

⁸ Art. 958d Abs. 3 OR 2011; Definition bei Peter Böckli, Neue OR-Rechnungslegung, Zürich 2014, N. 139 ff., insb. N. 154.

⁹ Erl. 72, Ziff. 2.1.1.

¹⁰ Unerwähnt bleibt auch der in der Praxis hilfreiche Art. 776a für die bedingt notwendigen Statutenvorschriften bei der GmbH.

¹¹ Erl. 72, Ziff. 2.1.1, Art. 626 Ziff. 5 und 6 aufgehoben.

¹² Erl. 22/23, Ziff. 1.3.1.3.

einlage/Sachübernahme», so dass der Stoff für Dissertationen nicht ausgehen wird.

5. Abschaffung der Teilliberierung im Aktienrecht.¹³ Diese überraschende Einschränkung der *Gestaltungsfreiheit* des Schweizer Aktienrechts ist zu bedauern. Es ist überdies eine Abweichung vom *EU-Recht* (und dem nationalen Recht der Nachbarstaaten); das wird nur kürzestens in der einleitenden Erläuterung zu EU-Aspekten¹⁴ erwähnt, bei der materiellen Erläuterung¹⁵ des Teilliberierungsverbots aber übergangen. Kein Wort findet man auch über die *im GmbH-Recht* mögliche *Nachschusspflicht* (welche dort die Teilliberierung teilweise ersetzt, im Aktienrecht aber nach wie vor ausgeschlossen wäre). Auch der *Aufschub der Liberierung des Agio* wird mit dem gesetzgeberischen Eingriff flugs abgeschafft, obwohl diese Gestaltung in der Praxis nicht selten zweckmässig sein kann. Zu Zwängereien kommt es bei der Anwendung des neuen Verbots auf *bestehende* Aktiengesellschaften mit Teilliberierung.¹⁶

II. Kapitalveränderungen

6. Das Kapitalband (als genehmigte Kapitalherabsetzung) erlaubt den Verwaltungsräten exzessive Aktienrückkäufe.¹⁷ Ein Verwaltungsrat kann z.B. das Aktienkapital auf CHF 600'000 erhöhen und dann aus eigenem Entschluss (ohne Beachtung von Art. 659 wohlgemerkt) durch Aktienrückkäufe um zwei Drittel bis auf CHF 200'000 (!) herabsetzen. Diese höchst riskante Rückkaufskompetenz für den Verwaltungsrat, die für fünf Jahre gelten kann, wurde, unbekümmert um alle kritischen Stimmen, frohgemut und unverändert aus der *Botschaft 2007*¹⁸ übernommen.

III. Partizipationsscheine

7. Unbegrenzte Höhe des Partizipationskapitals bei börsenkotierten Gesellschaften.¹⁹ Auf die Argumente gegen ein übersetztes Verhältnis (Miniaktienkapital mit Maxipartizipationskapital) geht der Vorentwurf des EJPD nicht ein. Der Vorschlag stammt schlicht aus dem Entwurf von 2007. Es wird nicht erwähnt, dass bei den Stimmrechtsaktien²⁰ das gesetzliche Maximalverhältnis von 10:1 unverändert weitergelten soll (was einen eklatanten Wertungswiderspruch aufzeigt). Eine Masse von Partizipationsscheinen mit mehr als dem Zehnfachen der

stimmberechtigten Aktien hebt das Konzept der Aktiengesellschaft aus den Angeln.^{20a}

8. Aktienkapital und Partizipationskapital werden für die 10 %-Limite des Rückkaufs eigener Aktien nicht mehr zusammengezählt.²¹ Die Begründung des EJPD trifft nur für *börsenkotierte* Partizipationsscheine zu; der vorgeschlagene Wortlaut aber trifft offenbar auch die nicht kotierten Gesellschaften. Die Gesetzesänderung kann wegen des sofortigen Inkrafttretens und des Fehlens einer Übergangsbestimmung gewisse Gesellschaften mit Aktien und Partizipationsscheinen zur Veräusserung entweder von Aktien oder Partizipationsscheinen zwingen.²²

IV. Bilanzgewinn, Kapitalreserve und Rückzahlungen an Aktionäre

9. Der Begriff «Bilanzverlust/Bilanzgewinn» (aus der neuen Rechnungslegung 2011 verbannt!) tritt wieder als zentraler Begriff des Aktienrechts auf.²³ *Bilanzgewinn* ist – vereinfacht und im typischen Fall – die Summe von Jahresgewinn und positivem oder negativem Vortrag aus dem Vorjahr. Ist der Vortrag negativ und höher als der Jahresgewinn, liegt ein Bilanzverlust vor. Im neuen Bilanzschema des Rechnungslegungsrechts von 2011²⁴ wurde der Begriff «*Bilanzgewinn*» sorgfältig eliminiert, und «*Bilanzverlust*» wird ebenfalls als Begriff unterdrückt; er erscheint dort unter der nicht gerade leserfreundlichen Bezeichnung «*kumulierte Verluste als Minusposten*». Hier ist Harmonisierung unerlässlich.

10. Rückzahlungen von Kapitalreserven mit Revisionsbericht über Deckung der Verbindlichkeiten und Liquiditätsprognose.²⁵ Klar wird im Vorentwurf hervorgehoben, dass eine Entnahme und Rückzahlung aus der gesetzlichen Kapitalreserve materiell nicht dasselbe ist wie eine laufende Ausschüttung von Dividenden aus dem Jahresgewinn. Dies ist zu begrüßen. Ein Beschluss der Generalversammlung unter dem Titel «Entnahme aus der gesetzlichen Kapitalreserve» ist erforderlich, dazu eine Revisorenbestätigung über die Deckung der sämtlichen Verbindlichkeiten und über die ausreichende Liquidität.

V. Dividenden

11. Fakultativer Dividendenzuschlag bis 20 % und sogar 25 % für Aktionäre, die an der Generalversammlung ihr Stimmrecht ausüben.²⁶ Der überraschende, freilich da und dort schon diskutierte Vorschlag ist gedacht als Lösungsvorschlag zur Bewältigung des Pro-

¹³ Erl. 74, Ziff. 2.1.2.

¹⁴ Erl. 61.

¹⁵ Erl. 21 und Erl. 74.

¹⁶ Erl. 178, Ziff. 2.2.6.

¹⁷ Erl. 26, Ziff. 1.3.1.4 und Erl. 89, Ziff. 2.1.9, Art. 653s.

¹⁸ A.a.O., 1654.

¹⁹ Erl. 93, Ziff. 2.1.10, Art. 656b.

²⁰ Art. 693 Abs. 2 OR.

^{20a} Vgl. *Botschaft* zur Aktienrechtsrevision vom 23. Februar 1983, 43, 58 und 162.

²¹ Erl. 93, Ziff. 2.1.10, Art. 656b Abs. 5.

²² Evtl. etwas gemildert durch die Zweijahresfrist des Art. 659 Abs. 3.

²³ Erl. 103, Ziff. 2.1.16; Ziff. I VE-OR 2014.

²⁴ Art. 959a Abs. 3 Ziff. 3 OR 2011.

²⁵ Erl. 99, Ziff. 2.1.14, Art. 671 Abs. 3 und Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6.

²⁶ Erl. 34, Ziff. 1.3.3.6 und Erl. 96, Ziff. 2.1.12, Art. 661 Abs. 2.

blems der *Dispoaktien*.²⁷ Wenn eine Gesellschaft die Variante «Abschlag von 20 %» für die in der Generalversammlung *nicht* abstimmenden Aktionäre wählt, erhält der an der Abstimmung teilnehmende Aktionär sogar 25 % mehr als der passiv bleibende (von unten gerechnet). Das Gesetz – kann der Gesetzgeber alles? – erlaubt einen besonders schwerwiegenden Verstoss gegen die Gleichbehandlung, denn der Aktionär hat ausser der Liberierungspflicht keine Pflichten – insbesondere keine Pflicht zur Stimmabgabe. Effektiv geht es um eine *mittelbar-gesetzlich verankerte unctione Konventionalstrafe* für nicht abstimmende Aktionäre. Das kann nur mit Zustimmung des betroffenen Aktionärs gültig sein. Die Spaltung in eine Masse von Aktien mit um 20 % höherer Dividende und eine Masse von Aktien mit geringerer Dividende ist auch ablauftechnisch schwer zu bewältigen. Die Spaltung im Dividendenbereich in zwei Aktionärsklassen führt zu einer Diskriminierung von Ausländern mit Wohnsitz in anderen Ländern und vor allem auf anderen Kontinenten (diese haben es *immer* schwerer, an einer Generalversammlung auch mit elektronischen Mitteln teilzunehmen). Die Abstrafung derer, die kein Stimmrecht ausüben, ist überdies schwer vereinbar mit dem gesetzlichen Vinkulierungssystem für börsenkotierte Namenaktien (Art. 685f OR): Ablehnung eines Aktionärs und Eintrag in die Rubrik «*Aktionäre ohne Stimmrecht*» bedeutet eine definitive Kürzung des Dividendenanspruchs um 20 %.

VI. Generalversammlung

12. Einberufungsfrist für ordentliche Generalversammlung von 30 Tagen neu auch für nicht kotierte Gesellschaften zwingendes Minimum.²⁸ Wegen des für börsenkotierte Gesellschaften offenbar zwingend vorgesehenen elektronischen Aktionärsforums²⁹ ist eine Fristverlängerung auf 30 Tage wohl begründet, für die grosse Schar der *nicht kotierten* Gesellschaften aber ist sie überhaupt nicht begründet. Es geht um eine unzweckmässige Einengung der praktischen Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit nicht kotierter Gesellschaften.

13. Bei Abstimmungen insbesondere über Statutenänderungen gilt «Einheit der Materie»: Nötig ist je eine getrennte Abstimmung über jede einzelne Materie.³⁰ Statutenabschnitte sind einzeln zur Abstimmung zu bringen, was die Gefahr von inkohärenten Annahmen und Ablehnungen der Statutenabschnitte schafft. Eine Abstimmung über die Totalrevision der Statuten wird schlicht verboten.³¹ Bei Totalrevisionen entsteht dann ein Verfahrensproblem, weil einer Generalversammlung der Aktiengesellschaften die ausgefeilten Beratungs- und

Prozedurmöglichkeiten eines Parlaments für die Bereinigung von Einzelabstimmungen fehlen. Wird allerdings die unglaubliche Flexibilität, mit der die Schweizer Politik die «Einheit der Materie» praktisch handhabt, auf die Generalversammlung übertragen, ist aufgrund der justizpolizeilichen Erläuterung eine Abstimmung über eine Totalrevision der Statuten möglich, weil dieser Beschluss im Aktienrecht nach Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR «eine Materie» ist.

14. Das neue elektronische Aktionärsforum vor der Generalversammlung steht auch für «gesellschaftsrelevante, nicht traktandierete Themen» zur Verfügung.³²

Als behördliche Auslegung des Wortes «insbesondere» sagen die Erläuterungen des EJPD, im Forum könnten auch gesellschaftsrelevante, nicht traktandierete Fragen diskutiert werden. Damit wird nun von Anfang an ein Abgleiten der elektronischen Äusserungen aus dem Bezug der bevorstehenden Generalversammlung in die allgemeine Politik und auch Polemik nicht bekämpft, sondern gefördert. Ein elektronisches Aktionärsforum bedarf klarer gesetzlicher Leitplanken und garantierter Verhaltensregeln, um eine Abweichung von der aktienrechtlichen Funktionalität, die im gesamten Recht der Generalversammlung hochgehalten wird, zu vermeiden.

15. In nicht kotierten Gesellschaften muss der Verwaltungsrat (zusätzlich zur ordentlichen Generalversammlung) einmal im Geschäftsjahr Auskunftsbegehren von Aktionären beantworten.³³ Die Pflicht zur Beantwortung schriftlich eingereicherter Auskunftsbegehren der Aktionäre ist ein zweckmässiger Ausbau der heute absolut ungenügenden Information der Aktionäre nicht kotierter Gesellschaften in dem Jahr zwischen den beiden ordentlichen Generalversammlungen. Die heutige Regelung ist ungenügend, weil es eine ad hoc-Publizität ausserhalb der Börse nicht gibt und der Aktionär ein Jahr lang ausser Gerüchten und Indiskretionen nichts erfährt.

16. In nicht kotierten Gesellschaften muss der Verwaltungsrat an der Generalversammlung über Vergütungen und Kredite an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung nach den Vorgaben für den Vergütungsbericht informieren.³⁴ Die Anwendung des überaus detaillierten Rasters des Vergütungsberichts von Art. 734a–c, der ganz auf Publikumsgesellschaften zugeschnitten ist, auf Nicht-kotierte ist eine übertriebene Anforderung. Es braucht eine den nicht kotierten Gesellschaften angepasste Lösung.

VII. Verwaltungsrat

17. Geschlechterquote von 30 % für Publikumsgesellschaften oberhalb der KMU-Schwelle (20–40–250). Die Geschlechterquote ist nicht eigentlich ein Gegenstand

²⁷ Erl. 30 ff., Ziff. 1.3.3.

²⁸ Erl. 121, Ziff. 2.1.27, Art. 700 Abs. 1 und Erl. 127, Ziff. 2.1.29.

²⁹ Art. 701g.

³⁰ Inhaltlich zusammengehörende Abschnitte der Statuten.

³¹ Erl. 122, Ziff. 2.1.27, Art. 700 Abs. 3.

³² Erl. 127, Ziff. 2.1.29, Art. 701g Abs. 2.

³³ Erl. 112, Ziff. 2.1.22, Art. 697 Abs. 2.

³⁴ Erl. 112, Ziff. 2.1.22, Art. 697 Abs. 4.

des Aktienrechts, sondern betrifft ein weithin diskutiertes allgemeines politisches Anliegen. Überraschend aber ist – in einem Überholmanöver gegenüber anderen Staaten – dass eine aktienrechtliche Geschlechterquote auch für die Geschäftsleitungen gelten soll, wo es nicht um eine nebenamtliche, sondern eine Vollzeittätigkeit geht.³⁵

18. Kommentarlos weggelassen wird die Pflicht, im Organisationsreglement die wichtigen genehmigungsbürftigen Geschäfte zu nennen.³⁶ Es geht um die sog. «Vorbehaltsgeschäfte», d.h. besonders wichtige Entscheidungen der Geschäftsführung, die nur im Fall der Genehmigung durch den Verwaltungsrat gültig sind. Das ist ein entscheidendes Instrument der Corporate Governance der börsenkotierten, aber auch von mittleren und grösseren *nicht kotierten* Aktiengesellschaften.

19. Aufhebung des Art. 707 Abs. 3 OR betr. Entsendung von «Vertretern» in einen Verwaltungsrat durch beteiligte juristische Personen.³⁷ Das Konzept des aktienrechtlichen «Vertreter» einer beteiligten juristischen Person im Verwaltungsrat ist Teil der heutigen Lehre und Praxis. Die Bestimmung spricht eine besondere Problemsituation an und sollte nicht gestrichen werden. Zweckmässig wäre vielmehr ein klärender Zusatz über den Informationsfluss zur beteiligten Gesellschaft und zur Weisungsproblematik. Die vorgeschlagene Streichung ist eine Verschlimmbesserung.

20. Verbot der Wahl des Verwaltungsrats «in corpore» auch in nicht kotierten Gesellschaften.³⁸ Wenn in einer *nicht kotierten* Gesellschaft – über 100'000 Gesellschaften in der Praxis – Einvernehmen über die Wahlprozedur in der Generalversammlung herrscht, ist das vorgesehene gesetzliche Verbot der Wahl des Verwaltungsrats «in corpore» eine unzumutbare Einschränkung der Gestaltungsfreiheit.

21. Vizepräsident des Verwaltungsrats. Dieses Amt wird implizit auch bei *nicht kotierten* Gesellschaften obligatorisch erklärt.³⁹ Man sollte auch in dieser Frage den nicht kotierten Gesellschaften die Gestaltungsfreiheit belassen.

VIII. Finanzielle Notlage

Die Art. 725 ff. zur Aktiengesellschaft in einer finanziellen Notlage sind vollständig überarbeitet und enthalten anspruchsvolle Neuregelungen. Entgegen anders lautenden Beteuerungen wird das Haftungsrisiko der Verwaltungsräte in der finanziellen Notlage einer Aktiengesellschaft verschärft, u.a. durch die in der *Eile* («Eile» wird

jetzt gesetzlich vorgeschrieben!) oft schwer erfüllbaren und komplexen Anforderungen.

22. Einführung von strengeren «Alarmglocken» bei einem substanziellen Kapitalverlust. Der Vorentwurf führt, in Übereinstimmung mit dem Entwurf von 2007, aber wesentlich verbessert, in Art. 725 eine Alarmglocke für den Fall einer grossen *Liquiditätsnot* ein. Aber auch die klassische Alarmierung, jene durch einen bedrohlichen *Schwund des Eigenkapitals*, wird verbessert. Der hälftige Kapitalverlust ist passé; schon ein Wegschmelzen eines Drittels der Summe von Aktienkapital und gesetzlichen Reserven genügt neu zur Auslösung der Alarmglocke. Dazu kommt nun der Fall einer Auslösung durch einen Jahresverlust, der höher ist als die Hälfte *des gesamten bilanzierten Eigenkapitals*, und eine dritte Alarmglocke schrillt, wenn drei Jahresverluste nacheinander eintreten.⁴⁰ Zusammen mit der insgesamt doch etwas strengeren Rechnungslegung des Modells 2011 sind diese vier Alarmglocken eine wünschenswerte Verbesserung des bilanzbezogenen Eigenkapitalschutzes. Es bedarf aber einer Überarbeitung der einzelnen Tatbestandselemente im Vorentwurf. So oder so sind die Einzelheiten viel anspruchsvoller als bisher.

23. Neue Rechtsfolge bei substanziellem Eigenkapitalverlust. Es kommt neu nicht mehr, wie bisher, direkt zur ausserordentlichen Generalversammlung mit der Ankündigung von Sanierungsmassnahmen.⁴¹ Es wird bei bedrohlichem Wegschmelzen von Eigenkapital eine Vorphase eingeschaltet, die auf die Liquiditätslage abzielt. Es kommt zuerst zur obligatorischen Erstellung eines *Liquiditätsplans auf 12 Monate mit einer «umfassenden Beurteilungen der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens»*. Dies dient der Abklärung, ob in zwölf Monaten^{41a} die Zahlungsunfähigkeit droht. Ist das Ergebnis *beruhigend*, geht der Plan «mit der umfassenden Beurteilung» zur Plausibilitätsprüfung an den Revisor. Ist das Ergebnis aber *beunruhigend* (oder fällt die Plausibilitätsprüfung des Revisors *negativ* aus), so kommt es zum bisher schon vorgesehenen weiteren Akt, der Einberufung der ausserordentlichen Generalversammlung mit Vorschlägen des Verwaltungsrats zu Sanierungsmassnahmen.⁴² Die absolute Pflicht zur Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung, eine Idee des 19. Jahrhunderts⁴³, ist freilich nicht der Weisheit letzter Schluss. Dadurch wird publik, dass das Unternehmen nicht nur mit seinem Eigenkapital, sondern auch mit seiner Liquidität am Rand des Abgrunds steht, was meist Sanierungsaussichten drastisch verschlechtert.

³⁵ Erl. 151/52, Ziff. 2.1.35, Art. 734e.

³⁶ Erl. 134, Ziff. 2.1.31, Art. 716b Abs. 2; vgl. Art. 716c Abs. 2 Ziff. 4 E-OR 2007.

³⁷ Erl. 131, Ziff. 2.1.31, Art. 707.

³⁸ Erl. 132, Ziff. 2.1.31, Art. 710.

³⁹ Erl. 132, Ziff. 2.1.31, Art. 712 Abs. 5; Art. 717a Abs. 2.

⁴⁰ Erl. 138 ff., Ziff. 2.1.33, Art. 725 ff.

⁴¹ Art. 725 Abs. 1 OR 1991.

^{41a} Diese Frist von *einem Jahr* ist für die Praxis viel zu lang.

⁴² Art. 725/725a; Erl. 138 ff., Ziff. 2.1.33.

⁴³ Art. 240 Abs. 1 Entwurf des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches von 1861; danach OR 1881 und OR 1936.

24. Aufschiebung der Überschuldungsanzeige bei Aussicht auf Sanierung kommt ins Gesetz. Neu beträgt die Toleranzfrist für den Aufschiebung der Anzeige 90 Tage – aber am neunzigsten Tag muss die Überschuldung *behooben* sein, und in dieser Zeitspanne von drei Monaten darf sich die Überschuldung *nicht wesentlich erhöhen*.⁴⁴ Das ist gerade im typischen Fall eines Unternehmens auf finanziell schiefer Ebene sehr schwierig zu erreichen oder praktisch un erfüllbar. Die Pflicht zur *Eile* soll ausdrücklich im Gesetz stehen (mit Androhung der Verantwortlichkeit für den Verwaltungsrat in den Erläuterungen)⁴⁵, was den Druck auf den Verwaltungsrat in der Notlage noch erhöht.

25. Die «Aufwertung» (Eigenkapitalzuschreibung ohne Realisierung) wird nicht abgeschafft.⁴⁶ Die Aufwertung kann neu auch zur Vermeidung der Überschuldungsanzeige eingesetzt werden. Die schon tot geglaubte, wieder neu belebte *Aufwertung* bringt als reines «*jeu d'écritures*» dem notleidenden Unternehmen keinen Franken, keinen Euro und keinen Dollar an neuer Liquidität. Es besteht ein methodologischer Widerspruch dieser Regelung («*Schönung der Bilanz ohne Liquiditätszufuhr*») zum neuen Hauptgewicht des «*Finanznotlage-rechts*», das auf der Liquidität liegt.⁴⁷

26. Aufhebung des Konkursaufschubs.⁴⁸ Der Konkursaufschub des Art. 725a OR wird ersetzt durch die *Nachlassstundung* nach SchKG, dies trotz ursprünglicher Ablehnung durch das Parlament (bei der Revision des Nachlassverfahrens). Der Aufschiebung im Gewande der Nachlassstundung ist nur gut für vier Monate, höchstens acht Monate; der Konkursaufschub kann heute viel länger gewährt werden (ein Jahr und wenn nötig mehr); der flexible Konkursaufschub des OR wird traditionell vor allem in der Westschweiz verwendet.

IX. Vergütungsrecht in Publikumsgesellschaften

27. Umsetzung der «VegüV»/«Minder»-Initiative mit einigen Verschärfungen. Der Vorentwurf giesst die «VegüV» auf weite Strecken getreulich in die Form des Gesetzes. Neu sind vor allem das Verbot der unechten Antrittsprämien und der Zahlungen bei exzessiven Konkurrenzverboten; sie werden strafbar.⁴⁹ Unecht sind Antrittsprämien, wenn sie dem ins neue Unternehmen übertretenden Spitzenmanager per Saldo mehr Werte verschaffen, als er zufolge seines Weggangs beim alten Unternehmen verliert. Geschäftsmässig nicht begründet und unzulässig sind Vergütungen für Konkurrenzverbote von mehr als einem Jahr. Beide Aspekte sind in der «*Minder*»-

Initiative (Art. 95 Abs. 3 BV) nicht oder nicht mit einer bestimmbar normativen Aussage behandelt. Das EJPD betreibt proaktive Lückenfüllung.

28. Pflicht, das maximale Verhältnis von fester zu variabler Vergütung in den Statuten festzuschreiben.⁵⁰ In der «*Minder*»-Initiative ist diese Pflicht nicht vorgeschrieben, auch nicht implizit. Es geht um eine Übernahme einer Regelungsidee der EU für Börsenkotierte in die Schweiz. Die neue Pflicht zur Regelung des Verhältnisses «*fest/variabel*» in den *Statuten*, die auch inhaltlich komplexe Fragen aufwirft, wird praktisch nicht begründet und nicht problematisiert.

29. Verbot der prospektiven Generalversammlungsabstimmung über variable Vergütungen (sog. «Budget»-Abstimmung).⁵¹ Ein spezifisches Verbot prospektiver Genehmigung ist in der «*Minder*»-Initiative nicht enthalten. Die Methode der prospektiven Budget-Abstimmung (die vom Top-Management den Verwaltungsräten gegenüber der retrospektiven wegen der erhöhten Vertragssicherheit empfohlen zu werden pflegt) ist nach der «*VegüV*» zulässig. Sie hat zwar problematische Aspekte, auf die der Verfasser dieses kritischen Blicks immer aufmerksam gemacht hat. Ein absolutes gesetzliches Verbot geht jedoch zu weit und ist eine Einschränkung der auch von der «*Minder*»-Initiative den Unternehmen noch belassenen Gestaltungsfreiheit. Überdies ist die Begründung in der Botschaft äusserst dürftig; sie geht auf pro und contra kaum materiell ein.

X. Klagerechte der Aktionäre

30. Zulassungsverfahren für abgeleitete Aktionärsklagen (Rückerstattung oder Schadenersatz) auf Kosten der Gesellschaft. Voraussetzung des neuen Rechts einer qualifizierten Minderheit ist eine Beteiligung im Ausmass von 10 % des Aktienkapitals oder der Stimmen.⁵² Überraschend ist vor allem, dass dieses neue «*vorausgehende Kostenanlastungsverfahren*» offenbar auch bei *nicht kotierten* Gesellschaften anwendbar sein soll. Das neue Verfahren ist auch als solches äusserst problematisch. Der Vorschlag hätte starke Auswirkungen in erster Linie auf die kleineren und die mittleren *Publikumsgesellschaften*; bei diesen scheint das Erreichen einer Quote von 10 % des Kapitals oder der Stimmen praktisch eher möglich. Die grosse Frage lautet aber: Ist der Richter besser als die Aktionärsmehrheit dazu befähigt, zu sagen, was im Interesse der Gesellschaft ist? Das Verfahren ist kompliziert. Das neue Recht kann Gesellschaften künftig in besonders langdauernde Prozesse verwickeln (*Phase eins*: gerichtlicher Streit um die Kostenanlastung an die Gesellschaft, und *Phase zwei*: ein jahrelanger Hauptprozess gegen die ins Visier gefassten Organpersonen).

⁴⁴ Erl. 141/42, Ziff. 2.1.33, Art. 725b Abs. 4.

⁴⁵ Erl. 140, Ziff. 2.1.33.

⁴⁶ Erl. 143, Ziff. 2.1.33, Art. 725c.

⁴⁷ Erl. 142 ff., Ziff. 2.1.33, Art. 725/725a.

⁴⁸ Erl. 53 ff., Ziff. 1.3.7.3, Art. 725a OR 1991.

⁴⁹ Erl. 18, Ziff. 1.2; Erl. 155/56, Ziff. 2.1.35, Art. 735c.

⁵⁰ Erl. 72, Ziff. 2.1.1, Art. 626 Ziff. 3.

⁵¹ Erl. 153, Ziff. 2.1.35, Art. 735 Abs. 3 Ziff. 4.

⁵² Erl. 36, Ziff. 1.3.4.1, Art. 697j.

31. Ausdehnung der Rückerstattungspflicht. Nach dem geltenden OR trifft der sog. «*claw back*» die Aktionäre und Verwaltungsräte sowie diesen nahestehende Personen. Nach dem Gesetzesentwurf von 2007 sollten neu auch «*Mitglieder der Geschäftsleitung*» erfasst werden. Der Vorentwurf nun unterstellt, noch weiter ausgreifend, alle «*mit der Geschäftsführung befassten Personen*», d.h. vor allem auch mittlere Kader, dem Damoklesschwert einer späteren Rückerstattung an die Gesellschaft.⁵³

32. Umformulierung der verdeckten Gewinnausschüttung.⁵⁴ Das OR 1991 hatte die verdeckten Gewinnausschüttungen erstmals der Rückerstattungspflicht unterstellt, wenn auch mit einer anerkanntermassen verunglückten Formulierung. Neu soll die Rückerstattung von verdeckten Gewinnausschüttungen auf «*abgeschlossene Rechtsgeschäfte*» abstellen statt auf «*Leistungen der Gesellschaft*». Der neue, streng rechtliche Begriff bedeutet eine materielle Änderung gegenüber dem bisherigen, wirtschaftlich ausgerichteten Begriff der «*Leistungen der Gesellschaft*». Man stellt eine gewisse Lust am Ändern eingelebter Begriffe fest. Eine Begründung und eine Beschreibung der Auswirkungen fehlen.

33. Unterstellung des unabhängigen Stimmrechtsvertreters unter die Organhaftung des Art. 754, obwohl er kein Organ ist.⁵⁵ Der unabhängige Stimmrechtsberater ist nicht mit der Führung des Unternehmens befasst und darf gar kein Organ der Gesellschaft sein. Er erfüllt gesetzlich definierte, treuhänderische Aufgaben. Er sollte gerade nicht in die solidarische Haftung mit den die Gesellschaft führenden Personen eingeschlossen werden. Die heute bestehende Haftbarkeit genügt, und niemand hat je das Gegenteil gezeigt. Es geht wieder um ein Beispiel der Änderungslust in dieser Vorlage.

34. Die Klarstellung zu den statutarischen Schiedsklauseln ist gut; die vorgesehene, absolut umfassende Schiedsklausel in den Statuten aber ist rechtsstaatlich bedenklich.⁵⁶ Ein Schiedsverfahren und ein Schiedsspruch dürfen für einen Beklagten, der bei der *Bestellung* des Schiedsgerichts nicht mit gleichen Rechten wie der Kläger mitzuwirken in der Lage war, niemals gültig sein. Der Entzug des Zugangs zum staatlichen Gericht bedarf der individuellen Zustimmung des Betroffenen.

XI. Konsolidierungspflicht

35. Konsolidierungspflicht: nach anerkanntem Standard zur Rechnungslegung ab erhöhter, neuer Schwelle «40-80-500» (verdoppelte KMU-Schwelle).⁵⁷

Praktisch geht es um die obligatorische Anwendung der Rechnungslegungsstandards *Swiss GAAP FER*, die dem Prinzip der «*true and fair view*» der internationalen Rechnungslegung folgen, wenn auch mit vereinfachten Regeln. Unterhalb der Schwelle «40-80-500» würde künftig *keinerlei* Konsolidierung mehr verlangt, unter Vorbehalt einzig von Art. 963a Abs. 3 Ziff. 1 OR. Dieser verlangt auch bei kleineren Konzernen eine konsolidierte Rechnung, wenn dies notwendig ist für die möglichst zuverlässige Beurteilung der wirtschaftlichen Lage. Trifft dies zu, so muss auch *weit unterhalb* der Schwelle von «40-80-500» künftig ein anerkannter Rechnungslegungsstandard angewandt werden. Das EJPD sticht mit diesem Vorschlag in das grösste Wespennest der parlamentarischen Debatte 2008/2011 um die Revision des Rechnungslegungsrechts. Den Debatten sehen wir freudig entgegen.

C. Ein erstes Fazit

Das Bundesamt für Justiz hat, unter Federführung auch des Eidgenössischen Handelsregisteramtes, offensichtlich eine grosse Arbeit geleistet. Den Verantwortlichen ist es gelungen, die verschiedenen grundlegenden Texte in eine einigermaßen abgerundete Vorlage zu giessen. Die zahlreichen Klarstellungen und Nachschliffe zu aktienrechtlichen Einzelfragen sind für die Praxis wertvoll. Gleichzeitig haben die Entwurfsredaktoren aber – teils aus heiterem Himmel – eine überaus grosse Anzahl von kontroversen Neuerungsvorschlägen eingebracht. *Insgesamt ist das Mass der Revisionsvorlage vom 28. November 2014 gestrichen voll, übervoll.* Und für viele der offensichtlich umstrittenen Anregungen – nicht für alle – fehlt es an einer hinreichenden Abschreibung der Auswirkungen, der praktischen Vor- und Nachteile.

Die Arbeit, die in der Vernehmlassungsphase und in der parlamentarischen Debatte zu leisten sein wird, ist deshalb gross und verantwortungsvoll. Eine eingehende kritische Beschäftigung mit dem Vorentwurf ist umso notwendiger, als die Vorlage – offen oder verdeckt – mit politischem Gedankengut angereichert ist. An manchen Stellen muss man in Abwandlung der Clausewitz-Formulierung sagen: Es geht um die Fortsetzung der Politik mit aktienrechtlichen Mitteln. Eine vertiefte parlamentarische Diskussion, wie sie früher üblich war, wird hoffentlich zu gegebener Zeit in den vorberatenden Kommissionen beider Räte zustande kommen. Das im Herbst zu wählende neue Parlament wird mit Sicherheit Jahre an dieser Vorlage herumlaborieren. Die neueste Vorlage zur Aktienrechtsrevision ist ein heraufziehender Sturm, dessen erste Windstöße wir heute verspüren.

⁵³ Erl. 103, Ziff. 2.1.17, Art. 678 Abs. 1.

⁵⁴ Erl. 103/04, Ziff. 2.1.17, Art. 678 Abs. 2.

⁵⁵ Erl. 158, Ziff. 2.1.37, Art. 754 Abs. 1.

⁵⁶ Erl. 117/18, Ziff. 2.1.25, Art. 697l.

⁵⁷ Erl. 171/72, Ziff. 2.2.4, Art. 963 Abs. 1, 2 und 4; Erl. 54/55, Ziff. 1.3.8.