

Staatskanzlei Aargau
Regierungsgebäude, 5001 Aarau
Telefon 062 835 12 40
Fax 062 835 12 50
E-Mail regierungsrat@ag.ch

Eidgenössisches Justiz-
und Polizeidepartement
3003 Bern

Aarau, 24. Mai 2006

Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht; Vernehmlassung

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 7. Dezember 2005 haben Sie uns eingeladen, zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen dafür und nehmen die Gelegenheit gerne wahr.

1. Allgemeine Bemerkungen

Die Revision des Aktienrechts stärkt – zusammenhängend mit der Verbesserung der Corporate Governance – die Stellung der Generalversammlung sowie die Effizienz der Kontroll- und Mitwirkungsrechte der Aktionäre auch bei nicht börsenkotierten Aktiengesellschaften. Die vorgeschlagenen Massnahmen zur Stärkung der Aktionärsrechte (z.B. Einzelwahl aller Mitglieder des Verwaltungsrats auf jeweils ein Jahr, tiefere Hürden zur Einleitung einer Sonderuntersuchung und beim Geltendmachen des Einberufungs- und Traktandierungsrechts) werden befürwortet.

Positiv bewertet werden auch das spezifische Auskunftsrecht für Aktionärinnen und Aktionäre von privaten Aktiengesellschaften zu den Vergütungen an die Organe sowie auch die neuen Bestimmungen zur Organisation des Verwaltungsrats. So sollen die gegenseitige Einflussnahme auf die Festlegung der Honorare von Verwaltungsräten ausgeschlossen, Interessenkonflikte unverzüglich und vollständig offen gelegt und im Organisationsreglement die Ordnung der Geschäftsführung, die Ausschüsse des Verwaltungsrats und die wichtigsten Geschäfte, die der Genehmigung durch den Verwaltungsrat bedürfen, aufgeführt werden. Zu begrüssen ist im Übrigen auch die Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung

(Einsatz von modernen elektronischen Kommunikationsmitteln wie Übertragung von Bild und Ton, elektronisches Zustellen von Unterlagen, elektronische Vollmacht, elektronische Generalversammlung), da sie ebenfalls die Einflussmöglichkeiten der Aktionärinnen und Aktionäre stärken.

Bei der Neuregelung der Kapitalstrukturen spricht sich der Regierungsrat dafür aus, der Hauptvariante "Kapitalband" den Vorzug zu geben, da hier bei funktional gleichen Möglichkeiten wie bei der genehmigten Kapitalerhöhung und der genehmigten Kapitalherabsetzung der angestrebte Handlungsspielraum des Verwaltungsrats in zeitlicher Hinsicht grösser ist. Bei einer Herabsetzung des Aktienkapitals muss der Verwaltungsrat bei dieser Variante nicht jedes Mal an die Gläubiger gelangen. Allerdings wäre hier das (bisher nicht existierende) Instrument der Anfechtungsklage gegen einen konfliktträchtigen Beschluss des Verwaltungsrats zu befürworten (im Verbund mit der Möglichkeit der Abwehr von querulatorischen Aktionären). Der Regierungsrat befürwortet im Weiteren grundsätzlich auch die Vereinfachung der Aktientitelstruktur wie die Abschaffung der Inhaberaktien und die freie Wählbarkeit der Höhe des Partizipationskapitals. Weiter wünschenswert für die Handelbarkeit von Titeln wäre zudem die Abschaffung von Stimmrechtsaktien und von zu engen Vinkulierungsbestimmungen.

Sehr begrüsst wird der Schritt, das Rechnungslegungsrecht stark an die Grundsätze von nationalen beziehungsweise internationalen Rechnungslegungsstandards anzugleichen (zum Beispiel Swiss GAAP FER oder IAS). Da die Grundsätze im Prinzip von allen Unternehmungen – gleich welcher Rechtsform – angewendet werden müssen, wird dies auch für die Unternehmen, an denen der Kanton Aargau beteiligt ist, Anpassungen zur Folge haben (zum Beispiel Neubewertungen, Neugliederung der Erfolgsrechnung und der Bilanz, Ausgestaltung des Anhangs etc.). Die Änderungen in der Rechnungslegung können dabei auch zu Anpassungen bei den Aktiven (Umlauf- und Anlagevermögen) und unter Umständen bei den Passiven führen. In den Übergangsbestimmungen ist aber nur erwähnt, wann die neue Regelung zum ersten Mal angewendet werden muss. Bisher nicht geregelt ist jedoch, wie solche Anpassungen im Zeitpunkt der Umstellung verbucht beziehungsweise behandelt werden müssen. Hier besteht unseres Erachtens noch Handlungsbedarf.

Im Übrigen unterbreiten wir Ihnen unter dem 3. Titel "Weitere Anpassungsvorschläge in Bezug auf einzelne steuerlich relevante Bestimmungen" Vorschläge, bei denen unseres Erachtens ebenfalls Handlungsbedarf besteht.

2. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen

a) Zu den Änderungen des Obligationenrechts

Art. 622 Abs. 2 VE OR [C. Aktien I. Arten]

Die Erfahrungen aus der Praxis des Handelsregisteramts des Kantons Aargau zeigen, dass kein Bedürfnis besteht, den Mindestnennwert der Aktien unter einen Rappen festzusetzen. Zudem kann es bei Nennwerten von unter einem Rappen zu problematischen Eintragungen in die Statuten und in das Handelsregister kommen (insbesondere können Brüche im Han-

delsregister nicht dargestellt werden), welche nicht der Transparenz und der Rechtssicherheit dienen. Aus diesem Grund ist am bisherigen Mindestbetrag von einem Rappen festzuhalten.

Art. 633 Abs. 3 VE OR [2. Leistung der Einlagen a. Einzahlungen]

Die Liberierung muss in den Statuten (vgl. Art. 626 Ziff. 3 OR) und im Handelsregister in CH-Franken angegeben werden. Es muss deshalb gewährleistet werden, dass der in fremder Währung eingebrachte Betrag mindestens der in den Statuten festgehaltenen Liberierung in CH-Franken entspricht. In Art. 633 VE OR fehlt aber eine entsprechende Formulierung.

Art. 634a Abs. 1 und Abs. 2 VE OR [c. Liberierung durch Verrechnung]

Der neue Abs. 1 bedeutet eine Aufweichung der bisherigen Praxis, die sachlich nicht begründet erscheint. Die Differenzierung in Personen, welche der Gesellschaft nahe stehen und in Personen, welche der Gesellschaft nicht nahe stehen, führt aufgrund der zu unpräzisen Regelung zu Rechtsunsicherheiten und zu einem unnötigen Haftungsrisiko für die zuständigen Organe, weshalb darauf zu verzichten ist.

Die Formulierung von Abs. 2 erscheint missverständlich und zu wenig klar. Die Bestimmung hält fest, dass die Verrechnung einer Forderung und anderem auch dann als Deckung gilt, wenn die Forderung nicht mehr voll durch die Aktiven gedeckt ist. Es stellt sich aber die Frage, ob beziehungsweise inwieweit das übrige Fremdkapital gedeckt sein muss. Die Formulierung von Abs. 2 ist aus diesen Gründen weiter zu präzisieren.

Art. 636 Abs. 1 VE OR [IV. Sachübernahme]

Auch in dieser Bestimmung wird erneut zwischen *"der Gesellschaft nahe stehenden Personen"* und *"der Gesellschaft nicht nahe stehenden Personen"* unterschieden. Dieser Versuch einer Unterscheidung macht in der Praxis keinen Sinn. Zwar besteht grundsätzlich ein erhöhtes Risiko für eine allfällige Überbewertung der Sachübernahme. Die Norm birgt aber ein grosses Unsicherheitspotential bezüglich der Auslegung der Formulierung *"den Aktionären nahe stehenden Personen"*. Gleichzeitig besteht auch ein unnötiges Haftungsrisiko für die zuständigen Organe. Dies kann nicht im Interesse der Rechtssicherheit beziehungsweise der Gesellschaft selber sein. Entweder ist auf die Unterscheidung zu verzichten oder der Begriff *"den Aktionären nahe stehenden Personen"* muss genauer definiert werden.

Art. 652b Abs. 2 VE OR [4. Bezugsrecht]

Die Aufnahme der Festübernahme ins Aktienrecht, welche einem Bedürfnis aus der Praxis entspricht, bedarf einer ausführlicheren Regelung. Die vorgeschlagenen Revisionsbestimmungen von Art. 630 VE OR und Art. 652b Abs. 2 VE OR sind auf eine Festübernahme im Zusammenhang mit einer Barliberierung ausgerichtet (vgl. Begleitbericht zum Vorentwurf, Seite 45 f.). In der Praxis kommen zum Beispiel im Zusammenhang mit einem Aktientausch oftmals Festübernahmen mit Sacheinlagen vor. Dabei stellt sich die Problematik der Eigentumsbeschaffung im Zusammenhang mit der zugesicherten Liberierung der zwischengeschalteten Bank oder Treuhänderin. In diesem Zusammenhang sind entsprechende Normen unerlässlich, da die heute bestehende Rechtsunsicherheit sonst weiter besteht.

Art. 653g Abs. 3 VE OR [c. Anpassung der Statuten]

Die Regelung in Abs. 3 (bisher in Art. 653g Abs. 2 OR) erscheint nicht systemgerecht und sollte deshalb im Zusammenhang mit der Revision des Aktienrechts korrigiert werden. Die Prüfung, ob der Prüfungsbericht die verlangten Angaben enthält, sollte neu dem Handelsregisterführer übertragen werden. Die inhaltliche Überprüfung von Belegen gehört nämlich typischerweise zu den Aufgaben des Handelsregisterführers und nicht zu jenen des beurkundenden Notars.

Art. 653i Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 3 VE OR [7. Streichung]

Gemäss Art. 653 Abs. 1 VE OR ist die Generalversammlung zuständig für die Schaffung eines bedingten Kapitals. Art. 653i Abs. 1 Ziff. 2 VE OR lässt nun zu, dass der Verwaltungsrat die Statutenbestimmung über die bedingte Kapitalerhöhung auflösen kann, wenn keine Wandel- oder Optionsrechte eingeräumt worden sind. Diese Beschlussfassung fällt aber in die Kompetenz der Generalversammlung.

Die neue Bestimmung von Art. 653i Abs. 3 VE OR, dass im Zusammenhang mit der Aufhebung oder Anpassung der Statuten bei der bedingten Kapitalerhöhung eine öffentliche Beurkundung nicht notwendig sein soll, widerspricht der Systematik des Aktienrechts. Art. 647 Abs. 1 OR bestimmt nämlich, dass jede Änderung der Statuten durch die Generalversammlung beziehungsweise durch den Verwaltungsrat öffentlich zu beurkunden sei. Damit wird ein Mindestmass an Rechtssicherheit garantiert, denn es handelt sich bei den Statuten um das Grundgesetz beziehungsweise die Verfassung der Aktiengesellschaft. Die Statuten regeln im Rahmen des Gesetzes die Rechtsverhältnisse für die Aktiengesellschaft im Innern und gegen aussen hin (vgl. Basler Kommentar zu Art. 626 OR N 1). Aus diesen Gründen ist eine öffentliche Beurkundung auch in Abs. 3 zwingend vorzusehen.

Art. 653j Abs. 2 VE OR [III. Kapitalherabsetzung 1. Ordentliche Kapitalherabsetzung a. Herabsetzungsbeschluss]

Sind die bisherigen Aktien nur teillibertiert, soll gemäss der neuen Regelung bei einer Kapitalherabsetzung mit gleichzeitiger Kapitalerhöhung offenbar die Liberierungspflicht der bisherigen Aktionäre für das bisherige Aktienkapital entfallen. Da sich die bisherigen Aktionäre bei der Zeichnung zu einer dem Ausgabebetrag entsprechenden Leistung verpflichtet haben (gemäss Art. 630 Ziff. 2 OR), wäre aus Gründen der Klarheit ein zusätzlicher Vermerk in das Gesetz aufzunehmen, dass die Liberierungspflicht der bisherigen Aktionäre erloschen ist.

Art. 653m VE OR [d. Prüfungsbericht eines Revisionsexperten]

Nach konstanter Praxis und in Übereinstimmung mit der einschlägigen Literatur gehört zum besonderen Revisionsbericht eine Bilanz vor und nach der Kapitalherabsetzung. Eine Einreichung des Revisionsberichts ohne Bilanz gilt gemäss Stellungnahme des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister als unvollständig (vgl. REPRAX 2/02, S. 50 ff.). Der Handelsregisterführer hat zu prüfen, ob eine rechtskonforme Bilanz vorliegt. Stellt sich aufgrund einer summarischen Prüfung der Bilanz heraus, dass der Revisionsbericht offensichtlich unrichtig ist, ist der Handelsregisterführer im öffentlichen Interesse sowie im Interesse des Gläubigerschutzes verpflichtet, die Eintragung der Kapitalherabsetzung zu verweigern. Im Zusammen-

hang mit der vorliegenden Gesetzesrevision sollte für die Pflicht zur Einreichung einer Bilanz eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage geschaffen werden.

Art. 653o VE OR [2. Gleichzeitige Herabsetzung und Heraufsetzung des Aktienkapitals a. Grundsatz]

Aufgrund der vorgeschlagenen Formulierung, "*wird das Aktienkapital herabgesetzt und gleichzeitig mindestens bis zur bisherigen Höhe durch neues, voll einzubezahlendes Kapital ersetzt, müssen die Statuten nicht angepasst werden.*", müssten die Statuten auch dann nicht angepasst werden, wenn im Zusammenhang mit der Kapitalherabsetzung das Kapital über das bisher im Handelsregister eingetragene Kapital erhöht wird. Dies kann jedoch nicht so gewollt sein. Im Übrigen stellt sich dieselbe Problematik auch beim teilliberalisierten Kapital. Ohne eindeutige Präzisierung ist unseres Erachtens auf die vorgeschlagene Bestimmung zu verzichten.

Art. 653s Abs. 2 VE OR [2. Statutarische Grundlagen]

Auf die öffentliche Beurkundung kann aufgrund der bereits unter Art. 653i Abs. 3 VE OR geltend gemachten Begründung (vgl. Seite 4 vorstehend) nicht verzichtet werden.

Art. 653w VE OR [6. Ausgabe von Aktien]

Auf die Möglichkeit der Ausgabe von Aktien vor der Eintragung der Erhöhung ins Handelsregister ist auch im Zusammenhang mit der Barliberierung und der Wahrung der Bezugsrechte zu verzichten. Die Ausgabe von Aktien vor der Eintragung ins Handelsregister birgt nämlich in der Praxis grosse Gefahren, insbesondere dann, wenn der Verwaltungsrat die Anmeldefrist von dreissig Tagen nicht einhält (vgl. Art. 653t Abs. 4 VE OR) oder wenn die Kapitalerhöhung vom Handelsregisteramt beanstandet werden muss.

Art. 671 Abs. 1 VE OR [C. Reserven I. Kapitalreserve]

Bei Zuschüssen von Aktionären und nachträglich in der Handelsbilanz offen gelegten, verdeckten Kapitaleinlagen handelt es sich um Kapitalreserven. Da diese beiden Einzahlungsvarianten aber weder dem Agio (vgl. Ziff. 1 von Art. 671 Abs. 1 VE OR) noch dem Kaduzierungsgewinn (vgl. Ziff. 2 von Art. 671 Abs. 1 VE OR) zugeordnet werden können, ist Art. 671 Abs. 1 VE OR mit einer Ziff. 3 für „*übrige Kapitaleinlagen*“ zu ergänzen. In der Botschaft ist darauf hinzuweisen, dass Kapitaleinlagen bei deren Rückzahlung nach der Unternehmenssteuerreform II grundsätzlich steuerfrei sein sollen. Im Fall der Einbringung von Beteiligungen als Kapitaleinlage (Transponierung) ist dies aber ausnahmsweise nicht möglich, da andernfalls latentes Einkommenssteuersubstrat untergehen würde.

In den Übergangsbestimmungen zum sechsundzwanzigsten und zweiunddreissigsten Titel sollte überdies die Behandlung des Agio, das vor dem Inkraftsetzen dieses Artikels einbezahlt wurde, geregelt werden.

Art. 678 VE OR [E. Rückerstattung von Leistungen I. Im Allgemeinen]

Bei der Rückerstattung von Leistungen im Sinne von Art. 678 VE OR handelt es sich um einen Sonderfall der ungerechtfertigten Bereicherung. Die Ausweitung des Kreises der zur Rückerstattung verpflichteten Personen in Abs. 1 auf die Mitglieder der Geschäftsleitung als materielle Organe der jeweiligen Aktiengesellschaft ist zu begrüssen. Auch der Wegfall des Erfordernisses der Bösgläubigkeit wird befürwortet, da dieses auch bei der ungerechtfertigten Bereicherung nicht erforderlich ist.

In Abs. 2 besteht mit der Streichung des Adjektivs "*offensichtlich*" die Gefahr, dass neu bereits kleinste Missverhältnisse zu Rückerstattungsklagen führen könnten. Für die Bejahung der Rückerstattungsklage muss jedoch weiterhin ein beträchtliches Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung bestehen. Keinesfalls darf die Rückerstattungsklage dazu führen, dass es zu richterlichen Überprüfungen von Ermessensentscheiden der jeweiligen Organe kommt. Durch das Adjektiv "*offensichtlich*" wird dem Erfordernis des beträchtlichen Ungleichgewichts positiv-rechtlich Nachachtung verschafft, was zur Rechtssicherheit beiträgt. Dennoch wird vorgeschlagen, das Adjektiv "*offensichtlich*" durch "*erheblich*" zu ersetzen.

Die Aktivlegitimation der Gläubiger zur Rückerstattungsklage in Abs. 3 ist abzulehnen. Einerseits ist sie systemwidrig, da in den mit der Rückerstattungsklage verwandten Verantwortlichkeitsklagen von Art. 754 ff. OR ein Gläubiger nie bei einer aufrechtstehenden Gesellschaft klagen kann. Andererseits ist kein berechtigtes (ökonomisches) Motiv ersichtlich, wieso ein Gläubiger eine Rückerstattungsklage erheben sollte, wenn die Rückerstattung an die Gesellschaft zu erfolgen hat.

Aufgrund der Verwandtschaft der Rückerstattungsklage mit der ungerechtfertigten Bereicherung wie auch mit den Verantwortlichkeitsklagen sollten in Abs. 4 analoge Verjährungsbestimmungen wie in Art. 67 Abs. 1 OR und Art. 760 OR eingeführt werden. Schliesslich ist eine Koordination mit einer allfälligen strafrechtlichen Verjährungsbestimmung sicherzustellen. Eine solche Verjährungsbestimmung im Sinne von Abs. 4 könnte beispielsweise wie folgt lauten:

"Die Pflicht zur Rückerstattung verjährt mit Ablauf von fünf Jahren nach Kenntnis der ungerechtfertigten Leistung und der zur Rückerstattung verpflichteten Person, in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren nach Empfang der Leistung. Wird die Rückerstattungsklage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für die das Strafrecht eine längere Verjährung vorschreibt, so gilt diese auch für den Zivilanspruch."

Art. 680 Abs. 1 VE OR [F. Leistungspflicht des Aktionärs I. Gegenstand]

Im bisherigen Recht wurde festgehalten, dass die Aktionäre auch durch die Statuten nicht zu weiteren Leistungen als der Liberierung verpflichtet werden können. Dies wird auch zukünftig in Art. 620 Abs. 2 VE OR vorgesehen. Dieser Grundsatz wird nun insoweit durchbrochen, als dass die Gesellschaft den Aktionären Pflichten auferlegen kann, welche im Gesetz vorgesehen sind. Aus der neuen Bestimmung geht aber nicht eindeutig hervor, welche Voraussetzungen es dafür braucht. Im Sinne der Rechtssicherheit müssten die zusätzlichen Pflichten

ebenfalls aus den Statuten hervorgehen. In diesem Sinne sind die Art. 620 Abs. 2 VE OR und Art. 627 VE OR zu präzisieren.

Art. 697b VE OR [V. Einleitung einer Sonderuntersuchung 2. Bei Ablehnung durch die Generalversammlung]

In der Praxis werden bei Geltendmachung des Auskunfts- und Einsichtsrechts oft nicht genau dieselben Fragen gestellt, für welche eine Sonderprüfung oder neu eine Sonderuntersuchung eingeleitet werden kann. Die Anordnung einer Sonderuntersuchung in Art. 697b Abs. 2 VE OR bezüglich des jeweiligen Themenkomplexes ist daher zu begrüssen.

Art. 736 Ziff. 4 VE OR [A. Auflösung im allgemeinen I. Gründe]

Die Senkung des Schwellenwerts von 10 % auf 5 % ist ebenso zu begrüssen wie die Einführung der alternativen Voraussetzungen von 5 % der Stimmen und des Nennwerts von 1 Mio. Franken. Betreffend den Schwellenwerten ist ein einheitliches Konzept anzustreben (vgl. die Schwellenwerte für die Sonderuntersuchung [Art. 697b Abs. 1 VE OR], die Einberufung der Generalversammlung [Art. 699 Abs. 3 VE OR], die Traktandierung [Art. 699a Abs. 1 VE OR] sowie den Abschluss nach Regelwerk [Art. 962 Abs. 2 VE OR]). Auf den Börsenkurs als Schwellenwert ist dabei zu verzichten.

Art. 756 Abs. 2 VE OR [B. Schaden der Gesellschaft I. Ansprüche ausser Konkurs]

Gemäss Begleitbericht wird die Kostenverteilung inskünftig in der Schweizerischen Zivilprozessordnung geregelt (vgl. Seite 87). Diesbezüglich käme – wie für die Rückerstattungsklage – wohl Art. 98 VE ZPO zur Anwendung. Falls wider Erwarten die schweizerische Zivilprozessordnung zeitlich nach der vorliegenden Aktienrechtsrevision in Kraft treten würde, wäre eine entsprechende Regelung zur Tragung der Prozesskosten unter Art. 756 VE OR unumgänglich.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Prozesskosten der Verantwortlichkeitsklage als *lex specialis* zur Schweizerischen Zivilprozessordnung nicht einer separaten Regelung bedürfen. Wie die Durchsetzung von allen zivilrechtlichen Ansprüchen ist die Verantwortlichkeitsklage mit Kosten verbunden. Ein Aktionär wird somit nur eine Verantwortlichkeitsklage erheben, wenn sein erwarteter Nutzen seine Kosten übersteigt. Das Problem der heute geltenden Lösung von Art. 756 Abs. 2 OR wie auch von Art. 98 VE ZPO besteht in der *ex-ante* Bewertung dieser Kosten. Folglich trägt der Aktionär bis zum Kostenentscheid des Gerichts das volle Kostenrisiko, was zur Unattraktivität der Verantwortlichkeitsklage durch den Aktionär führt. Im Sinne der Verstärkung der Corporate Governance wäre daher zu überlegen, ob ähnlich wie im revidierten deutschen Aktiengesetz nicht ein Klagezulassungsverfahren eingeführt werden sollte. In einem solchen Verfahren würde die wahrscheinliche Begründetheit einer Verantwortlichkeitsklage im Sinne der Hauptsachenprognose einer vorsorglichen Massnahme summarisch geprüft. Bei Bejahung der Hauptsachenprognose würden die Kosten grundsätzlich von der Aktiengesellschaft übernommen.

Art. 759 Abs. 1^{bis} VE OR [C. Solidarität und Rückgriff]

Aufgrund des Haftungssubstrats, insbesondere der grösseren Revisionsstellen, wird heute mit Vorliebe die Revisionsstelle mittels einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage belangt. Die differenzierte Solidarität von Art. 759 Abs. 1 OR erwies sich in der Praxis bisher als zu wenig praktikabel, damit die Revisionsstelle auch im Aussenverhältnis nur anteilmässig aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände haftbar war. Die Einführung einer oberen Haftungsgrenze für die Revisionsstelle analog dem deutschen und österreichischen Recht scheint aus dieser Perspektive gerechtfertigt. Es stellt sich jedoch die Frage, ob nicht eine ganzheitliche Betrachtung notwendig wäre, welche auch die Verantwortlichkeiten von Art. 753 (Gründungshaftung) und Art. 754 OR (Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation) betragsmässig begrenzen würde.

Art. 928 Abs. 2 VE OR [B. Öffentlichkeit I. Im Allgemeinen]

Um die technischen Voraussetzungen zu schaffen, damit die Belege elektronisch erfasst werden können, sind in den Kantonen erhebliche finanzielle Investitionen notwendig. Es widerspricht dem Verursacherprinzip, dass Leistungen, welche Einzelne beanspruchen (Einsichtnahme in Statuten und Stiftungsurkunden), von der Gesamtheit zu bezahlen sind. Auch im benachbarten europäischen Ausland sind die Statuten der Gesellschaften im elektronischen Abrufverfahren nicht gratis abrufbar. Es zeigt sich in der Praxis, dass im Geschäftsverkehr die Statuten, im Gegensatz zum Handelsregisterauszug, von geringerer Bedeutung sind. Demnach müssen Interessenten für die erheblichen Vorinvestitionen aufkommen und für das Einsichtsrecht eine angemessene Gebühr bezahlen.

Die elektronische Erfassung der Statuten wird mit einem enormen zeitlichen Aufwand verbunden sein. Es ist daher eine Übergangsfrist vorzusehen. Es sollte zulässig sein – gegen eine angemessene Gebühr – auch die restlichen Belege der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.

Art. 928a Abs. 2 VE OR [II. Schweizerisches Handelsamtsblatt]

Wenn beim Handelsregister die Tendenz besteht, der Öffentlichkeit Daten auf dem elektronischen Weg zugänglich zu machen, wäre dies im Grundsatz auch beim Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) angemessen. Damit könnte eine weitere Verkürzung zwischen dem Tagebucheintrag und der Publikation im SHAB erreicht werden. Gegebenenfalls wäre auf die Publikation im SHAB ganz zu verzichten und die Publikation im Handelsregister auf dem elektronischen Weg als genügend anzusehen.

Im Zusammenhang mit den Änderungen der Publikationen im SHAB ist auch die Bestimmung von Art. 120 Abs. 2 HRegV über die Aufbewahrung des SHAB zu überdenken. Es macht keinen Sinn, dass jeder Kanton ein Exemplar des SHAB bei sich aufbewahrt. Dies führt zu unnötigen Lagerkosten. Wenn überhaupt ist eine zentrale Aufbewahrung vorzusehen.

Art. 929 VE OR [C. Haftung]

Die Streichung der direkten persönlichen Haftung des Handelsregisterführers ist zu begrüssen. Die neue Bestimmung von Art. 929 VE OR entspricht einer zeitgemässen Regelung.

Aufhebung von Art. 943 Abs. 1 OR [2. Ordnungsbussen]

Die Aufhebung von Art. 943 Abs. 1 OR im Zusammenhang mit der Zuständigkeit des Handelsregisteramts für die Ausstellung von Ordnungsbussen im Eintragungsverfahren von Amts wegen (vgl. Art. 941 OR) wird als nicht sinnvoll erachtet. Die Übertragung der Kompetenz an die Strafverfolgungsbehörden führt zu erheblich höheren Folgekosten, nicht aber zu einer grösseren Rechtssicherheit. Auch nach bisherigem Recht ist der Instanzenzug garantiert.

Art. 943a Abs. 2 VE OR [IX. Haftung für Gebühren und Auslagen]

In der Praxis entziehen sich Mitglieder des Verwaltungsrats mittels Art. 25a HRegV immer häufiger ihrer Verantwortung für die Liquidation einer Gesellschaft. Im Rahmen dieser Revisionsvorlage wäre es begrüssenswert, dieser Tendenz einen Riegel zu schieben und eine Norm zu erlassen, die den letzten Verwaltungsratsmitgliedern untersagt, im Zusammenhang mit einer an sich zu liquidierenden Gesellschaft aus dem Verwaltungsrat auszuschneiden, ohne dass ein Auflösungsbeschluss gefasst und die Liquidatoren bestellt wurden. Die Haftung für zukünftige Gebühren reicht nicht aus, um dem oben angesprochenen Missstand zu begegnen.

Gemäss Art. 21 Abs. 3 GebT sind die Gebühren im Voraus zu entrichten. Die Handelsregisterämter werden in der Praxis immer häufiger mit der immer schlechter werdenden Zahlungsmoral der anmeldenden Personen konfrontiert. Die Möglichkeit der Vorauszahlungspflicht ist deshalb dringend ebenfalls in Art. 943a VE OR aufzunehmen.

Art. 957a Abs. 5 VE OR [B. Buchführung]

Es ist zu fordern, dass im Rechtsverkehr mit dem Handelsregisteramt die Bilanzen in die jeweilige Amtssprache übersetzt werden müssen. In der Praxis zeigt sich nämlich, dass fachspezifische Begriffe in englischer Sprache für einen durchschnittlich gebildeten Dritten nicht verständlich sind. Dem Handelsregisteramt sind deshalb übersetzte Exemplare einzureichen.

Art. 958c Abs. 1 und Abs. 3 VE OR [IV. Darstellung, Währung und Sprache]

Der zweite Satz in Art. 958c Abs. 1 VE OR ("*Positionen, die in der Berichtsperiode keinen oder nur einen unwesentlichen Betrag aufweisen, brauchen nicht separat aufgeführt zu werden.*") ist zu streichen. Aus Gründen der Transparenz ist es zu begrüssen, wenn auch solche Positionen separat aufgeführt werden.

Unseres Erachtens sollte die Buchführung in der funktionalen Währung weiterhin gestattet werden. In der Jahresrechnung aber müssen – wie bisher – die Werte zwingend in der Landeswährung angegeben werden. Aus diesem Grund wird für Abs. 3 von Art. 958c VE OR neu folgender Wortlaut vorgeschlagen: "Die Buchführung erfolgt in der Landeswährung oder

in der für die Geschäftstätigkeit der Organisation wesentlichen Währung. Für die Jahresrechnung müssen die Werte in der Landeswährung angegeben werden."

Art. 959a VE OR [II. Mindestgliederung]

Im Begleitbericht zum Vorentwurf wird unter Punkt 3.1.25 mit dem Titel "Art. 671, 671a, 671b, 672, 673, 674: Reserven" der Erwerb eigener Aktien zwar behandelt (vgl. Seite 60 ff.), jedoch nicht auf den "*Handelsbestand*" von eigenen Aktien eingegangen. In der Botschaft zu Art. 959a VE OR wird zusätzlich auszuführen sein, wie der "*Handelsbestand*" von eigenen Aktien (darunter ist gemäss Art. 25a Abs. 3 der Verordnung über die Stempelabgaben die Gesamtheit der liberierten Titel, welche der gewerbsmässige Effektenhändler mit der Absicht der Weiterveräusserung für eigene Rechnung erworben hat, zu verstehen), insbesondere bei Banken, zu behandeln ist.

Art. 959a Abs. 4 VE OR [II. Mindestgliederung]

Der Wortlaut "... , oder gegenüber Unternehmen, an denen eine Beteiligung besteht, ..." führt zu einer Beschränkung der Anwendung dieses Artikels im Unternehmensverbund auf Tochtergesellschaften. Dies ist nicht vollständig, da Forderungen und Verbindlichkeiten im Unternehmensverbund unter anderem ebenfalls gegenüber Mutter- und Schwestergesellschaften gesondert ausgewiesen werden sollten. Mit der neuen Formulierung "sowie zwischen Unternehmen, die unter einheitlicher Leitung stehen" sind sämtliche Beziehungen im Unternehmensverbund abgedeckt. Es wird vorgeschlagen, Art. 959a Abs. 4 VE OR wie folgt zu ändern: "Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern und Organen sowie zwischen Unternehmen, die unter einheitlicher Leitung stehen, müssen gesondert ausgewiesen werden".

Art. 960e Abs. 4 VE OR [III. Verbindlichkeiten]

Der erste Satz in Art. 960e Abs. 4 VE OR sollte wie folgt geändert werden: "*Nicht mehr begründete Rückstellungen müssen aufgelöst werden.*" Art. 58 Abs. 1b des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG) verlangt nämlich, dass geschäftsmässig nicht begründete Rückstellungen in die Berechnung des Reingewinnes einfließen, das heisst aufgelöst werden müssen. Eine in Art. 960e Abs. 4 OR vorgesehene Nichtauflösung von nicht mehr begründeten Rückstellungen in der Handelsbilanz würde somit zu einer unerwünschten Differenz zwischen Handelsbilanz und Steuerbilanz führen. Aufgrund von Art. 960f VE OR müsste diese Differenz in dem Geschäftsjahr, in dem die Veranlagung rechtskräftig wird, korrigiert werden, da diese Rückstellungen von den Steuerbehörden im Veranlagungsverfahren nicht anerkannt werden. Mit der vorgeschlagenen Änderung des Art. 960e Abs. 4 VE OR wäre diese Korrektur nicht notwendig und würde das Verfahren stark vereinfachen. Zudem sollten nicht mehr begründete Rückstellungen auch nach dem Grundsatz der Transparenz aufgelöst werden.

Art. 960f VE OR [IV. Verhältnis zum Steuerrecht]

In den Übergangsbestimmungen zum sechsundzwanzigsten und zweiunddreissigsten Titel ist aufzuzeigen, wie versteuerte stille Reserven, die bereits vor dem Inkrafttreten dieses Artikels bestanden, zu behandeln sind.

b) Zu den Übergangsbestimmungen des Bundesgesetzes vom 30. März 1911: Übergangsbestimmungen zum sechsundzwanzigsten und zweiunddreissigsten Titel

Art. 2 [B. Anpassungsfrist]

Den kantonalen Handelsregisterämtern ist eine Übergangsfrist von mindestens zwei Jahren (anstelle der vorgeschlagenen Formulierung "*längstens*") einzuräumen, um die Statuten beziehungsweise Stiftungsurkunden elektronisch zu erfassen (vgl. dazu auch die Ausführungen zu Art. 928a Abs. 2 VE OR).

Art. 3 Abs. 2 [C. Inhaberaktien]

Die vorgeschlagene Bestimmung durchbricht den Grundsatz von Art. 698 Abs. 1 OR. Es ist festzuhalten, dass der Verwaltungsrat mit öffentlicher Urkunde nur die Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien beschliessen kann. Weitere Anpassungen müssen durch Beschluss der Generalversammlung geschehen.

c) Zum Anhang 2: Variante II

Art. 652i Abs. 2 und 3 VE OR [II. Genehmigte Kapitalerhöhung]

Die bisherige Bestimmung ist analog zu übernehmen. Das genehmigte Kapital darf die Hälfte des bisherigen Aktienkapitals nicht übersteigen. Unter die Angaben, die für die ordentliche Kapitalerhöhung verlangt werden, fällt unter anderem auch die Art der Einlage (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 4 VE OR). Die Bestimmung widerspricht Art. 652j VE OR, wonach der Verwaltungsrat die Art der Einlage bestimmt.

Art. 652k Abs. 3 VE OR [3. Statutenänderung] und Art. 653u Abs. 4 VE OR [3. Statutenänderung]

Der Verzicht auf die öffentliche Beurkundung ist abzulehnen (vgl. Erläuterungen vorne unter Art. 653i Abs. 3 VE OR).

3. Weitere Anpassungsvorschläge in Bezug auf einzelne steuerlich relevante Bestimmungen

Art. 699 VE OR [II. Einberufung 1. Recht und Pflicht]

Damit die gemäss Art. 727a Abs. 4 VE OR "nachträglich" verlangte eingeschränkte Revision in einem zeitgerechten Rahmen erfolgt, wird die Einfügung eines zusätzlichen Absatzes in Art. 699 VE OR vorgeschlagen (als neuer Abs. 2^{bis}): "Wird nach Art. 727a Abs. 4 OR eine

eingeschränkte Revision verlangt, hat die Generalversammlung ihre Befugnisse nach Art. 698 Abs. 2 OR spätestens 3 Monate nach ihrer ordentlichen Durchführung auszuüben."

Art. 727a Abs. 4 VE OR enthält nämlich die Bestimmung, dass jeder Aktionär das Recht hat, spätestens 10 Tage vor der Generalversammlung eine eingeschränkte Revision zu verlangen und dass in einem solchen Fall die Generalversammlung die Revisionsstelle wählen muss.

Art. 959c VE OR [C. Anhang]

Es wäre zu begrüssen, wenn im Anhang Angaben zu allen Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen aufgeführt würden. Diese Offenlegung führt zu einer erhöhten Transparenz der Jahresrechnung. Demgemäss ist Abs. 1 neu durch folgende Ziff. 3 zu ergänzen (mit der Folge, dass die bisherige Ziff. 3 zur neuen Ziff. 4 wird): "Angaben zu allen Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen."

Art. 960 Abs. 3 VE OR [D. Bewertung]

Gemäss Art. 960 Abs. 3 VE OR sind die Werte zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen, wenn konkrete Anzeichen für eine Überbewertung von Aktiven oder für zu geringe Rückstellungen bestehen. Zwecks Einhaltung des Niederstwertprinzips und der Grundsätze der ordnungsmässigen Rechnungslegung gemäss Art. 958b Abs. 1 VE OR wird eine jährliche Überprüfung der Werte als notwendig erachtet. Abs. 3 sollte daher mit einem 2. Satz mit dem folgenden Wortlaut ergänzt werden: "Die Werte müssen jährlich überprüft und gegebenenfalls angepasst werden."

Art. 960b Abs. 3 VE OR [2. Forderungen und Aktiven mit Börsenkurs]

Art. 960b Abs. 3 VE OR sieht vor, dass wenn Wertschriften und Handelswaren zum Kurs am Bilanzstichtag bewertet werden, Schwankungsreserven gebildet werden dürfen, um dem Kursverlauf Rechnung zu tragen. Mit dieser Lösung sind wir grundsätzlich einverstanden. Allerdings bedarf Abs. 3 einer Ergänzung, da sonst in der Handelsbilanz Schwankungsreserven in willkürlicher Höhe gebildet werden dürften. Dies würde bei der Veranlagung zu Korrekturen durch die Steuerbehörden und aufgrund des umgekehrten Massgeblichkeitsprinzips gemäss Art. 960f VE OR zu Korrekturen in der Handelsbilanz führen, weshalb eine Einschränkung der Höhe der Schwankungsreserven im Sinne der Anwendung des Niederstwertprinzips als angebracht erachtet wird. Abs. 3 ist deshalb durch folgenden Satz zu ergänzen: "Solche Schwankungsreserven sind jedoch nicht zulässig, soweit dadurch sowohl der Kurs am Bilanzstichtag als auch der Anschaffungswert unterschritten würde."

Wir bitten Sie, unsere Änderungsanträge bei der weiteren Bearbeitung der Vorlage zu berücksichtigen, und versichern Sie, sehr geehrte Damen und Herren, unserer ausgezeichneten Hochachtung.

IM NAMEN DES REGIERUNGSRATS

Landammann:

Kurt Wernli

Staatsschreiber:

Dr. Peter Grünenfelder

Kopien an:

- ehra@bj.admin.ch
- Departement Volkswirtschaft und Inneres
- Justizabteilung DVI
- Departement Finanzen und Ressourcen
- Finanzverwaltung DFR
- Kantonales Steueramt DFR
- Justizbehörden OG



Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht; Vernehmlassung

A. Einleitung

Mit Schreiben vom 7. Dezember 2005 hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement die Kantonsregierungen eingeladen, zum Vorentwurf zu einer Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht bis 31. Mai 2006 Stellung zu nehmen.

Das Geschäft wurde dem Departement Sicherheit und Justiz zur Antragstellung zugewiesen. Das Departement Sicherheit und Justiz lud die Departementssekretäre zu einem Mitbericht ein. Es sind Vernehmlassungen der Konferenz der kantonalen BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden sowie der Schweizerischen Steuerkonferenz eingegangen.

B. Ausgangslage

Verschiedene Ereignisse in der Wirtschaft haben gezeigt, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen für Unternehmen nicht überall optimal ausgestaltet sind. Der Bundesrat schlägt deshalb eine Teilrevision des Aktienrechts vor. Der Vorentwurf verfolgt vier Hauptziele:

1. Es gilt die *Corporate Governance* zu verbessern: Die Vorlage stärkt insbesondere die Stellung der Aktionärinnen und Aktionäre. Die Informationsrechte werden klarer geregelt und ausgebaut. In privaten Aktiengesellschaften wird ein Recht auf Auskunft über der Höhe der Vergütungen des obersten Managements geschaffen. Die Schwellenwerte für die Ausübung verschiedener Aktionärsrechte werden gesenkt, so bei der Sonderuntersuchung, beim Einberufungs- und beim Traktandierungsrecht. Die Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen wird verbessert.

Das Depotstimmrecht der Banken und die Vertretung an der Generalversammlung durch Gesellschaftsorgane werden abgeschafft; neu gibt es nur noch die Stimmrechtsvertretung durch eine unabhängige Person. Ein Recht auf eine unabhängige Stimmrechtsvertretung wird auch in privaten Gesellschaften vorgesehen.

Weitere Änderungen betreffen die jährliche Wahl des Verwaltungsrats und die Handhabung von Interessenskonflikten im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung. In Publikumsgesellschaften muss zudem eine gegenseitige Einflussnahme von Verwaltungsratsmitgliedern auf die Festlegung ihrer Honorare vermieden werden.

2. Die Regelung der *Kapitalstrukturen* wird auf neue Bedürfnisse ausgerichtet: Der Vorentwurf bringt eine Flexibilisierung der Verfahren zur Erhöhung und Herabsetzung des Aktienkapitals. Mittels eines sogenannten



Kapitalbands kann die Generalversammlung den Verwaltungsrat ermächtigen, das Aktienkapital innerhalb einer bestimmten Bandbreite herauf- und herabzusetzen. Weiter wird auf den bisherigen Mindestnennwert verzichtet; d.h. der Nennwert kann beliebig Null angenähert werden. Die Inhaberaktie hat in den letzten Jahren kontinuierlich an Bedeutung verloren. Sie soll deshalb abgeschafft werden, was der Förderung klarer Kapitalstrukturen dient. Die Ausgabe von Inhaberpapieren bleibt demgegenüber möglich. Zudem entfällt die bisherige Beschränkung des Partizipationskapitals auf das Doppelte des Aktienkapitals.

3. Die Ordnung der Generalversammlung wird aktualisiert: Die Vorlage ermöglicht den Unternehmen die Nutzung elektronischer Mittel bei der Vorbereitung und der Durchführung der Generalversammlung. Die Generalversammlung an mehreren Tagungsorten und im Ausland wird gesetzlich geregelt.

4. Das *Rechnungslegungsrecht* wird umfassend revidiert: Der Vorentwurf schafft eine einheitliche Ordnung für alle Rechtsformen des Privatrechts. Die Anforderungen werden nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Unternehmens differenziert. Die Neuregelung erfolgt steuerneutral; am sogenannten Massgeblichkeitsprinzip wird festgehalten. Unter gewissen Voraussetzungen hat die Gesellschaft einen zusätzlichen Abschluss nach einem anerkannten Regelwerk zu erstellen. Damit wird die Transparenz zum Schutz von Personen mit Minderheitsbeteiligungen massgeblich verbessert.

C. Erwägungen

1. Allgemeines

Die erste Vorlage ist bekanntlich daran gescheitert, dass der Übergang zur true and fair view-Bilanzierung nicht ohne Steuerfolgen zu bewerkstelligen gewesen wäre. Dieses Problem konnte nur durch Beibehaltung des bestehenden Dualismus zwischen Einzelabschluss nach OR einerseits und den anerkannten Regelwerken andererseits gelöst werden. Im Einzelabschluss, der nach dem Massgeblichkeitsprinzip weiterhin Grundlage bildet für die Ermittlung der Steuerfaktoren, sind die bisherigen Wertansätze massgebend. Neu gelten jedoch die detaillierten Gliederungsvorschriften, die sich an die bisherigen aktienrechtlichen Normen anlehnen, für alle Rechtsformen von Unternehmungen, die im Handelsregister eingetragen werden müssen.

Die grundsätzliche Zielsetzung der Verbesserung der Corporate Governance und der Anpassung der Bestimmungen namentlich des Aktienrechts an das aktuelle Wirtschaftsleben sind zu begrüßen. Ebenso wichtig aber ist dabei, das geforderte Augenmass beizubehalten in der Übertragung von administrativer, nicht wertschöpfender Zusatzbelastung bei den KMU. Die unterbreitete Vorlage überschießt in Teilen für nicht börsenkotierte Aktiengesellschaften das Ziel. Die Vorlage muss differenzierter auf den Unterschied zwischen grossen und kleinen Gesellschaften eingehen.

Ebenfalls ist die angestrebte Vereinheitlichung der Rechnungslegung für die Rechtsformen des Privatrechts als erstrebenswertes Ziel zu befürworten; dennoch ist zu berücksichtigen, dass die Rechtsformen des Privatrechts, welche von diesen Bestimmungen betroffen sind, grob unterteilt werden können, in solche, welche auf Gewinnstrebigkeit zugunsten ihrer Investoren angelegt sind (Aktiengesellschaften, Genossenschaften etc.), und in solche, welche entweder gemeinnützig tätig sind (insbesondere Stiftungen) bzw. Träger eines Zweiges der Sozialversicherung sind (insbesondere Vorsorgestiftungen). Für die beiden letzten Fälle besteht erstens ein anderes Schutzgut (Destinatärs- bzw. Versicherteninteressen) und zweitens sind einer spezialisierten Fach-



aufsicht unterstellt (Stiftungs- bzw. BVG-Aufsicht), im Gegensatz zu den übrigen privaten Rechtsträgern, welche keiner staatlichen Aufsicht unterstehen. In dieser Hinsicht sind die Vorteile einer „Linearisierung“ der Bestimmungen gegen die diesbezüglichen Nachteile einer sehr wenig differenzierten Sichtweise gut abzuwägen. Im Speziellen ist darauf zu achten, dass die stark praxisorientierte Rechtsprechung und die neuen gesetzlichen Bestimmungen, welche den ebenfalls wirtschaftlich geprägten Veränderungen in diesem Gebiet Rechnung tragen (insbesondere die Bestimmungen der 1. BVG-Revision und des revidierten Stiftungsrechts) durch die geplante Anpassung nicht ausgehebelt werden. Nicht zuletzt aufgrund der in der Praxis feststellbaren negativen Auswirkungen der Vereinheitlichung des Fusionsrechtes mit der alleinigen Ausrichtung auf die Gesichtspunkte bei gewinnstrebigen Rechtsträgern (namentlich auf Aktiengesellschaften) und deren Investoren für Stiftungen und Vorsorgeeinrichtungen, wird für eine differenzierte Regelung für Stiftungen und Vorsorgeeinrichtungen nach BVG plädiert, mindestens aber für Vorsorgestiftungen. Es ist zu betonen, dass es in diesen beiden Fällen um ein grundsätzlich anderes Schutzgut geht (der sogenannte Shareholder-Value kann hier nicht relevant sein).

Im Weiteren zeichnen sich auch diverse Umsetzungsschwierigkeiten und administrativer Mehraufwand für die Kantone im Handelsregister und bei der Stiftungsaufsicht ab. Dies läuft den stetigen Bestrebungen der Kantone für eine effiziente und kostendeckende Verwaltung entgegen.

2. Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen

Zu Art. 641, 778a und 836 sowie Art. 952 OR (bisherige Fassung)

Im Sinne einer Anregung ist folgendes festzuhalten: mit einer Neuregelung der Zweigniederlassungen (nur von Firmen mit Hauptsitz in der Schweiz) könnten nicht nur die Handelsregisterämter, sondern auch die betroffenen Firmen von einem nicht mehr zeitgemässen, aber enormen bürokratischen Leerlauf befreit werden: Es wäre lediglich vorzusehen, dass die Zweigniederlassungen nur noch im Register des Hauptsitzes der entsprechenden Firma einzutragen sind (ähnlich den Geschäftslokalen). Die Eintragungen bei den Zweigniederlassungen haben nur noch einen Sinn in Bezug auf die Einschränkung der Zeichnungsberechtigung auf die Zweigniederlassung, was auch beim Hauptsitz entsprechend eingetragen werden könnte und allenfalls für besondere Bestimmungen betreffend die Zweigniederlassung. Sollten letztere beibehalten werden, wäre hierfür eine neue Rubrik vorzusehen. Aufgrund der seit 1936 erfolgten Erfindung von Telefax, Internet und weiteren Kommunikationsmitteln, wäre damit keinerlei nennenswerte Beeinträchtigung der Zugänglichkeit bzw. Publizität verbunden.

Art. 671 Abs. 1 VE

Art. 671 Abs. 1 VE ist mit einer Ziffer 3 für „übrige Kapitaleinlagen“ zu ergänzen. Unter diese Position fallen Zuschüsse von Aktionären und nachträglich in der Handelsbilanz offengelegte, verdeckte Kapitaleinlagen. Bei Zuschüssen von Aktionären und nachträglich in der Handelsbilanz offengelegten, verdeckten Kapitaleinlagen handelt es sich um Kapitalreserven. Da diese beiden Einzahlungsvarianten aber weder dem Agio (Ziffer 1 von Art. 671 Abs. 1 VE) noch dem Kaduzierungsgewinn (Ziffer 2 von Art. 671 Abs. 1 VE) zugeordnet werden können, ist eine Ziffer 3 im Art. 671 Abs. 1 VE mit der Bezeichnung „weitere Kapitaleinlagen“ einzufügen.

In der Botschaft ist überdies darauf hinzuweisen, dass Kapitaleinlagen bei deren Rückzahlung nach der Unternehmenssteuerreform II grundsätzlich steuerfrei sein sollen. Eine Ausnahme ergibt sich aus der Einbringung



von Beteiligungen (Transponierung). Kapitaleinlagen sollen nach der Unternehmenssteuerreform II grundsätzlich steuerfrei zurück bezahlt werden können. Im Falle der Einbringung von Beteiligungen als Kapitaleinlage (Transponierung) ist dies aber ausnahmsweise nicht möglich, da andernfalls latentes Einkommenssteuersubstrat untergehen würde.

In den Übergangsbestimmungen zum sechsundzwanzigsten und zweiunddreissigsten Titel ist die Behandlung von Agio, das vor dem Inkraftsetzen dieses Artikels einbezahlt wurde, zu erwähnen.

Zu Art. 689d lit.c. Abs. 2 VE

Nach Vorlage enthält sich bei Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien die unabhängige Stimmrechtsvertreterin bzw. der unabhängige Stimmrechtsvertreter der Stimme, wenn er keine Weisung der Aktionärinnen bzw. Aktionäre erhalten hat. Wir geben zu bedenken, dass dies den Corporate Governance-Bemühungen bei Pensionskassen, welche oft Aktionäre von börsenkotierten Aktiengesellschaften sind, zuwiderläuft. Nach Art. 49a Abs. 2 BW2 stellt die Vorsorgeeinrichtung Regeln auf, die bei der Ausübung ihrer Aktionärsrechte zur Anwendung gelangen. Unter „Ausübung“ wurde in der Praxis bisher gerade nicht die Stimmenthaltung verstanden, sondern es wurde eine aktive Wahrnehmung der Aktionärsrechte gefordert. In der Kombination mit der Änderung in Art. 703 Abs. 2 VE, wonach Enthaltungen nicht mehr als abgegebene Stimmen zählen, wirkt sich dies u.E. eher negativ aus auf institutionelle Anleger wie Pensionskassen.

Zu Art. 697 a ff VE

Die vorgeschlagene Regelung zur Sonderprüfung erzeugt viel Bürokratie und vernichtet Produktivität, die dann insbesondere bei KMU mit bescheidenen Verwaltungsaufwänden fehlt.

Zu Art. 701 OR (bisherige Fassung)

Wir gestatten uns, die aufgrund des am 16. Dezember 2005 verabschiedeten Art. 702a OR bereits aufgeworfene Frage, ob Universalversammlungen ohne Anwesenheit aller Verwaltungsräte überhaupt noch möglich sind, nochmals aufzugreifen. Es wäre wünschenswert, diese für die Handelsregisterbehörden relevante Frage zu klären.

Zu Art. 701d VE

Aus dieser Bestimmung geht nicht klar hervor, ob eine Generalversammlung nicht bereits auf dem Wege einer Telefonkonferenz durchgeführt werden kann. Eine Präzisierung wäre notwendig (z.B. eine Übertragung mit Bild und Ton oder die jederzeitigen Identifizierbarkeit und dergleichen).

Zudem fragt sich in diesem Zusammenhang, ob *mit Zustimmung aller Aktionäre* nicht ohnehin auch Generalversammlungsbeschlüsse auf dem Zirkulationsweg möglich sein sollten (als Beleg einzureichen wären ausschliesslich Protokolle über das Zustandekommen solcher Beschlüsse). Heute wird dies bekanntlich - entgegen der Regelung im Vereinsrecht (Art. 66 Abs. 2 ZGB) - ohne überzeugenden Grund abgelehnt (vgl. Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 23 N. 11 ff.).



Zu Art. 710 VE

Art. 710 Abs. 13 des Entwurfs ist in der bestehenden Form zu belassen, oder es sind Ausnahmen für KMU dafür vorzusehen. In der vorgeschlagenen, stringenter Form wird unnötiger Mehraufwand generiert. Für Publikumsgesellschaften, die teils in letzter Zeit der hohen Geschäftsleitungs- und VR -Entschädigungen wegen in den Medien waren, ist die Änderung zweckmässig.

Zu Art. 765 Abs. 2 und 791 Abs. 1 vE

Abs. 2 bzw. Abs. 1: Hier sollte neu auch das Geburtsdatum aufgenommen werden. Eine korrekte Identifikation ist ohne diese Angabe oft nicht möglich. Die Handelsregisterämter werden häufig um diese Auskunft ersucht und müssen dann mit erheblichem Zeitaufwand die Belege konsultieren. Fehlt auch dort die entsprechende Angabe, ist eine Auskunft nicht möglich und eine Identifikation kann überhaupt nur noch über die Unterschrift erfolgen. Eine Ausnahme wäre allenfalls für bloss Zeichnungsberechtigte denkbar.

Zudem verhindert diese fehlende klare Identifikationsmöglichkeit auch weitgehend die automatische Übernahme der entsprechenden Handelsregisterdaten in andere EDV-Programme der Verwaltung, was wiederum administrativer Mehraufwand bedeutet. Schliesslich sollten diese Vorschriften wie im Aktienrecht (vgl. beschlossener Art. 640 OR) in die Handelsregisterverordnung verschoben werden, wo sie sachlich hingehören.

Zu Art. 928 Abs. 2 VE

Abs. 2: Die Statuten die Stiftungsurkunden sind (auch aufgrund der entsprechenden Bestellungen zu schliessen) im Gegensatz zu den Eintragungen für die breite Öffentlichkeit nicht von grossem Interesse. Die *kostenlose* elektronische Veröffentlichung läuft den Bestrebungen einer kostendeckenden Verwaltungstätigkeit diametral entgegen. Angesichts der enormen Erfassungskosten im Verhältnis zum nicht sehr grossen Bedürfnis der Öffentlichkeit sollte auf diese Bestimmung verzichtet werden. Hingegen wäre hier die Grundlage zu schaffen, damit die Ämter die Belege freiwillig und gegen Entgelt elektronisch zur Verfügung stellen können.

Zu Art. 928a VE

Diese Publikationsform ist kaum noch zeitgemäss (vor allem auch wenn man an den voraussichtlich in wenigen Jahren erreichten technischen Stand denkt). Es wäre zu prüfen, ob nicht bspw. eine Publikation vorzusehen wäre, welche per 24.00 Uhr des Tages der Genehmigung durch das Eidg. Amt für das Handelsregister über Internet erfolgt und allein entscheidend für die Rechtswirkungen wäre. Gleichzeitig könnte die Aufspaltung der Wirkungen der Eintragung auf Tagebucheintragung und Publikationstag mit einer solchen Lösung beseitigt werden. Würde eine derartige Lösung gewählt, könnte Art. 928 Abs. 3 in dieser absoluten Form nicht beibehalten werden.

Zu Art. 941 Abs. 1 und 2 VE

Abs. 1: Es liegt ein Verschrieb vor: „vorzunehmen“.

Abs. 2: Es wäre wünschenswert, wenn die betroffenen Behörden (im Gesetz oder der Verordnung) gleich dazu verpflichtet würden, allfällig notwendige Angaben auf Anforderung schriftlich zu liefern. Diese wären dann gleich als Beleg verwendbar. Zudem sollte die Auskunftspflicht gemäss Art. 20 Abs. 3 der Verordnung über die



Gebühren für das Handelsregister erhalten bleiben. Demnach wäre Abs. 2 Ziff. 2 beispielsweise wie folgt zu formulieren: „Auskunft über Tatsachen zu erteilen, die ihren Aufgabenbereich betreffen und für einen Eintrag oder die Einforderung der Gebühren erforderlich sind.“

Zu Art. 943a VE

Es ist unklar, weshalb diese Bestimmung nicht anstelle des aufgehobenen Art. 943 eingefügt wird. Sodann ist es aus Gründen der Rechtssicherheit wünschenswert, hier das Prinzip gesetzlich zu verankern, dass das Handelsregisteramt die Eintragung vor der Bezahlung der Gebühren verweigern kann. Heute ist vor allem bei deklarativen Einträgen nicht klar, ob dies überhaupt zulässig wäre.

Zu Art. 957a Abs. 5 VE

Wir weisen darauf hin, dass diese Vorschrift bei Vorsorgeeinrichtungen und Stiftungen schweizerischen Rechts nicht angebracht erscheint. Ausgehend von der aufsichtsrechtlichen Prüfungspflicht und der damit verbundenen Verantwortlichkeit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass Englisch keine Amtssprache darstellt. Bezüglich der Destinatäre bringt diese Möglichkeit insbesondere bei Vorsorgeeinrichtungen mit Sicherheit einen erhöhten Auskunftsbedarf mit sich (man denke zum Beispiel an eine Baufirma mit eigener Vorsorgeeinrichtung und deren Versicherte) und Kosten für die entsprechende Fachausbildung für die Kantone mit sich. Eine Prüfungshandlung kann nur vornehmen, wer sich mit den entsprechenden Fachbegriffen auskennt. Wir schlagen vor, für die aufsichtsunterstellten Rechtsträger die Bestimmung mit dem Zusatz zu ergänzen, „Bei Vorsorgeeinrichtungen und Stiftungen kann die Buchführung in Englisch erfolgen, sofern die Aufsichtsbehörde dieses Vorgehen vorgängig zustimmt.“ Das Gleiche gilt für Art. 958c Abs. 4 E-OR (Rechnungslegung in Englisch).

Zu Art. 958-958d VE

Grundsätzlich begrüßen wir insbesondere die vertiefte Definition in den Artikeln 958a bis 958c VE; dennoch halten wir fest, dass die Vorschriften sind nur teilweise kompatibel mit den detaillierten Vorschriften im BVG für Vorsorgeeinrichtungen. Für diesen Bereich gehen wir davon aus, dass die BVG-Vorschriften als Spezialvorschriften vorgehen (Art. 47 BVV2 schreibt z.B. die Rechnungslegung nach FER 26 in Staffelform vor; vgl. auch Art. 958b Abs. 4 VE).

Art. 958c Abs. 1 VE

Der zweite Satz im Art. 958 c Abs. 1 VE („Positionen, die in der Berichtsperiode keinen oder nur einen unwesentlichen Betrag aufweisen, brauchen nicht separat aufgeführt zu werden“) ist zu streichen. Es wäre aus Gründen der Transparenz zu begrüßen, wenn auch solche Positionen separat aufgeführt würden.

Art. 958c Abs. 3 VE

Der Art. 958c Abs. 3 VE ist auf den folgenden Wortlaut zu ändern: „Die Buchführung erfolgt in der Landeswährung oder in der für die Geschäftstätigkeit der Organisation wesentlichen Währung. Für die Jahresrechnung müssen die Werte in der Landeswährung angegeben werden. Fremdwährungspositionen werden zum Devisenkurs am Bilanzstichtag eingesetzt. Der verwendete Umrechnungskurs ist im Anhang offen zu legen.“ Die Buch-



führung in der funktionalen Währung soll weiterhin gestattet werden. In der Jahresrechnung müssen aber, wie bisher, die Werte zwingend in der Landeswährung angegeben werden. Die Offenlegung des Umrechnungskurses im Anhang entspricht dem Grundsatz der Transparenz.

Zu Art. 958d VE

So sehr ein generelles Einsichtsrecht durch Gläubigerinnen und Gläubiger im Sinne einer verbesserten Transparenz bei gewinnstrebigem Unternehmen zu begrüßen ist, so sehr ist zu beachten, dass bei Vorsorgeeinrichtungen dieses Einsichtsrecht möglicherweise mit gewissen Interessen der Versicherten kollidieren kann (Persönlichkeitsschutz zum Beispiel im Bereich der Invaliditätsfälle); bei Stiftungen führt dies zu einer u.E. nicht gerechtfertigten Besserstellung der Gläubigerschaft gegenüber den Destinatären, denen dieses Einsichtsrecht dann zugestanden wird, wenn sie dies zur Geltendmachung ihrer Ansprüche benötigen. Sowohl bei den Vorsorgeeinrichtungen als auch bei den Stiftungen ist die Notwendigkeit der Anwendung dieser Bestimmung zu prüfen. Wir verweisen für beide Fälle wiederum auf das nicht identische Schutzgut und bei den Vorsorgeeinrichtungen zudem darauf, dass es sich für die versicherten Personen um eine „Zwangsmitgliedschaft“ handelt. Durch das Vorliegen der staatlichen Aufsicht ist zudem ein gewisser Gläubigerschutz sichergestellt, da im Rahmen der jährlichen aufsichtsrechtlichen Prüfung die finanzielle Lage von Vorsorgeeinrichtungen und Stiftungen mitumfasst. Mindestens sind die gleichen Ausnahmen zu statuieren, wie sie in Art. 697bis Ziffer 2 VE festgehalten sind (in analogiam: entgegenstehende, vorrangige Interessen der Vorsorgeeinrichtung bzw. Stiftung bzw. von deren Destinatären).

Zu Art. 958e VE

Für Stiftungen und Vorsorgeeinrichtungen sind die Bestimmungen zu wenig weitgehend, da sie sich auf die Aufbewahrungspflicht von „buchungsrelevanten“ Dokumenten beschränkt. Bei Stiftungen erfolgen z.B. Zuwendungen über Legate mit Auflagen; der zugewendete Betrag fliesst ein, jedoch die Auflagen sind nicht buchungsrelevant. Für Vorsorgeeinrichtungen sind die Bestimmungen soeben in der 1. BVG-Revision deziert festgelegt worden (Art. 27i-27k BVV2), weshalb wir davon ausgehen, dass auch hier die BVG-Bestimmungen als Lex specialis vorgehen.

Zu Art. 959a - 959c VE

Grundsätzlich begrüßen wir die Bestimmungen, da sie zu einer besseren Übersichtlichkeit der Jahresrechnungen der Rechtsträger führen. Bezüglich der Spezialvorschriften für Vorsorgeeinrichtungen verweisen wir auf unsere Vorstehenden Ausführungen. In Art. 959c Ziffer 1 beantragen wir die Ergänzung „...soweit diese nicht vom Gesetz oder von Reglementen vorgeschrieben sind.“ Sowohl bei Stiftungen als auch bei Vorsorgeeinrichtungen sind Reglemente wichtige Ausführungserlasse, welche aufsichtsrechtlich relevant sind. Zudem gehört die Erläuterung der Zweckerfüllung, soweit diese nicht transparent aus der Jahresrechnung hervorgeht, ebenfalls in den Anhang (bisher wurde in der Praxis ein sog. Tätigkeitsbericht eingeholt), da dies nach Art. 84 ZGB durch die Aufsichtsbehörde geprüft werden muss.

Art. 959a VE

In der Botschaft ist zu Artikel 959a VE zusätzlich zu erwähnen, wie der „Handelsbestand“ von eigenen Aktien, insbesondere bei Banken, zu behandeln ist. Im Begleitbericht zum Vorentwurf wird unter Punkt 3.1.25 „Art. 671, 671a, 671b, 672, 673, 674: Reserven“ der Erwerb eigener Aktien behandelt. Dabei wird aber nicht auf den



„Handelsbestand“ von eigenen Aktien eingegangen. In der Botschaft ist überdies zu beschreiben, wie mit dem „Handelsbestand“ der eigenen Aktien (darunter ist gemäss Art. 25a Abs. 3 der Verordnung über die Stempelabgaben die Gesamtheit der liberierten Titel, welche der gewerbsmässige Effekthändler mit der Absicht der Weiterveräusserung für eigene Rechnung erworben hat zu verstehen) vorzugehen ist.

Art 959a Abs. 4 VE

Art. 959a Abs. 4 ist folgendermassen zu ändern: ~~„Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern und Organen oder gegenüber Unternehmen, an denen eine Beteiligung besteht, sowie zwischen Unternehmen, die unter einheitlicher Leitung stehen, müssen gesondert ausgewiesen werden.“~~ Der Wortlaut „oder gegenüber Unternehmen, an denen eine Beteiligung besteht“ führt zu einer Beschränkung der Anwendung des obgenannten Artikels im Unternehmensverbund auf Tochtergesellschaften. Dies ist nicht vollständig, da Forderungen und Verbindlichkeiten im Unternehmensverbund u.a. ebenfalls gegenüber Mutter- und Schwestergesellschaften gesondert ausgewiesen werden sollten. Mit dem neuen Wortlaut „sowie zwischen Unternehmen, die unter einheitlicher Leitung stehen“ sind sämtliche Beziehungen im Unternehmensverbund abgedeckt.

Zu Art. 960a – 960f VE

Für Vorsorgeeinrichtungen verweisen wir auf die Spezialbestimmungen von Art. 47 ff BW2. Die Vorschrift, dass die tatsächliche finanzielle Lage ersichtlich sein muss (Art. 65a BVG), kollidiert mit den Bewertungsvorschriften von Art. 960a ff. VE (u.a. Niederstwertprinzip).

Art. 960e Abs. 4 VE

Der erste Satz im Art. 960 e Abs. 4 VE ist folgendermassen zu ändern: „Nicht mehr begründete Rückstellungen müssen ~~nicht~~ aufgelöst werden.“ Art. 58 Abs. 1 b des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG) verlangt, dass geschäftsmässig nicht begründete Rückstellungen in die Berechnung des Reingewinnes einfließen, d.h. aufgelöst werden müssen. Eine in Art. 960e Abs. 4 VE vorgesehene Nichtauflösung von nicht mehr begründeten Rückstellungen in der Handelsbilanz würde somit zu einer unerwünschten Differenz zwischen Handelsbilanz und Steuerbilanz führen. Aufgrund von Art. 960f VE müsste diese Differenz in dem Geschäftsjahr, in dem die Veranlagung rechtskräftig wird, korrigiert werden, da diese Rückstellungen von den Steuerbehörden im Veranlagungsverfahren nicht anerkannt werden. Mit einer entsprechenden Änderung des Art. 960e Abs. 4 VE wäre diese Korrektur nicht notwendig und würde das Verfahren stark vereinfachen. Zudem sollten nicht mehr begründete Rückstellungen auch nach dem Grundsatz der Transparenz aufgelöst werden.

Art. 960f VE

In den Übergangsbestimmungen zum sechsundzwanzigsten und zweiunddreissigsten Titel ist aufzuzeigen, wie versteuerte stille Reserven, die bereits vor dem Inkraftsetzen dieses Artikels bestanden, zu behandeln sind.

Zu Art. 962 VE

Wir verstehen das Bestreben, nur bei Unternehmungen einer bestimmten „wirtschaftlichen Grösse“ ein Abschluss nach Regelwerk bzw. nach international anerkannten Standards zu verlangen. Für Vorsorgeeinrichtungen gilt bereits jetzt SWISS GAAP FHR 26, weshalb die „Grössenordnung“ der Vorsorgeeinrichtung



keine Rolle spielt. Unter dem Gesichtspunkt, dass das Schutzgut nicht primär „freiwillige“ Investoren und Gläubigerrechte, sondern konkrete Sozialversicherungsansprüche von versicherten Personen sind, ist in jedem Fall eine Verknüpfung mit der Grosse einer Vorsorgeeinrichtung bzw. mit der Bestimmungen der Untersteilung unter die ordentliche Revision zu vermeiden. Andernfalls werden die in den letzten Jahren gemachten Fortschritte betreffend Transparenz, aufweiche das Eidg. Parlament insbesondere in der 1. BVG-Revision so starkes Gewicht gelegt hat, zunichte gemacht- Ziffer 3 von 962 VE ist demzufolge auf Vereine zu begrenzen.

Im weiteren ist eine Sonderbestimmung aufzunehmen, welche entweder vorsieht, dass Vorsorgeeinrichtungen gemäss den diesbezüglichen Bestimmungen im BVG einen Abschluss nach privatem Regelwerk erstellen, oder eine Generalklausel, welche festhält, dass neben der OR-Bestimmung auch Spezialgesetze solche Abschlüsse vorsehen können und diese dann den allgemeinen Bestimmungen des OR vorgehen. Mit der soeben erfolgten Revision des Stiftungsrechts wurde ein lange umstrittener Grundsatzentscheid für ein Revisionsstellenobligatorium getroffen, was mittelfristig zu einer erhöhten Professionalisierung der Rechnungslegung von Stiftungen führen wird zum Vorteil des Stiftungsplatzes Schweiz (Spenden fliessen nur dort, wo die Oeffentlichkeit Vertrauen in die diesbezüglichen Institutionen hat). Dazu trägt auch eine ordentliche Revision bei. Verknüpft man nun die Rechnungslegung nach Regelwerk mit der ordentlichen Revision, dann schwächt man die vielbesungene Transparenz und Corporate Governance doppelt. Einerseits findet die Revision schon auf tiefem Level statt und andererseits erfolgt die Rechnungslegung auch noch auf unterem Niveau. Dies schadet dem Ansehen des Stiftungsplatzes Schweiz. In diesem Sektor befindet sich zwischenzeitlich ein nicht unerhebliches Vermögen, was auch dazu führt, dass sich nicht nur „laute-re“ Personen hier betätigen. Die Schadenfälle der letzte Jahre (Zäch, Sieber und Behring) sprechen für sich. Griffige Regeln sind daher zwingend. Die vorgesehenen Abschwächungen sind deshalb in jedem Fall zu vermeiden.

Aufgrund obiger Ausführungen wären weitere Ergänzungen im bestehenden Recht nötig, so etwa in Art. 83a, 84c, 959c, 960 und 960b. Es kann in diesem Zusammenhang auf die Eingaben der Schweizerischen Steuerkonferenz und der Konferenz der kantonalen BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden verwiesen werden.

Das neue Rechnungslegungsrecht ist daher gesamthaft auf seine Tauglichkeit und Anwendbarkeit für kleine Unternehmen hin zu prüfen. Zur vereinfachten Lösung dieser Problematik beantragt daher der Regierungsrat von Appenzell Ausser Rhoden, den in Beratung stehenden Art. 727 Abs. 1 E OR abzuändern und die Kriterien für wirtschaftlich bedeutende Unternehmen für die Unterstellung unter das neue Revisionsrecht zu verdoppeln (20 Mio. Bilanzsumme, 40 Mio. Umsatzerlös, 100 Vollzeitstellen).

D. Beschluss des Regierungsrates

Die vorstehenden Ausführungen werden dem Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, Bern, als Vernehmlassung übermittelt.



Mitteilung an Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, 3003 Bern; Beilage: Protokoll-Auszug
(E-Mail an: ehra@bj.admin.ch, Stichwort: „Aktienrechtsrevision“)

Kopie an Departement Sicherheit und Justiz

Auszug an Departement Sicherheit und Justiz
Departementssekretariat Sicherheit und Justiz
Steueramt
Handelsregisteramt
Stiftungsaufsicht

Herr Ständerat Dr. Hans Altherr, Niedern 117, Postfach 247, Trogen
Frau Nationalrätin Marianne Kleiner-Schläpfer, Sonnenböhl 3756, Herisau

Versandt am

Protokoll der Standeskommission

Sitzung vom 16. Mai 2006 (Nr. 577)

Vernehmlassung / Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, Bern

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Mit Schreiben vom 7. Dezember 2005 teilen Sie mit, das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement sei vom Bundesrat beauftragt worden, ein Vernehmlassungsverfahren zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht durchzuführen. Die Vorlage sehe eine umfangreiche Revision des Obligationenrechts im Bereich des Aktien- und Rechnungslegungsrechts vor und verfolge vier Hauptziele: Verbesserung der Corporate Governance; Neuregelung der Kapitalstrukturen; Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung und Neuregelung der Rechnungslegung. Weiter führen Sie aus, im Hinblick auf die geplante Flexibilisierung der Verfahren zur Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung werde neben der vom Bundesrat befürworteten Hauptvariante ("Kapitalband") ein alternativer Lösungsvorschlag ("genehmigte Kapitalherabsetzung") unterbreitet. Sie ersuchen die Standeskommission um Bekanntgabe der bevorzugten Variante sowie um Vernehmlassung zur Vorlage bis 31. Mai 2006 zuhanden des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes, 3003 Bern.

Die Standeskommission des Kantons Appenzell I.Rh. hat von den übermittelten Unterlagen Kenntnis genommen und hält dazu Folgendes fest:

Verbesserung der Corporate Governance

Die Standeskommission begrüsst es, dass sich der Vorentwurf im Allgemeinen zum Leitbild der Bewahrung der erforderlichen Organisationsfreiheit der Unternehmen und zum Verzicht auf zu engmaschige Regelungen bekennt.

Nicht einverstanden ist die Standeskommission damit, wie die Transparenz betreffend den Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung geregelt werden soll. Zum Schutz der Rechtsstellung der Aktionäre ist die Offenlegung der Vergütungen an die Organe entsprechend zu verbessern, die präsentierte Minimallösung genügt nicht.

Vereinzelt zeichnen sich auch diverse Umsetzungsschwierigkeiten und ein administrativer Mehraufwand für die Kantone im Bereich des Handelsregisters und der Stiftungsaufsicht ab, die den stetigen Bestrebungen der Kantone für eine effiziente und kostendeckende Verwaltung entgegen laufen.

Im Weiteren fehlt im Vorentwurf eine Lösung für das Problem der sog. Dispo-Aktien, obwohl im Begleitbericht auf diese Problematik hingewiesen wird. Im Rahmen der weiteren Behandlung der Vorlage besteht diesbezüglich Handlungsbedarf.

Die Standeskommission vertritt zudem die Meinung, dass die nachfolgenden Bereiche zwingend geregelt werden sollten:

- Die jährliche Entschädigung des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung, welche über Lohnkonten abgebucht werden, dürfen höchstens Fr. 2 Mio. betragen. Darüberliegende Entschädigungen sind gemäss der gesetzlichen Tantiemenregelung vorzunehmen, so dass die Generalsversammlung darüber bestimmen kann.
- Die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung haben Aufträge bzw. Bezüge, welche sie eigenen Firmen zukommen lassen, offen zu legen.

Neuregelung der Kapitalstrukturen

Von den im Vorentwurf zur Wahl gestellten zwei Modellen für die Flexibilisierung der Kapitalstrukturen erscheint der Standeskommission das Kapitalband gegenüber der genehmigten Kapitalherabsetzung als die bessere Alternative. Es gewährt einen grösseren Gestaltungsspielraum und schliesst zudem das Modell der genehmigten Kapitalherabsetzung gewissermassen mit ein, zumal auch beim Kapitalband die Aktionäre die Befugnisse des Verwaltungsrates beschränken können. Ausschlaggebend bei der Entscheidung zwischen den präsentierten Alternativen wird aber auch eine detaillierte Prüfung der Praktikabilität sein.

Von der Möglichkeit, nennwertlose Aktien einzuführen, hat der Bundesrat nach eingehender Prüfung zu Recht abgesehen. Gemäss geltendem Recht beträgt der gesetzliche Mindestnennwert einen Rappen (nachdem er anfänglich bei Fr. 100.--, dann Fr. 10.-- lag). Vorgesprochen wird nun der Verzicht auf einen gesetzlich festgelegten Mindestnennwert, wobei der Nennwert einzig grösser als Null sein muss. Diese Lösung ist grundsätzlich zu begrüessen, sie entspricht insbesondere auch den Interessen kleiner und mittlerer Unternehmen an einer möglichst einfachen gesetzlichen Regelung auf der Grundlage des geltenden Rechts. Die Gefahr besteht aber, dass sich die Anzahl Aktien oder deren Nennwert (gegebenenfalls sogar das Aktienkapital) im Handelsregister gar nicht mehr darstellen lässt. Die Standeskommission beantragt deshalb, dass hier nach einer Formulierung gesucht wird, die dies bereits auf Gesetzesstufe verhindert.

Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung

Der Vorentwurf schlägt rechtliche Grundlagen für die Verwendung elektronischer Mittel zur Durchführung der Generalversammlung vor. Das Ziel der Anpassung an das Informationszeitalter ist zu begrüessen. Entscheidend für die abschliessende Beurteilung werden die Praktikabilität der vorgeschlagenen Instrumente und der praktische Bedarf nach deren Nutzung sein.

Vereinheitlichung der Rechnungslegung

Die angestrebte Vereinheitlichung der Rechnungslegung für die Rechtsformen des Privatrechts ist zu befürworten. Dabei ist aber folgende grobe Unterteilung zu berücksichtigen:

Rechtsformen, welche auf Gewinnstrebigkeit zugunsten ihrer Investoren angelegt sind (Aktiengesellschaften, Genossenschaften etc.), und solche, welche gemeinnützig tätig (insbesondere Stiftungen) bzw. Träger eines Zweiges der Sozialversicherung sind (insbesondere Vorsorgestiftungen). Für die beiden letzten Fälle besteht erstens ein anderes Schutzgut (Destinatärs- bzw. Versicherteninteressen) und zweitens sind diese einer spezialisierten Fachaufsicht unterstellt (Stiftungs- bzw. BVG-Aufsicht) - im Gegensatz zu den übrigen privaten Rechtsträgern, welche keiner staatlichen Aufsicht unterstehen. In dieser Hinsicht sind die Vorteile einer "Linearisierung" der Bestimmungen gegen die diesbezüglichen Nachteile einer sehr wenig differenzierten Sichtweise gut abzuwägen.

Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen

Art. 633 E-OR

Gemäss dem neuen Abs. 3 sollen bei Kapitaleinzahlungen bei Banken und Sparkassen als Einlagen nicht mehr nur wie bisher Einzahlungen in Franken, sondern neu auch in einer andern frei konvertiblen Geldwährung gelten.

Die Standeskommission beantragt die ersatzlose Streichung dieser Bestimmung. Gemäss (dem unveränderten) Art. 621 OR muss das Aktienkapital mindestens Fr. 100'000.-- betragen. Aufgrund von Währungsschwankungen und zeitlichen Verzögerungen zwischen der Bankeinzahlungsbestätigung und der öffentlich zu beurkundenden Gesellschaftsgründung kann es zu Unsicherheiten kommen, die die Gründung unnötig erschweren.

Art. 957a Abs. 5 E-OR

Neu soll die Buchführung in einer der Landessprachen oder in Englisch erfolgen.

Der allgemeinen Öffentlichkeit sind aber buchhalterische Begriffe sowohl in englischer Sprache als auch in einer von der Amtssprache abweichenden Landessprache nicht geläufig. Zumindest in der Verordnung müsste deshalb vorgesehen werden, dass auch in diesen Fällen weiterhin Übersetzungen in die Amtssprache verlangt werden können. Die Standeskommission weist zudem darauf hin, dass diese Vorschrift bei Vorsorgeeinrichtungen und Stiftungen nicht angebracht ist. Bei der aufsichtsrechtlichen Prüfungspflicht und der damit verbundenen Verantwortlichkeit muss man sich auf die zuständige Amtssprache abstützen können.

Art. 928a E-OR

Die vorgeschlagenen Bestimmungen zum Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB), in dem die von Gesetz und Verordnung vorgeschriebenen Veröffentlichungen zu erfolgen haben, enttäuschen angesichts der bereits seit Jahren praktizierten Informatisierung des Registerwesens.

Die Standeskommission erwartet zeitgemässe Vorschläge betreffend Regelung des Zeitpunktes für die Rechtswirkungen sowie betr. Beseitigung der Aufspaltung der Wirkungen zwischen Tagebucheintrag und Veröffentlichung im SHAB. Da die Wirtschaft auf möglichst rasche Publikationen von Handelsregistereinträgen angewiesen ist, haben diese nach der

Genehmigung durch das Eidg. Amt für das Handelsregister unverzüglich zu erfolgen, im Internet z.B. spätestens per 24,00 Uhr des gleichen Tages.

Die Vorschrift von Art. 120 Abs. 2 der Handelsregisterverordnung, gemäss der jeder Registerführer das (gedruckte) Schweizerische Handelsamtsblatt "sorgfältig zu sammeln und eingebunden aufzubewahren" hat, ist angesichts des technischen Fortschritts ersatzlos zu streichen.

Art. 929 E-OR

Die Aufhebung der direkten persönlichen Haftung der Handelsregisterführer sowie der unmittelbar vorgesetzten Aufsichtsbehörden (im Kanton Appenzell I.Rh. die Standeskommission) wäre schon längstens fällig gewesen. Die nunmehr vorgeschlagene Einführung der primären und kausalen Staatshaftung wie bei den übrigen Registern des Privatrechts entspricht dem Modell einer modernen Haftungsordnung und wird deshalb begrüsst.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und grüssen Sie, sehr geehrter Herr Bundesrat, mit ausgezeichneter Hochachtung.

Namens Landammann und Standeskommission

Der reg. Landammann: Der Ratschreiber:

Bruno Koster

Franz Breitenmoser

Zugestellt am:

Geht an:

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, 3003 Bern

Zur Kenntnis an:

Volkswirtschaftsdepartement Appenzell I.Rh., Sekretariat, Marktgasse 2, 9050 Appenzell
Nationalrat Dr. Arthur Loepfe, Schönenbüel 46, Steinegg, 9050 Appenzell

23. Mai 2006

Kanton Basel-Landschaft

Eidgenössisches
Justiz- und Polizeidepartement
3003 Bern

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

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Wir danken Ihnen für die Einladung zur Stellungnahme und teilen in erwähnter Angelegenheit Folgendes mit:

A. Grundsätzliche Bemerkungen

Wir begrüßen und unterstützen die Bestrebungen des Bundes, das schweizerische Unternehmensrecht umfassend zu modernisieren und den wirtschaftlichen Bedürfnissen anzupassen. Der unterbreiteten Vernehmlassungsvorlage und deren Zielsetzungen stimmen wir im Grundsatz zu.

Namentlich die vorgeschlagenen Verbesserungen im Bereich der Corporate Governance scheinen uns ausgesprochen wichtig, um den Finanzplatz und Wirtschaftsstandort Schweiz auch in Zukunft für Investitionen so attraktiv wie möglich halten zu können. Damit dieses Ziel erreicht werden kann, halten wir vor allem auch eine ausreichende Transparenz der gesellschaftsinternen Vorgänge sowie die Sicherung der Rechtsstellung der Aktionäre als Eigentümer des Unternehmens für unabdingbar. Das gilt auch für die vorgeschlagene Neuregelung der Kapitalstrukturen und des Rechnungslegungsrechts sowie die Aktualisierung der Regeln über die Generalversammlung.

Nicht einverstanden sind wir allerdings mit zahlreichen konkreten Regelungen des Revisionsentwurfs¹, von denen hier einige beispielhaft aufgeführt werden:

- Deziert abgelehnt wird der Vorschlag zur gesetzlichen Verankerung der bisherigen – gesetzlich nicht abgestützten – Praxis des Eidgenössischen Handelsregisteramts (EH-RA), wonach diesem obligatorisch jeder einzelne kantonale Handelsregistereintrag zur Prüfung zugesandt werden muss. Diese "eidgenössische Nachkontrolle" kantonaler Fachakte, die bei uns kantonsintern bereits einer doppelten Fachkontrolle unterliegen, muss heute zwingend in jedem einzelnen Fall erfolgen. Das ist nicht nur ein Leerlauf, sondern wirkt auch unnötig kostentreibend und führt insbesondere auch zu einer zeitlichen Verzögerung des Handelsregistereintrags zu Lasten der Wirtschaft. Das gilt selbst dann, wenn es bei der Änderung des Handelsregistereintrags bloss um eine sehr geringfügige Adressmutation wie etwa die Anpassung der Hausnummer geht. Demgegenüber prüft das EHRA den kantonalen Handelsregistereintrag aber selbst bei komplexeren Sachverhalten lediglich auf Übereinstimmung mit ihren eigenen Mustereintragungstexten (Bausteine), die sie den Kantonen im Sinne einer Empfehlung vorgibt; eine fundierte inhaltliche Überprüfung findet auch in diesen Fällen nicht statt. Sie ist indes auch keineswegs nötig, kennen und beherrschen doch die kantonalen Handelsregisterämter mit ihrem Fachpersonal die einschlägigen Vorschriften in ihrem Aufgabenbereich sehr gut. Damit erübrigt sich eine Nachkontrolle von kantonalen Handelsregistereintragungen durch den Bund, zumal auch bei den anderen nicht minder wichtigen Bundesprivatrechtsregistern (Zivilstand, Grundbuch) keine entsprechende Bundes-Überprüfung kantonaler Eintragungen statt findet. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, im Bereich des Handelsregisters den administrativen Leerlauf des zusätzlichen Genehmigungsverfahrens beizubehalten, indem er neu im Gesetz verankert wird.
- Weiter halten wir die Aufrechterhaltung der Bemessung der Handelsregistergebühren nach der "wirtschaftlichen Bedeutung des Unternehmens" für sachlich nicht gerechtfertigt. In der Praxis zeigt sich, dass dies – namentlich bei Jungunternehmen – zu stossenden Resultaten führen kann. Je nach Konstellation kommt dieser Art der Gebührenbemessung einer faktischen "Stempelsteuer" in erheblichem Umfang gleich, etwa wenn eine bloss geringfügige Kapitalerhöhung (z.B. CHF 1'000) durchgeführt wurde, während der Gebührenbetrag für die Handelsregistereintrag jedoch auf dem gesamten auch bisherigen Aktienkapital (z.B. CHF 10 Millionen) berechnet wird. Der Verwaltungsaufwand im Zusammenhang mit dem Registereintrag ist hier recht gering, der Gebührenbetrag jedoch ausgesprochen hoch. Das kann die wirtschaftliche Entwicklung speziell von Jungunternehmen behindern, was zu vermeiden ist.
- Abzulehnen ist ausserdem die vorgeschlagene Abschaffung der Inhaberaktie. Die Einführung eines Kapitalbandes wird begrüsst, allerdings parallel mit den heutigen Instrumenten, weil die Wirtschaft in der Praxis entscheiden soll, welches Modell bevorzugt wird.

¹ s. nachfolgend unsere einlässlichen Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen des Revisionsentwurfs.

B. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen des Revisionsentwurfs

Artikel 620 und 680 (Definition)

Inhaltlich ist fraglich, ob das Prinzip, wonach jeder Aktionär mit mindestens einer Aktie beteiligt sein muss, tatsächlich ein "wichtiges Strukturelement" ist. Beispielsweise mit der Ausgabe von ADR (American Depositary Receipts) erreicht der Anleger zumindest indirekt eine Beteiligung inklusive Stimmrecht und das Recht auf Dividende. Auch bieten Gesellschaften Aktiendepots an, die Bruchteile von Aktien mit entsprechenden Stimm- und Dividendenrecht aufweisen (z.B. Novartis-Aktiendepot).

Artikel 622 in Verbindung mit Artikel 3 Übergangsbestimmung: Aktien (Inhaberaktien und Mindestnennwert)

► Antrag: *Verzicht auf die Abschaffung der Inhaberaktie.*

Begründung: Die Abschaffung der Inhaberaktien wird mit dem kontinuierlichen Rückgang der Ausgabe von solchen Aktientiteln sowie dem Kampf gegen die Geldwäscherei begründet. Diese Begründungen vermögen jedoch nicht wirklich zu überzeugen. Im Kanton Basellandschaft gibt es 687 Aktiengesellschaften mit Inhaberaktien (in der ganzen Schweiz zirka 30'000 Gesellschaften). Somit kann nicht von einer Bedeutungslosigkeit dieser Aktienkategorie gesprochen werden. Vielmehr entspricht diese Aktienkategorie offensichtlich einem echten Bedürfnis. Übrigens wurde für den Fall einer Abschaffung der Inhaberaktien auch schon mit der Sitzverlegung ins Ausland "gedroht". Das Argument der Bekämpfung der Geldwäscherei erscheint nicht zwingend, solange mit Dispoaktien und Inhaberpartizipationsscheinen praktisch das gleiche Resultat erreicht werden kann. Für die Verhinderung von Geldwäscherei mit Hilfe von Inhaberaktien gibt es auch andere, weniger drastische Möglichkeiten als gleich die Abschaffung dieser Aktienkategorie.

Sehr zu begrüßen ist die vollständige Aufhebung eines Mindest-Nennwerts. Jede Mindestnennwertzahl grösser als Null soll möglich sein. Die Aktiengesellschaften erhalten so grösstmögliche Flexibilität. Wir können keine sachlichen Gründe für die Beibehaltung eines gesetzlich vorgeschriebenen fixen Mindest-Nennwerts erkennen.

Artikel 626 – 628, 630: Statuten, Aktienzeichnung (Sacheinlage- / Sachübernahmebestimmungen in den Statuten, besondere Vorteile in den Statuten usw.)

Die Aufhebung der Pflicht der Aufnahme von Sacheinlage- und Sachübernahmebestimmungen in die Statuten wird begrüsst. Die Transparenz ist mit einer Eintragung im Handelsregister und der Hinterlegung der entsprechenden Belege beim Handelsregister in gleicher Weise gewährleistet.

Die Bestimmungen über die Offenlegung von besonderen Vorteilen wurden in Artikel 642 überführt. Unklar ist, wieso hier nicht das Gleiche gelten soll wie bei den Sacheinlagen und Sachübernahmen. Es würde genügen, wenn die Tatsache des Vorliegens von besonderen Vorteilen im Handelsregister eingetragen und die entsprechenden Belege (aus denen auch die Namen der Begünstigten hervorgehen) im Handelsregister – also öffentlich einsehbar – hinterlegt werden. Auf eine Erwähnung in den Statuten könnte somit auch hier verzichtet werden. Wer im Handelsregistereintrag den Hinweis betreffend besonderer Vorteile liest und sich näher interessiert, kann Einsicht in die Belege nehmen und die Details inklusive Namen der Begünstigten nachlesen.

Artikel 632 – 634a, 642: Einlagen, Sachübernahme, besondere Vorteile

Unklar ist, aus welchem Grund in Artikel 642 vorgeschrieben werden soll, dass besondere Vorteile inklusive Namen der Begünstigten in den Statuten aufzuführen sind (vgl. dazu unseren Hinweis in den Bemerkungen zuvor).

Zu begrüßen ist die Zulassung der Liberierung in Fremdwährung auf Gesetzesstufe. Ebenfalls begrüsst wird die Definition der Sacheinlage, da dies zu erhöhter Transparenz der Behördenpraxis (Handelsregister) führt.

Neu wird in Artikel 634 Absatz 3 vorgesehen, dass eine einzige Urkunde genügt, wenn mehrere Grundstücke Gegenstand derselben Sacheinlage sind. Es wird auf Artikel 70 Absatz 2 FusG verwiesen, der auch eine einheitliche interkantonale Zuständigkeit vorsieht. Unklar ist, weshalb nur der Notar am Sitz der Gesellschaft die einheitliche Grundstücksurkunde erstellen darf. Wieso soll ein basellandschaftlicher Notar bei einer GmbH-Gründung mit Sacheinlage und vorgesehenem Gesellschaftssitz in einem anderen Kanton nicht auch die Sacheinlageurkunde erstellen können, sondern muss den ausserkantonalen Notar am Sitz der Gesellschaft beiziehen? So lässt sich das Ziel der Verminderung von Kosten und Aufwand der Unternehmen kaum realisieren.

Die Bestimmungen über die Verrechnung werden von uns vorbehaltlos unterstützt. Die Kodifizierung der Praxis dient der Transparenz, und inhaltlich sind die vorgeschlagenen Bestimmungen sachgerecht. Die Eintragung der Verrechnungsliberierung ist aus Sicht der Investoren und Gläubiger zu begrüßen.

Artikel 636: Sachübernahme / beabsichtigte Sachübernahme

Die freiwillige Offenlegung von nicht sachübernahmefähigen Vermögenswerten ist zu begrüßen und entspricht einem Bedürfnis der Praxis.

In der Praxis führt die Frage nach der Wesentlichkeit einer beabsichtigten Sachübernahme immer wieder zu Diskussionen. Wir schlagen daher vor, dass beabsichtigte Sachübernah-

men erst ab Überschreitung eines bestimmten Schwellenwerts offen zu legen sind (z.B. grösser als 10 Prozent des Aktienkapitals).

Artikel 652b: Bezugsrecht

Die vorgeschlagenen Regelungen entsprechen einem Bedürfnis der Praxis und sind zu unterstützen. Die Definition einer Bank als "ein dem Bankengesetz unterstelltes Institut" ist aber zu überdenken. Mit dieser Formulierung ist die Festübernahme durch ein ausländisches Bankinstitut mit Sitz im Ausland nicht möglich, was kaum die Absicht sein dürfte.

Artikel 653 und 653b: Bedingte Kapitalerhöhung

Aus Transparenzgründen ist die Absicht zu begrüssen, die bedingte Kapitalerhöhung im Handelsregister offen zu legen.

Artikel 653c und 653d: Schutz der Aktionär/innen sowie der Berechtigten

Ebenso zu begrüssen ist die Möglichkeit der Aufhebung des Vorwegzeichnungsrechts für börsennotierte Gesellschaften. Der Aufwand für die Gesellschaft kann somit reduziert werden, ohne dass die Aktionäre/-innen und übrigen Berechtigten einen Nachteil erleiden. Problematisch kann die Bestimmung aber bei illiquiden Titeln der Nebenbörse und/oder solchen mit einem geringen free float sein. Wir gehen davon aus, dass diese Konstellation mit der Formulierung "... zu angemessenen Bedingungen ..." abgedeckt ist.

Artikel 653j und 653k: Ordentliche Kapitalherabsetzung

Die Voranstellung der Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger sowie die Befriedigung oder Sicherstellung ihrer Forderungen vor den Beschluss der Generalversammlung erscheint sinnvoll.

Artikel 653l, 653m, 653n: Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger, Prüfungsbericht

Zu begrüssen ist insbesondere die Ansetzung einer Anmeldefrist, weil dies dem Investoren- und Gläubigerschutz dient.

Artikel 653o, 653p, 653q: Sonderformen der Kapitalherabsetzung

Artikel 653p wird das Problem der Phantomaktien lösen, was zu begrüssen ist. In der Vergangenheit hat dies immer wieder zu systematischen Problemen geführt.

Artikel 653r und 653s: Kapitalband

- Anträge: 1. *Das neue Institut des Kapitalbands ist einzuführen.*
 2. *Parallel dazu ist die genehmigte Kapitalherabsetzung und die genehmigte Kapitalerhöhung zuzulassen.*

Begründung: Die Ergänzung der Kapitaländerungsmöglichkeiten mit einem Kapitalband gibt den Unternehmen den nötigen Spielraum, auf Entwicklungen wie Akquisitionsmöglichkeiten und Kapitalmarktschwankungen (Zinssätze usw.) zu reagieren. Wir begrüssen daher die Einführung des Kapitalbands und sehen darin ein echtes Bedürfnis der Unternehmen. Gerade bei Publikumsgesellschaften ist das Kapital immer "in Bewegung". Eine Kapitalerhöhung folgt einer Kapitalherabsetzung, teilweise überschneiden sich die Verfahren sogar. Wir sind aber der Ansicht, dass die Praxis selbst entscheiden soll, welches Institut besser geeignet ist (Kapitalband oder genehmigte Kapitalerhöhung und genehmigte Kapitalherabsetzung). Im Gesetz sind daher beide Möglichkeiten vorzusehen. Die Praxis wird zeigen, ob die eine oder andere Variante vorgezogen wird oder ob beide Varianten ihre Berechtigung haben. Nimmt der Gesetzgeber diese Entscheidung vorweg, kann die Chance des Praxistests nicht genutzt werden. Fraglich ist die Schranke von 50 Prozent des bisherigen Kapitals für die obere Kapitalbandgrenze. Der Generalversammlung sollte hier grösseren Spielraum zugestanden werden. Die Begrenzung von 50 Prozent ist weder aus Aktionärs- noch aus Gläubiger- und Investorensicht zwingend angezeigt.

Artikel 656a und 656b: Partizipationsscheine

Es ist ein Grundsatz des Gesellschaftsrechts, dass Entscheidungen nicht mehrheitlich auf fremdes Risiko getroffen werden sollten. Deshalb wird im geltenden Recht (Artikel 656b OR) das Partizipationskapital auf das Doppelte des Aktienkapitals beschränkt. Dieser Spielraum wird derzeit von keiner kotierten Aktiengesellschaft voll ausgenutzt. Um den Unternehmen "eine grössere Flexibilität für die Gestaltung ihrer Kapitalstruktur" zu geben, soll nun diese Begrenzung fallen. Das ist nicht nachvollziehbar und wird von uns abgelehnt, da die "grössere Flexibilität" zu Lasten der Kapitaleigner geschieht (fehlendes Stimmrecht). Vielmehr ist aus unserer Sicht zu prüfen, wie die Rechte der Partizipanten gegenüber dem heutigen Recht verbessert werden könnte. Zu prüfen wäre daher ein Stimmrecht für wichtige Beschlüsse oder bei Vernachlässigung der Rechte der Kapitaleigner.

Artikel 671 Absatz 1: Kapitalreserve

- Anträge:
1. *Ergänzung dieser Bestimmung mit einer Ziffer 3 betreffend "übrige Kapitaleinlagen". Darunter fallen Zuschüsse von Aktionären und nachträglich in der Handelsbilanz offengelegte, verdeckte Kapitaleinlagen.*
 2. *Hinweis in der Botschaft des Bundesrates, dass nach der Unternehmenssteuerreform II Kapitaleinlagen bei deren Rückzahlung grundsätzlich steuerfrei sein sollen. Eine Ausnahme ergibt sich aus der Einbringung von Beteiligungen (Transponierung).*
 3. *In den Übergangsbestimmungen zum sechsundzwanzigsten und zweiunddreissigsten Titel zusätzliche Erwähnung der Behandlung von Agio, das vor Inkrafttreten dieser Entwurfsbestimmung einbezahlt wurde.*

Begründung: Bei Zuschüssen von Aktionären und nachträglich in der Handelsbilanz offengelegten, verdeckten Kapitaleinlagen handelt es sich um Kapitalreserven. Da diese beiden Einzahlungsvarianten aber weder dem Agio (Ziffer 1 des Revisionsentwurfs) noch dem Kaduzierungsgewinn (Ziffer 2 des Revisionsentwurfs) zugeordnet werden können, ist eine zusätzliche Ziffer 3 betreffend "weitere Kapitaleinlagen" einzufügen.

Kapitaleinlagen sollen nach der Unternehmenssteuerreform II grundsätzlich steuerfrei zurück bezahlt werden können. Im Falle der Einbringung von Beteiligungen als Kapitaleinlage (Transponierung) ist dies aber ausnahmsweise nicht möglich, da andernfalls latentes Einkommenssteuersubstrat untergehen würde.

Artikel 678 und 680: Rückerstattung von Leistungen, Leistungspflicht des Aktionärs

Neu soll die Rückerstattung von ungerechtfertigten Leistungen für die Aktionäre erleichtert werden, was grundsätzlich zu begrüßen ist. Die vorgeschlagenen Instrumente gehen jedoch teilweise zu weit. Im Begleitbericht zum Revisionsentwurf wird als Begründung der Streichung des Erfordernisses der Bösgläubigkeit die Schwierigkeit des Nachweises vor Gericht angegeben. Nun soll aber in Artikel 678 Absatz 2 des Revisionsentwurfs das Kriterium "Missverhältnis zu der von Ihnen erbrachten Gegenleistung" festgeschrieben werden, was gerichtlich ebenso schwierig nachzuweisen sein dürfte. Wie kann die konkrete Gegenleistung eines Mitglieds des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung gemessen werden? Am einfachsten und aktionärsfreundlichsten ist die Bemessung nach der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens. Gemäss Revisionsentwurf soll die wirtschaftliche Lage des Unternehmens aber keine Rolle mehr spielen, was nicht nachvollziehbar ist. Die Auszahlung einer Erfolgsbeteiligung ist gerade der Ansporn für die Verwaltungsrats- und die Geschäftsleitungsmitglieder. Eine Gefahr für die Aktionärinnen und Aktionäre besteht vielmehr dann, wenn die Unternehmensgewinne kurzfristig – auf Kosten der mittel- bis langfristigen Entwicklung – in die Höhe getrieben werden oder wenn die Beteiligungsprogramme an Bilanzgrößen gekoppelt sind, die auch bei sinkendem wirtschaftlichem Erfolg und Verlusten zur

Auszahlung von (steigenden) Boni und Beteiligungen führen. Der Gesetzgeber müsste viel eher hier – also beim Entschädigungsmodell – ansetzen. Wir denken an eine mittel- bis langfristige Sperrung eines Teils der in Form von Aktien und Optionen ausgeschütteten Entschädigungen, allerdings nur während der Amtsdauer, da schlechte Leistungen eines Nachfolgers nicht beeinflusst werden können. Auf jeden Fall sollte das Entschädigungsmodell linear oder degressiv zur wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens gestaltet sein. Der Gesetzgeber müsste aber das Entschädigungsmodell nicht selbst definieren, sondern könnte sich auch auf die Vorgabe von gewissen Richtlinien beschränken. In diesem Fall müsste aber den Aktionär/-innen gesetzlich ermöglicht werden, ein konkret gewähltes Entschädigungsmodell gerichtlich überprüfen zu lassen, sofern dieses Auszahlungen erlaubt, die der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens nicht angemessen erscheinen.

Im Weiteren ist zu beachten, dass die vorgeschlagenen Massnahmen von der Möglichkeit der gerichtlichen Durchsetzung abhängen, falls der Verwaltungsrat das entsprechende Begehren ablehnt. Problematisch sind insbesondere streitwertabhängige Partei- und Gerichtskosten, die für den klagenden Aktionär (er klagt ja auf Leistung an die Gesellschaft und nicht an sich selbst) nicht tragbar sein können.

Artikel 689 – 703: Vertretung, Stimmrecht

Die Neuerungen betreffend Organ-, Depot- und unabhängige Stimmrechtsvertreter werden begrüsst. Unter geltendem Recht hat der unabhängige Stimmrechtsvertreter bei Fehlen von Weisungen den Anträgen des Verwaltungsrates zuzustimmen, was nicht zwingend dem Willen des vertretenen Aktionärs entspricht. Werden Vollmachten ohne Weisungen automatisch für die Anliegen des Verwaltungsrats eingesetzt, wird der Sinn dieser Institution verfälscht. Die neue Regelung, wonach in solchen Fällen eine Enthaltung vorliegt, ist sachgerechter.

Die Abschaffung der Depot- und Organvertretung ist ebenfalls zu begrüßen, denn durch sie wird nach heutigem Recht die Macht des Verwaltungsrats zu stark gewichtet. So kann sich der Organvertreter gegenüber den Verwaltungsratsanträgen keine kritische Haltung erlauben und muss ihnen zwingend zustimmen. Für den Aktionär bringt die Organvertretung keinerlei Vorteile. In der Praxis wird die Neuerung spürbare Auswirkungen haben, beträgt doch der Anteil der organvertretenen Stimmen bei den Publikumsgesellschaften 23 Prozent (SMI-Gesellschaften 36 Prozent); daher trifft die Behauptung im Begleitbericht, die Organvertretung sei von geringer Bedeutung, so nicht zu. Die Abschaffung der Depot- und Organvertretung wird künftig eine Verfälschung der Willensbildung verhindern. Es ist aktionärsfreundlich, wenn der Verwaltungsrat nicht im Voraus mit einer festen Zahl von Stimmen der Organe rechnen kann.

Artikel 696 und 958d: Bekanntgabe des Geschäftsberichts

Wie im Begleitbericht ausgeführt wird, sind die Geschäftsberichte von Publikumsgesellschaften bereits heute leicht elektronisch zugänglich. Folglich fragt sich, ob den Gesellschaften mit der Pflicht zur Einreichung des Geschäftsberichts beim Handelsregisteramt tatsächlich noch weitere kosten- und zeitaufwändige administrative Bürden auferlegt werden müssen.

Artikel 697, 697^{bis}, 697^{ter}: Auskunft- und Einsichtsrecht

Das Recht auf Auskunft und Einsicht ist für den Rechtsschutz der Aktionäre oft ausschlaggebend. Ohne umfassende Auskunft über wichtige Sachverhalte des Unternehmensgeschehens können die im Gesetz vorgesehenen Schutzmassnahmen illusorisch sein. Die neue Regelung ist somit grundsätzlich begrüessen. Allerdings sind für grosse Publikumsgesellschaften mit hunderttausenden von Aktionären geeignete Schutzmassnahmen für allfällige querulatorische Massenanfragen vorzusehen.

Artikel 699, 699a, 700: Einberufung der Generalversammlung und Traktandierung

Zu begrüessen sind die Bemühungen zur Herabsetzung der Schwellenwerte für das Recht auf Einberufung der Generalversammlung, Traktandierung und Einleitung einer Sonderuntersuchung. Allerdings erscheinen betragsmässige Limiten problematisch. Der betragsmässige Nennwert oder Börsenwert ist keine zuverlässige Grösse, da es bei diesen Schwellenwerte darum geht, Aktionäre oder Aktionärsgruppen mit extrem kleinen Beteiligungsquoten von solchen kostspieligen Anträgen auszuschliessen. Bei einem Unternehmen mit einem Börsenwert von 100-200 Milliarden Franken ist eine Limite von 2 Millionen respektive 5 Millionen Franken Börsenwert sehr klein, können doch diese Aktionäre im Rahmen der Abstimmung ihre Anträge nur mit Unterstützung zahlreicher anderer Aktionäre durchsetzen. Andererseits kann ein Nennwert von einer Million Franken in Kleingesellschaften eine extrem hohe und bei Grossgesellschaften eine bloss geringe Hürde sein. Die Schwellenwerte sind daher – wie Artikel 699 Absatz 3 dies vorsieht – in Prozenten des Aktienkapitals respektive Börsenwerts zu bestimmen.

Ferner ist die Frist für die Einberufung der Generalversammlung auf Antrag von Aktionären/-innen zu überdenken, weil dies für grosse Publikumsgesellschaften organisatorisch sehr schwierig zu vollziehen ist.

Artikel 701c – 701f: Verwendung elektronischer Mittel

- Anträge: 1. Zu prüfen ist die elektronische Generalversammlung für alle Beschlüsse.
2. Zu prüfen ist die Möglichkeit der vorgängigen elektronischen Stimmabgabe.

Begründung: Die Einführung der Möglichkeit zur Durchführung einer elektronischen Generalversammlung wird sehr begrüsst. Die Wirtschaft kann so von der Organisation kostspieliger und zeitaufwändiger Generalversammlungen entlastet werden. Es fragt sich jedoch,

wieso beurkundungspflichtige Geschäfte an Generalversammlungen mit mehreren Tagungsorten (mit Anwesenheit des Notars nur am Haupttagungsort) sowie die elektronische Teilnahme an einer beurkundungspflichtigen Generalversammlung möglich sein sollen, jedoch nicht die ausschliessliche elektronische Generalversammlung mit beurkundungspflichtigen Beschlüssen gemäss Artikel 701d. So soll es künftig möglich sein, dass ein Unternehmen X eine Generalversammlung mit Statutenänderung durchführt, an der kein einziger Aktionär der Einladung an den "physischen Tagungsort" folgt und sich alle Aktionäre gemäss Artikel 701c auf elektronischen Weg zuschalten und ihre Rechte so ausüben. Nicht zulässig wäre hingegen eine elektronische Generalversammlung des Unternehmens Y, das eine Statutenänderung ohne physischen Tagungsort vornehmen möchte, an welcher wie im Beispiel des Unternehmens X sämtliche Aktionäre ihre Rechte auf elektronischem Wege ausüben. Begründet wird diese Unterscheidung mit dem Prinzip der Einheit des Beurkundungsakts und der Einheit des Ortes. Bei diesen beurkundungsrechtlichen Prinzipien handelt es sich um Prinzipien des Bundesrechts, die vom Bundesgesetzgeber gestaltet und näher ausgeführt werden können. Wir fragen uns, aus welchem nachvollziehbaren Grund der Bundesgesetzgeber hier die elektronische Generalversammlung im Obligationenrecht (= Bundesrecht) quasi unter Hinweis auf seine eigenen von ihm auszugestaltenden Prinzipien (ebenfalls Bundesrecht) ablehnen kann. Wieso kann im Fall des Unternehmens X der Notar die Beschlüsse und Voten aller – sich an verschiedenen Orten befindlichen und elektronisch teilnehmenden Aktionär/innen – protokollieren, wogegen das im Fall der Unternehmung Y gerade nicht möglich sein soll, weil die Einheit des Ortes fehle? Das leuchtet nicht ein. Entscheidend ist vielmehr, dass die Aktiengesellschaften ein funktionsfähiges (eventuell zertifiziertes) System verwenden.

Im Weiteren ist zu prüfen, ob an der Generalversammlung als (physischem oder virtuellem) Ort der Willensbildung sowie am Unmittelbarkeitsprinzip tatsächlich festgehalten werden soll. Wieso soll ein Aktionär, der sich seine Meinung bereits gebildet hat und keine Voten abgeben sowie auf die Willensbildung an der Generalversammlung verzichten will, gezwungen werden, an dieser physisch oder virtuell teilzunehmen? Für solche Aktionäre/-innen wäre es sachgerechter, die Möglichkeit einer physischen oder virtuellen Stimmabgabe bereits vor der Generalversammlung vorzusehen. Fehlt diese rechtliche Möglichkeit und wird der Aktionär gezwungen, einem Stimmrechtsvertreter einen *mit entsprechender Weisung versehenen* Auftrag zur Stimmabgabe zu übergeben, führt dies faktisch zum gleichen Ergebnis. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der Stimmrechtsvertreter gegen ausen, d.h. gegenüber der Gesellschaft, entgegen der Weisung gültig anders abstimmen kann. In der Praxis wird sich ein Stimmrechtsvertreter kaum je an der Generalversammlung auf Grund der dort abgegebenen Voten überzeugen lassen und weisungswidrig abstimmen.

Artikel 707 und 710: Wählbarkeit, Amtsdauer und Unabhängigkeit des Verwaltungsrates

Die jährliche Einzelwahl der Verwaltungsräte bedeutet eine Stärkung der Aktionärsrechte und ist zu begrüßen.

Artikel 755, 756, 759: Organhaftung

Die Begrenzung der Haftung der Revisionsstelle ist zu begrüßen. Es ist nicht sachgerecht, wenn die Revisionsstelle solidarisch haften muss, bloss weil sie solventer ist als die übrigen Ansprechpartner. Fraglich ist die fixe Obergrenze. Für kleine Gesellschaften dürfte diese viel zu hoch sein, weshalb zu prüfen ist, ob die Haftungsobergrenze in Relation zu einer Bilanzgrösse festzulegen ist.

Artikel 928 und 928a: Öffentlichkeit

► Anträge: 1. Auf eine bundesrechtliche Genehmigungspflicht der Handelsregistereintragen ist zu verzichten.
 2. Neuformulierung von Artikel 928a Absatz 2 wie folgt:
 "Die Tagebucheinträge sind spätestens am Tag nach dem Tagebucheintrag im Schweizerischen Handelsamtsblatt zu veröffentlichen. (...)".

Begründung: Wie bereits in den einleitenden Bemerkungen unserer Stellungnahme festgehalten, lehnen wir den vorgeschlagenen Artikel 928a Absatz 2 entschieden ab, denn es ist uns ein wichtiges Anliegen, dass die vom Handelsregisteramt (teils zwangsweise) angebotenen Dienstleistungen unterstützend und nicht etwa behindernd wirken.

Der Vorschlag zur Beibehaltung des – bisher ohne gesetzliche Grundlage praktizierten – administrativen Leerlaufs der Genehmigungspflicht läuft den Bemühungen auf kantonaler Ebene zum Abbau von administrativen Hürden diametral entgegen. Die Aktien- und Rechnungslegungsreform, die unter den Schlagworten "Modernisierung des Aktienrechts", "Corporate Government" und "Flexibilisierung" gestartet wurde, soll offenbar dazu benutzt werden, durch die Hintertür eine – bisher fehlende – gesetzliche Grundlage für einen Genehmigungsvorbehalt der Bundesverwaltung für kantonale Handelsregistereinträge zu schaffen. Diese antiquierte und sachlich nicht nötige Praxis soll nun neu sogar gesetzlich zementiert statt abgeschafft werden. Jeder einzelne noch so geringfügige Handelsregistereintrag muss heute zeitaufwändig von der Bundesverwaltung genehmigt werden, ohne dass daraus ein signifikanter Nutzen entsteht.

Ausgesprochen befremdend ist, dass die beabsichtigte gesetzliche Verankerung der Genehmigungspflicht im Begleitbericht mit keinem Wort erläutert wird. Die Genehmigungspflicht ist einfach mit einem lapidaren Nebensatz im Gesetzesentwurf eingefügt ("*... nach deren Genehmigung durch das Eidgenössische Amt für das Handelsregister ...*"). Statt zu

begründen, warum diese administrative Erschwernis neu gesetzlich statuiert werden muss, wird im Begleitbericht lediglich herausgestrichen, die Einführung der Frist von zwei Tagen für die SHAB-Publikation sei wirtschaftsfreundlich.

Gegen eine Frist für den Druck der SHAB-Publikation ist nichts einzuwenden, ausser dass die Frist von zwei Tagen nach wie vor als lange erscheint. Bisher beträgt die Druckzeit zirka vier Tage, was von den Unternehmern auch immer wieder beanstandet wird. Tageszeitungen schaffen es, einen US-Notenbankbeschluss, der sich um 22.00 MEZ Uhr ereignet, in die Zeitung vom nächsten Tag aufzunehmen und diese Zeitung am nächsten Morgen vor 06.00 Uhr in die Briefkästen zu verteilen. Die SHAB-Druckfrist müsste eigentlich bloss einen einzigen Tag betragen, denn es handelt sich um standardisierte, elektronisch übermittelte Meldungen, die keinerlei redaktioneller Überarbeitung bedürfen.

Störend an der vorgeschlagenen Gesetzesbestimmung ist aber besonders die vorgesehene Zementierung der nicht mehr zeitgemässen Bundes-Genehmigungspflicht. Dagegen sprechen folgende Gründe:

- Für die Führung des Handelsregisters sind in erster Linie die Kantone zuständig und auch verantwortlich. Die kantonalen Registerämter prüfen die Anträge der Unternehmen auf Neuregistrierung, auf Änderung bestehender Einträge (Personalmutationen, Adressänderungen, Fusionen usw.) oder Löschung von Einträgen und nehmen die entsprechenden Registereintragungen vor. Dabei gilt das Vier-Augen-Prinzip, mit dem gewährleistet ist, dass jeder Eintrag auf kantonaler Ebene von mindestens zwei entsprechend ausgebildeten Mitarbeitenden geprüft wird, bevor er freigegeben wird. Eine zusätzliche Überprüfung durch den Bund ist daher überflüssig.
- Die Oberaufsicht über die Handelsregisterführung in den Kantonen obliegt dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement und wird zur Hauptsache durch das ihm unterstellte Eidgenössische Handelsregisteramt (EHRA) wahrgenommen. Diese Aufsicht kann auf verschiedene Weise ausgeübt werden. Seit Jahren lässt sich das EHRA täglich alle Publikationstexte der Handelsregistereintragungen sämtlicher Kantone übermitteln. Diese werden dann von einer ganzen Abteilung juristischer Mitarbeiter/-innen "korrektur-gelesen". Das Absurde daran ist, dass es sich ausschliesslich um elektronisch übermittelte Mustertexte des EDV-Systems "hr-win" (von zirka 20 Kantonen verwendet) oder eines anderen Systems handelt. Übermittelt werden also nur vom Computersystem generierte Muster-Publikationstexte, die von den kantonalen Sachbearbeiter/-innen ausgewählt werden. Den prüfenden Bundesjurist/-innen liegen dabei die massgeblichen Belege wie Urkunden, Fusionsverträge, Berichte, Bestätigungen usw. gerade **nicht** vor. Trotzdem kommt es immer wieder zur "Rückweisung" von kantonalen Eintragungen durch das EHRA. Nur gerade etwa 1 Promille der Eintragungen werden vom EHRA nicht akzeptiert. Dabei handelt es sich lediglich um sprachliche Anpassungen und Umstellung von immer gleichen Mustersätzen. Der Bund prüft also täglich die gleichen, abschliessend definierten Mustertexte. Das kommt einem Leerlauf gleich, während die Unternehmen dringend

auf die Ausstellung eines genehmigten Handelsregisterauszugs warten. Zudem werden vom EHRA des öfteren Firmenbezeichnungen beanstandet, wobei es seine Praxis ständig wechselt. So wird beispielsweise eine GmbH-Neugründung mit der Firma "Lenk-Geometrie-Center GmbH" beanstandet und das Unternehmen so gezwungen, die Firma in den Statuten in "Lenkgeometrie Center" zu ändern, da es sonst eine Verwechslung mit der Gemeinde Lenk im Kanton Bern geben könne (!). Solche Beanstandungen führen bei den Unternehmen nicht nur zu hohen Kosten und Zeitverzögerungen, sondern auch zu berechtigtem Unverständnis, währenddem sich aus der verlangten Namensänderung kein praktischer Nutzen ergibt.

- Die Überprüfung der Handelsregistereintragungen durch das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement sowie die langen Druckfristen des Schweizerischen Handelsamtsblatts führen dazu, dass die Unternehmen eine Woche lang auf die Bestätigung ihrer Einträge warten müssen. Diese Frist ist nur bei Bezahlung einer "Expressgebühr" auf immer noch lange zwei Tage verkürzbar. Für Unternehmer ist unverständlich, weshalb die Eintragung eines neuen Prokuristen, einer Adressänderung oder einer Fusion nicht noch am gleichen Tag vom **kantonalen** Handelsregisteramt bestätigt werden kann (z.B. am Schalter). Derartige Bestätigungen (Handelsregisterauszüge) müssen für die Unternehmer schnell verfügbar sein, damit gesperrte Kapitalerhöhungsgelder entblockiert, die Eintragung von Zeichnungsberechtigten gegenüber Vertragspartnern ausgewiesen oder der Handelsregisterauszug einer anderen Behörden für weitere Eingaben (Baugesuch, AHV, Eingaben bei ausländischen Behörden usw.) vorgelegt werden können. Wieso eine Bundesbehörde noch prüfen muss, ob etwa der Wechsel einer AG von der Hauptstrasse Nr. 20 an die Hauptstrasse Nr. 22 "genehmigt" werden kann oder nicht, ist sachlich weder nachvollziehbar noch irgendwie angezeigt.
- Die Überprüfung jedes einzelnen Eintrags ist die höchste Stufe einer (Ober-)Aufsicht. Angesichts der bereits vorhandenen Doppelkontrolle in den kantonalen Handelsregisterämtern erweisen sich eine Überprüfung des Tagesgeschäfts und der Tätigkeit der kantonalen Aufsichtsstellen als überflüssig. Wir stellen uns vor, dass die Bundesaufsicht gleich wie bei anderen Privatrechtsregistern (z.B. dem Grundbuch) funktionieren muss. So beschränkt sich das Eidgenössische Amt für Grundbuch und Bodenrecht auf strategische Arbeiten wie die Gesetzgebung, die offizielle und einheitliche Kommentierung der Verordnungen, die Erteilung von Weisungen zur Vereinheitlichung der Praxis usw.

Artikel 929a, 930, 930a: Verordnungskompetenz und Gebühren

► Antrag: *Neuformulierung von Artikel 930 Absatz 2 wie folgt:*

²Die Gebühren bemessen sich nach dem Verwaltungsaufwand.

Begründung: Der unterbreitete Revisionsentwurf verpasst leider die Chance, die Handelsregistergebühren wirtschaftsfreundlich zu gestalten. In Artikel 930 Absatz 2 heisst es wie schon heute, die Gebühren sollen *"der wirtschaftlichen Bedeutung der Einheit angepasst*

sein.". Was bedeutet das in der Praxis? Im Kanton Basel-Landschaft gab es in den letzten Jahren immer wieder Unternehmensneugründungen zum Beispiel im Bereich der Biotechnologie. Solche Start-up-Unternehmen benötigen in den ersten Lebensjahren eine flexible Kapitalstruktur. Das Betriebskapital wird oft durch die Heraufsetzung des Aktienkapitals in vielen kleinen Teilschritten beschafft (z.B. zur Schaffung von Mitarbeiteraktien, da kein Geld vorhanden ist, um die Mitarbeiterlöhne in bar zu entrichten). Diese Einzelschritte betragen teilweise nur einige wenige tausend Franken. Der Bundesrat hat gestützt auf Artikel 929 Absatz 2 OR die Verordnung über die Gebühren für das Handelsregister erlassen (SR 221.411.1). Dort ist festgelegt, dass jedem noch so kleinen Teil-Kapitalerhöhungsschritt eine Promillegebühr **auf dem vollen Zielkapital** zu entrichten ist. Die kantonalen Handelsregisterämter sind zwingend an die bundesrechtlich vorgeschriebenen Gebührensätze gebunden. Wird das Kapital also von 1'000'000 Franken um 1'000 Franken auf 1'001'000 Franken erhöht, so muss die Gesellschaft eine Promillegebühr auf den vollen Betrag von 1'001'000 Franken entrichten. Und dies für jeden Teilschritt, wenn das Kapital kurz darauf auf 1'002'000 Franken erhöht wird. Die Promillegebühr kann jeweils bis mehrere tausend Franken betragen, obwohl sich der Aufwand für das Handelsregisteramt auf zirka eine halbe Stunde begrenzt. So interpretiert der Bund die "... wirtschaftliche Bedeutung der Einheit ..." und belastet Start-Up-Unternehmen, die gerade in der Anfangsphase oft eine finanzielle Durststrecke durchlaufen müssen. Faktisch handelt es sich um eine auf Verordnungsstufe eingeführte Emissionssteuer.

Aus der Praxis gibt es noch weitere Beispiele:

- Ausländische Unternehmen möchten im Kanton Basel-Landschaft eine Zweigniederlassung einrichten, um hier eine wirtschaftliche Aktivität zu entfalten. Die eidgenössische Gebührenverordnung schreibt vor, dass sich die "Handelsregister-Eintragungsgebühr" nach dem Kapital des Hauptsitzes bemisst, womit der Gebührenbetrag mehrere tausend Franken betragen kann. Die Unternehmen reagieren entsprechend verärgert und erstaunt über diese Massnahme, die nicht gerade als Wirtschaftsförderung empfunden wird.
- Zwei in der Schweiz am gleichen Ort angesiedelte, weltweit tätige Pharma-Unternehmen wollen den Zusatz "International" in ihre Firmenbezeichnung aufnehmen. Die eine Unternehmung verfügt über ein Aktienkapital von 100 Million Franken, die andere bloss über ein solches von 50'000 Franken². Nach dem heutigen Tarif in der Bundesverordnung, der sich auf die bisherige Gesetzesformulierung "nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Unternehmens" stützt (Artikel 929 Absatz 2OR), beträgt die Eintragungsgebühr im ersten Fall mehrere Tausend Franken, im zweiten Fall dagegen lediglich 240 Franken. Dieser massive Unterschied des zu entrichtenden Gebührenbetrags für einen absolut identischen Verwaltungsvorgang lässt sich in keiner Weise rechtfertigen. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Änderung des Handelsregistereintrags für das eine Unternehmen von

² Wie das z.B. bis vor wenigen Jahren bei der Firma Roche der Fall war.

grösserer wirtschaftlicher Bedeutung sein könnte als für das andere, zumal beide Unternehmen trotz unterschiedlich hohem Aktienkapital in etwa die gleiche Börsenkapitalisierung aufweisen.

Zusammengefasst sind wir der Meinung, dass die Tätigkeit des Handelsregisteramts nach dem effektiven Aufwand mit kostendeckenden Gebühren entschädigt werden sollte. Promillegebühren sind sachlich nicht gerechtfertigt, wie die angeführten und beliebig erweiterbaren Beispiele einfach nachvollziehbar zeigen. Weil die beabsichtigte gesetzliche Verankerung von Promilleabgaben für kantonale Handelsregistereintragungen nicht sachgerecht ist und quer in der Wirtschaftslandschaft steht, ist darauf zu verzichten.

Artikel 943a: Haftung für Gebühren

Die Einführung einer solidarischen Haftung "aller Personen, die an der Vorbereitung einer Eintragung beteiligt sind" erscheint uns übertrieben und nicht sachgerecht. Absatz 2 sieht sogar eine Solidarhaftung für Leitungs- und Verwaltungsmitglieder für Gebührenforderungen vor, die bis zu einem Jahr nach deren Ausscheiden begründet worden sind. Es ist keine andere derart strenge Haftung für staatliche Gebühren im Obligationenrecht bekannt. Wir bitten Sie zu prüfen, ob auf Artikel 943a nicht ersatzlos zu verzichten ist, weil die Regelung allzu einseitig ausgestaltet ist.

Artikel 944, 947 und 956: Firmenbildung

► Anträge: 1. *Weitere Liberalisierung des Firmenrechts.*
2. *Beschränkung der Überprüfung des Firmenrechts durch die Handelsregisterämter auf offensichtliche Täuschungen und Unwahrheiten .*

Begründung: In der Praxis besteht eine erhebliche Unsicherheit über die von den Handelsregisterämtern akzeptierten Firmenbezeichnungen. Die Praxis des Eidgenössischen Amtes ist hier auch schwankend. Sinnvoll ist daher, wenn die Handelsregisterämter künftig nur bei *offensichtlicher* Täuschung und *offensichtlichen* unwahren Firmenbestandteilen einschreiten. Dies wäre eine starke Erleichterung für die Wirtschaft, die sich Diskussionen über spitzfindige Abgrenzungen ersparen könnte. Dies ist im Gesetz festzuhalten. Gläubigern, Aktionären und Konkurrenzunternehmen stehen darüber hinaus genügend Klagemöglichkeiten (z.B. aus dem UWG) zur Verfügung, um sich zur Wehr zu setzen.

Artikel 957a: Buchführung

► Antrag: Ergänzung dieser Entwurfsbestimmung an geeigneter Stelle wie folgt:
"Bei der Verwendung von zertifizierten Softwareprodukten für die Registrierung, Verbuchung, Visierung und Aufbewahrung von rein elektronischen Belegen, ist eine Aufbewahrung des originalen Papierbelegs nicht mehr nötig."

Begründung: Der elektronische Belegfluss soll zu einer Entlastung von teuren Archivierungsverfahren führen. Eine redundante Führung von elektronischen Belegen und Papierbelegen ist somit kontraproduktiv.

Artikel 958c: Darstellung, Währung, Sprache (der Bilanz und der Erfolgsrechnung)

Absatz 1:

► Antrag: Ersatzlose Streichung des zweiten Satzes ("~~Positionen, die in der Berichtsperiode keinen oder nur einen unwesentlichen Betrag aufweisen, brauchen nicht separat aufgeführt zu werden.~~").

Begründung: Aus Gründen der Transparenz wäre zu begrüßen, wenn auch solche Positionen separat aufgeführt würden.

Absatz 3:

► Antrag: Änderung des Wortlauts wie folgt:
"Die Buchführung erfolgt in der Landeswährung oder in der für die Geschäftstätigkeit der Organisation wesentlichen Währung. Für die Jahresrechnung müssen die Werte in der Landeswährung angegeben werden. Fremdwährungspositionen werden zum Devisenkurs am Bilanzstichtag eingesetzt. Der verwendete Umrechnungskurs ist im Anhang offen zu legen."

Begründung: Die Buchführung in der funktionalen Währung soll weiterhin gestattet werden. In der Jahresrechnung müssen aber – wie bisher – die Werte zwingend in der Landeswährung angegeben werden. Die Offenlegung des Umrechnungskurses im Anhang entspricht dem Grundsatz der Transparenz.

Artikel 958e: Aufbewahrung

► Antrag: Ergänzung dieser Entwurfsbestimmung wie folgt:

Erster zusätzlicher Absatz: "Elektronisch archivierte Informationen sind systematisch zu inventarisieren."

Zweiter zusätzlicher Absatz: "Archivierte Informationen sind vor unbefugtem Zugriff zu schützen; Zugriffe und Zutritte sind aufzuzeichnen."

Weitere Ergänzung mit einer Regelung über **unveränderbare Datenträger** wie folgt:

"Werden aus Gründen der Sicherheit archivierte Daten auf neue Datenträger überspielt, ist die Übertragung zu protokollieren und das Protokoll ist zusammen mit dem neuen Datenträger aufzubewahren."

Weitere Ergänzung mit einer Regelung über **veränderbare Datenträger** im Sinne folgender Vorgaben:

- Es sollen nur technische Verfahren zur Anwendung gelangen, welche die Integrität der gespeicherten Informationen gewährleisten (z.B. digitale Signatur).
- Der Zeitpunkt der Speicherung der Informationen muss unverfälschbar nachzuweisen sein (z.B. Time Stamp).
- Die Abläufe und Verfahren zu deren Einsatz sollen festgelegt und dokumentiert werden und auch die entsprechenden Hilfsinformationen (wie Protokolle und Log Files) sollen ebenfalls aufbewahrt werden.

Begründung: Diese Spezifizierungen sind bereits in den Artikeln 8 – 10 der geltenden Geschäftsbücherverordnung [GeBüV] aus dem Jahr 2002 enthalten. Diese Verordnung ermöglichte erstmals, aufbewahrungspflichtige Dokumente in rein elektronischer Form aufzubewahren. Die Revision des Obligationenrechts steuert deutlich auf eine Verschärfung der internen Kontrollprozesse hin, wobei diesem Umstand mit einer verschärften Dokumentationspflicht Rechnung getragen werden sollte.

Zudem ist in Zukunft damit zu rechnen, dass der Belegverkehr von Debitoren und Kreditoren auf rein elektronischer Basis ablaufen wird. Selbst das Inkasso ist bald rein elektronisch durchführbar, hat die Post doch ein Verfahren für den Versand von elektronischen Einschreibebriefen entwickelt. Einzelne grössere Unternehmen beschäftigen sich bereits mit Projekten des Scannings von Kreditorbelegen. Dieser Prozess ist aber nur dann sinnvoll, wenn danach die Originalrechnungen vernichtet werden können.

Artikel 959a Absatz 4: Mindestgliederung

► Antrag: *Änderung des Wortlauts wie folgt:*

"Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern und Organen ~~oder gegenüber Unternehmen, an denen eine Beteiligung besteht, sowie zwischen Unternehmen, die unter einheitlicher Leitung stehen~~, müssen gesondert ausgewiesen werden."

Begründung: Der Entwurfswortlaut "... oder gegenüber Unternehmen, an denen eine Beteiligung besteht ..." führt im Unternehmensverbund zu einer Beschränkung der Anwendung dieser Bestimmung auf Tochtergesellschaften. Dies ist nicht vollständig, da Forderungen und Verbindlichkeiten im Unternehmensverbund u.a. ebenfalls gegenüber Mutter- und Schwesterngesellschaften gesondert ausgewiesen werden sollten. Unser Änderungsantrag deckt sämtliche Beziehungen im Unternehmensverbund ab .

Artikel 959c Absatz 1: Anhang

► Antrag: *Ergänzung durch neue Ziffer 3 mit folgendem Wortlaut (bisherige Ziffer 3 wird neu zu Ziffer 4):*

"Angaben zu allen Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen."

Begründung: Es wäre zu begrüßen, wenn im Anhang Angaben zu allen Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen aufgeführt werden. Diese Offenlegung führt zu einer erhöhten Transparenz der Jahresrechnung.

Artikel 960 Absatz 3: Bewertung

► Antrag: *Formulierung von Absatz 3 wie folgt:*

"Die Werte müssen jährlich überprüft und gegebenenfalls angepasst werden."

Begründung: Bestehen konkrete Anzeichen einer Überbewertung von Aktiven oder für zu geringe Rückstellungen, sind gemäss Revisionsentwurf die Werte zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen. Zwecks Einhaltung des Niederstwertprinzips und der Grundsätze der ordnungsmässigen Rechnungslegung gemäss Artikel 958b Absatz 1 des Revisionsentwurfs halten wir eine jährliche Überprüfung der Werte für notwendig.

Artikel 960b Absatz 3: Anlagen

► Antrag: Ergänzung von Absatz 3 (am Ende) wie folgt:

"(...) Nicht zulässig sind Schwankungsreserven, soweit dadurch sowohl der Kurs am Bilanzstichtag als auch der Anschaffungswert unterschritten würde."

Begründung: Wir sind grundsätzlich einverstanden, dass Schwankungsreserven gebildet werden dürfen, um dem Kursverlauf Rechnung zu tragen, wenn Wertschriften und Handelswaren zum Kurs am Bilanzstichtag bewertet werden. Ohne unsere beantragte Ergänzung dürften jedoch Schwankungsreserven in der Handelsbilanz in willkürlicher Höhe gebildet werden. Da dies bei der Veranlagung zu Korrekturen durch die Steuerbehörden und aufgrund des umgekehrten Massgeblichkeitsprinzips gemäss Artikel 960f des Revisionsentwurfs zu Korrekturen in der Handelsbilanz führt, erachten wir eine Einschränkung der Höhe der Schwankungsreserven im Sinne der Anwendung des Niederstwertprinzips für angebracht.

Artikel 960e Absatz 4: Verbindlichkeiten

► Antrag: Änderung von Absatz 4 erster Satz wie folgt:

"Nicht mehr begründete Rückstellungen müssen ~~nicht~~ aufgelöst werden (...)."

Begründung: Das Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer verlangt, dass geschäftsmässig nicht begründete Rückstellungen in die Berechnung des Reingewinns einfließen, d.h. aufgelöst werden müssen (Artikel 58 Absatz 1 Buchstabe b DBG). Die im Revisionsentwurf vorgesehene Nichtauflösung von nicht mehr begründeten Rückstellungen in der Handelsbilanz würde somit zu einer unerwünschten Differenz zwischen Handelsbilanz und Steuerbilanz führen. Aufgrund von Artikel 960f des Revisionsentwurfs müsste diese Differenz in dem Geschäftsjahr, in dem die Veranlagung rechtskräftig wird, korrigiert werden, da diese Rückstellungen von den Steuerbehörden im Veranlagungsverfahren nicht anerkannt werden. Mit einer Änderung des von Absatz 4 im Sinne unseres Antrags wäre diese Korrektur nicht notwendig und das Verfahren würde stark vereinfacht. Abgesehen davon sollten nicht mehr begründete Rückstellungen ohnehin auch nach dem Grundsatz der Transparenz aufgelöst werden.

Artikel 960f: Verhältnis zum Steuerrecht

► Antrag: In den Übergangsbestimmungen zum sechsundzwanzigsten und zweiunddreissigsten Titel ist aufzuzeigen, wie versteuerte stille Reserven zu behandeln sind, die bereits vor Inkrafttreten dieser neuen Regelung bestanden.

Artikel 326^{quinquies} Strafgesetzbuch: Unterlassene Anmeldung

Da in der Praxis bereits Artikel 326^{ter} StGB betreffend Übertretung firmenrechtlicher Bestimmungen kaum Anwendung findet, erscheint es kaum angemessen, einen neuen Straftatbestand für verpasste Handelsregisteranmeldungen zu schaffen. Tausende von Kleinunternehmerinnen und -unternehmern, die die Anmeldung als Einzelfirma verpasst haben, können so künftig strafrechtlich verfolgt werden, was zu einer unnötigen Belastung der Strafverfolgungsbehörden führt. Aus unserer Sicht ist dieses Versäumnis nicht strafrechtlich zu verfolgen (Kriminalisierung von breiten Unternehmerkreisen), sondern kann mit einer Mahnung der Verwaltung (Handelsregister) erledigt werden. Die Erfahrungen im Kanton Basel-Landschaft zeigen, dass Letzteres durchaus Wirkung zeigt und ausreichend ist.

Abschliessend hoffen wir, Ihnen mit unserer Stellungnahme gedient zu haben, und verbleiben

mit freundlichen Grüssen
Im Namen des Regierungsrates
Die Präsidentin:

Der Landschreiber:



Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt

Staatskanzlei
Marktplatz 9
CH-4001 Basel

Telefon +41 (0)61 267 85 62
Telefax +41 (0)61 267 85 72
E-Mail staatskanzlei@bs.ch
Internet www.bs.ch

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Bundesamt für Justiz
3001 Bern

Basel, 11. Mai 2006

Regierungsratsbeschluss
vom 9. Mai 2006

Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht; Vernehmlassung des Kantons Basel-Stadt

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 7. Dezember 2005 haben Sie uns die oben erwähnten Revisionsunterlagen zur Vernehmlassung bis am 31. Mai 2006 zugestellt. Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Vernehmlassung und lassen Ihnen diese nachfolgend fristgerecht zugehen.

1. Allgemeine Bemerkungen

Die grundsätzliche Zielsetzung der Verbesserung der Corporate Governance und der Anpassung der Bestimmungen namentlich des Aktienrechts an das aktuelle Wirtschaftsleben sind zu begrüßen. Ebenfalls ist die angestrebte Vereinheitlichung der Rechnungslegung für die Rechtsformen des Privatrechts als erstrebenswertes Ziel zu befürworten; dennoch ist zu berücksichtigen, dass die Rechtsformen des Privatrechts, welche von diesen Bestimmungen betroffen sind, grob unterteilt werden können, in solche, welche auf Gewinnstrebigkeit zugunsten ihrer Investoren angelegt sind (Aktiengesellschaften, Genossenschaften etc.), und in solche, welche entweder gemeinnützig tätig sind (insbesondere Stiftungen) bzw. Träger eines Zweiges der Sozialversicherung sind (insbesondere Vorsorgestiftungen). Für die beiden letzten Fälle besteht erstens ein anderes Schutzgut (Destinatärs- bzw. Versicherteninteressen) und zweitens sind diese einer spezialisierten Fachaufsicht unterstellt (Stiftungs- bzw. BVG-Aufsicht), im Gegensatz zu den übrigen privaten Rechtsträgern, welche keiner staatlichen Aufsicht unterstehen. In dieser Hinsicht sind die Vorteile einer „Linearisierung“ der Bestimmungen gegen die diesbezüglichen Nachteile einer sehr wenig differenzierten Sichtweise gut abzuwägen. Im Speziellen ist darauf zu achten, dass die stark praxisorientierte Rechtsprechung und die neuen gesetzlichen Bestimmungen, welche den ebenfalls wirtschaftlich geprägten Veränderun-

gen in diesem Gebiet Rechnung tragen (insbesondere die Bestimmungen der 1. BVG-Revision und des revidierten Stiftungsrechts) durch die geplante Anpassung nicht ausgehebelt werden. Nicht zuletzt aufgrund der in der Praxis feststellbaren negativen Auswirkungen der Vereinheitlichung des Fusionsrechtes mit der alleinigen Ausrichtung auf die Gesichtspunkte bei gewinnstrebigen Rechtsträgern (namentlich auf Aktiengesellschaften) und deren Investoren für Stiftungen und Vorsorgeeinrichtungen, plädieren wir für eine differenzierte Regelung für Stiftungen und Vorsorgeeinrichtungen nach BVG, mindestens aber für Vorsorgestiftungen. Wir betonen nochmals, dass es in diesen beiden Fällen um ein grundsätzlich anderes Schutzgut geht (der sog. Shareholder-Value kann hier nicht relevant sein).

Im Weiteren zeichnen sich auch diverse Umsetzungsschwierigkeiten und administrativer Mehraufwand für die Kantone im Handelsregister und bei der Stiftungsaufsicht ab. Dies läuft den stetigen Bestrebungen der Kantone für eine effiziente und kostendeckende Verwaltung entgegen.

Die konkreten Änderungswünsche und Streichungsanträge haben wir bei den einzelnen Bestimmungen aufgeführt.

2. Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen

Zu Art. 620 Abs. 2 E-OR

Abs. 2 widerspricht in seiner Absolutheit Art. 627 Ziff. 7 des Entwurfs (E-OR).

Zu Art. 622 Abs. 2 E-OR

Abs. 2 wird früher oder später zur Folge haben, dass sich die Anzahl Aktien und/oder deren Nennwert im Handelsregister nicht mehr darstellen lässt (zu viele Dezimalstellen oder Bruchzahlen, welche sich nicht als Dezimalzahl ausdrücken lassen). Wir beantragen daher die Begrenzung auf darstellbare (Zahlen-) Werte.

Zu Art. 629 und 652g OR (bisherige Fassung)

Im Sinne einer Anregung halten wir fest, dass im Zusammenhang mit der vorliegenden Aktienrechtsrevision auch geprüft werden müsste, ob die Feststellungen nach Art. 629 Abs. 2 Ziff. 1 bis 3 (und Art. 777 Abs. 2 Ziff. 1 bis 3 der beschlossenen Änderung) nicht überflüssige Formalismen ohne praktische Bedeutung sind. Ob die Zeichnung gültig ist, die versprochene Einlage dem Ausgabebetrag entspricht und die Anforderungen an die Leistung der Einlagen erfüllt sind, muss sich ohnehin aus dem Errichtungsakt ergeben. Zudem sind derartige Bestätigungen im angelsächsischen, nicht aber im schweizerischen Recht üblich (in welchem es auch keine eidesstattlichen Erklärungen gibt). Gleiches gilt für Art. 652g Abs. 1 Ziff. 3 OR (im Unterschied zu den Ziffern 1 und 2, welche sich auf die nicht einzureichenden Zeichnungsscheine beziehen).

Zu Art. 634 Ziffer 3 in Verbindung mit Art. 652g Abs. 3 E-OR

Wenn Art. 634 Ziff. 3 (und Art. 652g Abs. 3) mit Verweis auf eine Regelung in der Handelsregisterverordnung gestrichen wird, so ist u.E. auch Art. 631 Abs. 2 OR zu streichen.

Zu Art. 634a Abs. 1 und 2 (und Art. 636) E-OR

Abs. 1: Bezüglich des unscharfen Begriffs der nahe stehenden Personen fragt sich, ob hier nicht eine beispielhafte Aufzählung eingefügt werden sollte: „Als nahe stehende Personen gelten insbesondere ...“. Die Rechtsanwendung würde damit zweifellos erleichtert und manch unnötiger Streit vermieden.

Abs. 2: Es ist nicht klar, worauf die Einschränkung „... sofern der Gesellschaft Mittel in voller Höhe der Forderung zugeflossen sind“ abzielt. Wird der Gesellschaft bspw. ein verzinsliches Darlehen gewährt, so wären in einem solchen Fall ausstehende Zinsforderungen nicht verrechenbar. Eine solche Unterscheidung liesse sich wohl kaum rechtfertigen.

Zu Art. 641, 778a und 836 sowie Art. 952 OR (bisherige Fassung)

Im Sinne einer weiteren Anregung halten wir folgendes fest: mit einer Neuregelung der Zweigniederlassungen (nur von Firmen mit Hauptsitz in der Schweiz) könnten nicht nur die Handelsregisterämter, sondern auch die betroffenen Firmen von einem nicht mehr zeitgemässen, aber enormen bürokratischen Leerlauf befreit werden: Es wäre lediglich vorzusehen, dass die Zweigniederlassungen nur noch im Register des Hauptsitzes der entsprechenden Firma einzutragen sind (ähnlich den Geschäftslokalen). Die Eintragungen bei den Zweigniederlassungen haben nur noch einen Sinn in Bezug auf die Einschränkung der Zeichnungsberechtigung auf die Zweigniederlassung, was auch beim Hauptsitz entsprechend eingetragen werden könnte und allenfalls für besondere Bestimmungen betr. die Zweigniederlassung. Sollten letztere beibehalten werden, wäre hierfür eine neue Rubrik vorzusehen. Aufgrund der seit 1936 erfolgten Erfindung von Telefax, Internet und weiteren Kommunikationsmitteln, wäre damit keinerlei nennenswerte Beeinträchtigung der Zugänglichkeit bzw. Publizität verbunden.

Zu Art. 650 Abs. 2 E-OR

Abs. 2: Nachdem die Auflistung der einzelnen Beschlusspunkte neu gefasst wird, wäre es für den Rechtsanwendenden wünschenswert, gleich für jeden Punkt bzw. zumindest für die in keinem logischen Zusammenhang stehenden, eine einzelne Ziffer vorzusehen (z.B. Trennung von Ausgabebetrag und Beginn der Dividendenberechtigung).

Abs. 2 Ziff. 6: Die Liberierung durch Verrechnung ist keine Sacheinlage. Folglich kann es hier nicht „Einleger“, sondern müsste wohl „Gläubiger“ heissen.

Im Übrigen wäre im Zusammenhang mit dieser Bestimmung u.E. die in der Praxis bereits bekannte (Minimal-/)Maximalkapitalerhöhung zu regeln.

Zu Art. 653 Abs. 1 E-OR

Abs. 1: Diese Regelung geht davon aus, dass die Generalversammlung direkt Wandel- oder Optionsrechte schafft. Dies entspricht jedoch nicht der Praxis. U.E. wäre es deshalb präziser vorzusehen, dass die Generalversammlung den Verwaltungsrat zur Einräumung der entsprechenden Rechte und die Festlegung der genauen Bedingungen der Wandel- und Optionsrechte ermächtigen kann bzw. der Verwaltungsrat dazu berechtigt ist.

Zu Art. 653g Abs. 3 E-OR

Abs. 3: Diese Feststellung der Urkundsperson sollte als überflüssig gestrichen werden. Da der Prüfungsbericht dem Handelsregisteramt einzureichen ist, findet eine entsprechende Prüfung durch dieses statt, was genügen muss.

Zu Art. 653h E-OR

Im Einklang mit der Streichung von Art. 652g Abs. 3 E-OR wäre wohl auch hier der zweite Halbsatz zu streichen. Zumindest jedoch ist „Prüfungsbestätigung“ durch „Prüfungsbericht“ zu ersetzen (einheitliche Anwendung der gewählten Begriffe).

Zu Art. 653i Abs. 3 E-OR

Abs. 3: Es ist nicht einzusehen, weshalb in diesem Sonderfall das Prinzip der öffentlichen Beurkundung von Statutenänderungen (Art. 647) durchbrochen werden soll. Besondere Umstände entstehen den Gesellschaften durch die öffentliche Beurkundung eines Verwaltungsratsbeschlusses jedenfalls nicht. Eine solche Ausnahme ist intern wie extern schwierig zu vermitteln und birgt die Gefahr dadurch ausgelöster Fehler in sich. Der 3. Absatz ist zu streichen.

Zu Art. 653j E-OR

Abs. 1: Kann die Generalversammlung eine Kapitalherabsetzung nur durch Reduktion des Grades der Liberierung beschliessen, so stellt sich damit die Frage, auf welcher Grundlage hernach der Verwaltungsrat den nicht (mehr) liberierten Teil des Aktienkapitals einfordern können soll. Die ursprüngliche Liberierungsforderung geht mit der Einzahlung unter und es fehlt hernach an einer Verpflichtung der Aktionäre, wie sie bei der Gründung (Art. 630 Ziff. 2) oder der Kapitalerhöhung (Art. 652 Abs. 1) übernommen wird. U.E. ist deshalb eine solche Herabsetzung, welche ja auch durch Mehrheitsbeschluss möglich sein muss, nicht denkbar (ausser man ginge von einem heiklen Wiederaufleben der Liberierungsforderung aus, welche jedenfalls nur im Falle einer Rückzahlung denkbar wäre).

Letztlich besteht aber für eine solche Möglichkeit auch kaum ein Bedarf. Selbst bei Gesellschaften mit einem Kapital von nur CHF 100'000.--, welche das Problem nicht durch eine Nennwertreduktion lösen können, ist eine Herabsetzung auf CHF 50'000.-- mit anschliessender Wiedererhöhung auf CHF 100'000.-- ohne sofortige Einlage möglich. Der Vorteil einer derartigen Bestimmung läge wohl alleine darin, dass allfällig ausgegebene Aktien nicht ausgetauscht werden müssten.

Zu Art. 653k Abs. 2 E-OR

Abs. 2 Ziff. 2: Diese Feststellung ist als überflüssiger Formalismus fallen zu lassen. Der Prüfungsbericht wird dem Handelsregisteramt ja ohnehin einzureichen sein und wird von diesem auf seinen Inhalt geprüft.

Zu Art. 653m Abs. 2 und 3 E-OR

Abs. 2: In der Annahme, dass der Prüfungsbericht auch in Zukunft eine Bilanz umfassen muss, sollte dies hier vermerkt werden.

Abs. 3: Im Einklang mit der Streichung von Art. 652g Abs. 3 wäre auch dieser Absatz zu streichen (wir verweisen auf die Bemerkung zu Art. 653h E-OR).

Zu Art. 653o E-OR

Eine Statutenanpassung ist nur unnötig, wenn die Kapitalerhöhung *genau* (und nicht mindestens) bis zur bisherigen Höhe erfolgt. Das Wort „mindestens“ ist daher zu streichen.

Im zweiten Satz ist vermutlich *Kapitalherabsetzung* und nicht Kapitalerhöhung gemeint (oder es müsste das Wort „nicht“ gestrichen werden).

Zu Art. 653p Abs. 1 E-OR

Abs. 1: U.E. kann eine Herabsetzung auf null, welche nicht zwecks Sanierung erfolgt, immer nur einstimmig gefasst werden, da alles andere einer Enteignung gleichkäme. Da für den Fall der Einstimmigkeit aber gar kein echtes Bedürfnis zur Herabsetzung auf null ersichtlich ist, sollte die Herabsetzung auf null mit Untergang der entsprechenden Aktionärsrechte ausdrücklich auf den Fall der Sanierung beschränkt werden.

Zu Art. 653s Abs. 2 E-OR

Abs. 2: Es ist nicht einsichtig, weshalb hier das Prinzip der öffentlichen Beurkundung von Statutenänderungen (Art. 647) durchbrochen werden soll, geht es letztlich doch nur um eine redaktionelle Nachführung, welche auch unterbleiben könnte, ohne dass sich dadurch materiell etwas änderte (wir verweisen auf unsere Bemerkung zu Art. 653i E-OR).

Zu Art. 653w E-OR

Neben dem bedingten Kapital nun auch hier Aktien bereits vor dem Eintrag im Handelsregister entstehen zu lassen, erscheint zumindest heikel. Unklar ist sodann, ab welchem Zeitpunkt die Aktien ausgegeben werden dürfen. Grundsätzlich ist diese Möglichkeit eher abzulehnen.

Zu Art. 653x Abs. 1 und 3 E-OR

Abs. 1: Dieser Prüfungsbericht erscheint dann überflüssig, wenn - wie aufgrund von Art. 653t Abs. 2 anzunehmen ist - bei einer Kapitalerhöhung im Rahmen des Kapitalbandes weiterhin ein Kapitalerhöhungsbericht (evtl. mit Prüfungsbestätigung bzw. -bericht) nötig bleibt.

Abs. 3: Diese Regelung wirft aus registerrechtlicher Sicht die Frage auf, wie das Handelsregisteramt mit diesem Beleg umzugehen hätte (Archivierung mit/ohne Eintrag? Pflicht des Handelsregisteramtes zur Einforderung usw.). Diese Fragen sind mindestens in der Handelsregisterverordnung zu klären.

Zu Art. 689d lit.c. Abs. 2 E-OR

Nach Vorlage enthält sich bei Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien die unabhängige Stimmrechtsvertreterin bzw. der unabhängige Stimmrechtsvertreter der Stimme, wenn er keine Weisung der Aktionärinnen bzw. Aktionäre erhalten hat. Wir geben zu bedenken, dass dies den Corporate Governance-Bemühungen bei Pensionskassen, welche oft Aktionäre von börsenkotierten Aktiengesellschaften sind, zuwiderläuft. Nach Art. 49a Abs. 2 BVV2 stellt die Vorsorgeeinrichtung Regeln auf, die bei der Ausübung ihrer Aktionärs-

rechte zur Anwendung gelangen. Unter „Ausübung“ wurde in der Praxis bisher gerade nicht die Stimmenthaltung verstanden, sondern es wurde eine aktive Wahrnehmung der Aktionärsrechte gefordert. In der Kombination mit der Änderung in Art. 703 Abs. 2 E-OR, wonach Enthaltungen nicht mehr als abgegebene Stimmen zählen, wirkt sich dies u.E. eher negativ aus auf institutionelle Anleger wie Pensionskassen.

Zu Art. 701 OR (bisherige Fassung)

Wir gestatten uns, die aufgrund des am 16. Dezember 2005 verabschiedeten Art. 702a OR bereits aufgeworfene Frage, ob Universalversammlungen ohne Anwesenheit aller Verwaltungsräte überhaupt noch möglich sind, nochmals aufzugreifen. Es wäre wünschenswert, diese für die Handelsregisterbehörden relevante Frage zu klären.

Zu Art. 701d E-OR

Aus dieser Bestimmung geht nicht klar hervor, ob eine Generalversammlung nicht bereits auf dem Wege einer Telefonkonferenz durchgeführt werden kann. Eine Präzisierung wäre notwendig (z.B. eine Übertragung mit Bild und Ton oder die jederzeitigen Identifizierbarkeit und dergleichen).

Zudem fragt sich in diesem Zusammenhang, ob *mit Zustimmung aller Aktionäre* nicht ohnehin auch Generalversammlungsbeschlüsse auf dem Zirkulationsweg möglich sein sollten (als Beleg einzureichen wären ausschliesslich Protokolle über das Zustandekommen solcher Beschlüsse). Heute wird dies bekanntlich - entgegen der Regelung im Vereinsrecht (Art. 66 Abs. 2 ZGB) - ohne überzeugenden Grund abgelehnt (vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 23 N. 11 ff.).

Zu Art. 765 Abs. 2 und 791 Abs. 1 E-OR

Abs. 2 bzw. Abs. 1: Hier sollte neu auch das Geburtsdatum aufgenommen werden. Eine korrekte Identifikation ist ohne diese Angabe oft nicht möglich. Die Handelsregisterämter werden häufig um diese Auskunft ersucht und müssen dann mit erheblichem Zeitaufwand die Belege konsultieren. Fehlt auch dort die entsprechende Angabe, ist eine Auskunft nicht möglich und eine Identifikation kann überhaupt nur noch über die Unterschrift erfolgen. Eine Ausnahme wäre allenfalls für blosse Zeichnungsberechtigte denkbar.

Zudem verhindert diese fehlende klare Identifikationsmöglichkeit auch weitgehend die automatische Übernahme der entsprechenden Handelsregisterdaten in andere EDV-Programme der Verwaltung, was wiederum administrativer Mehraufwand bedeutet. Schliesslich sollten diese Vorschriften wie im Aktienrecht (vgl. beschlossener Art. 640 OR) in die Handelsregisterverordnung verschoben werden, wo sie sachlich hingehören.

Zu Art. 928 Abs. 2 E-OR

Abs. 2: Die Statuten die Stiftungsurkunden sind (auch aufgrund der entsprechenden Bestellungen zu schliessen) im Gegensatz zu den Eintragungen für die breite Öffentlichkeit nicht von grossem Interesse. Die *kostenlose* elektronische Veröffentlichung läuft den Bestrebungen einer kostendeckenden Verwaltungstätigkeit diametral entgegen. Angesichts der enormen Erfassungskosten im Verhältnis zum nicht sehr grossen Bedürfnis der Öffentlichkeit sollte auf diese Bestimmung verzichtet werden. Hingegen wäre hier die Grundlage zu schaffen, damit die Ämter die Belege freiwillig und gegen Entgelt elektronisch zur Verfügung stellen können.

Zu Art. 928a E-OR

Diese Publikationsform ist kaum noch zeitgemäss (vor allem auch wenn man an den voraussichtlich in wenigen Jahren erreichten technischen Stand denkt). Es wäre zu prüfen, ob nicht bspw. eine Publikation vorzusehen wäre, welche per 24.00 Uhr des Tages der Genehmigung durch das Eidg. Amt für das Handelsregister über Internet erfolgt und allein entscheidend für die Rechtswirkungen wäre. Gleichzeitig könnte die Aufspaltung der Wirkungen der Eintragung auf Tagebucheintragung und Publikationstag mit einer solchen Lösung beseitigt werden.

Würde eine derartige Lösung gewählt, könnte Art. 928 Abs. 3 in dieser absoluten Form nicht beibehalten werden.

Zu Art. 930 Abs. 2 E-OR

Abs. 2: Der Begriff der „Einheit“ ist neu und als „unbestimmter Rechtsbegriff“ nicht weiter definiert. U.E. muss eine andere, allgemein verständliche Formulierung gefunden werden.

Zu Art. 941 Abs. 1 und 2 E-OR

Abs. 1: Es liegt hier ein Verschrieb vor: „vorzunehmen“.

Abs. 2: Es wäre wünschenswert, wenn die betroffenen Behörden (im Gesetz oder der Verordnung) gleich dazu verpflichtet würden, allfällig notwendige Angaben auf Anforderung schriftlich zu liefern. Diese wären dann gleich als Beleg verwendbar.

Zudem sollte die Auskunftspflicht gemäss Art. 20 Abs. 3 der Verordnung über die Gebühren für das Handelsregister erhalten bleiben. Demnach wäre Abs. 2 Ziff. 2 bspw. wie folgt zu formulieren: „Auskunft über Tatsachen zu erteilen, die ihren Aufgabenbereich betreffen und für einen Eintrag oder die Einforderung der Gebühren erforderlich sind.“

Zu Art. 943a E-OR

Es ist unklar, weshalb diese Bestimmung nicht anstelle des aufgehobenen Art. 943 eingefügt wird. Sodann ist es aus Gründen der Rechtssicherheit wünschenswert, hier das Prinzip gesetzlich zu verankern, dass das Handelsregisteramt die Eintragung vor der Bezahlung der Gebühren verweigern kann. Heute ist vor allem bei deklarativen Einträgen nicht klar, ob dies überhaupt zulässig wäre.

Zu Anhang 2, Variante 2**Zu Art. 652k Abs. 3 und Art. 653u Abs. 4 E-OR**

Abs. 3 bzw. 4: Es ist nicht einsichtig, weshalb hier das Prinzip der öffentlichen Beurkundung von Statutenänderungen (Art. 647) durchbrochen werden soll, geht es letztlich doch nur um eine redaktionelle Nachführung, welche auch unterbleiben könnte, ohne dass sich dadurch materiell etwas änderte (wir verweisen auf unsere Bemerkung zu Art. 653i E-OR).

Zu Art. 652i Abs. 4 E-OR

Abs. 4: Das Verhältnis dieser Bestimmung zu Art. 650 Abs. 2 Ziff. 10 E-OR (nicht ausgeübte Bezugsrechte) wäre in einem solchen Fall zu klären.

Zu Art. 957 Abs. 3 E-OR

Die Einschränkung auf „strengere spezialgesetzliche Bestimmungen“ in Verbindung mit den in Abs. 2 von Art. 957 E-OR geregelten Ausnahmen führt dazu, dass in jedem Einzelfall problematische rechtliche Abwägungen vorzunehmen sind. Daher ist generell festzuhalten, dass entweder spezialgesetzliche Bestimmungen (ohne den Zusatz „strenger“) vorgehen oder aber es ist explizit eine Ausnahmebestimmung mindestens für Vorsorgeeinrichtungen festzuhalten (z.B.: „Für Vorsorgeeinrichtungen im Sinne des BVG und seiner Ausführungserlasse gelten für die Rechnungslegung die diesbezüglichen Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen“).

Zu Art. 957a Abs.5 E-OR

Abs. 5: Diese Bestimmung ist insofern heikel, als sich Gesellschaften künftig bei der Einreichung von Bilanzen auf diese Vorschrift beziehen werden. U.E. sind der allgemeinen Öffentlichkeit aber buchhalterische Begriffe in englischer Sprache nicht besonders geläufig. Zumindest in der Verordnung müsste deshalb vorgesehen werden, dass auch in diesen Fällen weiterhin Übersetzungen in die Amtssprache verlangt werden können.

Wir weisen zudem darauf hin, dass diese Vorschrift bei Vorsorgeeinrichtungen und Stiftungen schweizerischen Rechts nicht angebracht erscheint. Ausgehend von der aufsichtsrechtlichen Prüfungspflicht und der damit verbundenen Verantwortlichkeit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass Englisch keine Amtssprache darstellt. Bezüglich der Destinatäre bringt diese Möglichkeit insbesondere bei Vorsorgeeinrichtungen mit Sicherheit einen erhöhten Auskunftsbedarf (man denke zum Beispiel an eine Baufirma mit eigener Vorsorgeeinrichtung und deren Versicherte) und Kosten für die entsprechende Fachausbildung für die Kantone mit sich. Eine Prüfungshandlung kann nur vornehmen, wer sich mit den entsprechenden Fachbegriffen auskennt. Wir schlagen vor, für die aufsichtsunterstellten Rechtsträger die Bestimmung mit dem Zusatz zu ergänzen: „Bei Vorsorgeeinrichtungen und Stiftungen kann die Buchführung in Englisch erfolgen; für die der Aufsichtsbehörde einzureichenden Unterlagen gilt die jeweilige Amtssprache der zuständigen Behörde.“ Das Gleiche gilt für Art. 958c Abs. 4 E-OR (Rechnungslegung in Englisch).

Zu Art. 958-958d E-OR

Grundsätzlich begrüssen wir insbesondere die vertiefte Definition in den Artikeln 958a bis 958c E-OR; dennoch halten wir fest, dass die Vorschriften nur teilweise kompatibel sind mit den detaillierten Vorschriften im BVG für Vorsorgeeinrichtungen. Für diesen Bereich gehen wir davon aus, dass die BVG-Vorschriften als Spezialvorschriften vorgehen (Art. 47 BVV2 schreibt z.B. die Rechnungslegung nach FER 26 in Staffelform vor; vgl. auch Art. 958b Abs. 4 E-OR).

Zu Art. 958d E-OR

Sosehr ein generelles Einsichtsrecht durch Gläubigerinnen und Gläubiger im Sinne einer verbesserten Transparenz bei gewinnstrebigem Unternehmen zu begrüssen ist, sosehr ist zu beachten, dass bei Vorsorgeeinrichtungen dieses Einsichtsrecht möglicherweise mit gewissen Interessen der Versicherten kollidieren kann (Persönlichkeitsschutz zum Beispiel im Bereich der Invaliditätsfälle); für die Versicherten gelten zudem die Spezial-

bestimmungen von Art. 86b BVG; bei Stiftungen führt dies zu einer u.E. nicht gerechtfertigten Besserstellung der Gläubigerschaft gegenüber den Destinatären, denen dieses Einsichtsrecht dann zugestanden wird, wenn sie dies zur Geltendmachung ihrer Ansprüche benötigen. Sowohl bei den Vorsorgeeinrichtungen als auch bei den Stiftungen ist die Notwendigkeit der Anwendung dieser Bestimmung zu prüfen. Wir verweisen für beide Fälle wiederum auf das nicht identische Schutzgut und bei den Vorsorgeeinrichtungen zudem darauf, dass es sich für die versicherten Personen um eine „Zwangsmitgliedschaft“ handelt. Durch das Vorliegen der staatlichen Aufsicht ist zudem ein gewisser Gläubigerschutz sichergestellt, da im Rahmen der jährlichen aufsichtsrechtlichen Prüfung die finanzielle Lage von Vorsorgeeinrichtungen und Stiftungen mitumfasst. Mindestens sind die gleichen Ausnahmen zu statuieren, wie sie in Art. 697bis Ziffer 2 E-OR festgehalten sind (in analogiam: entgegenstehende, vorrangige Interessen der Vorsorgeeinrichtung bzw. Stiftung bzw. von deren Destinatären).

Zu Art. 958e E-OR

Für Stiftungen und Vorsorgeeinrichtungen sind die Bestimmungen zu wenig weitgehend, da sie sich auf die Aufbewahrungspflicht von „buchungsrelevanten“ Dokumenten beschränkt. Bei Stiftungen erfolgen z.B. Zuwendungen über Legate mit Auflagen; der zugewendete Betrag fliesst ein, jedoch die Auflagen sind nicht buchungsrelevant. Für Vorsorgeeinrichtungen sind die Bestimmungen soeben in der 1. BVG-Revision dezidiert festgelegt worden (Art. 27i-27k BVV2), weshalb wir davon ausgehen, dass auch hier die BVG-Bestimmungen als *Lex specialis* vorgehen; wir verweisen allerdings betreffend die Abgrenzungsschwierigkeiten auf unsere Ausführungen zu Art. 957 E-OR.

Zu Art. 959a-959c E-OR

Grundsätzlich begrüssen wir die Bestimmungen, da sie zu einer besseren Übersichtlichkeit der Jahresrechnungen der Rechtsträger führen. Bezüglich der Spezialvorschriften für Vorsorgeeinrichtungen verweisen wir auf unsere vorstehenden Ausführungen. In Art. 959c Ziffer 1 beantragen wir die Ergänzung „...soweit diese nicht vom Gesetz oder von Reglementen vorgeschrieben sind.“ Sowohl bei Stiftungen als auch bei Vorsorgeeinrichtungen sind Reglemente wichtige Ausführungserlasse, welche aufsichtsrechtlich relevant sind. Zudem gehört die Erläuterung der Zweckerfüllung, soweit diese nicht transparent aus der Jahresrechnung hervorgeht, ebenfalls in den Anhang (bisher wurde in der Praxis ein sog. Tätigkeitsbericht eingeholt), da dies nach Art. 84 ZGB durch die Aufsichtsbehörde geprüft werden muss.

Zu Art. 960, 960a-960e E-OR

Für Vorsorgeeinrichtungen verweisen wir auf die Spezialbestimmungen von Art. 47 ff BVV2. Die Vorschrift, dass die tatsächliche finanzielle Lage ersichtlich sein muss (Art. 65a BVG), kollidiert mit den Bewertungsvorschriften von Art. 960a ff. E-OR (u.a. Niederstwertprinzip).

Zu Art. 962 E-OR

Wir verstehen das Bestreben, nur bei Unternehmungen einer bestimmten „wirtschaftlichen Grösse“ ein Abschluss nach Regelwerk bzw. nach international anerkannten Standards zu verlangen. Für Vorsorgeeinrichtungen gilt bereits jetzt SWISS GAAP FER 26,

weshalb die „Grössenordnung“ der Vorsorgeeinrichtung keine Rolle spielt. Unter dem Gesichtspunkt, dass das Schutzgut nicht primär „freiwillige“ Investoren und Gläubigerrechte, sondern konkrete Sozialversicherungsansprüche von versicherten Personen sind, ist in jedem Fall eine Verknüpfung mit der Grösse einer Vorsorgeeinrichtung bzw. mit der Bestimmungen betreffend die Unterstellung unter die ordentliche Revision zu vermeiden. Andernfalls werden die in den letzten Jahren gemachten Fortschritte betreffend Transparenz, auf welche das Eidg. Parlament insbesondere in der 1. BVG-Revision so starkes Gewicht gelegt hat, zunichte gemacht. Ziffer 3 von 962 E-OR ist demzufolge auf Vereine zu begrenzen.

Im weiteren ist eine Sonderbestimmung aufzunehmen, welche entweder vorsieht, dass Vorsorgeeinrichtungen gemäss den diesbezüglichen Bestimmungen im BVG einen Abschluss nach privatem Regelwerk erstellen, oder eine Generalklausel, welche festhält, dass neben der OR-Bestimmung auch Spezialgesetze solche Abschlüsse vorsehen können und diese dann den allgemeinen Bestimmungen des OR vorgehen. Wir verweisen auch hier auf unsere Bemerkungen zu Art. 957 E-OR sowie unsere allgemeinen Bemerkungen.

Mit der soeben erfolgten Revision des Stiftungsrechts wurde ein lange umstrittener Grundsatzentscheid für ein Revisionsstellenobligatorium getroffen, was mittelfristig zu einer erhöhten Professionalisierung der Rechnungslegung von Stiftungen führen wird zum Vorteil des Stiftungsplatzes Schweiz (Spenden fliessen nur dort, wo die Öffentlichkeit Vertrauen in die diesbezüglichen Institutionen hat). Dazu trägt auch eine ordentliche Revision bei. Verknüpft man nun die Rechnungslegung nach Regelwerk mit der ordentlichen Revision, dann schwächt man die erreichte Transparenz und Corporate Governance doppelt. Einerseits findet die Revision schon auf tiefem Level statt und andererseits erfolgt die Rechnungslegung auch noch auf unterem Niveau. Dies schadet dem Ansehen des Stiftungsplatzes Schweiz. In diesem Sektor befindet sich zwischenzeitlich ein nicht unerhebliches Vermögen, was auch dazu führt, dass sich nicht nur „lautere“ Personen hier betätigen. Die Schadenfälle der letzte Jahre sprechen für sich. Griffige Regeln sind daher zwingend. Die vorgesehenen Abschwächungen sind deshalb in jedem Fall zu vermeiden.

Zu Art. 83a

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen sind wir der Ansicht, dass entweder hier stiftungsspezifische Ausführungen notwendig sind oder aber die entsprechenden Bestimmungen im OR entsprechend unseren Ausführungen zu den einzelnen Artikeln zu ergänzen sind. Der reine Verweis auf die kaufmännische Buchführung nach OR genügt nicht.

Zu Art. 84c

Die Offenlegungspflicht ist explizit zu begrüssen. Der Begriff „Vergütungen“ ist unseres Erachtens aber zu wenig präzise. Wir würden die Bezeichnung „Honorare“ oder „Sitzungsgelder und Spesen“ bevorzugen. Soweit die Geschäftleitung „Vergütungen“ erhält, sind diese ebenfalls zu deklarieren. In diesem Sinn ist der Begriff „gegebenenfalls“ eher unpräzise, weshalb wir eine Prüfung der Formulierung beantragen.

Wir hoffen, Ihnen mit diesen Ausführungen gedient zu haben und senden Ihnen die Ausführungen wunschgemäss per Post und per Mail.

Mit freundlichen Grüssen

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt

Barbara Schneider
Präsidentin

Dr. Robert Heuss
Staatsschreiber

Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Der Regierungsrat des Kantons Bern dankt Ihnen für die mit Schreiben vom 7. Dezember 2005 gebotene Gelegenheit, sich zur Revision im Obligationenrecht (Aktien- und Rechnungslegungsrecht) vernehmlassen zu können.

1. Allgemeine Feststellung

Der Vorentwurf kann überwiegend als positiv beurteilt werden. Die Systematik ist klarer als im geltenden Recht, und die Vereinheitlichung der Buchführungs- und Rechnungslegungsregeln für alle Rechtsformen ist zu begrüßen. Unterschiede ergeben sich so nicht mehr aufgrund der Rechtsform eines Unternehmens, sondern lediglich noch aufgrund von Gröszenkriterien, was Sinn macht.

Der Vorentwurf verbessert die Vorschriften nicht nur systematisch, sondern auch inhaltlich, indem diverse Sachverhalte klarer geregelt werden.

Insbesondere zu den Revisionspunkten „Corporate Governance“ (inkl. Neuregelung des Depotstimmrechts) und Anpassung der Vorschriften über die Durchführung der Generalversammlung unter Berücksichtigung neuer Entwicklungen im Bereich der elektronischen Medien sind keine Bemerkungen anzubringen.

Im Vernehmlassungsentwurf des Bundes wird allerdings das Problem der Dispoaktien nicht behandelt, obwohl dies von den Gesellschaften seit langem gefordert wird. Der Regierungsrat bedauert, dass dieser Frage in der laufenden Gesetzesrevision keine Beachtung geschenkt wird.

2. Einzelne Feststellungen

2.1. zu Art. 622

Die Abschaffung der Inhaberaktie ist nicht notwendig und deshalb abzulehnen, weil durch die Einschränkung der Wahlmöglichkeiten die Attraktivität des schweizerischen Gesellschaftsrechts reduziert wird und den Unternehmen dadurch bloss hohe Umstellungskosten entstehen. Dass durch die Abschaffung der Inhaberaktie die Geldwäsche- oder die Finanzierung des Terrorismus verhindert werden kann, ist zu bezweifeln. Eine anonyme Geldanlage ist sowohl mit Partizipationsscheinen als auch mit Namenaktien (Dispo- und Strohmännaktien) möglich.

2.2. zu Art. 634a

Der Artikel bringt Klarheit in die seit Jahren andauernde Streitfrage, ob es zulässig sei, Forderungen in Aktienkapital umzuwandeln, wenn die Forderungen nicht mehr vollständig durch Aktiven gedeckt sind. Nach der neuen Vorschrift ist dies *im Sanierungsfall* zulässig, wenn dem Unternehmen Mittel in der vollen Höhe der Forderung zugeflossen sind.

Diese Formulierung eröffnet allerdings neue Unklarheiten. So fragt es sich, ob es richtig ist, dass Forderungen, die aus dem Verkauf von Aktiven an das Unternehmen entstanden sind, im Sanierungsfall nicht zum Nominalwert verrechnet werden dürfen, wenn sie nicht mehr voll durch Aktiven der Gesellschaft gedeckt sind. Weiter ist unter Umständen der Zeitpunkt massgeblich, wann die Mittel zugeflossen sind (eine Forderung kann über Jahre bestehen). Schliesslich muss geprüft werden, ob Forderungen, die z.B. aufgrund nicht bezogener Saläre entstanden, auch verrechnungsfähig sind (dem Unternehmen ist zwar nicht Geld, dafür aber Arbeitsleistung zugeflossen).

Es müsste aus Sicht des Regierungsrates präziser ausgedrückt werden, unter welchen Bedingungen Forderungen im Sanierungsfall, d.h. im Fall einer bestehenden Überschuldung, zum Nominalwert in Aktienkapital umgewandelt werden können.

2.3. zu Art. 652d bis 653y

Die Zusammenfassung der Regeln über die Kapitalerhöhung und der Kapitalherabsetzung ist sinnvoll und zu begrüßen. Die Variante I (Kapitalband) entspricht bezüglich Flexibilität den heutigen Anforderungen der Wirtschaft. Es scheint deshalb sinnvoll, diese Regelung einzuführen und sie der Variante II vorzuziehen.

Angesichts der Tatsache, dass sich die Verhältnisse sehr rasch ändern können, das Kapitalband aber auf fünf Jahre beschlossen werden kann, ist es fraglich, ob die in Art. 653v vorgesehene Kapitalherabsetzungsprüfung im Zeitpunkt des Beschlusses sinnvoll ist. Sie bestätigt zwar, dass die Forderungen der Gläubiger im Zeitpunkt des Beschlusses auch nach einer Kapitalherabsetzung gedeckt wären. Sie sagt aber nichts darüber aus, ob dies im Zeitpunkt der *tatsächlichen* späteren Kapitalherabsetzung auch noch zutrifft. Die Verantwortung dafür liegt vollumfänglich beim Verwaltungsrat.

Damit ist eine Schwächung des Gläubigerschutzes verbunden, die unter Umständen ungewollt ist.

2.4 zu Art. 671 Abs. 1

Bei Zuschüssen von Aktionären und nachträglich in der Handelsbilanz offen gelegten verdeckten Kapitaleinlagen handelt es sich um Kapitalreserven. Da diese beiden Ein-

zahlungsvarianten aber weder dem Agio (Ziffer 1 von Art. 671 Abs. 1) noch dem Kaduzierungsgewinn (Ziffer 2 von Art. 671 Abs. 1) zugeordnet werden können, regt der Regierungsrat an, in Art. 671 Abs. 1 eine Ziffer 3 mit der Bezeichnung „weitere Kapitaleinlagen“ einzufügen.

Kapitaleinlagen sollen nach der Unternehmenssteuerreform II grundsätzlich steuerfrei zurück bezahlt werden können. Im Falle der Einbringung von Beteiligungen als Kapitaleinlage (Transponierung) ist dies aber ausnahmsweise nicht möglich, da andernfalls latentes Einkommenssteuersubstrat untergehen würde.

In der Botschaft würde zweckmässigerweise darauf hingewiesen, dass Kapitaleinlagen bei deren Rückzahlung nach der Unternehmenssteuerreform II grundsätzlich steuerfrei sein sollen, sich aber aus der Einbringung von Beteiligungen (Transponierung) eine Ausnahme ergibt.

In den Übergangsbestimmungen zum 26. und 32. Titel ist die Behandlung von Agio, das vor dem Inkraftsetzen dieses Artikels einbezahlt wurde, zu erwähnen.

2.5. zu Art. 697a bis 697g

Die Erleichterungen zur Einleitung einer Sonderuntersuchung sind ebenso zu begrüssen wie die Senkung der Schwellenwerte für die Einleitung einer Sonderuntersuchung, die Einberufung einer Generalversammlung, die Traktandierung und die Auflösung. Bei der Bestimmung des Schwellenwerts soll nach Ansicht des Regierungsrats nicht auf die Börsenwerte abgestellt werden. Diese unterliegen teilweise massiven Schwankungen, was im Ergebnis zu Unklarheiten bei der Bestimmung des Schwellenwertes führen kann.

In Art. 697b Abs. 1 findet sich folgender Druckfehler: „..., so können die Aktionäre innert drei Monaten n vom Gericht ...“

2.6. zu Art. 699

Haben die Aktionäre gemäss Art. 727a Abs. 4 auf eine eingeschränkte Revision verzichtet, so gilt dieser Verzicht auch für die nachfolgenden Jahre. Jeder Aktionär hat jedoch das Recht, spätestens 10 Tage vor der Generalversammlung eine eingeschränkte Revision zu verlangen. Die Generalversammlung muss in einem solchen Fall die Revisionsstelle wählen.

Damit diese „nachträglich“ verlangte eingeschränkte Revision in einem zeitgerechten Rahmen erfolgt, schlägt der Regierungsrat die nachfolgende Ergänzung in Abs. 2^{bis} vor:

„Wird nach Art. 727a Abs. 4 eine eingeschränkte Revision verlangt, hat die Generalversammlung ihre Befugnisse nach Art. 698 Abs. 2 spätestens 3 Monate nach ihrer ordentlichen Durchführung auszuüben.“

2.7. zu Art. 710

Die zwingende Amtszeitbeschränkung der Verwaltungsratsmitglieder auf ein Jahr ist aus Gründen der Kontinuität des Unternehmens abzulehnen. Im geltenden Recht besteht für die Unternehmen eine Wahlfreiheit. Sie können die Dauer der Amtszeit bis auf maximal sechs Jahre selbst bestimmen. Somit sind die Unternehmen im Bedarfsfall bereits jetzt in der Lage, eine einjährige Amtszeit festzulegen.

2.8. zu Art. 728c bzw. 729c

Es stellt sich in redaktioneller Hinsicht die Frage, ob derselbe Satz „Ist die Gesellschaft offensichtlich überschuldet...“ wörtlich gleich wiederholt werden soll.

Neu ist die Anzeigepflicht der Revisionsstelle auf den Tatbestand der *offensichtlichen* Zahlungsunfähigkeit ausgedehnt worden. Sachlich macht diese Ausdehnung Sinn. Aus der Sicht des Praktikers ist sie jedoch äusserst problematisch. Wenn es in der Praxis schon schwierig ist, klar zu bestimmen, wann eine Überschuldung offensichtlich ist, bietet noch mehr Schwierigkeiten festzustellen, wann ein Unternehmen „offensichtlich zahlungsunfähig“ ist.

Ein mehr oder weniger lange andauernder Liquiditätsengpass kann den Tatbestand der offensichtlichen Zahlungsunfähigkeit nicht erfüllen. Unter Umständen ist die offensichtliche Zahlungsunfähigkeit dann gegeben, wenn die kurzfristigen Verbindlichkeiten nicht mehr durch kurzfristig realisierbare Aktiven gedeckt sind (gegebenenfalls unter Einrechnung der unbenützten Kreditlimiten).

Es ist abzusehen, dass die Bestimmung eine Reihe von neuen, auch für die Gerichte schwierig zu beurteilenden Verantwortlichkeitsklagen gegen Revisionsstellen auslösen kann. Zu späte Benachrichtigung des Gerichts schädigt die Gläubiger, zu frühe Benachrichtigung schadet dem geprüften Unternehmen!

2.9. zu Art. 958c Abs. 1

Der zweite Satz im Art. 958 c Abs. 1 („Positionen, die in der Berichtsperiode keinen oder nur einen unwesentlichen Betrag aufweisen, brauchen nicht separat aufgeführt zu werden“) ist zu streichen. Es wäre aus Gründen der Transparenz zu begrüssen, wenn auch solche Positionen separat aufgeführt würden.

2.10. zu Art. 958c Abs. 3

Die Buchführung in der funktionalen Währung soll weiterhin gestattet werden. In der Jahresrechnung müssen aber, wie bisher, die Werte zwingend in der Landeswährung angegeben werden. Die Offenlegung des Umrechnungskurses im Anhang entspricht dem Grundsatz der Transparenz.

Demzufolge ist aus Sicht des Regierungsrates Art. 958c Abs. 3 wie folgt zu ändern:
 „Die Buchführung erfolgt in der Landeswährung oder in der für die Geschäftstätigkeit der Organisation wesentlichen Währung. Für die Jahresrechnung müssen die Werte in der Landeswährung angegeben werden. Fremdwährungspositionen werden zum Devisenkurs am Bilanzstichtag eingesetzt. Der verwendete Umrechnungskurs ist im Anhang offen zu legen.“

2.11. zu Art. 959a

Im Begleitbericht zum Vorentwurf wird unter Punkt 3.1.25 „Art. 671, 671a, 671b, 672, 673, 674: Reserven“ der Erwerb eigener Aktien behandelt. Dabei wird aber nicht erwähnt, wie der „Handelsbestand“ von eigenen Aktien, insbesondere bei Banken, zu behandeln ist.

In der Botschaft wäre demzufolge aufzuführen, wie mit dem „Handelsbestand“ der eigenen Aktien vorzugehen ist. Darunter ist gemäss Art. 25a Abs.3 der Verordnung über die Stempelabgaben insbesondere die Gesamtheit der liberierten Titel, welche der ge-

werbsmässige Effekthändler mit der Absicht der Weiterveräusserung für eigene Rechnung erworben hat, zu verstehen.

2.12. zu Art. 959a Abs. 4

Der Wortlaut „oder gegenüber Unternehmen, an denen eine Beteiligung besteht“ führt zu einer Beschränkung der Anwendung des obgenannten Artikels im Unternehmensverbund auf Tochtergesellschaften. Diese Formulierung ist nicht vollständig, da Forderungen und Verbindlichkeiten im Unternehmensverbund unter anderem ebenfalls gegenüber Mutter- und Schwestergesellschaften gesondert ausgewiesen werden sollten.

Damit sämtliche Beziehungen im Unternehmensverbund abgedeckt sind, schlägt der Regierungsrat die nachfolgend aufgeführte Änderung von Art. 959a Abs.4 vor:

„Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern und Organen sowie zwischen Unternehmen, die unter einheitlicher Leitung stehen, müssen gesondert ausgewiesen werden.“

2.13. zu Art. 959c

Der Regierungsrat würde es begrüessen, wenn im Anhang Angaben zu allen Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen aufgeführt werden. Diese Offenlegung führt zu einer erhöhten Transparenz der Jahresrechnung.

Aus diesem Grund ist Abs. 1 neu um Ziff. 3 „Angaben zu allen Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen“ zu ergänzen. Das hat zur Folge, dass die bisherige Ziff.3 zu Ziff. 4 wird.

2.14. zu Art. 960

Gemäss Art. 960 Abs. 3 sind die Werte zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen, wenn konkrete Anzeichen für eine Überbewertung von Aktiven oder für zu geringe Rückstellungen bestehen. Zwecks Einhaltung des Niederstwertprinzips und der Grundsätze der ordnungsmässigen Rechnungslegung gemäss Art. 958b Abs. 1 halten wir eine jährliche Überprüfung der Werte als notwendig.

Abs. 3 sollte demnach folgendermassen lauten: „Die Werte müssen jährlich überprüft und gegebenenfalls angepasst werden.“

2.15. zu Art. 960b

Der Vorentwurf sieht in Art. 960b Abs. 3 vor, dass Schwankungsreserven gebildet werden dürfen, um dem Kursverlauf Rechnung zu tragen, falls Wertschriften und Handelswaren zum Kurs am Bilanzstichtag bewertet werden. Damit ist der Regierungsrat grundsätzlich einverstanden. Ohne unsere nachfolgend aufgeführte Ergänzung dürften Schwankungsreserven in der Handelsbilanz in willkürlicher Höhe gebildet werden. Da dies bei der Veranlagung zu Korrekturen durch die Steuerbehörden und zudem wegen des umgekehrten Massgeblichkeitsprinzips gemäss Art. 960f Vorentwurf zu Korrekturen in der Handelsbilanz führt, erachtet der Regierungsrat eine Einschränkung der Höhe der Schwankungsreserven im Sinne der Anwendung des Niederstwertprinzips als angebracht.

Aus diesem Grund ist Abs. 3 durch den nachfolgenden Satz zu ergänzen:

„Solche Schwankungsreserven sind jedoch nicht zulässig, soweit dadurch sowohl der Kurs am Bilanzstichtag als auch der Anschaffungswert unterschritten würden.“

2.16. zu Art. 960e Abs. 4

Art. 58 Abs. 1b des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG) verlangt, dass geschäftsmässig nicht begründete Rückstellungen in die Berechnung des Reingewinnes einfließen, d.h. aufgelöst werden müssen. Eine in Art. 960e Abs. 4 vorgesehene Nichtauflösung von nicht mehr begründeten Rückstellungen in der Handelsbilanz würde somit zu einer unerwünschten Differenz zwischen Handelsbilanz und Steuerbilanz führen.

Aufgrund von Art. 960f müsste diese Differenz in dem Geschäftsjahr, in dem die Veranlagung rechtskräftig wird, korrigiert werden, da diese Rückstellungen von den Steuerbehörden im Veranlagungsverfahren nicht anerkannt werden.

Mit einer entsprechenden Änderung des Art. 960e Abs. 4 wäre diese Korrektur nicht notwendig. Das Verfahren würde stark vereinfacht. Auch nach dem Grundsatz der Transparenz sollten nicht mehr begründete Rückstellungen aufgelöst werden.

Demzufolge müsste der erste Satz in Art. 960 e Abs.4 lauten:

„Nicht mehr begründete Rückstellungen müssen aufgelöst werden.“

2.17. zu Art. 960f

Der Artikel führt neu die *umgekehrte Massgeblichkeit* ein. Im Gegensatz zur heutigen Regelung müssen die von den Steuerbehörden nicht anerkannten Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen in der Buchhaltung aufgelöst werden.

Der Begleitbericht vom 2.12.2005, Seite 107, bemerkt dazu, dass diese Auflösung *erfolgsneutral* zu geschehen hat. Dazu ist zweierlei festzuhalten:

- a) Die Tatsache, dass die Auflösung erfolgsneutral erfolgen soll, geht aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht hervor. Sie sollte demzufolge explizit erwähnt werden unter gleichzeitiger Angabe, welcher Reserveposition der aufgerechnete Betrag gutgeschrieben werden muss.
- b) Die heute gültige Regelung hat sich bewährt, weswegen sich insofern keine Revision aufdrängt. Wenn mit der neuen Bestimmung „richtigere“ oder aussagekräftigere Bilanzen bewirkt werden sollen, bestünde dafür kein Bedürfnis. Jeder Kanton hat seine eigene Praxis für die Anerkennung von Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen.

Die eigene Praxis wird von den kantonalen Steuerbehörden auch für die direkte Bundessteuer angewendet. Wegen der uneinheitlichen kantonalen Praxis wären die Aufrechnungen für die direkte Bundessteuer nicht hilfreich. Zudem gibt es in einzelnen Kantonen unter anderem bei den Abschreibungen ein Wahlrecht zwischen Sofortabschreibung und planmässiger Abschreibung, was bei gleichem Abschreibungsbetrag bereits kantonsintern zu unterschiedlichen Aufrechnungsbeträgen führt.

Gestützt auf diese Erwägungen wäre der neue Art. 960f zu streichen.

2.18. zu Anhang 1, Art. 69a ZGB

In diese Bestimmung schlich sich ein Druckfehler ein. Es müsste heissen: „Der Vorstand **muss** die Geschäftsbücherführen“.

2.19. zu Anhang 2

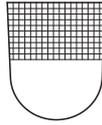
Aus den in Ziff. 2.3 oben ausgeführten Gründen ist die Variante I der Variante II vorzuziehen.

Der Regierungsrat des Kantons Bern dankt Ihnen für die Berücksichtigung seiner Anliegen.

Mit freundlichen Grüßen
Im Namen des Regierungsrates

Der Präsident: *Annoni*

Der Staatsschreiber: *Nuspliger*



LE CONSEIL D'ÉTAT
DU
CANTON DE FRIBOURG

Le Département fédéral
de justice et police
3003 Berne

Révision du droit de la société anonyme et du droit comptable dans le CO : réponse à la consultation

Monsieur le Conseiller fédéral,

Par lettre du 7 décembre 2005, vous avez mis en consultation l'avant-projet de loi révisant le droit de la société anonyme et le droit comptable dans le CO.

Nous avons l'honneur de vous transmettre notre détermination sur cet objet.

Nous sommes globalement favorables à l'avant-projet, qui suscite les remarques ponctuelles suivantes de notre part :

Article 622 AP (suppression des actions au porteur)

Nous soutenons l'option proposée, à savoir celle consistant à supprimer les actions au porteur. Cette suppression s'inscrit dans la continuité des développements internationaux et renforcerait la réputation de la place financière helvétique ainsi que la transparence des structures du capital. Les raisons tenant à la lutte contre le blanchiment d'argent avancées par les auteurs du projet de loi et de message doivent également être prises en compte et mises en œuvre.

Il faut néanmoins se rendre compte que cette abolition toucherait quelque 30'000 sociétés, dont la très grande majorité sont des PME, qui ne sont pas concernées par les motifs qui sont ici à la base de la réforme.

Article 622 AP (abaissement de la valeur nominale minimale)

Malgré le risque d'un éventuel blocage des entreprises, nous sommes favorables à l'abaissement préconisé. Celui-ci permettra peut-être aux petits actionnaires de prendre des participations dans certaines sociétés.

Article 627 ch. 4 AP

L'article 627 ch. 4 permet explicitement à l'assemblée générale de s'aménager des compétences statutaires concernant la fixation des rémunérations des membres de la haute direction et des personnes qui leur sont proches ainsi que l'attribution d'options à des collaborateurs. Les auteurs du projet n'ont cependant pas jugé obligatoire de prévoir de telles clauses statutaires et considèrent que si la société veut conférer de telles compétences à l'assemblée générale, elle doit le préciser dans les statuts.

Nous sommes d'avis que l'assemblée générale devrait disposer d'office des compétences de fixer la rémunération des membres de sa haute direction et des personnes qui leur sont proches ainsi que l'attribution d'options à des collaborateurs. Cela couperait court à toute discussion sur l'admissibilité du principe de la compétence et préviendrait toute velléité d'octroyer sous silence des rémunérations qui pourraient passer pour indécentes aux yeux des actionnaires, en évitant des discussions à ce sujet au sein de l'assemblée générale. Cela permettrait aussi d'informer les actionnaires de la politique de rémunération des cadres supérieurs d'une entreprise non cotée en bourse sans qu'ils doivent recourir au moyen prévu à l'article 697 quinquies (cf. pour les sociétés cotées en bourse ad art. 697quater : règles relatives à la publicité des indemnités de la haute direction et des participations). Cette transparence permettrait aussi, indirectement, d'informer les clients éventuels d'une société anonyme non cotée en bourse de la région (à savoir la population et les autorités), de la politique de rémunération réservée à ses cadres supérieurs et d'adopter une politique en conséquence. Il ne faut pas perdre de vue que parfois, le salaire annuel de certains hauts dirigeants de telles entreprises, même régionales, permettrait de faire vivre de nombreux employés et des familles dans des territoires donnés et que fréquemment les licenciements décidés par ces entreprises, qui ont des effets régionaux, sont décidés sous le seul couvert de la rentabilité.

Article 653r sv. AP

Les deux variantes (la marge de fluctuation du capital ainsi que l'augmentation et la réduction autorisées du capital-actions) peuvent être retenues. La première variante, marge de fluctuation du capital, apparaît toutefois comme la solution la plus simple à appliquer sur le plan juridique. Elle présente par ailleurs l'avantage d'offrir une plus grande marge de manœuvre à la société, aux actionnaires et au conseil d'administration.

Article 671 al. 1 AP

L'article 671 al. 1 devrait être complété par un chiffre 3 « autres apports en capital ». Rentrent sous cette position, les versements à fonds perdus des actionnaires et les apports dissimulés de capital découverts après coup dans le bilan commercial. Ces deux variantes de versements représentent des réserves issues du capital. Comme elles ne peuvent être rangées ni dans la catégorie des agios (chiffre 1 de l'art. 671 al. 1) ni dans les gains issus de la déchéance des actions (chiffre 2 de l'art. 671 al. 1), un chiffre 3 doit être inséré dans l'article 671 al. 1 avec la désignation « autres apports de capital ».

Le message devrait mentionner que d'après la réforme de l'imposition des entreprises II, le remboursement d'apports en capital ne doit en principe pas être imposé, à l'exception de l'apport de participations (transposition).

Dans les dispositions transitoires des titres vingt-sixième et trente-deuxième, il y a lieu de préciser le traitement de l'agio qui est versé avant l'entrée en vigueur de cet article.

Article 689c sv. AP

La suppression de la représentation institutionnelle semble douteuse. La représentation institutionnelle actuellement en vigueur permet au moins à l'actionnaire de confier ses droits à un représentant de son choix et de se déclarer en principe d'accord avec son vote. S'il ne veut pas cela, il peut lui donner des instructions à tout moment.

Article 697ss AP

Le droit d'exiger en tout temps des informations ne devrait pas pouvoir être exercé sans raison concrète et objective.

Article 701a AP

Pour les grandes sociétés, comme pour les plus petites entreprises dont les actionnaires sont dispersés géographiquement, la possibilité de plusieurs lieux de réunion présenterait de grands avantages.

Article 701c AP

L'ouverture à l'utilisation de moyens électroniques (convocation, octroi de procuration, etc.) constitue sans doute une réforme pertinente.

Article 754 AP (responsabilité des administrateurs) et articles 755, 756 et 759 AP (responsabilité des organes de révision)

Les quelques modifications préconisées relativement à la responsabilité des organes de révision semblent adéquates (art. 755, 756 et 759).

Nous nous posons cependant la question de savoir s'il n'aurait pas été adéquat de réviser aussi les règles relatives à la responsabilité des administrateurs (organes de fait de la société). Ne devrait-on pas, à l'article 754 al. 1 CO, préciser, voir donner des exemples non exhaustifs de cas dans lesquels les administrateurs d'une société manquent par négligence à leurs devoirs ?

Articles 957ss AP : droit comptable*En général*

1. Les nouvelles dispositions de reddition des comptes s'inspirent fortement des normes concernant les sociétés anonymes. Elles sont par conséquent parfois peu logiques, par exemple pour une entreprise individuelle, et conduisent à un surcroît de travail administratif, ce que la Confédération veut justement empêcher, par ailleurs, avec son programme d'action d'allègement administratif des PME. En outre, les règles détaillées sont très rigides, ce qui va à l'encontre du désir de flexibilisation.

2. Le droit en vigueur exige la tenue en bonne et due forme des livres comptables, selon le genre et l'ampleur de l'affaire, afin de déterminer la situation financière, les créances, les dettes ainsi que les résultats de l'exercice. Cette réglementation laisse évidemment beaucoup de marge de manœuvre pour la présentation et l'organisation. Les normes proposées sont en revanche rigides et laissent peu de marge de manœuvre aux entreprises pour l'adaptation des dispositions à leur importance économique. Les dispositions sont certes classées d'après l'importance économique des entreprises; toutefois, les échelons n'existent qu'en petit nombre et sont placés de manière peu heureuse. Les nouvelles prescriptions en matière de présentation des comptes impliquent sans doute une dépense supplémentaire pour de petites entreprises.

3. Certaines dispositions appellent les remarques complémentaires suivantes.

Article 958c al. 1 AP

La deuxième phrase de l'article 958c al. 1 (« Il n'y a pas lieu de présenter séparément les postes qui affichent un montant nul ou insignifiant pour l'exercice sous revue ») devrait être biffée. Il serait en effet judicieux, pour des raisons de transparence, que de tels postes soient également présentés de manière séparée.

Article 958c al. 3 AP

L'article 958c al. 3 devrait être modifié de la manière suivante : « La comptabilité est dressée en monnaie nationale ou dans la monnaie dans laquelle se déroule essentiellement l'activité d'exploitation. Les valeurs sont exprimées en monnaie nationale dans les comptes annuels. Les montants en monnaies étrangères sont convertis au cours de devises à la date de clôture du bilan. Les cours de conversion utilisés sont mentionnés dans l'annexe. »

La tenue de la comptabilité dans la monnaie fonctionnelle doit toujours être admise. Toutefois, les valeurs doivent obligatoirement, comme jusqu'ici, être indiquées en monnaie nationale dans les comptes annuels. La publication du taux de conversion dans l'annexe répond au principe de la transparence.

Article 959a AP

La manière de traiter le « stock commercial » de propres actions, en particulier auprès des banques, devait être mentionnée dans le message en relation avec l'article 959a.

Les réserves pour l'acquisition de propres actions sont traitées dans le rapport explicatif concernant l'avant-projet sous le point 3.1.25 « art. 671, 671a, 671b, 672, 673, 674. Le « stock commercial » de propres actions n'y figure toutefois pas.

Article 959a al. 4 AP

L'article 959a al. 4 devrait être modifié de la manière suivante : « Les créances et les dettes envers les associés et les organes de la société, ainsi qu'entre entreprises sous une direction unique, sont comptabilisées séparément. »

Le texte retenu dans l'avant-projet « ou envers des sociétés dans lesquelles l'entreprise détient une participation » conduit en effet à limiter l'application de l'article susmentionné à des relations avec des sociétés filles. Cela n'est pas complet, étant donné que les créances et les dettes entre entreprises liées, notamment entre sociétés-mères et sociétés-sœurs, doivent également ressortir de manière distincte. Avec ce nouveau texte « ainsi qu'entre entreprises sous une direction unique », toutes les sociétés du groupe sont concernées.

Article 960e al. 4 AP

La première phrase de l'article 960e al. 4 devrait être modifiée de la manière suivante : « Les provisions qui ne se justifient plus doivent obligatoirement être dissoutes ».

L'article 58 al. 1b de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD) exige que les provisions qui ne sont plus justifiées par l'usage commercial entrent dans le calcul du bénéfice net, c'est-à-dire qu'elles doivent être dissoutes. Le fait de ne pas prévoir à l'article 960e al. 4 la dissolution dans le bilan commercial de provisions qui ne sont plus justifiées par l'usage commercial conduirait à une différence indésirable entre le bilan commercial et le bilan fiscal. Selon l'article 960f, cette différence devrait être corrigée dans l'exercice commercial où la décision de taxation est entrée en force, étant donné que ces provisions n'ont pas été reconnues par les autorités fiscales dans la procédure de taxation. Avec une modification correspondante de l'article 960e al. 4, cette correction ne serait plus nécessaire et la procédure serait fortement simplifiée.

En outre, les provisions qui ne sont plus justifiées par l'usage commercial devraient être dissoutes en raison des principes de la transparence.

Article 960f AP

Les dispositions transitoires des titres vingt-sixième et trente-deuxième devraient préciser le traitement des réserves latentes imposées qui existent déjà avant l'entrée en vigueur de cet article.

En vous remerciant de nous avoir consultés, nous vous prions d'agréer, Monsieur le Conseiller fédéral, l'expression de notre haute considération.

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

Le Président:

Cl. GRANDJEAN



La Chancelière:

D. GAGNAUX

Fribourg, le 16 mai 2006

Révision du droit de la société anonyme et du droit comptable dans le CO

Procédure de consultation

En général :

Si le projet soumis en consultation doit être approuvé à plus d'un titre, ce dernier suscite cependant quelques remarques et critiques, développées ci-dessous.

Le Conseil d'Etat du canton de Genève estime que la codification prévue par les articles 701a à f et 702, relative au lieu de réunion de l'AG et au recours aux médias électroniques, va trop loin : elle fige dans la loi des règles strictes dans un domaine en pleine évolution. Mieux vaudrait prévoir un système permettant plus de souplesse.

Article par article :

Art. 627

6. la durée de la société;

Est-ce encore utile d'indiquer la durée de la société ? En pratique, 99,9 % des sociétés sont constituées pour une durée indéterminée.

Art. 634a

² En cas d'assainissement, la compensation d'une créance vaut comme couverture même si la créance n'est plus entièrement couverte par les actifs, pour autant que la société ait encaissé des liquidités à concurrence de la totalité du montant de la créance. Demeurent réservées les dispositions relatives à la perte de capital et au surendettement.

Le libellé de cette disposition est obscur.

Art. 653i

³ La décision de modification des statuts ne requiert pas la forme authentique.

Pourquoi la forme authentique est-elle supprimée dans ce cas particulier ?

Art. 653j

I. Réduction du capital-actions

1. Réduction ordinaire

a. Décision de réduction

[...]

² Le capital-actions ne peut être réduit à un montant inférieur à 100 000 francs que s'il est simultanément remplacé par du capital-actions nouveau, à libérer entièrement à concurrence de ce montant.

Pourquoi serait-il nécessaire de libérer entièrement le nouveau capital en cas de réduction et d'augmentation simultanée ? Cette disposition est apparemment en contradiction avec l'article 653o.

Art. 653o

2. Réduction et augmentation simultanées du capital-actions

a. Principe

Il n'est pas nécessaire d'adapter les statuts lorsque le capital-actions est réduit et remplacé simultanément par du capital nouveau et entièrement libéré à concurrence du montant antérieur. Les dispositions régissant l'augmentation ordinaire du capital-actions ne s'appliquent pas.

Dès lors que les dispositions régissant l'augmentation ordinaire du capital-actions sont inapplicables, suivant quelles dispositions le capital est-il émis ?

Art. 678

¹ Les actionnaires, les membres du conseil d'administration et de la direction ainsi que les personnes qui leur sont proches, qui ont perçu indûment des dividendes, des tantièmes, d'autres parts de bénéfice ou des intérêts intercalaires, sont tenus à restitution.

² Ils sont également tenus de restituer les autres prestations de la société qui sont en disproportion avec leur contre-prestation.

³ Le droit à la restitution de prestations appartient à la société. L'action en restitution peut aussi être introduite par un actionnaire ou un créancier.

⁴ L'obligation de restitution se prescrit par dix ans à compter de la réception de la prestation.

Cette disposition est censée offrir une protection indirecte aux créanciers de la société, qui pourront agir en restitution. L'article 697 quinquies du projet n'offre le droit, pour les sociétés non cotées, de demander des informations qu'aux actionnaires. Comment pourront agir les créanciers d'une société non cotée ?

Art. 680

F. (...)

I. (...)

¹ La société ne peut imposer aux actionnaires d'autres obligations que celles prévues par la loi.

² Pour acquérir leurs actions, les actionnaires ne peuvent être tenus de verser un montant excédant celui qui a été fixé lors de l'émission.

³ Les versements libératoires ne peuvent être restitués aux actionnaires.

Cette disposition permet-elle de trancher définitivement la question des droits de préemption statutaires ?

Art. 689d

c. Actions cotées en bourse

¹ Les sociétés dont les actions sont cotées en bourse désignent un représentant indépendant avant chaque assemblée générale.

² Le représentant indépendant s'abstient de voter lorsqu'il n'a reçu aucune instruction.

³ Abrogé.

Quid de la possibilité de désigner un représentant de son choix ?

Art. 699

³ Des actionnaires peuvent requérir la convocation de l'assemblée générale si, ensemble, ils disposent au moins :

1. de 5 % du capital-actions ou des voix;
2. d'actions pour une valeur nominale d'un million de francs; ou
3. d'actions pour une valeur boursière de cinq millions de francs.

Quel est le moment déterminant pour la valeur des actions ? Le cours de clôture ?

Art. 699a

² L'inscription d'un objet à l'ordre du jour doit être requise par écrit au plus tard 40 jours avant l'assemblée générale.

Comment mettre en application ce délai de 40 jours dès lors que le délai légal pour convoquer une AG est de 20 jours (art. 700 al. 1 AP) ?

Art. 716a

2. Attributions intransmissibles

¹ Le conseil d'administration a les attributions intransmissibles et inaliénables suivantes :

1. exercer la haute direction de la société et établir les instructions nécessaires;

La notion de haute direction pose actuellement beaucoup de problème d'interprétation. Ne pourrait-on saisir l'occasion de la révision pour la remplacer ou l'explicitier ?

Art. 717a

2. Conflits d'intérêts

¹ Les membres du conseil d'administration et de la direction annoncent leurs conflits d'intérêts au président sans retard et intégralement.

² Le conseil d'administration adopte les mesures qui s'imposent afin de préserver les intérêts de la société.

³ La décision portant sur l'obligation de récusation est prise sans la personne concernée.

La méthodologie de l'annonce des conflits d'intérêt est satisfaisante, mais ne devrait-on pas prévoir un alinéa comprenant quelques règles matérielles définissant la notion-même de conflit d'intérêt ?

Art. 928

B. Publicité

I. En général

² Les inscriptions, les statuts et les actes de fondation peuvent être consultés gratuitement en ligne.

Quels documents sont visés par la notion d'acte de fondation ? Quid des annexes, telles que les éventuels contrats et rapports ?

Art. 943a

IX. Responsabilité pour les émoluments et les frais

¹ Le paiement des émoluments et des frais incombe personnellement et solidairement à :

1. le sujet de droit;

2. toutes les personnes qui requièrent ou auraient dû requérir une inscription ou qui exigent un acte d'autorité.

² Les membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration qui quittent leur fonction répondent du paiement des émoluments et débours pendant un an à compter de leur radiation du registre du commerce.

La formulation de cette disposition est moins complète que celle de l'article 21 de l'ordonnance sur les émoluments en matière de Registre du Commerce, notamment en ce qui concerne les mandataires (avocats, notaires, etc.). Il serait souhaitable de reprendre de l'article 21 de l'ordonnance précitée la qualification suivante : *celui qui présente une réquisition d'inscription ...*

* * *

*

Eidgenössisches
Justiz- und Polizeidepartement
3003 Bern

Glarus, 23. Mai 2006

Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht Vernehmlassungsverfahren

Hochgeachteter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 7. Dezember 2005 haben Sie uns zur Vernehmlassung zum Vorentwurf des Bundesrates zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht eingeladen.

Vorab möchten wir festhalten, dass wir uns mit dem Vorentwurf zur Revision grundsätzlich einverstanden erklären können. Die Vorschläge des Bundesrates führen zu einer wesentlichen Stärkung des Schutzes der Aktionäre, indem die Corporate Governance verbessert wird. Positiv zu beurteilen sind ebenso die weiteren geplanten Änderungen, wie die Neuregelung der Kapitalstrukturen, Aktualisierung der Bestimmungen der Generalversammlung sowie die Neuregelung der Rechnungslegung.

1. Im Einzelnen sind im Vorentwurf folgende wesentlichen Änderungen zu erwähnen:

Corporate Governance

- Offenlegung der Vergütungen an die Organe (Art. 697quater)
- Stärkung des Auskunfts- und Einsichtsrechts der Aktionäre (Art. 697)
- Vereinfachung des Traktandierungsrechts (Art. 699)
- Jährliche Einzelwahl der Verwaltungsratsmitglieder (Art. 710)
- Verbesserte Information der Aktionäre über die Generalversammlung (Art. 702)
- Erweiterung der Klage auf Rückerstattung von Leistungen (Art. 678)
- Abschaffung der Depot- und Organvertretung (Art. 689)
- Bekanntgabe von Interessenkonflikten im Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung dem Verwaltungsratspräsidenten (Art. 717a)
- Ausschluss der gegenseitigen Einflussnahme auf die Festsetzung der Honorare (Art. 707 Abs. 3)

Kapitalstrukturen

- Aufhebung der Inhaberaktie (Art. 622)
- Möglichkeit der Delegation einer Kapitalherabsetzung an den Verwaltungsrat, sog. Kapitalband (Art. 653r); von uns bevorzugte Variante
- Verzicht auf einen Aktien-Mindestnennwert (Art. 622 Abs. 2)

Generalversammlung

- Möglichkeit der Durchführung der Generalversammlung an verschiedenen Orten gleichzeitig unter unmittelbarer Übertragung der diversen Voten in Bild und Ton (Art. 701a Abs. 2 u. 3)
- Möglichkeit der Durchführung der Generalversammlung ausschliesslich mit elektronischen Mitteln ohne Tagungsort (Art. 701d)

Rechnungslegung

- Einheitliche Regelung für alle Rechtsformen des Privatrechts (Art. 957 Abs. 1)
- Differenzierung der Buchführung nach Unternehmensgrösse (Art. 957a Abs. 4)

2. Keinen Eingang in den Vorentwurf gefunden haben insbesondere folgende die Rechte der Aktionäre stärkende Regelungen:

- Zuständigkeit der Generalversammlung für die Genehmigung der Entschädigungspolitik das oberste Management betreffend.
- Zuständigkeit der Generalversammlung für die Wahl des Verwaltungsratspräsidenten
- Befugnis der Generalversammlung, vom Verwaltungsrat Berichte über spezifische Themen zu fordern
- Behandlung der nicht eingetragenen Namenaktien

Aus unserer Sicht ist es sinnvoll, die Aufnahme dieser Punkte in das revidierte Aktienrecht zu prüfen, zumal dadurch die Corporate Governance einen weiteren sinnvollen Ausbau erfahren würde. Eine Regelung mit dem Inhalt, dass die Generalversammlung für die Genehmigung der Entschädigungspolitik das oberste Management betreffend zuständig ist, erachten wir allerdings als zwingend notwendig.

3. Hinsichtlich der Neuregelung der Rechnungslegung möchten wir auf die Ausführungen der Schweizerischen Steuerkonferenz vom 23. Februar 2006 verweisen. Darin werden im Wesentlichen folgende Anmerkungen vorgebracht:

Art. 958c Abs. 1

Der zweite Satz im Art. 958 c Abs. 1 ("Positionen, die in der Berichtsperiode keinen oder nur einen unwesentlichen Betrag aufweisen, brauchen nicht separat aufgeführt zu werden") ist zu streichen.

Begründung:

Es wäre aus Gründen der Transparenz zu begrüssen, wenn auch *solche* Positionen separat aufgeführt würden.

Art. 958c Abs. 3

Der Art. 958c Abs. 3 ist auf den folgenden Wortlaut zu ändern: "Die Buchführung erfolgt in der Landeswährung oder in der für die Geschäftstätigkeit der Organisation wesentlichen Währung. Für die Jahresrechnung müssen die Werte in der Landeswährung angegeben werden. Fremdwährungspositionen werden zum Devisenkurs am Bilanzstichtag eingesetzt. Der verwendete Umrechnungskurs ist im Anhang offen zu legen."

Begründung:

Die Buchführung in der funktionalen Währung soll weiterhin gestattet werden. In der Jahresrechnung müssen aber, wie bisher, die Werte zwingend in der Landeswährung angegeben werden. Die Offenlegung des Umrechnungskurses im Anhang entspricht dem Grundsatz der Transparenz.

Art. 959a

In der Botschaft ist zu Artikel 959a zusätzlich zu erwähnen, wie der "Handelsbestand" von eigenen Aktien, insbesondere bei Banken, zu behandeln ist.

Begründung:

Im Begleitbericht zum Vorentwurf wird unter Punkt 3.1.25 "Art. 671, 671a, 671b, 672, 673, 674: Reserven" der Erwerb eigener Aktien behandelt. Dabei wird aber nicht auf den "Handelsbestand" von eigenen Aktien eingegangen.

In der Botschaft ist zu beschreiben, wie mit dem "Handelsbestand" der eigenen Aktien (darunter ist gemäss Art. 25a Abs. 3 der Verordnung über die Stempelabgaben die Gesamtheit der liberierten Titel, welche der gewerbsmässige Effektenhändler mit der Absicht der Weiterveräusserung für eigene Rechnung erworben hat zu verstehen) vorzugehen ist.

Art. 959a Abs. 4

Der Art. 959a Abs. 4 ist folgendermassen zu ändern:

"Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern und Organen, sowie zwischen Unternehmen, die unter einheitlicher Leitung stehen, müssen gesondert ausgewiesen werden."

Begründung:

Der Wortlaut "oder gegenüber Unternehmen, an denen eine Beteiligung besteht" führt zu einer Beschränkung der Anwendung des obgenannten Artikels im Unternehmensverbund auf Tochtergesellschaften. Dies ist nicht vollständig, da Forderungen und Verbindlichkeiten im Unternehmensverbund u.a. ebenfalls gegenüber Mutter- und Schwesterngesellschaften gesondert ausgewiesen werden sollten. Mit dem neuen Wortlaut "sowie zwischen Unternehmen, die unter einheitlicher Leitung stehen" sind sämtliche Beziehungen im Unternehmensverbund abgedeckt.

Art. 960e Abs. 4

Der erste Satz im Art. 960 e Abs. 4 ist folgendermassen zu ändern:

"Nicht mehr begründete Rückstellungen müssen aufgelöst werden."

Begründung:

Art. 58 Abs. 1b des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG) verlangt, dass geschäftsmässig nicht begründete Rückstellungen in die Berechnung des Reingewinnes einfließen, d.h. aufgelöst werden müssen.

Eine in Art. 960e Abs. 4 vorgesehene Nichtauflösung von nicht mehr begründeten Rückstellungen in der Handelsbilanz würde somit zu einer unerwünschten Differenz zwischen Handelsbilanz und Steuerbilanz führen.

Aufgrund von Art. 960f müsste diese Differenz in dem Geschäftsjahr, in dem die Veranlagung rechtskräftig wird, korrigiert werden, da diese Rückstellungen von den Steuerbehörden im Veranlagungsverfahren nicht anerkannt werden. Mit einer entsprechenden Änderung des Art. 960e Abs. 4 wäre diese Korrektur nicht notwendig und würde das Verfahren stark vereinfachen. Zudem sollten nicht mehr begründete Rückstellungen auch nach dem Grundsatz der Transparenz aufgelöst werden.

Art. 960f

In den Übergangsbestimmungen zum sechszwanzigsten und zweiunddreissigsten Titel ist aufzuzeigen, wie versteuerte stille Reserven, die bereits vor dem Inkraftsetzen dieses Artikels bestanden, zu behandeln sind.

Steuerlich relevante Artikel, welche nach Ansicht der ESTV noch zu ändern oder einzufügen sind:

Art. 699

Es ist neu folgender Abs. 2bis einzufügen: "Wird nach Art. 727a Abs. 4 E OR eine eingeschränkte Revision verlangt, hat die Generalversammlung ihre Befugnisse nach Art. 698 Abs. 2 spätestens 3 Monate nach ihrer ordentlichen Durchführung auszuüben."

Begründung:

Art. 727a Abs. 4 E OR lautet: "Haben Aktionäre auf eine eingeschränkte Revision verzichtet, so gilt, dieser Verzicht auch für die nachfolgenden Jahre. Jeder Aktionär hat jedoch das Recht, spätestens 10 Tage vor der Generalversammlung eine eingeschränkte Revision zu verlangen. Die Generalversammlung muss diesfalls die Revisionsstelle wählen."

Damit diese "nachträglich" verlangte eingeschränkte Revision in einem zeitgerechten Rahmen erfolgt, schlagen wir die obgenannte Einfügung vor.

Art. 959c

Abs. 1 neu ist durch folgende Ziff. 3 zu ergänzen (mit der Folge, dass die bisherige Ziff. 3 zu Ziff.4 wird): "Angaben zu allen Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen."

Begründung:

Es wäre zu begrüssen, wenn im Anhang Angaben zu allen Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen aufgeführt werden. Diese Offenlegung führt zu einer erhöhten Transparenz der Jahresrechnung.

Art. 960

Abs. 3 soll folgendermassen lauten:

"Die Werte müssen jährlich überprüft und gegebenenfalls angepasst werden."

Begründung:

Gemäss Art. 960 Abs. 3 sind die Werte zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen, wenn konkrete Anzeichen für eine Überbewertung von Aktiven oder für zu geringe Rückstellungen bestehen.

Zwecks Einhaltung des Niederstwertprinzips und der Grundsätze der ordnungsmässigen Rechnungslegung gemäss Art. 958b Abs. 1 halten wir eine jährliche Überprüfung der Werte als notwendig.

Art. 960b

Ist durch folgenden Satz am Ende von Abs. 3 zu ergänzen:

"Solche Schwankungsreserven sind jedoch nicht zulässig, soweit dadurch sowohl der Kurs am Bilanzstichtag als auch der Anschaffungswert unterschritten würde."

Begründung:

Art. 960b Abs. 3 sieht vor, dass wenn Wertschriften und Handelswaren zum Kurs am Bilanzstichtag bewertet werden, Schwankungsreserven gebildet werden dürfen, um dem Kursverlauf Rechnung zu tragen. Damit sind wir grundsätzlich einverstanden. Ohne unsere obgenannte Ergänzung dürfen Schwankungsreserven in der Handelsbilanz in willkürlicher Höhe gebildet werden. Da dies bei der Veranlagung zu Korrekturen durch die Steuerbehörden und aufgrund des umgekehrten Massgeblichkeitsprinzips gemäss Art. 960f zu Korrekturen in der Handelsbilanz führt, erachten wir eine Einschränkung der Höhe der Schwankungsreserven im Sinne der Anwendung des Niederstwertprinzips als angebracht.

Genehmigen Sie, hochgeachteter Herr Bundesrat, sehr geehrte Damen und Herren, den Ausdruck unserer vorzüglichen Hochachtung.

Im Namen des Regierungsrates

Der Landammann:

Der Ratsschreiber:

Robert Marti

lic. iur. Hansjörg Dürst

versandt am: 24. Mai 2006



Hôtel du Gouvernement-2, rue de l'Hôpital, 2800 Delémont

Monsieur le Conseiller fédéral
Christoph Blocher
Chef du Département fédéral
de justice et police
Palais fédéral
3003 Berne

Eidgenössisches
Amt für das Handelsrecht

13: MAI 2006

Hôtel du Gouvernement
2, rue de l'Hôpital
CH-2800 Delémont

t +41 32 420 51 11
f +41 32 420 72 01
chancellerie@jura.ch

Delémont, le 16 mai 2006

Révision du droit de la société anonyme et du droit comptable dans le CO Procédure de consultation

Monsieur le Conseiller fédéral,

Par la présente, le Gouvernement de la République et Canton du Jura a l'avantage de vous faire parvenir sa prise de position dans le cadre de la procédure de consultation citée en marge.

D'une manière générale, nous tenons à saluer le projet de révision, dont les modifications proposées nous apparaissent, en particulier en ce qu'elles auront pour effet d'alléger en grande partie des aspects procéduraux qui étaient jusque-là assez lourds, comme bénéfiques pour les sociétés anonymes.

A ce titre, nous trouvons particulièrement intéressantes la modification de la procédure de réduction du capital aux nouveaux articles 653j à 653n de l'avant-projet qui, non seulement, clarifie cette procédure, mais offre également une meilleure protection des créanciers, ainsi que la modernisation des règles concernant l'assemblée générale, qui offre l'avantage de prendre en compte les évolutions électroniques et techniques de ces dernières années.

Quant à la réforme du droit comptable, qui prévoit des règles unifiées pour toutes les formes de droit relevant du droit privé aux articles 957 et suivants de l'avant-projet, elle présente l'avantage appréciable de supprimer les nombreux renvois existants, dans le CO, en matière de comptabilité commerciale.

Bien que nous considérons cet avant-projet comme très bien étayé, il appelle tout de même deux remarques de notre part.

La première concerne le nouvel article 634a, alinéa 2, de l'avant-projet. Comme mentionné dans le rapport explicatif, cet article consacre le principe fort contesté dans la pratique et la doctrine de l'admissibilité d'une libération par compensation lors d'une augmentation du capital aux fins d'assainissement.

En effet, bien que l'augmentation du capital-actions de la société anonyme grâce à la libération par compensation soit aujourd'hui majoritairement admise, la question de cette augmentation aux fins d'assainissement n'a toujours pas été réglée.

Selon le rapport explicatif, admettre une libération par compensation lors d'une augmentation du capital-actions aux fins d'assainissement serait bénéfique aussi bien pour les créanciers que pour les autres associés de la société anonyme. En effet, le créancier pourrait libérer le prix d'achat de ses actions au moyen d'une créance dont la valeur est partiellement diminuée et les autres associés pourraient, alors, profiter de la réduction de l'endettement de la société anonyme.

Ces deux justifications nous semblent suffisantes pour admettre la libération par compensation aussi en cas d'assainissement.

La deuxième remarque porte sur l'article 659 de l'avant projet, qui fixe un plafond de 20 % lorsque la société anonyme acquiert ses propres actions en relation avec une restriction à la transmissibilité ou avec une action en dissolution. Le plafond de 20 % a donc été étendu, dans l'avant-projet, à l'action en dissolution.

Comme précisé dans le rapport explicatif, ce plafond de 20 % est en contradiction avec le droit européen qui fixe, lui, un plafond général de 10 % pour l'acquisition par la société de ses propres actions (art. 19 de la Directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976).

L'élévation de ce plafond doit être mise en relation avec l'article 736, chiffre 4, de l'avant-projet qui abaisse quant à lui le seuil demandé pour agir en dissolution à 5 %, alors qu'il est fixé à 10 % dans le droit actuel.

Ces deux modifications sont souhaitées afin de garantir une meilleure protection des actionnaires minoritaires. En effet, en abaissant le seuil demandé pour pouvoir agir en dissolution, l'avant-projet permet à une plus petite partie des actionnaires (et donc aux actionnaires minoritaires) d'intenter cette action. L'élévation du plafond à 20 % pour le rachat de ses propres actions par la société permet en outre à un plus grand nombre d'actionnaires minoritaires d'aliéner leurs actions à la société qui pourra alors choisir une autre solution que la dissolution.

En conséquence, bien que l'élévation de ce plafond soit en contradiction avec le droit européen, il nous apparaît que son adoption sera bénéfique aussi bien pour la société que pour ses actionnaires minoritaires. Pour cette raison, nous nous montrons favorables au nouveau plafond de 20 % instauré par l'avant-projet.

En dernier lieu, l'avant-projet nous soumet deux variantes concernant les procédures d'augmentation et de réduction du capital-actions et nous demande de prendre position pour l'une ou l'autre des alternatives. La première variante propose une marge de fluctuation du capital

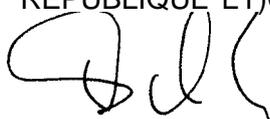
(art. 653r à 653y de l'avant-projet) alors que la seconde variante propose une réduction autorisée du capital-actions (art. 6521 à 653u de l'avant-projet, annexe 2).

A notre avis, la première variante, instaurant une marge de fluctuation du capital, permet une meilleure protection des créanciers, compte tenu du fait que les mesures de protection interviennent dès la décision de l'assemblée générale, et représente par là même un avantage important pour la société anonyme.

Nous prenons donc position pour la première variante proposée dans l'avant-projet.

En vous remerciant de nous avoir associés à la consultation, nous vous prions de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, à l'expression de notre parfaite considération.

AU NOM DU GOUVERNEMENT DE LA
RÉPUBLIQUE ET CANTON DU JURA



Laurent Schaffter
Vice-président



Sigismond Pacquod
Chancelier d'Etat





**Justiz- und Sicherheitsdepartement
des Kantons Luzern**

Postfach 4168
Bahnhofstrasse 15
6002 Luzern

Eidgenössisches Justiz- und Poli-
zeidepartement

3003 Bern

Luzern, 23. Mai 2006
RRB-Nr. 603

**Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts (OR)
Vernehmlassung**

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und gestatten uns im Namen und Auftrag des Regierungsrates die folgenden Bemerkungen:

I. Allgemeines

Wir begrüssen die umfassende Gesetzesrevision und die damit verbundenen Zielsetzungen. Wir unterstützen mit Ausnahme der nachfolgend detailliert dargelegten Vorbehalte namentlich:

- die Bestrebungen zur Verbesserung der Corporate Governance bzw. zur Stärkung der Aktionärsrechte,
- die Neuregelung der Kapitalstrukturen, wobei wir das Kapitalband als flexiblere Variante gegenüber einer Modifikation der genehmigten Kapitalerhöhung bzw. -reduktion bevorzugen,
- die Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung sowie
- die Neuregelung der Rechnungslegung.

1. Verbesserung der Corporate Governance

Die gesetzliche Verankerung des Corporate Governance-Prinzips ist im Sinne der "check-and-balance" zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat und einer verbesserten Transparenz gegenüber dem Aktionariat und der Öffentlichkeit zu begrüssen. Die Umsetzung soll gemäss Entwurf durch verschiedene Massnahmen erfolgen.

a. Offenlegung der Vergütungen an die Organe

Die Ausdehnung der Transparenzvorschriften auf die privaten d.h. nicht börsenkotierten Unternehmen ist im Sinne eines besseren Rechtsschutzes für Minderheitsaktionäre und Aktionäre, welche nicht an der Geschäftsführung beteiligt sind, zu befürworten. Dem erhöhten

Interesse an Vertraulichkeit in privaten Gesellschaften wird Rechnung getragen, indem die Honorarbezüge nicht im Geschäftsbericht publiziert werden, sondern durch ein spezielles Auskunftsrecht nur den Aktionärinnen und Aktionären zur Verfügung stehen. Diese Unterscheidung zu Publikumsgesellschaften rechtfertigt sich, da der Schutz der Minderheitsaktionäre gewährleistet wird und die Öffentlichkeit von den Geschäftsaktivitäten nicht-börsenkotierter Unternehmen weniger stark betroffen ist.

b. Stärkung der Aktionärsrechte

Die Änderungen bei den Auskunfts- und Einsichtsrechten, bei der Sonderuntersuchung, beim Einberufungs- und Traktandierungsrecht und beim Wahlrecht der Mitglieder des Verwaltungsrates stellen zum grössten Teil Nachführungen der Gerichtspraxis dar. Die Kodifizierung der Praxis des Bundesgerichts ist richtig. Die Senkung des Quorums auf 5% des Aktienkapitals oder Aktienbesitz im Nennwert von einer Million Franken für die Einberufung einer Sonderuntersuchung, sowie die Senkung des Schwellenwertes auf fünf Millionen Franken für das Einberufungs- und Traktandierungsrecht verbessert die Stellung der Aktionäre und Aktionärinnen und entspricht dem Ziel der Revision.

c. Offenlegung von Informationen durch das Handelsregister

Die Publikation des Geschäfts- und Revisionsberichts auf dem Internet sowie die Möglichkeit mit der Suchmaschine nach bestimmten Personen zu suchen entspricht wiederum dem Revisionsziel der erhöhten Transparenz. Die Bestimmungen müssen selbstverständlich mit den Bestimmungen des Datenschutzgesetzes vereinbar sein.

d. Dispoaktien

Wir bedauern, dass keine Regelung im Umgang mit Dispoaktion getroffen werden soll. Somit bleiben die in der Botschaft genannten Schwierigkeiten (Umgehung von Vinkulierungsbestimmungen, nicht Erreichen des Quorums bei GV-Beschlüssen u.a.) ungelöst. Von den geprüften Lösungsvorschlägen verdient die Variante den Vorzug, wonach Namenaktionärinnen und -aktionären, die sich nicht ins Aktienbuch eintragen lassen, kein Anspruch auf Dividende und andere vermögensmässige Rechte zustehen. Der Sinn und Zweck von Namenaktien besteht gerade darin, dass der Inhaber oder die Inhaberin solcher Papiere der Gesellschaft bekannt ist und die Vinkulierungsbestimmungen zum Tragen kommen.

e. Organisation des Verwaltungsrates

Wir sind einverstanden mit dem Vorschlag zur Regelung bei Interessenkonflikten.

f. Haftung der Revisionsstelle

Die Begrenzung der solidarischen Haftung der Revisionsstellen ist unter dem Gesichtspunkt der unterschiedlichen Funktionen der Organe gerechtfertigt. Dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung obliegen die Führung und die strategische Ausrichtung des Unternehmens. Die Revisionsstelle hat diese Tätigkeiten zu überprüfen, wobei sie nicht verpflichtet und berechtigt ist, strategische Entscheide zu korrigieren. Die Beschränkung der Solidarhaftung durch die Einführung von Haftungslimiten bei leichtem Verschulden scheint sach- und funktionsgerecht.

2. Neuregelung der Kapitalstrukturen

a. Wir erachten das Kapitalband als interessante neue Regelungsmöglichkeit, die innerhalb eines vorgegebenen Rahmens eine flexible Anpassung des Aktienkapitals durch den Verwaltungsrat erlaubt. Dem Verwaltungsrat wird es dadurch ermöglicht, den jeweiligen finanziellen Bedürfnissen der Gesellschaft kurzfristig und unkompliziert Rechnung zu tragen.

Die Vorverlegung des Gläubigerschutzes ist grundsätzlich sinnvoll. Angesichts der vorgesehenen Geltungsdauer des Kapitalbands verlieren die Vorkehrungen zum Schutz der Gläubiger gemäss Artikel 653v jedoch mit der Zeit an Bedeutung, zumal sich die Vermögenslage einer Gesellschaft innerhalb weniger Jahre drastisch zu verändern vermag. Der Prüfungsbericht

gemäss Artikel 653v Absatz 1 Ziffer 2 und Artikel 653m ist daher gegen Ende der Dauer des Kapitalbands weniger aussagekräftig. Andererseits bietet der Prüfungsbericht gemäss Artikel 653x den Gläubigern keinen hinreichenden präventiven Schutz. Wir schlagen vor, dieser Problematik durch eine Verkürzung der maximalen Geltungsdauer des Kapitalbands auf drei Jahre Rechnung zu tragen. Eine Alternative sehen wir darin, die Gesellschaft zu verpflichten, die Massnahmen zum Schutz der Gläubiger vor jedem Herabsetzungsbeschluss, welcher nach Ablauf von drei Jahren seit dem Beschluss der Generalversammlung gefällt wird, zu wiederholen.

Insgesamt geben wir der Variante 1 (Kapitalband) gegenüber der Variante 2 (genehmigte Kapitalerhöhung und -herabsetzung) den Vorzug, weil Variante 1 gegenüber Variante 2 gewisse Erleichterungen bietet. Nach Ablauf der Frist streicht der Verwaltungsrat die Bestimmungen über das Kapitalband aus den Statuten, sofern die Generalversammlung die Ermächtigung des Verwaltungsrats nicht verlängert (Art. 653s Abs. 2). Eine öffentliche Beurkundung der Streichung ist hier nicht notwendig (im Gegensatz zu Variante 2).

b. Einführung der nennwertlosen Aktie

Der Entwurf sieht die Einführung der sog. unechten nennwertlosen Aktie vor und verzichtet somit auf einen festgelegten gesetzlichen Mindestnennwert. Dies ist vertretbar und macht es bei entsprechender Stückelung für Kleinanleger interessant und möglich, sich an grossen Unternehmen zu beteiligen, deren Anteile sie sich andernfalls nicht leisten könnten. Das Gesamtkapital einer Gesellschaft ist aber doch zu jedem Zeitpunkt ersichtlich (im Gegensatz zur Situation bei der Ausgabe von echten nennwertlosen Aktien).

c. Inhaberaktie

Die Inhaberaktie soll abgeschafft werden. Funktionaler Bedeutungsverlust und Transparenzprobleme werden als Gründe genannt, was durchaus nachvollziehbar ist.

d. Partizipationsschein

Der Partizipationsschein bleibt eine Beteiligung ohne Mitwirkungsrechte. Die Anleger haben damit die Wahl, sich aktiv an einem Unternehmen zu beteiligen (Erwerb einer Aktie mit Stimmrecht), oder einfach nur ihr Geld anzulegen (Erwerb eines Partizipationsscheins). Dass sie dabei dasselbe Risiko tragen wie die Aktionäre und Aktionärinnen, nehmen die Partizipanten und Partizipantinnen in Kauf.

3. Aktualisierung der Regeln der Generalversammlung

Mit der Revision soll die rechtliche Grundlage einer "virtuellen" Durchführung der Generalversammlung geschaffen werden, sozusagen "E-Voting bei privaten Unternehmen". Die technischen Möglichkeiten bieten diese Vereinfachung und sollen analog dem öffentlichen Bereich auch im privaten Geschäftsbereich möglich sein. Spezielle Sorgfalt ist jedoch den technischen Voraussetzungen sowie den Datenschutzbestimmungen zu schenken.

4. Neuregelung der Rechnungslegung

Die erste Vorlage ist vor allem daran gescheitert, dass der Übergang zur "true and fair view"-Bilanzierung nicht ohne Steuerfolgen zu bewerkstelligen gewesen wäre. Dieses Problem konnte nur durch Beibehaltung des bestehenden Dualismus zwischen Einzelabschluss nach dem Obligationenrecht einerseits und den anerkannten Regelwerken andererseits gelöst werden. Im Einzelabschluss, der nach dem Massgeblichkeitsprinzip weiterhin Grundlage für die Ermittlung der Steuerfaktoren bildet, sind die bisherigen Wertansätze massgebend. Neu gelten jedoch die detaillierten Gliederungsvorschriften, die sich an die bisherigen aktienrechtlichen Normen anlehnen, für alle Rechtsformen von Unternehmungen, die im Handelsregister eingetragen werden müssen. Wir erachten es als sinnvoll, die Bestimmungen zur kauf-

männischen Buchführung in das Obligationenrecht einzufügen und auf das ursprünglich vorgesehene Gesetz für die Rechnungslegung zu verzichten.

II. Bemerkungen zu den einzelnen Gesetzesbestimmungen des Vorentwurfs (VE OR)

1. Aktienrecht

Artikel 622 i.V.m. Artikel 3 Übergangsbestimmung VE OR

Bei 15.25 % der 6040 Aktiengesellschaften mit Sitz im Kanton Luzern gibt es Inhaberaktien. Deren Abschaffung erscheint uns aus der im Begleitbericht zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht geäusserten Gründen sinnvoll (vgl. Ziff. 2.3.5.).

Artikel 633 Absatz 3 VE OR

Die Regelung hat zur Folge, dass WIR-Geld weiterhin nicht als gesetzliches Zahlungsmittel gilt, was wir als richtig erachten.

Artikel 634 Absatz 3 VE OR

Neu soll eine einzige Urkunde genügen, wenn mehrerer Grundstücke Gegenstand derselben Sacheinlage sind, auch wenn die Grundstücke in verschiedenen Kantonen liegen. Zuständig für die Beurkundung ist die Urkundsperson am Sitz der Gesellschaft. Dies steht zwar im Widerspruch zum Wortlaut von § 3 Absatz 2 des luzernischen Beurkundungsgesetzes und zur herrschenden Lehre, wonach für Sacheinlageverträge über Grundstücke grundsätzlich eine örtliche Beurkundungszuständigkeit am Ort der gelegenen Sache besteht. Angesichts der Einheitlichkeit des Regelungsgegenstands ist eine einheitliche Zuständigkeit der Urkundsperson am Sitz der Gesellschaft jedoch gerechtfertigt. Eine solche Zuständigkeit liegt auch im Interesse der Gesellschaft, welche damit im Rahmen einer Sacheinlage nicht mehrere öffentlich zu beurkundende Verträge abschliessen muss.

Artikel 653c Absatz 3 2. Satz VE OR

Wir zweifeln an der Praktikabilität der neuen Bestimmung. So dürfte in den meisten Fällen zum Zeitpunkt, in welchem das Vorwegzeichnungsrecht aufgehoben oder beschränkt wird, noch nicht absehbar sein, ob die neu ausgegebenen Titel durch die Aktionäre auf dem Markt zu angemessenen Bedingungen erworben werden können. Fraglich ist auch, weshalb die Bedingungen lediglich „angemessen“ und nicht gleich wie jene der neuen Optionsrechte zu sein brauchen. „Angemessene Bedingungen“ lassen Raum für eine Schlechterstellung der bisherigen Aktionäre und Aktionärinnen, die sachlich nicht begründet ist. Wir schlagen aus diesen Gründen vor, den zweiten Satz des Artikels 653c Absatz 3 VE OR ersatzlos zu streichen.

Artikel 653j Absatz 2 und Artikel 653o VE OR

Unserer Meinung nach ist es terminologisch falsch, wenn der Gesetzgeber hier von "voll einzubezahlendem Kapital" spricht, weil die Art der Einlage nicht nur bar, sondern auch durch Verrechnung und Sacheinlage erfolgen kann. „Voll einzubezahlendes Kapital“ ist durch „voll zu liberierendes Kapital“ zu ersetzen.

Artikel 653w VE OR

Diese Regelung ist unseres Erachtens nicht unproblematisch. Solange die Eintragung der Erhöhung im Handelsregister nicht erfolgt ist, stimmt das tatsächliche Aktienkapital nicht mit dem registrierten Aktienkapital überein. Die Eintragung kann nämlich aus irgendwelchen Gründen eine Verzögerung erfahren. Das Nichtübereinstimmen der tatsächlichen und registrierten Verhältnisse kann bei einer Sitzverlegung für Dritte unter Umständen problematisch sein.

Artikel 671 Absatz 1 VE OR

Bei Zuschüssen von Aktionären und nachträglich in der Handelsbilanz offen gelegten, verdeckten Kapitaleinlagen handelt es sich um Kapitalreserven. Da diese beiden Einzahlungsvarianten aber weder dem Agio (Art. 671 Abs. 1 Ziff. 1 VE OR) noch dem Kaduzierungsgewinn (Art. 671 Abs. 1 Ziff. 2 VE OR) zugeordnet werden können, regen wir an, eine neue Ziffer 3 mit der Bezeichnung „weitere Kapitaleinlagen“ in Artikel 671 Absatz 1 VE OR einzufügen. Zudem empfehlen wir, in der Botschaft darauf hinzuweisen, dass Kapitaleinlagen gemäss der Unternehmenssteuerreform II grundsätzlich steuerfrei zurück bezahlt werden können. Im Falle der Einbringung von Beteiligungen als Kapitaleinlage (Transponierung) ist dies aber ausnahmsweise nicht möglich, da latentes Einkommenssteuersubstrat untergehen würde. In den Übergangsbestimmungen zum 26. und 32. Titel sollte ausserdem die Behandlung von Agio, das vor dem Inkraftsetzen dieses Artikels einbezahlt wurde, erwähnt werden.

Artikel 680 Absatz 3 VE OR

Die Formulierung ist in ihrer Absolutheit nicht korrekt und gibt den Sinn der Bestimmung wohl unzutreffend wieder. Die Aktionärin oder der Aktionär selber ist auch unter neuem Recht nicht berechtigt, den von ihr oder ihm einbezahlten Betrag zurückzufordern. Hingegen ist es der Gesellschaft unter gewissen Voraussetzungen (weiterhin) möglich, den vom Aktionär oder von der Aktionärin einbezahlten Betrag zurückzuerstatten (Kapitalherabsetzung). Wir schlagen daher vor, an der bisherigen Formulierung von Artikel 680 Absatz 3 OR festzuhalten.

Artikel 689 Absatz 1 und Artikel 962a Absatz 3 VE OR

Der Geschäftsbericht ist künftig durch die Generalversammlung nicht mehr zu genehmigen (vgl. Art. 698 VE OR), weshalb Artikel 689 Absatz 1 VE OR entsprechend angepasst werden sollte (statt „Abnahme des Geschäftsberichts“ neu „Abnahme der Jahresrechnung“).

Artikel 689a Absatz 2 VE OR

Die qualifizierte elektronische Signatur ist der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt (Art. 14 Abs. 2 OR). Sie erfüllt ebenfalls das Schriftlichkeitserfordernis gemäss Artikel 12 ff. OR. Es ist unseres Erachtens daher fraglich, ob der Verwaltungsrat überhaupt berechtigt ist, eine elektronische Vollmacht mit qualifizierter Signatur zurückzuweisen. Jedenfalls gibt die Formulierung („anstelle einer schriftlichen Vollmacht ... eine elektronische Vollmacht mit einer qualifizierten elektronischen Signatur“) die Rechtslage missverständlich wieder, weshalb sie anzupassen oder sogar zu streichen ist.

Artikel 693 Absatz 3 Ziffer 3 VE OR

Die „Beschlussfassung über die Einleitung einer Sonderprüfung“ (Art. 697a VE OR) ist mit der „Einleitung einer Sonderuntersuchung“ (Art. 697b VE OR) nicht identisch. Die Einleitung einer Sonderuntersuchung folgt chronologisch allenfalls einer entsprechenden Beschlussfassung durch die Generalversammlung. Dasselbe gilt analog für die „Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage“ beziehungsweise die „Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage“ (Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 VE OR). Da eine materielle Änderung der bisherigen gesetzlichen Regelung weder sinnvoll ist noch beabsichtigt wird, ist die bisherige Formulierung beizubehalten.

Artikel 696 Absatz 3 VE OR

Die Generalversammlung beschliesst in der Regel nicht über die „Form“ des Geschäftsberichtes. Die entsprechende Formulierung ist unnötig und ergibt keinen Sinn. Der Zusatz „in der von der Generalversammlung genehmigten Form“ ist daher anlässlich der umfassenden Revision des Aktienrechts zu streichen, zumal inskünftig der Geschäftsbericht ohnehin nicht mehr durch die Generalversammlung zu genehmigen sein wird (vgl. Art. 698 VE OR).

Artikel 697^{bis} Absatz 1 VE OR

Der Klarheit halber empfehlen wir, die Bestimmung wie folgt zu ergänzen: „Die Geschäftsbücher und die Korrespondenzen können von jedem Aktionär eingesehen werden, sofern ...“. Damit wird klarer, dass es sich um ein Aktionärsrecht handelt. Zudem korrespondiert die Be-

stimmung in dieser Form besser mit Artikel 697 VE OR, der ebenfalls „jeden Aktionär“ für berechtigt erklärt.

Artikel 697e Absatz 2 VE OR

Analog zur Regelung des Auskunfts- und Einsichtsrechts sind Stellen des Berichts Dritten nicht vorzulegen, wenn sie irgendwelche „vorrangigen Interessen“ verletzen. Eine Einschränkung auf vorrangige Interessen der Gesellschaft fehlt in den Artikeln 697 Absatz 3 und 697^{bis} Absatz VE OR. Sie ist konsequenterweise auch an dieser Stelle zu streichen.

Artikel 717a Absatz 1 VE OR

Der Wortlaut der Bestimmung lässt offen, ob Mitglieder der Geschäftsleitung ihre Meldung an den Vorsitzenden der Geschäftsleitung oder an den Vorsitzenden des Verwaltungsrats erstatten müssen. Gemäss Begleitbericht zum Vorentwurf haben auch die Mitglieder der Geschäftsleitung dem Vorsitzenden des Verwaltungsrats Interessenkonflikte anzuzeigen (vgl. S. 83). Wir erachten diese Regelung unter Berücksichtigung der Aufgaben des Verwaltungsrats gemäss Artikel 716 ff. OR für unnötig und schlagen vor, dass Mitglieder des Verwaltungsrats den Vorsitzenden des Verwaltungsrats, Mitglieder der Geschäftsleitung jedoch den Vorsitzenden der Geschäftsleitung über Interessenkonflikte orientieren. Entsprechend würde auch der Verwaltungsrat über Interessenkonflikte von Mitgliedern des Verwaltungsrats und die Geschäftsleitung über Interessenkonflikte von Mitgliedern der Geschäftsleitung befinden und die nötigen Massnahmen im Sinne von Artikel 717a Absatz 2 VE OR ergreifen.

Artikel 856 sowie Artikel 559 Absatz 2 VE OR

Anstelle von „Genehmigung des Geschäftsberichts“ sollte es unseres Erachtens auch in diesen Bestimmungen „Genehmigung der Jahresrechnung“ heissen. Diese Terminologie stünde besser im Einklang mit den neuen Vorschriften und gäbe den Sachverhalt korrekt wieder, zumal weder in der Kollektivgesellschaft noch in der Genossenschaft der Geschäftsbericht zwingend der Genehmigung der Gesellschafter beziehungsweise Genossenschafterinnen bedarf (vgl. auch Art. 879 Abs. 2 Ziff. 2 VE OR).

Artikel 930 Absatz 2 VE OR

Wir erachten den Begriff „Einheit“ für unglücklich und vage und sprechen uns für die Beibehaltung der bisherigen Formulierung („der wirtschaftlichen Bedeutung des Unternehmens“) aus. Es ist unklar, ob und wie sich die neue „Einheit“ vom bisher verwendeten Begriff „Unternehmen“ unterscheidet. Aus Gründen der Klarheit und Rechtssicherheit ist von der entsprechenden Änderung des Gesetzeswortlauts abzusehen.

Artikel 943a Absatz 2 VE OR

Die Haftungsbestimmungen sind ziemlich rigide. Obwohl bereits die geltende Verordnung über die Gebühren für das Handelsregister teilweise eine entsprechende Regelung kennt, ist aus rechtssystematischen Gründen eine persönliche Haftung von ausserhalb der Gesellschaft stehenden Dritten, wie Notaren, Rechtsanwältinnen etc., abzulehnen. Diese Drittpersonen erfüllen mit der Anmeldung an das Handelsregisteramt vertragliche Pflichten. Sie handeln in der Regel als direkte Stellvertreter ihrer Auftraggeber. Für die Kosten haben gemäss Auftrags- und Stellvertretungsrecht somit einzig die Auftraggeber aufzukommen. Auch die neu vorgeschlagene Haftung von aus der Gesellschaft ausgetretenen Mitgliedern der obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgane für Gebühren, welche erst nach deren Ausscheiden anfallen, ist rechtlich nicht begründbar. Aus Geschäftsleitung oder Verwaltungsrat ausgetretene Mitglieder werden nach ihrem Ausscheiden von solchen Gebühren und den diesen zugrunde liegenden Anmeldungen in der Regel keine Kenntnis haben. Ausgetretene Mitglieder der Organe verfügen als Aktionärinnen und Aktionäre einzig über die auch den übrigen Beteiligten zustehenden Einsichts- und Auskunftsrechte. Eine Kenntnisgabe der den Gebühren zugrunde liegenden Sachverhalte an diese Personen verstösst folglich nicht nur gegen Geheimhaltungsverpflichtungen oder andere berechnete Interessen, sondern darüber hinaus auch gegen das Gleichbehandlungsgebot der Aktionäre. Die Haftungsbestimmung ist zu begrenzen und sachlogisch auf den Rechtsträger als solchen einzuschränken. Absatz 2 ist zu streichen.

2. Zur kaufmännischen Buchführung

Artikel 928a Absatz 2 VE OR

Dritte sollten bereits nach der Genehmigung durch das Eidg. Amt für das Handelsregister via Internet davon erfahren und nicht erst nach erfolgter Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt. Dadurch wird wertvolle Zeit gewonnen, was der Wirtschaft dient.

Artikel 958c Absatz 1 VE OR

Es wäre aus Gründen der Transparenz zu begrüßen, wenn auch Positionen, die in der Berichtsperiode keinen oder nur einen unwesentlichen Betrag aufweisen, separat aufgeführt würden. Wir regen an, den zweiten Satz in Artikel 958c Absatz 1 VE OR zu streichen.

Artikel 958c Absatz 3 VE OR

Die Buchführung in der funktionalen Währung sollte weiterhin gestattet werden. In der Jahresrechnung müssen aber, wie bisher, die Werte zwingend in der Landeswährung angegeben werden. Die Offenlegung des Umrechnungskurses im Anhang entspricht dem Grundsatz der Transparenz. Wir schlagen folgende Formulierung vor: „Die Buchführung erfolgt in der Landeswährung oder in der für die Geschäftstätigkeit der Organisation wesentlichen Währung. Für die Jahresrechnung müssen die Werte in der Landeswährung angegeben werden. Fremdwährungspositionen werden zum Devisenkurs am Bilanzstichtag eingesetzt. Der verwendete Umrechnungskurs ist im Anhang offen zu legen.“

Artikel 959a VE OR

In der Botschaft sollte bei diesem Artikel erwähnt werden, wie der „Handelsbestand“ von eigenen Aktien - insbesondere bei Banken - zu behandeln ist. Der Begleitbericht behandelt unter Punkt 3.1.25 (Art. 671, 671a, 671b, 672, 673, 674 VE OR: "Reserven") den Erwerb eigener Aktien, geht jedoch nicht auf den Handelsbestand eigener Aktien ein. Es wäre sinnvoll in der Botschaft zu beschreiben, wie mit dem Handelsbestand eigener Aktien (darunter ist gemäss Artikel 25a Absatz 3 der Verordnung über die Stempelabgaben die Gesamtheit der liberierten Titel, welche der gewerbsmässige Effektenhändler mit der Absicht der Weiterveräusserung für eigene Rechnung erworben hat zu verstehen) vorzugehen ist. In Absatz 4 führt der Wortlaut „oder gegenüber Unternehmen, an denen eine Beteiligung besteht“ zu einer beschränkten Anwendung des Artikels im Unternehmensverbund auf Tochtergesellschaften. Dies ist nicht vollständig, da Forderungen und Verbindlichkeiten im Unternehmensverbund u. a. auch gegenüber Mutter- und Schwestergesellschaften gesondert ausgewiesen werden sollten. Wir schlagen deshalb vor, Artikel 959a Absatz 4 VE OR folgendermassen anzupassen: „Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern und Organen oder gegenüber Unternehmen, an denen eine Beteiligung besteht, sowie zwischen Unternehmen, die unter einheitlicher Leitung stehen, müssen gesondert ausgewiesen werden.“

Artikel 959c VE OR

Im Sinne der Transparenz wäre es zu begrüßen, wenn im Anhang Angaben zu allen Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen aufgeführt würden. Wir regen an, eine neue Ziffer 3 in Artikel 959 c Absatz 1 VE OR "Angaben zu allen Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen" einzufügen mit der Folge, dass die bisherige Ziffer 3 zu Ziffer 4 wird.

Artikel 960 VE OR

Wir befürchten Abgrenzungsprobleme zwischen den verbotenen gewillkürten Reserven (Art. 960 Abs. 2 VE OR) und den erlaubten zusätzlichen Abschreibungen und Wertberichtigungen (Art. 960a Abs. 4 VE OR). Aus betriebswirtschaftlicher Sicht sind alle Abschreibungen, welche die nach der Dauer der Nutzung orientierten und um allfällige aus unvorhergesehenen Ereignissen resultierenden Wertberichtigungen korrigierten Werte überschreiten, nicht gerechtfertigt und somit willkürlich. Abschreibungen müssen aufgelöst werden, wenn sie von den Behörden nicht anerkannt werden (Art. 960f VE OR). Es stellt sich deshalb die Frage, ob der zweite Teilsatz von Artikel 960 Absatz 2 VE OR notwendig ist. Gemäss Artikel 960 Absatz 3 VE OR sind die Werte zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen, wenn konkrete Anzeichen für eine Überbewertung von Aktiven oder für zu geringe Rückstellungen beste-

hen. Zwecks Einhaltung des Niederstwertprinzips und der Grundsätze der ordnungsmässigen Rechnungslegung nach Artikel 958b Absatz 1 VE OR halten wir eine jährliche Überprüfung der Werte für angebracht, weshalb wir folgende Formulierung von Absatz 3 vorschlagen: „Die Werte müssen jährlich überprüft und gegebenenfalls angepasst werden.“

Artikel 960b VE OR

Die Bestimmung sieht vor, dass zur Berücksichtigung des Kursverlaufes Schwankungsreserven gebildet werden dürfen, wenn Wertschriften und Handelswaren zum Kurs am Bilanzstichtag bewertet werden. Damit sind wir grundsätzlich einverstanden. Mit der jetzigen Formulierung wäre jedoch die Bildung von Schwankungsreserven in willkürlicher Höhe möglich, was bei der Veranlagung zu Korrekturen durch die Steuerbehörden führen würde (und aufgrund des umgekehrten Massgeblichkeitsprinzips gemäss Artikel 960f zu Korrekturen in der Handelsbilanz). Wir erachten deshalb eine Einschränkung der Schwankungsreserven gemäss dem Niederstwertprinzip für angebracht. Absatz 3 könnte wie folgt ergänzt werden: „Solche Schwankungsreserven sind jedoch nicht zulässig, soweit dadurch sowohl der Kurs am Bilanzstichtag als auch der Anschaffungswert unterschritten würde.“

Artikel 960e Absatz 4 VE OR

Der Vorschlag, nicht mehr benötigte Rückstellungen nicht auflösen zu müssen (Art. 960e Abs. 4 VE OR) widerspricht jeglicher Logik der Rechnungslegung und Betriebswirtschaft. Dieser Mangel wird durch die Bestimmung, dass Rückstellungen aufgelöst werden müssen, wenn sie von den Steuerbehörden nicht anerkannt werden (Art. 960f VE OR) nur relativiert, jedoch nicht ausgeräumt. Wir beantragen deshalb, entweder den ersten Satz von Artikel 960e Absatz 4 VE OR ersatzlos zu streichen oder das Wort „nicht“ zu löschen („Nicht mehr begründete Rückstellungen müssen ~~nicht~~ aufgelöst werden.“ Das Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer verlangt, dass geschäftsmässig nicht begründete Rückstellungen in die Berechnung des Reingewinnes einfließen, d. h. aufgelöst werden müssen (Art. 58 Abs. 1b DBG). Eine in Artikel 960e Absatz 4 VE OR vorgesehene Nichtauflösung von nicht mehr benötigten Rückstellungen in der Handelsbilanz würde zu einer unerwünschten Differenz zwischen Handelsbilanz und Steuerbilanz führen. Aufgrund von Artikel 960f VE OR müsste diese Differenz in dem Geschäftsjahr, in dem die Veranlagung rechtskräftig wird, korrigiert werden, da diese Rückstellungen von den Steuerbehörden im Veranlagungsverfahren nicht anerkannt werden. Mit der vorerwähnten Anpassung von Artikel 960e Absatz 4 VE OR würden diese Korrekturen überflüssig und das Verfahren stark vereinfacht.

Artikel 960f VE OR

Obwohl die Bedeutung des Gläubigerschutzes gemäss Bericht zum Gesetzesentwurf abnimmt, soll am Massgeblichkeitsprinzip festgehalten werden. Damit kann die Steuerneutralität der Revision sichergestellt werden. Wir akzeptieren grundsätzlich, dass damit das Obligationenrecht die weitgehenden Möglichkeiten zur Steuerplanung und -optimierung weiterhin zulässt. In den Übergangsbestimmungen zum 26. und 32. Titel sollte aufgezeigt werden, wie die bereits vor Inkraftsetzen dieses Artikels bestehenden und versteuerten stillen Reserven zu behandeln sind.

Artikel 961 ff. VE OR

Wir begrüßen detaillierte Anforderungen an die Rechnungslegung für grössere Unternehmen. Es ist sinnvoll, bei der Rechnungslegung für grosse Unternehmen die gleichen Grenzwerte wie im Revisionsrecht zu übernehmen.

Artikel 962a Absatz 3 VE OR

Der Geschäftsbericht ist künftig nicht mehr durch die Generalversammlung zu genehmigen (vgl. Art. 698 VE OR), weshalb Artikel 962a Absatz 3 VE OR (statt „Genehmigung des Geschäftsberichts“ neu „Genehmigung der Jahresrechnung“) entsprechend angepasst werden sollte.

III. Exkurs: Einfluss auf kantonale Projekte

Die Revision des Rechnungslegungsrechts beeinflusst auch den öffentlichen Haushalt. Die Vorschläge haben direkte oder indirekte Auswirkungen auf die zwei Projekte „Revision des Finanzhaushaltgesetzes auf Basis des Handbuchs HRM2“ und „Beteiligungscontrolling“. Momentan läuft die von der Konferenz der kantonalen Finanzdirektoren in Auftrag gegebene Reform der Rechnungslegung der Kantone und Gemeinden (HRM2). Durch die zunehmende Tendenz zu Auslagerungen von öffentlichen Betrieben bzw. durch die Notwendigkeit einer umfassenderen Beurteilung der finanziellen Lage der öffentlichen Körperschaften wird dabei die konsolidierte Betrachtungsweise an Bedeutung gewinnen. Es muss sichergestellt werden, dass aussenstehende Betriebe, die sich nicht an den Rechnungslegungs-Anforderungen des kantonalen Finanzhaushaltgesetzes ausrichten haben, mit geringem Aufwand in den Kantonshaushalt konsolidiert bzw. im Beteiligungsspiegel vergleichbar dargestellt werden können. Die vorgeschlagenen Bestimmungen zur Jahresrechnung gemäss Artikel 959 VE OR betreffend Bilanz und Anhang sind auf den ersten Blick hierzu geeignet. Bei der Erfolgsrechnung scheinen grössere Anpassungen notwendig. Noch ein realistischeres Bild der finanziellen Lage gäbe eine Orientierung an einem Regelwerk gemäss Artikel 962 VE OR. Hier gilt es jedoch im konkreten Fall zu beurteilen, was die Auswirkungen von Artikel 962a Absatz 2 VE OR sind, wonach das gesamte Regelwerk in seiner Gesamtheit und für die ganze Jahresrechnung übernommen werden muss.

Wir bitten Sie, unsere Stellungnahme angemessen zu berücksichtigen.

Freundliche Grüsse

Yvonne Schärli-Gerig
Regierungsrätin

Département fédéral de justice et police
p.a. Office fédéral de la justice
3003 Berne

Avant-projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable Procédure de consultation

Madame la conseillère fédérale,
Messieurs les conseillers fédéraux,

Nous avons examiné l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable, que vous avez mis en consultation notamment auprès des gouvernements cantonaux, le 16 décembre 2005, ainsi que son rapport explicatif.

Nous nous proposons de formuler quelques observations générales et de procéder, dans une seconde partie, à un examen de détail.

1. CONSIDERATIONS GENERALES

1.1 Généralités

En tant qu'il vise à renforcer le gouvernement d'entreprise, à moderniser les règles de l'assemblée générale et à réformer le droit comptable, l'avant-projet qui nous est soumis doit être salué. Plus spécialement, il nous apparaît effectivement urgent et important de permettre aux actionnaires de mieux contrôler les rémunérations des organes dirigeants des sociétés cotées en bourse. Sur ce point, les modifications proposées sont les bienvenues, bien qu'imparfaites, nous semble-t-il, en ce qui concerne le contrôle de la rémunération lors d'émission d'options.

De façon générale, nous craignons que l'avant-projet ne pénalise les PME de notre pays, car nous devons constater que les modifications proposées concernent essentiellement les très grandes entreprises de notre pays, notamment les sociétés cotées en bourse.

Ainsi, certaines procédures, notamment celles liées à la marge de fluctuation du capital, deviennent plus complexes, pour répondre semble-t-il, aux besoins des très grandes

entreprises de notre pays. Toutefois, le risque est grand que les PME ne puissent pas utiliser ces nouvelles procédures sans être contraintes à devoir recourir à l'aide d'experts juridiques avisés. En ce qui concerne les dispositions visant à renforcer la position des actionnaires minoritaires, nous sommes également d'avis qu'elles sont les bienvenues pour les sociétés cotées en bourse ou les grandes sociétés de notre pays. Toutefois, il s'agira d'évaluer très concrètement les risques de blocage au sein des PME qui ne disposent pas des moyens juridiques et financiers leur permettant de faire face à de telles requêtes. On pense notamment ici, par exemple, au droit de demander tout renseignement utile à la société (art. 697 et ss CO).

Nous avons également constaté que l'avant-projet fait relativement souvent appel à des notions vagues sujettes à interprétation. De façon générale, nous ne sommes pas favorables à ce que de telles notions figurent dans la loi car elles présentent des risques importants de contestation qui ne pourront se résoudre que devant le juge. Nous développerons plus concrètement cette remarque dans le cadre de l'examen de détail.

Nous constatons également que passablement de dispositions sont encore mal rédigées au stade de l'avant-projet, et qu'il est parfois difficile de comprendre ce qu'ont voulu dire les experts. Nous sommes d'avis qu'une consultation au niveau du projet de loi serait souhaitable pour nous permettre de mieux nous déterminer sur certaines dispositions.

Enfin, il nous apparaît que l'avant-projet qui nous est soumis est fortement influencé par le droit américain. S'il ne faut certes pas négliger les développements législatifs intervenus aux Etats-Unis, - suite notamment à de grands scandales comme ENRON -, il s'agit toutefois de maintenir le droit suisse dans la famille des droits européens. Nous sommes donc d'avis qu'il ne faut pas chercher à créer des dispositions légales uniquement pour rendre notre pays plus concurrentiel que l'union européenne vis-à-vis des Etats-Unis. Il faut donc s'assurer que les nouvelles dispositions à mettre en place soient en accord avec les besoins de nos entreprises et aussi avec notre culture. Il faut éviter que notre droit positif ne soit plus compris ou accepté par les entrepreneurs, les actionnaires, les salariés ou le peuple en général, faute d'avoir par trop voulu singer le droit américain en reniant ainsi nos propres racines juridiques et culturelles.

1.4.Renforcement du gouvernement d'entreprise

- a) *indemnités ou honoraires perçus par les membres d'un conseil d'administration / droit au remboursement / réglementation des plans d'options*

Nous saluons les dispositions qui sont prises en vue de rendre plus transparents les indemnités et honoraires perçus par les membres d'un conseil d'administration, en renforçant les pouvoirs de l'assemblée générale sur cette problématique qui ne manque pas de créer un malaise social dans notre pays.

Toutefois, nous ne comprenons pas très bien le sens à donner à l'article 627 chiffre 4 de l'avant-projet, qui prévoit l'obligation de faire figurer dans les statuts des dispositions concernant les compétences de l'assemblée générale relative à l'octroi d'options de collaborateurs. En effet, actuellement le siège de la matière lié au domaine de l'émission d'options se trouve à l'article 655b al. 2 du code des obligations. Nous sommes donc d'avis que cet article devrait être adapté pour couvrir également les questions liées à l'émission d'options en faveur des administrateurs ou membres de la direction. En effet, la notion actuelle de « travailleurs », est déjà totalement inadéquate puisque dans la pratique, les plans d'options sont déjà réservés quasiment exclusivement aux cadres des entreprises.

Au surplus, nous sommes d'avis que la révision du droit devrait également permettre de rendre applicable aux plans d'options octroyés aux cadres d'une société l'obligation d'indiquer dans les statuts les conditions d'exercice des droits de conversion ou d'option et les bases de calcul du prix d'émission des nouvelles options. Le but de cet élargissement serait de protéger non seulement les actionnaires existants, ce que vise l'article 627 chiffre 4, mais aussi tous les actionnaires futurs, qui pourraient le devenir soit par l'acquisition d'actions soit lors d'une nouvelle augmentation de capital-actions, et aussi bien entendu les investisseurs. Cet élargissement de la transparence liée à l'émission de plans d'options nous semble également être indispensable pour assurer un réel contrôle de la rémunération des cadres des sociétés.

b) *renforcement des droits des actionnaires lié notamment aux renseignements, à la consultation, à l'institution d'un examen spécial, à la convocation d'une assemblée générale, etc.*

Comme indiqué dans les remarques générales, ces dispositions sont sans doute nécessaires et bienvenues pour les sociétés cotées en bourse et les grandes entreprises de notre pays. Toutefois, l'abaissement des seuils pourra permettre à des actionnaires minoritaires de provoquer des blocages au sein des PME, qui pourraient leur être extrêmement nuisibles car ces dernières ne disposent pas des mêmes moyens financiers et juridiques que les grandes entreprises. Nous sommes donc d'avis qu'il s'agira d'évaluer clairement ces risques avant de rendre ces dispositions également applicables aux petites et moyennes entreprises.

c) *élection individuelle et annuelle des membres du conseil d'administration.*

Ce principe nous semble être bon pour éviter des « rentes de situation » de certains membres de conseils d'administration.

1.3. Modifications touchant à la structure du capital

a) *marge de fluctuation*

En ce qui concerne les procédures relatives aux augmentations et réductions du capital-actions (marge de fluctuation), nous sommes d'avis qu'elles n'amènent aucun avantage particulier évident par rapport à ce que nous connaissons actuellement. À ce sujet, la Chambre des notaires neuchâtelois expose que « la notion de marge de fluctuation du capital ne répond pas à une attente particulière de notre clientèle et que les dispositions actuelles du droit en vigueur permettront, par ailleurs, d'atteindre l'essentiel des objectifs prévus dans le projet ». À ses yeux, les réformes proposées à ce titre ne sont pas très convaincantes.

En effet, les procédures actuelles qui datent de 1992 sont aujourd'hui bien acceptées et maîtrisées par les praticiens qui n'ont par ailleurs manifesté aucun mécontentement à leur sujet, bien au contraire. Nous ne voyons donc pas les avantages que les procédures proposées pourraient apporter à l'économie. Au surplus, aujourd'hui déjà, la loi, par l'interprétation qu'en fait la doctrine et la pratique des registres du commerce, permet de recourir à une procédure d'augmentation ordinaire du capital-actions à l'intérieur d'une fourchette, soit d'un montant maximum ou d'un montant minimum fixé par l'assemblée générale. Cette possibilité, très utilisée en pratique, répond donc déjà aux besoins exprimés dans le cadre de la marge de fluctuation du capital. Nous sommes d'avis qu'une prolongation du délai de trois mois à six mois pour réaliser l'augmentation du capital serait à même

d'assouplir encore la procédure actuelle et de résoudre une bonne partie des objectifs visés par l'avant-projet.

Nous noterons au surplus qu'il n'arrive pratiquement jamais qu'une société augmente son capital-actions puis le réduise dans un laps de temps relativement court. Il n'existe pas véritablement de besoins de souplesse en cette matière.

Au surplus, le délai de cinq ans prévus par l'avant-projet est beaucoup trop long de notre point de vue, et nous sommes d'avis que la protection des créanciers pourrait être très gravement compromise par la nouvelle procédure proposée. D'autre part, il ne nous semble pas judicieux, sous l'angle du gouvernement d'entreprise, de donner une compétence à long terme au conseil d'administration dans ce domaine, dans la mesure où toute modification au niveau du capital-actions peut entraîner des basculements de majorité au niveau de l'actionnariat.

Enfin, nous devons constater que la nouvelle procédure proposée n'est pas ancrée dans nos mentalités pas plus que dans le droit européen. Elle relève plutôt de la notion de capital fluctuant connue en droit américain.

En ce qui concerne la réduction du capital-actions, nous sommes favorables à l'institution d'une procédure autorisée de réduction du capital-actions dans un délai maximal de six mois après la décision de l'assemblée générale. Un allègement de la procédure liée aux appels aux créanciers, dans le sens de ce qui a déjà été fait au niveau de la LFus serait également à même d'assouplir passablement la procédure et répondre ainsi mieux aux besoins des entreprises (cf. par exemple l'article 25 alinéa 2 LFus).

Notre choix va donc clairement vers la création d'une procédure autorisée de réduction du capital-actions dans un délai maximal de six mois, comme une alternative à la marge de fluctuation du capital.

c) abolition des actions au porteur

Les raisons à la base de l'abolition des actions au porteur nous sont peu claires. Le rapport explicatif expose que les besoins qui justifiaient l'émission d'actions au porteur sont aujourd'hui quasi inexistantes. Toutefois, force est de constater qu'aujourd'hui encore, passablement de sociétés, et notamment des PME, sont créées avec des actions au porteur et que ce type d'actions répond donc certainement à un besoin qui s'explique sans doute aisément par leur mode extrêmement simple de transfert. Comme l'expose par ailleurs la Chambre des notaires neuchâtelois, « la notion d'action au porteur existe dans la plupart des pays européens ; dès lors nous ne voyons aucune justification et aucune utilité à la suppression de ce type d'actions ». Par ailleurs, la Chambre des notaires ne voit également pas en quoi, la suppression des actions au porteur permettra de mieux combattre le blanchiment d'argent.

À ce sujet, nous ne voyons également pas très bien quels sont les « principes de transparence des structures du capital » auxquels se réfère le rapport explicatif, et en quoi ce type d'actions serait en contradiction flagrante avec ces principes. Les considérations liées au blanchiment de capitaux et au financement du terrorisme et qui se rapportent au Groupe d'actions financières sur le blanchiment des capitaux (GAFI) et à l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) ne nous semblent pas être des arguments convaincants pour justifier l'abolition des actions au porteur. En effet, de notre point de vue, ce n'est pas la nature des actions qui pourrait, de facto, empêcher ce genre d'activités criminelles, car la pratique démontre qu'il est extrêmement aisé de rendre opaque l'actionnariat d'une société par le biais de sociétés offshores ou de sociétés écrans. Nous

sommes donc d'avis qu'il est illusoire de penser que l'abrogation des actions au porteur produira un quelconque effet dans ce domaine.

Enfin, nous ne sommes de loin pas convaincu que la conversion d'actions au porteur en actions nominatives ne poserait pas de problème majeur puisqu'il ne sera pas toujours évident de retrouver tous les actionnaires propriétaires des titres au porteur. La sanction de la dissolution de la société par le juge semble au surplus être totalement disproportionnée par rapport aux objectifs visés.

d) suppression de la valeur nominale des actions

En cette matière, l'avant-projet est peu clair. En effet, il fixe comme objectif la « suppression de la valeur nominale des actions », principe qui bien évidemment ne saurait être retenu car totalement inconnu du droit européen. En effet, les actions sans valeur nominale existent en droit américain, qui connaît la notion de capital variable. Mise en relation avec le principe dit de la « marge de fluctuation du capital », nous pourrions penser que l'avant-projet entend se rapprocher plus du droit américain que du droit européen. Toutefois, une lecture du texte favorable au principe selon lequel chaque action doit avoir une valeur nominale donne à penser simplement que cette valeur doit pouvoir s'exprimer au moins en pourcent de centime ou en fraction de centime. Nous sommes toutefois d'avis que la rédaction de la disposition légale ne devrait laisser planer aucun doute à ce sujet. Il va de soi que l'abandon de la valeur nominale pour les actions rendrait les dispositions liées aux privilèges des actions totalement inapplicables, dans la mesure où ceux-ci sont toujours liés à la valeur nominale de différents types d'actions d'une société.

Nous insistons sur le fait que notre droit positif doit se rattacher à la famille du droit européen et non pas chercher à se rapprocher du modèle américain, même si certains auteurs et experts voient là un moyen d'apporter un avantage concurrentiel potentiel vis-à-vis de l'espace de l'Union européenne, vision que nous ne partageons évidemment pas

e) abandon de la forme authentique pour certaines modifications statutaires

Nous sommes surpris de constater que l'avant-projet envisage d'abandonner un des principes essentiels de notre droit actuel qui veut que toute modification des statuts d'une société anonyme doit être prise en la forme authentique. Un tel abandon supprimerait sans raison la sécurité juridique attachée à la forme authentique, notion à nouveau propre au droit européen ou latin que ne connaît peu ou prou le droit anglo-saxon.

En effet, le rapport explicatif, expose en regard de l'alinéa 3 de l'article 653i, qu'il conviendrait d'alléger la charge pour les entreprises en abandonnant la forme authentique pour la décision de modification des statuts suite à l'exécution d'une augmentation conditionnelle du capital.

Nous sommes d'avis que cette disposition ne présente aucun avantage pour l'immense majorité des entreprises de notre pays, notamment les PME, qui ne recourent pratiquement jamais à des augmentations conditionnelles du capital-actions. Au surplus, les sociétés qui recourent à ce genre de procédures ne sont pas celles qui souffrent le plus des charges liées à des modifications statutaires. L'abandon du principe cité plus haut ne nous paraît donc pas justifié par l'intérêt que présente la modification envisagée.

1.4. Modernisation des règles de l'assemblée générale

Nous sommes d'avis que les nouvelles dispositions sont les bienvenues, bien qu'à nouveau, la plupart d'entre elles ne concerneront que les plus grandes entreprises de notre pays.

Nous notons toutefois que l'abandon du principe de la représentation par un dépositaire risque de poser un certain nombre de problèmes lorsque les décisions à prendre nécessitent des majorités qualifiées. Nous saluons cependant le principe selon lequel la volonté réelle des participants doit pouvoir s'exprimer au mieux et que le représentant indépendant doit s'abstenir de voter lorsqu'il n'a pas reçu d'instructions concrètes de la part du représenté. Il ne fait pas de doute que ces nouvelles dispositions, alliées à celle de l'article 703 al. 2 de l'avant-projet qui décrète que les abstentions ne comptent pas comme votes exprimés, auront pour conséquence que les sociétés devront prendre des mesures pour inciter les actionnaires à voter dans le sens voulu par le conseil d'administration. La transparence sur le fonctionnement de la société en sera ainsi améliorée

1.5. Réformes du droit comptable

A la lecture du rapport explicatif, nous constatons que la révision du CO a été envisagée comme une réglementation sans incidences fiscales majeures; le principe de l'importance déterminante du bilan commercial est conservé et les nouvelles dispositions ne bouleversent pas le paysage connu actuellement par les autorités fiscales.

Les autorités fiscales restent donc liées par les comptes qui sont présentés par l'entreprise dans la mesure où ces comptes respectent les règles du droit commercial et que leur valeur probante ne puisse pas être mise en doute; les règles d'appréciation inhérentes au droit fiscal demeurent naturellement réservées.

Les modifications proposées nous semblent donc bonnes, et il est heureux qu'il n'y ait plus de différence entre les natures juridiques au niveau de l'obligation de tenir une comptabilité et de présenter des comptes. Nous saluons également la mesure prévue à l'article 958d al. 3 de l'avant-projet qui stipule que les sociétés ouvertes au public sont tenues de remettre leur rapport de gestion et de révision à l'office du registre du commerce en vue de leur publication sur le site Internet du registre du commerce.

1.6. Avis de surendettement

Nous estimons que les dispositions relatives à l'avis obligatoire en cas de surendettement devraient être adaptées pour les PME. En effet, il est illusoire de penser que les petites et moyennes entreprises de notre pays pourront respecter les exigences liées à un dépôt de bilan. En effet, l'avant-projet pose pour principe que ce dépôt doit intervenir sur la base d'un bilan établi à la valeur d'exploitation et à la valeur de liquidation de la société, bilan qui doit encore être vérifié par un réviseur agréé. Très rares seront les PME qui pourront financer l'intervention d'un tel réviseur alors qu'elles se trouveront dans une situation d'insolvabilité. Ces exigences présentent donc le risque que les sociétés ne déposeront simplement plus leur bilan chez le juge. Ainsi, il est à craindre que les faillites ne seront plus prononcées que sous l'impulsion des créanciers qui devront faire des avances de frais conséquentes pour en obtenir l'ouverture.

Afin de remédier à cette situation, nous sommes d'avis que la loi devrait être adaptée pour permettre au conseil d'administration des petites et moyennes entreprises de faire constater facilement le surendettement de leur société, et de ne pas réserver l'article 725 CO aux seules grandes entreprises ; cela est également indispensable dans l'intérêt bien compris des créanciers.

2. COMMENTAIRES DE DETAIL

- ad art. 620* Nous devons constater que l'avant-projet propose d'abandonner la référence à la raison sociale comme élément essentiel de la société anonyme, dans sa définition. En effet, le texte ne reprend pas l'idée que la société anonyme se forme sous une raison sociale. Cet abandon ne nous apparaît pas judicieux dans la mesure où, dans la pratique, les fondateurs d'une société anonyme se réfèrent toujours à la raison sociale de l'entreprise qu'ils entendent créer. Nous estimons donc que la raison sociale, - comme le nom d'une personne physique -, est un élément essentiel qui doit rester dans la définition de la société anonyme.
- ad. art. 622 al. 1* Se référer aux observations générales ad 1.3. lit c
- ad. art. 622, al.2* Se référer aux observations générales ad 1.3. lit d
- ad. art. 627 al.2 ch.4* Se référer aux observations générales ad 1.2. lit a
- ad. art. 627 al.2ch.8* Le chiffre 8 devrait être complété pour indiquer que l'augmentation du capital action n'est pas nécessairement accompagnée d'une marge de fluctuation, en mentionnant « et/ou ».
- ad. art. 627 al.2 ch.18* Il devrait être précisé que les circonstances dans lesquelles le conseil d'administration peut être tenu statutairement de convoquer l'assemblée générale et de lui proposer des mesures d'assainissement doivent être plus strictes que celles prévues par la loi, en référence à l'article 725 alinéa 2 de l'avant-projet.
- ad. art. 627 al. ch.20* Le chiffres 20 est peu compréhensible : on ne voit pas quels pourraient être les cas d'utilisation de l'actif de la société dissoute en dérogation aux dispositions légales.
- ad. art. 634* L'articles 634 actuel donne entière satisfaction. Finalement, si la refonte de l'article 634 CO a pour but de permettre d'intégrer dans la loi la pratique concernant les critères d'admissibilité des apports en nature, nous proposons qu'il soit simplement indiqué à la suite de l'article 634 actuel que les apports en nature sont reconnus que lorsque cumulativement ils sont *activables, transférables, disponibles et réalisables* (Communication de l'Office fédéral du registre du commerce du 15 août 2001 relative aux apports en nature et aux reprises de biens, REPRAX 2/01, pp. 66 ss).
- La rédaction de l'alinéa de l'alinéa 2 n'est pas heureuse car ce n'est pas l'apport en nature qui est stipulée, mais le contrat.

L'alinéa 3 de l'article 634 prévoit un acte authentique unique lorsque des immeubles sont situés dans différents cantons. La mise en pratique de cette disposition est quasi impossible. En effet, nous ne voyons pas comment un notaire d'un canton serait en mesure d'instrumenter un acte authentique pour un immeuble situé dans un autre canton. La pratique du notariat en Suisse relève de la compétence exclusive des cantons. La mise en pratique de cette disposition nécessiterait, au préalable, une refonte et une unification du droit du notariat en Suisse.

Il serait préférable de dire que l'acte authentique doit être établi par un officier public compétent .

L'article 634 nouveau ne prévoit plus l'établissement d'un rapport de fondation accompagné d'une attestation de vérification. Ce point devra dorénavant figurer dans l'ordonnance sur le registre du commerce. Nous avons le sentiment que cette obligation ne constitue pas uniquement une mesure d'exécution et qu'elle se doit de figurer dans la loi, afin de respecter le principe de la hiérarchie des normes. L'ordonnance quant à elle devrait régler la question de l'inscription formelle de l'apport en nature au registre du commerce en réglant également la question d'un éventuel agio ou de la naissance d'une éventuelle créance liée à l'apport.

ad. art. 634a

L'alinéa 1 de l'article 634a est peu clair lorsqu'il précise que « les créances pour des prestations des actionnaires ou de personnes qui leur sont proches ne peuvent être compensées que lorsque ses prestations peuvent faire l'objet d'un apport en espèces ou en nature ».

Nous imaginons que l'avant-projet entend interdire la compensation de créances issues de salaires ou de prestations liées au travail, ou encore de prestations issues d'obligations naturelles, par exemples. Peut-être s'agirait-il de le dire plus clairement. Nous ne sommes cependant pas convaincu avec ce principe, estimant que toute créance contre la société peut être compensée, pour autant que cette dernière *existe, soit exigible et soit couverte par des actifs sociaux*. Le rapport d'augmentation devrait quant à lui naturellement indiquer la cause de la créance, toute créance devant être causale.

La notion de « proches de l'actionnaire » est extrêmement vague et porteuse d'insécurité juridique.

L'alinéa 2 est également peu clair lorsqu'il expose que « en cas d'assainissement, la compensation d'une créance ne vaut comme couverture même si la créance n'est plus entièrement couverte par les actifs, pour autant que la société ait encaissé des liquidités à concurrence de la totalité du montant de la créance ». Si cette disposition résout la question de la compensation d'une créance non- intégralement couverte, elle exige toutefois que la société ait encaissé des liquidités à concurrence de la totalité du montant de la créance. En résumé, cela revient à dire, nous semble-t-il, que la créance

compensante doit être intégralement couverte par des liquidités au moment de sa compensation. Peut-être s'agirait-il de le dire plus clairement et de donner à cette disposition un caractère plus normatif. Nous sommes toutefois d'avis, comme dit plus haut, que toute créance contre la société doit pouvoir être compensée, pour autant qu'elle existe, soit exigible et soit couverte par les actifs sociaux.

En ce qui concerne l'alinéa 4, nous sommes d'avis qu'un renvoi général à l'ordonnance devrait être suffisant. Il serait au surplus peut-être judicieux de créer un article qui énumère l'ensemble des détails qui doivent être réglés dans l'ordonnance sur le registre du commerce.

ad. art. 636

Le législateur a prévu l'obligation d'annoncer les reprises de biens afin d'éviter que les fondateurs éludent les dispositions relatives aux apports en nature. Dès lors, il paraît tout à fait logique que les dispositions applicables aux reprises de biens ne puissent s'appliquer qu'aux valeurs patrimoniales pouvant avoir qualité d'apports en nature. Toutefois, il ne faut pas oublier que les sociétés qui acquièrent, dès leur constitution ou lors d'une augmentation de capital, des biens qui ne peuvent pas être activables, transférables, disponibles et réalisables font courir un risque très important aux créanciers de la société. Nous sommes donc d'avis que l'obligation d'annoncer les reprises de biens devrait également porter sur des biens patrimoniaux n'ayant pas qualité d'apports en nature afin de donner une protection supplémentaire aux créanciers, protection qui est le fondement même des dispositions sur les apports en nature et les reprises de biens. L'alinéa 3, qui vise précisément l'inscription de ces « autres actes juridiques » soit des opérations qui ont un impact direct sur la fortune et le rendement de la société et qui ne s'attachent pas seulement à leurs conséquences sur l'actif du bilan, ne nous paraît cependant pas judicieux car il n'a pas force obligatoire. Il s'agirait donc de rendre cette disposition obligatoire.

ad. art. 650

L'articles 650 variante I de l'avant-projet prévoit de réunir sous une même disposition les principes applicables à l'augmentation du capital-actions à la réduction de capital-actions. Cette réunion s'explique essentiellement par le fait que l'avant-projet entend créer une marge de fluctuation du capital qui remplace l'actuelle augmentation autorisée du capital-action. Sur cette question, se référer aux observations générales ad 1.3. lit a

En ce qui concerne leur chiffre 5 de l'alinéa 2 de l'article 650, plutôt que de parler d'« estimation », il serait préférable de parler de « valeur », cette dernière notion est beaucoup plus claire. Il s'agirait également de préciser, in fine, que les actions qui lui reviennent sont celles qui lui reviennent en échange.

En ce qui concerne l'alinéa 6, il s'agirait plutôt de parler de « créanciers » que d'« apporteurs ». Ici aussi, il s'agirait de spécifier les actions qui lui reviennent en échange.

ad. art. 652b

L'alinéa 2 nouveau de l'article 652b mériterait une meilleure rédaction. Il serait à nos yeux préférable de dire qu'un établissement soumis à la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne peut souscrire des actions en faveur de tous les actionnaires de la société, à charge pour lui de les remettre en fonction des souscriptions intervenues.

La sanction de nullité prévue in fine laisse planer passablement d'interrogations sur les conséquences pratiques de cette nullité et comment elle devra être constatée.

L'alinéa 5 de cette disposition dispose que « l'exercice du droit de souscription préférentiel ne doit pas être entravé de manière non fondée ». Le commentaire de l'avant-projet indique à ce propos qu'il serait, par exemple, illicite de procéder intentionnellement à une augmentation du capital-actions pendant une période où l'on sait l'actionnaire minoritaire dans l'impossibilité d'exercer son droit de souscription préférentiel en raison de difficultés financières qui l'empêcheraient de libérer les actions.

Cette disposition ne nous paraît pas opportune dans la mesure où elle permettra à un actionnaire minoritaire de bloquer des décisions capitales. En effet, l'actionnaire minoritaire pourra ainsi saisir la justice en invoquant qu'il n'a pas la possibilité, faute de moyens financiers, de souscrire à une augmentation de capital-actions. En agissant de la sorte, il bloquera et entravera le développement futur de la société.

La rédaction de l'alinéa 6 est peu claire. Qui et comment définira-t-on le cas où le prix d'émission est sensiblement inférieur à la valeur réelle de l'action ? Au surplus ce principe sera extrêmement délicat à mettre en pratique dans la mesure où la valeur réelle d'une action est souvent très difficile à déterminer. Nous sommes d'avis que l'interdiction de l'abus de droit devrait être suffisant pour protéger les actionnaires minoritaires. La notion de « sensiblement inférieur » est également extrêmement difficile à approcher. Au surplus, il serait judicieux d'indiquer une voie de droit pour traiter des litiges éventuels en la matière.

L'article 652g abroge l'alinéa 3 de l'actuel article 652g CO. Nous estimons que cette disposition ne doit pas être abrogée, car c'est une disposition de fond de droit fédéral qui ne peut pas simplement figurer dans une ordonnance d'application.

ad. art. 653

En ce qui concerne les augmentations conditionnelles du capital-actions, nous sommes d'avis que la procédure de révision serait l'occasion de définir plus clairement la notion de

« travailleurs ». En effet, la pratique a démontré que cette notion est souvent utilisée pour des cadres, des membres du conseil d'administration ou des mandataires des entreprises. Les travailleurs en tant que tels ne sont quasiment jamais concernés par des augmentations conditionnelles du capital liées à des stocks option plans.

Pour le surplus, nous renvoyons aux considérations générales faites ad 1.2 lettre a.

ad. art. 653b

A notre sens, il y aurait lieu de prévoir que l'alinéa 2 de l'article 653b s'applique à tous les plans qui ne sont pas offerts en souscription par préférence aux actionnaires. Pour le surplus nous renvoyons aux considérations générales faites ad 1.2 lettre a.

ad. art. 653c et d

Les objectifs visés par ces nouvelles dispositions ne sont pas remis en question. Toutefois, nous sommes d'avis que la rédaction des textes pourrait être plus succincte et mieux compréhensible.

ad. art. 653f

Nous ne sommes pas convaincus qu'il soit judicieux de remplacer l'expression « attestations de vérification » par « rapport de révision ». En effet, la mention de rapport sous-entend des développements conséquents liés à une appréciation. Or, en l'espèce, nous nous trouvons véritablement en présence d'une attestation, soit d'une appréciation extrêmement limitée qui consiste à dire que le rapport du conseil d'administration est complet et exact

ad. art. 653g

L'alinéa 3 de l'article 653g ne comprend qu'une modification rédactionnelle. Toutefois, déjà actuellement, cet article est assez mal compris par les notaires qui doivent jouer un rôle de vérificateur du rapport de révision ; ce qui n'est pas dans leurs fonctions et dans leurs habitudes. Nous sommes d'avis que cette vérification devrait plutôt incomber au préposé du registre du commerce, par exemple, et que l'officier public devrait se contenter de constater des faits et de retranscrire des déclarations en la forme authentique susceptibles de permettre l'exercice de ce contrôle. La vérification du rapport de révision ne devrait donc pas relever de la responsabilité du notaire.

ad. art. 653i

Nous nous référons aux considérations générales faites ad 1. 3 lit. e.

ad. art. 653j

Nous avons déjà émis de forts doutes quant à l'utilité des nouvelles procédures de réduction du capital-actions dans le cadre de l'examen de l'article 650 de l'avant-projet.

Les développements faits aux articles 653 lettres j et k, et qui concernent les modalités de la procédure, nous semblent extrêmement compliqués et pensons que seuls des spécialistes du droit seront à même de pouvoir exécuter de telles

opérations ; ce qui ne servira en aucun cas à l'immense majorité des sociétés de notre pays.

Nous partageons donc l'idée selon laquelle le droit actuel devrait être modifié pour lui apporter plus de clarté et de simplification, comme par exemple les améliorations liées à l'opération « accordéon » ou celles visant à créer une procédure plus souple en matière de protection des créanciers.

ad. art. 653l

L'alinéa 3 devrait être modifié dans la mesure où l'on ne voit pas comment la société doit prouver que la réduction du capital-actions ne compromet pas l'exécution de la créance. Il nous semblerait préférable d'utiliser le système prévu dans la LFus (art. 25 al. 2) qui pourrait prévoir que la société peut renoncer à la publication si un réviseur particulièrement qualifié atteste que l'ensemble des créances connues ou escomptées peuvent être exécutées au moyen de la fortune disponible.

L'alinéa 5 devrait également dire que les sûretés « deviennent » (et non pas « sont devenues ») caduques si l'assemblée n'approuve pas la réduction du capital. La notion de caducité devrait également être précisée dans la loi pour en connaître véritablement la portée.

ad. art. 653n

L'alinéa 1 devrait plutôt parler d'« opération » et non pas de « transaction ». Une réduction du capital-actions étant une opération qui n'implique aucune part transactionnelle.

En ce qui concerne l'alinéa 2, il est surprenant que l'avant-projet exige que les pièces sur lesquelles se fonde la réduction du capital soit présentées au conseil d'administration *ainsi qu'au notaire*. Le nouveau droit de la société anonyme de 1992 avait, à juste titre de notre point de vue, simplifier la procédure en prévoyant uniquement que les pièces devaient être soumises (et non pas présentées) au conseil d'administration. Il avait abandonné l'exigence de les soumettre au notaire. Nous sommes d'avis que le droit ne devrait pas revenir en arrière sur cette question, qui pose des problèmes au niveau de l'instrumentation de l'acte authentique et également sous l'angle de la responsabilité du notaire.

L'alinéa 3 est également surprenant dans la mesure où il demande au conseil d'administration de requérir des constatations auprès du registre du commerce. Il va de soi qu'il n'est pas possible de requérir des constatations auprès du registre du commerce.

ad. art. 653r, s, t, u, v, w

Comme indiqué plus haut, nous ne sommes pas favorables à la nouvelle procédure proposée relative à la marge de fluctuation du capital (se référer aux observations générales ad 1.3. lit a)

Nous ajouterons toutefois ici, mais sans entrer dans les détails techniques qui nous apparaissent être extrêmement

compliqués et touffus, que nous sommes d'avis qu'il n'est pas raisonnable de renoncer à un avis aux créanciers et un rapport de révision lorsque le capital-actions est réduit dans la marge de fluctuation du capital, comme le prévoit l'alinéa 2 de l'article 653v de l'avant-projet. Faire répondre uniquement le conseil d'administration de la responsabilité de cette opération, comme l'indique le rapport explicatif, n'est de notre point de vue pas satisfaisant.

D'autre part, le principe de l'émission d'actions avant inscription au registre commerce nous semble également très critiquable, car il met à mal le principe de la présomption d'exactitude du registre du commerce qui est reconnu en Suisse. Cette forme de capital variable relève plus de conceptions du droit américain que droit suisse ou européen et elle ne devrait pas avoir sa place dans notre droit positif.

ad. art. 659

En ce qui concerne le plafond fixé pour l'acquisition par la société de ses propres actions, nous prenons note que, selon le rapport explicatif, la nouvelle règle proposée est en contradiction avec le droit européen. Nous estimons cependant qu'il est important que les nouvelles dispositions prises par le Parlement respectent le droit européen.

ad. art. 725, 725a

Nous nous référons ici aux considérations générales faites ad 1.6.

* * *

En vous remerciant de nous avoir associés à cette consultation, ainsi que de l'attention que vous voudrez bien prêter à notre prise de position, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, Messieurs les Conseillers fédéraux, à l'assurance de notre haute considération.

Neuchâtel, le 29 mai 2006

Au nom du Conseil d'Etat:

Le président,
B. SOGUEL

Le chancelier,
J.-M. REBER

" " " " "

Kanton Nidwalden " Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
3003 Bern

Stans, 30. Mai 2006

Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Vernehmlassung zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Mit Schreiben vom 7. Dezember 2005 stellten Sie uns den Vorentwurf zu einer Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht samt Erläuterungen zur Vernehmlassung zu. Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Vernehmlassung und lassen Ihnen diese nachfolgend fristgerecht zugehen.

1 Allgemeine Bemerkungen

Die Vorlage sieht eine umfangreiche Revision des Obligationenrechts im Bereich des Aktien- und Rechnungslegungsrechts vor und verfolgt vier Hauptziele: Verbesserung der Corporate Governance; Neuregelung der Kapitalstrukturen; Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung und rechtsformübergreifende Revision des Rechnungslegungsrechts.

Das Gesellschaftsrecht setzt wichtige Rahmenbedingungen für die Schweiz als Wirtschaftsstandort. Im internationalen Standortwettbewerb ist es entscheidend, dass unser Land für die unternehmerischen Aktivitäten insgesamt flexiblere und kostengünstigere Instrumente zur Verfügung stellt und eine breitere Palette von Handlungsmöglichkeiten bereithält als andere Standorte. Unter diesem Aspekt ist insbesondere die vorgeschlagene Flexibilisierung der Kapitalstrukturen zu begrüssen, weil sie das Spektrum der Handlungsmöglichkeiten der Unternehmen erweitert.

Die angestrebte Vereinheitlichung der Rechnungslegung für die Rechtsformen des Privatrechts als erstrebenswertes Ziel ist zu befürworten. Allerdings kann hinterfragt werden, ob alle Bestimmungen für die Aktiengesellschaften, Genossenschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung

(Ziel der Gewinnstrebigkeit zugunsten ihrer Investoren) gleichgestellt werden können mit den Stiftungen und den Vorsorgereinrichtungen nach BVG.

Stiftungen sind gekennzeichnet durch die Widmung ihres Vermögens zu einem besonderen Zweck; die "gewöhnlichen" wie auch die BVG-Stiftungen unterstehen der staatlichen Aufsicht. Für die beiden letzten Fälle besteht erstens ein anderes Schutzgut (Destinatärs- bzw. Versicherteninteressen) und zweitens sind diese einer spezialisierten Fachaufsicht unterstellt (Stiftungs- bzw. BVG-Aufsicht), im Gegensatz zu den übrigen privaten Rechtsträgern, welche keiner staatlichen Aufsicht unterstehen. In dieser Hinsicht sind die Vorteile einer „Linearisierung“ der Bestimmungen gegen die diesbezüglichen Nachteile einer sehr wenig differenzierten Sichtweise gut abzuwägen. Im Speziellen ist darauf zu achten, dass die stark praxisorientierte Rechtsprechung und die neuen gesetzlichen Bestimmungen, welche den ebenfalls wirtschaftlich geprägten Veränderungen in diesem Gebiet Rechnung tragen (insbesondere die Bestimmungen der 1. BVG-Revision und des revidierten Stiftungsrechts) durch die geplante Anpassung nicht ausgehebelt werden. Nicht zuletzt aufgrund der in der Praxis feststellbaren negativen Auswirkungen der Vereinheitlichung des Fusionsrechtes mit der alleinigen Ausrichtung auf die Gesichtspunkte bei gewinnstrebigem Rechtsträgern (namentlich auf Aktiengesellschaften) und deren Investoren für Stiftungen und Vorsorgeeinrichtungen, sollte eine differenzierte Regelung für Stiftungen und Vorsorgeeinrichtungen nach BVG, mindestens aber für Vorsorgestiftungen, möglich sein. In diesen beiden Fällen geht es um ein grundsätzlich anderes Schutzgut (der sog. Shareholder-Value kann hier nicht relevant sein).

Die Umsetzungen führen zu administrativem Mehraufwand für die Kantone im Bereich des Handelsregisters und der Stiftungsaufsicht, was den stetigen Bestrebungen der Kantone für eine effiziente und kostendeckende Verwaltung diametral entgegentläuft.

Die konkreten Änderungswünsche und Streichungsanträge haben wir bei den einzelnen Bestimmungen aufgeführt.

2 Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen

Zu Art. 622 Abs. 1 E-OR

Ob in der Praxis tatsächlich ein Bedürfnis besteht, den bisherigen Mindestnennwert von einem Rappen (Art. 622 Abs. 4 OR) zu unterschreiten, halten wir für fraglich. Abs. 2 wird früher oder später zur Folge haben, dass sich die Anzahl Aktien und/oder deren Nennwert im Handelsregister nicht mehr darstellen lässt (zu viele Dezimalstellen oder Bruchzahlen, welche sich nicht als Dezimalzahl ausdrücken lassen). Wir beantragen daher die Begrenzung auf darstellbare (Zahlen-)Werte.

Die mit der Abschaffung der Inhaberaktie vorgeschlagene Einschränkung der Gestaltungsmöglichkeiten erachten wir als unnötig. Die Förderung des guten Rufs des Finanzplatzes Schweiz ist von grosser Wichtigkeit. Eine Einschränkung der Wahlmöglichkeiten im schweizerischen Gesellschaftsrecht reduziert dessen Attraktivität unnötig. Überstürzte Verbote müssen deshalb verhindert werden. Die Verhinderung der Benutzung entsprechender Gesellschaften für Geldwäschereizwecke oder für die Finanzierung von terroristischen Aktivitäten kann durch Massnahmen zur Erhöhung der Transparenz bei Inhaberaktiengesellschaften sichergestellt werden. Die Identifikation der die Gesellschaften kontrollierenden Personen steht dabei im Vordergrund. Für kotierte Gesellschaften besteht bereits eine entsprechende Meldepflicht.

Zu Art. 628 E-OR

Ein wesentliches Merkmal der Aktiengesellschaft ist das Aktienkapital. Es stellt das Gesellschaftsvermögen dar, das einzig für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet. Zweifellos stellt die Aufhebung für die beteiligten Rechtsträger, insbesondere AG und GmbH, sicherlich eine Erleichterung dar. In der Praxis werden sich für das Handelsregisteramt Schwierigkeiten daraus er-

geben, indem es sich bei der Eintragung des Gegenstandes der Sacheinlage bzw. der Sachübernahme (vgl. neu Art. 634 Abs. 4 und Art. 636 Abs. 1 OR) ins Register nicht mehr auf die Umschreibung in den Statuten stützen kann. Dies wiederum könnte zu einem zusätzlichen Haftungsrisiko für das Handelsregisteramt führen. Obwohl bei einer qualifizierten Gründung mit Sacheinlagen oder Sachübernahmen die Prüfungsbestätigung eines Rechnungsrevisors vorliegen muss, ist die Gefahr, dass die Gesellschaft bereits im Gründungsstadium geschwächt wird und dass einzelne Aktionäre benachteiligt werden, grösser. Wir beantragen daher die Beibehaltung der Deklarationspflicht von Sacheinlagen und Sachübernahmen in den Statuten. Zusätzlich wäre vielmehr zu prüfen, ob nicht auch die Liberierung durch Verrechnung als deklarationspflichtige Tatsache in die Statuten aufzunehmen ist.

Sollte Art. 628 OR aufgehoben werden, muss wohl auch der anlässlich der GmbH-Revision eingeführte Art. 777c Abs. 2 Ziff. 1 OR erneut revidiert werden.

Zu Art. 701 OR (bisherige Fassung)

Unseres Erachtens ist die aufgrund des am 16. Dezember 2005 verabschiedeten Art. 702a OR bereits aufgeworfene Frage, ob Universalversammlungen ohne Anwesenheit aller Verwaltungsräte überhaupt noch möglich sind, nochmals aufzugreifen. Es ist wünschenswert, diese für die Handelsregisterbehörden relevante Frage zu klären.

Zu Art. 701d E-OR

Es geht aus dieser Bestimmung nicht klar hervor, ob eine Generalversammlung nicht bereits auf dem Wege einer Telefonkonferenz durchgeführt werden kann. Eine Präzisierung wäre notwendig (z.B. eine Übertragung mit Bild und Ton oder die jederzeitigen Identifizierbarkeit und dergleichen).

Zu Art. 928 Absatz 2 E-OR

Neu sollen die Einträge, die Statuten und die Stiftungsurkunde im elektronischen Abrufverfahren unentgeltlich zugänglich gemacht werden. Dieser Vorschlag entspricht einerseits nicht einer verursachergerechten Gebührenverrechnung, andererseits impliziert er für die einzelnen Handelsregister hohe Investitions- wie auch laufende Personalkosten und läuft den Bestrebungen einer kostendeckenden Verwaltungstätigkeit diametral entgegen. Aufgrund der kleinen Zahl der Bestellungen von Statuten und Stiftungsurkunden beim Handelsregister kann davon ausgegangen werden, dass die Statuten und Stiftungsurkunden für das breite Publikum von geringem Interesse sind, diesem geringen Interesse aber enorme Erfassungskosten entgegen stehen. Sinnvoll wäre eine Regelung, die den einzelnen Handelsregisterämtern erlaubt, die Belege freiwillig und gegen einen Unkostenbeitrag elektronisch zur Verfügung zu stellen.

Zu Art. 929 E-OR

Die neue Haftungsregelung ist zeitgemäss und zu begrüssen.

Zu Art. 930 Abs. 2 E-OR

Die Bestimmung entspricht der bisherigen Regelung (vgl. Art. 929 Abs. 2 OR), wonach sich bei den Aktiengesellschaften und bei den Gesellschaften mit beschränkter Haftung die Gebühren vom eingetragenen Gesellschaftskapital ableiten (vgl. Verordnung über die Gebühren für das Handelsregister, SR 221.411.1, Art. 1 und Art. 4). Diese Regelung hat sich in der Vergangenheit bewährt. Weder Rechtsform noch die Höhe des eingetragenen Gesellschaftskapitals lassen aber zwingend Aussagen über die wirtschaftliche Bedeutung des Unternehmens zu.

Die Löschung einer Firma erfolgt vielfach, ohne dass das Handelsregisteramt eine entsprechende Gebühr erheben könnte. Dies gilt insbesondere für die Löschung nach Einstellung des Konkurses mangels Aktiven oder mangels verwertbarer Aktiven einer Gesellschaft (vgl. Art. 66 Abs. 2 und Art. 89 HRegV sowie Art. 17 GebT). Würde die Lösungsgebühr bereits mit der Gebühr für die Neueintragung erhoben, wäre diese für die Handelsregisterämter unbefriedigende Situation erledigt.

Zu Art. 941 Abs. 1 und 2 E-OR

Abs. 1: Hier liegt ein Verschrieb vor: „vorzunehmen“.

Abs. 2: Es wäre besser, wenn die betroffenen Behörden (im Gesetz oder der Verordnung) gleich dazu verpflichtet würden, allfällig notwendige Angaben auf Anforderung schriftlich zu liefern. Diese wären dann gleich als Beleg verwendbar.

Die Auskunftspflicht gemäss Art. 20 Abs. 3 der Verordnung über die Gebühren sollte für das Handelsregister erhalten bleiben. Demnach wäre Abs. 2 Ziff. 2 bspw. wie folgt zu formulieren: „Auskunft über Tatsachen zu erteilen, die ihren Aufgabenbereich betreffen und für einen Eintrag oder die Einforderung der Gebühren erforderlich sind.“

Zu Art. 943a E-OR

Es ist unklar, weshalb diese Bestimmung nicht anstelle des aufgehobenen Art. 943 eingefügt wird. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist es wünschenswert, hier das Prinzip gesetzlich zu verankern, dass das Handelsregisteramt die Eintragung vor der Bezahlung der Gebühren verweigern kann. In der Praxis entziehen sich die Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans mit ihrem Rücktritt häufig auch der Haftung für Gebühren. Heute ist vor allem bei deklarativen Einträgen nicht klar, ob dies überhaupt zulässig wäre.

Zu Art. 943a Abs. 2 E-OR

Die Bestimmung ist auch auf Liquidatoren auszudehnen.

Zu Art. 3 Abs. 2 und Abs. 4 der Übergangsbestimmungen E=R

Die Statuten werden grundsätzlich durch die Generalversammlung geändert. Der Verwaltungsrat darf nur in einem sehr eingeschränkten Rahmen Statutenänderungen vornehmen. Um Abgrenzungsprobleme zu vermeiden, sollte daher in Abs. 2 klargestellt werden, dass der Verwaltungsrat wenn überhaupt nur die Art der Aktien ändern darf. Ausgeschlossen von der Anpassung durch den Verwaltungsrat sind u.E. etwa Einladungs-, Mitteilungs- oder Vinkulierungsbestimmungen. Auch ist an dieser Stelle die durch den Verwaltungsrat einzuhaltende Form, nämlich die öffentliche Beurkundung, vorzuschreiben.

Bezüglich Abs. 4 gehen wir davon aus, dass das Handelsregisteramt keinesfalls die Statuten bzw. den Handelsregistereintrag ändern kann.

Art. 69a ZGB

Die Bestimmung ist redaktionell anzupassen.

Zu Art. 653u Abs. 3 und Abs. 4 E-OR

Ist Abs. 3 eine blosse Ordnungsvorschrift?

Gemäss Abs. 4 ist eine öffentliche Beurkundung des Beschlusses nicht erforderlich. Aus der Sicht der Praxis ist diese Bestimmung entschieden abzulehnen. Die Mitwirkung eines Notars garantiert die Einhaltung eines auch der Rechtssicherheit dienenden Qualitätsstandards. Der Laie ist erfahrungsgemäss mit der Protokollierung von auch einfachen Generalversammlungs- oder Verwaltungsratsbeschlüssen vielfach überfordert. Das gilt insbesondere auch für Beschlüsse, welche doch immerhin eine Änderung des Grundgerüsts der Aktiengesellschaft zur Folge haben. Die Bestimmung widerspricht zudem dem allgemeinen und in der Praxis bewährten Grundsatz von Art. 647 OR (vgl. auch die mit der GmbH-Revision geänderte Fassung).

Kapitalband oder genehmigte Kapitalerhöhung i.V.m. genehmigter Kapitalherabsetzung (Art. 653r ff. E-OR oder Art. 652i ff. i.V.m. Art. 653s ff. E-OR)?

Kombiniert man eine genehmigte Kapitalerhöhung mit einer genehmigten Kapitalherabsetzung, entsteht ein „Gebilde“, welches grosse Ähnlichkeiten mit dem Kapitalband aufweist (Begleitbericht zum Vorentwurf, Ziff. 3.16.1 und 3.16.2). Bei einer Einführung des Instituts der genehmigten Kapitalherabsetzung würde gleichzeitig das Institut der genehmigten Kapitalerhöhung beibehalten. Diese Variante hätte den Vorteil, dass die genehmigte Kapitalerhöhung bereits bekannt ist und sich in der Praxis bewährt hat. Falls jedoch mit der Revision grundsätzlich eine Flexibilisierung des Gesellschaftskapitals angestrebt werden soll, ziehen wir das Kapitalband vor, erlaubt dieses doch ein freies Floating zwischen dem Basiskapital und dem Maximalkapital (Begleitbericht zum Vorentwurf, Ziff. 3.1.19).

Sehr geehrter Herr Bundesrat, sehr geehrte Damen und Herren, wir danken Ihnen nochmals für die Möglichkeit zur Stellungnahme und bitten Sie, unsere Überlegungen und Vorschläge bei der weiteren Bearbeitung des Entwurfs zu berücksichtigen.

Freundliche Grüsse

NAMENS DES REGIERUNGSRATES

Frau Landammann

Landschreiber

Lisbeth Gabriel

Josef Baumgartner



KANTON
OBWALDEN

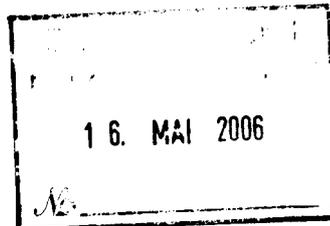
SICHERHEITS- UND
GESUNDHEITSDEPARTEMENT

Polizeigebäude
Postfach 1561, 6061 Sarnen
Telefon 041 666 62 19
Telefax 041 666 64 52
[E-mail: sgd@ow.ch](mailto:sgd@ow.ch)

Eidgenössisches
Amt für das

17. MAI 2006

Eidgenössisches
Justiz- und Polizeidepartement
3003 Bern



Sarnen, 11. Mai 2006

**Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht;
Vernehmlassung.**

Sehr geehrte Damen und Herren

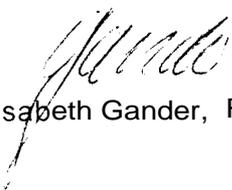
Mit Schreiben vom 7. Dezember 2005 haben Sie uns in obgenannter Angelegenheit den Gesetzesentwurf samt Erläuterungen zur Stellungnahme zugesandt.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme, verzichten aber auf eine solche infolge mangelnder Praxis innerhalb der Verwaltung und hoher Technizität der Entwurfsmaterie.

Da jedoch die Handelsregisterbehörden vom EJPD jeweils direkt zur Vernehmlassung eingeladen werden, wird die kantonale Handelsregisterbehörde - soweit möglich für Obwalden - bis Ende Mai 2006 Stellung nehmen.

Freundliche Grüsse

Die Departementsvorsteherin:


Elisabeth Gander, Regierungsrätin

Kopie an:

Justizverwaltung
Handelsregister, Patrick Berchtold
Staatskanzlei

Kanton Schaffhausen
Regierungsrat
Beckenstube 7
CH-8200 Schaffhausen
www.sh.ch

Telefon +41 (0)52 632 71 11
Fax +41 (0)52 632 72 00
staatskanzlei@ktsh.ch

Eidgenössisches Justiz-
und Polizeidepartement
3003 Bern

Schaffhausen, 16. Mai 2006

Änderung des Obligationenrechts (Aktien- und Rechnungslegung); Vernehmlassung

Hochgeachteter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 7. Dezember 2005 haben Sie uns den Vorentwurf zu einer Änderung des Obligationenrechts (Aktien- und Rechnungslegungsrecht) zur Vernehmlassung bis 31. Mai 2006 unterbreitet. Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Wir begrüssen dem Grundsatz nach die vorgesehene Revision. Mit den einzelnen vorgeschlagenen Bestimmungen sind wir – unter nachfolgenden Vorbehalten – einverstanden:

Im vorgeschlagenen Art. 634a Abs. 1 OR ist der Begriff der nahe stehenden Personen un-scharf. Befürwortet wird die Offenlegung der Vergütungen an die Organe (nicht nur bei Publikums-, sondern auch bei privaten Aktiengesellschaften) sowie die Neugestaltung der Sonderuntersuchung (bisher: «Sonderprüfung») mittels Halbierung der Schwellenwerte, Verzicht auf das Erfordernis des bereits eingetretenen Schadens und Einführung grundsätzlicher Kostenlosigkeit. Beim Einberufungs- und Traktandierungsrecht erscheint hingegen nicht kohärent, dass das Begehren um Traktandierung spätestens 40 Tage vor der Generalversammlung eingereicht werden muss, ohne dass gesetzlich normiert ist, dass die Gesellschaft frühzeitig den Termin der GV bekannt zu geben hat. Die Möglichkeit der Einzelwahl aller Mitglieder des Verwaltungsrates wird begrüsst, aber es ist nicht ersichtlich, inwiefern durch die Festlegung einer zwingenden einjährigen Amtszeit eine Verbesserung der Corporate Governance eintreten soll (im Gegenteil: Einarbeitung neuer Mitglieder bedeutet Mehraufwand; Kontinuität ist weniger gewährleistet). Skepsis ist auch bei der Neuregelung des Auskunfts- und Einsichtsrechts angebracht, welche zu einem unverhältnismässigen Administrativaufwand führen könnte und im Bereich von Art. 958d E-OR (ohne eine Schranke zumindest im Umfang von Art. 697^{bis} Abs. 2 E-OR zu normieren) gerade bei Vorsorgeeinrichtungen und Stiftungen heikel erscheint. Die Ausdehnung der Aktiv- und Passivlegitimation im Rahmen der Rückerstattungsklage (Art. 678 OR; die Rückerstattung erfolgt wie bisher an die Gesellschaft) erscheint ebenfalls gerechtfertigt, da unter geltendem Recht eine nicht in allen Punkten einleuchtende Divergenz zur allgemeinen Bereicherungsklage (Art. 62 ff. OR) besteht. Nicht einleuchtend ist jedoch, weshalb die

Verjährungsfrist auf zehn Jahre verdoppelt werden soll. Die Ausdehnung der unabhängigen Stimmrechtsvertretung (vorab zum Schutz von Kleinaktionären) ist zwar an sich zu begrüssen. Die Abschaffung der Organvertretung (Art. 689c OR) führt jedoch zu weit, zumal sie offenbar einem praktischen Bedürfnis entspricht. Zweifelhaft ist auch die Abschaffung der Depotvertretung (vgl. Art. 689d OR). Dass Aktionäre sich häufig nicht bewusst sind, dass sie im Rahmen eines Depotvertrages der Bank eine Vertretungsvollmacht einräumen, rechtfertigt aufgrund der praktischen Bedeutung nicht, die Depotvertretung *tel quel* abzuschaffen. Die Mündigkeit des Aktionärs würde übermässig beschnitten, denn offenbar handelt es sich bei dieser Einräumung der Vertretungsmacht nicht um eine Klausel, welche gemäss allgemeinen Grundsätzen des OR aufgrund der Ungewöhnlichkeitsregel unbeachtlich wäre. Dass das Ersuchen der Banken um Weisungen für die Ausübung des Stimmrechts in praxi häufig unbeantwortet bleibe, kann kaum Grund dafür sein, dem Aktionär von vornherein die Möglichkeit zu nehmen, der Bank das Depotstimmrecht einzuräumen.

Die positivrechtliche Normierung für das Vorgehen bei Interessenkonflikten schadet nichts, auch wenn sie wohl nicht viel Neues festhält: Die Informationspflicht der Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder dürfte sich in aller Regel bereits (zumindest) aufgrund einer Nebenpflicht (Art. 2 ZGB) des Auftrags- bzw. Arbeitsvertragsverhältnisses ergeben. Nicht sinnvoll ist die isolierte summenmässige Beschränkung der Revisionsstellenhaftung im Rahmen der Verantwortlichkeitsklage im Falle bloss leichten Verschuldens. Hier wäre eine ganzheitliche Betrachtung des Haftungsregimes angebracht. Betreffend die Neuregelung der Kapitalstrukturen (der Begriff «Einleger» in Art. 650 Abs. 2 Ziff. 6 E-OR ist allerdings diskutabel, und der Sinn der Feststellung in Art. 653i Abs. 3 E-OR, eine öffentliche Beurkundung des Beschlusses über die Statutenänderung sei nicht erforderlich, ist nicht klar; analoges gilt für Art. 653s Abs. 2 E-OR) erscheinen beide vorgeschlagenen (flexibleren) Formen der Kapitalherabsetzung zwar sinnvoll, weil sie das Spektrum der Handlungsmöglichkeiten der Unternehmen erweitert, jedoch in den vorliegenden Fassungen sehr komplex, teils (zu) formalistisch (s. etwa Art. 653k Abs. 2 E-OR betreffend GV-Beschluss über das Ergebnis des Prüfungsberichtes) und z.T. falsch sind: Die vorgeschlagene Bestimmung über den Kapitalschnitt ist verunglückt, weil eine Statutenänderung doch erfolgen sollte, sofern die Kapitalerhöhung nicht genau bis zur bisherigen Höhe erfolgt. Die Folgen der einzelnen Varianten in der Praxis sind kaum abschätzbar. Tendenziell verdient aufgrund der Ähnlichkeit zum bisherigen Recht die genehmigte Kapitalherabsetzung gegenüber dem «Kapitalband» – auch aus Sicht des Gläubigerschutzes – den Vorzug. Eine abschliessende Stellungnahme zugunsten der einen oder anderen Variante verbietet sich indes im heutigen Zeitpunkt. Befürwortet wird im Sinne der Einfachheit und Praktikabilität (Stimmrechtsaktien-Problematik) jedoch der Vorschlag des Verzichtes auf die bisherige Festsetzung eines Aktien-Mindestnennwertes (unter dem Verbot des Nennwertes Null) gegenüber der Einführung (unechter) nennwertloser Aktien, sowie (mangels praktischer Bedürfnisse aufgrund der zunehmenden Dematerialisierung von Wertpapieren sowie zur Transparenzerhöhung) die Abschaffung von Inhaberaktien. Zu Recht (Verwischung des Hauptunterschiedes von Aktie und Partizipationsschein) verzichtet vorliegender Vorentwurf auf die Einführung eines PS als «Aktie mit ruhendem Stimmrecht», jedoch (neu) auch auf die Beschränkung des PS-Kapitals (Gewährleistung von Freiraum für die Unternehmen). Ob die angestrebte Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung (z.B. mehrere Tagungsorte, Tagungsort im Ausland; elektronische – auch telefonische? – Einberufung und Durchführung) angesichts der (zweifellos notwendigen) Hürden praktische Bedeutung erlangen wird, bleibt abzuwarten. Dies dürfte wohl höchstens bei Klein(st)gesellschaften der Fall sein. Offen bleibt etwa, wie der Verwaltungsrat eine ausreichende Identifikation der in elektronischer Form Teilnehmenden sowie die Kommunikation unter diesen im Sinne der unverfälschten Willensbildung sicherstellen soll, zumal er im Säumnisfalle eine Verantwortlichkeitsklage zu gewärtigen hat. Eine Zunahme der gerichtlichen Tätigkeit dürfte die Ausdehnung der Anzeigepflicht für den Verwaltungsrat bzw. subsidiär die Revisionsstelle bringen, da die Anzeigepflicht (zudem «unverzögerlich») nicht mehr nur bei Überschuldung, sondern bereits bei festgestellter Zahlungsunfähigkeit bestehen

soll (Art. 725 OR); die Ratio (frühzeitige Sanierungsmassnahmen zur Konkursvermeidung) ist jedoch zu begrüessen, nachdem die betreffende Schwelle bereits gesellschaftsintern (vgl. Art. 725 Abs. OR) vorverschoben wird. In diesem Zusammenhang wird (entsprechend der Praxis) formal klargestellt, dass auf die Anrufung des Richters verzichtet werden kann, wenn die Gläubiger ihre Forderungen «stunden», nachdem ein blosser Rangrücktritt nicht zu einer Verbesserung der finanziellen Situation führt.

Im Übrigen erweist sich die direkte Verschuldenshaftung des Handelsregisterführers als nicht mehr zeitgemäss. Ihre Ersetzung durch die primäre Kausalhaftung des Staates entspricht auch der Rechtslage bei übrigen Registern des Privatrechts. Abzulehnen ist demgegenüber – praktisches Bedürfnis hin oder her – die vorgeschlagene Liberalisierung des Firmenrechts: Werden reine Sachbezeichnungen zugelassen und beschränkte sich der Schutz auf identische Sachfirmen, so wird der Verwechslungsgefahr Vorschub geleistet, welche bei anderer Firmenausgestaltung gerade vermieden werden will. Es erscheint ohne weiteres (weiterhin) zumutbar, die Firma minimal zu individualisieren. Es geht eben nicht nur (subjektiv) darum, dass Firmengeber sich mit einem nur begrenzten Schutz begnügen könnten, sondern auch um die (objektive) Rechtssicherheit (vgl. Art. 944 Abs. 1 OR: Vorrang öffentlicher Interessen). Was die vorgeschlagenen Neuerungen des Handelsregisterrechts betrifft, so sollte in Art. 928 Abs. 1 Satz 2 OR der Begriff «Anmeldungen» ersetzt werden durch «Anträge». In Abs. 2 ist auf die bundesrechtliche Normierung der Unentgeltlichkeit für den Datenzugang zu verzichten; im Kanton Schaffhausen wäre andernfalls mit Gebührenaufschlägen von bis zu Fr. 50'000.– sowie erheblichen Zusatzkosten zu rechnen; die kostenlose elektronische Veröffentlichung läuft dem Bestreben einer kostendeckenden Verwaltungstätigkeit diametral entgegen. In Abs. 4 ist auf das Einfügen des Nebensatzes «insbesondere nach personenbezogenen Kriterien» zu verzichten; die vorhandenen Personendaten sind zu wenig fein strukturiert. Die Verpflichtung der Publikums-gesellschaften, dem Handelsregisteramt den Geschäfts- und Revisorenbericht einzureichen und von diesem veröffentlichen zu lassen (Art. 958d Abs. 2 OR), ist in dem Sinne zu ändern, dass die betroffenen Gesellschaften selber diese Berichte auf elektronischem Weg zugänglich machen müssen; diese Aufgabe ist nicht zu verstaatlichen. Das öffentlich geführte Handelsregister hat sich auf die grundlegenden, rechtssichernden Unternehmensdaten zu beschränken. Zumindest für aufsichtsunterstellte Rechtsträger bzw. ihre Aufsichtsbehörden dürfte zudem die vorgeschlagene Möglichkeit, die Buchführung auch in Englisch abfassen zu können, zu grösserem Aufwand führen. Zu fragen ist ohnehin, ob in diversen Bereichen die *leges speciales* für Vorsorgeeinrichtungen *tel quel* vorgehen sollen oder effektiv nur, sofern die spezialgesetzlichen Bestimmungen strenger sind (was wiederum zu einem unpraktikablen Auslegungsaufwand führte).

Die Stossrichtung bzw. Zielsetzung der Vorlage wird somit begrüsst. In einzelnen Bereichen schießt die Vorlage indes über das Ziel hinaus, oder die praktische Handhabung ist zumindest unabsehbar. Mit den vorgeschlagenen handelsregisterrechtlichen Änderungen dürfte ein nicht zu unterschätzender Verwaltungsaufwand verbunden sein, wobei sich die Frage stellt, ob damit in der Praxis tatsächlich eine Verbesserung der Corporate Governance erreicht werden wird (die Selbstdarstellungsaufgabe sollte Sache der Privatwirtschaft bleiben). Ein kostenloser Zugang (mit entsprechendem Gebührenaufschlag) auf die Registerdaten ist mangels Sicherstellung der Aktualisierung auch nicht sinnvoll. Statuten und Stiftungsurkunden im elektronischen Abrufverfahren zugänglich zu machen, entspricht überdies keinem Bedürfnis. Entsprechendes gilt für die Veröffentlichung der Registerbelege. Der offensichtliche Regulierungseifer (vorab im handelsregisterrechtlichen Bereich) wird einen Mehraufwand zur Folge haben, der in keinem Verhältnis zur erhöhten Transparenz und der damit erhofften Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr für die Anleger steht. Letztlich wäre zufolge anderen Schutzgutes eine differenzierte Regelung für Stiftungen sowie Vorsorgeeinrichtungen nach BVG angebracht.

Wir hoffen, Ihnen mit diesen Ausführungen zu dienen. Genehmigen Sie, sehr geehrter Herr Bundesrat, sehr geehrte Damen und Herren, den Ausdruck unserer vorzüglichen Hochachtung.

Im Namen des Regierungsrates

Der Präsident:

Dr. Hans-Peter Lenherr

Der Staatsschreiber:

Dr. Reto Dubach

per E-Mail an ehra@bj.admin.ch



6431 Schwyz, Postfach 1260

Eidgenössisches
Justiz- und Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern

Schwyz, 31. Mai 2006

Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht Vernehmlassung

Herr Bundesrat

Für die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Vorentwurf für eine Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts danken wir Ihnen.

Allgemeine Bemerkungen

Ein attraktives und modernes Gesellschaftsrecht ist Bestandteil guter Rahmenbedingungen eines Wirtschaftsstandorts. Die in die Vernehmlassung geschickte Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts ist deshalb im Kontext der internationalen Wettbewerbsfähigkeit des Wirtschaftsstandorts Schweiz zu betrachten.

Die vom Bundesrat in die Vernehmlassung geschickten Vorschläge sind weitgehend zu begrüssen. Die geplante Flexibilisierung der Kapitalstrukturen erhöht die Handlungsmöglichkeiten und stärkt dadurch die Attraktivität des schweizerischen Aktienrechts. Unter dem Titel der Neuregelung der Kapitalstrukturen enthält der Vorschlag aber auch Schwächen. Insbesondere die Abschaffung der Inhaberaktie würde zu einer unnötigen Reduktion der Wahlmöglichkeiten führen. Grundsätzlich sollen nicht staatliche Vorschriften, sondern die Unternehmen respektive deren Eigentümer möglichst selber über die Ausgestaltung der Unternehmensorganisation bestimmen können. Aufgabe des Gesetzes ist es, dazu eine breite Palette von Möglichkeiten zur Verfügung zu stellen. Transparenz ist wichtig. Einschränkungen sind aber nur dort vorzunehmen, wo sie auch wirklich nötig sind und für die Unternehmen nicht zu einem unverhältnismässigen Aufwand führen.

Im Zentrum einer guten Corporate Governance muss das langfristige und nachhaltige Wachstum des Unternehmenswerts stehen. Dies bedingt, dass die Unternehmen organisatorische Vorkehrungen zur Sicherstellung eines Mindestmasses an Kontinuität treffen können. Mit der Einführung des Zwangs zu einjährigen Amtszeiten der Mitglieder des Verwaltungsrats würde die heute vielerorts im Sinne der Kontinuität praktizierte Staffelung mehrjähriger Amtsperioden jedoch verunmöglicht. Allgemein sind die Vorschläge zur Corporate Governance zu stark geprägt vom regulatorischen Aktivismus, der im Nachgang zu spektakulären Firmenzusammenbrüchen und aufgedeckten Missständen in Unternehmen in den letzten Jahren eingesetzt hat. Diese momentane Stimmung darf nicht zu einer über-

stürzten Überregulierung führen. Dadurch würde dem Fundament des schweizerischen Aktienrechts ein nachhaltiger Schaden zugefügt. Der Selbstregulierung ist weiterhin genügend Raum zu lassen.

Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen

Art. 634a Abs. 1 OR

Unklar ist, wer „Personen, die ihnen nahe stehen“ sind. Sind das Familienangehörige, Angestellte?

Art. 653i, Abs. 3 und Art. 653s, Abs. 2 OR

Hier wird das Prinzip, wonach jede Statutenänderung öffentlich beurkundet werden muss, durchbrochen. Wir sind der Meinung, dass sich diese Ausnahme nicht rechtfertigt. Ohne Anwesenheit einer Urkundsperson können auch die Statuten nicht amtlich beglaubigt werden.

Art. 653v OR

Die Schuldenrufe müssen vor dem Beschluss der Generalversammlung ergehen. Danach hat der Verwaltungsrat 5 Jahre Zeit, die Kapitalveränderungen vorzunehmen. In dieser Zeit können sich die Vermögensverhältnisse einer Gesellschaft massiv verändern. Es scheint uns bedenklich, dass der Verwaltungsrat beispielsweise nach 4 Jahren eine Kapitalherabsetzung beschliessen und durchführen kann, ohne die Gläubiger oder andere Interessierte orientieren zu müssen. Auch der Prüfungsbericht entfällt.

Art. 653x, Abs. 3 OR

Diese Regelung wirft verschiedenen Fragen auf: Wie weit geht die Kognition des Handelsregisterführers? Ist die Eingabe zu publizieren? Was passiert, wenn der Verwaltungsrat den Bericht nicht einreicht?

Nachdem die Gesellschaft in Art. 653y verpflichtet wird, den Prüfungsbericht in ihrer Jahresrechnung wiederzugeben, erübrigt sich eine Eingabe an das Handelsregisteramt, die zu einem grossen Mehraufwand für dieses führt.

Art. 696 und 958d OR

Die Bekanntgabe und Veröffentlichung der Geschäftsberichte ist die Aufgabe der Gesellschaften. Diese Aufgabe wird auf die Handelsregisterämter „abgeschoben“, was zu einem erheblichen Mehraufwand bei diesen führt. Mit den heute bestehenden Möglichkeiten könnten die Gesellschaften auch verpflichtet werden, ihre Geschäftsberichte selber im Internet zu veröffentlichen. Falls das Handelsregisteramt diese Aufgabe übernehmen muss, ist in der Gebührenverordnung eine angemessene Gebühr vorzusehen. Entweder ist der Bezug der Informationen gebührenpflichtig, oder die Gesellschaft hat dem Handelsregisteramt für die Veröffentlichung eine entsprechende Gebühr zu bezahlen.

Art. 928 OR

Die Erfahrung im Handelsregisteramt zeigt, dass das Publikumsinteresse an Statuten und Belegen gering ist. Die wichtigsten Daten einer Gesellschaft wie Firma, Zweck, Kapitalstruktur und Vertretung sind aus dem Handelsregisterauszug im Internet ersichtlich. Die Einträge werden täglich im SHAB veröffentlicht. Seit einigen Jahren kann über Zefix jede Publikation jeder Firma via Publikationsnummer direkt eingesehen werden. Erfahrungsgemäss werden Akten in Streitfällen (2-3 pro Jahr) oder von Journalisten (3-5) verlangt oder beim Handelsregisteramt direkt eingesehen. Eine Erfassung und Veröffentlichung von Statuten und Belegen führt zu einem unverhältnismässigen Aufwand bei den Handelsregisterämtern. Aktionäre und Interessierte an einer Gesellschaft können die Statuten bei dieser direkt oder beim Handelsregisteramt verlangen. Die gewünschte Transparenz ist jederzeit ohne zusätzlichen Aufwand gewährleistet.

Das Veröffentlichen der Statuten wird eine massive Kostensteigerung bei den Handelsregisterämtern zur Folge haben (EDV-Soft- und -Hardware, Personalaufstockung), die in keinem Verhältnis zum öffentlichen Interesse steht. Diese Kosten müssen irgendwo wieder ausgeglichen werden. Bisher hat, wer eine Dienstleistung verlangt, diese auch zu bezahlen. Neu sollen nun die Daten den Interessierten unentgeltlich zur Verfügung stehen. Wer also soll das bezahlen? Die Verordnung

über die Gebühren für das Handelsregister müsste in diesem Fall zu Lasten der eingetragenen Gesellschaften entsprechend angepasst werden. Sinnvoller wäre es vielleicht, den Handelsregisterämtern die Möglichkeit zu geben, diese Akten freiwillig, gegen eine entsprechende Gebühr, elektronisch zur Verfügung zu stellen.

Art. 671 Abs. 1

Art. 671 Abs. 1 VE ist mit einer Ziffer 3 für „übrige Kapitaleinlagen“ zu ergänzen. Unter diese Position fallen Zuschüsse von Aktionären und nachträglich in der Handelsbilanz offengelegte, verdeckte Kapitaleinlagen.

In der Botschaft ist darauf hinzuweisen, dass Kapitaleinlagen bei deren Rückzahlung nach der Unternehmenssteuerreform II grundsätzlich steuerfrei sein sollen. Eine Ausnahme ergibt sich aus der Einbringung von Beteiligungen (Transponierung).

In den Übergangsbestimmungen zum sechsundzwanzigsten und zweiunddreissigsten Titel ist die Behandlung von Agio, das vor dem Inkraftsetzen dieses Artikels einbezahlt wurde, zu erwähnen.

Begründung:

Bei Zuschüssen von Aktionären und nachträglich in der Handelsbilanz offengelegten, verdeckten Kapitaleinlagen handelt es sich um Kapitalreserven. Da diese beiden Einzahlungsvarianten aber weder dem Agio (Ziffer 1 von Art. 671 Abs. 1 VE) noch dem Kaduzierungsgewinn (Ziffer 2 von Art. 671 Abs. 1 VE) zugeordnet werden können, ist eine Ziffer 3 im Art. 671 Abs. 1 VE mit der Bezeichnung „weitere Kapitaleinlagen“ einzufügen.

Kapitaleinlagen sollen nach der Unternehmenssteuerreform II grundsätzlich steuerfrei zurück bezahlt werden können. Im Falle der Einbringung von Beteiligungen als Kapitaleinlage (Transponierung) ist dies aber ausnahmsweise nicht möglich, da andernfalls latentes Einkommenssteuersubstrat untergehen würde.

Art. 958c Abs. 1

Der zweite Satz im Art. 958 c Abs. 1 VE („Positionen, die in der Berichtsperiode keinen oder nur einen unwesentlichen Betrag aufweisen, brauchen nicht separat aufgeführt zu werden“) ist zu streichen.

Begründung:

Es wäre aus Gründen der Transparenz zu begrüssen, wenn auch solche Positionen separat aufgeführt würden.

Art. 958c Abs. 3

Der Art. 958c Abs. 3 VE ist auf den folgenden Wortlaut zu ändern: „Die Buchführung erfolgt in der Landeswährung oder in der für die Geschäftstätigkeit der Organisation wesentlichen Währung. Für die Jahresrechnung müssen die Werte in der Landeswährung angegeben werden. Fremdwährungspositionen werden zum Devisenkurs am Bilanzstichtag eingesetzt. Der verwendete Umrechnungskurs ist im Anhang offen zu legen.“

Begründung:

Die Buchführung in der funktionalen Währung soll weiterhin gestattet werden. In der Jahresrechnung müssen aber, wie bisher, die Werte zwingend in der Landeswährung angegeben werden. Die Offenlegung des Umrechnungskurses im Anhang entspricht dem Grundsatz der Transparenz.

Art. 959a

In der Botschaft ist zu Artikel 959a VE zusätzlich zu erwähnen, wie der „Handelsbestand“ von eigenen Aktien, insbesondere bei Banken, zu behandeln ist.

Begründung:

Im Begleitbericht zum Vorentwurf wird unter Punkt 3.1.25 „Art. 671, 671a, 671b, 672, 673, 674: Reserven“ der Erwerb eigener Aktien behandelt. Dabei wird aber nicht auf den „Handelsbestand“ von eigenen Aktien eingegangen. In der Botschaft ist zu beschreiben, wie mit dem „Handelsbestand“ der eigenen Aktien (darunter ist gemäss Art. 25a Abs. 3 der Verordnung über die Stempelabgaben die Gesamtheit der liberierten Titel, welche der gewerbsmässige Effektenhändler mit der Absicht der Weiterveräusserung für eigene Rechnung erworben hat zu verstehen) vorzugehen ist.

Art. 959a Abs. 4

Der Art. 959a Abs. 4 ist folgendermassen zu ändern:

„Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern und Organen ~~oder gegenüber Unternehmen, an denen eine Beteiligung besteht~~, **sowie zwischen Unternehmen, die unter einheitlicher Leitung stehen**, müssen gesondert ausgewiesen werden.“

Begründung:

Der Wortlaut „oder gegenüber Unternehmen, an denen eine Beteiligung besteht“ führt zu einer Beschränkung der Anwendung des obgenannten Artikels im Unternehmensverbund auf Tochtergesellschaften. Dies ist nicht vollständig, da Forderungen und Verbindlichkeiten im Unternehmensverbund u.a. ebenfalls gegenüber Mutter- und Schwesterngesellschaften gesondert ausgewiesen werden sollten. Mit dem neuen Wortlaut „sowie zwischen Unternehmen, die unter einheitlicher Leitung stehen“ sind sämtliche Beziehungen im Unternehmensverbund abgedeckt.

Art. 960e Abs. 4

Der erste Satz im Art. 960 e Abs. 4 VE ist folgendermassen zu ändern:

„Nicht mehr begründete Rückstellungen müssen ~~nicht~~ aufgelöst werden.“

Begründung:

Art. 58 Abs. 1b des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG) verlangt, dass geschäftsmässig nicht begründete Rückstellungen in die Berechnung des Reingewinnes einfließen, d.h. aufgelöst werden müssen. Eine in Art. 960e Abs. 4 VE vorgesehene Nichtauflösung von nicht mehr begründeten Rückstellungen in der Handelsbilanz würde somit zu einer unerwünschten Differenz zwischen Handelsbilanz und Steuerbilanz führen. Auf Grund von Art. 960f VE müsste diese Differenz in dem Geschäftsjahr, in dem die Veranlagung rechtskräftig wird, korrigiert werden, da diese Rückstellungen von den Steuerbehörden im Veranlagungsverfahren nicht anerkannt werden. Mit einer entsprechenden Änderung des Art. 960e Abs. 4 VE wäre diese Korrektur nicht notwendig und würde das Verfahren stark vereinfachen.

Zudem sollten nicht mehr begründete Rückstellungen auch nach dem Grundsatz der Transparenz aufgelöst werden.

Art. 960f

In den Übergangsbestimmungen zum sechszwanzigsten und zweiunddreissigsten Titel ist aufzuzeigen, wie versteuerte stille Reserven, die bereits vor dem Inkraftsetzen dieses Artikels bestanden, zu behandeln sind.

Steuerlich relevante Artikel, welche noch zu ändern oder einzufügen sind:

Art. 699

Es ist neu folgender Abs. 2bis einzufügen: „Wird nach Art. 727a Abs. 4 E OR eine eingeschränkte Revision verlangt, hat die Generalversammlung ihre Befugnisse nach Art. 698 Abs. 2 spätestens 3 Monate nach ihrer ordentlichen Durchführung auszuüben.“

Begründung:

Art. 727a Abs. 4 E OR lautet: „Haben Aktionäre auf eine eingeschränkte Revision verzichtet, so gilt, dieser Verzicht auch für die nachfolgenden Jahre. Jeder Aktionär hat jedoch das Recht, spätestens 10 Tage vor der Generalversammlung eine eingeschränkte Revision zu verlangen. Die Generalversammlung muss diesfalls die Revisionsstelle wählen.“
Damit diese „nachträglich“ verlangte eingeschränkte Revision in einem zeitgerechten Rahmen erfolgt, schlagen wir die obgenannte Einfügung vor.

Art. 959c

Abs. 1 neu ist durch folgende Ziff. 3 zu ergänzen (mit der Folge, dass die bisherige Ziff. 3 zu Ziff. 4 wird): „Angaben zu allen Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen.“

Begründung:

Es wäre zu begrüssen, wenn im Anhang Angaben zu allen Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen aufgeführt werden. Diese Offenlegung führt zu einer erhöhten Transparenz der Jahresrechnung.

Art. 960

Abs. 3 soll folgendermassen lauten:

„Die Werte müssen jährlich überprüft und gegebenenfalls angepasst werden.“

Begründung:

Gemäss Art. 960 Abs. 3 VE sind die Werte zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen, wenn konkrete Anzeichen für eine Überbewertung von Aktiven oder für zu geringe Rückstellungen bestehen. Zwecks Einhaltung des Niederstwertprinzips und der Grundsätze der ordnungsmässigen Rechnungslegung gemäss Art. 958b Abs. 1 VE halten wir eine jährliche Überprüfung der Werte als notwendig.

Art. 960b

Ist durch folgenden Satz am Ende von Abs. 3 zu ergänzen:

„Solche Schwankungsreserven sind jedoch nicht zulässig, soweit dadurch sowohl der Kurs am Bilanzstichtag als auch der Anschaffungswert unterschritten würde.“

Begründung:

Art. 960b Abs. 3 VE sieht vor, dass wenn Wertschriften und Handelswaren zum Kurs am Bilanzstichtag bewertet werden, Schwankungsreserven gebildet werden dürfen, um dem Kursverlauf Rechnung zu tragen. Damit sind wir grundsätzlich einverstanden. Ohne unsere obgenannte Ergänzung dürfen Schwankungsreserven in der Handelsbilanz in willkürlicher Höhe gebildet werden. Da dies bei der Veranlagung zu Korrekturen durch die Steuerbehörden und auf Grund des umgekehrten Massgeblichkeitsprinzips gemäss Art. 960f VE zu Korrekturen in der Handelsbilanz führt, erachten wir eine Einschränkung der Höhe der Schwankungsreserven im Sinne der Anwendung des Niederstwertprinzips als angebracht.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Im Namen des Regierungsrates:

Kurt Zibung, Landammann

Peter Gander, Staatsschreiber

Regierungsrat

Rathaus / Barfüssergasse 24
4509 Solothurn
www.so.ch

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
Departementsvorsteher
Bundeshaus West
3003 Bern

4. April 2006

Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht; Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 7. Dezember 2005 haben Sie uns eingeladen, zur geplanten Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts eine Stellungnahme abzugeben. Wir kommen dieser Aufforderung gerne nach und äussern uns dazu wie folgt:

1. Allgemeine Bemerkungen

Wir begrüssen die mit der Revision verfolgten Hauptziele (Verbesserung der Corporate Governance, Regelung der Kapitalstrukturen, Aktualisierung der Ordnung der Generalversammlung und die umfassende Revision des Rechnungslegungsrechts).

Insbesondere den Neuerungen im Bereich der Buchführung und Rechnungslegung erteilen wir ausdrücklich die Zustimmung. Es ist zu befürworten, dass sich die Art der Buchführung und Rechnungslegung nicht mehr nach der Rechtsform der Unternehmung, sondern nach ihrer Grösse und Bedeutung richten soll. Ebenso stimmen wir den vorgeschlagenen Gliederungsvorschriften zu, die sich an die bisherigen aktienrechtlichen Normen anlehnen und die neu für die Jahresrechnung aller Unternehmen gelten sollen, die zum Eintrag in das Handelsregister verpflichtet sind. Für die einzelnen Verbesserungsvorschläge verweisen wir auf nachfolgende Bemerkungen (Ziff. 2).

Mit der Neuregelung der Kapitalstrukturen wird den Bedürfnissen der Unternehmen Rechnung getragen. Die Einführung eines sog. Kapitalbandes, zur Flexibilisierung des Verfahrens zur Erhöhung und Herabsetzung des Aktienkapitals, räumt den Gesellschaften einen grösseren Handlungsspielraum ein. Die vorgeschlagene Regelung ist zu begrüssen.

Der Vorentwurf schafft die Möglichkeit, elektronische Mittel bei der Vorbereitung und der Durchführung von Generalversammlungen zu nutzen. Dies ist grundsätzlich zu begrüssen. Informations- und Kommunikationstechnologien (IKT) sollen rasch, koordiniert und zum Nutzen

aller eingesetzt werden. Die Anwendung von IKT birgt aber auch ernst zu nehmende Risiken in sich, insbesondere mögliche Verletzungen von Persönlichkeitsrechten oder anderer Grundrechte. Der Schutz vor Missbräuchen sowie die Durchsetzung des Rechts müssen daher als zentrale Bedingungen für das Vertrauen von der Wirtschaft und von den Bürgerinnen und Bürgern in IKT gewährleistet sein. Datensicherheit sowie sicherheitsrelevante und datenschutzfördernde Produkte erhalten daher eine hohe Priorität (siehe revidierte Strategie des Bundesrates für eine Informationsgesellschaft in der Schweiz vom 18.01.2006, S. 1 ff.).

2. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen des Vernehmlassungsentwurfs

- **Verzicht auf einen Mindestnennwert und Abschaffung der Inhaberaktie**

Art. 622 VE-OR

Wir begrüßen die vorgeschlagene Abschaffung der Inhaberaktie. Die im Begleitbericht dazu vorgebrachten Argumente überzeugen. Hingegen erachten wir die nach Art. 3 der Übergangsbestimmungen eingeräumte Frist von 2 Jahren als zu kurz. Wir würden es bevorzugen, den Gesellschaften eine Frist von 3 Jahren einzuräumen, um ihre Statuten den neuen Bestimmungen anzupassen.

Nach Art. 622 Abs. 2 VE-OR muss künftig der Nennwert einer Aktie lediglich grösser als Null Rappen sein. Es ist unklar, inwiefern diese Massnahme einem echten Bedürfnis entspricht. Die Reduktion des Mindestnennwertes von früher 100 Franken auf 1 Rp wurde von zahlreichen Gesellschaften offenbar nicht nur dazu benutzt, ihre Aktien zu splitten und damit leichter zu machen. Vielmehr wurde, statt Dividenden auszuschütten, das Aktienkapital herabgesetzt und die Aktionäre mit steuerfreien Nennwertrückzahlungen erfreut.

- **Anhebung der Mindestliberierung**

Art. 632 Abs. 1 VE-OR

Im Interesse einer einheitlichen Regelung würden wir es begrüßen, wenn die Mindestliberierung auch für bestehende Gesellschaften innert einer Übergangsfrist auf neu 25 Prozent angehoben werden müsste.

- **Öffentliche Beurkundung einer Sacheinlage**

Art. 634 Abs. 3 VE-OR

Die Regelung, wonach Sacheinlageverträge bezüglich Grundstücke in der ganzen Schweiz durch Urkundspersonen am Sitz der Gesellschaft errichtet werden können, entspricht derjenigen des Fusionsgesetzes. Wir halten die Neuerung für sinnvoll, auch wenn damit einmal mehr in kantonales Beurkundungsrecht eingegriffen wird.

- **Modalitäten zur Gewährung des Bezugsrechts**

Art. 652b Abs. 2 VE-OR

Die in Art. 652b Abs. 2 VE-OR festgesetzten Modalitäten bezüglich des Bezugsrechts bei einer Festübernahme sind zu begrüßen. Jedoch können wir die Schlussfolgerung im Begleitbericht nicht nachvollziehen, wonach der wertpapierrechtliche Gutglaubensschutz hinter den Anspruch der Aktionärinnen und Aktionäre zurücktritt, sollte sich die Bank nicht an ihre vertraglichen Verpflichtungen halten und die Aktien an Drittpersonen veräussern. Beim Festübernahmeverfahren ist nach unserem Verständnis das Bankinstitut in einer ersten Phase Zeichner, Liberierer und Erwerber des originären Eigentums an den neuen Aktien. In einer zweiten Phase erwirbt ein Aktionär, der die Aktien vom Bankinstitut übernimmt, derivativ Eigentum. Dasselbe muss auch für einen Dritterwerber gelten. Die vorgeschlagene Lösung, wonach derartige Rechtsgeschäfte der Bank mit einem Dritten nichtig wären, ist unseres Erachtens unbillig und verstösst gegen massgebliche Grundsätze des Eigentumsrechts.

- **Öffentliche Beurkundung einer Statutenänderung**

- **Art. 653i Abs. 3, Art. 653s Abs. 2 VE-OR**

- Es scheint uns nicht logisch, auf die öffentliche Beurkundung des Beschlusses über die Statutenänderung zu verzichten. Es ist zwar zuzugeben, dass jede öffentliche Beurkundung von weniger bedeutenden Bestimmungen der Statuten mit Aufwand für das Unternehmen verbunden ist. Dies würde aber für die Änderung vieler anderer Statutenbestimmungen ebenfalls zutreffen. Die neue Regel widerspricht unserer Meinung nach den Vorschriften von Art. 647 Abs. 1 OR.

- **Einführung eines Kapitalbandes**

- **Art. 653r und 653s VE-OR**

- Wir begrüßen die Einführung eines Kapitalbandes. Dieses ermöglicht der Unternehmung sehr rasch auf veränderte Kapitalbedürfnisse zu reagieren. Unseres Erachtens weist damit das Kapitalband eindeutig Vorteile gegenüber der vorgeschlagenen Variante der genehmigten Kapitalerhöhung / genehmigte Kapitalherabsetzung auf. Die Limitierung der Bandbreite sollte aber grosszügiger ausfallen.

- **Aufhebung**

- **Art. 670 VE-OR**

- Wir stimmen dem Vorschlag ausdrücklich zu, so dass Grundstücke und Beteiligungen künftig auch nicht mehr zur Deckung einer Unterbilanz über die Anschaffungs- oder Herstellungskosten hinaus aufgewertet werden dürfen.

- **Zuweisung zur Kapitalreserve**

- **Art. 671 Abs. 1 VE-OR**

- Die Bestimmung ist mit einer Ziffer 3. „übrige Kapitaleinlagen“ zu ergänzen. Darunter fallen Zuschüsse von Aktionären und verdeckte Kapitaleinlagen, die nachträglich in der Handelsbilanz offen gelegt werden.

- Bei Zuschüssen von Aktionären und verdeckten Kapitaleinlagen, die nachträglich in der Handelsbilanz offen gelegt werden, handelt es sich um Kapitalreserven. Beide Einzahlungsvarianten können aber weder dem Agio (Ziffer 1 von Art. 671 Abs. 1 VE-OR) noch dem Kaduzierungsgewinn (Ziffer 2) zugeordnet werden. Deshalb ist eine Ziffer 3 mit der Bezeichnung „übrige Kapitaleinlagen“ einzufügen. In der Botschaft ist darauf hinzuweisen, dass nach der Unternehmenssteuerreform II Kapitaleinlagen bei deren Rückzahlung grundsätzlich steuerfrei sein sollen. Davon ausgenommen sind Beteiligungen, die eine Person aus dem Privatvermögen in eine selbst beherrschte Gesellschaft einbringt (Transponierung). Hier bleibt die Besteuerung der Kapitalrückzahlung bestehen, ansonsten latentes Einkommenssteuersubstrat unterginge. In den Übergangsbestimmungen zum 26. und 32. Titel ist die Behandlung von Agio, das vor dem Inkrafttreten dieser neuen Bestimmung einbezahlt worden ist, zu regeln.

- **Bildung von Reserven**

- **Art. 673 VE-OR**

- Die Bestimmung schränkt die Bildung von Reserven gegenüber dem geltenden Recht erheblich ein und stellt im Ergebnis ein Verbot für freie (Gewinn-) Reserven auf (so auch die Botschaft S. 61). Die angegebene Begründung vermag nicht durchzudringen, wenn die Zuweisung in die Reserven von der Generalversammlung beschlossen und die Auflösung in der Jahresrechnung offen ausgewiesen wird. Auf der andern Seite sollen gemäss Art. 960a Abs. 4 und 960e Abs. 4 VE-OR nicht mehr begründete Wertberichtigungen und

Rückstellungen nicht aufgelöst werden müssen. Mit diesen Massnahmen kann die Gesellschaft ihre Aktionäre viel mehr über ihren wirklichen Geschäftsverlauf täuschen. Die massive Beschränkung erscheint deshalb widersprüchlich und fragwürdig.

- **Rückerstattungspflicht unrechtmässig bezogener Leistungen**
Art. 678 Abs. 1 und 2 VE-OR

Wir stimmen dem Vorschlag zu, die Rückerstattungspflicht von unrechtmässig bezogenen Leistungen zu verschärfen. Unseres Erachtens ändert dies nichts an der steuerlichen Beurteilung von geldwerten Leistungen an Beteiligte und ihnen nahestehende Personen. Auf die steuerliche Aufrechnung wird nur verzichtet, wenn der Rückerstattungsanspruch auch tatsächlich geltend gemacht wird.

Entgegen der im Begleitbericht zum Vorentwurf geäusserten Ansicht, entspricht die Verjährungsfrist nicht derjenigen von Forderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 67 Abs. 1 OR). Schon nach bisherigem Recht war die Verjährungsfrist der Rückforderungsklage eine Sondernorm zur allgemeinen Verjährungsfrist von Art. 67 Abs. 1 OR und ging dieser in jeder Hinsicht vor. So beginnt die Verjährungsfrist in jedem Fall mit dem Empfang der Leistung, und es kommt nicht darauf an, wann der Kläger vom Rückerstattungsanspruch Kenntnis erhalten hat. Auch mit der Ausdehnung der absoluten Frist auf 10 Jahre kommt die relative einjährige Frist von Art. 67 Abs. 1 OR nicht zur Anwendung. Die Verlängerung der Verjährungsfrist als solches ist hingegen nicht zu beanstanden.

- **Verwendung elektronischer Hilfsmittel im Vorfeld und während der Generalversammlung**
Art. 689a ff. VE-OR

Die Generalversammlung (GV) ist das oberste Organ einer AG. Ein Recht auf Teilnahme an der GV haben von Gesetzes wegen oder gemäss Statuten nur gewisse berechtigte Personen wie z.B. Aktionäre oder deren zur Stimmrechtsausübung bevollmächtigte Vertreter.

Eine elektronische Vollmacht zur Stimmrechtsausübung ist daher zu Recht nicht mit irgendeiner, sondern nur mit einer qualifizierten elektronischen Signatur des Aktionärs zulässig. Zudem muss der Verwaltungsrat entscheiden, ob er elektronische Vollmachten entgegennimmt, weil er für die Einhaltung aller rechtlichen Vorgaben verantwortlich ist (Art. 689a Abs. 2 VE OR, Art. 14 Abs. 2 VE-OR und Art. 6 ff. des Bundesgesetzes über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur, ZertES, SR 943.03).

Ferner wird dem informationellen Selbstbestimmungsrecht (Art. 13 Abs. 2 der Bundesverfassung, BV, SR 101) Rechnung getragen, indem nebst der gesetzlichen Grundlage im VE-OR oder einer statutarischen Grundlage der einzelne Aktionär oder teilweise gar alle Aktionäre dem Einsatz elektronischer Hilfsmittel ausdrücklich zustimmen muss resp. müssen (z.B. elektronische Zustellung der Einberufung inklusive Unterlagen, Art. 700 Abs. 1 und 2 VE-OR, elektronische Teilnahme des Aktionärs an der GV von zu Hause aus, Art. 701c VE OR, ausschliesslich elektronische GV, welche nur mit Zustimmung aller Aktionäre zulässig ist, Art. 701d VE-OR).

Ausschlaggebend für oder gegen die Verwendung elektronischer Hilfsmittel wird sein, ob die von Herstellern angepriesenen Videokonferenzsysteme technisch so ausgereift sind, dass sie die hohen Anforderungen an die Datensicherheit auch tatsächlich erfüllen können: Aus Sicht der Datensicherheit zentral ist die eindeutige Feststellbarkeit der Identität der Teilnehmenden und der Votanten, die Nichtverfälschbarkeit von Abstimmungsergebnissen (Art. 701e VE-OR). Zudem dürfen die Daten nur mittels sicherer Verschlüsselungstechnologie an die mehreren Tagungsorte oder zu den Teilnehmenden nach Hause übermittelt werden und umgekehrt wieder retour. Im Wissen um diese erheblichen Risiken vor Missbrauch dürfen daher zu Recht an elektronischen GV's keine Beschlüsse gefasst werden, die einer

öffentlichen Beurkundung bedürfen (Art. 701d Ziff. 2 VE-OR). Richtig ist ebenfalls, dass eine GV wiederholt werden muss, wenn sie auf Grund technischer Probleme nicht nach Massgabe des Gesetzes oder der Statuten durchgeführt werden kann (Art. 701f VE OR). Dass allfällig aufgetretene technische Probleme bei der Durchführung der GV ausdrücklich ins Protokoll aufzunehmen sind (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 7 VE-OR) dient der Transparenz.

Nebst der Datensicherheit müssen Videokonferenzsysteme auch qualitativ den hohen Ansprüchen an eine gesetzmässige und statutengemässe Durchführung einer GV genügen. Gemäss aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnissen gibt es bei verschiedenen technischen Lösungen Probleme durch die zeitliche Verzögerung bei der Übermittlung der Daten, die Beeinträchtigung der Bild- und Tonqualität, die zur Verfügung stehende Übertragungsbandbreite (128 kbit/s für einen ISDN-Anschluss, 2 Mbit/s im LAN). Kann und will ein Teilnehmender sein bisheriges Wahrnehmungs- und Kommunikationsverhalten diesen technischen Umständen anpassen? Oder wie kann dem Problem technisch begegnet werden, dass Videokonferenzsysteme detailliertere nonverbale Verhaltensweisen wie z.B. die Mimik eines Votanten nicht erfassen können und deshalb vom Gesprächspartner nicht oder falsch „verstanden“ wird? Wie ist diese Frage zu beantworten, wenn dann zusätzlich die Kamera nicht mehr auf den Votanten ausgerichtet ist? Die gesetzliche Anforderung, dass Teilnehmende Voten abgeben und mitdiskutieren können, muss deshalb unbedingt technisch sichergestellt sein (Art. 701e Ziff. 2 VE-OR).

Sofern die Anforderungen an die Datensicherheit und die Qualität elektronischer Hilfsmittel tatsächlich im Einzelfall realisierbar sind, steht deren Einsatz aus unserer Sicht nichts im Wege.

- **Art. 697^{sexties} VE-OR**

Recte: 697^{sexies} VE-OR

- **Elektronische Veröffentlichung von Handelsregisterdaten
Art. 928 VE-OR**

Die Vorschrift, wonach neben den Einträgen auch die Statuten und Stiftungsurkunden elektronisch öffentlich zugänglich gemacht werden müssen, ist auch aus der Sicht der Handelsregisterführung zu begrüssen. Diese Pflicht führt allerdings zu erheblichen Kosten für den Kanton. Entweder ist auf die Unentgeltlichkeit der elektronischen Abrufe zu verzichten oder die Kosten sind durch eine generelle Anhebung der Handelsregistergebühren auszugleichen.

Aus datenschutzrechtlicher Sicht bestehen grundsätzlich keine Einwände gegen die elektronische Veröffentlichung von Handelsregisterdaten. Via den zentralen Firmenindex (zefix) kann bereits heute im Abrufverfahren und kostenlos auf die in der Handelsregisterdatenbank des Kantons Solothurn gespeicherten Daten solothurnischer Firmen zugegriffen werden. Dabei ist eine Suche nach personenbezogenen Kriterien wie z.B. dem Firmennamen möglich. Die abrufbaren Personendaten sind bereits heute allgemein öffentlich (siehe Begleitbericht zum VE-OR, S. 92). Rechtswirkung zeigen weiterhin nur durch das Handelsregisteramt beglaubigte Handelsregisterauszüge (Art. 928 Abs. 5 VE-OR).

Im weiteren veröffentlicht das seco das SHAB im Internet. Die SHAB-Daten werden vom seco mit einer elektronischen Signatur versehen. Die Signatur muss auf einem qualifizierten Zertifikat einer anerkannten Anbieterin von Zertifizierungsdiensten im Sinne des ZertES beruhen. Die elektronische Form ist massgebend, also rechtsverbindlich (Art. 928a und 930a VE-OR und die Verordnung über das Schweizerische Handelsamtsblatt, beschlossen vom BR am 15.02.2006, Inkrafttreten am 01.03.2006).

Mangels weiterer Informationen im Begleitbericht zum VE-OR und in der Medienmitteilung des BR vom 15.02.2006 kann nicht beurteilt werden, ob die Anforderungen an die elektronische Signatur technisch erfüllt sind oder nicht. Sofern dies der Fall ist, bestehen keine Einwände.

- **Art. 929 VE-OR**

Die heutige primäre, persönliche Haftung der Handelsregisterführer und Aufsichtsbehörden empfinden wir als stossend und nicht mehr zeitgemäss. Wir begrüssen deshalb die neue Regel, wonach der Kanton für Schäden haftet. Wir gehen davon aus, dass neu auch die Disziplinarbefugnis ausschliesslich in die Kompetenz der Kantone fällt und dass demzufolge Art. 4 Abs. 2 HRegV aufgehoben wird.

- **Art. 957 Abs. 2 VE-OR**

Es ist zu wünschen, dass die Aufzeichnungspflicht von Organisationen, die nicht zur kaufmännischen Buchführung verpflichtet sind, ebenfalls konkretisiert wird. Dabei stellen wir uns Mindestvorgaben über die Detaillierung der Aufzeichnungen und über das Belegwesen vor. Im Übrigen sind wir der Meinung, dass die Nicht-Buchführungspflichtigen wie bis anhin freiwillig kaufmännische Bücher im Sinne der Art. 957 ff. VE-OR führen können. Der vorgeschlagene Wortlaut erweckt aber den Eindruck einer Pflicht zur Beschränkung auf blosse Aufzeichnungen.

- **Art. 957a Abs. 4 und 5 VE-OR**

Wir schlagen eine Ergänzung von Absatz 4 vor, wonach die Buchführung in Landeswährung oder in der für die Geschäftstätigkeit der Organisation wesentlichen Währung zu erfolgen hat. Damit soll den Unternehmen wie bisher schon gestattet sein, ihre Bücher in der für ihre Geschäftstätigkeit bedeutenden Währung zu führen. Festzuhalten ist aber an Art. 958c Abs. 3 VE-OR, dass in der Jahresrechnung die Werte in Landeswährung anzugeben sind und der Umrechnungskurs im Anhang offen zu legen ist.

Den Vorschlag von Absatz 5 (und Art. 958c Abs. 4 VE-OR), dass Buchführung und Rechnungslegung auch nur in Englisch erfolgen können, lehnen wir strikte ab. Es ist an Buchführung und Rechnungslegung in einer der Landessprachen festzuhalten. Die Rücksichtnahme auf international tätige Unternehmen überzeugt als Begründung nicht. Einmal könnten mit dem gleichen Grund auch andere bedeutende Weltsprachen wie Spanisch oder Chinesisch als Rechnungslegungssprachen zugelassen werden. Weiter würde auf diesem Weg Englisch über die Hintertür zur Amtssprache erklärt, was die Behörden entsprechend verpflichten würde, alle Unterlagen der Buchführung in der Fremdsprache entgegen zu nehmen. Und schliesslich sind für international tätige Unternehmen die Finanzmärkte entscheidend, für welche nicht die obligationenrechtliche Jahresrechnung sondern der Abschluss nach einem Regelwerk gemäss Art. 962 VE-OR massgebend ist. Dagegen, dass dieser (auch) in Englisch erfolgt, ist nichts einzuwenden.

- **Art. 958b Abs. 3 VE-OR**

Die Bestimmung, die sich an die Umsatzgrenze für die Mehrwertsteuerpflicht anlehnt (die ihrerseits bei der Revision des MWSTG geändert werden soll), kann ersatzlos gestrichen werden. Eintragungs- und damit buchführungspflichtigen juristischen Personen ist auch eine periodengerechte Abgrenzung von Aufwand und Ertrag zuzumuten.

- **Art. 958c Abs. 1 und 4 VE-OR**

Absatz 1: Aus Gründen der Transparenz und der Stetigkeit wäre es zu begrüssen, wenn auch Positionen, die in der Berichtsperiode keinen oder nur einen unwesentlichen Betrag aufweisen, (weiterhin) separat aufgeführt werden.

Absatz 4: Wir verweisen auf die Ausführungen zu Art. Art. 957a Abs. 5 VE-OR.

- **Art. 959a Abs. 2 und 4**

Wir stimmen dem Vorschlag zu, dass eigene Aktien als Minusposten im Eigenkapital zu erzeugen sind. Diese bilanzmässige Darstellung gibt den wirtschaftlichen Sachverhalt bedeutend besser wieder als die geltende Regelung. Allerdings fehlen in der Botschaft Ausführungen darüber, wie der sog. Handelsbestand von eigenen Aktien, insbesondere bei Banken, zu behandeln ist. Der Erwerb eigener Aktien wird zwar in der Botschaft (S. 60 ff.) ausführlich dargestellt. Besonders zu beschreiben wäre aber, wie bei Aktien vorzugehen ist, die ein gewerbsmässiger Effektenhändler mit der Absicht der Weiterveräusserung erworben hat.

Absatz 4 ist wie folgt zu ändern: „Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern und Organen **sowie zwischen Unternehmen unter einheitlicher Leitung** müssen gesondert ausgewiesen werden.“ Denn der vorgeschlagene Wortlaut „oder gegenüber Unternehmen, an denen eine Beteiligung besteht“ beschränkt die Anwendung der Bestimmung auf Tochtergesellschaften. Das genügt nicht, da Forderungen und Verbindlichkeiten im Unternehmensverbund auch gegenüber andern Gruppengesellschaften (Mutter- und Schwestergesellschaften) gesondert ausgewiesen werden sollen. Mit dem hier vorgeschlagenen Wortlaut sind sämtliche Beziehungen im Unternehmensverbund abgedeckt.

- **Art. 959c Abs. 1 VE-OR**

Die Bestimmung ist mit einer neuen Ziffer 3 zu ergänzen (die bisherige Ziffer 3 wird zu Ziffer 4): „Angaben zu allen Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen.“ Diese Offenlegung erhöht die Transparenz der Jahresrechnung.

- **Art. 960 Abs. 3 VE-OR**

Neuer Formulierungsvorschlag: „Die Werte sind jährlich zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen.“ Um das Niederstwertprinzip und die Grundsätze der ordnungsgemässen Rechnungslegung gemäss Art. 958b Abs. 1 VE-OR einzuhalten, ist unseres Erachtens eine jährliche Überprüfung der Werte notwendig.

- **Art. 960a Abs. 4 und 5 VE-OR**

Diese Bestimmungen gehen davon aus, dass nicht mehr begründete Abschreibungen und Wertberichtigungen grundsätzlich aufzulösen sind, dass aber unter bestimmten Voraussetzungen davon abgesehen werden kann. Damit wird der bisher geltende Grundsatz, wonach Abschreibungen definitiven Charakter haben, verlassen, ohne dass die Botschaft dazu eine Begründung liefert. Wir sehen keinen Grund, den bewährten, auch im Steuerrecht anerkannten Grundsatz umzustossen.

Bei Wertberichtigungen ist anerkannt, dass diese vorläufiger Natur und dementsprechend aufzulösen sind, wenn der Grund für ihre Bildung entfallen ist. Steuerlich ist ihre Auflösung zwingend (Art. 29 und 63 je Abs. 2 DBG, hier allerdings untechnisch im Begriff der Rückstellungen enthalten; vgl. Art. 29 und 63 je Abs. 1 lit. b DBG). Wenn das Handelsrecht

nun erlaubt, nicht mehr begründete Wertberichtigungen nicht aufzulösen, entsteht eine unerwünschte Differenz zwischen Handelsbilanz und Steuerbilanz. Diese soll dann nach dem Entscheid der Steuerbehörden in der Handelsbilanz wieder korrigiert werden (Art. 960f VE-OR). Wenn auch das Handelsrecht verlangt, nicht mehr begründete Wertberichtigungen aufzulösen, kann auf diese Korrektur verzichtet und damit das Verfahren vereinfacht werden. Auch der Grundsatz der Transparenz verlangt die Auflösung der nicht mehr begründeten Wertberichtigungen.

- **Art. 960b Abs. 3 VE-OR**

Schwankungsreserven für die Finanzanlagen sind nicht notwendig, da für diese gemäss Abs. 2 das Niederstwertprinzip gilt (Bilanzierung zum Anschaffungs- oder niedrigeren Marktwert). Ebenso sollen für Wertschriften und Handelswaren, die zum Anschaffungswert oder zu einem tieferen Kurswert bilanziert werden, keine Schwankungsreserven gebildet werden dürfen. Diese wären willkürlich und würden von den Steuerbehörden korrigiert. Wir schlagen folgende Formulierung vor: „Werden Wertschriften oder Handelswaren zum Kurs am Bilanzstichtag bewertet und liegt dieser über dem Anschaffungswert, dürfen Schwankungsreserven gebildet werden, um dem Kursverlauf Rechnung zu tragen.“

- **Art. 960e Abs. 4 VE-OR**

Aus den in den Ausführungen zu Art. 960a VE-OR genannten Gründen sind auch nicht mehr begründete Rückstellungen aufzulösen.

- **Art. 960f VE-OR**

Auf diese Bestimmung ist zu verzichten. Sie ist überflüssig, wenn nicht mehr begründete Wertberichtigungen und Rückstellungen handelsrechtlich aufzulösen sind (vgl. die Ausführungen zu Art. 960a VE-OR). Andernfalls steht sie im Widerspruch zu den vorgeschlagenen Art. 960a Abs. 4 und 5 sowie Art. 960e Abs. 4 VE-OR, welche im Unterschied zum Steuerrecht die Nicht-Auflösung von nicht mehr begründeten Wertberichtigungen und Rückstellungen erlauben. Wieso sollen sie in der Handelsbilanz trotzdem nachvollzogen werden, wenn sie steuerlich nicht (mehr) anerkannt werden? Das macht es für die Steuerbehörden noch schwieriger, entsprechende steuerliche Aufrechnungen vorzunehmen. Im Übrigen ist nicht einzusehen, warum nur ganz bestimmte steuerliche Korrekturen handelsrechtlich ausgewiesen werden müssen.

- **Art. 961 Abs. 2 Ziffer 1 VE-OR**

Die vorgeschlagene Formulierung enthält eine Lücke. Verbindlichkeiten, die innert einem bis zwei Jahren fällig werden, müssen nach dem Wortlaut nicht aufgeführt werden.

- **Art. 962 Abs. 4 VE-OR**

Die Bestimmung ist ersatzlos zu streichen. Es gibt bereits heute Unternehmungen, welche ihren „aktienrechtlichen“ Jahresabschluss nach einem internationalen (IFRS oder US-GAAP) oder nationalen (Swiss GAAP FER) Regelwerk erstellen und diesen von der GV genehmigen lassen. Daneben existiert kein Abschluss nach den Bestimmungen von Art. 662a ff. VE-OR. In diesen Fällen dürfte klar sein, dass der von der GV beschlossene (betriebswirtschaftliche) Abschluss für die Steuerveranlagung massgebend ist bzw. sein wird. Die Abgrenzung ist nicht nötig und in den genannten Fällen sogar falsch.

- **Art. 963 VE-OR**

Die Konsolidierungspflicht geht unseres Erachtens zu weit, da auch „Kleinstkonzerne“ zu einer Konzernrechnung verpflichtet werden sollen. Damit werden für kleinere Unternehmen zusätzliche Hürden für eine betriebswirtschaftlich sinnvolle Struktur aufgebaut.

- **Art. 2 und 3 Übergangsbestimmungen VE-OR**

Wir halten eine Frist von 2 Jahren zur Anpassung von Statuten und Reglementen an die neuen Bestimmungen für zu kurz. Einer Frist von 3 Jahren würden wir den Vorzug geben.

- **Buchführungspflicht der Stiftungen**
Art. 83a VE-ZGB

In dem seit 1. Januar 2006 geltenden neuen Stiftungsrecht finden sich in Art. 84b ZGB die Vorschriften zur Buchführung der Stiftungen. Mit der Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht werden diese Vorschriften im neu vorgesehenen Art. 83a VE-ZGB festgehalten, wo zur Führung der Geschäftsbücher auf die Vorschriften des Obligationenrechts über kaufmännische Buchführung verwiesen wird und die Art. 957 ff. OR zur Anwendung kommen. Von diesen Bestimmungen deckt jedoch Art. 959c VE-OR u.E. die Bedürfnisse für die klassischen Stiftungen unvollständig ab. Daher sollten im Art. 83a VE-ZGB die spezifischen Stiftungsbedürfnisse ergänzend noch aufgeführt werden. Wir beantragen deshalb, Art. 83a Abs. 2 ZGB folgendermassen zu formulieren:

Im Anhang sind ergänzend zum Art. 959c OR die folgenden Informationen aufzuführen:

1. *geltende Stiftungsurkunde und Reglemente*
2. *namentliches Verzeichnis des Stiftungsrates*
3. *Erläuterung der tatsächlichen finanziellen Lage*
4. *ergänzende Angaben und Erläuterungen zur Vermögensanlage*

Diese Vorschriften sind aus Gründen der Transparenz bei den klassischen Stiftungen u.E. unerlässlich. (Wir verweisen zum Vergleich auf die Rechnungslegungsvorschriften nach Swiss GAAP FER 26 für die Personalvorsorgestiftungen / Pensionskassen - Stiftungen im Sinne von Art. 80 ff. ZGB und Art. 331 OR in Art. 47 Abs. 2 BVV 2).

- **Art. 84c ZGB**

Formeller Hinweis: Der bisherige, seit 1. Januar 2006 geltende Art. 84b ZGB wird im Zusammenhang mit dem Revisionsaufsichtsgesetz gestrichen (Ablauf der Referendumsfrist: 6. April 2006). Der Art. 84c im vorliegenden Vorentwurf wird deshalb unseres Erachtens zum Art. 84b ZGB.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und bitten Sie, die von uns eingebrachten Änderungsvorschläge bei der Weiterbearbeitung der Vorlage zu berücksichtigen.

IM NAMEN DES REGIERUNGSRATES

Sig. Christian Wanner
Landammann

Sig. Dr. Konrad Schwaller
Staatsschreiber

A n h a n g

zur Vernehmlassung der Regierung des Kantons St.Gallen zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht

Art. 671 Abs. 1

Art. 671 Abs. 1 ist mit einer Ziffer 3 für "weitere Kapitaleinlagen" zu ergänzen. Unter diese Position fallen Zuschüsse von Aktionären und nachträglich in der Handelsbilanz offen gelegte, verdeckte Kapitaleinlagen.

In den Übergangsbestimmungen zum sechsundzwanzigsten und zweiunddreissigsten Titel ist die Handhabung des Agio, welches vor dem Inkraftsetzen dieses Artikels einbezahlt wurde, zu regeln.

Begründung:

Bei Zuschüssen von Aktionären und nachträglich in der Handelsbilanz offen gelegten, verdeckten Kapitaleinlagen handelt es sich um Kapitalreserven. Diese beiden Einzahlungsvarianten können weder dem Agio (Art. 671 Abs. 1 Ziffer 1) noch dem Kaduzierungsgewinn (Art. 671 Abs. 1 Ziffer 2) zugeordnet werden.

Kapitaleinlagen sollen nach der Unternehmenssteuerreform II grundsätzlich steuerfrei zurück bezahlt werden können. Im Falle der Einbringung von Beteiligungen als Kapitaleinlage (Transponierung) ist dies aber ausnahmsweise nicht möglich, da andernfalls latentes Einkommenssteuersubstrat untergehen würde. In der Botschaft ist auf die Unternehmenssteuerreform II hinzuweisen.

Art. 699

Es ist folgender Abs. 2bis einzufügen:

"Wird nach Art. 727a Abs. 4 OR eine eingeschränkte Revision verlangt, hat die Generalversammlung ihre Befugnisse nach Art. 698 Abs. 2 spätestens 3 Monate nach ihrer ordentlichen Durchführung auszuüben."

Begründung:

Art. 727a Abs. 4 OR (BBI 2005, 7290) lautet: "Haben die Aktionäre auf eine eingeschränkte Revision verzichtet, so gilt dieser Verzicht auch für die nachfolgenden Jahre. Jeder Aktionär hat jedoch das Recht, spätestens 10 Tage vor der Generalversammlung eine eingeschränkte Revision zu verlangen. Die Generalversammlung muss diesfalls die Revisionsstelle wählen." Damit diese "nachträglich" verlangte eingeschränkte Revision in einem zeitgerechten Rahmen erfolgt, schlagen wir die obgenannte Ergänzung vor.

Art. 941 Abs. 2

In Abs. 2 ist vorgesehen, dass der Bundesrat den Behörden und Gerichten vorschreiben kann, den Handelsregisterbehörden Tatsachen zu melden und Auskünfte zu erteilen. Es ist im Inte-

resse einer korrekten Aufgabenerfüllung und Rechtsanwendung angebracht, hier nicht nur eine Informationspflicht zu statuieren, sondern den Behörden und Gerichten generell auch ausdrücklich ein *Melderecht* gegenüber den Handelsregisterbehörden zu gewähren (Beispiel: Die Steuerbehörden stellen fest, dass ein Verein ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt, aber bisher nicht im Handelsregister eingetragen ist).

Allgemeine Bemerkungen zu den neuen Bestimmungen zur Buchführung und Rechnungslegung

Gemeinnützig tätige Rechtsformen des Privatrechts (Stiftungen) und Zweige der Sozialversicherung (Vorsorgeeinrichtungen) haben ein besonderes Schutzgut (Destinärs- bzw. Versicherteninteressen) und sind einer spezialisierten Fachaufsicht unterstellt. Die Rechnungslegungsvorschriften des Entwurfs sind nur teilweise mit den detaillierten Vorschriften der beruflichen Vorsorge kompatibel (vgl. z.Bsp.: Art. 958b Abs. 4 des Entwurfs und Art. 47 der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [SR 831.441.1; abgekürzt BVV2]; Art. 958d des Entwurfs und Art. 86b des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [SR 831.40; abgekürzt BVG]; Art. 958e des Entwurfs und Art. 27i bis 27k BVV2; Art. 960a ff. des Entwurfs und Art. 65a BVG bzw. Art. 47 ff. BVV2). Im Entwurf ist dafür zu sorgen, dass die diesbezüglichen BVG-Vorschriften als Spezialbestimmungen vorgehen oder mit diesen in Übereinstimmung gebracht werden.

Art. 957

Einfache Gesellschaften haben keine Pflicht (und auch kein Recht), sich ins Handelsregister eintragen zu lassen. Deshalb fallen sie nicht unter Abs. 1. Sie werden aber auch nicht von Abs. 2 erfasst, da dort nur Einzelunternehmen, Vereine und Stiftungen geregelt werden. Eine einfache Gesellschaft ist nicht zur Buchführung verpflichtet, hat aber die nötigen Geschäftsbücher zu führen, die über Vermögen und Einkommen der Gesellschaft Auskunft geben (Peter Locher, Kommentar zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, N 9 zu Art. 10). Eine einfache Gesellschaft ist als solche nicht steuerpflichtig. Das Einkommen von einfachen Gesellschaften wird den einzelnen Teilhabern anteilmässig zugerechnet (Art. 10 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer [SR 642.11; abgekürzt DBG]). Es gilt steuerrechtlich als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit. Natürliche Personen mit Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit müssen der Steuererklärung - wenn eine kaufmännische Buchhaltung fehlt - Aufstellungen über Aktiven und Passiven, Einnahmen und Ausgaben sowie Privatentnahmen und Privateinlagen beilegen (Art. 125 Abs. 2 DBG). Folglich ist es sachlich richtig, wenn Art. 957 Abs. 2 so formuliert wird, dass auch einfache Gesellschaften erfasst werden.

Art. 84b des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (SR 210; abgekürzt ZGB) statuiert seit dem 1. Januar 2006 für Stiftungen generell eine ausdrückliche Pflicht zur kaufmännischen Buchführung. Diese Norm wird mit der OR-Revision vom 16. Dezember 2005 ersetzt durch den im Wesentlichen gleich lautenden Art. 83a ZGB (BBI 2005, 7339 und 7341). Letztere Bestimmung wird mit der vorliegenden Revision geändert, wobei aber die Pflicht zur kaufmännischen Buchführung weiterhin besteht (siehe Vorentwurf, Anhang 1, S. 86). Art. 957 Abs. 2 des Vorentwurfs verlangt demgegenüber für Stiftungen, die sich nicht ins Handelsregister eintragen lassen müssen (kirchliche Stiftungen und Familienstiftungen, Art. 52 Abs. 2 ZGB) lediglich eine "Milchbuch-Rechnung". Es ist fraglich, ob sich dies mit Art. 84b ZGB bzw. dem künftigen Art. 83a ZGB verträgt. Art. 87 Abs. 1bis ZGB befreit zwar kirchliche Stiftungen und Familienstiftungen von der Pflicht, eine Revisionsstelle zu bezeichnen, nicht aber von der Pflicht zur kaufmännischen Buchführung. Aus steuerlicher Sicht besteht ein Interesse daran, dass Familienstiftungen der Pflicht zur kaufmännischen Buchführung unterstehen, da sie steuerpflichtig sind.

Der in Art. 957 Abs. 3 verwendete Begriff "strengere" wirft namentlich im Bereich der beruflichen Vorsorge Fragen auf. Um möglichen Auslegungsproblemen entgegenzutreten, schlagen wir vor, diese Bestimmung wie folgt zu ergänzen:

"Strengere spezialgesetzliche Bestimmungen bleiben vorbehalten. Für Vorsorgeeinrichtungen im Sinne des BVG und seiner Ausführungserlasse gelten für die Rechnungslegung die diesbezüglichen Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen."

Art. 958c Abs. 1

Art. 958c Abs. 1 Satz 2 ("Positionen, die in der Berichtsperiode keinen oder nur einen unwesentlichen Betrag aufweisen, brauchen nicht separat aufgeführt zu werden.") ist zu streichen.

Begründung:

Es wäre aus Gründen der Transparenz zu begrüssen, wenn auch solche Positionen separat aufgeführt würden.

Art. 958c Abs. 3

Art. 958c Abs. 3 ist wie folgt zu ändern:

"Die Buchführung erfolgt in der Landeswährung oder in der für die Geschäftstätigkeit der Organisation wesentlichen Währung. Für die Jahresrechnung müssen die Werte in der Landeswährung angegeben werden. Fremdwährungspositionen werden zum Devisenkurs am Bilanzstichtag eingesetzt. Der verwendete Umrechnungskurs ist im Anhang offen zu legen."

Allenfalls ist die "Buchführungs-Währung" aus systematischen Gründen in Art. 957a des Vorentwurfs zu regeln.

Begründung:

Die Buchführung in der funktionalen Währung soll weiterhin gestattet werden. In der Jahresrechnung müssen aber – wie bisher – die Werte zwingend in der Landeswährung angegeben werden. Die Offenlegung des Umrechnungskurses im Anhang entspricht dem Grundsatz der Transparenz.

Art. 959a

Die neue Regelung beim Erwerb von eigenen Aktien führt im Gegensatz zur heutigen Situation dazu, dass die Bilanz kürzer wird. Entgegen der im Begleitbericht zum Vorentwurf (S. 62) geäußerten Meinung trifft es aber nicht zu, dass eigene Aktien keine Vermögenswerte darstellen. Hält eine AG eigene Aktien, so hat sie damit einen Vermögenswert, denn sie könnte die eigenen Aktien verkaufen und damit cash erzielen. Dies bedeutet aus steuerlicher Sicht, dass für die Kapitalbesteuerung jeweils eine Aufrechnung im Umfang des bei den Gewinnreserven verbuchten Minuspostens vorzunehmen ist.

Art. 959a Abs. 4

Der Art. 959a Abs. 4 ist folgendermassen zu ändern:

"Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern und Organen *sowie zwischen Unternehmen, die unter einheitlicher Leitung stehen*, müssen gesondert ausgewiesen werden."

Begründung:

Der Wortlaut "oder gegenüber Unternehmen, an denen eine Beteiligung besteht" führt zu einer Beschränkung der Anwendung des obgenannten Artikels im Unternehmensverbund auf Tochtergesellschaften. Dies ist nicht vollständig, da Forderungen und Verbindlichkeiten im Unternehmensverbund u.a. ebenfalls gegenüber Mutter- und Schwesterngesellschaften gesondert ausgewiesen werden sollten. Mit unserem Vorschlag werden sämtliche Beziehungen im Unternehmensverbund abgedeckt.

Art. 960a Abs. 3

Art. 960a Abs. 3 Satz 1 ist wie folgt zu ändern:

"Endgültige Wertvermindierungen müssen durch Abschreibungen, vorübergehende Wertvermindierungen durch Wertberichtigungen berücksichtigt werden. Abschreibungen und Wertberichtigungen müssen ... "

Begründung:

Eine Abschreibung ist entgegen dem Vorentwurf nicht nur gerechtfertigt bei einer nutzungsbedingten Wertverminderung, sondern auch bei einer altersbedingten Wertverminderung. Die Unterscheidung zwischen Abschreibungen und Wertberichtigungen soll nach dem Kriterium erfolgen, ob die Wertverminderung endgültig oder nur vorübergehend ist.

Art. 960b Abs. 3

Mit der Regelung, dass Schwankungsreserven gebildet werden können, sind wir grundsätzlich einverstanden. Hingegen erscheint es zur Vermeidung von Missbräuchen sinnvoll, die Höhe dieser Schwankungsreserven zivilrechtlich zu begrenzen. Dies auch deshalb, weil die Steuerbehörden die Bildung solcher Reserven nur akzeptieren, soweit sie geschäftsmässig begründet sind. Denkbar wäre eine prozentuale Rückstellung vom Kurswert per Bilanzstichtag.

Art. 960e Abs. 4

Art. 960e Abs. 4 ist folgendermassen zu ändern:

"Nicht mehr begründete Rückstellungen müssen ____ aufgelöst werden. Erfolgt eine Auflösung, so muss ..."

Begründung:

Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG verlangt, dass geschäftsmässig nicht begründete Rückstellungen in die Berechnung des Reingewinns einfließen, d.h. aufgelöst werden müssen. Die in Art. 960e Abs. 4 vorgesehene Nichtauflösung von nicht mehr begründeten Rückstellungen in der Han-

delsbilanz würde somit zu einer unerwünschten Differenz zwischen Handelsbilanz und Steuerbilanz führen. Aufgrund von Art. 960f des Vorentwurfs müsste diese Differenz in dem Geschäftsjahr, in dem die Veranlagung rechtskräftig wird, korrigiert werden, da diese Rückstellungen von den Steuerbehörden im Veranlagungsverfahren nicht anerkannt werden. Mit unserem Vorschlag wäre diese Korrektur nicht notwendig. Sie würde das Verfahren stark vereinfachen. Zudem sollten nicht mehr begründete Rückstellungen auch nach dem Grundsatz der Transparenz aufgelöst werden.

Art. 960f

In den Übergangsbestimmungen zum sechszwanzigsten und zweiunddreissigsten Titel ist aufzuzeigen, wie versteuerte stille Reserven, die bereits vor dem Inkraftsetzen dieses Artikels bestanden, zu behandeln sind.

Art. 960f führt dazu, dass die Differenzen zwischen Steuerbilanz und Handelsbilanz korrigiert werden. Dies ist grundsätzlich begrüssenswert. In der Praxis wird diese Bestimmung wohl dazu führen, dass die Unternehmen mit den Steuerbehörden jeweils vorgängig klären möchten, ob die Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen steuerlich akzeptiert werden. Dies hat bei den Steuerbehörden Mehraufwand zur Folge.



- 9. JUNI 2006 -

Repubblica e Cantóve-
Ticino

Il Consiglio di Stato

Signor
Christoph Blocher
Consigliere federale
Dipartimento federale di giustizia e polizia
Palazzo federale ovest
3003 Bema

Procedura di consultazione concernente la revisione del Codice delle obbligazioni (diritto della società anonima e diritto contabile)

Signor Consigliere federale,

abbiamo ricevuto lo scritto del 7 dicembre 2005 e la documentazione in merito alla summenzionata procedura di consultazione e, ringraziando per l'opportunità che ci viene offerta di esprimere il nostro giudizio, formuliamo le seguenti osservazioni.

L'avamprogetto sulla revisione del Codice delle obbligazioni concernente il diritto della società anonima e il diritto contabile è, a giudizio dello scrivente Consiglio, nel complesso un buon progetto. Ci permettiamo tuttavia di formulare alcune osservazioni su temi specifici.

Per quanto concerne le norme sulle procedure di aumento e di riduzione del capitale, si predilige l'introduzione della "forbice di capitale" (variante I).

Azione al portatore (art. 622 cpv. 1)

L'avamprogetto propone di sopprimere le azioni al portatore mantenendo solo le azioni nominative. Pur considerando le motivazioni esposte nel rapporto esplicativo, il fatto che vi siano all'incirca 30'000 società anonime che hanno emesso azioni al portatore evidenzia l'importanza di tale specie di azione. D'altronde, se molte società quotate in borsa hanno abbandonato le azioni al portatore, ciò non è sempre dovuto al fatto che questi titoli non fossero più reputati adeguati, ma vi erano anche altre ragioni, quali la maggior liquidità per il commercio di titoli di una sola specie.

Valore nominale (art. 622 cpv. 2)

Il valore nominale delle azioni dipende dal capitale azionario e dal numero di azioni. Poiché è ragionevole attendersi che il valore nominale raggiunga presto frazioni di centesimi, si potrebbe togliere l'obbligo di indicarlo in modo esplicito nello statuto (art. 626 n. 4 CO) e nel registro di commercio (art. 641 n. 5 CO) considerando che può essere calcolato con facilità in ogni momento.

Art. 634a

Sarebbe opportuno precisare meglio, per esempio per il tramite di un elenco non esaustivo, quali sono le persone vicine agli azionisti ai sensi del capoverso 1.

Art. 6531 e 653s

Si propone lo stralcio del dell'art. 6531 capoverso 3 e dell'art. 653s capoverso 2 seconda frase: si reputa opportuno non discostarsi dalla regola dell'articolo 647 CO che prescrive l'atto pubblico per le modificazioni dello statuto.

Art. 653o

È opportuno precisare che lo statuto non deve essere modificato solo qualora il nuovo capitale azionario è d'importo pari a quello prima dell'operazione.

Art. ~~697b~~, 699 e 699a

L'avamprogetto consente di far dipendere dal valore di borsa la possibilità dell'esercizio di taluni diritti da parte dell'azionista.

Questa novità è adeguata considerato che il valore nominale delle azioni detenute non è necessariamente indicativo dell'importanza della partecipazione nella società e quindi del peso dell'azionista. Poiché il valore dei titoli non è costante, occorre definire un criterio oggettivo e semplice che consenta di fissare il momento determinante per il calcolo del valore di borsa di ciascuna azione, così ch'è sia chiara in anticipo la soglia da raggiungere per l'esercizio di tali diritti. Si potrebbe, per esempio, fare riferimento alla fine dell'anno o alla fine del trimestre precedente.

"Dispoaktien" (art. 700 cpv. 1 n. 4)

Da alcune parti si sollecita un disciplinamento delle cosiddette "Dispoaktien". Si reputa corretto non trattare il tema. Infatti, compete all'azionista decidere se esercitare i diritti che gli spettano nell'ambito della conduzione della società o godere solo dei diritti patrimoniali. Per quanto concerne le società maggiori, l'azionista ha comunque ampie possibilità di informarsi sull'evoluzione dell'attività e, qualora lo desideri, può in ogni momento domandare l'iscrizione nel registro degli azionisti.

Art. 710

L'obbligo di elezione individuale dei membri del consiglio di amministrazione è un'innovazione positiva per quanto concerne le società quotate in borsa. Per le aziende più piccole non sembra esserci una tale necessità.

Riguardo alla durata del mandato, il periodo di nomina di un anno è forse troppo breve. Si potrebbe limitare la durata del mandato a tre anni (come è la prassi per numerose importanti società) dagli attuali sei, agevolando le possibilità di destituzione nel caso gravi motivi impongano ciò.

Art. 958c

Si propone di stralciare la seconda frase del primo capoverso al fine di garantire una maggior trasparenza.

Art. 959a

Si invita a precisare come devono essere trattate le proprie azioni che la società detiene per le esigenze commerciali (Handelsbestand).

Art. 959c

Tra le informazioni da includere nell'allegato vi deve essere l'elenco degli aumenti e delle riduzioni di capitale.

Art. 960

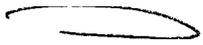
Occorre inserire l'obbligo di rivedere periodicamente, per esempio con cadenza annuale, la verifica della sopravvalutazione degli attivi o dell'insufficienza degli accantonamenti.

Art. 960e

Si propone di modificare il quarto capoverso così che gli accantonamenti non più giustificati siano sciolti. Ciò si armonizzerebbe meglio con il diritto fiscale.

In conclusione, riservate le osservazioni esposte, siamo sostanzialmente d'accordo con il progetto posto in consultazione.

Voglia gradire, signor Consigliere federale, l'espressione della nostra alta stima.



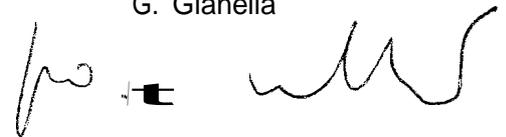
Il Presidente: L. Pezzini

L. Pezzini

PER IL CONSIGLIO DI STATO

Il Cancelliere:

G. Gianella



Copia p.c. a:

- Divisione della giustizia, Residenza.

Staatskanzlei, Regierungsgebäude, 8510 Frauenfeld

Eidgenössisches Amt für das
Handelsregister
Bundesrain 20
3003 Bern

Frauenfeld, 2. Mai 2006

Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Dr. Kläy

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht (VE) Stellung nehmen zu können und äussern uns dazu wie folgt:

I. Allgemeine Bemerkungen

In grundsätzlicher Hinsicht begrüssen wir die vorgeschlagenen Änderungen des Obligationenrechts betreffend jährliche Einzelwahl der Verwaltungsräte, Abschaffung der Depotsstimmen, tiefere Hürden für Sonderprüfungen, bessere Information für Aktionäre usw. Gleichzeitig erachten wir die Änderungsvorschläge indessen als Minimallösung. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der gegenwärtigen Diskussionen über Bezüge von Management und Verwaltungsrat.

Unter dem Titel „Corporate Governance“ sollen die Handelsregisterämter verpflichtet werden, die Registereinträge im elektronischen Abrufverfahren unentgeltlich zugänglich zu machen und ausserdem die technischen Voraussetzungen zu schaffen, dass die Statuten und die Stiftungsurkunden im elektronischen Abrufverfahren unentgeltlich verfügbar sind. Nachdem die Kantone den Betrieb des elektronischen Abrufverfahrens sicherzustellen und die damit verbundenen Kosten zu tragen haben, ist es auch ihnen zu überlassen, ob sie diese Dienstleistung unentgeltlich zur Verfügung stellen wollen oder nicht. Es geht nicht an, dass der Bund auf Kosten der Kantone die Unentgeltlichkeit einfach verfügt. Die Forderung, dass neu auch noch die Statuten und die Stiftungsurkunden wiederum unentgeltlich auf der Webseite des Handelsregister abrufbar sein sollen, ist zudem entschieden abzulehnen. Die Erfüllung dieser Forderung würde einerseits einen erheblichen Verwaltungs- und Kostenaufwand für die Kantone zur Folge haben. Andererseits zeigt die Praxis, dass beim breiten Publikum kaum ein Interesse besteht,

2/2

diese Informationen auf der Webseite der Handelsregister abrufen zu können. Im Bedarfsfall können diese Dokumente bei der betreffenden Gesellschaft oder Stiftung selbst oder beim Handelsregisteramt (gegen Kostenfolge) angefordert werden. Allein aufgrund der Tatsache, dass die technische Entwicklung die Einrichtung eines derartigen Abrufungssystems ermöglichen würde, kann nicht gefolgert werden, dass hierfür auch ein Bedürfnis besteht. Zudem ist zu bezweifeln, dass mit den diesbezüglich vorgeschlagenen handelsregisterrechtlichen Änderungen eine Verbesserung der „Corporate Governance“ erreicht wird.

II. Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen des Vorentwurfs (VE)

Art. 671 Abs. 1

Bei Zuschüssen von Aktionären und nachträglich in der Handelsbilanz offengelegten, verdeckten Kapitaleinlagen handelt es sich um Kapitalreserven. Da diese beiden Einzahlungsvarianten aber weder dem Agio (Ziff. 1 von Art. 671 Abs. 1 VE) noch dem Kaduzierungsgewinn (Ziff. 2 von Art. 671 Abs. 1 VE) zugeordnet werden können, ist eine neue Ziff. 3 in Art. 671 Abs. 1 VE mit der Bezeichnung „weitere Kapitaleinlagen“ einzufügen.

In der Botschaft ist zusätzlich darauf hinzuweisen, dass Kapitaleinlagen bei deren Rückzahlung nach der Unternehmenssteuerreform II grundsätzlich steuerfrei sein sollen. Eine Ausnahme ergibt sich allerdings aus der Einbringung von Beteiligungen (Transpondierung), da andernfalls latentes Einkommenssteuersubstrat untergehen würde.

In den Übergangsbestimmungen zum sechszwanzigsten und zweiunddreissigsten Titel ist zudem die Behandlung von Agio, das vor dem Inkrafttreten dieses Artikels einbezahlt wurde, zu erwähnen.

Art. 928 Abs. 2 - 4

Zu den Abs. 2 und 3 verweisen wir auf unsere Bemerkungen unter Ziff. I. Bezüglich Abs. 4 beantragen wir die ersatzlose Streichung der Wendung „insbesondere nach personenbezogenen Kriterien“. Die im Handelsregister eingetragenen Personendaten sind zuwenig fein strukturiert. Die gleiche Person kann auf unterschiedliche Art erfasst sein, weil einzig auf die Kriterien Name, Vorname, Heimatort oder Staatsangehörigkeit und Wohnort abgestellt wird. Diese Situation führt zu unterschiedlichen Namensschreibweisen. Eine weitere Quelle für Fehler stellt der Umstand dar, dass bei der Beglaubigung von Unterschriften vielfach der Hinweis angebracht wird „nach eigenen Angaben wohnhaft in...“. Solange nicht das Geburtsdatum der im Handelsregister eingetragenen Person erfasst wird und deren Wohnsitz mit einem verlässlichen Dokument wie z.B. einer

3/3

Wohnsitzbescheinigung ausgewiesen wird, führt eine personenbezogene Suche mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu falschen Ergebnissen oder zu Unsicherheiten. Dies wiederum wird Anlass für zusätzliche Abklärungen geben.

Art. 958c Abs. 1 und 3

Der zweite Satz von Art. 958c Abs. 1 VE ist zu streichen. Es wäre aus Gründen der Transparenz zu begrüssen, wenn auch solche Positionen separat aufgeführt würden.

Die Formulierung von Art. 958c Abs. 3 VE ist zudem wie folgt zu ändern:

„Die Buchführung erfolgt in der Landeswährung oder in der für die Geschäftstätigkeit der Organisation wesentlichen Währung. Für die Jahresrechnung müssen die Werte in der Landeswährung angegeben werden. Fremdwährungspositionen werden zum Devisenkurs am Bilanzstichtag eingesetzt. Der verwendete Umrechnungskurs ist im Anhang offen zu legen.“

Die Buchführung in der funktionalen Währung soll zwar weiterhin gestattet werden. In der Jahresrechnung müssen aber die Werte wie bisher zwingend in der Landeswährung angegeben werden. Die Offenlegung des Umrechnungskurses im Anhang entspricht dem Grundsatz der Transparenz.

Art. 958d Abs. 2

Die Aufgabe des Handelsregisters soll darauf beschränkt bleiben, die dem Rechtsverkehr dienenden Daten zu registrieren und diese der Öffentlichkeit in geeigneter Art und Weise zugänglich zu machen. Es soll nicht dazu missbraucht werden, Aufgaben übernehmen zu müssen, die von den betroffenen Gesellschaften selber wahrgenommen werden können. Geht man davon aus, dass ein öffentliches Interesse besteht, in den Geschäftsbericht und in den Jahresbericht Einsicht nehmen zu können, sollen die betroffenen Gesellschaften selber dazu verpflichtet werden, die fraglichen Berichte auf elektronischem Weg zugänglich zu machen.

Art. 959a

In der Botschaft zu Art. 959a VE ist zusätzlich zu erwähnen, wie der „Handelsbestand“ von eigenen Aktien, insbesondere bei Banken, zu behandeln ist. Im Begleitbericht zum Vorentwurf wird unter Ziff. 3.1.25 der Erwerb eigener Aktien behandelt. Dabei wird aber nicht auf den „Handelsbestand“ von Aktien eingegangen. In der Gesetzesbotschaft ist daher zu beschreiben, wie mit dem „Handelsbestand“ der eigenen Aktien (darunter ist gem. Art. 25a Abs. 3 der Verordnung über die Stempelabgaben (SR 641.101) die Gesamtheit der liberierten Titel, welche der gewerbsmässige Effektenhändler mit der Ab-

4/4

sicht der Weiterveräusserung für eigene Rechnung erworben hat, zu verstehen) vorzugehen ist.

Art. 959a Abs. 4

Der Art. 959a Abs. 4 ist folgendermassen zu ändern:

„Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaften und Organen sowie zwischen Unternehmen, die unter einheitlicher Leitung stehen, müssen gesondert ausgewiesen werden.“

Der vorgesehene Wortlaut „oder gegenüber Unternehmen, an denen eine Beteiligung besteht“ führt zu einer Beschränkung der Anwendung der fraglichen Bestimmung im Unternehmensverbund auf Tochtergesellschaften. Dies ist nicht vollständig, da Forderungen und Verbindlichkeiten im Unternehmensverbund u.a. ebenfalls gegenüber Mutter- und Schwesterngesellschaften gesondert ausgewiesen werden sollten. Mit dem von uns neu vorgeschlagenen Wortlaut „sowie zwischen Unternehmen, die unter einheitlicher Leitung stehen“ sind sämtliche Beziehungen im Unternehmensverbund abgedeckt.

Art. 959c Abs. 1

Abs. 1 von Art. 959c VE ist durch folgende Ziff. 3 zu ergänzen (mit der Folge, dass die bisherige Ziff. 3 zu Ziff. 4 wird):

„Angaben zu allen Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen.“

Wir würden dies begrüßen, wenn im Anhang Angaben zu allen Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen aufzuführen sind. Diese Offenlegung führt zu einer erhöhten Transparenz der Jahresrechnung.

Art. 960

In Art. 960 VE sollte nach unserer Auffassung ein zusätzlicher Abs. 4 mit folgendem Inhalt aufgenommen werden:

„Die Werte müssen jährlich überprüft und gegebenenfalls angepasst werden.“

Gemäss Art. 960 Abs. 3 VE sind die Werte zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen, wenn konkrete Anzeichen für eine Überbewertung von Aktiven oder für zu geringe Rückstellungen bestehen. Zwecks Einhaltung des Niederstwertprinzips und der Grundsätze der ordnungsmässigen Rechnungslegung gemäss Art. 958b Abs. 1 VE halten wir eine jährliche Überprüfung der Werte als notwendig.

5/5

Art. 960b Abs. 3

Abs. 3 von Art. 960b VE ist durch folgenden Satz zu ergänzen:

„Solche Schwankungsreserven sind jedoch nicht zulässig, soweit dadurch sowohl der Kurs am Bilanzstichtag als auch der Anschaffungswert unterschritten würde.“

Art. 960b Abs. 3 VE sieht vor, dass wenn Wertschriften und Handelswaren zum Kurs am Bilanzstichtag bewertet werden, Schwankungsreserven gebildet werden dürfen, um dem Kursverlauf Rechnung zu tragen. Damit sind wir grundsätzlich einverstanden. Ohne die von uns vorgeschlagene Ergänzung dürfen jedoch Schwankungsreserven in der Handelsbilanz in willkürlicher Höhe gebildet werden. Da dies bei der Veranlagung zu Korrekturen durch die Steuerbehörden und aufgrund des umgekehrten Massgeblichkeitsprinzips gemäss Art. 960f VE zu Korrekturen in der Handelsbilanz führt, erachten wir eine Einschränkung der Höhe der Schwankungsreserven im Sinne der Anwendung des Niederstwertprinzips als angebracht.

Art. 960e Abs. 4

Der erste Satz in Art. 960e Abs. 4 VE ist wie folgt zu ändern:

„Nicht mehr begründete Rückstellungen müssen aufgelöst werden.“

Art. 58 Abs. 1b des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (SR 942.11) verlangt, dass geschäftsmässig nicht begründete Rückstellungen in die Berechnung des Reingewinnes einfließen, d.h. aufgelöst werden müssen. Eine in Art. 960e Abs. 4 VE vorgesehene Nichtauflösung von nicht mehr begründeten Rückstellungen in der Handelsbilanz würde somit zu einer unerwünschten Differenz zwischen Handelsbilanz und Steuerbilanz führen. Aufgrund von Art. 960f VE müsste diese Differenz in dem Geschäftsjahr, in dem die Veranlagung rechtskräftig wird, korrigiert werden, da diese Rückstellungen von den Steuerbehörden im Veranlagungsverfahren nicht anerkannt werden. Mit einer entsprechenden Änderung des Art. 960e Abs. 4 VE wäre diese Korrektur nicht notwendig und würde das Verfahren stark vereinfachen. Zudem sollten nicht mehr begründete Rückstellungen auch nach dem Grundsatz der Transparenz aufgelöst werden.

Art. 960f

In den Übergangsbestimmungen zum sechszwanzigsten und zweiunddreissigsten Titel ist aufzuzeigen, wie versteuerte stille Reserven, die bereits vor dem Inkrafttreten dieses Artikels bestanden, zu behandeln sind.

Art. 326^{quinquies} des Schweizerischen Strafgesetzbuches

6/6

Die Zuweisung der Kompetenz zur Auferlegung von Bussen an die Strafverfolgungsbehörden wird kaum die gewünschte Wirkung haben. Es ist vielmehr zu erwarten, dass nur in ganz wenigen Fällen (bei einem gravierenden Verstoss gegen die Rechtsordnung) Strafantrag gestellt wird, und zwar weil die Begründung und Dokumentation des Strafantrages in keinem Verhältnis zur Wirkung stehen dürfte.

Die Bestrebungen sollten viel eher dahingehen, dass eine rasch und einfach zu handhabende sowie kostengünstige Bussenregelung geschaffen wird. Dies könnte am wirkungsvollsten erreicht werden, indem die Kompetenz zur Auferlegung von Bussen dem Registerführer übertragen würde. Dessen Entscheide könnten im Rahmen des Rechtsmittelweges innerhalb der einzelnen Kantone letztinstanzlich durch eine richterliche Behörde überprüft werden. Eine richterliche Überprüfung der Handlungsweise des Registerführers wäre somit auch auf diese Weise gewährleistet.

Mit freundlichen Grüssen

Der Präsident des Regierungsrates

Der Staatsschreiber



Landammann und Regierungsrat des Kantons Uri

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Bundesamt für Justiz
3003 Bern

Vernehmlassung zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 7. Dezember 2005 stellten Sie uns den Vorentwurf zu einer Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht samt Erläuterungen zur Vernehmlassung zu. Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und teilen Ihnen unsere Haltung wie folgt mit.

1. Allgemeine Bemerkungen

Die Vorlage sieht eine umfangreiche Revision des Obligationenrechts im Bereich des Aktien- und Rechnungslegungsrechts vor und verfolgt vier Hauptziele: Verbesserung der Corporate Governance; Neuregelung der Kapitalstrukturen; Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung und rechtsformübergreifende Revision des Rechnungslegungsrechts.

Das Gesellschaftsrecht setzt wichtige Rahmenbedingungen für die Schweiz als Wirtschaftsstandort. Im internationalen Standortwettbewerb ist es entscheidend, dass unser Land für die unternehmerischen Aktivitäten insgesamt flexiblere und kostengünstigere Instrumente zur Verfügung stellt und eine breitere Palette von Handlungsmöglichkeiten bereithält als andere

Standorte. Unter diesem Aspekt ist insbesondere die vorgeschlagene Flexibilisierung der Kapitalstrukturen zu begrüßen, weil sie das Spektrum der Handlungsmöglichkeiten der Unternehmen erweitert.

Ebenfalls ist die angestrebte Vereinheitlichung der Rechnungslegung für die Rechtsformen des Privatrechts als erstrebenswertes Ziel zu befürworten. Allerdings kann hinterfragt werden, ob alle Bestimmungen für die Aktiengesellschaften, Genossenschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Ziel der Gewinnstrebigkeit zugunsten ihrer Investoren) gleichgestellt werden können mit den Stiftungen und den Vorsorgereinrichtungen nach BVG. Denn Stiftungen sind gekennzeichnet durch die Widmung ihres Vermögens zu einem besonderen Zweck; die "gewöhnlichen" wie auch die BVG-Stiftungen unterstehen der staatlichen Aufsicht.

Die Umsetzungen werden zu administrativem Mehraufwand für die Kantone im Bereich des Handelsregisters und der Stiftungsaufsicht führen.

Insgesamt kann die Vorlage als relativ ausgewogen beurteilt werden. Einzelne Vorschläge der Vernehmlassungsvorlage gehen jedoch zu weit. Insbesondere die Abschaffung der Organvertretung und der Inhaberaktie würden für die Schweizer Unternehmen zu unnötigen Einschränkungen der Wahlfreiheit und der Handlungsmöglichkeiten führen. Da in verschiedenen Bereichen der Corporate Governance die flexiblen Mechanismen der Selbstregulierung, die sich die Wirtschaft selbst auferlegt hat, spielen, fragt es sich, ob beim Erlass entsprechender gesetzgeberischer Normen nicht eine gewisse Zurückhaltung zu üben wäre.

2. Bemerkungen zu einzelnen Artikeln des Vorentwurfs

Artikel 622 Ziffer 1 E-OR

Die Förderung des guten Rufs des Finanzplatzes Schweiz ist von grosser Wichtigkeit. Überstützte Verbote müssen aber verhindert werden, weil eine unnötige Einschränkung der Wahlmöglichkeiten im schweizerischen Gesellschaftsrecht dessen Attraktivität reduziert. Die Verhinderung der Benutzung entsprechender Gesellschaften für Geldwäschereizwecke oder für die Finanzierung von terroristischen Aktivitäten kann durch Massnahmen zur Erhöhung der Transparenz bei Inhaberaktiengesellschaften sichergestellt werden. Dabei steht die Identifikation der die Gesellschaften kontrollierenden Personen im Vordergrund. Für die kotierten Gesellschaften besteht bereits eine entsprechende Meldepflicht. Die mit der Abschaffung der Inhaberaktie vorgeschlagene Einschränkung der Gestaltungsmöglichkeiten erachten wir deshalb als unnötig.

Artikel 628 E-OR

Das Aktienkapital ist ein wesentliches Merkmal der Aktiengesellschaft. Sie stellt das Gesellschaftsvermögen dar, das einzig für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet. Obwohl bei einer qualifizierten Gründung mit Sacheinlagen oder Sachübernahmen die Prüfungsbestätigung eines Rechnungsrevisors vorliegen muss, ist die Gefahr, dass die Gesellschaft bereits im Gründungsstadium geschwächt wird und dass einzelne Aktionäre benachteiligt werden, grösser. Aus diesem Grund beantragen wir die Beibehaltung der Deklarationspflicht von Sacheinlagen und Sachübernahmen in den Statuten. Zu prüfen wäre vielmehr zusätzlich, ob auch die Liberierung durch Verrechnung als deklarationspflichtige Tatsache in die Statuten aufzunehmen ist.

Artikel 701e E-OR

Voraussetzung für die Verwendung elektronischer Mittel zur Durchführung einer Generalversammlung soll sein, dass die Identität der Teilnehmenden und Votanten eindeutig feststeht, dass jede teilnehmende Person Anträge stellen und sich an der Diskussion beteiligen kann und dass das Abstimmungsergebnis nicht verfälscht werden kann. Im Begleitbericht zum Gesetzesentwurf werden die elektronischen Mittel eingeschränkt auf jene, die Bild und Ton übertragen können. Dies würde eine Generalversammlung via Telefonkonferenz ausschliessen, obwohl dies bei einem kleinen Kreis von Aktionären, deren Stimmen untereinander bekannt sind, die einfachste Lösung wäre. Soll die Einschränkung strikt gelten, ist das Gesetz entsprechend zu formulieren. Andernfalls soll es der Generalversammlung überlassen sein, das elektronische Mittel zu wählen, welches die gesetzlichen Anforderungen an die eindeutige Identifikation erfüllt.

Artikel 928 Absatz 2 E-OR

Neu sollen die Einträge, die Statuten und die Stiftungsurkunde im elektronischen Abrufverfahren unentgeltlich zugänglich gemacht werden. Dieser Vorschlag entspricht einerseits nicht einer verursachergerechten Gebührenverrechnung, andererseits impliziert er für die einzelnen Handelsregister hohe Investitions- wie auch laufende Personalkosten. Aufgrund der kleinen Zahl der Bestellungen von Statuten und Stiftungsurkunden beim Handelsregister kann davon ausgegangen werden, dass die Statuten und Stiftungsurkunden für das breite Publikum von geringem Interesse sind. Diesem geringen Interesse stehen enorme Erfassungskosten entgegen. Sinnvoll wäre hingegen eine Regelung, die den einzelnen Handelsregisterämtern erlaubt, die Belege freiwillig und gegen einen Unkostenbeitrag elektronisch zur Verfügung zu stellen.

3. Stellungnahme zum Kapitalband und zum alternativen Lösungsvorschlag

Der Vorentwurf zur Revision des Aktienrechts sieht die Einführung eines Kapitalbands vor. Als Alternative wird, zusätzlich zur bereits gesetzlich geregelten Kapitalerhöhung, eine Kapitalherabsetzung vorgeschlagen. Beide Modelle dienen der Flexibilisierung der Kapitalstrukturen. Das Kapitalband ersetzt die bisherige Kapitalerhöhung und ermöglicht zudem die Delegation einer Kapitalherabsetzung an den Verwaltungsrat. Die Generalversammlung beschliesst die Einführung eines Kapitalbandes und ermächtigt den Verwaltungsrat, während maximal fünf Jahren die Höhe des ausgegebenen Aktienkapitals innerhalb einer Spannbreite, welche gegen unten durch das Basiskapital und gegen oben durch das Maximalkapital begrenzt ist, zu ändern. Der Gläubigerschutz würde vorverlegt, sodass bei den einzelnen Kapitalherabsetzungen im Rahmen der Spannbreite weder eine vorgängige Gläubigeraufforderung gemacht noch eine Prüfungsbestätigung eines Revisors eingeholt werden muss. Die genehmigte Kapitalherabsetzung würde hingegen zusätzlich zur heutigen genehmigten Kapitalerhöhung eingeführt. Damit könnte die Generalversammlung den Verwaltungsrat ermächtigen, das Aktienkapital innert einer Frist von maximal fünf Jahren bis zu einem bestimmten Betrag herabzusetzen. Bei jeder Kapitalherabsetzung hätte eine Gläubigeraufforderung zu erfolgen und müsste eine Prüfungsbestätigung eines Revisors eingeholt werden.

Das Kapitalband erscheint auf den ersten Blick wegen der höheren Flexibilität als das attraktivere Modell. Es gewährt einen grösseren Spielraum bei der Gestaltung der Kapitalstrukturen. Da die Gläubigeraufforderung beim Kapitalband jedoch nur einmal innert der möglichen Zeitspanne von fünf Jahren erfolgen würde, bei der genehmigten Kapitalherabsetzung aber jedes Mal, wenn das Kapital tatsächlich herabgesetzt wird, favorisieren wir aus Gläubigerschutzgründen das als Variante II vorgeschlagene Modell der genehmigten Kapitalerhöhung und genehmigten Kapitalherabsetzung.

Sehr geehrter Herr Bundesrat, sehr geehrte Damen und Herren, wir danken Ihnen nochmals für die Möglichkeit zur Stellungnahme. Wir versichern Sie unserer ausgezeichneten Wertschätzung und grüssen Sie freundlich.

Altdorf, 9. Mai 2006

Im Namen des Regierungsrats

Der Landammann

Der Kanzleidirektor

Josef Arnold

Dr. Peter Huber



CONSEIL D'ETAT

Château cantonal
1014 Lausanne

Monsieur le Conseiller fédéral
Christophe Blocher
Département fédéral de justice
et police
Palais fédéral Ouest
3003 Berne

Réf. : RR/14011622

Lausanne, le 31 mai 2006

Consultation fédérale sur la révision du droit de la société anonyme et du droit comptable dans le code des obligations

Monsieur le Conseiller fédéral,

Le Conseil d'Etat vaudois a analysé les différentes mesures prévues par l'avant-projet faisant l'objet de votre correspondance du 7 décembre 2005 relative à la consultation sur la révision du droit de la société anonyme et du droit comptable dans le code des obligations.

Pour l'essentiel, il constate que cette révision n'aura que peu d'incidence sur le canton, raison pour laquelle la plupart des mesures n'appellent pas de commentaire particulier. Quelques réserves ont toutefois été émises, notamment à propos du registre du commerce, dont il faut craindre que cette révision n'en fasse augmenter les charges de fonctionnement.

Par ailleurs, il est apparu au Conseil d'Etat que quelques règles devraient être complétées, en particulier en ce qui concerne le régime de responsabilité des collaborateurs du registre du commerce (art. 929 AP CO) ou le droit d'action en général.

Ces remarques sont détaillées dans le document annexé à la présente.

Nous vous remercions d'avoir consulté le canton de Vaud et vous prions de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, à l'assurance de toute notre considération.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LE PRESIDENT

LE CHANCELIER

Pascal Broulis

Vincent Grandjean

Annexe : ment.

Copie :

Service juridique et législatif
Office des affaires extérieures

Consultation fédérale sur la révision du droit de la société anonyme et du droit comptable dans le code des obligations : **commentaires du Conseil d'Etat vaudois**

I. Mesures relatives au renforcement du gouvernement d'entreprise

▪ Publication des informations par le Registre du commerce

- *Cela représente clairement des tâches nouvelles pour les registres cantonaux du commerce. Elles impliquent une dépense initiale élevée et l'engagement de personnel supplémentaire pour la numérisation et la diffusion des documents. La publication pourrait se faire sur le site internet de l'entreprise.*
- *La protection de la personnalité pose également problème dans la mesure où les documents qui seront soumis à l'obligation de publication figureront également des procès-verbaux ou des rapports relatant des conversations ou mettant nommément en question des particuliers. Or, l'intérêt à la protection de leur personnalité pourrait bien faire échec à l'intérêt public de diffuser ces données.*
- *La modification du régime de responsabilité pour le registre du commerce (art. 929 AP CO) prévoit une responsabilité primaire et causale de l'Etat, contrairement à l'ancien art. 928 CO. Ce système n'est pas nouveau, puisqu'il est déjà appliqué aux deux autres registres régis par le droit privé: le registre d'état-civil (art. 46 CC) et le registre foncier (art. 955 CC). En cela, la modification projetée permet d'harmoniser les règles en matière de responsabilité des collectivités publiques. L'action récursoire est cependant traitée de manière différente entre les art. 46 et 955 CC puisque la responsabilité en matière d'actes d'état-civil nécessite une faute intentionnelle ou une négligence grave, alors que celle liée au registre foncier ne qualifie pas la faute. Il nous paraît nécessaire d'éviter la coexistence de régimes différents et, par conséquent, souhaitable que la rédaction de l'art. 929 AP CO précise les conditions de son action récursoire (intention ou négligence grave).*

▪ Renforcement du droit des actionnaires

En général

Drôit d'action: *Le projet prévoit toute une série de droits et de garanties sans mentionner si les intéressés seront admis à saisir le juge afin d'obtenir dit droit ou dite garantie. A défaut d'une mention explicite dans le texte légal, le commentaire du projet devrait se prononcer sur ce sujet. La nouvelle réglementation fait en outre craindre une augmentation des actions en annulation de décisions des conseils d'administration.*

Autres points

Aucun commentaire.

▪ Autres points

Aucun commentaire.

II. Mesures relatives à l'adaptation de la structure du capital

- **Marge de fluctuation du capital / augmentation et réduction autorisée du capital**

*La majorité des organismes consultés qui se sont prononcés sur cette question émettent une préférence pour la **marge de fluctuation du capital**.*

- **Suppression de l'action au porteur**

Plusieurs organismes consultés au niveau cantonal ont émis le vœu que ce point soit examiné avec soins dans ses conséquences. Les actions au porteur actuelles devraient être maintenues (30'000 sociétés concernées). En cas de suppression, un délai d'adaptation d'au moins 5 à 10 ans devrait dans tous les cas être accordé aux PME pour procéder à cette suppression.

- **Autres points**

Aucun commentaire.

III. Mesures relatives à la modernisation des règles sur l'assemblée générale

- **En général**

Il est proposé l'ajout d'un ch. 21 à l'art. 627 AP CO pour rendre impératif la précision dans les statuts que le président de l'AG a une voix prépondérante. Doctrine et jurisprudence semblent également soutenir majoritairement ce souhait.

- **Autres points**

Aucun commentaire.

IV. Mesures relatives à la réforme du droit comptable

- **Amélioration de la transparence / conformité à un référentiel comptable**

Ces règles sont jugées trop strictes par la majeure partie des organismes consultés pour les entreprises non cotées en bourses et les petites sociétés. Un allègement est requis.

- **Autres points**

Aucun commentaire.

V. Droit européen

- **Conformité de l'avant-projet**

Aucun commentaire.

Monsieur
Christoph BLOCHER
Conseiller fédéral
Chef du Département fédéral
de justice et police
3003 Berne

Sion, le 17 mai 2006

Révision du droit de la société anonyme et du droit comptable

Monsieur le Conseiller fédéral,

Le Conseil d'Etat du canton du Valais vous remercie d'avoir bien voulu consulter les Gouvernements cantonaux à propos de l'objet mentionné sous rubrique et se détermine comme il suit.

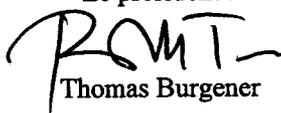
Des événements fâcheux ont récemment ébranlé le monde économique suisse et ont mis à jour certaines carences de notre droit des sociétés, notamment en matière de protection et de droit de contrôle des actionnaires, et de tenue des comptes. Ce droit n'a pas subi de modification notable depuis 1991 et se révèle désormais, pour partie, obsolète ou mal adapté aux réalités économiques. Une révision en profondeur s'avère dès lors indispensable.

L'avant-projet vise notamment à renforcer le "*gouvernement d'entreprise*", à moderniser les règles relatives à l'assemblée générale et à réformer le droit comptable, en améliorant en particulier la transparence et la protection des minorités. Dans cette mesure, les modifications proposées nous semblent aller dans la bonne direction et sont, dans leur principe en tous cas, à saluer. Elles concordent en outre avec d'autres dispositions révisées du droit des sociétés, au rang desquelles on peut citer le nouveau droit de la société à responsabilité limitée et la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (LSR), adoptés par l'Assemblée fédérale le 16 décembre 2005.

Pour le surplus, les options envisagées revêtant un aspect technique prépondérant et n'entraînant pas de charges financières supplémentaires pour les cantons, le canton du Valais renonce à se prononcer plus avant sur l'objet soumis à consultation.

Nous vous souhaitons bonne réception de la présente et vous prions de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, à l'assurance de notre haute considération.

Au nom du Conseil d'Etat :

Le président :

Thomas Burgener



Le chancelier :

Henri v. Roten



Regierungsgebäude
Postfach, 6301 Zug
T: 041 728 33 11, F: 041 728 37 01
www.zug.ch

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern

Zug, 23. Mai 2006 uk

Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Nach Einholung von Mitberichten beim Obergericht, bei der Volkswirtschaftsdirektion und der Finanzdirektion (insbesondere Steuerverwaltung) des Kantons Zug nehmen wir zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht wie folgt Stellung:

1. Vorbemerkungen

Der Gesetzesentwurf ist gut strukturiert und verständlich verfasst.

Wir unterstützen die Bemühungen um Verbesserungen im Bereich der Corporate Governance, der Kapitalstruktur, der Ordnung der Generalversammlung und des Rechnungslegungsrechts grundsätzlich. Die in den vergangenen Jahren publik gewordenen Missstände in diesen Bereichen unterstreichen den Reformbedarf.

Die beabsichtigte Teilrevision des Obligationenrechts bedingt keine Anpassungen unseres kantonalen Finanzhaushaltsrechts. Einige Grundsätze des Gesetzesentwurfes sind in der derzeit laufenden Totalrevision des zugerischen Finanzhaushaltsgesetzes ebenfalls berücksichtigt (z.B. Geldflussrechnung, Pflicht zur Erstellung eines Anhangs zur Jahresrechnung, differenzierte Abschreibungssätze, Bewertungsvorschriften).

2. Verbesserung der Corporate Governance

Wir begrüssen den Schritt zu mehr **Transparenz**. Die Erfahrungen haben gezeigt, dass ein Ausgleich zwischen den Interessen der Unternehmen, der Aktionäre, der Anleger und weiterer Betroffener für das gesunde Funktionieren des Kapitalmarktes notwendig ist. Die beabsichtigten Massnahmen der Offenlegung der Vergütungen und Beteiligungen der Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung für börsenkotierte Unternehmen bzw. das Auskunftsrecht für die Aktionäre nicht börsenkotierter Unternehmen stellen genügende und geeignete Mittel dar, um Missbräuche in diesem Bereich in Zukunft verhindern zu können. Die Tatsache, dass einige der börsenkotierten Schweizer Unternehmen bereits begonnen haben, die Entschädigungen ihrer leitenden Organe offen zu legen, beweist, dass die angestrebte Transparenz auch von Seiten der Unternehmen als notwendig und sinnvoll angesehen wird.

Wir befürworten auch die Offenlegung von Informationen durch das **Handelsregister**, insbesondere die unentgeltliche Offenlegung sämtlicher Registereinträge und der Statuten auf der Internetseite des Handelsregisters, die Publikation der Geschäfts- und Revisionsberichte von Publikumsgesellschaften und die erweiterte, schweizweite Suche nach bestimmten Kriterien (z.B. nach Personen). Das Handelsregisteramt Zug stellt bereits heute die aktuellen Handelsregisterauszüge zur unentgeltlichen Ansicht ins Internet.

Nicht nachvollziehbar ist, weshalb die **Haftung der Revisionsstelle** summenmässig beschränkt werden soll. Gemäss geltendem Recht haften Revisionsstellen nur insoweit solidarisch, als ihnen der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zuzurechnen ist (Art. 759 Abs. 1 OR). Um einem allzu hohen Haftungsrisiko entgegen zu wirken, müsste vielmehr festgelegt werden, für welche konkreten Verfehlungen und bei welchem Grad des Verschuldens Revisionsstellen haften, beziehungsweise es müsste konsequenterweise die Solidarität eingeschränkt werden. Es ist nicht einzusehen, weshalb ausgerechnet für Revisionsgesellschaften Haftungsbeschränkungen eingeführt werden, während die anderen Gesellschaftsorgane unbeschränkt belangbar sind. Bei Einführung einer Haftungsbeschränkung ist zu befürchten, dass Revisionsgesellschaften gewisse Schäden bewusst in Kauf nehmen, weil ihr Haftungsrisiko letztlich limitiert ist.

3. Ausrichtung der Regelung der Kapitalstruktur auf neue Bedürfnisse ("Kapitalband")

Die geplanten Regelungen im Bereich der Kapitalstrukturen entsprechen einem Bedürfnis des Marktes. Die Abschaffung der Inhaberaktie erhöht die Transparenz und vereinfacht die Kapitalstruktur. Die Abschaffung des Mindestnennwerts ermöglicht die einfachere

Handelbarkeit der Aktien an den Börsen. Die Einführung nennwertloser Aktien ist bei Abschaffung des Mindestnennwertes grundsätzlich nicht notwendig.

In der Diskussion um die Einführung eines Kapitalbandes oder einer genehmigten Kapitalherabsetzung sind wir der Auffassung, dass das **Kapitalband** die einfachere und wirtschaftsfreundlichere Lösung darstellt. Der Gesellschaft wird mit diesem Institut ein flexibles Instrument in die Hand gegeben, das je nach Beschluss der Generalversammlung dem Verwaltungsrat einen grösseren oder kleineren Handlungsspielraum gewährt.

4. Aktualisierung der Ordnung der Generalversammlung

Die neuen Regelungen zur Generalversammlung entsprechen einem Bedürfnis der Praxis. Begrüssenswert ist vor allem die Möglichkeit, die Generalversammlung an mehreren Tagungsorten, im Ausland und unter Berücksichtigung elektronischer Mittel einzuberufen und durchzuführen.

5. Revision des Rechnungslegungsrechts

Die aus dem Jahre 1936 stammenden Regelungen des Obligationenrechts über die Rechnungslegung sind veraltet. Die geplanten Anpassungen an die modernen Bedürfnisse erhöhen die Transparenz und die Rechtssicherheit.

Steuerlich relevant ist vor allem die Revision des Rechnungslegungsrechts. Eine Rechnungslegung der Unternehmen nach den vorgeschlagenen Grundsätzen ist durchaus geeignet, die steuerliche Gewinnermittlung nach dem Massgeblichkeitsprinzip vorzunehmen. Es ist begrüssenswert, dass der Vorentwurf eine detaillierte Gliederung der Jahresrechnung vorschreibt, die unabhängig von der Rechtsform für alle im Handelsregister eintragungspflichtigen Unternehmen Geltung hat. Aus Sicht der Steuerbehörden ist es vorteilhaft, wenn Handels- und Steuerbilanz möglichst wenig voneinander abweichen, wozu die vorgeschlagene "umgekehrte Massgeblichkeit" (Art. 960f VE) viel beitragen kann.

6. Änderungs- und Ergänzungsbedarf bei einzelnen Bestimmungen

Art. 671 Abs. 1 VE ist mit einer Ziffer 3 für "übrige Kapitaleinlagen" zu **ergänzen**. Unter diese Position fallen Zuschüsse von Aktionären und nachträglich in der Handelsbilanz offen gelegte, verdeckte Kapitaleinlagen. Bei Zuschüssen von Aktionären und nachträglich in der Handelsbilanz offen gelegten, verdeckten Kapitaleinlagen handelt es sich um Kapitalreserven. Da diese beiden Einzahlungsvarianten aber weder dem Agio (Ziffer 1 von Art. 671 Abs. 1 VE) noch dem Kaduzierungsgewinn (Ziffer 2 von Art. 671 Abs. 1 VE)

zugeordnet werden können, ist eine Ziffer 3 im Art. 671 Abs. 1 VE mit der Bezeichnung "weitere Kapitaleinlagen" einzufügen.

Art. 958c Abs. 1 Satz 2 VE ist zu **streichen** ("Positionen, die in der Berichtsperiode keinen oder nur einen unwesentlichen Betrag aufweisen, brauchen nicht separat aufgeführt zu werden"). Aus Gründen der Transparenz ist es sinnvoll, wenn auch solche Positionen separat aufgeführt werden. Daneben erleichtert es auch das Veranlagungsverfahren und verhindert zeitaufwändige Rückfragen bei den Steuerpflichtigen.

Art. 958c Abs. 3 VE ist am Ende wie folgt zu **ändern/ergänzen**: "Die Buchführung erfolgt in der Landeswährung oder in der für die Geschäftstätigkeit der Organisation wesentlichen Währung. Für die Jahresrechnung müssen die Werte in der Landeswährung angegeben werden. Fremdwährungspositionen werden zum Devisenkurs am Bilanzstichtag eingesetzt. Der verwendete Umrechnungskurs ist im Anhang offen zu legen." Die Buchführung in der funktionalen Währung soll weiterhin gestattet sein. In der Jahresrechnung müssen aber wie bisher die Werte zwingend in der Landeswährung angegeben werden. Die Offenlegung des Umrechnungskurses im Anhang entspricht dem Grundsatz der Transparenz.

Art. 959a Abs. 4 VE ist folgendermassen zu **ändern** (teilweise Streichung): "Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern und Organen sowie zwischen Unternehmen, die unter einheitlicher Leitung stehen, müssen gesondert ausgewiesen werden." Gesetz (z.B. Art. 663e OR) und Steuerpraxis bezeichnen heute eine Konzerngesellschaft (bereits und nur) mit dem einheitlichen Fachausdruck "Unternehmen, die unter einheitlicher Leitung stehen".

Art. 960b Abs. 3 VE ist zu **ergänzen**: "Solche Schwankungsreserven sind jedoch nicht zulässig, soweit dadurch sowohl der Kurs am Bilanzstichtag als auch der Anschaffungswert unterschritten würde." Um dem Kursverlauf Rechnung zu tragen, sieht Art. 960b Abs. 3 VE vor, dass Schwankungsreserven gebildet werden dürfen, wenn Wertschriften und Handelswaren zum Kurs am Bilanzstichtag bewertet werden. Damit sind wir grundsätzlich einverstanden. Ohne die oben genannte Ergänzung dürften Schwankungsreserven in der Handelsbilanz in willkürlicher Höhe gebildet werden. Da dies bei der Veranlagung zu Korrekturen durch die Steuerbehörden und aufgrund des umgekehrten Massgeblichkeitsprinzips gemäss Art. 960f VE zu Korrekturen in der Handelsbilanz führt, erachten wir eine Einschränkung der Höhe der Schwankungsreserven im Sinne der Anwendung des Niederstwertprinzips als angebracht.

Art. 960e Abs. 4 Satz 1 VE ist wie folgt zu **ändern** (teilweise Streichung): "Nicht mehr begründete Rückstellungen müssen aufgelöst werden." Art. 58 Abs. 1b des Bundesgesetzes

über die direkte Bundessteuer (DBG) verlangt, dass geschäftsmässig nicht begründete Rückstellungen in die Berechnung des Reingewinnes einfließen, d.h. aufgelöst werden müssen. Eine in Art. 960e Abs. 4 VE vorgesehene Nichtauflösung von nicht mehr begründeten Rückstellungen in der Handelsbilanz würde somit zu einer unerwünschten Differenz zwischen Handelsbilanz und Steuerbilanz führen. Aufgrund von Art. 960f VE müsste diese Differenz in dem Geschäftsjahr, in dem die Veranlagung rechtskräftig wird, korrigiert werden, da diese Rückstellungen von den Steuerbehörden im Veranlagungsverfahren nicht anerkannt werden. Mit einer entsprechenden Änderung des Art. 960e Abs. 4 VE wäre diese Korrektur nicht notwendig und würde das Verfahren stark vereinfachen.

Gemäss **Art. 727 f. OR** ernennt der Richter auf Antrag des Handelsregisterführers die Revisionsstelle für ein Geschäftsjahr. Das Gesetz sagt indessen nichts darüber aus, was geschehen soll, wenn sich die Gesellschaft nicht kooperativ verhält. In solchen Fällen ist es praktisch unmöglich, eine Revisionsstelle zu finden, welche ein solches Mandat übernehmen würde. Zudem stellt sich die Frage, wer in einem solchen Fall Kosten vorschiesse und was bei einer Nichtleistung des Kostenvorschusses geschehen soll. In der Praxis wurde dieses Problem so gelöst, dass von der Gesellschaft ein Kostenvorschuss verlangt wurde unter der Androhung, dass bei Nichtleistung die Gesellschaft aufgelöst und der bisherige Verwaltungsrat als Liquidator eingesetzt würde. Diesbezüglich gibt es aber keine gesetzliche Grundlage; der Revisionsentwurf sieht auch keine solche vor. Es wäre zu begrüssen, wenn der Gesetzgeber bei der Revision des Aktienrechtes diese **Lücke** schliessen würde.

Die Einführung des neuen Aktienrechtes bietet die passende Gelegenheit, auf eine unbefriedigende Regelung im **Fusionsgesetz** (FusG) hinzuweisen. In Art. 23 FusG wird festgelegt, dass nur die Fusion zwischen einer Mutter- und deren Tochtergesellschaft den erleichterten Fusionsvorschriften unterstellt werden kann. Weshalb diese Regelung nicht auch im Verhältnis zwischen Tochter- und Muttergesellschaft gelten soll, stösst in der Praxis auf Unverständnis. Unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise und entsprechend dem rechtlichen Schutzgedanken handelt es sich hierbei um identische Sachverhalte, die der gleichen gesetzlichen Regelung unterstellt werden sollten. Eine diesbezügliche **Anpassung** wäre angebracht.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Vernehmlassung.

Zug, 23. Mai 2006

Mit freundlichen Grüssen

REGIERUNGSRAT DES KANTONS ZUG

Brigitte Profos
Frau Landammann

Tino Jorio
Landschreiber

Kopie an:

- Eidgenössische Parlamentarier des Kantons Zug
- Finanzdirektion
- Volkswirtschaftsdirektion
- Obergericht
- ehra@bj.admin.ch (Betreff: Aktienrechtsrevision)

Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich

Sitzung vom 10. Mai 2006

712. Vernehmlassungsverfahren zu Vorentwurf und Bericht des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht

Auf Antrag der Direktion der Justiz und des Innern

beschliesst der Regierungsrat:

I. Schreiben an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement:

Anfang Dezember 2005 haben Sie uns den Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts zur Vernehmlassung unterbreitet. Wir danken für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussern uns wie folgt:

A. Vorbemerkungen

Die geplante Revision zielt vorab auf die börsenkotierte Aktiengesellschaft. In diesem Bereich haben sich in den letzten Jahren die grössten Veränderungen ergeben, an die das Aktienrecht mit der vorgeschlagenen Revision angepasst werden soll. Das Vorhaben hat deshalb besondere Bedeutung für den Wirtschaftsstandort Zürich und wird grundsätzlich begrüsst.

Mit der Verbesserung der Corporate Governance wird ein aktuelles Anliegen befriedigt. Als besonders bedeutend und begrüssenswert erscheint in diesem Zusammenhang die Neuregelung der institutionellen Stimmrechtsvertretung (Aufhebung des Depotstimmrechts und der Organvertretung). Mit Bezug auf das neu auch für private Aktiengesellschaften geschaffene Recht auf Auskunft über die Vergütungen des oberen Managements ist die erhöhte Transparenz im Sinne einer Verbesserung der Corporate Governance ebenfalls zu begrüssen. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Offenlegungspflicht – wie die bisherigen Erfahrungen bei den Publikumsaktiengesellschaften gezeigt haben – nur beschränkt in der Lage ist, eine mässige Wirkung auf die Festlegung der Kompensationen auszuüben. Zumindest für die Publikumsaktiengesellschaften, bei denen Eigentümer und Unternehmensleitung und -führung auseinander fallen, wäre eine Zustimmung der Eigentümer, also der Aktionäre, zu den Kompensationen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung deshalb zu prüfen. Mit Bezug auf die neuen Vorschriften betreffend die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates ist die Frage aufzuwerfen, ob es – im Sinne einer längerfris-

tigen Unternehmensstrategie – sinnvoll ist, eine jährliche Wahl vorzusehen. Zu begrüssen ist in diesem Zusammenhang jedoch die Einzelwahl.

Positiv zu beurteilen ist auch die Flexibilisierung der Kapitalstruktur der Aktiengesellschaft durch die Einführung eines Kapitalbandes bzw. allenfalls die Einführung der genehmigten Kapitalherabsetzung. Während das Kapitalband den Unternehmen die gewünschte, grössere Flexibilität gewährt, sprechen ein leicht besserer Gläubigerschutz und der Umstand, dass zumindest teilweise auf Bekanntes und Bewährtes abgestellt wird, für die Einführung der genehmigten Kapitalherabsetzung.

Der Differenzierung in verschiedenen Bereichen des Aktienrechts und damit der Durchbrechung des Grundsatzes der Einheit des Aktienrechts wird zugestimmt. Da nach wie vor – auch wenn dies nicht dem gesetzgeberischen Konzept entspricht – die Mehrheit der Aktiengesellschaften aus kleineren und mittleren Unternehmen besteht, wird insbesondere die Abstufung der Anforderungen an die Rechnungslegung nach Grösse der Unternehmen begrüsst.

B. Zu den Bestimmungen im Einzelnen

Art. 622 VE-OR

Mit der vorgeschlagenen Änderung sollen die mit unechten nennwertlosen Aktien verbundenen Vorteile ohne einen Systemwechsel erreicht werden. Es stellt sich allerdings die Frage, ob tatsächlich ein Bedürfnis besteht, den bisherigen Mindestnennwert von einem Rappen (Art. 622 Abs. 4 VE-OR) zu unterschreiten, da sich in der Praxis die Ein-Rappen-Aktie bewährt hat. Sollte der Nennwert der Aktien einen beliebigen Bruchteil eines Rappens betragen, könnten sich Probleme hinsichtlich dessen Nennung in den Statuten (Art. 626 Ziff. 4 VE-OR) und dessen Eintragung ins Handelsregister (bisher Art. 641 Ziff. 5 OR) ergeben.

Die Abschaffung der Inhaberaktie ist zu begrüssen.

Art. 626 Ziff. 7 VE-OR

Es ergeben sich immer wieder Schwierigkeiten hinsichtlich der Bedeutung von Ziff. 7 von Art. 626 VE-OR. Eine Klarstellung, dass es sich um Bekanntmachungen gegenüber Dritten handelt, die grundsätzlich im SHAB zu publizieren sind, wäre hilfreich.

Art. 628 OR (aufgehoben)

Die Aufhebung stellt für die beteiligten Rechtsträger, insbesondere AG und GmbH, sicherlich eine Erleichterung dar. Allerdings dürfte sich für die Handelsregisterämter eine Schwierigkeit daraus ergeben,

dass diese sich bei der Eintragung des Gegenstandes der Sacheinlage bzw. der Sachübernahme (vgl. neu Art. 634 Abs. 4 und Art. 636 Abs. 1 VE-OR) ins Register nicht mehr auf die Umschreibung in den Statuten stützen können. Dies könnte einerseits dazu führen, dass im Gegensatz zur heutigen Praxis jeder einzelne Gegenstand (und nicht nur Gruppenbezeichnungen) ins Register einzutragen wäre. Bei umfangreichen Inventarlisten würde dies einen sehr hohen Aufwand bedeuten. Andererseits könnte das Handelsregisteramt gezwungen sein, die Gegenstände unter selber festzulegenden zusammenfassenden Gruppenbezeichnungen ins Register einzutragen. Dies wiederum könnte zu einem zusätzlichen Haftungsrisiko für das Handelsregisteramt führen. Eine Lösung des Problems könnte dadurch erfolgen, dass nur ein allgemeiner Hinweis auf die Liberierung durch Sacheinlage gemäss Sacheinlagevertrag eingetragen würde, vergleichbar mit der heutigen Praxis bezüglich der Eintragung der Vinkulierung von Namenaktien. Art. 634 Abs. 4 VE-OR müsste entsprechend angepasst werden. Mit dieser Lösung würde allerdings die Kontrollmöglichkeit des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister hinsichtlich der Sacheinlagefähigkeit der Gegenstände wegfallen.

Sollte Art. 628 OR aufgehoben werden, wäre wohl auch der anlässlich der GmbH-Revision eingeführte Art. 777c Abs. 2 Ziff. 1 OR erneut zu revidieren.

Art. 634 Abs. 1 und 4 VE-OR

Adressaten dieser Bestimmung sind nicht in erster Linie die Handelsregisterämter, sondern die Gründer, die auch zu bestätigen haben, dass die Bedingungen erfüllt sind (vgl. Art. 629 Abs. 2 Ziff. 3 OR). Bezüglich Abs. 4 verweisen wir auf die Ausführungen zu Art. 628 VE-OR.

Art. 634a Abs. 1 und 2 VE-OR

Es ist nicht einzusehen, weshalb die Anforderungen an Verrechnungsforderungen Dritter geringer sein sollen als diejenigen an Forderungen von Aktionären oder von Personen, die diesen nahe stehen (Abs. 1). Allenfalls wäre an dieser Stelle auch auf die Problematik der Abgrenzung zwischen Verrechnungsliberierung und Liberierung durch Sacheinlage einzugehen.

Bezüglich Abs. 2 stellt sich die Frage, ob der Hinweis auf die Sanierung in diesem Zusammenhang tatsächlich notwendig ist.

Art. 634b Abs. 2 VE-OR

Hier sollte die in der Praxis anerkannte Möglichkeit der Nachliberierung durch frei verwendbares Eigenkapital ergänzt werden.

Art. 636 Abs. 1 und 3 VE-OR

Gemäss Abs. 1 soll eine Sachübernahme von Dritten nicht mehr offenlegungspflichtig sein. Auch hier stellt sich die Frage, ob eine solche Differenzierung tatsächlich gerechtfertigt ist. Zuzugeben ist, dass das Gefährdungspotenzial hinsichtlich des Haftungssubstrats bei der Übernahme von Aktionären oder ihnen nahe stehenden Personen grösser ist. Schwierigkeiten dürften sich in der Praxis bei der Auslegung des Begriffes «den Aktionären nahe stehende Personen» ergeben. Hilfreich wäre in diesem Zusammenhang eine beispielhafte Umschreibung des Begriffes «nahe stehende Person» im Gesetz oder allenfalls in der Handelsregisterverordnung.

Die Regelung in Abs. 3 entspricht einem Bedürfnis der Praxis und ist zu begrüssen.

Art. 650 Abs. 2 Ziff. 6 VE-OR

Ist nur der Forderungsbetrag oder auch der Forderungsgrund anzugeben? «Des Einlegers» ist wohl durch «des Gläubigers» zu ersetzen.

Art. 652 Abs. 2 VE-OR

Falls die Bestimmung über das genehmigte Kapital aufgehoben wird, ist der Passus «oder die Ermächtigung zur Erhöhung des Aktienkapitals und auf den Beschluss des Verwaltungsrates über die Erhöhung» wegzulassen.

Art. 653 Abs. 1 und Abs. 2 VE-OR

Im Zusammenhang mit dem bisherigen Gesetzestext (Art. 653 Abs. 1 OR) stellt sich die Frage, ob das Wort «neuen» hinsichtlich der Anleihe- oder ähnlichen Obligationen bewusst gestrichen werden soll (Abs. 1).

Der Verwaltungsrat muss den Beschluss der Generalversammlung beim Handelsregisteramt zur Eintragung anmelden (Abs. 2). Dadurch soll die Transparenz gewährleistet werden (Begleitbericht S. 48, Ziff. 3.1.12). Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass gemäss geltender Praxis nur die Änderung einer nicht publikationspflichtigen Tatsache eingetragen und damit auch publiziert würde.

In der letzten Zeile auf Seite 48 des Begleitberichtes ist wohl «die Optionsrechte» durch «diese Obligationen» zu ersetzen.

Art. 653i Abs. 1 Ziff. 2 und 3 VE-OR

Gemäss Abs. 1 Ziff. 2 hebt der Verwaltungsrat die Statutenbestimmung über die bedingte Kapitalerhöhung auf, wenn keine Wandel- oder Optionsrechte eingeräumt worden sind. Diese Formulierung ist missverständlich. Grundsätzlich kann nur die Generalversammlung die Bestimmung über die bedingte Kapitalerhöhung aufheben (vgl. Art. 653

Abs. 1 VE-OR; zu den Ausnahmen vgl. Art. 653i Abs. 1 Ziff. 1 und 3 VE-OR). Eine Aufhebung der Bestimmung durch den Verwaltungsrat gemäss Abs. 1 Ziff. 2 ist nur dann denkbar, wenn die durch die Generalversammlung im Rahmen eines Kapitalbandes beschlossene bedingte Kapitalerhöhung befristet und die Frist abgelaufen ist (vgl. Art. 653r Abs. 1 und 4 VE-OR; Begleitbericht S. 49, Ziff. 3.1.14). Dies ist im Gesetz klarzustellen.

Eine öffentliche Beurkundung des Beschlusses ist gemäss Abs. 3 nicht erforderlich. Diese Bestimmung ist abzulehnen. Die Mitwirkung des Notars stellt in der Regel die Einhaltung eines auch der Rechtssicherheit dienenden Qualitätsstandards sicher. Erfahrungsgemäss sind Laien mit der Protokollierung auch von einfachen Generalversammlungen oder Verwaltungsratsbeschlüssen vielfach überfordert. Dies dürfte insbesondere auch für Beschlüsse gelten, die doch immerhin eine Änderung des Grundgerüsts der Aktiengesellschaft zur Folge haben. Zudem widerspricht die Bestimmung dem allgemeinen und in der Praxis bewährten Grundsatz von Art. 647 OR (vgl. auch die mit der GmbH-Revision geänderte Fassung).

Art. 653j Abs. 2 VE-OR

Wird im Rahmen einer ordentlichen Kapitalherabsetzung das Aktienkapital unter Fr. 100'000 herabgesetzt, so muss es selbstverständlich anschliessend wieder auf mindestens Fr. 100'000 erhöht werden (Art. 621 OR). Es ist allerdings nicht einzusehen, weshalb der Erhöhungsbetrag in jedem Fall voll einzuzahlen ist (vgl. Art. 632 Abs. 2 VE-OR).

Art. 653k Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Art. 653m Abs. 1 und Art. 653q Abs. 2 VE-OR

Die Formulierung, wonach der zugelassene Revisionsexperte zu bestätigen hat, dass die Forderungen der Gläubiger auch nach der Herabsetzung des Aktienkapitals vollständig gedeckt sind, ist in ihrer Absolutheit zu überdenken. Nicht berücksichtigt wird damit die Auffassung, zu der Prof. Rolf Watter gestützt auf einen Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich im Zusammenhang mit einer deklarativen Kapitalherabsetzung gelangte, wonach die Bestätigung nur die Forderungen der Gläubiger ohne Rangrücktritt beschlagen soll (vgl. Ines Pöschel / Rolf Watter, Die Zulässigkeit einer deklarativen Kapitalherabsetzung bei durch Rangrücktritt gemilderter Überschuldung, Umgang mit Pro forma Bilanzen, in: REPRAX 2/05, S. 1 ff.).

Art. 653m Abs. 3 VE-OR

Umstritten ist, ob zum Prüfungsbericht zwingend auch eine Bilanz vor und nach der Kapitalherabsetzung gehört (vgl. Die Praxis des Eidgenössischen Amts für das Handelsregister, in: REPRAX 2/02, S. 52).

Diese Frage könnte auf Gesetzesstufe beantwortet werden. Zu begrüssen wäre auch, wenn in diesem Zusammenhang das zulässige Alter der Bilanz (etwa bezogen auf den Zeitpunkt der Anmeldung beim Handelsregisteramt) geregelt würde.

Art. 653n Abs. 1 und 3 VE-OR

Die Statutenänderung im Zusammenhang mit einer ordentlichen Kapitalherabsetzung (Abs. 1) sollte nach wie vor durch die Generalversammlung vorgenommen werden. Eine Änderung durch den Verwaltungsrat drängt sich auf Grund des Verfahrensablaufes nicht auf und führt lediglich zu einem Zusatzaufwand für die Gesellschaft.

Handelt es sich bei der in Abs. 3 festgelegten Frist um eine blosse Ordnungsvorschrift?

Art. 653o VE-OR

Der Grundsatz entspricht der heutigen Regelung (Art. 732 Abs. 1 OR), die sich bewährt hat. Wird das Aktienkapital über die bisherige Höhe erhöht oder die Anzahl bzw. der Nennwert der Aktien verändert, sind die Statuten selbstverständlich anzupassen. Die Bestimmung ist in diesem Punkt zu korrigieren. Nicht anwendbar sind die Vorschriften über die ordentliche Kapitalherabsetzung (nicht Kapitalerhöhung). Eine Korrektur hat auch in diesem Punkt zu erfolgen.

Art. 653r Abs. 5 VE-OR

Es ist zu verdeutlichen, welche Eckdaten des Kapitalbandes ins Handelsregister einzutragen und zu publizieren sind. Die Bestimmung ist anzupassen.

Art. 653s Abs. 2 VE-OR

Eine öffentliche Beurkundung des Beschlusses ist gemäss Abs. 2 des Vorentwurfes nicht erforderlich. Diese Bestimmung ist entschieden abzulehnen (vgl. Ausführungen zu Art. 653i Abs 1).

Art. 653t Abs. 4 VE-OR

Handelt es sich um eine blosse Ordnungsvorschrift, oder zieht die Nichtbeachtung der Vorschrift irgendwelche Konsequenzen nach sich?

Art. 653v Abs. 1 VE-OR

Nach Art. 653r VE-OR ist das Basiskapital immer tiefer als das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital.

Art. 653w VE-OR

Die Bestimmung könnte zu Problemen führen, wenn die Kapitalerhöhung vom Handelsregisteramt beanstandet wird.

Art. 671 Abs. 1 VE-OR

Bei Zuschüssen von Aktionären und nachträglich in der Handelsbilanz offen gelegten, verdeckten Kapitaleinlagen handelt es sich um Kapitalreserven. Da diese beiden Einzahlungsvarianten aber weder dem Agio (Ziff. 1 von Art. 671 Abs. 1 VE-OR) noch dem Kaduzierungsgewinn (Ziff. 2 von Art. 671 Abs. 1 VE-OR) zugeordnet werden können, ist eine Ziff. 3 in Art. 671 Abs. 1 VE-OR mit der Bezeichnung «weitere Kapitaleinlagen» einzufügen. Unter diese Position fallen Zuschüsse von Aktionären und nachträglich in der Handelsbilanz offengelegte, verdeckte Kapitaleinlagen.

Kapitaleinlagen sollen nach der Unternehmenssteuerreform II grundsätzlich steuerfrei zurückbezahlt werden können. Im Falle der Einbringung von Beteiligungen als Kapitaleinlage (Transponierung) ist dies aber ausnahmsweise nicht möglich, da andernfalls latentes Einkommenssteuersubstrat untergehen würde.

Zudem ist in der Botschaft darauf hinzuweisen, dass Kapitaleinlagen bei ihrer Rückzahlung nach der Unternehmenssteuerreform II grundsätzlich steuerfrei sein sollen. Eine Ausnahme ergibt sich aus der Einbringung von Beteiligungen (Transponierung).

In den Übergangsbestimmungen zum 26. und 32. Titel ist die Behandlung von Agio, das vor der Inkraftsetzung dieses Artikels einbezahlt wurde, zu erwähnen.

Art. 697ter VE-OR

Es wäre der Rechtssicherheit dienlich, das Recht auf gerichtliche Geltendmachung zu befristen.

Art. 699 VE-OR

Art. 727a Abs. 4 VE-OR lautet: «Haben Aktionäre auf eine eingeschränkte Revision verzichtet, so gilt dieser Verzicht auch für die nachfolgenden Jahre. Jeder Aktionär hat jedoch das Recht, spätestens 10 Tage vor der Generalversammlung eine eingeschränkte Revision zu verlangen. Die Generalversammlung muss diesfalls die Revisionsstelle wählen.»

Damit diese «nachträglich» verlangte eingeschränkte Revision in einem zeitgerechten Rahmen erfolgt, schlagen wir die Einfügung eines neuen Abs. 2^{bis} vor: «Wird nach Art. 727a Abs. 4 eine eingeschränkte Revision verlangt, hat die Generalversammlung ihre Befugnisse nach Art. 698 Abs. 2 spätestens 3 Monate nach ihrer ordentlichen Durchführung auszuüben.»

Art. 707 Abs. 3 VE-OR

Das Wort «denselben» ist zu streichen.

Art. 928 Abs. 2 VE-OR

Handelsregisterauszug und Statuten bzw. Stiftungsurkunde dürften die am meisten nachgefragten Belege sein. Es ist zu überlegen, ob nicht aus Gründen der Transparenz sämtliche Belege unentgeltlich abzugeben sind. Das Scanning der Belegakten bringt für die Kantone einen erheblichen finanziellen Aufwand mit sich, weshalb eine Kompensation mittels Anpassung des Gebührentarifs angezeigt wäre.

Art. 929 VE-OR

Die neue Haftungsregelung ist zeitgemäss und zu begrüssen.

Art. 930 Abs. 2 VE-OR

Die Bestimmung entspricht der bisherigen Regelung (vgl. Art. 929 Abs. 2 OR), wonach sich bei den Aktiengesellschaften und bei den Gesellschaften mit beschränkter Haftung die Gebühren vom eingetragenen Gesellschaftskapital ableiten (vgl. Verordnung über die Gebühren für das Handelsregister, SR 221.411.1, Art. 1 und Art. 4). Diese Regelung hat sich in der Vergangenheit bewährt. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass weder die Rechtsform noch die Höhe des eingetragenen Gesellschaftskapitals zwingend Aussagen über die wirtschaftliche Bedeutung des Unternehmens zulassen.

Vielfach erfolgt die Löschung einer Firma, ohne dass das Handelsregisteramt eine entsprechende Gebühr erheben könnte. Dies gilt insbesondere für die Löschung nach Einstellung des Konkurses mangels Aktiven oder mangels verwertbarer Aktiven einer Gesellschaft (vgl. Art. 66 Abs. 2 und Art. 89 HRegV sowie Art. 17 GebT). Würde die Lösungsgebühr bereits mit der Gebühr für die Neueintragung erhoben, wäre diese für die Handelsregisterämter unbefriedigende Situation aus der Welt geschafft.

Art. 931a Abs. 2 VE-OR

Die mündliche Anmeldung (Art. 23 Abs. 1 HRegV) kommt in der Praxis nicht vor. Daher ist die Passage «zu unterzeichnen oder» zu streichen.

Art. 943a Abs. 2 VE-OR

Diese Regelung ist sehr zu begrüssen. Die Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans entziehen sich mit ihrem Rücktritt häufig auch der Haftung für Gebühren. Die Bestimmung ist auch auf die Liquidatoren auszudehnen.

Art. 958c Abs. 1 VE-OR

Es wäre aus Gründen der Transparenz zu begrüssen, wenn auch solche Positionen separat aufgeführt würden. Der zweite Satz in Art. 958 c Abs. 1 VE-OR («Positionen, die in der Berichtsperiode keinen oder nur

einen unwesentlichen Betrag aufweisen, brauchen nicht separat aufgeführt zu werden») ist deshalb wegzulassen.

Art. 959a VE-OR

Im Begleitbericht zum Vorentwurf wird unter Punkt 3.1.25 «Art. 671, 671a, 671b, 672, 673, 674: Reserven» der Erwerb eigener Aktien behandelt. Dabei wird aber nicht auf den «Handelsbestand» von eigenen Aktien eingegangen.

In der Botschaft zu Art. 959a ist zusätzlich zu erwähnen, wie mit dem «Handelsbestand» der eigenen Aktien (darunter ist gemäss Art. 25a Abs. 3 der Verordnung über die Stempelabgaben die Gesamtheit der liberierten Titel, die der gewerbsmässige Effekthändler mit der Absicht der Weiterveräusserung für eigene Rechnung erworben hat, zu verstehen) vorzugehen ist.

Art. 959a Abs. 4 VE-OR

Der Wortlaut «oder gegenüber Unternehmen, an denen eine Beteiligung besteht» führt zu einer Beschränkung der Anwendung des oben genannten Artikels im Unternehmensverbund auf Tochtergesellschaften. Dies ist unvollständig, da Forderungen und Verbindlichkeiten im Unternehmensverbund u. a. ebenfalls gegenüber Mutter- und Schwertergesellschaften gesondert ausgewiesen werden sollten. Mit dem neuen Wortlaut «sowie zwischen Unternehmen, die unter einheitlicher Leitung stehen» sind sämtliche Beziehungen im Unternehmensverbund abgedeckt.

Art. 959a Abs. 4 ist deshalb wie folgt zu formulieren:

«Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern und Organen sowie zwischen Unternehmen, die unter einheitlicher Leitung stehen, müssen gesondert ausgewiesen werden.»

Art. 959c VE-OR

Es wäre zu begrüssen, wenn im Anhang Angaben zu allen Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen aufgeführt würden. Diese Offenlegung würde zu einer erhöhten Transparenz der Jahresrechnung führen.

Abs. 1 ist durch folgende Ziff. 3 zu ergänzen (mit der Folge, dass die bisherige Ziff. 3 zu Ziff. 4 wird): «Angaben zu allen Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen.»

Art. 960 VE-OR

Gemäss Art. 960 Abs. 3 VE-OR sind die Werte zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen, wenn konkrete Anzeichen für eine Überbewertung von Aktiven oder für zu geringe Rückstellungen bestehen. Zwecks Einhaltung des Niederstwertprinzips und der Grundsätze der

ordnungsmässigen Rechnungslegung gemäss Art. 958b Abs. 1 VE erachten wir eine jährliche Überprüfung der Werte als notwendig.

Abs. 3 sollte deshalb folgendermassen lauten:

«Die Werte müssen jährlich überprüft und gegebenenfalls angepasst werden.»

Art. 960b VE-OR

Art. 960b Abs. 3 VE sieht vor, dass Schwankungsreserven gebildet werden dürfen, wenn Wertschriften und Handelswaren zum Kurs am Bilanzstichtag bewertet werden, um dem Kursverlauf Rechnung zu tragen. Damit sind wir grundsätzlich einverstanden. Ohne unsere Ergänzung dürfen Schwankungsreserven in der Handelsbilanz in willkürlicher Höhe gebildet werden. Da dies bei der Veranlagung zu Korrekturen durch die Steuerbehörden und auf Grund des umgekehrten Massgeblichkeitsprinzips gemäss Art. 960f VE zu Korrekturen in der Handelsbilanz führt, erachten wir eine Einschränkung der Höhe der Schwankungsreserven im Sinne der Anwendung des Niederstwertprinzips als angebracht.

Art. 960b VE-OR sollte durch folgenden Satz am Ende von Abs. 3 ergänzt werden:

«Solche Schwankungsreserven sind jedoch nicht zulässig, soweit dadurch sowohl der Kurs am Bilanzstichtag als auch der Anschaffungswert unterschritten würde.»

Art. 960e Abs. 4 VE-OR

Art. 58 Abs. 1b des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG) verlangt, dass geschäftsmässig nicht begründete Rückstellungen in die Berechnung des Reingewinnes einfliessen, d. h. aufgelöst werden müssen. Eine in Art. 960e Abs. 4 VE-OR vorgesehene Nichtauflösung von nicht mehr begründeten Rückstellungen in der Handelsbilanz würde somit zu einer unerwünschten Differenz zwischen Handelsbilanz und Steuerbilanz führen. Auf Grund von Art. 960f VE-OR müsste diese Differenz in dem Geschäftsjahr, in dem die Veranlagung rechtskräftig wird, korrigiert werden, da diese Rückstellungen von den Steuerbehörden im Veranlagungsverfahren nicht anerkannt werden. Mit einer entsprechenden Änderung von Art. 960e Abs. 4 VE-OR wäre diese Korrektur nicht notwendig und würde das Verfahren stark vereinfachen.

Zudem sollten nicht mehr begründete Rückstellungen auch nach dem Grundsatz der Transparenz aufgelöst werden.

Der erste Satz in Art. 960 e Abs. 4 VE ist folgendermassen zu formulieren:

«Nicht mehr begründete Rückstellungen müssen aufgelöst werden.»

Art. 960f VE-OR

In den Übergangsbestimmungen zum 26. und 32. Titel ist aufzuzeigen, wie versteuerte stille Reserven, die bereits vor der Inkraftsetzung dieses Artikels bestanden, zu behandeln sind.

Art. 3 Abs. 2 und 4 der Übergangsbestimmungen

Grundsätzlich werden die Statuten durch die Generalversammlung geändert. Der Verwaltungsrat darf nur in einem sehr eingeschränkten Rahmen Statutenänderungen vornehmen. Um Abgrenzungsprobleme zu vermeiden, sollte in Abs. 2 klargestellt werden, dass der Verwaltungsrat wenn überhaupt nur die Art der Aktien ändern darf. Ausgeschlossen von der Anpassung durch den Verwaltungsrat sind unseres Erachtens etwa Einladungs-, Mitteilungs- oder Vinkulierungsbestimmungen. Auch ist an dieser Stelle die durch den Verwaltungsrat einzuhaltende Form, nämlich die öffentliche Beurkundung, vorzuschreiben.

Bezüglich Abs. 4 gehen wir davon aus, dass das Handelsregisteramt keinesfalls die Statuten bzw. den Handelsregistereintrag ändern darf.

Art. 4 der Übergangsbestimmungen

Auf Grund der Formulierung könnte man davon ausgehen, dass auch weiterhin Inhaberaktien bei entsprechender statutarischer Grundlage ausgegeben werden können. Ist dies die Auffassung des Gesetzgebers?

Art. 69a ZGB

Die Bestimmung ist redaktionell anzupassen.

Art. 652i Abs. 2 und 3 OR

Abs. 2 ist redaktionell anzupassen. Das genehmigte Kapital wird nicht erhöht (vgl. Art. 651 Abs. 2 OR bisher).

Gemäss der Formulierung von Abs. 3 ist davon auszugehen, dass die Statuten auch Angaben über die Art der Einlage und über Sachübernahmen zu enthalten haben. Dies steht jedoch in Widerspruch zu Art. 652j OR (vgl. Art. 651 Abs. 3 OR bisher).

Art. 652k Abs. 2 und 3 OR

Handelt es sich bezüglich Abs. 2 um eine blosse Ordnungsvorschrift?

Eine öffentliche Beurkundung des Beschlusses ist gemäss Abs. 3 nicht erforderlich. Diese Bestimmung ist abzulehnen (vgl. Ausführungen zu Art. 653i Abs.1).

Art. 653u Abs. 3 und 4 OR

Handelt es sich bezüglich Abs. 3 um eine blosse Ordnungsvorschrift?

Eine öffentliche Beurkundung des Beschlusses ist gemäss Abs. 4 nicht erforderlich. Diese Bestimmung ist entschieden abzulehnen (vgl. Ausführungen zu Art. 653i Abs.1).

Kapitalband oder genehmigte Kapitalerhöhung i.V.m. genehmigter Kapitalherabsetzung (Art. 653r ff. OR oder Art. 652i ff. i.V.m. Art. 653s ff. OR)?

Wird eine genehmigte Kapitalerhöhung mit einer genehmigten Kapitalherabsetzung kombiniert, entsteht ein «Gebilde», das grosse Ähnlichkeiten mit dem Kapitalband aufweist (Begleitbericht zum Vorentwurf, Ziff. 3.16.1 und 3.16.2). Bei einer Einführung des Instituts der genehmigten Kapitalherabsetzung würde gleichzeitig das Institut der genehmigten Kapitalerhöhung beibehalten. Dieser Variante gereicht zum Vorteil, dass die genehmigte Kapitalerhöhung bereits bekannt ist und sich bewährt hat. Soll jedoch mit der Revision grundsätzlich eine Flexibilisierung des Gesellschaftskapitals angestrebt werden, wäre das Kapitalband vorzuziehen. Es erlaubt ein freies Floating zwischen dem Basiskapital und dem Maximalkapital (Begleitbericht zum Vorentwurf, Ziff. 3.1.19).

II. Mitteilung an die Mitglieder des Regierungsrates sowie an die Direktion der Justiz und des Innern.



Vor dem Regierungsrat
Der Staatsschreiber:

Husi



Service de surveillance des
fondations et des institutions de
prévoyance
20bis, rue du Stand
Case postale 3937
1211 Genève 3

Département Fédéral de Justice et Police

N/réf. : No dossier : **Traité par : FRF**
(à rappeler dans toute correspondance)
V/réf. :

Genève, le 15 juin 2006

Procédure de consultation

Révision du droit de la SA et du droit comptable dans le CO

Madame, Monsieur,

Suite à l'ouverture de la procédure de consultation, nous vous remettons ci-joint nos commentaires relatifs aux articles du droit comptable qui s'appliquent aux fondations de droit privé :

Ad art. 943a

L'Ordonnance sur le registre du commerce impose aux autorités de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance de requérir certaines inscriptions (cf. notamment art. 103b, al. 2, 109, 109a, 109b et 109c ORC). Il est nécessaire de prévoir que les registres du commerce peuvent, dans ces cas, faire supporter l'émolument d'inscription directement à la fondation ou l'institution de prévoyance concernée et/ou, solidairement, aux personnes ayant sollicité la décision d'autorité ayant conduit l'autorité de surveillance à prendre la décision sujette à réquisition.

Cette nécessité trouve tout son sens lorsque le registre du commerce et l'autorité de surveillance font partie de collectivités différentes. Elle se justifie également lorsqu'ils sont rattachés à la même collectivité mais que les règles internes de cette dernière imposent une facturation séparée des prestations de chacun.

Ad art. 957, al. 3

La réserve des "*dispositions plus strictes arrêtées dans la législation spéciale*" risque de poser des questions délicates d'interprétation. Il apparaît nécessaire soit de réserver de manière générale les règles spéciales - sans faire référence à la question de savoir si elles sont plus strictes - soit de réserver expressément les règles particulières applicables aux institutions de prévoyance en vertu de la LPP et de ses dispositions d'application.

Ad art. 957a al. 5

La référence à la langue anglaise nous apparaît délicate. Les entreprises vont se référer à cette disposition lorsqu'elles publieront leurs états financiers. A notre avis, le public n'est pas familier avec les notions anglaises du droit comptable. Il nous apparaît nécessaire de prévoir, au niveau des ordonnances d'application, que il devrait pouvoir être exigé des traductions dans la langue officielle du canton.

Nous pensons que cette disposition n'est en particulier pas appropriée pour les institutions de prévoyance et les fondations de droit suisse. Nous constatons que l'anglais ne constitue pas une langue de travail ou une langue officielle utilisée par les autorités de surveillance bien que ces dernières assument la responsabilité de leur mission. Or, une telle mission de surveillance ne peut être assumée que par des personnes qui maîtrisent les notions correspondantes. Cette possibilité impliquera un besoin accru de formation pour les cantons - qui devront en assumer les coûts - de manière non seulement à exécuter correctement leur tâches mais également à pouvoir répondre aux demandes d'informations des destinataires des institutions de prévoyance et des fondations (on pensera notamment au cas d'une caisse de pensions qui assure les employés d'une entreprise active dans le bâtiment).

Nous suggérons donc que la disposition soit complétée, pour les sujets de droit soumis à surveillance, par l'adjonction suivante : *"Les autorités de surveillance peuvent exiger une traduction des documents qui leur sont remis"*. La même remarque vaut pour l'art. 958c, al. 4 du projet.

Il nous apparaît par ailleurs que le même droit à obtenir une traduction des états financiers d'une institution de prévoyance devrait être prévu par une modification de l'art. 86b, al. 2 LPP de manière à garantir, effectivement, la transparence et le droit à l'information voulu par les Chambres fédérales dans le cadre de la 1^{ère} révision de la LPP.

Ad art. 958-958c

Nous saluons l'introduction de ces dispositions. Nous partons du principe que ces articles ne seront pas applicables aux institutions de prévoyance dès lors que la réglementation prévue n'est que partiellement compatible avec les dispositions détaillées de la LPP. Pour ces dernières, nous partons de l'idée que ces règles constituent une législation spéciale (art. 47 OPP2 et RPC 26).

Ad art. 958d

Si nous voyons favorablement un droit de consultation accordé aux créanciers des entreprises commerciales. Nous relevons toutefois que le droit conféré par cette disposition peut entrer en conflit avec la protection des données concernant les assurés. Les montants nécessaires à la couverture des prestations figurent en effet au bilan des institutions de prévoyance. Les destinataires des institutions de prévoyance disposent déjà d'un droit d'information privilégié conféré par l'art. 86b LPP. Nous relevons au demeurant que, pour ce qui est des fondations, les créanciers sont mis dans une position plus favorables que leurs destinataires auxquels un tel droit est refusé bien qu'il pourrait leur être utile pour prétendre à des prestations. Il nous apparaît dès lors que l'extension de cette disposition aux fondations et aux institutions de prévoyance doit être réexaminée.

Nous relevons à cet égard la différence des intérêts protégés et le fait que, pour ce qui est des institutions de prévoyance, le droit des assurés à un accès privilégié découle de leur affiliation obligatoire. Nous notons par ailleurs que l'existence d'une surveillance étatique répond, à tout le moins en partie, à l'intérêt des créanciers à pouvoir consulter la comptabilité d'une entreprise pour protéger leurs intérêts. La situation financière d'une institution de prévoyance ou d'une fondation fait précisément partie des éléments contrôlés par l'autorité de surveillance. Nous

sommes d'avis qu'il y aurait à tout le moins lieu de prévoir au droit de consultation des créanciers des limites et exceptions analogues à celles qui sont prévues par l'art. 697bis, al. 2 du projet.

Ad art. 958^e

Ces règles étant moins strictes que celles applicables dans le domaine de la prévoyance professionnelle et, en partie, inadéquates, nous partons de l'idée que ces questions seront régies par les dispositions topiques du droit de la prévoyance professionnelle, applicables à titre de *lex specialis*.

Ad art. 959a-959c

Sur le principe, nous saluons ces dispositions dès lors qu'elles amènent à une meilleure lisibilité des comptes annuels. Quant à leur applicabilité aux institutions de prévoyance, nous nous permettons de vous renvoyer à nos précédents commentaires.

Nous souhaiterions voir l'art. 959c, al. 1, ch. 1 complété en ce sens : "*(...) si ceux-ci ne sont pas prescrits par la loi ou des dispositions statutaires ou réglementaires*". Tant pour les fondations que pour les institutions de prévoyance, les statuts et les règlements édictés par les sujets sont des dispositions importantes d'exécution qui sont pertinents dans l'activité de surveillance. De même, nous souhaitons que l'annexe contienne des explications quant à la réalisation du but de la fondation ou de l'institution de prévoyance dans la mesure où elle ne ressort pas déjà des comptes dès lors que cette information doit être examinée par l'autorité de surveillance au sens de l'art. 84 CC.

Ad art. 960, 960a-960e

Nous partons du principe que les art. 47 ss. OPP2 sont des dispositions spéciales par rapport aux articles susmentionnés. L'obligation de faire ressortir la situation financière effective de l'institution (art. 65a LPP) entre en collision avec les normes d'évaluation prévues par les art. 960a ss. du projet.

Ad art. 83a CC

Sur la base des considérations précédentes, nous sommes d'avis qu'il y a lieu d'intégrer au niveau de cet article des dispositions particulières pour les fondation si le code des obligations n'est pas complété conformément à nos considérations. Le simple renvoi à la comptabilité commerciale ne suffit pas.

Nous vous remercions par avance de l'attention que vous porterez à ce courrier et vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de notre considération distinguée.

Service de surveillance des fondations
et des institutions de prévoyance
La directrice

Franca Renzi Ferraro