

Begleitbericht

zum Vorentwurf

zur Revision des

Aktien- und Rechnungslegungsrechts

im Obligationenrecht

2. Dezember 2005

Übersicht.....	1
1 Ausgangslage	2
1.1 Neue Bedürfnisse - neue gesetzliche Regeln.....	2
1.2 Stabilität und Dynamik in Wirtschaft und Recht	2
1.3 Parlamentarische Vorstösse	4
1.4 Stetigkeit im Wandel: Die Beständigkeit der Zielsetzungen der Aktienrechtsrevisionen	6
1.5 Vom Leid der Leitbilder.....	6
2. Überblick über den Vorentwurf.....	8
2.1 Die Revisionsziele und ihre Umsetzung	8
2.2 Verbesserung der Corporate Governance.....	10
2.2.1 Allgemeines	10
2.2.2 Offenlegung der Vergütungen an die Organe	13
2.2.3 Stärkung der Aktionärsrechte.....	14
2.2.4 Offenlegung von Informationen durch das Handelsregister	16
2.2.5 Institutionelle Stimmrechtsvertretung	17
2.2.6 Dispoaktien	18
2.2.7 Organisation des Verwaltungsrats.....	19
2.2.8 Haftung der Revisionsstelle	20
2.3 Neuregelung der Kapitalstrukturen	21
2.3.1 Allgemeines	21
2.3.2 Kapitalband.....	22
2.3.3 Genehmigte Kapitalerhöhung und genehmigte Kapitalherabsetzung	23
2.3.4 Verzicht auf einen Mindestnennwert; Frage der Einführung der nennwertlosen Aktie.....	24
2.3.5 Inhaberaktie	26
2.3.6 Partizipationsschein	28
2.4 Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung	29
2.4.1 Allgemeines	29
2.4.2 Mehrere Tagungsorte; Tagungsort im Ausland	29
2.4.3 Elektronische Einberufung der Generalversammlung	30
2.4.4 Elektronische Vollmacht zur Stimmrechtsvertretung	30
2.4.5 Verwendung elektronischer Mittel in der Generalversammlung.....	30
2.4.6 Elektronische Generalversammlung.....	31
2.5 Neuregelung der Rechnungslegung.....	32
2.5.1 Allgemeines	32

2.5.2	Einheitliche Regelung für alle Rechtsformen des Privatrechts	33
2.5.3	Differenzierung nach Unternehmensgrösse	34
2.5.4	Gliederungs- und Bewertungsvorschriften	35
2.5.5	Steuerneutrale Regelung	35
2.5.6	Erhöhung der Transparenz (true and fair view) und Stärkung des Minderheitenschutzes.....	35
2.5.7	Moderne Konzernrechnung.....	36
2.6	Europarecht.....	36
2.7	Personelle und finanzielle Auswirkungen auf den Bund	38
3	Besonderer Teil: Erläuterung des Vorentwurfs.....	39
3.1	Die Aktiengesellschaft	39
3.1.1	Art. 620 und 680: Begriff der Aktiengesellschaft	39
3.1.2	Art. 622 i. V. m. Art. 3 Übergangsbestimmung: Aktien.....	39
3.1.3	Art. 626, 627, 628, 630: Statuten, Aktienzeichnung	40
3.1.4	Art. 632, 633, 634, 634a, 642: Einlagen, Sachübernahme, besondere Vorteile	41
3.1.5	Art. 636: Sachübernahme	43
3.1.6	Art. 642: Besondere Vorteile	44
3.1.7	Art. 650, 652, 652a: Ordentliche Kapitalerhöhung	44
3.1.8	Art. 651 und 651a: Genehmigte Kapitalerhöhung.....	45
3.1.9	Art. 652 und Art. 652a: Aktienzeichnung und Emissionsprospekt	45
3.1.10	Art. 652b: Bezugsrecht	45
3.1.11	Art. 652f, 652g, 652h: Modalitäten der Kapitalerhöhung.....	47
3.1.12	Art. 653 und 653b: Bedingte Kapitalerhöhung	47
3.1.13	Art. 653c und 653d: Schutz der Aktionärinnen und Aktionäre sowie der Berechtigten	48
3.1.14	Art. 653f, 653g, 653i: Verfahrensmodalitäten	49
3.1.15	Art. 653j und 653k: Ordentliche Kapitalherabsetzung.....	50
3.1.16	Art. 653l, 653m, 653n: Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger, Prüfungsbericht.....	52
3.1.17	Art. 653o, 653p, 653q: Sonderformen der Kapitalherabsetzung	53
3.1.18	Art. 653r und 653s: Kapitalband	54
3.1.19	Art. 653t, 653u, 653v: Änderung des Kapitals, Gläubigerschutz.....	56
3.1.20	Art. 653w, 653x, 653y: Modalitäten	57
3.1.21	Art. 656a und 656b: Partizipationsscheine	57
3.1.22	Art. 656c und 656d: Rechtstellung der Partizipantin und des Partizipanten	59
3.1.23	Art. 659: Erwerb eigener Aktien.....	60
3.1.24	Art. 662, 663 – 667, 669, 670: Rechnungslegungsvorschriften	60

IV

3.1.25	Art. 671, 671a, 671b, 672, 673, 674: Reserven	60
3.1.26	Art. 678 und 680: Rückerstattung von Leistungen, Leistungspflicht des Aktionärs	64
3.1.27	Art. 683 und 688: Ausgabe von Aktien.....	66
3.1.28	Art. 689 und 689a: Vertretung in der Generalversammlung, Vollmacht.....	66
3.1.29	Art. 689b, 689c, 698d, 689e, 703: Stimmrechtsvertretung.....	67
3.1.30	Art. 692 und 693: Stimmrecht in der Generalversammlung.....	69
3.1.31	Art. 696 und 958d: Bekanntgabe des Geschäftsberichts.....	70
3.1.32	Art. 697, 697 ^{bis} , 697 ^{ter} : Auskunft- und Einsichtsrecht	71
3.1.33	Art. 697 ^{quater} , 697 ^{quinquies} , 697 ^{sexties} : Offenlegung von Managementsentschädigungen und Beteiligungsverhältnissen.....	73
3.1.34	Art. 697a, 697b, 697c, 697d, 697e, 697g: Sonderuntersuchung.....	73
3.1.35	Art. 697h: Offenlegung der Jahres- und Konzernrechnung	76
3.1.36	Art. 698: Befugnisse der Generalversammlung	76
3.1.37	Art. 699, 699a, 700: Einberufung der Generalversammlung und Traktandierung	76
3.1.38	Art. 701a und 701b: Tagungsort der Generalversammlung.....	78
3.1.39	Art. 701c, 701d, 701e, 701f: Verwendung elektronischer Mittel.....	80
3.1.40	Art. 702, 703, 704, 706a: Durchführung der Generalversammlung	80
3.1.41	Art. 707 und 710: Wählbarkeit, Amtsdauer und Unabhängigkeit des Verwaltungsrats	82
3.1.42	Art. 716a, 716b, 717a: Aufgaben, Geschäftsführung und Interessenkonflikte	83
3.1.43	Art. 725, 725a, 728c, 729c: Anzeigepflicht bei Überschuldung	84
3.1.44	Art. 728a, 728b, 731: Aufgaben der Revisionsstelle und Revisionsbericht	85
3.1.45	Art. 728c, 729c, 731: Anzeigepflichten der Revisionsstelle, Revisionsbericht.....	86
3.1.46	Art. 732, 733, 734, 735: Herabsetzung des Aktienkapitals	86
3.1.47	Art. 736: Auflösung der Gesellschaft	86
3.1.48	Art. 755, 756, 759: Organhaftung	87
3.2	Der Einzelarbeitsvertrag	89
3.2.1	Art. 322a: Anteil am Geschäftsergebnis	89
3.3	Die Kollektivgesellschaft	89
3.3.1	Art. 558 und 559: Gewinn und Verlust	89
3.4	Die Kommanditgesellschaft	89
3.4.1	Art. 600 und 611: Stellung der Kommanditäre, Bezug von Zinsen und Gewinn	89
3.5	Kommanditaktiengesellschaft.....	89
3.5.1	Art. 765: Eintragung der Mitglieder der Verwaltung ins Handelsregister	89
3.6	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)	90
3.6.1	Art. 791: Eintragung ins Handelsregister	90

3.6.2	Art. 801: Reserven.....	90
3.6.3	Art. 802: Auskunfts- und Einsichtsrecht.....	90
3.6.4	Art. 804: Aufgaben der Gesellschafterversammlung	90
3.6.5	Art. 820: Kapitalverlust / Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit	90
3.7	Genossenschaft.....	91
3.7.1	Art. 856, 857, 858: Kontrollrechte der Genossenschafter	91
3.7.2	Art. 879: Befugnisse der Generalversammlung	91
3.7.3	Art. 902 und 903: Pflichten der Verwaltung	91
3.8	Das Handelsregister.....	92
3.8.1	Art. 928 und 928a: Öffentlichkeit	92
3.8.2	Art. 929: Haftung der Handelsregisterbehörden.....	93
3.8.3	Art. 929a OR, Art. 930, 930a: Verordnungskompetenz und Gebühren	93
3.8.4	Art. 931 und 931a: Einträge	94
3.8.5	Art. 933 und 934: Wirkung des Eintrags	94
3.8.6	Art. 941 und 943: Eintragung von Amtes wegen und Ordnungsbussen.....	94
3.8.7	Art. 943a: Haftung für Gebühren	95
3.9	Die Geschäftsfirmen.....	95
3.9.1	Art. 944, 947 und 956: Firmenbildung	95
3.10	Die kaufmännische Buchführung	98
3.10.1	Art. 957 und 957a: Pflicht zur Buchführung und Rechnungslegung	98
3.10.2	Art. 958, 958a, 958b, 958c: Rechnungslegung	99
3.10.3	Art. 958d und 958e: Einsichtnahme, Offenlegung, Aufbewahrung.....	101
3.10.4	Art. 959 und 959a: Jahresrechnung / Bilanz.....	102
3.10.5	Art. 959b: Erfolgsrechnung	103
3.10.6	Art. 959c: Anhang.....	104
3.10.7	Art. 958c, 960, 960a, 960b, 960c, 960d, 960e: Bewertung.....	105
3.10.8	Art. 960f: Verhältnis zum Steuerrecht	107
3.10.9	Art. 961, 961a, 961b: Rechnungslegung für grosse Unternehmen / weitere Anforderungen an den Geschäftsbericht	107
3.10.10	Art. 962 und 962a: Abschluss nach Regelwerk.....	109
3.10.11	Art. 963, 963a, 963b, 963c: Konzernrechnung	114
3.11	Übergangsbestimmungen	115
3.11.1	Art. 1 und 2 VE Ueb.Best.: Allgemeine Regeln	115
3.11.2	Art. 3, 4, 5 VE-Ueb.Best.: Besondere Bestimmungen	116
3.12	Vereinsrecht.....	117
3.12.1	Art. 65 VE ZGB: Kompetenzen der Vereinsversammlung.....	117
3.12.2	Art. 69a VE ZGB: Buchführungspflicht	117

3.12.3 Art. 69d VE ZGB: Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit.....	117
3.13 Stiftungsrecht	118
3.13.1 Art. 83a VE ZGB: Buchführung.....	118
3.13.2 Art. 84c VE ZGB: Offenlegung von Vergütungen	118
3.14 Bundespersonalgesetz	119
3.14.1 Art. 6a: Offenlegung von Managementsentschädigungen	119
3.15 Strafgesetzbuch.....	120
3.15.1 Art. 326 ^{quinquies}	120
3.16 Variante II: Genehmigte Kapitalerhöhung / genehmigte Kapitalherabsetzung.....	120
3.16 Variante II: Genehmigte Kapitalerhöhung / genehmigte Kapitalherabsetzung.....	121
3.16.1 Art. 652i, 652j, 652k: Genehmigte Kapitalerhöhung	121
3.16.2 Art. 653s, 653t, 653u: Genehmigte Kapitalherabsetzung	122

Übersicht

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 sog. 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 Inhaberpartizipationsscheinen 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 sog. 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.

1 Ausgangslage

1.1 Neue Bedürfnisse - neue gesetzliche Regeln

Nach der grossen Revision des Aktienrechts von 1991 soll bereits wieder eine umfassende Erneuerung in Angriff genommen werden; *warum?*

Das revidierte Aktienrecht hat sich zwar nach ersten Rechtsunsicherheiten, die zwingend mit jeder Gesetzesrevision verbunden sind, in der Praxis im Allgemeinen gut bewährt. Verschiedene Neuerungen haben sich sogar als zukunftsweisend herausgestellt, so namentlich die Verbesserung der gesellschaftsinternen Kontrolle. Umgekehrt kann aber nicht übersehen werden, dass die damalige Revision aufgrund der Verhältnisse der siebziger und achtziger Jahre konzipiert wurde. Seither wurde die Wirtschaft jedoch von tief greifenden Veränderungsprozessen erfasst. Die normativ relevante Entwicklung ist insbesondere durch drei Faktoren gekennzeichnet, die zum Teil in einer Wechselwirkung zueinander stehen:

- Durch die Integration der Märkte haben sich die *internationalen Interdependenzen* erheblich *verstärkt*.
- Die früher über Jahrzehnte recht statische schweizerische Unternehmenswelt wurde von einer *zunehmenden wirtschaftlichen Dynamik* erfasst.
- Die *Informatisierung der Gesellschaft* hat die Realien in den Unternehmen massgeblich verändert.

Zudem hat sich auch das Verständnis des Unternehmens gewandelt. Mit der *zunehmenden Bedeutung der internationalen Kapitalmärkte* gewinnt eine *eigentumsbezogene Betrachtung* vermehrt an Bedeutung; die Interessen der Aktionärinnen und Aktionäre werden neu und stärker gewichtet. Angesprochen wird damit zum einen der *Shareholdervalue-Gedanke*, zum andern aber die *Corporate Governance*¹. Der Zusammenbruch einzelner bedeutender Unternehmen hat die öffentliche Diskussion der letzten Jahre geprägt und ohne Zweifel zu einer neuen Sicht der Unternehmenskontrolle geführt.

Das Aktienrecht ist deshalb diesen veränderten Gegebenheiten und einem zeitgemässen Unternehmensverständnis anzupassen.

1.2 Stabilität und Dynamik in Wirtschaft und Recht

Das Aktienrecht blieb zwischen 1936 und 1991 ganze 55 Jahre unverändert. Diese rechtliche Beständigkeit entsprach einem über Jahrzehnte hinweg recht statischen wirtschaftlichen Umfeld. Demgegenüber ergibt sich mit der zunehmenden wirtschaftlichen Dynamik der letzten fünfzehn Jahre das Bedürfnis nach einer parallelen Weiterentwicklung der rechtlichen Grundlagen.

¹ Zum Begriff der Corporate Governance s. hinten Ziff. 2.2.1.

Trotz vieler Forderungen nach Neuerungen darf indessen nicht vergessen werden, dass die Wirtschaft auch auf eine stabile und verlässliche Grundordnung der rechtlichen Unternehmensstrukturen angewiesen ist. Jede Rechtsänderung führt zwingend zu einer gewissen Rechtsunsicherheit, bis die wichtigsten Fragen der Rechtsanwendung autoritativ durch die Rechtsprechung entschieden sind. Bei einer Revision des Gesellschaftsrechts gilt es daher stets, die Interessen an einer aktualitätenbezogenen Gesetzgebung einerseits und die Interessen an der rechtlichen Stabilität der Rechtsformen andererseits gegeneinander abzuwägen.

Bei der Revision des Aktienrechts von 1991² handelte es sich zwar formell nur um eine Partialrevision, doch wurde unter Ausklammerung weniger Gebiete materiell fast der ganze sechszwanzigste Titel des Obligationenrechts erneuert. Von den ersten Expertenarbeiten bis zur Inkraftsetzung dauerte die Revision denn auch 27 Jahre. Diese Revisionsdauer hatte auch zur Folge, dass das neue Aktienrecht im Zeitpunkt seiner Verabschiedung durch das Parlament in einzelnen Punkten durch die Entwicklung bereits wieder überholt war.

Nach Abschluss der Revision wurde deshalb eine *Groupe de réflexion* „Gesellschaftsrecht“ beauftragt, den weiteren Handlungsbedarf im ganzen Bereich des Gesellschaftsrechts umfassend zu prüfen³. Gestützt auf diese Analyse und politische Vorstösse wurden einzelne Sachbereiche des Aktienrechts bereits umgestaltet:

- Die rechtliche Restrukturierung von Unternehmen wurde mit dem Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (*Fusionsgesetz*)⁴ neu geregelt und erleichtert⁵.
- Mit einer punktuellen Revision wurde der *Mindestnennwert* von Aktien von einem Franken auf einen Rappen herabgesetzt⁶.
- Anlässlich der Totalrevision des *GmbH-Rechts*⁷ werden wichtige Neuerungen bei der GmbH auch für die Aktiengesellschaft übernommen, so etwa die Möglichkeit der Gründung von Einpersonengesellschaften.

² Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991, in Kraft getreten am 1. Juli 1992, AS **1992** 733.

³ S. GROUPE DE RÉFLEXION „GESELLSCHAFTSRECHT“, Schlussbericht vom 24. September 1993; HANS-PETER KLÄY, Überblick über den Schlussbericht der Groupe de réflexion „Gesellschaftsrecht“, SZW 66 (1994) 135 ff.

⁴ SR 221.301; Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, BBI **2000** 4337 ff.

⁵ Die Aktienrechtsrevision von 1991 hat die Ordnung der Fusion nicht berührt.

⁶ 00.435 s Parlamentarische Initiative der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates vom 11. September 2000 betreffend "die Herabsetzung des Mindestnennwertes von Aktien", BBI **2000** 5501.

⁷ Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBI **2002** 3148 ff.

- Für sämtliche Rechtsformen des Privatrechts ist eine harmonisierte *Neuordnung der Revisionsstellen* vorgesehen⁸. Die Revisionsstellen von Publikumsgesellschaften werden einer staatlichen Aufsicht unterstellt.
- Die *Offenlegung der Bezüge und der Beteiligungen der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung* wird für Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien gesetzlich geregelt⁹.

Hauptsächlich zwei Gründe sprechen dafür, eine erneute Aktualisierung des Aktienrechts in Angriff zu nehmen, bevor die drei zuletzt erwähnten Gesetzesrevisionen in Kraft treten:

- Zum einen liessen die Dynamisierung, Internationalisierung und Informatisierung der Wirtschaft eine Vielzahl von neuen Bedürfnissen entstehen, denen die gesetzliche Ordnung Rechnung tragen sollte.
- Zum andern führte eine Reihe von Problemfällen in der Wirtschaft zur Forderung an den Gesetzgeber, mit neuen Kautelen Fehlentwicklungen so weit wie möglich zu verhindern.

1.3 Parlamentarische Vorstösse

Die sich wandelnden Bedürfnisse der Wirtschaft und insbesondere die Vorfälle um die Swissair lösten eine ganze Reihe von parlamentarischen Vorstössen aus, die erneut Verbesserungen im Aktienrecht verlangen:

- Postulat der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates vom 11. September 2000 betreffend „Nennwertlose Aktie“¹⁰ (überwiesen);
- Postulat der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates vom 30. Oktober 2000 betreffend „Einführung der nennwertlosen Aktie“¹¹ (überwiesen);
- Motion Leutenegger Oberholzer vom 9. Mai 2001 betreffend "Mehr Schutz für Minderheitsaktionäre"¹² (überwiesen);
- Motion Walker vom 20. Juni 2001 betreffend "Corporate Governance in der Aktiengesellschaft"¹³ (überwiesen als Postulat);

⁸ Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren) vom 23. Juni 2004, BBl **2004** 3969 ff.

⁹ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung) vom 23. Juni 2004, BBl **2004** 4471 ff.

¹⁰ 00.3423 s; AB **2000** S 915.

¹¹ 00.3598 n; AB **2000** N 1318.

¹² 01.3261 n; AB **2001** N 1436, AB **2002** N 186 f., AB **2002** S 309 ff., AB **2002** S 323 ff.

¹³ 01.3329 n; AB **2001** N 1436, AB **2002** S 309 ff., AB **2002** S 323 ff.

- Parlamentarische Initiative der Fraktion der Schweizerischen Volkspartei vom 6. März 2002 betreffend "Neuregelung der Übertragung von Mitgliedschaftsrechten bei börsenkotierten Firmen"¹⁴ (der Initiative wurde Folge gegeben);
- Postulat Walker vom 20. März 2002 betreffend "Corporate Governance. Anlegerschutz"¹⁵ (überwiesen);
- Motion der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 19. September 2002 betreffend "Verschärfung der gesetzlichen Bestimmungen zur Rechnungslegung und Unternehmenskontrolle"¹⁶ (überwiesen);
- Motion Sozialdemokratische Fraktion vom 16. Juni 2005 betreffend „Mehr Rechte für die Aktionärinnen. Gewaltentrennung an der Spitze stärkt Checks and Balances“¹⁷ (vom Parlament noch nicht beraten);
- Motion Sozialdemokratische Fraktion vom 16. Juni 2005 betreffend „Mehr Rechte für die Aktionäre. Begrenzung von Anzahl und Dauer der Verwaltungsratsmandate“¹⁸ (vom Parlament noch nicht beraten);
- Motion Sozialdemokratische Fraktion vom 16. Juni 2005 betreffend „Mehr Demokratie in den Generalversammlungen der Aktiengesellschaften. Stimmabgabe über Internet“¹⁹ (vom Parlament noch nicht beraten);
- Motion Sozialdemokratische Fraktion vom 16. Juni 2005 betreffend „Mehr Rechte für die Aktionärinnen. Aktionärsklagen im beschleunigten Verfahren“²⁰ (vom Parlament noch nicht beraten);
- Motion Sozialdemokratische Fraktion vom 16. Juni 2005 betreffend „Mehr Rechte für die Aktionärinnen. Klagerecht auf Abberufung des Verwaltungsrates“²¹ (vom Parlament noch nicht beraten);
- Motion Leutenegger Oberholzer vom 16. Juni 2005 betreffend „Revision des Gesellschaftsrechts. Unabhängige Expertinnen“²² (vom Parlament noch nicht beraten).

Um die Kohärenz des Aktienrechts und die erforderliche Rechtssicherheit nicht durch mehrere Revisionsetappen zu gefährden, sollen die verschiedenen Anliegen zu einem grösseren Reformpaket zusammengefasst werden.

¹⁴ 02.407 n; AB **2003** N 831.

¹⁵ 02.3086 n; AB **2002** N 1128.

¹⁶ 02.3470 s; AB **2002** S 1299, AB **2003** 827.

¹⁷ 05.3331 n.

¹⁸ 05.3332 n.

¹⁹ 05.3333 n.

²⁰ 05.3334 n.

²¹ 05.3335 n.

²² 05.3343 n.

1.4 Stetigkeit im Wandel: Die Beständigkeit der Zielsetzungen der Aktienrechtsrevisionen

Die Revision des Aktienrechts von 1991 verfolgte namentlich fünf Ziele:

- die Erhöhung der Transparenz;
- die Verstärkung des Aktionärschutzes;
- die Verbesserung von Struktur und Funktionen der Organe;
- die Erleichterung der Kapitalbeschaffung und
- die Verhinderung von Missbräuchen²³.

Diese Revisionsziele sind weiterhin aktuell und richtungweisend für die Weiterentwicklung des Aktienrechts. Fast alle Vorschläge, die im Vorentwurf enthalten sind, können ihnen zugeordnet werden. Sie stehen auch sachlich in einem engen Zusammenhang mit den Anliegen einer guten Corporate Governance²⁴. Dies betrifft vornehmlich die Transparenz sowie die Struktur und die Funktion der Organe, aber auch den Schutz der Aktionäre, die Markteffizienz der Kapitalbeschaffung und die Verhinderung von Missbräuchen. Eine massgebliche Erhöhung der Transparenz bringt der Vorentwurf namentlich mit einem neuen Rechnungslegungsrecht. Weitere wichtige Teile des Vorentwurfs zielen auf Verbesserungen bei der Kapitalbeschaffung und bei der Regelung der Organe. Insbesondere gilt es, die Ordnung der Generalversammlung an die neuen elektronischen Kommunikationsmittel anzupassen. Ein Überblick über die Vorschläge findet sich hinten unter Ziffer 2.1.

1.5 Vom Leid der Leitbilder

Die Botschaft des Bundesrates zur Revision von 1991 ging noch weitgehend von der *Einheit des Aktienrechts* aus²⁵. Ohne dass dies explizit festgehalten worden wäre, hat der Gesetzgeber jedoch im Laufe der Revisionsarbeiten diese Prämisse in wichtigen Fragen durchbrochen. Ausdrückliche oder faktische Sondervorschriften für bestimmte Kategorien von Aktiengesellschaften finden sich insbesondere bei der Vinkulierung, der Prospektpflicht, der Konsolidierung, der Stimmrechtsvertretung, der Sonderprüfung, der Offenlegung und der Revisionspflicht.

Das Aktienrecht orientiert sich neu am Modell einer *punktuellen, materiellen Differenzierung* in Bereichen, in denen sachliche Gründe unterschiedliche Regelungen gebieten.

²³ S. dazu Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl **1983** II 747 ff., 767 ff.

²⁴ Zum Begriff der Corporate Governance s. hinten Ziff. 2.2.1.

²⁵ S. Botschaft über die Revision des Aktienrechts, BBl **1983** II 747ff., 772.

Eine *formelle Zweiteilung* des Aktienrechts wurde von der Groupe de réflexion zwar geprüft, erwies sich aber als wenig adäquat²⁶. Insbesondere hätten einheitliche Abgrenzungskriterien für Klein- und Grossgesellschaften sachlich nicht befriedigt. Im Unterschied zu einer formellen Zweiteilung ermöglicht das Konzept der punktuellen materiellen Differenzierung die Verwendung spezifischer, sachgerechter Abgrenzungskriterien je nach Regelungsgegenstand. Bei einem formell geschlossenem Aktienrecht entstehen zudem keine Probleme, wenn ein Unternehmen wächst, da die Rechtsform nicht geändert werden muss. Im Rahmen der umfassenden Neuordnung der *Revisionspflicht* wurde das Konzept der materiellen Differenzierungen in einem formell als Einheit ausgestalteten Aktienrecht noch verstärkt und auf andere Rechtsformen ausgedehnt²⁷.

Mit der Totalrevision des GmbH-Rechts wurde die *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* klarer konzipiert und konsequent als personenbezogene Kapitalgesellschaft ausgestaltet. Die gesetzliche Regelung erlaubt, den konkret beteiligten Personen und den Umständen des Einzelfalls möglichst weitgehend Rechnung zu tragen. Sie orientiert sich an den Bedürfnissen von Unternehmen mit einem beschränkten, eher eng gefassten Kreis von Gesellschafterinnen und Gesellschaftern. Auf Regelungen, die auf den Kapitalmarkt ausgerichtet sind, wurde bewusst verzichtet²⁸.

Durch die Ausrichtung der GmbH auf die Bedürfnisse von Unternehmen mit nur wenigen Beteiligten treten indirekt auch die Konturen der Aktiengesellschaft deutlicher hervor: Das rechtliche Konzept der AG baut auf der Kapitalbeteiligung der Aktionärinnen und Aktionäre auf. Die Persönlichkeit der Beteiligten bleibt idealtypischerweise - im Gegensatz zur GmbH - von geringer Bedeutung. Man spricht daher von einer „*kapitalbezogenen Kapitalgesellschaft*“.

Das Aktienrecht darf und soll sich vermehrt an dieser klaren Ausrichtung orientieren. Dennoch muss dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Aktiengesellschaft in der Schweiz (im Unterschied zu den meisten andern Ländern) für sehr unterschiedliche Zwecke verwendet wird. Sie dient sowohl multinationalen Konzernen und Grossgesellschaften als auch Familienunternehmen, Kleinbetrieben und Einpersonengesellschaften als rechtliche Struktur. Sie ist in der Schweiz die am weitesten verbreitete Rechtsform: Ende 2004 waren 174'149 Aktiengesellschaften im Handelsregister eingetragen²⁹.

²⁶ S. dazu GROUPE DE RÉFLEXION „GESELLSCHAFTSRECHT“, Schlussbericht vom 24. September 1993, S. 26 f.

²⁷ S. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren) vom 23. Juni 2004, BBl **2004**, 3969 ff., 3989 f., Art. 727 ff. E OR.

²⁸ S. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl **2002** 3148 ff., 3154.

²⁹ Schweizerisches Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 9 vom 13.01.2005, S. 36.

Die Anzahl der GmbH ist seit Ende 1992 von 2'964 sprunghaft auf 76'428 per Ende 2004 angestiegen³⁰ während die Anzahl der Aktiengesellschaften seit 1992 stagniert. Die Gründe für diese Entwicklung dürften vorab darin liegen, dass mit der Aktienrechtsrevision von 1991 das minimale Aktienkapital von 50'000 auf 100'000 Franken angehoben und die Revisionspflicht durchgesetzt wurde³¹. Die Verschiebung der Präferenzen zeigt auch, dass die Praxis die lange verschmähte GmbH für die Bedürfnisse von kleineren Unternehmen dienlich zu machen wusste.

Dennoch bleibt es Aufgabe einer Revision des Aktienrechts, mit einem pragmatischen Ansatz der breiten Verwendung der Aktiengesellschaft für sehr unterschiedliche Bedürfnisse Rechnung zu tragen. Insbesondere gilt es, die *grosse Elastizität* des schweizerischen Aktienrechts zu bewahren und auch neue Regelungen flexibel zu gestalten, denn die grosse Mehrheit der Aktiengesellschaften dürften auch weiterhin kleinere Unternehmen sein. Wo es aber um die Schaffung stark personenbezogener Strukturen geht, ist nicht die AG, sondern die GmbH die richtige Rechtsform.

2. Überblick über den Vorentwurf

2.1 Die Revisionsziele und ihre Umsetzung

Wie bereits ausgeführt wurde³², verfolgt der Vorentwurf ähnliche Zielsetzungen wie schon die Aktienrechtsrevision von 1991. Die Regelungsvorschläge können vier Hauptzielen zugeordnet werden:

- *Verbesserung der Corporate Governance*³³:
 - Information der Aktionärinnen und Aktionäre über die Bezüge des Verwaltungsrates;
 - Stärkung des Auskunfts- und Einsichtsrechts der Aktionärinnen und Aktionäre: Schaffung eines ständigen Auskunftsrechts; Auflage der erteilten Antworten an der Generalversammlung;
 - Erleichterung der Ausübung des Rechts auf Sonderuntersuchung (früher „Sonderprüfung“): Senkung der Schwellenwerte;
 - Erleichterung der Ausübung des Rechts auf Einberufung der Generalversammlung und des Traktandierungsrechts: Harmonisierung der Voraussetzungen bei der Rechte; Senkung der Schwellenwerte;
 - Jährliche Einzelwahl der Mitglieder des Verwaltungsrates;

³⁰ Schweizerisches Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 9 vom 13.01.2005, S. 36.

³¹ S. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl **2002 3148 ff.**, 3150.

³² S. vorne Ziff. 1.4.

³³ Zum Begriff der Corporate Governance s. hinten Ziff. 2.2.1.

- Verbesserung der Information der Aktionärinnen und Aktionäre über die Generalversammlung: Erstellung eines Beschlussprotokolls innert 20 Tagen;
 - Effizientere Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Bezüge der Mitglieder der Organe: Anspruch auf Rückerstattung bei einem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung;
 - Verbesserung des Rechts auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen: Senkung der Schwellenwerte;
 - Neuregelung der institutionellen Stimmrechtsvertretung; Aufhebung des Depotstimmrechts und der Organvertretung;
 - Verbesserung der Handelsregisterpublizität;
 - Regelung von Interessenkonflikten im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung;
 - Verbot der gegenseitigen Einflussnahme auf die Festsetzung der Honorare durch die Mitglieder des Verwaltungsrats bei Publikumsgesellschaften;
 - Verbesserung des Gleichgewichts zwischen der Haftung des Verwaltungsrats und derjenigen der Revisionsstelle: Limitierung der Haftung der Revisionsstelle bei leichtem Verschulden.
- *Neuregelung der Kapitalstrukturen:*
- Neuregelung des Verfahrens zur Herabsetzung des Aktienkapitals;
 - Einführung eines Kapitalbands oder – als Alternative - einer genehmigten Kapitalherabsetzung;
 - Anpassungen bei den Regelungen der ordentlichen und der bedingten Kapitalerhöhung;
 - Regelung des Bezugsrechts beim Festübernahmeverfahren;
 - Verzicht auf die Festsetzung eines Mindestnennwerts: der Nennwert kann beliebig Null angenähert werden;
 - Aufhebung der Inhaberaktie;
 - Abschaffung der Obergrenze des Partizipationskapitals.
- *Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung:*
- Generalversammlung an mehreren Tagungsorten;
 - Tagungsort im Ausland;
 - Ermöglichung einer elektronischen Einberufung;
 - Erteilung der Vollmacht zur Stimmrechtsvertretung auf elektronischem Weg;
 - Elektronische Ausübung der Mitwirkungsrechte an der Generalversammlung;
 - Einführung einer elektronischen Generalversammlung (Generalversammlung auf Internet).
- *Neuregelung der Rechnungslegung:*
- Einheitliche Ordnung für alle Rechtsformen des Privatrechts;

- Differenzierte Anforderungen je nach der wirtschaftlichen Bedeutung der Unternehmen;
- Beibehaltung des Massgeblichkeitsprinzips und damit steuerneutrale Neuregelung;
- Verbesserung der Transparenz (*true and fair view*) und Stärkung des Minderheitenschutzes durch einen zusätzlichen Abschluss nach einem anerkannten Regelwerk:
 - bei Publikumsgesellschaften, grossen Genossenschaften, grossen Vereinen und grossen Stiftungen; sowie
 - auf Verlangen von Gesellschafterinnen und Gesellschaftern, die mindestens 10 Prozent des Grundkapitals vertreten;
 - Neuregelung der Konzernrechnung: Abschluss nach einem anerkannten Regelwerk.

2.2 Verbesserung der Corporate Governance

2.2.1 Allgemeines

Der Ausdruck *Corporate Governance* stammt aus dem angelsächsischen Raum. Die Corporate Governance bezweckt ein funktionales Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Organen der Gesellschaft (*check and balances*), eine ausreichende Transparenz der gesellschaftsinternen Vorgänge und die Sicherung der Rechtsstellung der Aktionärinnen und Aktionäre³⁴.

Mehrere Ereignisse in der schweizerischen Wirtschaft haben gezeigt, dass die Aktionärinnen und Aktionäre teilweise nicht ausreichend über wichtige Sachverhalte innerhalb der Gesellschaft informiert werden. Sie sind deshalb nicht in der Lage, ihre Interessen als Eigentümer des Unternehmens und als Trägerinnen und Träger des wirtschaftlichen Risikos wirkungsvoll wahrzunehmen. Zudem werden wichtige Instrumente des gesetzlichen Rechtsschutzes der Beteiligten in der Praxis aus verschiedenen Gründen selten genutzt, so namentlich das Institut der Sonderprüfung, aber auch die Anfechtungs- und die Verantwortlichkeitsklage.

Die Corporate Governance im schweizerischen Aktienrecht muss deshalb gestärkt werden. Dabei geht es um drei Ziele:

- Durch eine effiziente unternehmensinterne Kontrolle sollen wirtschaftliche Fehlentwicklungen im volkswirtschaftlichen Interesse so weit wie möglich vermieden werden.
- Die Eigentumsrechte der Aktionäre und Aktionärinnen sind inhaltlich besser zu schützen.

³⁴ Zum Begriff der Corporate Governance s. BÖCKLI / HUGUENIN / DESSEMONTET, Expertenbericht der Arbeitsgruppe „Corporate Governance“ zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004, S. 19.

- Mängel bei der Corporate Governance können sich auf die Anlageentscheide insbesondere institutioneller und ausländischer Investoren auswirken. Verbesserungen der rechtlichen Vorgaben dienen daher auch dem schweizerischen Kapitalmarkt und der Kapitalbeschaffung von Unternehmen.

Eine wirksame unternehmensinterne Kontrolle setzt eine genügende Transparenz für die Aktionärinnen und Aktionäre und für Investorinnen und Investoren voraus. Transparenzvorschriften können dazu beitragen, Fehlentwicklungen frühzeitig sichtbar zu machen. Dies ermöglicht den Beteiligten, einzugreifen oder ihre Aktien zu veräussern, was einen rechtzeitigen Kontrollwechsel bewirken kann. Auch die Stärkung der Rechte der Aktionärinnen und Aktionäre trägt dazu bei, die Effizienz der unternehmensinternen Kontrolle zu verbessern.

Vor drei Jahren wurden auf dem Weg der Selbstregulierung der Wirtschaft zwei Kodizes zur Corporate Governance geschaffen:

- *Swiss Code of Best Practice der economiesuisse*
Es handelt sich dabei um rechtlich nicht verbindliche Empfehlungen, die sich vor allem mit der Zusammensetzung, der Organisation und den Aufgaben des Verwaltungsrats befassen³⁵.
- *Corporate Governance-Richtlinie der Swiss Exchange (SWX)*
Für Unternehmen, deren Beteiligungspapiere an der Schweizer Börse kotiert sind, wird die Offenlegung kapitalmarktrelevanter Schlüsselinformationen verlangt. Die Richtlinie beruht auf dem Prinzip „comply or explain“: Unterbleiben erforderliche Informationen, so müssen die Gründe dafür angegeben werden. In jedem Fall zwingend ist die Offenlegung der Entschädigungen des Managements³⁶.

Die *Corporate Governance-Richtlinie* der SWX erfasst nur kotierte Gesellschaften. Mängel bei der Corporate Governance bestehen aber auch bei nicht kotierten Unternehmen. Zudem zeigt das Prinzip des „comply or explain“ Schwächen bei der Durchsetzung. Die Richtlinie der SWX befasst sich im Übrigen nur mit einem Teilaspekt der Corporate Governance, nämlich der Transparenz kapitalmarktrelevanter Informationen. Andere wichtige Elemente einer wirkungsvollen Corporate Governance bleiben ausgeklammert, so die Stärkung der Stellung der Generalversammlung und eine Verbesserung der Effizienz der Kontroll- und Mitwirkungsrechte der Aktionärinnen und Aktionäre.

Mit einer ganzen Reihe von parlamentarischen Vorstössen wurden neue gesetzliche Kautelen verlangt³⁷. Das Bundesamt für Justiz beauftragte deshalb im Oktober 2002 die Experten Prof. Dr. Peter Böckli, Basel, Prof. Dr. Claire Huguenin, Zürich, und Prof. Dr. François Dessemontet, Lausanne, den Handlungsbedarf zu analysieren und

³⁵ Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance des Verbands der Schweizer Unternehmen (economiesuisse) vom Juli 2002,

³⁶ Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance (RLCG) der Swiss Exchange (SWX) vom 1. Juli 2002.

³⁷ S. vorne Ziff. 1.3.

Vorschläge für eine Verbesserung der Corporate Governance auszuarbeiten. Die Experten legten am 25. März 2003 einen Zwischenbericht über die Offenlegung der Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung vor. Gestützt darauf wurde eine entsprechende Gesetzesvorlage ausgearbeitet³⁸. Der ausführliche Schlussbericht der Experten folgte am 30. September 2003³⁹. Ein weiterer Expertenbericht wurde von Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone verfasst⁴⁰. Er befasst sich mit den Fragen der Kapitalstrukturen, der Generalversammlung und punktuell mit Aspekten von Corporate Governance.

Ein wesentlicher Teil der Vorschläge der Experten ist in den vorliegenden Vorentwurf eingeflossen. Nicht aufgegriffen wurde namentlich die Anregung, börsenkotierte und andere wirtschaftlich bedeutende Unternehmen zu verpflichten, über bestimmte Fragen der Corporate Governance jährlich einen Grundsatzbeschluss zu fassen und diesen den Aktionärinnen und Aktionären bekanntzugeben (Prinzip „Gestaltungsfreiheit mit Rechenschaftspflicht“)⁴¹. Eine entsprechende Vorschrift würde die Entscheidungsbildung in der Gesellschaft und die Qualität der Information der Aktionärinnen und Aktionäre nicht wesentlich verbessern, da in der Praxis wohl meist Standardaussagen verwendet würden. Inhaltlich hätte die Regelung - genau besehen – auch einen wenig verbindlichen Charakter, so dass sie nicht ins Gesetz gehört. Es bleibt den Börsenorganen indessen unbenommen, entsprechende Richtlinien zu erlassen.

Auch wenn eine Stärkung der Corporate Governance im schweizerischen Aktienrecht wirtschaftlich und politisch sinnvoll erscheint, wird sie falsche Strategien, Fehlentscheidungen und Missbräuche nie in allen Fällen verhindern können. Ein zu rigides normatives System könnte aber durch eine Beschneidung des unternehmerischen Handlungsspielraums die wirtschaftliche Innovation gefährden. Wichtig ist zudem, dass die Organisation den konkreten Umständen angepasst werden kann, da die Aktiengesellschaft in der Schweiz für grosse und für kleine Unternehmen verwendet wird⁴². In Übereinstimmung mit den Expertenberichten verzichtet der Vorentwurf daher auf engmaschige Regelungen und wahrt damit die erforderliche Organisationsfreiheit der Unternehmen.

Nachfolgend findet sich ein Überblick über die Massnahmen zur Verbesserung der Corporate Governance. Weitere Neuerungen, die im Abschnitt über die Generalversammlung erläutert werden (s. hinten Ziff. 2.4 ff.), sind ebenfalls von Bedeutung für die Corporate Governance. Die Neuregelung der Rechnungslegung schliesslich betrifft ei-

³⁸ S. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung) vom 23.6.2004, BBl **2004** 4471 ff.

³⁹ S. BÖCKLI / HUGUENIN / DESSEMONTET, Expertenbericht der Arbeitsgruppe „Corporate Governance“ zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004.

⁴⁰ Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Corporate Governance / Unternehmenssanierung vom 4. September 2002, S. 1 ff. (nicht veröffentlicht).

⁴¹ S. BÖCKLI / HUGUENIN / DESSEMONTET, Expertenbericht der Arbeitsgruppe „Corporate Governance“ zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004, S. 23, 81 ff., 86 f.

⁴² S. vorne Ziff. 1.5.

nen besonders wichtigen Bereich der Corporate Governance, wird aber in einem eigenen Abschnitt vorgestellt (s. hinten Ziff. 2.5).

2.2.2 Offenlegung der Vergütungen an die Organe

Der Bundesrat hat bereits am 23. Juni 2004 dem Parlament eine Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung) vorgelegt⁴³. Die neuen Transparenzvorschriften erfassen indessen nur Publikumsgesellschaften.

Aber auch bei *privaten Aktiengesellschaften* können sich bei der Festsetzung der eigenen Vergütungen durch den Verwaltungsrat Probleme ergeben. Namentlich ist der Rechtsschutz der nicht an der Geschäftsführung beteiligten Aktionärinnen und Aktionäre, insbesondere der Minderheitsbeteiligten, prekär, da nach geltendem Recht gemäss der herrschenden Lehre kein Anspruch auf Information über die Bezüge des Verwaltungsrats besteht. Die Ausrichtung unverhältnismässig hoher Vergütungen kann jedoch gerade in kleineren und mittleren Gesellschaften die Eigentumsrechte der Minderheiten erheblich beeinträchtigen. Die Kenntnis der Entschädigungen ist zudem faktisch oftmals Voraussetzung für die Ausübung verschiedener Schutzrechte der Aktionärinnen und Aktionäre, so für die Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen (Art. 678⁴⁴; s. hinten Ziff. 3.1.26), die Verantwortlichkeitsklage (Art. 754 OR) und das Recht auf Durchführung einer Sonderprüfung (neu: „Sonderuntersuchung“, Art. 697; s. hinten Ziff. 3.1.34). Die Stellung der einzelnen Aktionärinnen und Aktionäre wird noch dadurch erschwert, dass für Minderheitsbeteiligungen an Privatgesellschaften meist kein Markt besteht und die Aktien daher kaum zu angemessenen Konditionen veräussert werden können.

Zum Schutz der Rechtsstellung der Aktionärinnen und Aktionäre soll die Transparenz betreffend die ausgerichteten Vergütungen auch in Gesellschaften ohne kotierte Aktien verbessert werden. Dabei ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass das legitime Bedürfnis nach Vertraulichkeit bei diesen Gesellschaften grösser ist als bei Unternehmen, die den öffentlichen Kapitalmarkt beanspruchen. Die Gesellschaften sollen deshalb nicht verpflichtet werden, die Bezüge im Anhang zum Geschäftsbericht bekanntzugeben. Der Vorentwurf räumt den Aktionärinnen und Aktionären aber ein spezifisches Auskunftsrecht ein: Sie können verlangen, dass der Verwaltungsrat ihnen die Höhe der Entschädigungen bekannt gibt (Art. 697^{quinquies}; s. hinten Ziff. 3.1.33). Der Verwaltungsrat entscheidet selbst, auf welche Weise er informieren will (schriftliche Bekanntgabe nur gegenüber der anfragenden Person; Rundschreiben an die Aktionä-

⁴³ S. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung) vom 23. Juni 2004, BBl **2004** 4471 ff.; Art. 663b^{bis} E OR; AB **2005**, N. 106 ff., AB **2005**, S 538 ff. Die Vorlage wurde von den Eidg. Räten am 7. Oktober 2005 verabschiedet; s. BBl **2005** 5963 ff.

⁴⁴ Artikel ohne Gesetzesangabe beziehen sich auf den vorliegenden Vorentwurf für eine Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts.

rinnen und Aktionäre; Bekanntgabe im Rahmen der Generalversammlung; Offenlegung im Geschäftsbericht).

Der Kreis der Adressaten der Offenlegung ist bei privaten Gesellschaften auf die Aktionärinnen und Aktionäre beschränkt, während bei Publikumsgesellschaften die individuellen Bezüge im Geschäftsbericht veröffentlicht und somit für jedermann einsehbar sind⁴⁵. Die Privatsphäre von Mitgliedern des Verwaltungsrats privater Aktiengesellschaften wird folglich bei einer individuellen Offenlegung weniger stark tangiert als dies bei Publikumsgesellschaften der Fall ist. Der Vorentwurf sieht deshalb – gleich wie bei börsenkotierten Unternehmen – eine individuelle Offenlegung der Vergütungen der Verwaltungsratsmitglieder vor.

Die Regelung für Aktiengesellschaften mit börsenkotierten Aktien soll inskünftig auch für *Genossenschaften* mit mehr als 2000 Mitgliedern gelten (Art. 857 Abs. 2; s. hinten Ziff. 3.7.1).

In der Praxis kommt es vor, dass dieselben Personen in mehreren Verwaltungsräten Einsitz haben und gegenseitig die Vergütungen für ihre Arbeit in den verschiedenen Unternehmen festlegen. In Ergänzung zu den Vorschriften über die Offenlegung der Bezüge verpflichtet der Vorentwurf daher Gesellschaften mit kotierten Aktien, die *gegenseitige Einflussnahme auf die Festsetzung der Honorare auszuschliessen* (Art. 707 Abs. 3; s. hinten Ziff. 3.1.41).

2.2.3 Stärkung der Aktionärsrechte

Die Ausübung verschiedener Aktionärsrechte ist in der Praxis mit Problemen behaftet. Insbesondere wird das Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung (Art. 697a ff. OR) und die Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen (Art. 678 OR) kaum je in Anspruch genommen. Der Vorentwurf will die bestehenden Rechte so modifizieren, dass sie besser geltend gemacht und durchgesetzt werden können:

– *Auskunfts- und Einsichtsrecht*

Das Auskunfts- und das Einsichtsrecht dienen der gesellschaftsinternen Transparenz und sind für den Rechtsschutz der Aktionärinnen und Aktionäre von grosser Bedeutung: Mit ihrer Hilfe kann abgeklärt werden, ob weitere Massnahmen zu ergreifen sind, insbesondere ob eine Sonderuntersuchung eingeleitet (Art. 697a ff.; s. dazu sogleich) oder eine Verantwortlichkeitsklage (Art. 754 OR) bzw. eine Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen (Art. 678; s. hinten Ziff. 3.1.26) eingereicht werden soll.

Der Vorentwurf stellt klar, dass Aktionärinnen und Aktionäre jederzeit schriftlich vom Verwaltungsrat Auskunft verlangen können (Art. 697 ff.; s. hinten Ziff. 3.1.32). Schriftlich erteilte Auskünfte müssen an der Generalversammlung aufgelegt werden, so dass die Gleichbehandlung der Aktionärinnen und Aktionäre betreffend die

⁴⁵ Im Unterschied zu Gesellschaften mit kotierten Aktien muss der Geschäftsbericht bei Privatgesellschaften nicht veröffentlicht werden, s. Art. 958d (hinten Ziff. 3.10.3).

Information gewährleistet ist. Die Erteilung von Auskünften und die Einsichtnahme in die Geschäftsbücher dürfen nur verweigert werden, wenn dadurch Geschäftsgeheimnisse oder andere vorrangige Interessen gefährdet würden. Um den Rechtsschutz besser zu gewährleisten, verlangt der Vorentwurf in beiden Fällen eine schriftliche Begründung durch den Verwaltungsrat; dies gilt auch dann, wenn die Generalversammlung beschlossen hat, die Auskunft zu verweigern.

– *Sonderuntersuchung*

Die bisherige Sonderprüfung wird in Sonderuntersuchung umbenannt (Art. 697a ff.; s. hinten Ziff. 3.1.34). Die Sonderuntersuchung dient insbesondere dazu, kritische Sachverhalte im Hinblick auf eine Verantwortlichkeitsklage oder die Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen abzuklären.

Nach dem Vorentwurf müssen die mit der Untersuchung betrauten Personen unabhängig sein (Art. 697a Abs. 2). Die verlangte Unabhängigkeit bezieht sich auf die Gesellschaft, den Verwaltungsrat und das Management, je nach den Umständen aber auch auf die Revisionsstelle oder andere involvierte Personen.

Die bisherigen Schwellenwerte für die Einleitung einer Sonderuntersuchung gegen den Willen der Generalversammlung haben sich in der Praxis als prohibitiv erwiesen. Ohnehin müssen die Gesuchstellerinnen und Gesuchsteller immer eine Rechtsverletzung und die Möglichkeit einer Schädigung der Gesellschaft durch ihre Organe glaubhaft machen (Art. 697b Abs. 3; s. hinten Ziff. 3.1.34). Blosser Behauptungen genügen dabei nicht; vielmehr muss die Rechtsverletzung oder die Schädigung dem Gericht wahrscheinlich erscheinen⁴⁶. Ist diese Voraussetzung erfüllt, so liegt eine genauere Abklärung fast immer im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft. Der Vorentwurf halbiert deshalb die aktuellen Schwellenwerte für die Einleitung einer Sonderuntersuchung. Neu genügen 5 Prozent des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von einer Million Franken (Art. 697b Abs. 1 Ziff. 1 und 2). Da diese Schranken in Publikumsgesellschaften immer noch sehr hohe Hürden darstellen können, wird zusätzlich vorgesehen, dass Aktionärinnen und Aktionäre auch dann eine Sonderuntersuchung verlangen können, wenn sie über Aktien im Börsenwert von zwei Millionen Franken verfügen (Art. 697b Abs. 1 Ziff. 3).

Ordnet die Generalversammlung oder das Gericht eine Sonderuntersuchung an, so trägt die Gesellschaft nach dem Vorentwurf stets deren Kosten (Art. 697g). Der bisherige Vorbehalt besonderer Umstände wird gestrichen, da er sachlich nicht notwendig ist und eine Rechtsunklarheit schafft. Vorbehalten bleibt der Rechtsmissbrauch.

– *Einberufungs- und Traktandierungsrecht*

Der Vorentwurf regelt das Recht auf Einberufung einer Generalversammlung und des Traktandierungsrechts neu (Art. 699 ff.; s. hinten Ziff. 3.1.37). Die Hürden für das Geltendmachen dieser Rechte werden - wie bei der Sonderuntersuchung -

⁴⁶ Botschaft über die Revision des Aktienrechts, BBl **1983** II 747 ff., 910.

herabgesetzt (s. oben), wobei beim Recht auf Einberufung ein Schwellenwert von fünf Millionen Franken Börsenwert vorgesehen wird⁴⁷. Für die Einberufung der Generalversammlung auf Begehren von Aktionärinnen oder Aktionären wird dem Verwaltungsrat neu eine Frist von 30 Tagen gesetzt⁴⁸.

– *Wahlrecht betreffend die Mitglieder des Verwaltungsrates*

In der Praxis sind Globalwahlen des gesamten Verwaltungsrats für eine relativ lange Amtsdauer weit verbreitet. Dies entspricht indessen nicht einer guten Corporate Governance und führt im Ergebnis zu einer faktischen Einschränkung der Wahlrechte der Aktionärinnen und Aktionäre. Der Vorentwurf stellt daher die Einzelwahl aller Mitglieder des Verwaltungsrats auf jeweils ein Jahr zur Diskussion (Art. 710; s. hinten Ziff. 3.1.41). Das Recht der Generalversammlung und der Mitglieder des Verwaltungsrates, das Mandat jederzeit zu beenden, bleibt vorbehalten (s. Art. 705 OR).

– *Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen*

Der Vorentwurf regelt die Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen neu (Art. 678; s. hinten Ziff. 3.1.26). Mögliche Beklagte können neben den Mitgliedern des Verwaltungsrats auch die Mitglieder der Geschäftsleitung sein. Ein Klage-recht soll neben den Aktionärinnen und Aktionären inskünftig auch den Gläubigerinnen und Gläubigern zustehen. Für die Rückerstattungspflicht anderer Leistungen als Dividenden, Tantiemen, Gewinnanteilen und Bauzinsen wird nicht mehr vorausgesetzt, dass sie in einem Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen; es genügt, dass ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht. Die Verjährungsfrist wird vom Vorentwurf verdoppelt und auf 10 Jahre festgesetzt.

2.2.4 Offenlegung von Informationen durch das Handelsregister

Die Nutzung des Internets erleichtert die Einsichtnahme in die Handelsregisterdaten durch Aktionärinnen, Aktionäre und Drittpersonen erheblich. Um im Interesse einer guten Corporate Governance die Transparenz unternehmensrelevanter Tatsachen zu verbessern, schlägt der Vorentwurf folgende Massnahmen vor:

- Sämtliche *Registereinträge* und die Statuten können zukünftig *unentgeltlich* auf der *Website des Handelsregister* abgerufen werden (Art. 928 Abs. 2; s. hinten Ziff. 3.8.1).
- *Publikumsgesellschaften* werden verpflichtet, ihren *Geschäfts- sowie ihren Revisionsbericht* beim Handelsregisteramt einzureichen. Die Berichte werden ebenfalls

⁴⁷ Die Schwellenwerte beim Recht auf Traktandierung stimmen vollumfänglich mit denjenigen bei der Sonderuntersuchung überein.

⁴⁸ Revidiert werden zudem die Voraussetzungen für die Ergreifung der Auflösungsklage (Art. 736; s. hinten Ziff. 3.1.47).

auf der Website des Handelsregisters publiziert (Art. 958d Abs. 3; s. hinten Ziff. 3.10.3).

- In den elektronischen Veröffentlichungen der Handelsregisterbehörden ist eine *Suche nach bestimmten Kriterien* zulässig⁴⁹; so kann insbesondere nach bestimmten Personen gesucht werden (Art. 928 Abs. 4; s. hinten Ziff. 3.8.1). Die Eintragungen im Handelsregister werden seit jeher *rechtlich als allgemein bekannt fingiert* (Art. 933 Abs. 1 OR). Aber erst die neuen Suchmöglichkeiten auf einer elektronischen, landesweit vernetzten Datenbank (Zefix⁵⁰) ermöglichen eine effiziente Informationsbeschaffung über sämtliche Einträge.

2.2.5 Institutionelle Stimmrechtsvertretung

Ein wesentlicher Teil der Aktionäre von Publikumsgesellschaften verzichten auf eine Teilnahme an der Generalversammlung. Dadurch kann deren Funktion als Entscheidungsorgan in Grundsatzfragen (vgl. Art. 698 OR) beeinträchtigt werden. Eine adäquate Regelung der Stimmrechtsvertretung ist daher für die Willensbildung in der Generalversammlung von erheblicher Bedeutung.

Die Revision von 1991 hat die sogenannte institutionelle Stimmrechtsvertretung (Organvertretung / unabhängige Stimmrechtsvertretung / Depotvertretung) neu geregelt (Art. 689c ff. OR). Mit der Pflicht der Banken zur Einholung von Weisungen konnte eine Verbesserung erzielt werden. Dennoch bleibt die gesetzliche Regelung des Depotstimmrechts sachlich unbefriedigend. Aktionärinnen und Aktionäre sind sich häufig nicht bewusst, dass sie im Rahmen eines Depotvertrags der Bank eine Vertretungsvollmacht einräumen. Das Ersuchen der Banken um Weisungen für die Ausübung des Stimmrechts (Art. 689d Abs. 1 OR) bleibt in der Praxis häufig unbeantwortet.

Probleme mit der Stimmrechtsvertretung ergeben sich aber auch bei Kleingesellschaften, wenn die Aktionärinnen und Aktionäre zerstritten sind und das Vertretungsrecht auf Mitaktionärinnen bzw. Mitaktionäre beschränkt ist. Unter gewissen Voraussetzungen bejaht die Rechtsprechung schon heute in diesen Fällen einen Anspruch auf eine unabhängige Stimmrechtsvertretung⁵¹.

Aufgrund von parlamentarischen Vorstössen, die auf Mängel bei der Stimmrechtsvertretung hinwiesen⁵², liess das Bundesamt für Justiz den Handlungsbedarf durch zwei Expertengutachten abklären⁵³.

⁴⁹ Bereits heute bieten einige Kantone eine solche Suchmöglichkeit an.

⁵⁰ Zentraler Firmenindex des Eidg. Amts für das Handelsregister: <http://www.zefix.ch>.

⁵¹ Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 26. Januar 2001, ZBGR 2002 Nr. 43.

⁵² S. vorne Ziff. 1.3; insbs. 02.407 n Parlamentarische Initiative der Fraktion der Schweizerischen Volkspartei betr. "Neuregelung der Übertragung von Mitgliedschaftsrechten bei börsenkotierten Firmen".

⁵³ S. BÖCKLI / HUGUENIN / DESSEMONTET, Expertenbericht der Arbeitsgruppe „Corporate Governance“ zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004, S.125 ff., 188 ff.

Der Vorentwurf enthält folgende Reformvorschläge (s. Art. 689c f.; s. hinten Ziff. 3.1.29):

- Die Vertretung kann neu nur noch in Privatgesellschaften auf andere Aktionärinnen und Aktionäre beschränkt werden.
- Ist dies der Fall, so muss auf Verlangen einer Aktionärin oder eines Aktionärs eine unabhängige Person als Vertreterin oder Vertreter bezeichnet werden.
- Die Depot- und die Organvertretung (Art. 689c OR) werden abgeschafft.
- Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien müssen an deren Stelle stets eine unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter einsetzen. Soweit diese Person keine Weisungen der Aktionärinnen oder Aktionäre erhält, enthält sie sich der Stimme.

2.2.6 Dispoaktien

Das geltende Recht sieht vor, dass im Falle des Verkaufs börsenkotierter Namenaktien die Veräussererbank der Gesellschaft den Namen des Veräusserers melden muss (Art. 685e OR). Die Gesellschaft streicht daraufhin den entsprechenden Eintrag im Aktienbuch. Der Erwerber wird im Rahmen der statutarischen Vinkulierungsbestimmungen anerkannt und im Aktienbuch eingetragen, sobald er sich bei der Gesellschaft meldet (s. Art. 685f ff. OR). Gibt sich der neue Eigentümer der Aktien jedoch nicht zu erkennen, bleibt die betreffende Stelle im Aktienbuch leer. Es entstehen sogenannte *Dispoaktien*. In der Praxis überweisen die Unternehmen diesfalls die Dividenden über die Banken an die ihnen unbekannten Aktionärinnen und Aktionäre. Diese können jedoch keine Mitwirkungsrechte ausüben (Art. 685f Abs. 2 und 3, Art. 689a Abs. 1 OR).

In den letzten Jahren hat die Zahl der Aktionärinnen und Aktionäre, die auf eine Anerkennung durch die Gesellschaft verzichten, massiv zugenommen. Die Aktien wechseln oft mehrmals die Hand, bevor sich ein Erwerber bei der Gesellschaft meldet. Dies führt dazu, dass bei Publikumsgesellschaften ein wesentlicher Teil der Aktionärinnen und Aktionäre zwar Dividenden bezieht, aber an der Willensbildung in der Generalversammlung nicht teilnimmt. Sehen die Statuten für bestimmte Beschlüsse hohe Präsenzquoten vor, so kann das Ansteigen des Bestandes an Dispoaktien zur Folge haben, dass die Mehrheitserfordernisse nicht mehr erreicht werden können. Weiter wird auch Sinn und Zweck der Ausgabe von Namenaktien in Frage gestellt, da die Gesellschaften bei Dispoaktien ihre Beteiligten nicht mehr kennen. Damit verbunden ist die Gefahr einer sog. „feindlichen Übernahme“: Zum einen ist es möglich, verdeckt neue Beteiligungspositionen aufzubauen; zum andern reicht bei einem hohen Anteil an nicht stimmberechtigten Dispoaktien bereits eine relativ geringe Beteiligung aus, um die Kontrolle über eine Gesellschaft zu erringen.

Zur Lösung des Problems der Dispoaktien wurde vorgeschlagen, die depotführende Bank oder die Effektenhändlerin zu verpflichten, sich als „Nominee“ treuhänderisch ins

Aktienbuch eintragen lassen, sofern die Aktionärin oder der Aktionär sich nicht selbst bei der Gesellschaft meldet⁵⁴. Mit einer entsprechenden Regelung könnten zwar die Dispoaktien praktisch zum Verschwinden gebracht werden, doch würden die Unternehmen die Identität der effektiven Aktionärinnen und Aktionäre nach wie vor nicht kennen. Vielmehr dürfte die Zahl der unbekannten Beteiligten aufgrund der Möglichkeit einer formalisierten treuhänderischen Eintragung noch ansteigen. Die Eigentümerinnen und Eigentümer der Aktien hätten die Möglichkeit, unter Wahrung ihrer Anonymität neu mittels der Vertretung durch den „Nominee“ die Mitwirkungsrechte in der Generalversammlung auszuüben. Zudem könnten statutarische Vinkulierungsbestimmungen umgangen werden. Da der Vorentwurf vorsieht, das Depotstimmrecht durch eine unabhängige Stimmrechtsvertretung zu ersetzen⁵⁵, wäre es auch wenig kohärent, gleichzeitig mit einem „Nominee“-System ein neues Modell der treuhänderischen Ausübung der Mitwirkungsrechte zu schaffen.

Als Alternative wäre denkbar, Namenaktionärinnen und -aktionären, die sich nicht bei der Gesellschaft melden, keinen Anspruch auf Dividende und andere vermögensmäßige Rechte zu gewähren. Eine solche Regelung stünde jedoch im Widerspruch zu den Gepflogenheiten des internationalen Kapitalmarkts und wäre namentlich ausländischen Investorinnen und Investoren nur schwer zu vermitteln. Weiter ergäben sich Probleme bei der Verwaltung und der Zuweisung der auflaufenden Dividenden.

Da keines der geprüften Lösungskonzepte sachlich wirklich zu befriedigen vermag, verzichtet der Vorentwurf auf eine gesetzliche Regelung der Dispoaktien.

2.2.7 Organisation des Verwaltungsrats

Das Aktienrecht von 1991 brachte eine klare Regelung der *unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben* des Verwaltungsrats (Art. 716a OR). Damit wird zugleich der Kreis der Aufgaben bestimmt, für deren Erfüllung der Verwaltungsrat in jedem Fall verantwortlich ist. Die gesetzliche Ordnung der Aufgaben bildet somit die *Grundlage der Haftpflicht* der Mitglieder des Verwaltungsrats.

Der Handlungsbedarf ist in diesem Bereich gering⁵⁶. Der Vorentwurf sieht namentlich zwei zusätzliche Massnahmen vor:

- Das Vorgehen bei *Interessenkonflikten* wird positiv rechtlich geregelt: Die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung werden verpflichtet, die Vorsitzende oder den Vorsitzenden über allfällige Interessenkonflikte zu informieren. Es obliegt in der Folge dem Verwaltungsrat, die erforderlichen Massnahmen zur Wahrung der

⁵⁴ S. HANS CASPAR VON DER CRONE, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Stimmrechtsvertretung / Dispoaktien, REPRAX 2/03 S. 1 ff., S. 11 f.

⁵⁵ S. vorne Ziff. 2.2.5.

⁵⁶ S. BÖCKLI / HUGUENIN / DESSEMONTET, Expertenbericht der Arbeitsgruppe „Corporate Governance“ zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004, S. 52 f., 78.

Interessen der Gesellschaft zu treffen (Art. 717a; s. hinten Ziff. 3.1.42); insbesondere kann eine Ausstandspflicht verfügt werden.

- Publikumsgesellschaften werden verpflichtet, bei einer Einsitznahme derselben Personen in mehreren Verwaltungsräten die *gegenseitige Einflussnahme auf die Festsetzung ihrer Honorare auszuschliessen* (Art. 707 Abs. 3; s. hinten Ziff. 3.1.41)⁵⁷.

2.2.8 Haftung der Revisionsstelle

Die Verantwortung für das Führen des Unternehmens liegt beim Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung. Bricht einer Gesellschaft zusammen, so haftet jedoch die Revisionsstelle im Rahmen der Solidarhaftung (Art. 759 OR) zusammen mit den Mitgliedern des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung oft auch dann, wenn sie nur ein leichtes Verschulden trifft. Aufgrund der Solidarität steht es den Klägerinnen und Klägern offen, anstelle des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung vorab die Revisionsstelle zu belangen.

Mit der Revision des Aktienrechts von 1991 sollte eine überschüssende Solidarität, die dem konkreten Verschulden nicht Rechnung trägt, eingeschränkt werden⁵⁸: Personen, die neben andern Verantwortlichen für einen Schaden ersatzpflichtig sind, haften deshalb nur insoweit solidarisch, als ihnen der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zuzurechnen ist (Art. 759 Abs. 1 OR). Diese Beschränkung der Solidarität hat sich indessen in der Praxis nicht bewährt, da sie für eine Auseinandersetzung unter den verantwortlichen Personen zu wenig konkret ausgestaltet ist. Eine Umsetzung durch die Gerichte ist bisher nicht erfolgt. Vielmehr richten sich Verantwortlichkeitsklagen - entgegen den Zielen der letzten Aktienrechtsrevision - noch vermehrt gegen die Revisionsstellen, und zwar aus folgenden Gründen:

- Die Revisionsunternehmen erweisen sich fast immer als solventer als die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung.
- Aus geschäftlichen Gründen sind die Revisionsunternehmen darauf angewiesen, langwierige Prozesse zu vermeiden; sie stehen daher faktisch oft unter Druck, einen aussergerichtlichen Vergleich abzuschliessen, obwohl ihre Haftpflicht rechtlich nicht feststeht.
- Aufgrund detaillierter beruflicher Standards ist der Nachweis eines Fehlers der Revisionsstelle manchmal erheblich einfacher als der Beweis einer Pflichtverletzung des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung.

Da die übrigen Verantwortlichen häufig nicht über ausreichende finanzielle Mittel verfügen, kann die Revisionsstelle ihre Regressansprüche nicht durchsetzen und trägt letzt-

⁵⁷ S. auch vorne Ziff. 2.2.2.

⁵⁸ S. Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl **1983** II 747 ff., 938, 992 (der Gesetzestext wurde jedoch in der parlamentarischen Beratung umgestaltet).

lich einen grossen Teil des Gesamtschadens. Aufgrund des Haftungsrisikos für die Revision von Grossgesellschaften lehnen denn auch Versicherungsgesellschaften vermehrt den Abschluss entsprechender Haftpflichtversicherungen ab.

Wenn in Verantwortlichkeitsprozessen vorab die Revisionsstelle ins Recht gefasst wird, so führt dies tendenziell zu einer faktischen Verlagerung der Verantwortlichkeit von den geschäftsführenden Organen zur Revisionsstelle. Dies erscheint rechtspolitisch insbesondere dann inopportun, wenn Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung ein grobes Verschulden trifft, während der Revisionsstelle nur eine leichte Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann. Es stellt sich daher die Frage, ob im Sinne der Corporate Governance nicht ein besseres Gleichgewicht zwischen den Organen bezüglich ihrer Verantwortlichkeit geschaffen werden sollte.

Zur Diskussion gestellt wird deshalb der Vorschlag, die solidarische Haftung für Revisionsdienstleistungen *summenmässig zu begrenzen*, sofern die Haftung nur auf einem leichten Verschulden beruht (Art. 759 Abs. 1^{bis}). Für die Revision von Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien und von anderen wirtschaftlich wichtigen Gesellschaften soll die Haftung bei leichtem Verschulden auf 25 Millionen Franken beschränkt werden, für die Revision anderer Gesellschaften auf 10 Millionen Franken. Eine entsprechende Regelung findet sich in verschiedenen europäischen Ländern, so zum Beispiel in Deutschland und Österreich. Der Vorentwurf sieht jedoch bedeutend höhere Haftungslimiten als die ausländischen Vorbilder vor und die Erleichterung wird auf die Haftung für leichtes Verschulden beschränkt.

2.3 Neuregelung der Kapitalstrukturen

2.3.1 Allgemeines

Die Aktienrevision von 1991 führte die genehmigte Kapitalerhöhung ein (Art. 650 ff. OR). Eine genehmigte Kapitalherabsetzung wurde demgegenüber nicht vorgesehen, da man davon ausging, dass praktisch fast nur in Sanierungsfällen ein Interesse an einer Herabsetzung des Kapitals besteht.

In den letzten Jahren wurde jedoch verschiedentlich der Wunsch nach einem flexiblen Verfahren zur Kapitalherabsetzung geäussert, so insbesondere von Investmentgesellschaften. Mit der geplanten Schaffung der Anlagegesellschaft im Rahmen der Revision des Anlagefondsgesetzes kann den spezifischen Bedürfnissen dieser Gesellschaften Rechnung getragen werden⁵⁹. Dennoch erscheint die Schaffung einer flexibleren Form der Kapitalherabsetzung sinnvoll.

⁵⁹ S. Erläuterungsbericht samt Gesetzesentwurf der vom Eidg. Finanzdepartement eingesetzten Expertenkommission vom November 2003, Totalrevision des Bundesgesetzes über die Anlagefond vom 18. März 1994; sowie Botschaft zum Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagegesetz) vom 23. September 2005, BBl 2005 6395 ff.

Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Zürich, schlug in seinem Expertenbericht die Einführung eines sogenannten Kapitalbands vor, das dem Verwaltungsrat ermöglichen soll, innerhalb gewisser Richtwerte das Aktienkapital zu erhöhen und herabzusetzen⁶⁰. Der Vorentwurf nimmt diesen Vorschlag in einer eingehend überarbeiteten Form auf. Als Alternative wird im Anhang des Vorentwurfs die Ergänzung der bisherigen genehmigten Kapitalerhöhung mit einer genehmigten Kapitalherabsetzung zur Diskussion gestellt⁶¹.

Sowohl die Schaffung eines Kapitalbandes als auch die Einführung einer genehmigten Kapitalherabsetzung machen Anpassungen bei den verschiedenen Formen der Kapitalerhöhung nötig. Einer umfassenden Revision bedarf zudem die ordentliche Kapitalherabsetzung. Sinnvollerweise wird sie im Gesetz systematisch neu eingeordnet und zusammen mit den andern Verfahren zur Änderung des Aktienkapitals geregelt. Auf die bisherigen gemeinsamen Vorschriften für die ordentliche und die genehmigte Kapitalerhöhung (Art. 652 ff. OR) wird aus Gründen der Übersichtlichkeit verzichtet. Der Vorentwurf verwendet stattdessen gesetzliche Verweise, um die Regelung übersichtlich und so knapp wie möglich zu halten.

2.3.2 Kapitalband

Das Kapitalband ersetzt die bisherige genehmigte Kapitalerhöhung und ergänzt sie durch die Möglichkeit der Delegation einer Kapitalherabsetzung an den Verwaltungsrat.

Mit dem Beschluss der Generalversammlung, ein Kapitalband einzuführen, wird der Verwaltungsrat ermächtigt, für die Dauer von maximal fünf Jahren die Höhe des ausgegebenen Aktienkapitals innerhalb einer bestimmten Spannbreite zu ändern (Art. 653r ff.; s. hinten Ziff. 3.1.18 ff.). Nach unten wird das Kapitalband durch das sog. *Basiskapital* begrenzt. Das Basiskapital übernimmt beim Kapitalband die Funktion einer Sperrziffer, wie sie nach dem geltenden Recht dem im Handelsregister eingetragenen Aktienkapital zukommt. Nach oben wird das Kapitalband durch das *Maximalkapital* begrenzt. Das Kapitalband darf das im Handelsregister eingetragene Kapital um höchstens die Hälfte über- bzw. unterschreiten. Während der Dauer der Ermächtigung durch die Generalversammlung kann der Verwaltungsrat das ausgegebene Aktienkapital im Rahmen des Kapitalbandes wiederholt um beliebige Beträge erhöhen und herabsetzen.

Die Generalversammlung kann die Befugnisse des Verwaltungsrats auch beschränken. So steht es ihr frei, beispielsweise vorzusehen, dass der Verwaltungsrat das Aktienkapital nur erhöhen oder nur herabsetzen darf. Auf diese Weise kann die bisherige genehmigte Kapitalerhöhung oder neu eine genehmigte Kapitalherabsetzung realisiert werden. Soweit die Generalversammlung keine Vorgaben macht, bestimmt der Verwal-

⁶⁰ S. HANS CASPAR VON DER CRONE, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Nennwertlose Aktien, REPRAX 1/02 S. 1 ff., S. 16 ff.

⁶¹ S. dazu GAUDENZ ZINDEL, Aktienrückkäufe und Kapitalherabsetzungen in: Neue Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003. S. 571 ff.

tungsrat insbesondere über den Zeitpunkt einer Kapitalerhöhung oder -herabsetzung, deren Betrag sowie die Art der Liberierung. Darüber hinaus verfügt er auch betreffend das Bezugsrecht über einen gewissen Spielraum.

Bei der Kapitalherabsetzung wird der Gläubigerschutz zum Teil auf den Zeitpunkt der Schaffung des Kapitalbands vorverlegt. Dies ermöglicht, dass der Verwaltungsrat Kapitalherabsetzungen ohne vorgängige Aufforderung an die Gläubiger und ohne Prüfungsbestätigung durch eine Revisorin oder einen Revisor vornehmen kann (s. Art. 653I f., 653v; s. hinten Ziff. 3.1.16, 3.1.19).

Das Kapitalband eröffnet einen grossen Spielraum bei der Gestaltung der Kapitalstrukturen, erscheint aber auf den ersten Blick recht komplex. Als Alternative stellt der Vorwurf ein Konzept zur Diskussion, das auf einer Verbindung der bisherigen genehmigten Kapitalerhöhung mit einer neuen genehmigten Kapitalherabsetzung beruht (s. nachstehend Ziff. 2.3.3). Es erscheint sinnvoll, dass die interessierten Kreise beide Lösungsansätze anhand von ausformulierten Regelungsvorschlägen beurteilen können. Dabei wird ersichtlich, dass beide Varianten eine durch den Regelungsgegenstand bedingte Komplexität aufweisen.

2.3.3 Genehmigte Kapitalerhöhung und genehmigte Kapitalherabsetzung

Der Regelungsvorschlag übernimmt weitgehend unverändert die heutige genehmigte Kapitalerhöhung. Vereinzelt Änderungen bringen administrative Erleichterungen. Zusätzlich ist die Einführung einer genehmigten Kapitalherabsetzung vorgesehen, wobei das Verfahren soweit wie möglich demjenigen der genehmigten Kapitalerhöhung angeglichen wird⁶².

Bei der genehmigten Kapitalherabsetzung ermächtigt die Generalversammlung den Verwaltungsrat in den Statuten, das Aktienkapital innert einer Frist von längstens fünf Jahren bis zu einem bestimmten Betrag herabzusetzen (höchstens bis zur Hälfte des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals). Anders als beim Kapitalband sind die Massnahmen zum Schutz der Gläubiger nicht beim Beschluss der Generalversammlung, sondern erst dann zu ergreifen, wenn das Aktienkapital konkret herabgesetzt wird. Bei jeder Herabsetzung muss eine Aufforderung an die Gläubiger erfolgen und eine Prüfungsbestätigung einer Revisorin oder eines Revisors eingeholt werden (Art. 653s Abs. 1 [Variante II] i.V.m. Art. 653I f.; s. hinten Ziff. 3.16.2).

Es ist möglich, eine genehmigte Kapitalerhöhung mit einer genehmigten Kapitalherabsetzung zu kombinieren. Der Verwaltungsrat darf das Aktienkapital in diesem Fall innerhalb der von der Generalversammlung vorgegebenen Bandbreite sowohl erhöhen als auch herabsetzen. Die ihm eingeräumten Kompetenzen ermöglichen es dem Verwaltungsrat, das Aktienkapital auch wiederholt in beiden Richtungen zu verändern.

⁶² S. dazu GAUDENZ ZINDEL, Aktienrückkäufe und Kapitalherabsetzungen in: Neue Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003. S. 571 ff.

Funktional bestehen so weitgehend dieselben Möglichkeiten wie beim Kapitalband. Anders konzipiert ist insbesondere der Gläubigerschutz (s. hinten Ziff. 3.16.2), wobei je nach den Umständen beide Regelungsvarianten Vorteile aufweisen können. Die Einführung einer genehmigten Kapitalherabsetzung erlaubt, das bekannte Rechtsinstitut der genehmigten Kapitalerhöhung beizubehalten. Die praktische Umsetzung der Kombination einer genehmigten Kapitalerhöhung mit einer genehmigten Kapitalherabsetzung dürfte jedoch für die Rechtsanwendung schwieriger zu handhaben sein als das Kapitalband. Das Kapitalband mag zwar juristisches Neuland bedeuten, erscheint aber unter diesem Blickwinkel als die einfachere Lösung.

2.3.4 Verzicht auf einen Mindestnennwert; Frage der Einführung der nennwertlosen Aktie

Das geltende Aktienrecht beruht auf dem System der Nennwertaktie: Die Statuten weisen jeder Aktie einen bezifferten Anteil am Aktienkapital zu. Das Gesetz schreibt einen sogenannten Mindestnennwert vor, der nicht unterschritten werden darf. Die positive wirtschaftliche Entwicklung vieler Gesellschaften führt nun aber dazu, dass der wirkliche Wert der Aktien den rein rechnerischen Nennwert um ein Mehrfaches übersteigt. Aufgrund des Mindestnennwerts ist eine neue Stückelung oftmals jedoch nicht mehr möglich. Der hoch angesetzte Mindestnennwert des Aktienrechts von 1936 hat deshalb die Handelbarkeit der Titel negativ beeinflusst. Aus diesem Grund wurde der Mindestnennwert mit der Aktienrechtsrevision vom 1991 von 100 auf 10 Franken herabgesetzt. Im Jahre 2001 erfolgte eine weitere Senkung auf einen Rappen (Art. 622 Abs. 4 OR)⁶³. Auf dem Kapitalmarkt können sich aber selbst Aktien mit einem Nennwert von einem Rappen noch als suboptimal erweisen. Auch bei diesen Aktien kann das Bedürfnis nach einem Aktiensplitting oder einer Nennwertreduktion bestehen.

Mit zwei Postulaten⁶⁴ haben die Kommissionen für Wirtschaft und Abgaben beider Räte den Bundesrat eingeladen, die Einführung nennwertloser Aktien zu prüfen. Das Bundesamt für Justiz beauftragte in der Folge Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Zürich, mit der Erstellung eines Expertengutachtens.

Es sind zwei verschiedene Formen nennwertloser Aktien zu unterscheiden:

- Sogenannt *echte nennwertlose Aktien* verkörpern keinen Anteil am Aktienkapital. Das Aktienkapital kann erhöht oder herabgesetzt werden, ohne dass dies die Aktien berührt. Umgekehrt können Aktien ausgegeben oder eingezogen werden, ohne dass das Aktienkapital verändert wird.
- Sogenannt *unechte nennwertlose Aktien* verfügen zwar über keinen nominellen Nennwert, verkörpern aber dennoch einen festen Anteil am Aktienkapital; durch Di-

⁶³ S. 00.435 s, Parlamentarische Initiative betr. „Herabsetzung des Mindestnennwertes von Aktien (WAK-SR)“, Bericht und Antrag der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates vom 11. September 2000, BBl 2000 5501 ff.

⁶⁴ S. vorne Ziff. 1.3.

vision des Aktienkapitals durch die Anzahl ausgegebener Aktien kann stets ein rechnerischer Nennwert ermittelt werden. Wie beim Nennwertsystem besteht ein zwingender Zusammenhang zwischen der Anzahl der Aktien und dem Aktienkapital.

Sowohl echte als auch unechte nennwertlose Aktien können als sogenannte Quoten- oder Stückaktien ausgegeben werden. Bei *Quotenaktien* wird auf dem Aktientitel die Beteiligungsquote angegeben. Bei *Stückaktien* fehlt demgegenüber diese Angabe; die Beteiligungsquote ergibt sich nur aus den Statuten oder dem Handelsregistereintrag.

Das System der echten nennwertlosen Aktie entstammt dem amerikanischen Aktienrecht. In Europa ist nur die unechte nennwertlose Aktie bekannt. Gemäss herrschender Auffassung ist die echte nennwertlose Aktie nicht mit den Rahmenvorschriften der Europäischen Union vereinbar⁶⁵.

Die Einführung echter nennwertloser Aktien würde eine tiefgreifende Umgestaltung des Aktienrechts zur Folge haben. Neu auszugestalten wären insbesondere die Aktionärsrechte und die Haftung der Organe. Der Expertenbericht kommt deshalb zum Schluss, dass die Einführung echter nennwertloser Aktien nicht opportun sei, befürwortet aber die Zulassung unechter nennwertlosen Aktien in der Form von Stückaktien⁶⁶.

Unechte nennwertlose Aktien (Stückaktien) erlauben, bei unverändertem Aktienkapital eine beliebig grosse Anzahl von Aktien auszugeben. Bereits ausgegebene Aktien können durch ein Splitting unbegrenzt aufgeteilt werden; ausgegebene Titel müssen nicht ersetzt werden. Unechte nennwertlose Aktien können eingeführt werden, ohne dass sich für die bestehenden Gesellschaften ein zwingender Anpassungsbedarf ergibt⁶⁷. Hingegen sind erhebliche Anpassungen im Aktienrecht erforderlich: Umzugestalten sind sämtliche Bestimmungen, die auf den Nennwert Bezug nehmen. Materiell heikel ist dies namentlich bei der Regelung der Stimmrechtsaktien. Die sogenannt *unechten Stimmrechtsaktien des schweizerischen Rechts* (Art. 693 Abs. 1 OR) beruhen auf der Festsetzung unterschiedlicher Nennwerte. Wird auf einen Aktiennennwert verzichtet, so muss stattdessen auf die in den Aktien verkörperte Beteiligungsquote abgestellt werden. Die Praktikabilität der Regelung wird dadurch aber erheblich beeinträchtigt. Vorgeschlagen wurde deshalb auch, mit der Einführung nennwertloser Aktien *echte Stimmrechtsaktien* zu schaffen, die bei identischer Beteiligungsquote unterschiedliche Stimmrechte gewähren. Weil aber das Nebeneinander verschiedener Arten von Stimmrechtsaktien in der Praxis zu Problemen führen dürfte (so bei der Fusion von Gesellschaften mit verschiedenen Arten von Stimmrechtsaktien), müsste der Systemwechsel wohl auch von bestehenden Gesellschaften vollzogen werden. Dies wäre aber mit erheblichen Schwierigkeiten und einem grossen Aufwand verbunden.

⁶⁵ Dies folgt aus Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 (zweite EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts; Kapitalschutzrichtlinie).

⁶⁶ S. HANS CASPAR VON DER CRONE, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Nennwertlose Aktien, REPRAX 1/02, S. 1 ff., S. 12.

⁶⁷ S. HANS CASPAR VON DER CRONE, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Nennwertlose Aktien, REPRAX 1/02 S. 1 ff., S. 21.

Die mit unechten nennwertlosen Aktien verbundenen Vorteile können zu einem wesentlichen Teil auch auf einem andern Weg erreicht werden: Es ist möglich, zwar das Nennwertsystem beizubehalten, aber *auf die bisherige Festsetzung eines Mindestnennwerts zu verzichten* und lediglich noch zu verlangen, dass die Aktien einen Nennwert aufweisen müssen, der grösser ist als null⁶⁸. Mit einer entsprechenden Regelung können Aktien ungeachtet des bisherigen Nennwerts beliebig gesplittet werden. Auch eine Nennwertherabsetzung bleibt immer möglich. Vorteil dieses Lösungsansatzes ist, dass keine namhaften Anpassungen im Aktienrecht erforderlich sind und Umstellungen in der Praxis entfallen. Nachteilig ist allerdings, dass die Aktientitel bei einem Splitting oder einer Nennwertherabsetzung ausgetauscht werden müssen. Bereits heute verzichten jedoch zahlreiche Unternehmen auf die Ausgabe von Aktientiteln. Die Verbriefung dürfte mit dem neuen Bundesgesetz über die Sammelverwahrung und Schaffung von Wertrechten⁶⁹ noch weiter zurückgehen. Der Nachteil eines allfälligen Umtauschs von Aktientiteln erscheint daher nicht erheblich.

Aufgrund einer Abwägung der Vor- und Nachteile der verschiedenen Lösungsansätze sieht der Vorentwurf von der Einführung unechter nennwertloser Aktien ab. Dafür verzichtet er auf einen festgelegten gesetzlichen Mindestnennwert (Art. 622 Abs. 4). Diese Lösung entspricht insbesondere auch den Interessen kleiner und mittlerer Unternehmen an einer möglichst einfachen gesetzlichen Regelung auf der Grundlage des geltenden Rechts.

2.3.5 Inhaberaktie

Die Verbriefung der Mitgliedschaftsrechte in Wertpapieren diene ursprünglich der raschen Übertragung der Beteiligungsanteile. In den letzten Jahren ist jedoch die Ausgabe von Aktientiteln kontinuierlich zurückgegangen. Kleinere Unternehmen verzichten häufig ganz auf eine Verbriefung, da die Ausgabe von Wertpapieren kaum Sinn macht, wenn die Aktien faktisch nicht handelbar sind. Grössere Gesellschaften sehen ebenfalls oftmals von der Abgabe von Aktientiteln ab. Gehandelt wird vielmehr mit blossen Bucheffekten. Mit der Dematerialisierung der Wertpapiere verlieren die Inhaberaktien ihre Bedeutung für die Handelbarkeit von Titeln.

Zudem ziehen die meisten Unternehmen es vor, mittels Namenaktien ihre Aktionärinnen und Aktionäre zu kennen. Echte Bedürfnisse für die Ausgabe von Inhaberaktien zur Verbesserung der Handelbarkeit der Aktien bestehen heute kaum mehr. Vielmehr laufen Inhaberaktien den Bedürfnissen nach transparenten Kapitalstrukturen zuwider.

⁶⁸ Der Nennwert Null hätte zur Folge, dass eine Beteiligung an der Gesellschaft auch ohne Beteiligung am Aktienkapital möglich wäre. Zudem könnten sich in der Praxis rechnerische Probleme ergeben, so bei der Zuteilung von Dividenden nach dem Nennwert.

⁶⁹ Bericht der vom Eidg. Finanzdepartement eingesetzten technischen Arbeitsgruppe zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Verwahrung und Übertragung von Bucheffekten (Bucheffektengesetz) und zur Ratifikation des Haager Übereinkommens über die auf bestimmte Rechte an Intermediärverwahrten Wertpapieren anzuwendende Rechtsordnung (Haager Wertpapierübereinkommen vom 15. Juni 2004 (eine entsprechende Botschaft soll Mitte 2006 vorliegen)).

Inhaberaktien sind in den vergangenen Jahren auf internationaler Ebene, insbesondere im Rahmen der „Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux“ (GA-FI/FATF) und der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) ins Schussfeld der Kritik geraten. Die Schweiz gehört beiden Organisationen an. Mit dem Ziel der Bekämpfung der Geldwäscherei und der Finanzierung des Terrorismus verlangt eine Empfehlung des GAFI, dass die Mitgliedsstaaten mit geeigneten Massnahmen gewährleisten, dass die Identität der Personen, die ein Unternehmen kontrollieren, innert nützlicher Frist festgestellt werden kann⁷⁰. Angesprochen sind dabei insbesondere die Inhaberaktien. Das Eidg. Finanzdepartement hat bereits eine Vorlage zur Umsetzung der Empfehlungen des *GAFI in Vernehmlassung gegeben⁷¹. Unter anderem ist vorgesehen, dass Inhaberaktionäre, die direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten mindestens 10 Prozent der Stimmrechte kontrollieren, einer Meldepflicht an die Gesellschaft unterliegen, sofern sie an der Generalversammlung an der Willensbildung des Unternehmens teilnehmen⁷². Nach einer Stellungnahme des GAFI im Rahmen eines Länderexamens ist diese Regelung jedoch ungenügend⁷³. Es zeichnet sich ab, dass der internationale Druck gegen Inhaberaktien in den nächsten Jahren noch zunehmen wird.

Im angloamerikanischen Rechtsraum sind Inhaberaktien weitgehend unbekannt. In verschiedenen anderen Ländern wurden Inhaberaktien abgeschafft, oder sie spielen nur eine bescheidene Rolle. In der Schweiz verfügen ungefähr 30'000 Gesellschaften über Inhaberaktien⁷⁴. Dabei handelt es sich bei einem sehr grossen Teil um kleinere und mittlere Unternehmen. Da die Beteiligungsverhältnisse in diesen Gesellschaften zumindest faktisch weitgehend transparent sind, würde für die Mehrzahl der betroffenen Unternehmen eine Umstellung auf Namenaktien kaum Probleme bereiten.

Mit Blick auf den funktionalen Bedeutungsverlust in der Praxis sowie auf die zunehmende Problematik der Inhaberaktien sieht der Vorentwurf deshalb vor, die Inhaberaktie abzuschaffen (Art. 622). Ihr Wegfall trägt den internationalen Entwicklungen Rechnung und stärkt den Ruf des hiesigen Finanzplatzes.

Da es einen „Mantelhandel“ mit altrechtlichen Inhaberaktien zu vermeiden gilt, müssen sich auch bestehende Gesellschaften der neuen Regelung anpassen. Es wird dafür

⁷⁰ Empfehlung Nr. 33 der "Quarante Recommendations" der GAFI vom 20. Juni 2003.

⁷¹ Vorentwurf und erläuternder Begleitbericht zum Bundesgesetz über die Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux vom 13. Januar 2005.

⁷² S. Art. 702a VE OR (Bundesgesetz über die Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux vom 13. Januar 2005).

⁷³ Gemäss dem entsprechenden Länderbericht über die Umsetzung der Empfehlungen des GAFI hat die Schweiz die Empfehlung betreffend die Identifikation der Inhaberaktionäre nicht erfüllt (Empfehlung Nr. 33; s. 3^{ème} Rapport d'évaluation mutuelle de la lutte anti-blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme, Suisse, Synthèse vom 14. Oktober 2005, Ziff. 20, 54 sowie Anhang S. 20.).

⁷⁴ S. RETO SANWALD, Bedeutung und Zukunft der Inhaberaktien in der Schweiz, REPRAX 2/00, S. 22 ff., S. 28 f.

eine Frist von zwei Jahren eingeräumt (Art. 3 Übergangsbestimmungen VE OR [VE Ueb.Best.]).

Der Verzicht auf die Ausgabe von Inhaberpapieren erfasst nur Aktien. Die Schaffung von *Partizipationsscheinen*, die auf den Inhaber lauten, bleibt weiterhin möglich. Dies ist mit der erwähnten internationalen Empfehlung vereinbar, da Partizipantinnen und Partizipanten über kein Stimmrecht verfügen (Art. 656c Abs. 1 OR) und daher keinen Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft ausüben.

2.3.6 Partizipationsschein

Den Partizipanten stehen in erster Linie vermögensrechtliche Ansprüche zu, während ihnen das Stimmrecht und alle damit zusammenhängenden Rechte fehlen (Art. 656c ff. OR). Sie tragen jedoch dasselbe finanzielle Risiko wie die Aktionäre. Um sie besser zu schützen und die Kontrolle der Unternehmensleitung im Falle wirtschaftlicher Schwierigkeiten des Unternehmens zu stärken, wurde im Expertenbericht von Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone vorgeschlagen, den Partizipanten unter bestimmten Voraussetzungen ein Stimmrecht einzuräumen: Falls eine Gesellschaft während zwei von drei aufeinander folgenden Jahren keine Dividenden ausrichtet, so soll den Partizipanten für die nächsten drei Jahren ein Stimmrecht zustehen. Der Partizipationschein würde dadurch zu einer Aktie mit ruhendem Stimmrecht⁷⁵.

Diese Lösung stärkt indessen die unternehmensinternen Kontrolle nur theoretisch. Solange dafür noch Mittel zur Verfügung stehen, kann durch die Auszahlung einer minimalen Dividende in jedem dritten Jahr das Aufleben des Stimmrechts der Partizipanten verhindert werden. Zudem haben die Beteiligten mit dem Kauf eines Partizipationscheins bewusst auf Mitwirkungsrechte verzichtet. Der Vorentwurf verzichtet deshalb auf einen entsprechenden Vorschlag.

Eine wichtige Neuerung betrifft die Obergrenze des Partizipationskapitals. Nach Artikel 656b Absatz 1 OR darf das Partizipationskapital das Doppelte des Aktienkapitals nicht übersteigen. Um den Gesellschaften einen grösseren Spielraum bei der Ausgestaltung ihrer Kapitalstrukturen zu gewähren und um die Abschaffung der Inhaberaktien auszugleichen, verzichtet der Vorentwurf auf diese Begrenzung (Art. 656a Abs. 1; s. hinten Ziff. 3.1.21). Das Verhältnis zwischen Aktien- und Partizipationskapital kann demnach gemäss den Bedürfnissen der Unternehmen und den Marktbedingungen frei festgelegt werden, und die Ausgabe von Inhaber-Partizipationsscheinen bleibt zulässig.

⁷⁵ S. HANS CASPAR VON DER CORNE, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Nennwertlose Aktien, REPRAX 1/02 S. 1 ff., S. 20.

2.4 Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung

2.4.1 Allgemeines

Die heutigen elektronischen Kommunikationsmittel eröffnen neue Möglichkeiten für die Durchführung der Generalversammlung. Insbesondere in Grossgesellschaften, aber auch in Gesellschaften, deren Aktionärinnen und Aktionäre weit voneinander entfernt wohnen, können elektronische Hilfsmittel Erleichterungen bringen und die Kosten verringern. Durch den Einsatz des Internets dürfte sich zudem die aktive Beteiligung der Aktionärinnen und Aktionäre an der Generalversammlung fördern lassen. Dies stärkt die Funktion der Generalversammlung im innergesellschaftlichen Willensbildungsprozess und liegt somit im Interesse einer guten Corporate Governance.

Die Verwendung elektronischer Mittel bedarf jedoch klarer rechtlicher Grundlagen. Ein weiterer rechtlicher Klärungsbedarf ergibt sich aus dem Bedürfnis der Praxis, die Generalversammlung gleichzeitig an mehreren Tagungsorten oder im Ausland durchführen zu können.

Mit der Revision sollen aktuelle gesetzliche Grundlagen für die Generalversammlung geschaffen werden. Es gilt, die Rechtssicherheit bei der Durchführung der Versammlung zu gewährleisten, eine Verfälschung der Willensbildung zu vermeiden und die Ausübung der Mitwirkungsrechte der Aktionärinnen und Aktionäre in qualitativ guter Form sicherzustellen. Wesentliche Vorschläge des Vorentwurfs stützen sich auf den Expertenbericht von Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Zürich⁷⁶.

2.4.2 Mehrere Tagungsorte; Tagungsort im Ausland

Einzelne Publikumsgesellschaften haben in den letzten Jahren ihre Generalversammlung an verschiedenen Orten gleichzeitig durchgeführt. Eine Mehrzahl von Tagungsorten wirft jedoch diverse rechtliche Fragen auf.

Der Vorentwurf erlaubt die Durchführung der Generalversammlung an verschiedenen Tagungsorten (multilokale Generalversammlung) unter der Voraussetzung, dass die Stimmen der Teilnehmerinnen und Teilnehmer unmittelbar in Bild und Ton an sämtliche Tagungsorte übertragen werden. Der Verwaltungsrat hat einen Haupttagungsort zu bestimmen, von dem aus die Versammlung geleitet wird und die beurkundungsbedürftigen Beschlüsse protokolliert werden (Art. 701a; s. hinten Ziff. 3.1.38).

Der Tagungsort kann nach dem Vorentwurf im Ausland festgelegt werden, sofern die Statuten dies vorsehen oder sämtliche Aktionärinnen und Aktionäre (bzw. deren Vertreterinnen oder Vertreter) damit einverstanden sind (Art. 701b; s. hinten Ziff. 3.1.38).

⁷⁶ HANS CASPAR VON DER CRONE, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts vom 4. September 2002: Generalversammlung (nicht veröffentlicht).

2.4.3 Elektronische Einberufung der Generalversammlung

Der Vorentwurf ermöglicht, die Generalversammlung in elektronischer Form einzuberufen. Den Aktionärinnen und Aktionären können zudem auch Unterlagen elektronisch übermittelt werden. Da die elektronischen Kommunikationsmittel niemandem aufgezwungen werden können, ist für eine elektronische Zustellung die Zustimmung der Aktionärinnen und Aktionäre notwendig (Art. 700 Abs. 1 s. hinten Ziff. 3.1.37).

2.4.4 Elektronische Vollmacht zur Stimmrechtsvertretung

Eigentümerinnen und Eigentümer von Namenaktien können nach Artikel 689a OR Drittpersonen schriftlich bevollmächtigen, die Mitgliedschaftsrechte auszuüben⁷⁷. Mit der gesetzlichen Anerkennung der sogenannten qualifizierten elektronischen Signatur und deren Gleichstellung mit der eigenhändigen Unterschrift wurden die rechtlichen Grundlagen für die Erteilung einer Vollmacht auf elektronischem Weg geschaffen (Art. 689a Abs. 2 i.V.m. Art. 14 Abs. 2^{bis} OR)⁷⁸. Voraussetzung ist jedoch, dass die in digitaler Form übermittelte Bevollmächtigung mit der qualifizierten elektronischen Signatur der Aktionärin oder des Aktionärs versehen wird.

Die elektronische Übermittlung der Vollmacht sowie allfälliger Weisungen für die Stimmabgabe kann die Vollmachterteilung vereinfachen. Unter Berücksichtigung der Bedürfnisse kleiner Betriebe soll die Möglichkeit zur elektronischen Übermittlung einer Vollmacht an die Gesellschaft aber nicht zwingend sein. Nach dem Vorentwurf entscheidet der Verwaltungsrat, ob er elektronische Vollmachten entgegen nimmt (Art. 689a); er ist auch für die Einhaltung aller rechtlichen Vorgaben verantwortlich. Den Aktionärinnen und Aktionären darf eine elektronische Form der Vollmachtserteilung auf keinen Fall aufgezwungen werden (s. hinten Ziff. 3.1.28).

2.4.5 Verwendung elektronischer Mittel in der Generalversammlung

Der Vorentwurf sieht vor, dass die Aktionärinnen und Aktionäre ihre Rechte an der Generalversammlung auf elektronischem Weg ausüben können, sofern die Statuten dies erlauben (Art. 701c). Es wird somit möglich, dass die Aktionärinnen und Aktionäre von zu Hause aus via Videokonferenz an einer Generalversammlung teilnehmen. Dafür wird vorausgesetzt, dass die Generalversammlung durch elektronische Mittel übertragen wird. Die Aktionärinnen und Aktionäre müssen in der Lage sein, den Geschehnissen am Tagungsort dauernd sowohl visuell als auch akustisch zu folgen, Voten abzugeben und abzustimmen (Art. 701c und 701e f.; s. hinten Ziff. 3.1.39).

⁷⁷ Vorbehalten bleibt die statutarische Beschränkung der Vertretung auf andere Aktionärinnen und Aktionäre bei privaten Aktiengesellschaften; Art. 689c Abs. 1.

⁷⁸ Bundesgesetz vom 19. Dezember 2003 über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur (Bundesgesetz über die elektronische Signatur, ZertES; SR 943.03); in Kraft seit dem 1. Januar 2005.

Zu gewährleisten ist zudem, dass sich keine aussenstehenden Drittpersonen an den Abstimmungen und Wahlen beteiligen. Der Verwaltungsrat muss deshalb sicherstellen, dass die aus Distanz teilnehmenden Personen eindeutig identifiziert werden.

Die Option einer elektronischen Teilnahme einzelner Aktionärinnen und Aktionäre an der Generalversammlung wird insbesondere die Teilnahme ortsabwesender Personen (namentlich ausländischer Aktionärinnen und Aktionäre) sowie von Personen, die aus anderen Gründen an der Teilnahme verhindert sind, wesentlich erleichtern.

2.4.6 Elektronische Generalversammlung

Nach dem Vorentwurf darf mit Einverständnis aller Aktionärinnen und Aktionäre oder deren Vertreterinnen und Vertreter auf eine herkömmliche Versammlung an einem Tagungsort gänzlich verzichtet werden (Art. 701d). Die Generalversammlung wird in diesem Fall ausschliesslich mittels elektronischer Medien (Intranet, Internet) durchgeführt (s. hinten Ziff. 3.1.39).

Wie bei der Verwendung elektronischer Mittel in einer konventionellen Generalversammlung (s. vorne Ziff. 2.4.5) muss der Verwaltungsrat gewährleisten, dass sich die Aktionärinnen und Aktionäre mittels elektronischer Kommunikationsmittel problemfrei untereinander verständigen können und dass die Abstimmung einwandfrei erfolgt. Sicherzustellen ist auch hier eine ausreichende Identifikation der Teilnehmerinnen und Teilnehmer (Art. 701e f.).

Eine elektronische Generalversammlung⁷⁹ ist ausgeschlossen, wenn Beschlüsse gefasst werden sollen, die einer öffentlichen Beurkundung bedürfen (Art. 701d). Die Grundprinzipien der öffentlichen Beurkundung lassen eine Verurkundung ohne räumlichen Tagungsort nicht zu (dies folgt namentlich aus den Prinzipien der Einheit des Beurkundungsakts und der Einheit des Orts⁸⁰).

Eine elektronische Generalversammlung dürfte sich nur bei Gesellschaften mit einem beschränkten Aktionärskreis durchführen lassen. Dies hängt nicht nur mit dem Erfordernis der Zustimmung aller Aktionärinnen und Aktionäre zusammen, sondern auch mit den technischen und faktischen Schranken der Meinungsäusserung einer grösseren Zahl von teilnehmenden Personen. Für kleine und grosse Unternehmen mit nur wenigen Beteiligten könnte eine elektronische Generalversammlung aber zweckmässig sein.

Auch wenn der Vorentwurf ein elektronisches Forum zulässt, so hält er doch an der Generalversammlung als physischer oder virtueller Ort der Willensbildung fest. Die Aktionärinnen und Aktionäre müssen miteinander kommunizieren und Fragen an den Verwaltungsrat richten können. Das sogenannte Unmittelbarkeitsprinzip bleibt damit

⁷⁹ Z.T. werden untechnische Begriffe wie „Cyber-Generalversammlung“ und „virtuelle Generalversammlung“ verwendet.

⁸⁰ S. CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, RZ 2047 ff.; PETER RUF, Notariatsrecht, Langenthal 1995, RZ 1477 ff.

gewahrt. Anders als in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung⁸¹ wird eine schriftliche Beschlussfassung nicht zugelassen.

2.5 Neuregelung der Rechnungslegung

2.5.1 Allgemeines

Das geltende Recht enthält in den Art. 957 ff. OR einen "Allgemeinen Teil" zur Buchführung und Rechnungslegung, der – unter Vorbehalt besonderer Bestimmungen – für alle Rechtsformen des Privatrechts gilt. Diese Vorschriften stammen aus dem Jahr 1936; sie sind äusserst lückenhaft und heute veraltet. Beispielsweise bestehen kaum Bestimmungen zur Darstellung und Gliederung der Jahresrechnung oder zur Bewertung der Vermögenswerte. Auch eine Regelung zum Anhang zur Jahresrechnung fehlt, während umgekehrt das Inventar in den Vordergrund gerückt wird, obwohl ihm nur eine Hilfsfunktion zukommt. Auf Grund der bestehenden Mängel wurden die Bestimmungen zur Buchführung und Rechnungslegung durch Sondervorschriften für bestimmte Rechtsformen (so für die Aktiengesellschaft, Art. 662 ff. OR) und durch spezialgesetzliche, branchenbezogene Normen konkretisiert.

Die Weiterentwicklung der Rechnungslegung erfolgt heute primär im Rahmen von global gültigen Regelwerken, die von internationalen Fachgremien erarbeitet werden. Im Vordergrund stehen die *International Financial Reporting Standards* (IFRS) und die *US-amerikanischen allgemein anerkannten Grundsätze der Rechnungslegung* (US-GAAP). In der Schweiz finden zudem die *Fachempfehlungen zur Rechnungslegung* (Swiss GAAP FER) eine breite Beachtung.

Die moderne Rechnungslegung ist zunehmend betriebswirtschaftlich ausgerichtet. Der traditionelle handelsrechtliche Ansatz, der sich vorab am Gläubigerschutz und faktisch auch an den Bedürfnissen der Steuerveranlagung orientiert, vermag den Informationsbedürfnissen der Gesellschafterinnen und Gesellschafter und anderer Interessengruppen nicht mehr zu genügen. Dies wurde von der Groupe de réflexion "Gesellschaftsrecht" bereits 1993 erkannt. In ihrem Schlussbericht regte sie daher die Schaffung eines speziellen Rechnungslegungs- und Publizitätsgesetzes an (s. vorne Ziff. 1.2)⁸². In der Folge wurde eine breit abgestützte Expertenkommission unter dem Vorsitz von Dr. Peider Mengiardi, Basel / Oberwil, mit der Ausarbeitung einer umfassenden Neuregelung beauftragt. Der Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision (nachfolgend RRG) konnte 1998 in Vernehmlassung gegeben werden⁸³.

⁸¹ S. Art. 805 Abs. 4 E OR; **AB 2001**, 3207, 3279.

⁸² S. GROUPE DE RÉFLEXION „GESELLSCHAFTSRECHT“, Schlussbericht vom 24.9.1993, S. 12 und 81.

⁸³ S. Vorentwürfe und Begleitbericht zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision (RRG) und zu einer Verordnung über die Zulassung von Abschlussprüfern (VZA) vom 29. Juni 1998. S. dazu auch Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren) vom 23.6.2004, BBl **2004** 3980 ff.

Dieser Vorentwurf stiess teilweise auf heftige Kritik. Insbesondere wurde gerügt, die Verhältnisse in kleinen und mittleren Unternehmen würden zu wenig berücksichtigt. Zudem wurde eine indirekte Erhöhung der Steuerbelastung befürchtet⁸⁴.

Seit der Durchführung der Vernehmlassung zum RRG haben verschiedene Problemfälle in der in- und ausländischen Wirtschaft die Notwendigkeit einer gesetzlichen Neuregelung verdeutlicht. Der Bundesrat beauftragte daher das EJPD am 29. Januar 2003, den Vorentwurf zu überarbeiten. Aus Gründen der Dringlichkeit entschloss man sich noch im selben Jahr, die Vorlage in *zwei Teilprojekte* aufzuteilen:

- In einem ersten Gesetzgebungspaket wurden die *Revisionspflicht* und die *Revisionsstelle* umfassend neu geregelt und eine Revisionsaufsicht geschaffen. Die Botschaft wurde dem Parlament am 23. Juni 2004 zugeleitet⁸⁵. Die Vorlage befindet sich derzeit in der Differenzbereinigung und kann voraussichtlich im Laufe des Jahres 2007 in Kraft gesetzt werden.
- Was das *Rechnungslegungsrecht* betrifft, so wurde Prof. Dr. Giorgio Behr, St. Gallen / Schaffhausen, 2004 beauftragt, den Regelungsentwurf im Lichte des seinerzeitigen Vernehmlassungsverfahrens zu überarbeiten. Die Vorschläge wurden anschliessend vom Bundesamt für Justiz in enger Zusammenarbeit mit dem Experten bereinigt.

Angestrebt wird nicht mehr die Schaffung eines neuen Bundesgesetzes, wie dies mit dem Vorentwurf RRG vorgesehen war, sondern die Integration der Vorschriften ins Obligationenrecht an der Stelle der bisherigen allgemeinen Bestimmungen zur kaufmännischen Buchführung (Art. 957 ff.; s. hinten Ziff. 3.10 ff.). Die Neuordnung ersetzt auch die Spezialnormen des Aktienrechts. Das neue Rechnungslegungsrecht wird daher mit der Revision des Aktienrechts zusammengefasst. Es stellt einen wesentlichen Bestandteil der Massnahmen zur Verbesserung der Corporate Governance dar.

Das lückenhafte und mit Mängeln behaftete geltende Recht wird durch eine übersichtliche Neuordnung ersetzt, die sich auf die wesentlichen Vorgaben beschränkt und dem aktuellen Stand der Rechnungslegung in der Praxis entspricht.

2.5.2 Einheitliche Regelung für alle Rechtsformen des Privatrechts

Eine Anknüpfung der Vorschriften zur Buchführung und Rechnungslegung an die Rechtsform lässt sich sachlich nicht begründen: Die Rechnungslegung dient der Berichterstattung über die Geschäftstätigkeit. Die Rechtsform besagt jedoch nichts

⁸⁴ S. Übersicht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens betr. das Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision (RRG), Verordnung über die Zulassung von Abschlussprüfern (VZA), Bern 2000, Ziff. 102.02.

⁸⁵ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl **2004** 3969.

Schlüssiges über die Art und den Umfang der Geschäftstätigkeit natürlicher oder juristischer Personen. Der Vorentwurf folgt daher dem Konzept einer rechtsformneutralen Regelung entsprechend der Neuordnung der Revisionspflicht⁸⁶.

Die neuen Vorschriften zur Buchführung und Rechnungslegung gelten grundsätzlich für alle Rechtsträger des Privatrechts (Art. 957 Abs. 1). Sie enthalten jedoch klar differenzierte Anforderungen je nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Unternehmens, des Vereins oder der Stiftung (s. dazu Ziff. 2.5.3, 3.10.1). Strengere spezialgesetzliche Vorschriften bleiben stets vorbehalten (Art. 957 Abs. 3).

Für die Pflicht zur Buchführung und Rechnungslegung wird weiterhin an die Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister angeknüpft. Für nicht eintragungspflichtige Unternehmen, Vereine und Stiftungen genügt eine einfache Buchhaltung, die lediglich die Einnahmen und Ausgaben erfasst und die Vermögenslage wiedergibt (sog. "Milchbuch-Rechnung"; Art. 957 Abs. 2; s. hinten Ziffer 3.10.1).

2.5.3 Differenzierung nach Unternehmensgrösse

Bei kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) umfasst der jährlich vorzulegende Geschäftsbericht nur den eigentlichen Kern der Rechnungslegung, nämlich die Jahresrechnung (Art. 959 ff.; s. hinten Ziff. 3.10.4 ff.). Diese wurde knapp und übersichtlich strukturiert und besteht aus Bilanz, Erfolgsrechnung und Anhang. Insbesondere entfällt damit für KMU der Jahresbericht. KMU müssen auch weiterhin keine Geldflussrechnung vorlegen.

Grossunternehmen werden wie im künftigen Revisionsrecht⁸⁷ strengeren Vorschriften unterworfen als KMU (Art. 961 ff.; s. hinten Ziff. 3.10.9 ff.). Abgrenzungskriterium ist die Verpflichtung zu einer ordentlichen Revision: Demnach müssen grundsätzlich zwei von drei Kriterien (10 Millionen Franken Bilanzsumme, 20 Millionen Franken Umsatzerlös und 50 Vollzeitstellen) im Jahresdurchschnitt in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren überschritten werden⁸⁸.

Damit dürften vorsichtig geschätzt weniger als 10'000 Rechtsträger den anspruchsvolleren Bestimmungen unterworfen sein. Sie haben einen Lagebericht (bisher: „Jahresbericht“) sowie eine Geldflussrechnung zu erstellen und müssen im Anhang zur Jahresrechnung zusätzliche Angaben offenlegen.

Die strengeren Vorgaben tragen der wirtschaftlichen Bedeutung von grösseren Unternehmen, Vereinen und Stiftungen Rechnung.

⁸⁶ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl **2004** 3969.

⁸⁷ S. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl **2004** 3991 f.

⁸⁸ S. AB **2005** N 69 ff., 73 und AB **2005** S 623 ff., 625.

2.5.4 Gliederungs- und Bewertungsvorschriften

Anders als im Vorentwurf RRG orientiert sich die Mindestgliederung von Bilanz und Erfolgsrechnung nicht mehr an den Vorgaben der europäischen Richtlinien, sondern am verkürzten Konzept der *International Financial Reporting Standards* (IFRS). Für kleine und mittlere Unternehmen wird damit ein leicht verständliches, mit wenig Aufwand zu bewältigendes Buchführungs- und Rechnungslegungskonzept vorgeschlagen.

Der Vorentwurf enthält zudem leicht verständliche Bewertungsgrundsätze, die in allgemeine Regeln und spezifischen Vorgaben für bestimmte Aktiven und Verbindlichkeiten gegliedert sind (Art. 960 ff.; s. hinten Ziff. 3.10.7).

2.5.5 Steuerneutrale Regelung

Der Jahresabschluss nach Obligationenrecht dient wie im geltenden Recht der Festlegung des ausschüttbaren Gewinns und als Grundlage der Steuerbemessung. Weiter ist er für die Feststellung eines Kapitalverlusts und einer Überschuldung massgebend.

Für das Verhältnis zwischen Handels- und Steuerrecht wird grundsätzlich am geltenden *Massgeblichkeitsprinzip* festgehalten. Damit kann die Steuerneutralität der Neuordnung gewährleistet werden. Wertberichtigungen, Abschreibungen oder Rückstellungen sind im Abschluss nach Obligationenrecht zu erfassen, damit sie steuerlich anerkannt werden. Von den Steuerbehörden nicht anerkannte Abschreibungen, Wertberichtigungen oder Rückstellungen müssen erfolgswirksam aufgelöst werden (Art. 960f; s. hinten Ziff. 3.10.8).

2.5.6 Erhöhung der Transparenz (true and fair view) und Stärkung des Minderheitenschutzes

Wird am Massgeblichkeitsprinzip festgehalten (s. vorne Ziff. 2.5.5), so ist es nur beschränkt möglich, die Transparenz des Abschlusses nach Obligationenrecht zu verbessern. Immerhin bewirkt die Neuregelung aber in formeller Hinsicht eine bessere Übersichtlichkeit und Vergleichbarkeit. Eine den tatsächlichen Verhältnissen entsprechende Darstellung der wirtschaftlichen Lage eines Unternehmens (sog. *true and fair view*) und das Ziel der Wahrung der Steuerneutralität schliessen sich jedoch sachlich aus.

Der Vorentwurf löst den Widerspruch zwischen diesen beiden unterschiedlichen Zielsetzungen auf, indem er unter bestimmten Voraussetzungen neben dem steuerrelevanten Jahresabschluss nach Obligationenrecht zusätzlich einen Abschluss nach einem privaten Regelwerk verlangt, der eine erhöhte Transparenz vermittelt, aber steuerlich unbeachtlich bleibt (Art. 962 ff.; s. hinten Ziff. 3.10.10 f.). Der Abschluss nach Regelwerk gibt die tatsächliche wirtschaftliche Lage des Unternehmens wieder und muss einem vom Bundesrat anerkannten Regelwerk folgen (z.B. den Swiss GAAP FER, den IFRS oder den US-GAAP).

Zu einem Abschluss nach Regelwerk verpflichtet werden Publikumsgesellschaften, Genossenschaften mit mindestens 2000 Genossenschafterinnen oder Genossenschaf-

tern sowie grosse Vereine und grosse Stiftungen (s. zu den Grössenkriterien Ziff. 2.5.3; 3.10.4 ff.). Weiter wird Gesellschafterinnen und Gesellschaftern, die (alleine oder gemeinsam) mindestens 10 Prozent des Grundkapitals vertreten, das Recht eingeräumt, einen Abschluss nach Regelwerk zu verlangen (Art. 962 Abs. 2). Ähnliche Vorschriften sind für Genossenschaften ohne Anteilscheine, für Vereine und für Personen vorgesehen, die einer persönlichen Haftung oder einer Nachschusspflicht unterliegen. Damit wird der Rechtsschutz der am Unternehmen Beteiligten massgeblich verbessert. Kein Einzelabschluss nach Regelwerk ist erforderlich, wenn bereits ein entsprechender Konzernabschluss erstellt wird (Art. 962 Abs. 1 und 2; s. hinten Ziff. 3.10.10).

Der "Dualismus" zwischen einem Abschluss nach Obligationenrecht und einem Abschluss nach Regelwerk ist in der Praxis bereits seit langem verbreitet: Viele Unternehmen erstellen aus verschiedenen Gründen schon heute neben dem handelsrechtlichen Abschluss auch einen solchen nach Swiss GAAP FER oder IFRS.

2.5.7 Moderne Konzernrechnung

Der Vorentwurf regelt die Konzernrechnung neu (Art. 963 ff.; s. hinten Ziff. 3.10.11). Die Pflicht zur Konsolidierung wird grundsätzlich ebenfalls rechtsformunabhängig ausgestaltet.

Im Gegensatz zum heutigen Aktienrecht werden kleine Konzerne nicht mehr von der Konsolidierungspflicht befreit. Sofern nur wenige Gesellschaften einbezogen werden müssen, bringt die Konsolidierung in gut geführten Unternehmen keine bedeutende zusätzliche Belastung. Werden im Rahmen einer Konzernrechnung hingegen umfangreiche Abklärungen notwendig, so ist dies ein Hinweis darauf, dass – nicht zuletzt auch im Interesse der Unternehmensführung selbst – eine konsolidierte Rechnungslegung dringend notwendig ist, damit die Beteiligten sich ein zuverlässiges Urteil über die wirtschaftliche Lage bilden können.

Die Konzernrechnungslegung erfolgt neu zwingend nach anerkannten Regelwerken (IFRS, US GAAP oder Swiss GAAP FER; Art. 963c).

2.6 Europarecht

Für verschiedene Neuerungen des Vorentwurfs ist im Verhältnis zum europäischen Recht insbesondere die sogenannte *Kapitalschutzrichtlinie* von Bedeutung⁸⁹. Sowohl das Kapitalband als auch die als Alternative vorgesehene genehmigte Kapitalherabsetzung erscheinen grundsätzlich vereinbar mit den Rahmenvorgaben der Europäischen Union (EU). Diskrepanzen bestehen jedoch bei der Regelung des Erwerbs eigener Ak-

⁸⁹ S. Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13.12.1976 (zweite EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts); dazu ROGER FANKHAUSER, Gemeinschaftsrechtliche Publizitäts- und Kapital-Richtlinie; Anpassungsbedarf des Schweizer Rechts, Bern 2001.

tien (Art. 659), der in der EU strikteren Regeln untersteht⁹⁰. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass Bestrebungen bestehen, die Kapitalschutzrichtlinie zu revidieren⁹¹; es steht aber noch nicht fest, wann die Revisionsarbeiten beendet sein werden.

Betreffend die Regelungsvorschläge zur *Corporate Governance* stellt sich die Frage der Vereinbarkeit mit europäischen Richtlinien und Verordnungen nicht, da die EU bis jetzt auf diesem Gebiet noch keine Vorschriften erlassen hat. Lediglich nicht verbindliche Empfehlungen der Kommission betreffen die Stärkung der Aktionärsrechte sowie die Verbesserung des Schutzes der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Beschäftigten und Dritter⁹².

Es geht dabei in erster Linie um die Regelung von Interessenkonflikten und um die Aufsicht über geschäftsführende Direktorinnen und Direktoren sowie Vorstandsmitglieder. Die Mitgliedsstaaten werden unter anderem aufgefordert, eine ausgewogene Zusammensetzung der obersten Führungsgremien von Unternehmen sicherzustellen.

Im Vergleich zu den unverbindlichen Empfehlungen der Kommission lässt der Vorentwurf den Unternehmen mehr Gestaltungsspielraum bei der Festlegung ihrer inneren Organisation⁹³.

Die Kommission hat weiter eine unverbindliche Empfehlung zur *Offenlegung von Vergütungen* der obersten Führungsorgane herausgegeben⁹⁴. Die Mitgliedsstaaten werden dazu angehalten, kotierte Unternehmen zu verpflichten, eine Erklärung über ihre Vergütungspolitik abzugeben. Ferner sind die gesamten Bezüge der einzelnen Mitglieder der Unternehmensleitung in der Jahresrechnung, im Anhang oder in einen Vergütungsbericht bekannt zu geben. Leistungen in Form von Aktien oder Optionen müssen von der Generalversammlung gutgeheissen werden.

Zum *Rechnungslegungsrecht* sind namentlich die Richtlinien zum Jahresabschluss⁹⁵ und zum konsolidierten Abschluss⁹⁶ zu beachten. Beide Richtlinien finden Anwendung auf die Aktiengesellschaft, die Kommandit-AG und die GmbH. Das Rechnungslegungs-

⁹⁰ S. Art. 9 der Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13.12.1976 (Zweite EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts; Kapitalschutzrichtlinie).

⁹¹ S. Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 77/91/EWG (...) vom 21. September 2004.

⁹² S. Empfehlung der Europäischen Kommission vom 15. Februar 2005 zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern/börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs- /Aufsichtsrats (2005/162/EG).

⁹³ S. Empfehlungen ähnlichen Inhalts wie diejenigen der Kommission finden sich im Übrigen im Code of Best Practice der *economiesuisse* (s. vorne Ziff. 2.2.1).

⁹⁴ S. Empfehlung der Europäischen Kommission vom 14. Dezember 2004 zur Einführung einer angemessenen Regelung für die Vergütungen von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften (2004/913/EG).

⁹⁵ S. Richtlinie 78/660/EWG des Rates vom 25. Juli 1978 (Vierte EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts).

⁹⁶ S. Richtlinie 83/349/EWG des Rates vom 13. Juni 1983 (Siebte EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts).

recht des Vorentwurfs ist umfassender konzipiert und findet auch auf Einzelunternehmen, Personengesellschaften, Vereine und Stiftungen Anwendung. Die Vorgaben der EG-Richtlinien sind jedoch von vornherein nur für die erwähnten Rechtsformen relevant.

Die Bestimmungen über die Rechnungslegung grosser Unternehmen und die Konzernrechnung erscheinen mit dem europäischen Recht vereinbar. Für die grosse Mehrzahl der Unternehmen in der Schweiz gelangen jedoch nur die Mindestvorschriften der Artikel 959 ff. zur Anwendung (s. hinten Ziff. 3.10.4 ff.).

Nach dem Vorentwurf besteht die Jahresrechnung aus Bilanz, Erfolgsrechnung und Anhang. Dies entspricht dem europäischen Recht. Die vorgesehene Gliederung der Bilanz und der Erfolgsrechnung ist allerdings weniger detailliert als in der EU. Mit der zunehmenden Abstützung der Rechnungslegung auf die IFRS schwächt die EU jedoch ihre strenge Regelung ab, da die IFRS nur rudimentäre Gliederungsvorschriften vorgeben. Der Vorentwurf dürfte somit ein gleichwertiges Lösungskonzept beinhalten.

Betreffend die Bewertung lässt der Vorentwurf ausdrücklich pauschale Wertberichtigungen und weitgehende Sofortabschreibungen zu, ebenso umfassende Rückstellungen. Zahlreiche EU-Mitgliedstaaten kennen ähnliche Regelungen. Sowohl der Vorentwurf als auch die EG-Richtlinien anerkennen das Massgeblichkeitsprinzip und geben der gesellschafts- bzw. steuerrechtlichen Bewertung somit den Vorrang vor einer betriebswirtschaftlichen Bewertung.

Abweichungen zwischen dem Vorentwurf und dem europäischen Recht bestehen aber im Bereich der Offenlegung zusätzlicher Angaben im Anhang. Für die Anerkennung von Abschlüssen nach schweizerischem Recht in der EU sind jedoch keine deckungsgleichen Vorgaben erforderlich. Entscheidend ist vielmehr die Gleichwertigkeit des Vorentwurfs. Abweichungen sind demzufolge grundsätzlich möglich. Der einzige Unterschied zum europäischen Recht besteht bei der konsolidierten Rechnungslegung von KMU, die keinem Konzern angehören. Für diese ist jedoch eine Anerkennung durch die EU meist ohne Bedeutung.

2.7 Personelle und finanzielle Auswirkungen auf den Bund

Die Vorlage führt in personeller und finanzieller Hinsicht zu keiner Mehrbelastung für den Bund.

3 Besonderer Teil: Erläuterung des Vorentwurfs

3.1 Die Aktiengesellschaft

3.1.1 Art. 620 und 680: Begriff der Aktiengesellschaft

Die heutige Legaldefinition der Aktiengesellschaft in Artikel 620 OR befriedigt nicht. Einerseits enthält sie Unwesentliches (z.B. Hinweis auf Firma); andererseits werden wichtige Strukturelemente nicht erwähnt (z.B. Mindestfordernis einer Aktie pro Aktionärin / pro Aktionär). In Anlehnung an den Begriff der GmbH im neuen GmbH-Recht (Art. 772 E OR⁹⁷) wird die Aktiengesellschaft neu umschrieben, ohne materiell etwas zu ändern.

Die Aktiengesellschaft ist eine „kapitalbezogene“ Kapitalgesellschaft mit einem festen, in den Statuten bestimmten Aktienkapital. Für ihre Schulden haftet ausschliesslich das Gesellschaftsvermögen. Bei den Aktionärinnen und Aktionären kann es sich um natürliche oder juristische Personen handeln. Auch Handelsgesellschaften (Kollektiv- und Kommanditgesellschaften) dürfen sich an einer Aktiengesellschaft beteiligen. Jede Aktionärin und jeder Aktionär muss mindestens über eine Aktie verfügen. Sie oder er ist zur Liberierung der Anteile verpflichtet. Die Gesellschaft darf ihr oder ihm keine Pflichten auferlegen, die im Gesetz nicht vorgesehen sind (z.B. Nachschusspflicht). Artikel 680 Absatz 1 stellt dies klar. Ein ausdrücklicher Hinweis, dass die Aktiengesellschaft sowohl wirtschaftliche wie nichtwirtschaftliche Zwecke verfolgen kann, erübrigt sich gleich wie bei anderen Gesellschaftsformen.

3.1.2 Art. 622 i. V. m. Art. 3 Übergangsbestimmung: Aktien

Absatz 1 von Artikel 622 hält fest, dass Aktien auf den Namen lauten müssen. Inhaberaktien dürfen aus den bereits dargelegten Gründen (s. vorne Ziff. 2.3.5) nicht mehr ausgegeben werden. Bestehende Inhaberaktien sind innert einer Übergangsfrist von 2 Jahren in Namenaktien umzuwandeln (Art. 3 VE Ueb.Best.; s. hinten Ziff. 3.11.2).

Eine wichtige Neuerung findet sich in Absatz 2: Inskünftig kann der Mindestnennwert einer Aktie unter einem Rappen liegen. Er muss lediglich höher als Null sein. Damit können die Gesellschaften sogenannte schwere Aktien, d.h. Beteiligungspapiere deren Handelbarkeit durch den hohen Börsenpreis erschwert ist, beliebig in Anteile mit kleinerem Nennwert aufteilen, damit die Titel auch für Kleinanleger erschwinglich werden. Ziel dieser Regelung ist es, den Unternehmen die gleiche Freiheit bei der Ausgestaltung ihrer Kapitalstrukturen zu geben, wie wenn unechte nennwertlose Aktien eingeführt würden (s. vorne Ziff. 2.3.4).

⁹⁷ Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrechts) vom 19. Dezember 2001, BBl **2002** 3148 ff., 3169 ff.

Nach Artikel 622 Absatz 3 ist die Gesellschaft nicht verpflichtet, Aktientitel auszugeben. Dies entspricht der heutigen Praxis.

3.1.3 Art. 626, 627, 628, 630: Statuten, Aktienzeichnung

Das geltende Recht unterscheidet zwischen der „Art“ der Aktien (Inhaber- oder Namenaktien) und der „Kategorie“ von Aktien („Stamm- und Stimmrechtsaktien“ sowie „Stamm- und Vorzugsaktien“). Mit dem Wegfall der Inhaberaktien ist der Begriff „Art“ im Gesetz zu streichen. Artikel 626 Ziffer 4 und Artikel 630 Ziffer 1 werden entsprechend angepasst.

Artikel 627 zählt Bestimmungen auf, die zu ihrer Verbindlichkeit der Aufnahme in den Statuten bedürfen. Die Vorschrift ist jedoch lückenhaft; sie wird im Interesse der Praxis vervollständigt.

Neu wird ausdrücklich festgehalten, dass die Generalversammlung sich in den Statuten Zuständigkeiten betreffend die Entschädigung des obersten Managements und der ihnen nahe stehende Personen sowie die Ausrichtung von Mitarbeiteroptionen vorbehalten kann (Art. 627 Ziff. 4). Es müssen keine derartigen statutarischen Klauseln vorgesehen werden. Will aber eine Gesellschaft entsprechende Kompetenzen der Generalversammlung zuweisen, hat sie dies in den Statuten festzuhalten.

Weitere Anpassungen finden sich im Zusammenhang mit Neuerungen im Bereich der Durchführung der Generalversammlung (Art. 627 Ziff. 12 und 13 i.V.m. Art. 701 ff.; s. hinten Ziff. 3.1.38 ff.) und der Anzeigepflicht des Verwaltungsrats im Falle der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft (Art. 627 Ziff. 18, i.V.m. 725; s. hinten Ziff. 3.1.43).

Artikel 628 Absätze 1, 2 und 4 werden ersatzlos gestrichen. Sacheinlagen und Sachübernahmen müssen in den Statuten nicht mehr erwähnt werden. Die entsprechenden Verträge und andere Urkunden sind aber weiterhin beim Handelsregisteramt einzureichen, wo Dritte sie einsehen können. Zudem werden Sacheinlagen und Sachübernahmen wie bis anhin im Handelsregister eingetragen und im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publiziert. Die erforderliche Transparenz ist somit gewährleistet (Art. 634 und 636; s. hinten Ziff. 3.1.4 f.). Die Unternehmen müssen aber nicht mehr für jede Sacheinlage und Sachübernahme ihre Statuten ändern und nach Ablauf der Frist von 10 Jahren die entsprechenden Klauseln aus den Statuten streichen. Dadurch lassen sich Aufwand und Kosten für die Gesellschaften verringern.

Artikel 628 Absatz 3 über die besonderen Vorteile findet sich – neu formuliert, materiell aber nicht geändert - in Artikel 642 wieder. Die begünstigten Personen sind in den Statuten namentlich aufzuführen und die ihnen gewährten Vorteile nach Inhalt und Wert zu bezeichnen. Auf die Eintragung des Namens der begünstigten Personen im Handelsregister kann aber verzichtet werden.

3.1.4 Art. 632, 633, 634, 634a, 642: Einlagen, Sachübernahme, besondere Vorteile

Gemäss Artikel 632 Absatz 1 wird die Mindestliberierung jeder Aktie von 20 auf 25 Prozent erhöht und damit in Übereinstimmung mit dem EU-Recht gebracht⁹⁸. Die Mindesteinlage beträgt unverändert 50'000.- Franken⁹⁹. Die Neuerung wird zu keinen tiefgreifenden Änderungen in der Praxis führen, da die überwiegende Mehrheit der Aktien zu 100 Prozent liberiert ist. Selbst bei Teilliberierung beträgt der Liberierungsgrad meist 50 Prozent. Die Erhöhung der Mindestliberierung betrifft nur neu ausgegebene Aktien.

Artikel 633 Absatz 3 stellt klar, dass es sich bei der Liberierung mittels einer *frei konvertiblen* Fremdwährung um eine Barliberierung handelt und nicht um eine Sacheinlage. Dies entspricht der konstanten Praxis des Eidgenössischen Amts für das Handelsregister seit der letzten Aktienrechtsrevision von 1991¹⁰⁰.

Artikel 634 Absatz 1 Ziffern 1 - 3 kodifizieren die herrschende Praxis zur Sacheinlagefähigkeit eines Gegenstands. Ein Vermögenswert kann in Form einer Sacheinlage in eine Gesellschaft eingebracht werden, wenn er *kumulativ* aktivierbar, frei übertragbar, frei verfügbar und verwertbar ist¹⁰¹.

Artikel 634 Absatz 2 entspricht inhaltlich der bisherigen Ziffer 1 von Artikel 634 OR. Ziffer 3 über den Gründungsbericht und den Prüfungsbericht wird gestrichen, da aufgrund des neuen Artikels 929 Absatz 1 E OR (GmbH-Vorlage¹⁰²) die beim Handelsregisteramt einzureichenden Belege in der Handelsregisterverordnung geregelt werden. Die Erstellung eines Gründungsberichts mit entsprechender Prüfungsbestätigung (neu „Prüfungsbericht“) wird aber weiterhin erforderlich sein.

In Anlehnung an Artikel 70 Absatz 2 des Fusionsgesetzes¹⁰³ sieht Artikel 634 Absatz 3 vor, dass neu eine einzige Urkunde genügt, wenn mehrere Grundstücke Gegenstand derselben Sacheinlage sind, selbst wenn sie in verschiedenen Kantonen liegen. Die Möglichkeit der Erstellung einer einzigen Urkunde vermindert die Kosten und den Aufwand der Unternehmen bei der Einlage von mehreren Grundstücken. Zuständig für die Beurkundung ist die Urkundsperson am Sitz der Gesellschaft.

⁹⁸ S. Art. 9 der Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13.12.1976 (Zweite EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts);

⁹⁹ S. HANS CASPAR VON DER CRONE, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Nennwertlose Aktie, REPRAX 1/02 S. 1 ff., S. 12.

¹⁰⁰ Näheres dazu bei PAUL THALMANN, Bares ist Wahres, REPRAX 4/03 S. 19 ff.

¹⁰¹ S. Mitteilung des Eidg. Amts für das Handelsregister betr. Sacheinlage und Sachübernahme vom 15. August 2001, REPRAX 2/01, S. 59 ff., 60 f.

¹⁰² S. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrechts) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002 3148 ff.

¹⁰³ S. Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz), SR 221.301.

Der Gegenstand der Sacheinlage und die dafür ausgegebenen Aktien müssen ins Handelsregister eingetragen werden (Art. 634 Abs. 4). Andernfalls ist die Sacheinlage nicht rechtsgenügend.

Im geltenden Recht ist die Liberierung durch Verrechnung äusserst lückenhaft geregelt. Artikel 634a kodifiziert die geltende Praxis und schafft für bestimmte, in der Lehre umstrittene Fragen Klarheit. Zudem soll einer missbräuchlichen Verwendung der Verrechnungsliberierung ein Riegel geschoben werden.

Artikel 634a Absatz 1 hält fest, dass eine Verrechnung nur für Forderungen erfolgen darf, wenn die entsprechende Leistung auch Gegenstand einer Barliberierung oder einer Sacheinlage sein kann. Die Verrechnung darf insbesondere nicht dazu verwendet werden, die gesetzlichen Schranken der Sacheinlage zu umgehen. Andernfalls könnten die gesetzlichen Gläubigerschutzbestimmungen zur Liberierung durch Sacheinlage leicht umgangen werden. Das Verbot erfasst jedoch nur Rechtsgeschäfte zwischen der Gesellschaft und ihren bisherigen Aktionärinnen und Aktionären oder deren Angehörigen, da hier die Gefahr einer missbräuchlichen Verwendung der Verrechnung relativ gross ist. Für Verträge mit Dritten genügt das allgemeine Umgehungs- und Rechtsmissbrauchsverbot.

Artikel 634a Absatz 2 behandelt die in der Lehre und Praxis umstrittene Frage nach der Zulässigkeit der Verrechnungsliberierung bei der Kapitalerhöhung zum Zweck der Sanierung. Die Forderung, die mit der Liberierungsforderung der Gesellschaft zur Verrechnung gebracht werden soll, ist im Sanierungsfall durch die Aktiven des Unternehmens meist nicht mehr voll gedeckt; sie ist nicht mehr im vollen Umfang werthaltig. Trotzdem führt die Verrechnung zur Verminderung der finanziellen Verpflichtungen der Aktiengesellschaft. Zwar fliessen keine neuen Mittel in die Gesellschaft; die Chance der andern Gläubigerinnen und Gläubiger auf eine zumindest teilweise Befriedigung ihrer Ansprüche steigt aber mit der Verrechnung. Der oder die Verrechnende selber wird insofern gegenüber den Mitaktionärinnen und Mitaktionären bevorteilt als sie oder er den Kaufpreis der Aktien mit einer im Zeitpunkt der Liberierung nur noch beschränkt werthaltigen Forderung verrechnet. Die andern Gesellschafterinnen und Gesellschafter profitieren jedoch von der Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital, weil sich die Verbindlichkeiten der Aktiengesellschaft verringern. Es erscheint deshalb aus wirtschaftlicher Sicht als sinnvoll, die Verrechnungsliberierung auch im Fall der Sanierungen zuzulassen.

Nach Artikel 634 Absatz 2 letzter Satz bleiben die Bestimmungen über den Kapitalverlust und die Überschuldung vorbehalten. Es handelt sich dabei um einen unechten Vorbehalt, der nur der Klarstellung dient. Zur Anwendung kommen im Übrigen auch die allgemeinen Regeln über die Verrechnung (Art. 7 des Zivilgesetzbuchs [ZGB]¹⁰⁴ i.V.m. Art. 120 ff. OR). Eine einzige Ausnahme besteht für bestrittene Forderungen. Während bei der normalen Verrechnung auch bestrittene Forderungen zur Verrechnung gebracht werden können, ist dies bei der Verrechnung mit der Liberierungsforderung der

¹⁰⁴ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210.

Gesellschaft ausgeschlossen. Bei einer Verrechnung mit einer Forderung ohne rechtlichen Bestand würde das Aktienkapital nicht liberiert, so dass der Liberierungsbetrag nachträglich eingefordert werden müsste. Dies ergibt sich indirekt auch aus den Artikeln 635 Ziffer 2 und 652e Ziffer 3 OR, die vorschreiben, dass die Gründerinnen und Gründer bzw. der Verwaltungsrat in einem Bericht über Bestand und Verrechenbarkeit der Schuld Rechenschaft abzulegen haben.

Artikel 634a Absatz 3 sieht vor, dass neu nicht nur die Sacheinlage im Handelsregister eingetragen werden muss, sondern auch die Verrechnungsliberierung. Die rechtliche Ungleichbehandlung von Sacheinlage und Verrechnungsliberierung lässt sich nicht rechtfertigen. Zwar können Dritte schon bisher durch Einsicht in den beim Handelsregisteramt einzureichenden Gründer- respektive Kapitalerhöhungsbericht Kenntnis vom Gegenstand der Verrechnungsliberierung nehmen. Die Eintragung ins Handelsregister entspricht aber einem alten Postulat der Lehre und verbessert die Transparenz zu Gunsten der Gläubigerinnen, Gläubiger, Investorinnen und Investoren. Für die Gesellschaft bedeutet die Handelsregistereintragung keine Mehrbelastung, da sie die entsprechenden Belege bei der Gründung bzw. der Kapitalerhöhung bereits heute beim Handelsregisteramt einzureichen hat. Ohne Handelsregistereintrag ist die Verrechnungsliberierung nicht rechtsgültig.

Artikel 642 Absatz 1 (besondere Vorteile) entspricht dem heutigen Artikel 628 Absatz 3 OR. Absatz 2 übernimmt die Regelung von Artikel 641 Ziffer 6, wonach besondere Vorteile ins Handelsregister einzutragen sind.

3.1.5 Art. 636: Sachübernahme

Artikel 636 Absatz 1 entspricht grundsätzlich Artikel 628 Absatz 2 E OR, wie er im Rahmen der parlamentarischen Beratung der GmbH-Revision ins Gesetz aufgenommen wurde¹⁰⁵; s. vorne Ziff. 1.2). Indessen ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Statuten nach dem Vorentwurf keine Bestimmungen über Sacheinlagen und Sachübernahmen mehr enthalten müssen. Übernimmt die Gesellschaft von Aktionärinnen und Aktionären oder diesen nahe stehenden Personen Vermögenswerte oder beabsichtigt sie den Erwerb solcher Gegenstände, so muss sie dies weiterhin beim Handelsregisteramt zur Eintragung anzumelden. Eine entsprechende Bestimmung in den Statuten ist dagegen nicht mehr erforderlich. Der mit dem Rechtsgeschäft verfolgte Zweck spielt für die Frage, ob es sich um eine Sachübernahme handelt, - entgegen einem Entscheid des Bundesgerichts¹⁰⁶ - keine Rolle.

In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass Unternehmen den Erwerb von Vermögensgegenständen als Sachübernahme anmelden, die nicht Gegenstand einer Sacheinlage sein können (z.B. sogenannte Domain-Names). Gemäss herrschender Praxis,

¹⁰⁵ S. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrechts) vom 19. Dezember 2001, BBl **2002** 3148 ff.

¹⁰⁶ S. BGE 128 III 178 ff.

die in Artikel 636 Absatz 2 kodifiziert wird, ist aber nur sachübernahmefähig, was auch Sacheinlagefähig ist¹⁰⁷. Deshalb können diese Rechtsgeschäfte nicht als Sachübernahme im Handelsregister eingetragen werden. Um den Wunsch von Gesellschaften nach Bekanntgabe des Erwerbs solcher Gegenstände aus Transparenzgründen zu entsprechen, tragen bestimmte Handelsregisterämter das Rechtsgeschäft heute unter der Rubrik „Bemerkungen“ ein. Absatz 3 hält nun neu fest, dass es der Gesellschaft freisteht, weitere Rechtsgeschäfte mittels eines Handelsregistereintrags offen zu legen. Der Verzicht auf die Offenlegung des Erwerbs von Vermögenswerten, die nicht Gegenstand einer Sacheinlage oder Sachübernahme sein können, begründet keine Haftung des Verwaltungsrats oder anderer Organe.

3.1.6 Art. 642: Besondere Vorteile

Siehe dazu vorne Ziffer 3.1.4.

3.1.7 Art. 650, 652, 652a: Ordentliche Kapitalerhöhung

Das bisherige Verfahren der ordentlichen Kapitalerhöhung wird grundsätzlich beibehalten. Kleinere Modifikationen sind bedingt durch die Änderungen in anderen Bereichen. Zudem wird versucht, bestimmte Schwachstellen der geltenden Regelung zu beseitigen.

Mit dem Wegfall der Inhaberaktien müssen die Artikel 650 Absatz 2 Ziffer 2 und 9 sowie 652a Absatz 1 Ziffer 2 redaktionell angepasst werden.

Wie bisher muss die Art der Einlagen explizit im Kapitalerhöhungsbeschluss genannt werden (Art. 650 Abs. 2 Ziff. 4), so ist insbesondere auch eine Liberierung mit Eigenkapital aufzuführen (Ausgabe von Gratisaktien). Absatz 2 Ziffer 6 erwähnt zudem neu ausdrücklich die Liberierung durch Verrechnung (s. vorne Ziff. 3.1.4).

Eine weitere Änderung steht im Zusammenhang mit der Einführung eines Kapitalbands (s. Ziff. 2.3.2, 3.1.18). Entsprechende Statutenbestimmungen sind im Emissionsprospekt aufzuführen (Art. 652a Abs. 1 Ziff. 3).

Das heutige Recht gibt dem Verwaltungsrat zur Durchführung der ordentlichen Kapitalerhöhung drei Monate Zeit (Art. 650 Abs. 1 OR). In der Praxis erweist sich diese Frist häufig als zu kurz. Insbesondere Publikumsgesellschaften benötigen für die Zeichnung und Liberierung im Rahmen umfangreicher Kapitalerhöhungen mehr Zeit. Deshalb sieht Absatz 3 neu eine Frist von 6 Monaten vor, wobei die Generalversammlung die Frist im Rahmen ihres Erhöhungsbeschlusses verkürzen kann. Zudem stellt die Bestimmung klar, dass die Frist mit der Beschlussfassung durch die Generalversammlung

¹⁰⁷ Nach eingehender Prüfung wurde im Vorentwurf darauf verzichtet, für Sacheinlage und Sachübernahmen unterschiedliche Kriterien zu schaffen. Eine Ausweitung des Begriffs der Sachübernahme würde zu schwierigen Abgrenzungsfragen zwischen sachübernahmefähigen und nicht sachübernahmefähigen Vermögenswerten führen.

zu laufen beginnt. Entgegen dem bisherigen Wortlaut des Absatzes 3 reicht es zur Einhaltung der Frist aus, dass der Verwaltungsrat die Kapitalerhöhung in rechtsgenügli-cher Form beim zuständigen Handelsregister anmeldet. „Rechtsgenügli-“ bedeutet, dass die Anmeldung gemäss den einschlägigen Formvorschriften zusammen mit den erforderlichen Belegen innerhalb von 6 Monaten nach dem Generalversammlungsbe-schluss dem Handelsregisterführer vorliegt (Art. 931a Abs. 3; s. hinten Ziff. 3.8.4). Gleichgültig ist, wann die Kapitalerhöhung im Handelsregister eingetragen bzw. im SHAB publiziert wird. Nach erfolgter Anmeldung liegt es im Verantwortungsbereich des Registerführers, dass die Eintragung möglichst rasch erfolgt (Art. 19 Abs. 2 Handelsre-gisterverordnung [HRegV])¹⁰⁸. Bei grosser Geschäftslast kann sich jedoch die Eintra-gung verzögern. Dies darf nicht zu Lasten des Verwaltungsrats bzw. der Gesellschaft gehen. Wird die Frist nicht eingehalten, fällt der Erhöhungsbeschluss *ex tunc* dahin.

Die in Artikel 652 Absatz 3 OR vorgesehene Frist für den Zeichnungsschein von 3 Monaten wird ebenfalls auf 6 Monate verlängert.

3.1.8 Art. 651 und 651a: Genehmigte Kapitalerhöhung

Mit der Einführung eines Kapitalbands (Variante I) kann das Institut der genehmigten Kapitalerhöhung aufgehoben werden. Ein Nebeneinander von ordentlicher, bedingter, genehmigter Kapitalerhöhung, ordentlicher Kapitalherabsetzung und Kapitalband wür-de zu einer unübersichtlichen, sich überschneidenden Ordnung der Kapitaländerungs-verfahren führen, ohne dass damit für die Praxis etwas gewonnen würde (s. vorne Ziff. 2.3.3)¹⁰⁹.

3.1.9 Art. 652 und Art. 652a: Aktienzeichnung und Emissionsprospekt

Siehe vorne Ziffer 3.1.7.

3.1.10 Art. 652b: Bezugsrecht

Der Vorentwurf regelt das Bezugsrecht neu im Rahmen der sogenannten Festüber-nahme. Bei der Festübernahme verpflichtet sich der Festübernehmer - in aller Regel eine Bank - vertraglich gegenüber der Gesellschaft, sämtliche Aktien, die im Rahmen einer Kapitalerhöhung ausgegeben werden, zu zeichnen und anschliessend den Aktio-närinnen und Aktionären oder Dritten zum Kauf anzubieten.

¹⁰⁸ Handelsregisterverordnung von 7. Juni 1937 (HRegV), SR 221.411.

¹⁰⁹ Im Falle der Variante II (genehmigte Kapitalerhöhung / Kapitalherabsetzung) würden die Vorschriften nach hinten verschoben und die beiden Artikel ebenfalls aufgehoben (Art. 652i ff.; s. hinten Ziff. 3.16 ff.).

Artikel 652b Absatz 2 hält fest, dass das Bezugsrecht bei einer Festübernahme gewahrt bleibt, wenn es sich beim Festübernehmer um ein dem Bankengesetz unterstelltes Institut handelt und die Aktien den Aktionärinnen und Aktionären gemäss ihrer bisherigen Beteiligung angeboten werden (echter Vertrag zu Gunsten Dritter). Das Bezugsrecht wird von der Festübernahme im Ergebnis nicht tangiert. Es handelt sich vielmehr um eine blossе Modalität der Gewährung des Bezugsrechts. Dementsprechend kommen die Vorschriften über die Aufhebung bzw. die Beschränkung des Bezugsrechts nicht zur Anwendung. Die in Lehre und Praxis umstrittene Frage, ob jede Festübernahme zu einer Beschränkung des Bezugsrechts führt, wird damit positivrechtlich entschieden.

Handelt es sich jedoch beim Festübernehmer nicht um eine Bank, sind die Regeln über den Entzug des Bezugsrechts zu beachten. So muss die Festübernahme unter anderem mit dem qualifizierten Mehr von Artikel 704 Absatz 1 Ziffer 3 von der Generalversammlung gutgeheissen werden.

Hält sich die Bank nicht an ihre vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Unternehmen und bietet die Aktien den Aktionärinnen und Aktionären nicht gemäss ihrer bisherigen Beteiligung an, sondern veräussert sie an andere Personen, ist das entsprechende Rechtsgeschäft mit Dritten nichtig. Der wertpapierrechtliche Gutgläubenschutz tritt in diesem Fall hinter den Anspruch der Aktionärinnen und Aktionäre zurück. Die übergangenen Gesellschafterinnen und Gesellschafter können gegen die Bank auf Abgabe der Aktien klagen. Die Bank hat die Aktien von den Dritten zurückzuverlangen. Die Kapitalerhöhung sowie die Zeichnung der Aktien durch die Festübernehmerin bleiben dagegen – aus Gründen der Rechtssicherheit – von der Nichtigkeit unberührt. Verzichtet eine Aktionärin oder ein Aktionär allerdings auf die Ausübung des Bezugsrechts, kann die Festübernehmerin die entsprechenden Aktien rechtmässig an Drittpersonen veräussern.

Die in Absatz 4 vorgesehene Änderung trägt dem Wegfall der Inhaberaktien Rechnung und ist rein terminologischer Natur (s. vorne Ziff. 2.3.5).

Absatz 5 dient insbesondere dem Schutz von Personen mit Minderheitsbeteiligungen. Eine Kapitalerhöhung kann nicht dazu benutzt werden, die Stellung solcher Gesellschafterinnen und Gesellschafter zusätzlich zu schwächen. So ist es beispielsweise unzulässig, die Kapitalerhöhung *bewusst* zu einem Zeitpunkt durchzuführen, in dem eine Minderheitsaktionärin oder ein Minderheitsaktionär aufgrund finanzieller Engpässe nicht in der Lage ist, das Bezugsrecht auszuüben, da ihr oder ihm die Mittel zur Liberierung der Aktien fehlen.

Absatz 6 hält fest, dass der Ausgabepreis nicht wesentlich tiefer liegen darf als der wirkliche Wert¹¹⁰ der Aktien, sofern das Bezugsrecht nicht zum wirklichen Wert handelbar ist. Erfasst werden Fälle, in denen kein Handel des Bezugsrechts zu angemessenen Bedingungen stattfindet und die Aktionärin oder der Aktionär das Bezugsrecht

¹¹⁰ Beim „wirklichen Wert“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der bereits im OR und Fusionsgesetz verwendet wird (s. z.B. Art. 670 Abs. 1 OR, Art. 7 Abs. 2 FusG).

nicht ausüben kann oder will. So wäre die Festsetzung eines niedrigen Ausgabepreises mit dem Wissen, dass eine Gesellschafterin oder ein Gesellschafter sich nicht an der Kapitalerhöhung beteiligen kann, während die Mehrheitsaktionärin oder der Mehrheitsaktionär günstig zusätzliche Anteile erwirbt, missbräuchlich.

Für Publikumsgesellschaften ist die Bestimmung bedeutungslos, da die Bezugsrechte an der Börse gehandelt werden. Die Gesellschaft kann den Ausgabepreis der Aktien daher – unter Beachtung des „*Unter pari*-Verbots“ – frei festsetzen (Art. 624 OR). Dasselbe gilt in der Regel auch für andere wirtschaftlich bedeutende Unternehmen, da hier der Bezugsrechtshandel zu regulären Konditionen stattfindet.

Sowohl Absatz 5 als auch Absatz 6 sind Ausfluss des allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbots und der Eigentumsgarantie.

3.1.11 Art. 652f, 652g, 652h: Modalitäten der Kapitalerhöhung

In Artikel 652f Absatz 2 wird anstelle des Ausdrucks „Prüfungsbestätigung“ zur Vereinheitlichung der Terminologie neu der Begriff „Prüfungsbericht“ verwendet. Materiell ändert sich nichts.

Artikel 652g Absatz 3 und Artikel 652h Absatz 2 werden aufgehoben. Die Änderung steht im Zusammenhang mit Artikel 929 der GmbH-Vorlage¹¹¹: Inskünftig sollen die beim Handelsregister einzureichenden Belege einheitlich in der Handelsregisterverordnung geregelt werden (s. vorne Ziff. 3.1.4).

Bei Artikel 652h Absatz 1 handelt es sich um eine Änderung begrifflicher Natur. Statt „Handelsregister“ muss es richtigerweise „Handelsregisteramt“ heissen. Entsprechende Formulierungen finden sich bereits im Fusionsgesetz (z.B. Art. 5 Abs. 2 und 6 Abs. 2 FusG) sowie im neuen GmbH-Recht¹¹².

3.1.12 Art. 653 und 653b: Bedingte Kapitalerhöhung

Die bedingte Kapitalerhöhung erfährt nur punktuelle Anpassungen:

In Artikel 653 Absatz 1 werden neben den Gläubigerinnen und Gläubigern von Anleiens- oder ähnlichen Obligationen sowie den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Unternehmens neu auch die Aktionärinnen und Aktionäre zu den möglichen Adressaten der bedingten Kapitalerhöhung gezählt. Bereits nach der heutigen Praxis können

¹¹¹ S. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrechts) vom 19. Dezember 2001, BBl **2002** 3148 ff., 3237.

¹¹² S. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrechts) vom 19. Dezember 2000, BBl **2002** 3148 ff.; 837, Art. 814 Abs. 6 E OR.

sogenannte Gratis- oder Aktionärsoptionen im Rahmen einer bedingten Kapitalerhöhung ausgegeben werden¹¹³.

Artikel 653 Abs. 2 setzt dem Verwaltungsrat neu eine Frist von dreissig Tagen zur Anmeldung der bedingten Kapitalerhöhung beim Handelsregisteramt. Dieser ist bereits heute für den Vollzug der Beschlüsse der Generalversammlung innert angemessener Frist verantwortlich¹¹⁴. Kommt hinzu, dass nach Artikel 653b Absatz 3 Wandel- und Optionsrechte nichtig sind, wenn sie vor der Eintragung der Statutenbestimmung über die bedingte Kapitalerhöhung ausgegeben werden.

Im Interesse der Transparenz erscheint es richtig, im Gesetz – gleich wie bei der ordentlichen Kapitalerhöhung – eine Frist vorzusehen und in der Handelsregisterverordnung zu bestimmen, dass der entsprechende Eintrag im SHAB zu publizieren ist. Insbesondere für potentielle Investoren kann die Tatsache, dass eine bedingte Kapitalerhöhung beschlossen ist, von Bedeutung für einen Anlageentscheid sein. Die Publikation des Generalversammlungsbeschlusses über die bedingte Kapitalerhöhung ist zudem im Hinblick auf die Einführung des Kapitalbands notwendig. Nur so kann ausreichend Klarheit für Gesellschafterinnen und Gesellschafter sowie Gläubigerinnen und Gläubiger geschaffen werden (s. Ziff. 2.3.2, 3.1.18).

Die Frist ist gewahrt, wenn die Anmeldung innert 30 Tagen in rechtsgenügender Form beim Handelsregisteramt erfolgt (Art. 931a Abs. 2; s. hinten Ziff. 3.8.4).

Die neuen Formulierungen von Artikel 653b Absatz 1 Ziffer 2 und 6 tragen dem Umstand Rechnung, dass es nach dem Vorentwurf nur noch Namenaktien gibt (s. vorne Ziff. 2.3.5). Ziffer 4 stellt klar, dass die allfällige Aufhebung oder Beschränkung des Bezugsrechts in den Statuten vorzusehen ist.

3.1.13 Art. 653c und 653d: Schutz der Aktionärinnen und Aktionäre sowie der Berechtigten

Artikel 653c Absatz 1 sieht vor, dass die Bestimmungen über das Bezugsrecht bei der ordentlichen Kapitalerhöhung zur Anwendung kommen (Art. 652b), wenn den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern Optionsrechte eingeräumt werden (s. hinten Ziff. 3.1.10). Dies gilt auch für die Ausübung des Bezugsrechts und die Festsetzung des Ausgabepreises.

Gibt die Gesellschaft bei einer bedingten Kapitalerhöhung Anleihens- oder ähnliche Obligationen aus, mit denen Wandel- oder Optionsrechte verbunden sind, so muss sie grundsätzlich den Aktionärinnen und Aktionären die Optionsrechte gemäss deren bis-

¹¹³ Zulässig ist gemäss herrschender Praxis auch die Schaffung sogenannter „nackter“ oder „einfacher“ Optionen, die nicht mit einer Anleihe verbunden sind, sofern sie zunächst den Aktionären angeboten werden (Art. 653c OR); FORSTMOSER / MEIER - HAYOZ / Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 52 RZ 334.

¹¹⁴ S. in diesem Zusammenhang auch Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR sowie Art. 22 Abs. 2 HRegV.

heriger Beteiligung zur Zeichnung anbieten. Das sogenannte Vorwegzeichnungsrecht der Aktionärinnen und Aktionäre kann aber – ähnlich wie das Bezugsrecht – aus wichtigen Gründen entzogen oder beschränkt werden. Dasselbe gilt auch im Hinblick auf die Ausgabe von sogenannten „nackten“ oder „einfachen“ Optionen, die nicht an eine Anleihe gekoppelt sind.

Neu soll das Vorwegzeichnungsrecht bei Publikumsgesellschaften auch ohne Vorliegen wichtiger Gründe beschränkt oder aufgehoben werden können, wenn die Aktionärinnen und Aktionäre die Möglichkeit haben, die entsprechenden Titel zu angemessenen Bedingungen und in dem ihnen zustehenden Umfang an der Börse zu erwerben (Abs. 3). Die vorgesehene Lockerung des Schutzes des Vorwegzeichnungsrechts erscheint unproblematisch, da unter den festgelegten Bedingungen die Interessen der Aktionärinnen und Aktionäre gewahrt bleiben: Werden die Obligationen in ausreichendem Masse und zu angemessenen Konditionen frei an der Börse gehandelt, so verliert das Vorwegzeichnungsrecht seine Bedeutung für die Gesellschafterinnen und Gesellschafter. Sie können sich an der Börse mit Titeln eindecken.

In Artikel 653d Absatz 1 wird aufgrund der Änderung in Artikel 653 Absatz 1 der Begriff „Aktionär“ eingefügt (s. vorne Ziff. 3.1.12).

3.1.14 Art. 653f, 653g, 653i: Verfahrensmodalitäten

Die Änderungen in Artikel 653f Absatz 1 und die Aufhebung von Absatz 2 sind rein formaler Natur und dienen sowohl dem besseren Verständnis als auch der Vereinheitlichung der Terminologie.

Artikel 653g erhält einen klareren Aufbau. Bestimmte Änderungen sind zudem terminologischer Natur (s. vorne Ziff. 3.1.4).

Eine materielle Neuerung findet sich in Artikel 653i: In der Praxis hat sich gezeigt, dass Gesellschaften gelegentlich eine bedingte Kapitalerhöhung beschliessen, dann aber davon absehen, sie durchzuführen oder diese vorzeitig abbrechen. Die Bestimmung regelt die Modalitäten, die in einem solchen Fall zu beachten sind.

Der Verwaltungsrat ist grundsätzlich verpflichtet, die Beschlüsse der Generalversammlung auszuführen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR). Tut er dies nicht, so haftet er im Schadensfall nach Artikel 754 OR. Dies gilt auch, wenn er ohne Zustimmung der Generalversammlung auf die Durchführung einer beschlossenen bedingten Kapitalerhöhung verzichtet. Die neuen Vorschriften des Artikels 653i ändern an dieser Ausgangslage nichts.

Artikel 653i Absatz 1 Ziffer 3 und Absatz 2 regeln den Fall, dass bereits Wandel- oder Optionsrechte gewährt oder ausgegeben wurden. Die Statutenbestimmung kann diesfalls nur aufgehoben werden, wenn ein zugelassener Revisionsexperte schriftlich in einem Prüfungsbericht bestätigt, dass alle Berechtigten auf die Ausübung ihrer Rechte schriftlich verzichtet haben. Willigen nicht sämtliche Inhaber der Wandel- oder Options-

rechte in den Verzicht ein, so darf die Statutenbestimmung nicht einfach gestrichen werden. Die Statuten sind aber entsprechend anzupassen.

Die Entschädigung für den Verzicht auf die Ausübung der Wandel- oder Optionsrechte kann in bar oder auf andere Weise erfolgen (z.B. durch Abgabe von Aktien). Die Höhe der Entschädigung sollte im Geschäftsbericht aus Transparenzgründen offengelegt werden. Der Vorentwurf verzichtet aber auf eine entsprechende Vorschrift.

Um den Aufwand der Unternehmen zu verringern, muss der Beschluss über die Statutenänderung nicht mehr öffentlich beurkundet werden (Art. 653i Abs. 3).

3.1.15 Art. 653j und 653k: Ordentliche Kapitalherabsetzung

Für die ordentliche Kapitalherabsetzung gilt *de lege lata* folgendes Verfahren:

- Der Verwaltungsrat beschliesst, der Generalversammlung die Herabsetzung des Aktienkapitals vorzuschlagen, und beauftragt eine besonders befähigte Revisorin oder einen besonders befähigten Revisor mit der Erstellung eines besonderen Revisionsberichts. Bestätigt der Bericht, dass auch nach der Herabsetzung des Aktienkapitals die Forderungen der Gläubigerinnen und Gläubiger voll gedeckt sind, stellt der Verwaltungsrat der Generalversammlung den Antrag zur Beschlussfassung (Art. 732 ff. OR).
- Die Generalversammlung beschliesst die Kapitalherabsetzung.
- Der Beschluss der Generalversammlung wird dreimal im SHAB veröffentlicht (so genannte Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger¹¹⁵). Die Gläubigerinnen und Gläubiger haben zwei Monate Zeit, um - unter Anmeldung ihrer Forderungen - Befriedigung oder Sicherstellung ihrer Forderungen durch die Gesellschaft zu verlangen.
- Nach Ablauf der Anmeldefrist und gegebenenfalls nach der Sicherstellung oder Befriedigung der Gläubigerinnen und Gläubiger darf das Aktienkapital herabgesetzt werden.
- Die Herabsetzung wird ins Handelsregister eingetragen, wenn eine öffentliche Urkunde eingereicht wird, die bestätigt, dass die gesetzlichen Vorgaben eingehalten worden sind.

Die heutige gesetzliche Regelung ist – im Unterschied zur Kapitalerhöhung - rudimentär und weist verschiedene Lücken auf. Zudem erscheint es aus dem Blickwinkel des Gläubigerschutzes als problematisch, dass der Revisionsbericht (neu: „Prüfungsbericht“) vor dem Aufruf an die Gläubigerinnen und Gläubiger erstellt wird. Denn die Revi-

¹¹⁵ In der Praxis wird häufig der Terminus „Schuldenruf“ verwendet. Dieser Begriff sollte aber im Zusammenhang mit der Kapitalherabsetzung nicht verwendet werden, da er dem Schuldbetreibungsrecht entstammt und dort eine andere Bedeutung hat; s. Art. 232 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), SR 281.1.

sorin oder der Revisor (neu: „zugelassene Revisionsexpertin / zugelassener Revisions-experte“¹¹⁶) weiss zu diesem Zeitpunkt noch nicht, ob und in welchem Umfang Forderungen gegenüber der Gesellschaft bestehen, die in den Geschäftsbüchern nicht verzeichnet beziehungsweise in der Bilanz nicht erscheinen (z.B. Schadenersatzforderungen aufgrund der Produkthaftpflicht etc.).

Da die Flexibilisierung der Kapitaländerungsverfahren eine umfassende gesetzliche Neuordnung erforderlich macht (s. vorne Ziff. 2.3 ff.), sollen gleichzeitig die Mängel bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung behoben werden. Die verschiedenen Kapitaländerungsverfahren werden inskünftig systematisch im gleichen Kapitel des Gesetzes geregelt. Zudem wird das Herabsetzungsverfahren materiell modifiziert und den Vorschriften über die ordentliche Kapitalerhöhung angeglichen

Artikel 653j Absatz 1 weist der Generalversammlung die Kompetenz zu, über den Umfang der Kapitalherabsetzung und / oder den Grad der Liberierung der Aktien zu entscheiden. Bereits gemäss heutiger Praxis untersteht die sogenannte „Deliberierung“ den Bestimmungen über die ordentliche Kapitalherabsetzung. Bleibt die Höhe des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals unverändert, wird aber der Umfang der Liberierung herabgesetzt, so findet ein Mittelabfluss aus dem Unternehmen statt. Im Hinblick auf den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger ist es deshalb angezeigt, die gleichen Verfahrensvorschriften wie bei einer Herabsetzung des nominellen Aktienkapitals anwendbar zu erklären. Auf der anderen Seite kommt es auch vor, dass zwar das nominelle Aktienkapital herabgesetzt wird, der Umfang der Liberierung aber unverändert bleibt.

Dem Verwaltungsrat obliegen – wie bis anhin – die Vorbereitung und die Durchführung der Kapitalherabsetzung.

Auch Artikel 653j Absatz 2 bringt keine materielle Änderung. Das Aktienkapital darf nur unter das gesetzlich vorgesehene Mindestkapital von 100'000.- Franken herabgesetzt werden (Art. 621 OR), wenn es gleichzeitig durch ein neues bis zum Betrag von 100'000.- Franken voll einbezahltes Kapital ersetzt wird.

Artikel 653k Absatz 1 regelt die Voraussetzungen, unter welchen die Generalversammlung die Kapitalherabsetzung beschliessen kann. Als wichtigste Neuerung soll die *Auforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger sowie die Befriedigung oder Sicherstellung ihrer Forderungen inskünftig vor dem Beschluss der Generalversammlung erfolgen* (Ziffer 1 und 2). Die zugelassene Revisionsexpertin oder der zugelassene Revisions-experte erhält so Kenntnis von allfälligen Forderungen, die nicht in der Bilanz der Gesellschaft erscheinen, bevor sie oder er schriftlich die ausreichende Deckung der Verbindlichkeiten der Aktiengesellschaft nach Durchführung der Kapitalherabsetzung bestätigt. Das dient den Aktionärinnen und Aktionären, die ein besseres Bild von der finan-

¹¹⁶ Der Begriff „zugelassener Revisions-experte“ wurde der Vorlage zur Revisionspflicht entnommen; s. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004; BBl **2004**, 3969 ff., Art. 4 RAG.

ziellen Situation des Unternehmens bekommen, bevor sie der Kapitalherabsetzung zustimmen.

Neu gliedert sich das Verfahren der ordentlichen Kapitalherabsetzung wie folgt:

- Beschluss des Verwaltungsrats, der Generalversammlung zu beantragen, das Aktienkapital herabzusetzen;
- Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger;
- Einholung eines schriftlichen Berichts, dass auch nach erfolgter Kapitalherabsetzung die Forderungen voll gedeckt sind;
- gegebenenfalls Befriedigung oder Sicherstellung der angemeldeten Forderungen;
- Beschluss der Generalversammlung über die Kapitalherabsetzung;
- Durchführung der Kapitalherabsetzung durch den Verwaltungsrat;
- Anmeldung sowie Eintragung der Statutenänderung und der Feststellungen des Verwaltungsrats beim Handelsregisteramt.

Artikel 653j Absatz 3 und Artikel 653k Absatz 2 legen den zwingenden Inhalt des Kapitalherabsetzungsbeschlusses der Generalversammlung und seine Form fest. Die materiellen Anforderungen werden präzisiert, bleiben aber im Wesentlichen unverändert. Neu muss allerdings die Generalversammlung ausdrücklich davon Kenntnis nehmen, dass die gesetzlichen Bestimmungen eingehalten wurden. Diese Änderung trägt dem Umstand Rechnung, dass *de lege ferenda* die Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger und die Sicherstellung beziehungsweise Erfüllung der angemeldeten Forderungen vor der Beschlussfassung durch die Generalversammlung stattfinden.

3.1.16 Art. 653l, 653m, 653n: Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger, Prüfungsbericht

Die Vorschriften über die Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger bleiben im Wesentlichen unverändert (Art. 653l). Wie schon dargelegt, muss die Aufforderung neu vor dem Generalversammlungsbeschluss über die Kapitalherabsetzung ergehen (Art. 653k Abs. 1; s. vorne Ziff. 3.1.15). Daraus folgt einerseits, dass der Verwaltungsrat der Generalversammlung den Antrag zur Durchführung einer Kapitalherabsetzung nur unterbreiten darf, wenn die letzte Bilanz und die Ergebnisse der Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger aufzeigen, dass die Schulden der Gesellschaft auch nach der Kapitalherabsetzung gedeckt sind (schriftlicher Bericht durch die zugelassene Revisionsexpertin bzw. den zugelassenen Revisionsexperten). Andererseits entfallen allfällige Sicherheiten für angemeldete Forderungen, wenn die Generalversammlung der Herabsetzung des Aktienkapitals nicht zustimmt (Art. 653l Abs. 5).

Die Absätze 3 und 4 von Artikel 653l entsprechen weitgehend denjenigen über die Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger gemäss Fusionsgesetz (Art. 25 FusG).

Das Unternehmen kann sich von der Sicherstellung der angemeldeten Forderungen befreien, wenn es nachweist, dass die Kapitalherabsetzung die fraglichen Ansprüche nicht gefährdet (Art. 653l Abs. 3).

Anstelle einer Sicherstellung kann die Gesellschaft die Forderungen auch erfüllen, sofern dadurch die übrigen Gläubigerinnen und Gläubiger nicht benachteiligt werden (betreibungsrechtliches Gleichbehandlungsgebot der Gläubigerinnen und Gläubiger; Art. 653l Abs. 4).

Artikel 653m regelt den schriftlichen Bericht des zugelassenen Revisionsexperten. Aufgrund des neuen zeitlichen Ablaufs des Kapitalherabsetzungsverfahrens muss die Bestätigung auch auf das Ergebnis der Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger Bezug nehmen (Abs. 2). Dadurch wird die Aussagekraft des Berichts des Revisionsexperten betreffend die Deckung der Forderungen verbessert (s. vorne Ziff. 3.1.15).

Artikel 653n regelt in Anlehnung an Artikel 652g OR über die ordentliche Kapitalerhöhung die Pflichten des Verwaltungsrats nach vollzogener Herabsetzung des Aktienkapitals.

Neu setzt das Gesetz dem Verwaltungsrat eine Frist zur Anmeldung der Kapitalherabsetzung beim Handelsregisteramt (Art. 653n Abs. 3). Heute machen Unternehmen teilweise erst mehrere Monate nach der Durchführung der Kapitalherabsetzung die erforderliche Mitteilung. Für Gläubigerinnen und Gläubiger, potentielle Geschäftspartnerinnen und Geschäftspartner oder Investorinnen und Investoren kann die Kenntnis von einer Kapitalherabsetzung aber von grosser Bedeutung sein. Zudem erscheint es widersprüchlich, dass gemäss heutiger Regelung die ordentliche Kapitalerhöhung innert einer bestimmten Frist beim Handelsregisteramt anzumelden ist, während für die Kapitalherabsetzung keine Frist gilt, obwohl damit für die Gläubigerinnen und Gläubiger Gefahren verbunden sein können.

Die Frist ist gewahrt, wenn die Anmeldung nach der Durchführung der Herabsetzung beim Handelsregisteramt innert dreissig Tagen in rechtsgenügender Form eingereicht wird (s. vorne Ziff. 3.1.7, hinten Ziff. 3.8.4).

3.1.17 Art. 653o, 653p, 653q: Sonderformen der Kapitalherabsetzung

Bereits das geltende Recht kennt die sogenannte „Harmonika“, bei der das Kapital herabgesetzt und unmittelbar danach im gleichen Umfang wieder erhöht wird, ohne dass der Liberierungsbetrag sich ändert. Neu wird diese Sonderform einer Kapitalherabsetzung in einer eigenen Bestimmung geregelt, bleibt aber inhaltlich unverändert (Art. 653o).

Eine Neuerung materieller Natur findet sich in Artikel 653p, der eine Unterform der „Harmonika“ betrifft: Wird das Kapital auf Null herabgesetzt und anschliessend wieder erhöht, so müssen die bisherigen Aktien vernichtet und neue ausgegeben werden. Den Aktionärinnen und Aktionären steht im Gegenzug zur Vernichtung der Aktien ein

unentziehbares Bezugsrecht zu. Bereits Artikel 732a E OR (GmbH-Revision¹¹⁷) sieht eine gleichlautende Regelung vor, allerdings beschränkt auf den Fall, dass die „Harmonika“ zu Sanierungszwecken durchgeführt wird. Diese Einschränkung des Anwendungsbereichs erscheint jedoch nicht gerechtfertigt. Das Problem der sogenannten Phantomaktionäre, d.h. von Aktionärinnen und Aktionären ohne Kapitalbeteiligung, aber mit Stimmrecht, kann bei jeder Herabsetzung des Nennwerts der Aktien auf Null mit anschliessender Wiedererhöhung auftreten, gleichgültig zu welchem Zweck die Herabsetzung erfolgt.

Die Vorschrift über die Kapitalherabsetzung zur Beseitigung einer Unterbilanz wird lediglich sprachlich leicht verändert (Art. 653q Abs. 1; vormals Art. 735 OR). Absatz 2 stellt klar, dass – unter Vorbehalt abweichender gesetzlicher Regeln – die Bestimmungen über die ordentliche Kapitalherabsetzung zur Anwendung kommen.

3.1.18 Art. 653r und 653s: Kapitalband

Die Generalversammlung soll *de lege ferenda* die Möglichkeit erhalten, den Verwaltungsrat zu ermächtigen, innerhalb zweier „Sperrziffern“ das Aktienkapital frei herauf- und herabzusetzen (Art. 653r Abs. 1; s. vorne Ziff. 2.3.2). Der Beschluss erfordert – wie bisher bei der genehmigten Kapitalerhöhung – ein qualifiziertes Mehr (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 4; s. hinten Ziff. 3.1.40) und ist öffentlich zu beurkunden (Art. 653r Abs. 7).

Die Generalversammlung legt in ihrem Beschluss ein sogenanntes *Maximalkapital* fest. Bis zu dieser „Sperrziffer“ darf der Verwaltungsrat das Kapital erhöhen. Nach unten begrenzt das sogenannte *Basiskapital* das Ermessen des Verwaltungsrats. Unter diese Sperrziffer darf das Aktienkapital nicht herabgesetzt werden. Dritter Parameter ist das sogenannte *ausgegebene Aktienkapital*. Dieses „Aktienkapital“ entspricht grundsätzlich dem heutigen Begriff des Aktienkapitals und gibt den aktuellen Stand des Aktienkapitals wieder.

Innerhalb des Maximal- und des Basiskapitals kann der Verwaltungsrat – sofern die Generalversammlung nichts anderes beschliesst – das ausgegebene Aktienkapital herauf- und herabsetzen. Die Dauer der Ermächtigung beträgt maximal 5 Jahre und entspricht der Höchstdauer für die genehmigte Kapitalerhöhung, wie sie in der Kapital-schutzrichtlinie der EU vorgesehen ist (Art. 653r Abs. 1, 653s Abs. 1 Ziff. 2)¹¹⁸.

Die Frist beginnt mit der Beschlussfassung durch die Generalversammlung zu laufen (Art. 653r Abs. 6). Dies entspricht dem Fristbeginn bei der ordentlichen und bei der bedingten Kapitalerhöhung. Nach Ablauf der Frist streicht der Verwaltungsrat die Bestimmungen über das Kapitalband aus den Statuten, sofern die Generalversammlung die

¹¹⁷ S. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrechts) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002 3148 ff.

¹¹⁸ S. Art. 25 der Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13.12.1976 (Zweite EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts).

Ermächtigung des Verwaltungsrats nicht verlängert (Art. 653s Abs. 2). Eine öffentliche Beurkundung der Streichung ist nicht erforderlich (s. auch vorne Ziff. 3.1.14).

Das Maximalkapital darf höchstens 50 Prozent über dem bisher im Handelsregister eingetragene Aktienkapital liegen. Das Basiskapital darf nicht weniger als die Hälfte des eingetragenen Kapitals betragen (Art. 653r Abs. 2). Dabei ist das gesetzliche Mindestkapital von 100'000.- Franken zu beachten (Art. 621 OR). Die Generalversammlung kann dem Verwaltungsrat somit einen beträchtlichen Spielraum für die Gestaltung der Kapitalstrukturen einräumen.

Die Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger wird nicht im Rahmen der einzelnen Beschlüsse des Verwaltungsrats über die Kapitalherabsetzung durchgeführt. Vielmehr wird beim Kapitalband der Gläubigerschutz vorverschoben. Die Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger erfolgt bereits vor dem Beschluss der Generalversammlung über die Schaffung des Kapitalbands. Das Gleiche gilt auch für das Erfordernis der Erstellung eines Prüfungsberichts durch eine zugelassene Revisionsexpertin oder einen zugelassenen Revisionsexperten (Art. 653l f.; s. vorne Ziff. 2.3.2). Sowohl die Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger als auch die Einholung des Prüfungsberichts sind jedoch nur erforderlich, wenn das Basiskapital unter dem im Handelsregister eingetragene Aktienkapital angesetzt wird.

Die Generalversammlung ist frei, den Ermessensspielraum des Verwaltungsrats einzugrenzen. Sie darf Auflagen oder Bedingungen vorsehen (Art. 653r Abs. 3, Art. 653s Abs. 1 Ziff. 3). So kann sie insbesondere bestimmen, dass der Verwaltungsrat das Aktienkapital nur erhöhen oder nur herabsetzen darf (Art. 653s Abs. 1 Ziff. 3). Darf das Aktienkapital nur heraufgesetzt werden, entspricht das Kapitalband praktisch der heutigen genehmigten Kapitalerhöhung. Diese wird daher mit der Einführung des Kapitalbands überflüssig und kann aufgehoben werden.

Räumt der Generalversammlungsbeschluss dem Verwaltungsrat lediglich die Möglichkeit ein, das Kapital herabzusetzen, handelt es sich um eine dem heutigen Recht unbekannte genehmigte Kapitalherabsetzung (s. hinten Ziff. 3.16.2).

Während die Generalversammlung frei ist, gewisse Entscheide beispielsweise bezüglich des Bezugsrechts dem Verwaltungsrat zu überlassen (Art. 653s Abs. 1 Ziff. 7), muss sie zwingend über bestimmte Punkte selbst beschliessen¹¹⁹. So hat der Generalversammlungsbeschluss stets das Maximal- und das Basiskapital, die Befristung des Kapitalbands, sowie Anzahl und Nennwert der Aktien aufzuführen (Art. 653s Abs. 1 Ziff. 1, 2, 4). Andere Modalitäten (z.B. die Vinkulierung von Aktien) bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Aufnahme in die Statuten (Art. 653s Abs. 1 Ziff. 6).

Artikel 653r Absatz 4 hält fest, dass das Aktienkapital innerhalb des Kapitalbands auch mittels einer bedingten Kapitalerhöhung erhöht werden kann. In diesem Fall kommen kumulativ sowohl die Bestimmungen über das Kapitalband als auch diejenigen über die

¹¹⁹ Dieses System von unübertragbaren und unverzichtbaren Entscheidungsbefugnissen der Generalversammlung findet sich bereits heute bei der genehmigten Kapitalerhöhung (Art. 651 OR).

bedingte Kapitalerhöhung zur Anwendung, wobei der strengeren Regelung Rechnung zu tragen ist.

Der Beschluss der Generalversammlung betreffend die Einführung des Kapitalbands muss innert dreissig Tagen nach der Beschlussfassung beim Handelsregisteramt angemeldet werden (Art. 653r Abs. 5).

3.1.19 Art. 653t, 653u, 653v: Änderung des Kapitals, Gläubigerschutz

Im Rahmen der Ermächtigung durch die Generalversammlung kann der Verwaltungsrat grundsätzlich das Kapital herauf- und herabsetzen (Art. 653t Abs. 1). So steht es ihm beispielsweise frei, bei einem Maximalkapital von 600'000.- Franken einem Basiskapital von 200'000.- Franken und einem zum Zeitpunkt der Einführung des Kapitalbands eingetragenen Aktienkapital von 400'000.- Franken das Kapital zuerst auf 500'000.- Franken heraufzusetzen, anschliessend auf 200'000.- Franken herabzusetzen und dann wieder auf 600'000.- Franken zu erhöhen.

Bei jeder Erhöhung oder Herabsetzung des Aktienkapitals nimmt der Verwaltungsrat die erforderlichen Feststellungen vor und passt die Statuten entsprechend an. Er erlässt die notwendigen Bestimmungen, soweit diese nicht bereits im Generalversammlungsbeschluss über das Kapitalband enthalten sind. Nach Durchführung der Kapitaländerung hat er dreissig Tage Zeit, diese in rechtsgenügender Form beim Handelsregisteramt anzumelden (Art. 653t Abs. 3 i.V.m. Art. 931a; s. Ziff. 3.1.7, 3.8.4).

Die Vorschriften über die ordentliche und die bedingte Kapitalerhöhung sowie über die ordentliche Kapitalherabsetzung kommen – sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt – *sinngemäss zur Anwendung* (Art. 653t Abs. 2). So hat zum Beispiel der Kapitalerhöhungsbeschluss des Verwaltungsrats Angaben zur Art der Einlagen (z.B. Sacheinlage, Liberierung mit Eigenkapital) zu machen, wenn die Generalversammlung sich den Entscheid über die Form der Liberierung nicht selber vorbehalten hat.

Das aktuell massgebende Aktienkapital wird aus Gründen der Transparenz und der Rechtssicherheit im Handelsregister eingetragen und anschliessend im SHAB veröffentlicht (Art. 653t Abs. 4; dazu im Einzelnen hinten Ziff. 3.1.20). Eine entsprechende Eintragung ist heute für die Gesellschaft kaum mit wesentlichem Aufwand verbunden. Dies auch dann nicht, wenn das Aktienkapital in rascher Folge häufig verändert wird.

Die Generalversammlung kann während der Gültigkeitsdauer des Kapitalbands das ausgegebene Aktienkapital mittels einer ordentlichen Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung ändern. Mit dem Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluss fällt jedoch der Beschluss über das Kapitalband aus Gründen der Rechtssicherheit zwingend dahin. Die Statuten sind entsprechend anzupassen (Art. 653u). Es steht der Generalversammlung aber frei, nach dem Beschluss über die ordentliche Herauf- oder Herabsetzung des Kapitals in den Statuten ein neues Kapitalband vorzusehen.

Voraussetzung für jede Kapitalherabsetzung ist, dass das Aktienkapital auch nach der Herabsetzung noch voll gedeckt ist. Der Verwaltungsrat trägt dafür die Verantwortung und haftet gemäss den aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsregeln (Art. 653v Abs. 3 i.V.m. Art. 754 OR). Um das Risiko zu beschränken, kann er freiwillig eine Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger durchführen.

3.1.20 Art. 653w, 653x, 653y: Modalitäten

Erhöht der Verwaltungsrat das Kapital im Rahmen des Kapitalbands, dürfen die Aktien schon vor der Eintragung des neuen Aktienkapitals im Handelregister ausgegeben werden, wenn kumulativ die Einlage in bar erfolgt und das Bezugsrecht der Aktionärinnen und Aktionäre gewahrt wurde. Dank dieser Lockerung kann die Kapitalerhöhung rascher durchgeführt werden. Die Missbrauchsgefahr ist klein, sofern keine Sacheinlage oder Verrechnungsliberierung vorliegt und das Bezugsrecht der Aktionärinnen und Aktionäre unberührt bleibt (Art. 653w).

Artikel 653x sieht vor, dass der Verwaltungsrat am Ende des Geschäftsjahres einen Prüfungsbericht einer zugelassenen Revisorin oder eines zugelassenen Revisors einholen muss, falls das Aktienkapital innerhalb dieses Jahres erhöht oder herabgesetzt wurde. Die Expertin oder der Experte muss bestätigen, dass die gesetzlichen Vorschriften eingehalten sind (Abs. 1 und 2). Der Prüfungsbericht ist am Ende des Geschäftsjahres beim Handelsregisteramt einzureichen (Art. 653x Abs. 3).

Artikel 653y sieht vor, dass der wesentliche Inhalt des Prüfungsberichts im Anhang zum Geschäftsbericht der Gesellschaft wiederzugeben ist. Sämtliche Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen sind im Anhang aufzuführen (Art. 653y entspricht teilweise Art. 663d Abs. 2 OR, der aufgehoben wird), da beim Kapitalband die Aktionäre – anders als bei der ordentlichen Kapitalerhöhung und -herabsetzung – nicht selber den Beschluss über die Änderung des Kapitals fassen und folglich nicht über die entsprechenden Informationen verfügen.

3.1.21 Art. 656a und 656b: Partizipationsscheine

Das bestehende System des Partizipationsscheins bleibt in den Grundzügen unverändert und soll nicht durch eine Aktie mit ruhendem Stimmrecht¹²⁰ ersetzt werden (s. vorne Ziff. 2.3.6).

Auf die bisherige Beschränkung des Partizipationskapitals (PS-Kapital) auf das Doppelte des Aktienkapitals wird verzichtet (Aufhebung von Art. 656b Abs. 1 OR). Die Unternehmen können folglich die Höhe ihres PS-Kapitals und die Höhe ihres Aktienkapitals unabhängig von einander festsetzen und verfügen somit über einen grösseren Spiel-

¹²⁰ S. HANS CASPAR VON DER CRONE: Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Nennwertlose Aktie, REPRAX 1/02 S. 1 ff., S. 20.

raum bei der Ausgestaltung ihrer Kapitalstrukturen. Weiterhin muss aber ein Mindestaktienkapital von 100'000.- Franken vorhanden sein.

Um einen angemessenen Freiraum für die Unternehmen zu gewährleisten, dürfen Partizipationsscheine – im Unterschied zu Aktien – auch weiterhin auf den Inhaber lauten (Art. 656a Abs. 1). Da Partizipantinnen und Partizipanten über kein Stimmrecht verfügen, können sie die Willensbildung der Gesellschaft nicht beeinflussen. Die Ausgabe von Inhaberpriorpartizipationsscheinen ist daher im Hinblick auf die Empfehlungen der GAFI unproblematisch (s. vorne Ziff. 2.3.5).

Bereits *de lege lata* konnten die Verfahren der genehmigten und der bedingten Kapitalerhöhung genutzt werden, um PS-Kapital zu schaffen. Neu kann zudem das Kapitalband für die Erhöhung oder Herabsetzung des PS-Kapitals verwendet werden (Art. 656a Abs. 4).

Die Neufassung von Artikel 656b trägt dem Wegfall der Obergrenze für das PS-Kapital Rechnung. Das PS-Kapital wird bei der Berechnung der Höchstgrenze für den Rückkauf von Aktien nicht mehr zum Aktienkapital gezählt (Art. 656b Abs. 3 i.V.m. Art. 659)¹²¹. Vielmehr werden Aktien- und PS-Kapital getrennt berechnet. Da das PS-Kapital nach dem Vorentwurf das Aktienkapital um ein Vielfaches übersteigen kann, wäre es andernfalls möglich, dass eine Gesellschaft sämtliche eigenen Aktien bis auf eine einzige erwirbt. Die Gesellschaft würde in diesem Fall nur noch über eine Aktionärin oder einen Aktionär verfügen, die oder der je nach Nennwert der Aktie mittels einer minimalen finanziellen Beteiligung das Unternehmen beherrschen könnte (Art. 659 Abs. 1). Die Aktiengesellschaft könnte dadurch deaktiviert werden.

Die Trennung von Aktionärinnen und Aktionären einerseits und Partizipantinnen und Partizipanten andererseits gilt auch für andere Rechte wie die Einleitung einer Sonderuntersuchung (Art. 697a ff.; s. hinten Ziff. 3.1.34). Dies hat zwar den Nachteil, dass Aktionärinnen / Aktionäre und Partizipantinnen / Partizipanten sich nicht mehr zusammenschliessen können, um die Einsetzung einer Sonderuntersuchung beim Gericht zu verlangen. Aber die getrennte Berechnung ermöglicht den Aktionärinnen und Aktionären stets, eine Sonderuntersuchung zu veranlassen, selbst wenn das Aktienkapital im Vergleich zum PS-Kapital relativ gering ist.

Für die Partizipantinnen und Partizipanten ist das Recht auf Einleitung einer Sonderuntersuchung sowie die Auflösungsklage (Art. 656c) von Bedeutung, da sie – obwohl sie dasselbe wirtschaftliche Risiko wie die Aktionärinnen und Aktionäre tragen – keine Möglichkeit haben, auf die Willensbildung des Unternehmens Einfluss zu nehmen. Neben der Möglichkeit der Veräusserung ihrer Beteiligungen stehen ihnen nur diese beiden Rechte zur Verfügung, um auf Missstände in der Geschäftsführung des Unternehmens zu reagieren. Die Geltendmachung dieser Rechte sollte deshalb nicht unnötig erschwert werden. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf Partizipantinnen und Partizipanten privater Aktiengesellschaften, die durch Erbfolge Partizipationsscheine zuge-

¹²¹ Eine weitere Änderung von Abs. 2 ist terminologischer Natur. Neu wird anstelle des Begriffs „Sonderprüfung“ „Sonderuntersuchung“ verwendet.

wiesen erhalten haben. Das Ausscheiden aus der Gesellschaft erweist sich bei diesen Unternehmen oftmals als schwierig oder gar unmöglich, da die Partizipationsscheine nicht oder nicht zu angemessenen Konditionen veräussert werden können. Mittels der Auflösungsklage besteht aber beispielsweise die Möglichkeit, die Gesellschaft aufgrund eines gerichtlichen Urteils zum Erwerb der Partizipationsscheine zu veranlassen. Da mit dem Verzicht auf die Obergrenze des PS-Kapitals Nachfolgeregelungen zusätzlich erleichtert werden, sollte im Gegenzug gewährleistet sein, dass die Partizipantinnen und Partizipanten ihre Rechtsansprüche faktisch geltend machen können.

Bei der Berechnung der zulässigen Obergrenze des bedingten Kapitals (Art. 653a Abs. 1 OR), der Untergrenze des Basiskapitals sowie der Höchstgrenze des Maximalkapitals beim Kapitalband (Art. 653r Abs. 2; s. vorne Ziff. 3.1.18) werden Aktien- und PS-Kapital zusammengezählt (Art. 656b Abs. 2 Ziff. 4). Dasselbe gilt auch für die Meldepflicht bei Überschuldung (Art. 725; s. hinten Ziff. 3.1.43) sowie bei der Berechnung gesetzlichen Reserve (Art. 672; s. hinten 3.1.25).

Artikel 656b Absatz 4 stellt klar, dass für die Berechnung der Schwellenwerte für das Einberufungs- und Traktandierungsrecht der Aktionärinnen und Aktionäre das Aktienkapital alleine massgeblich ist. Dies entspricht der heutigen Rechtslage.

3.1.22 Art. 656c und 656d: Rechtstellung der Partizipantin und des Partizipanten

Die Änderungen in Artikel 656c Abs. 3 sind rein formeller Natur (Verwendung des Begriffs „Sonderuntersuchung“ anstelle „Sonderprüfung“ etc.¹²²).

Im Sinne einer verbesserten Corporate Governance sieht Artikel 702 Absatz 3 neu vor, dass das Beschlussprotokoll den Aktionärinnen und Aktionären auf elektronischem Weg oder via Post zugänglich zu machen ist. Dieses Recht steht aufgrund des Verweises von Artikel 656a Absatz 2 OR auch den Inhaberinnen und Inhabern von Partizipationsscheinen zu. Die Informationsbeschaffung wird damit insbesondere für Personen mit ausländischem Wohnsitz verbessert. Artikel 656d Absatz 2 wird – da überflüssig – aufgehoben.

¹²² Im Hinblick auf das Recht der Partizipanten auf Einleitung einer Sonderuntersuchung, s. vorne Ziff. 3.1.21.

3.1.23 Art. 659: Erwerb eigener Aktien

Artikel 659 befasst sich mit dem Erwerb eigener vollliberierter Aktien durch die Gesellschaft¹²³. Die Gesellschaft kann – wie bisher – im Normalfall eigene Aktien bis zu einer maximalen Höhe von 10 Prozent des Aktienkapitals erwerben.

Die bisherige Obergrenze von 20 Prozent für den Erwerb eigener Aktien im Zusammenhang mit einer Übertragbarkeitsbeschränkung wird auf den Fall einer Auflösungsklage ausgedehnt (Art. 736 Ziff. 4; s. vorne Ziff. 2.2.3, hinten Ziff. 3.1.47), auch wenn diese neue Regelung in Widerspruch zum EU-Recht steht¹²⁴. Die Liberalisierung soll dem Gericht vermehrt ermöglichen, im Falle einer Klage auf Auflösung der Gesellschaft stattdessen den Erwerb der Aktien der Klägerin oder des Klägers durch die Gesellschaft zu verfügen. Das Ausscheiden von Personen mit Minderheitsbeteiligung aus einer privaten Aktiengesellschaft wird dadurch erleichtert.

Im Falle eines Kapitalbands beträgt die Obergrenze für den Erwerb eigener Aktien 10 Prozent (respektive 20 Prozent; Abs. 3) des *ausgegebenen* Kapitals.

3.1.24 Art. 662, 663 – 667, 669, 670: Rechnungslegungsvorschriften

Die aktienrechtlichen Sonderbestimmungen zur Rechnungslegung werden aufgehoben. Neu wird die Buchführung und die Rechnungslegung – unabhängig von der Rechtsform – in den Artikeln 957 ff. geregelt (s. hinten Ziff. 3.10 ff.).

3.1.25 Art. 671, 671a, 671b, 672, 673, 674: Reserven

Zusammen mit dem Rechnungslegungsrecht sollen auch die Reserven – in Anlehnung an den seinerzeitigen Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision (RRG)¹²⁵ – neu geregelt werden. Ziel ist, die Gesetzesvorschriften zu vereinfachen und den internationalen Gepflogenheiten anzupassen. So wird – im Einklang mit der Internationalen Praxis – neu zwischen Kapital- und Gewinnreserven unterschieden¹²⁶:

Bei den *Kapitalreserven* handelt es sich um Reserven, die von den Eigenkapitalgebern einbezahlt wurden. Darunter fallen das bei der Ausgabe von Aktien erzielte *Agio* und -

¹²³ Der Erwerb eigener teillibrierter Aktien ist rechtlich ausgeschlossen, da die Gesellschaft nicht eine Liberierungsforderung gegen sich selbst erwerben kann.

¹²⁴ Die Höchstgrenze für den Erwerb eigener Aktien beträgt in der EU generell 10 Prozent, s. Art. 19 der Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 (Zweite EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts).

¹²⁵ S. Vorentwürfe und Begleitbericht zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision (RRG) und zu einer Verordnung über die Zulassung von Abschlussprüfern (VZA) vom 29. Juni 1998.

¹²⁶ S. im Hinblick auf die Auflistung der Reserven in der Bilanz Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. c und d (hinten Ziff. 3.10.4).

unter bestimmten Voraussetzungen - die Einzahlungen für ausgefallene Aktien (der sog. *Kaduzierungsgewinn*; Art. 671 Abs. 1 Ziff. 1 und 2).

Die Kapitalreserve darf nur zur Beseitigung eines Kapitalverlusts oder zur Liberierung des Aktienkapitals bei einer Kapitalerhöhung verwendet werden (Art. 652d Abs. 1 OR). Eine Rückzahlung kann somit nur durch die Umwandlung der Reserve in Aktienkapital mit anschliessender Kapitalherabsetzung erfolgen. Die in der Lehre umstrittene Frage, ob Agio ausgeschüttet werden darf, wird mit dieser Regelung durch das Gesetz entschieden. Entgegen der heutigen systemwidrigen Regelung darf das Agio zudem nicht mehr für Abschreibungen oder Wohlfahrtszwecke verwendet werden (Art. 671 Abs. 1 Ziff. 1; Abs. 2 OR), damit der Erfolgsausweis nicht verfälscht werden kann.

Die *Gewinnreserve* umfasst sämtliche Reserven, die aus einbehaltenen Gewinnen gebildet werden. Begrifflich wird sie unterteilt in *gesetzliche Reserven* (Art. 672) und *weitere Reserven* (Art. 673).

Der *gesetzlichen Reserve* sind zwingend 5 Prozent des Jahresgewinns zuzuweisen, bis die Reserve mindestens 50 Prozent des Aktienkapitals beträgt. Diese Schranke entspricht der bisherigen Praxis. Bei Holdinggesellschaften liegt die Grenze bei 20 Prozent (Art. 672 Abs. 2; s. auch Art. 671 OR). Massgebend ist das ausgegebene Aktienkapital; auf den Grad der Liberierung wird nicht mehr abgestellt. Ein allfälliges Partizipationskapital ist dem Aktienkapital für die Berechnung der massgebenden Prozent-Grenze hinzuzuzählen (Art. 656b Abs. 2 Ziff. 1; s. vorne Ziff. 3.1.21).

Die gesetzliche Reserve darf nur zur Deckung von Verlusten, für Massnahmen zur Weiterführung des Unternehmens bei schlechtem Geschäftsgang oder zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit verwendet werden (Art. 672 Abs. 3).

Die Ausnahmebestimmungen für konzessionierte Transportunternehmen (Art. 671 Abs. 5) werden gestrichen, da schon heute entsprechende spezialgesetzliche Vorschriften dem Obligationenrecht vorgehen. Absatz 6 (Versicherungsanstalten) wird bereits im Rahmen des neuen Versicherungsaufsichtsgesetzes aufgehoben¹²⁷.

Die Statuten oder die Generalversammlung¹²⁸ können bestimmen, dass den Reserven weiterhin ein Teil des Jahresgewinns zuzuweisen ist, auch wenn die gesetzliche Grenze überschritten wird. In diesem Fall handelt es sich nicht mehr um gesetzliche, sondern um weitere Reserven.

Solche Reserven können nur gebildet werden, wenn sie entweder Wiederbeschaffungszwecken dienen oder das dauernde Gedeihen des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre sicherstellen (Art. 673 Abs. 1 Ziff. 1 und 2). Die Bildung weiterer Reserven ist somit nicht nach freiem Ermessen zulässig. Problematisch erscheint insbesondere die Schaffung von Reserven zum Zweck einer gleichmäs-

¹²⁷ S. Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) vom 17. Dezember 2004 (BBl **2003** S. 3789 ff.).

¹²⁸ Nur die Generalversammlung kann über die Bildung und Auflösung von Reserven entscheiden, nicht der Verwaltungsrat.

sigen Ausrichtung von Dividenden. Die Aktionärinnen und Aktionäre als Eigentümerinnen und Eigentümer der Gesellschaft werden durch die Schaffung und Auflösung entsprechender Reserven über den wirklichen Geschäftsverlauf getäuscht. Dies kann zur Folge haben, dass notwendige Massnahmen nicht rechtzeitig ergriffen werden.

Was den *Erwerb eigener Aktien* betrifft, so muss das Unternehmen im geltenden Recht die erworbenen eigenen Aktien als Vermögenswert unter den Aktiven bilanzieren. Gleichzeitig ist auf der Passivseite eine dem Anschaffungswert der Aktien entsprechende Reserve für eigene Aktien zu bilden (Art. 671a OR). Damit soll der Bilanzleserin und dem Bilanzleser die mit dem Erwerb verbundene Reduktion des Haftungssubstrates angezeigt werden. Die Aufstellung als separate Reserve ist allerdings irreführend, weil die aus der Gesellschaft geflossenen Mittel immer noch im vollen Umfang bilanziert werden.

Auf internationaler Ebene ist daher eine Darstellung üblich, die das wirtschaftliche Ergebnis des Erwerbs eigener Aktien besser wiedergibt: Die eigenen Aktien werden im Umfang ihres Anschaffungswerts von den Gewinnreserven abgezogen.

Der Grund dafür besteht darin, dass eigene Aktien keine Vermögenswerte darstellen, die wie Forderungen oder Waren im normalen Geschäftsverkehr realisiert werden und dem Unternehmen in Form von Geld zufließen; das gilt grundsätzlich auch für kotierte Aktien. Zudem wird die Bilanz unnötig verlängert. Somit widerspiegeln wichtige Kennzahlen wie die Eigenkapitalquote nicht die wirtschaftlichen Realität. Wo Marktwerte bestehen, zwingt die heutige Regelung weiter zu einer laufenden Anpassung der Bewertung.

Der Erwerb eigener Aktien ist im Allgemeinen auf 10 Prozent des Aktienkapitals beschränkt. Im Zusammenhang mit Übertragbarkeitsbeschränkungen können für längstens zwei Jahre bis zu 20 Prozent gehalten werden (Art. 659 OR). Der Gesetzgeber schafft damit für die Unternehmen die Möglichkeit, eine massgebliche Beteiligung ihrer selbst zu halten, bis ein neuer Aktionär dieses Paket übernimmt. Dies ist für die laufende Erneuerung der Eigentümerstruktur bei Unternehmen im Gewerbe und im Dienstleistungsbereich sowie für Nachfolgelösungen bei Familiengesellschaften sehr wichtig.

Diese Zielsetzung wird auch im Steuerrecht gefördert: Werden die eigenen Aktien innert Frist wieder veräussert, so wird der ursprüngliche Erwerb durch die Gesellschaft nicht als „Teilliquidation“ oder Ausschüttung qualifiziert und der Wiederverkauf nicht als Emission behandelt. Dementsprechend ergeben sich keine Steuerfolgen.

Die Regelung des Vorentwurfs (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. a, c und d) führt zu einem Bruttoausweis: Wie bisher wird das Aktienkapital ungekürzt unter den Passiven bilanziert. Neu werden die eigenen Aktien dagegen bis zu ihrer Veräusserung mit dem Anschaffungswert (Kaufpreis) – von den Gewinnreserven abgezogen.

Die bisherige Reserve für eigene Aktien wird so als Minusposten gezeigt und nicht mehr als separate Reserve. Diese Darstellung vermittelt den wirtschaftlichen Sachver-

halt viel direkter und transparenter: Die für den Erwerb eigener Aktien verwendeten Mittel sind ohne vorgängige Wiederveräusserung weder für Ausschüttungen an die Aktionärinnen und Aktionäre noch als Haftungssubstrat für die Gläubigerinnen und Gläubiger greifbar.

Mit diesem Bruttoausweis und den notwendigen Angaben im Anhang (Art. 959c Abs. 2 Ziff. 4; s. hinten Ziff. 3.10.6) liegen (wie im geltendem Recht) die für das Steuerrecht notwendigen Informationen vor. Dementsprechend können auch die Steuerfolgen (bedingter Aufschub) des geltenden Rechts aufrechterhalten werden.

Aufgehoben werden ferner die Artikel 673 und 674 Absatz 3 OR betreffend die Schaffung von Reserven zu Wohlfahrtszwecken für die Beschäftigten, da solche Zuwendungen gemäss Artikel 331 Absatz 1 OR auf andere Rechtsträger (z.B. auf Personalfürsorgestiftungen) zu übertragen sind.

Die Aufwertung von Grundstücken oder Beteiligungen über den Anschaffungswert hinaus und die entsprechende Bildung der Aufwertungsreserve entfallen (Art. 670 und 671b OR; s. vorne Ziff. 3.1.24).

Die Aufwertung von Grundstücken oder Beteiligungen über den Anschaffungswert hinaus kann zwar rein rechnerisch einen Kapitalverlust beseitigen (vgl. Art. 725 Abs. 1; s. hinten Ziff. 3.1.43), führt der Gesellschaft aber keine Liquidität zu. Sind Grundstücke oder Beteiligungen für die Geschäftstätigkeit wesentlich und können daher nicht veräussert werden, so ist mit der Aufwertung nichts gewonnen. Es kommt zu einer buchmässigen Neuschöpfung von Aktiven und auf Grund der Logik der doppelten Buchhaltung zu einer betragsgleichen Bildung von Eigenkapital auf der Passivseite¹²⁹. Die blossе bilanztechnische Massnahme der Aufwertung ist daher nicht geeignet, die Ursachen des Kapitalverlusts zu beseitigen und zu einer nachhaltigen Besserung der Unternehmenssituation zu führen. Eine eigentliche Sanierung der Gesellschaft findet nicht statt.

Mit der geltenden Regelung wird lediglich offen dargelegt, was meistens ohnehin bekannt ist: Durch die Veräusserung der Liegenschaften oder Beteiligungen könnte gegenüber dem Buchwert ein Mehrwert erzielt werden, falls diese für die Weiterführung des Betriebes nicht unbedingt benötigt werden.

Sind Grundstücke oder Beteiligungen tatsächlich nicht betriebsnotwendig, so können sie ohne Weiteres veräussert werden. Der Wert des Grundstücks oder der Beteiligung wird realisiert und bei der Gesellschaft kommt es zum entsprechenden Mittelzufluss. Die Streichung von Art. 670 OR schliesst die Auflösung früherer Abschreibungen oder Wertberichtigungen nicht aus, sofern die Bestimmungen zur Offenlegung beachtet werden (s. Art. 960a Abs. 5; s. hinten 3.10.7).

¹²⁹ S. MARC BAUEN, Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen aus steuerrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 1998, S. 68.

Artikel 674 Abs. 3 Ziff. 1 – 3 sieht neu vor¹³⁰, dass für die Verrechnung von Verlusten die Reserven in folgender Reihenfolge heranzuziehen sind:

1. statutarische und von der Generalversammlung beschlossene Reserven, sofern die Verrechnung vom spezifischen Zweck der Reserven gedeckt ist;
2. gesetzliche Reserve;
3. Kapitalreserven.

3.1.26 Art. 678 und 680: Rückerstattung von Leistungen, Leistungspflicht des Aktionärs

Im Rahmen der Aktienrechtsrevision von 1991¹³¹ wurde der Anspruch auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen ausgeweitet (Art. 678 OR). Aktionärinnen und Aktionäre, Verwaltungsratsmitglieder und ihnen nahe stehende Personen sind zur Rückzahlung ungerechtfertigt bezogener Leistungen verpflichtet. Anspruchsberechtigt ist die Gesellschaft. Zur Klage legitimiert sind aber auch die Aktionärinnen und Aktionäre. Es handelt sich bei dieser Regelung um einen Sonderfall der ungerechtfertigten Bereicherung.

Eine operable Regelung des Rückforderungsanspruchs des Unternehmens ist von Bedeutung für eine gute Corporate Governance: Das Recht auf Rückerstattung stellt ein Element der innergesellschaftlichen Kontrolle dar und dient letztlich der Wahrung der Eigentumsrechte der an einem Unternehmen beteiligten Personen. Es bezweckt insbesondere den Schutz von Personen mit Minderheitsbeteiligungen gegen materiell nicht gerechtfertigte Leistungen an Mehrheitsaktionärinnen und Mehrheitsaktionäre, die dem Verwaltungsrat angehören. Indirekt schützt die Regelung aber auch die Interessen der Gläubigerinnen und Gläubiger (s. vorne Ziff. 2.2.3).

Die bisherige Regelung der Rückforderung ungerechtfertigter Leistungen vermochte sich in der Praxis nicht zu bewähren. Um die Durchsetzung der Ansprüche zu erleichtern, sieht der Vorentwurf deshalb eine Neufassung von Artikel 678 vor¹³².

Der Kreis der zur Rückerstattung verpflichteten Personen wird auf die Mitglieder der Geschäftsleitung ausgedehnt. Neben den Mitgliedern des Verwaltungsrats sind neu auch Personen des obersten Managements zur Rückgabe ungerechtfertigter Leistungen verpflichtet.

Auf das bisherige Erfordernis der Bösgläubigkeit des Empfängers der Leistung wird verzichtet (Abs. 1). Der böse Glaube wird im Normalfall zwar gegeben sein, ist aber vor

¹³⁰ Der bisherige Art. 674 wird gestrichen, da sich bereits aus den Art. 672 und 673 ergibt, dass Dividenden erst nach der Zuweisung an die gesetzliche und die statutarischen Reserven ausgerichtet werden dürfen.

¹³¹ Botschaft zur Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl **1983** II 747 ff., 843 ff., 897 f.

¹³² S. BÖCKLI / HUGUENIN / DESSEMONTET, Expertenbericht der Arbeitsgruppe „Corporate Governance“ zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004, S. 138 ff., 182 ff.

Gericht schwierig nachzuweisen. Eine Person, die ungerechtfertigte Leistungen erhalten hat, ist richtigerweise in jedem Fall zur Rückerstattung nach Artikel 678 Absatz 1 zu verpflichten. Es gibt keinen Grund, hier von den allgemeinen Regeln zur ungerechtfertigten Bereicherung abzuweichen, die ebenfalls vorsehen, dass die zu Unrecht bereicherte Person grundsätzlich auch dann zur Rückerstattung verpflichtet ist, wenn sie die Leistung im guten Glauben empfangen hat (Art. 62 Abs. 1 OR).

In Absatz 2 wird auf das Erfordernis, dass die Leistung in einem Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage des Unternehmens steht, verzichtet. Es genügt, dass ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht. Eine ungerechtfertigte Leistung soll auch dann zurückgefordert werden können, wenn es der Gesellschaft finanziell gut geht. Die wirtschaftliche Situation des Unternehmens vermag ein klares Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung nicht zu rechtfertigen.

Der Begriff des *Missverhältnisses* bringt zum Ausdruck, dass zwischen Leistung und Gegenleistung ein *beträchtliches Ungleichgewicht* bestehen muss. Auf das Adjektiv „offensichtlich“ kann deshalb verzichtet werden. Der Wert der Gegenleistung des Empfängers muss schon aufgrund der Voraussetzung eines Missverhältnisses weiterhin klar und zweifelsfrei unter dem Wert der Leistung der Gesellschaft liegen.

Der Kreis der zur Klage befugten Personen wird erweitert. Neu sollen auch Gläubigerinnen und Gläubiger aktivlegitimiert sein (Abs. 3). Zwar wird eine Gläubigerin oder ein Gläubiger nur im Ausnahmefall von ungerechtfertigten Leistungen Kenntnis erhalten. Trotzdem ist die Ausdehnung der Aktivlegitimation gerechtfertigt, da das Haftungssubstrat der Gesellschaft durch unrechtmässige Leistungen verringert wird.

Die Rückerstattung der ungerechtfertigten Leistung erfolgt wie bisher stets an die Gesellschaft. Dies verringert zwar den Anreiz für Aktionärinnen und Aktionäre, zu klagen. Eine Leistung an die Klägerinnen oder Kläger würde aber Sinn und Zweck der Norm, Mittel, die zu Unrecht aus der Gesellschaft geflossen sind, wieder zurückzuführen, zuwider laufen. Zudem läge eine solche Regelung nicht im Interesse der Gläubigerinnen und Gläubiger. Insbesondere wenn das Unternehmen sich in finanziellen Schwierigkeiten befindet, wäre eine Rückerstattung zu Gunsten der Aktionärinnen und Aktionäre nicht zu rechtfertigen. Die Rückerstattung an die Gesellschaft steht im Übrigen im Einklang mit der Regelung im Bereich des Verantwortlichkeitsrechts, wo die im Prozess obsiegenden Gesellschafterinnen und Gesellschafter ebenfalls nichts erhalten (Art. 756 Abs. 1 OR); die Leistung vielmehr auch hier an das Unternehmen erfolgt.

Neu soll die Pflicht zur Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen erst 10 Jahre nach Empfang der Leistung verjähren (Abs. 4) und nicht wie bisher bereits nach 5 Jahren. Die Frist von 10 Jahren entspricht der Verjährung von Forderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 67 Abs. 1 OR)¹³³.

¹³³ Die Verteilung der Prozesskosten wird in der geplanten schweizerischen Zivilprozessordnung geregelt.

Artikel 678 erfasst nur das Verhältnis zwischen der betroffenen Gesellschaft und den Empfängerinnen und Empfängern ungerechtfertigter Leistungen. Die steuerrechtlichen Folgen sowohl auf Stufe der Gesellschaft als auch bei den Leistungsempfängerinnen und Leistungsempfängern bleiben vorbehalten.

In Bezug auf Artikel 680 siehe vorne Ziffer 3.1.1.

3.1.27 Art. 683 und 688: Ausgabe von Aktien

Mit dem Verzicht auf Inhaberaktien können die diesbezüglichen Bestimmungen aufgehoben werden (Art. 683, 688 Abs. 1 und 2 OR). Auf bestehende Inhaberaktien sind während der Übergangsfrist von zwei Jahren die bisherigen Vorschriften weiterhin anwendbar (Art. 3 VE Ueb.Best.; s. vorne Ziff. 2.3.5, 3.1.2). Der dritte Absatz von Artikel 688 bleibt sprachlich modifiziert bestehen.

3.1.28 Art. 689 und 689a: Vertretung in der Generalversammlung, Vollmacht

Die geltende Regelung der Stimmrechtsvertretung in der Generalversammlung vermag unter dem Blickwinkel einer angemessenen Corporate Governance nicht zu überzeugen. Dies gilt insbesondere für die institutionelle Stimmrechtsvertretung bei Publikumsgesellschaften. Aber auch bei privaten Gesellschaften besteht ein Handlungsbedarf (s. vorne Ziff. 2.2.5).

Artikel 689 Absatz 2 hält als allgemeinen Grundsatz fest, dass die Aktionärinnen und Aktionäre entweder selber an der Generalversammlung teilnehmen oder sich vertreten lassen können.

Die Änderungen in Artikel 689a Absatz 1 und die Aufhebung des bisherigen Absatz 2 sind durch die Abschaffung der Inhaberaktien bedingt (s. Ziff. 2.3.5, 3.1.2).

Neu kann der Verwaltungsrat vorsehen, dass anstelle einer schriftlichen Vollmacht eine elektronische Vollmacht eingereicht werden darf (Art. 689a Abs. 1). Voraussetzung ist jedoch, dass diese mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen wird (Art. 14 Abs. 2^{bis} OR; s. vorne Ziff. 2.4.4)¹³⁴. Ohne eine solche Signatur kann die Vollmacht für die Teilnahme an der Generalversammlung nicht rechtsgültig erteilt werden. Generalversammlungsbeschlüsse, die unter Beteiligung ungenügend bevollmächtigter Personen gefasst werden, unterliegen der Anfechtung nach Artikel 691 Absatz 3 OR.

Die Möglichkeit, eine elektronische Vollmacht zu verwenden, verpflichtet die Aktionärinnen und Aktionäre jedoch nicht, sich einer solchen zu bedienen. Sie sind weiterhin berechtigt, eine eigenhändig signierte Vollmacht in Papierform einzureichen (Art. 14 Abs. 1 OR).

¹³⁴ S. Art. 2 und 7 des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 2003 über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur (Bundesgesetz über die elektronische Signatur, ZertES; SR 943.03).

3.1.29 Art. 689b, 689c, 698d, 689e, 703: Stimmrechtsvertretung

Artikel 689b Absatz 2 wird aufgrund des Wegfalls der Inhaberaktie aufgehoben (s. vorne Ziff. 2.3.5, 3.1.2).

Private Aktiengesellschaften haben nach wie vor die Möglichkeit, in ihren Statuten vorzusehen, dass sich die Aktionärinnen und Aktionär nur durch eine Mitaktionärin oder einen Mitaktionär vertreten lassen können (Art. 689c Abs. 1). Macht das Unternehmen von dieser Möglichkeit Gebrauch, ist es jedoch inskünftig verpflichtet, auf Verlangen einer Gesellschafterin oder eines Gesellschafters eine unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu ernennen (Art. 689c Abs. 2). Dies soll insbesondere Personen mit Minderheitsbeteiligungen von Gesellschaften mit wenigen Aktionärinnen und Aktionären ermöglichen, sich durch eine neutrale Person vertreten zu lassen. Andernfalls wäre eine Person, die an der Teilnahme der Generalversammlung verhindert ist, in bestimmten Fällen gezwungen, entweder eine Aktionärin oder einen Aktionär mit der Stellvertretung zu beauftragen, mit dem sie in Konflikt steht, oder ganz auf eine Teilnahme an der Generalversammlung zu verzichten (s. vorne Ziff. 2.2.5)¹³⁵.

Aktionärinnen und Aktionäre haben ein Gesuch um Bezeichnung einer unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters bis spätestens 10 Tage vor der Generalversammlung bei der Gesellschaft einzureichen (Art. 689c Abs. 3). Da der Verwaltungsrat die Einladung nicht später als 20 Tage vor der Generalversammlung versenden darf (Art. 700 Abs. 1), steht für das Gesuch unter Umständen recht wenig Zeit zur Verfügung. Die Gesellschaft ihrerseits muss den Namen der unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder des unabhängigen Stimmrechtsvertreters spätestens 5 Tage vor der Generalversammlung allen Aktionärinnen und Aktionären schriftlich bekannt geben (Art. 689c Abs. 4). Diese Fristen sind zwar knapp bemessen, da nur so eine Verschiebung der Generalversammlung vermieden werden kann. Sie sind aber genügend, weil es nur einfache Fragen zu entscheiden gilt. Es steht der Gesellschaft zudem frei, schon anlässlich der Einladung zur Generalversammlung eine unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu bezeichnen¹³⁶. Sie kann ferner auch auf die Ernennung einer unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters verzichten und in Kauf nehmen, dass sich die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller diesfalls durch eine beliebige Drittperson vertreten lassen darf (Art. 698c Abs. 5).

Nach geltendem Recht muss eine Gesellschaft, die eine Stellvertretung durch eine Mitglied ihrer Organe anbietet, zugleich eine unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder

¹³⁵ Dem Aktionär wird bereits *de lege lata* unter bestimmten Voraussetzungen zugestanden, die Ernennung eines unabhängigen Stimmrechtsvertreters zu verlangen: Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 26. Januar 2001, ZBGR 2002 Nr. 43.

¹³⁶ Dies kann insbesondere bei privaten Aktiengesellschaften mit zahlreichen Aktionärinnen und Aktionären von Vorteil sein.

einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter ernennen (Art. 689c OR). Die Organvertretung bringt aber für die Aktionärinnen und Aktionäre im Vergleich zur unabhängigen Stimmrechtsvertretung keine Vorteile. Ihre Bedeutung in der Praxis ist gering; sie wird deshalb abgeschafft.

Auch die Depotvertretung soll entfallen (Art. 689d OR). Damit wird der breiten Kritik an der Stimmrechtsvertretung durch die Banken Rechnung getragen (s. vorne Ziff. 2.2.5). Publikumsgesellschaften sind dafür neu verpflichtet, für jede Generalversammlung eine unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter einzusetzen (Art. 689d Abs. 1). Damit soll die Stellung des Aktionariats verbessert werden. Um dem wirklichen Willen der Beteiligten besser Rechnung zu tragen, wird zudem vorgesehen, dass die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder der unabhängige Stimmrechtsvertreter sich der Stimme zu enthalten hat, wenn sie oder er von der Vollmachtgeberin oder dem Vollmachgeber keine konkreten Weisungen zur Stimmabgabe erhalten hat (Art. 689d Abs. 2). Heute stimmt die institutionelle Stimmrechtsvertreterin oder der institutionelle Stimmrechtsvertreter bei Fehlen spezifischer Weisungen in der Regel gemäss den Anträgen des Verwaltungsrats, was nicht zwingend dem wirklichen Willen der vertretenen Aktionärin oder des vertretenen Aktionärs entspricht.

Aus der gleichen Überlegung wird auch Artikel 703 Absatz 1 geändert und zusätzlich durch einen neuen Absatz 2 ergänzt. Neu beschliesst die Generalversammlung mit der absoluten Mehrheit der *abgegebenen* Aktienstimmen, wobei Enthaltungen nicht als abgegebene Stimmen gerechnet werden. Dies hat zur Folge, dass Enthaltungen für den Ausgang von Abstimmungen anders als bisher nicht mehr von Bedeutung sind (s. hinten Ziff. 3.1.40).

Gemäss Artikel 689e OR müssen Organ-, Depot- und unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder Stimmrechtsvertreter der Gesellschaft bei jeder Generalversammlung die von ihnen vertretenen Aktienstimmen bekannt geben. Die Vorsitzende oder der Vorsitzende des Verwaltungsrats teilt die entsprechenden Informationen der Generalversammlung mit. Andernfalls können die betreffenden Generalversammlungsbeschlüsse angefochten werden. Diese Regelung bezweckt eine verbesserte Transparenz hinsichtlich der Massenvertretung in der Generalversammlung¹³⁷.

Inskünftig wird es nur noch die unabhängige Stimmrechtsvertretung geben. Für die *Durchführung* der Generalversammlung wird es aber weiterhin erforderlich sein, dass die damit beauftragte Person der Gesellschaft bekannt gibt, wieviele Stimmen sie in der Generalversammlung vertritt und ihre Vertretungsmacht nachweist. Es liegt im Interesse des Unternehmens, dafür besorgt zu sein, dass nur Personen an der Generalversammlung teilnehmen, die dazu berechtigt sind, damit die Generalversammlungsbeschlüsse nicht gemäss Artikel 691 Absatz 3 OR anfechtbar sind. Im Hinblick auf die geänderten Rahmenbedingungen kann indessen auf die Vorschrift, dass die Vorsitzende oder der Vorsitzende des Verwaltungsrats die Anzahl der vom unabhängigen Stimmrechtsvertreter vertretenen Stimmen zwingend bekannt zu geben hat, verzichtet

¹³⁷ Botschaft zur Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 BBl **1983 II 747 ff.**, 843 ff., 903 f.

werden. Die Informationen über den Umfang der vertretenen Stimmen sind wie bisher im Protokoll der Generalversammlung enthalten (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 1; s. hinten Ziff. 3.1.40).

Neu hat die Gesellschaft in der Einladung zur Generalversammlung den prozentualen Anteil von Dispoaktien am Aktienkapital bekannt zu geben. Dadurch wird offengelegt, wie hoch der Anteil von Aktien ist, deren Eigentümerinnen und Eigentümer mangels Anerkennung durch die Gesellschaft ihre Mitwirkungsrechte nicht ausüben können (Art. 700 Abs. 2 Ziff. 4; s. Ziff. 3.1.37). Diese Information ist insbesondere von Interesse, wenn die Statuten qualifizierte Quoren vorsehen.

3.1.30 Art. 692 und 693: Stimmrecht in der Generalversammlung

Die Aktionärinnen und Aktionäre üben ihr Stimmrecht in der Generalversammlung grundsätzlich nach dem Verhältnis des gesamten Nennwerts der von ihnen vertretenen Aktien zum Aktienkapital aus, wobei jede Aktien zumindest über eine Stimme verfügen muss (Art. 692 Abs. 1 und 2). Eine Ausnahme besteht bei der Herabsetzung des Nennwerts von Aktien im Falle der Sanierung. Gemäss Artikel 692 Absatz 3 OR kann die Generalversammlung hier vorsehen, dass das Stimmrecht gemäss dem ursprünglichen Nennwert beibehalten wird. Es handelt sich faktisch um eine Sonderform unechter Stimmrechtsaktien, wie sie in Artikel 693 OR vorgesehen ist.

Diese Privilegierung der bisherigen Aktionärinnen und Aktionäre ist jedoch nicht unproblematisch. Zum einen sind sie bei kleineren Gesellschaften häufig an der Geschäftsführung beteiligt und mitverantwortlich für die wirtschaftlichen Probleme des Unternehmens. Zum anderen handelt es sich bei den neuen Kapitalgebern oftmals um bisherige Gläubigerinnen und Gläubiger, die sich bei der Umwandlung ihrer Forderungen in Aktienkapital in einer gewissen Zwangslage befinden.

Der Vorentwurf verzichtet deshalb auf das Ausnahmeprivileg von Artikel 692 Absatz 3 OR. Es besteht aber nach wie vor die Möglichkeit, bei der Herabsetzung des Nennwerts der Aktien im Fall der Sanierung die bisherigen Aktien in Stimmrechtsaktien im Sinne von Artikel 693 OR umzuwandeln. Der Nennwert der übrigen Aktien darf allerdings das Zehnfache des Nennwerts der Stimmrechtsaktien nicht übersteigen (Art. 693 Abs. 2 OR). Diese Lösung schafft einen besseren Interessenausgleich als die heutige Sonderbestimmung.

Bei Aktien, deren Nennwert im Falle einer Kapitalherabsetzung mit gleichzeitiger Kapitalerhöhung (sog. Harmonika, Art. 653p) auf Null herabgesetzt wird, stellt sich die Frage der Stimmrechtsprivilegierung nicht mehr, da diese Aktien zwingend vernichtet werden müssen (s. vorne Ziff. 3.1.17).

Die Änderungen in Artikel 693 Absatz 2 sowie Absatz 3 Ziffer 3 und 4 sind rein terminologischer Natur (Abschaffung der Inhaberaktie, neue Terminologie: „Sonderuntersuchung“¹³⁸).

Eine materielle Neuerung findet sich in Artikel 693 Absatz 3 Ziffer 5: Auch bei Klagen auf Rückerstattung einer ungerechtfertigten Leistung (Art. 678) soll sich das Stimmrecht nicht nach der Zahl, sondern nach dem Nennwert der Aktien richten. Die Privilegierung der Stimmrechtsaktionärinnen und Stimmrechtsaktionäre wird folglich – gleich wie bei der Verantwortlichkeitsklage (Art. 756 OR) und der Klage auf Einsetzung einer Sonderuntersuchung (Art. 697a; s. vorne Ziff. 3.1.34) – ausser Kraft gesetzt.

3.1.31 Art. 696 und 958d: Bekanntgabe des Geschäftsberichts

Neu wird vorgesehen, dass Gesellschaften, deren Aktien an der Börse kotiert sind oder die Anlehensobligationen ausstehend haben, den Geschäftsbericht und den Revisionsbericht beim Handelsregisteramt einzureichen haben (Art. 958d Abs. 2). Dieses veröffentlicht die Unterlagen auf elektronischem Weg. Der Geschäftsbericht von Publikumsgesellschaften ist heute allgemein zugänglich¹³⁹. Die Veröffentlichung auf der Website durch die Handelsregisterbehörden erleichtert jedoch den Zugriff und leistet somit einen wichtigen Beitrag zu einer verbesserten Transparenz. Die Bestimmung ersetzt im Übrigen Artikel 697h Absatz 1 OR, wonach die Berichte im SHAB zu veröffentlichen sind.

Die Vorschrift steht im Zusammenhang mit den Bestrebungen, die Einsichtnahme in die Handelsregistereintragungen und die Statuten via Internet für die Praxis zu erleichtern (Art. 928 Abs. 2 - 4; s. vorne Ziff. 2.2.4, hinten Ziff. 3.8.1).

Bei anderen Gesellschaften dürfen Gläubigerinnen und Gläubiger Einsicht nehmen in den Geschäfts- und in den Revisionsbericht, sofern sie schutzwürdiges Interesse nachweisen (Art. 958d Abs. 1; s. hinten Ziff. 3.10.3). Diese Regelung gilt rechtsformübergreifend für alle Unternehmen, die zur Rechnungslegung verpflichtet sind (Art. 957; s. hinten Ziff. 3.10.1).

Bei privaten Aktiengesellschaften können die Aktionärinnen und Aktionäre nach wie vor die kostenlose Zusendung des Geschäftsberichts verlangen (Art. 696 Abs. 3). Handelt es sich um ein Unternehmen, das Anlehensobligationen ausstehend hat oder dessen Beteiligungspapiere an der Börse kotiert sind, kann ferner jede Drittperson während eines Jahres verlangen, dass ihr auf ihre Kosten der Geschäfts- und Revisionsbericht zustellt wird (Art. 958d Abs. 3; s. hinten 3.10.3).

¹³⁸ S. vorne Ziff. 2.3.5, 3.1.2., 3.1.34.

¹³⁹ S. Art. 64 des Kotierungsreglements des Swiss Exchange (SWX) vom 24. Januar 1996.

3.1.32 Art. 697, 697^{bis}, 697^{ter}: Auskunft- und Einsichtsrecht

Beim Auskunfts- und beim Einsichtsrecht handelt es sich um zwei bedeutende Aktionärsrechte: Sie dienen der Informationsbeschaffung (Transparenz) und stellen somit eine wichtige Grundlage für die Wahrung der Eigentümerinteressen der beteiligten Personen dar (s. vorne Ziff. 2.2.3). Das heutige Recht ist indessen lückenhaft und vermag nicht in allen Punkten den Anforderungen einer sachgerechten Corporate Governance zu genügen. Der Vorentwurf sieht deshalb wichtige Verbesserungen vor und regelt das Auskunfts- und das Einsichtsrecht getrennt.

Vorab wird klar klargestellt, dass die Aktionärinnen und Aktionäre nicht nur im Rahmen der Generalversammlung Fragen an den Verwaltungsrat und die Revisorinnen beziehungsweise die Revisoren stellen dürfen, sondern jederzeit auch auf schriftlichem Weg Auskunft von der Gesellschaft verlangen können (Art. 697 Abs. 1 und 2). Die Möglichkeit, auf schriftlichem Weg um die Erteilung von Informationen zu bitten, ist bereits heute in der Praxis anerkannt; über die Voraussetzungen und die Modalitäten des Anspruchs besteht aber Unklarheit.

Jede Aktionärin und jeder Aktionär kann *während des ganzen Jahres* um Auskünfte nachsuchen, welche die Gesellschaft betreffen¹⁴⁰. Der Verwaltungsrat hat nach Eingang des Auskunftsbegehrens 60 Tage Zeit, schriftlich zu antworten. Um die Gleichbehandlung aller Aktionärinnen und Aktionäre bei der Information zu gewährleisten (s. Art. 717 Abs. 2 OR), müssen sämtlichen schriftlichen Auskünfte, die das Unternehmen während eines Geschäftsjahres erteilt hat, an der nächsten Generalversammlung zur Einsichtnahme aufgelegt werden.

Die Möglichkeit, auf schriftlichem Weg Auskünfte zu erhalten, stellt eine Erleichterung sowohl für die Aktionärinnen und Aktionäre als auch für die Gesellschaft dar. Werden weniger Auskunftsbegehren an der Generalversammlung gestellt, wird deren Durchführung erleichtert. Zudem steht der Unternehmensführung mehr Zeit für die Beantwortung zur Verfügung, als wenn mündliche Fragen in der Generalversammlung sofort beantwortet werden müssen.

Die Gesellschaft kann wie bisher die Auskunft verweigern, wenn sie entweder nicht für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist oder Geschäftsgeheimnisse oder andere vorrangige Interessen gefährdet würden. Der Begriff der „vorrangigen Interessen“ macht deutlich, dass Unternehmensinteressen eine Verweigerung der Auskunft nur zu rechtfertigen vermögen, wenn sie im Rahmen einer Güterabwägung höher einzustufen sind als die Interessen der Aktionärin oder des Aktionärs an der Kenntnissnahme der betreffenden Tatsache (Art. 697 Abs. 3).

Die Verweigerung der Auskunft ist sowohl bei mündlichen als auch bei schriftlichen Auskunftsbegehren schriftlich zu begründen. Wird die Anfrage im Rahmen der Gene-

¹⁴⁰ *Fragen an die Revisionsstelle* können weiterhin nur während der Generalversammlung gestellt werden. Diese betreffen sachnotwendiger Weise die Prüfung der Rechnungslegung am Ende des Geschäftsjahres. Für entsprechende Fragen stellt das mündliche Auskunftsge such in der Generalversammlung die richtige Form dar.

ralversammlung gestellt und die Auskunft verweigert, so hat die Gesellschaft eine schriftliche Begründung zu Händen der Antragsstellerin oder des Antragsstellers nachzuliefern (Art. 697 Abs. 3). Zudem kann jede andere Gesellschafterin oder jeder andere Gesellschafter verlangen, dass ihm eine Kopie der Begründung übermittelt wird, da sämtliche Aktionärinnen oder Aktionäre befugt sind, gegen die Ablehnung des Auskunftsbegehren gerichtlich vorzugehen. Die schriftliche Begründung soll ihnen den Entscheid über die Einreichung einer Klage erleichtern (Art. 697 Abs. 3). Es ist nicht sachgerecht, wenn die Gesellschaft erst im Rahmen des Gerichtsverfahrens darlegt, weshalb sie keine Auskunft erteilt hat.

Das *Einsichtsrecht* besteht grundsätzlich in unveränderter Form weiter (Art. 697^{bis} Abs. 1): Geschäftsbücher und Korrespondenz können mit Zustimmung der Generalversammlung oder des Verwaltungsrats eingesehen werden.

Die Gesellschaft ist befugt, die Einsicht aus denselben Gründen zu verweigern wie die Auskunftserteilung (Art. 697^{bis} Abs. 2, 697 Abs. 3). Neu hält Artikel 697^{bis} Absatz 2 ausdrücklich fest, dass die Einsicht abzulehnen ist, wenn vorrangige Interessen der Gesellschaft der Einsichtsnahme entgegenstehen¹⁴¹. Materiell ändert sich durch die Klarstellung nichts.

Sowohl die Generalversammlung als auch der Verwaltungsrat darf der Einsichtsnahme nur zustimmen, wenn keine Geschäftsgeheimnisse und keine andere vorrangige Interessen entgegenstehen. Dies führt dazu, dass der Verwaltungsrat aufgrund seiner aktienrechtlichen Treuepflicht gegenüber dem Unternehmen die Einsichtsnahme verhindern muss, wenn die Generalversammlung trotz des Vorliegens von Ablehnungsgründen dem Gesuch stattgibt (Art. 717 Abs. 1 OR).

Der Verwaltungsrat hat - wie beim Auskunftsrecht - die Ablehnung des Gesuchs schriftlich zu begründen. Dies gilt auch dann, wenn die Generalversammlung die Einsicht verweigert hat. Da der Verwaltungsrat an der Generalversammlung teilnimmt, wird ihm dies im Regelfall kaum Probleme bereiten.

Wird das Gesuch um Auskunft oder Einsicht abgelehnt, ist jede Aktionärin und jeder Aktionär wie bisher befugt (Art. 697 Abs. 4 OR), das Gericht anzurufen (Art. 697^{ter})¹⁴². Es handelt sich um eine *eigenständige* Klage, die sich sowohl gegen den Beschluss der Generalversammlung als auch gegen den Entscheid des Verwaltungsrats richten kann¹⁴³.

¹⁴¹ Das geltende Recht erwähnt lediglich das Geschäftsgeheimnis.

¹⁴² Die geplante schweizerische Zivilprozessordnung wird die Frage der Kostentragung regeln.

¹⁴³ Anders als bei der „normalen“ Anfechtungsklage betreffend Generalversammlungsbeschlüssen gemäss Artikel 706 OR ist keine Frist für die Klageerhebung vorgesehen. Die Aktionärin oder der Aktionär muss aber innert nützlicher Frist ihre beziehungsweise seine Klage einreichen (Rechtsschutzinteresse). Dasselbe gilt auch für die Anfechtung eines Verwaltungsratsbeschlusses.

3.1.33 Art. 697^{quater}, 697^{quinquies}, 697^{sexties}: Offenlegung von Managementsentschädigungen und Beteiligungsverhältnissen

Artikel 697^{quater} entspricht Artikel 663b^{bis} E OR (Transparenzvorlage¹⁴⁴), der am 7. Oktober 2005 von den Eidg. Räten verabschiedet wurde (s. vorne Ziff. 2.2.2). Er regelt die Offenlegung der Vergütungen des obersten Managements bei Publikumsge-
sellschaften. Da der Vorentwurf die Rechnungslegungsvorschriften des Aktienrechts durch Artikel 957 ff. ersetzt (s. vorne Ziff. 2.5 ff.), muss der Aufbau des Aktienrechts angepasst werden. Die Vorschriften zur Transparenz der Vergütungen werden daher verschoben. Im weitem ist eine Vereinheitlichung der Terminologie erforderlich. Inhaltlich ändert sich aber nichts.

Eine materielle Neuerung findet sich in Artikel 697^{quinquies}. Die Bestimmung räumt den Aktionärinnen und Aktionären von *privaten Aktiengesellschaften* ein Auskunftsrecht betreffend die ausgerichteten Vergütungen an den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung ein. Welche Vergütungen erfasst werden, richtet sich nach Artikel 697^{quater}. Die Vorschrift verbessert die Transparenz bei nicht börsenkotierten Unternehmen und dient damit der Stärkung der Corporate Governance (s. vorne Ziff. 2.2.2).

Die in Artikel 697^{sexties} (vormals Art. 663c OR, Offenlegung von Beteiligungsverhältnissen) vorgesehene Änderung ist terminologisch bedingt.

3.1.34 Art. 697a, 697b, 697c, 697d, 697e, 697g: Sonderuntersuchung

Der Vorentwurf sieht vor, dass der Begriff „Sonderprüfung“ durch Sonderuntersuchung ersetzt wird, damit die Natur dieses Rechtsinstituts klarer zum Ausdruck kommt und Assoziationen mit der Tätigkeit der Revisionsstelle vermieden werden. Die in den Artikeln 697a ff. vorgesehene Möglichkeit, gesellschaftsinterne Vorgänge zu untersuchen, umfasst mehr als reine Prüfungsaufträge.

Die Änderungen von Artikel 697a sind weitgehend durch diese neue Terminologie bedingt. Weitere Anpassungen sind ebenfalls rein redaktioneller Art („Gericht“ anstelle „Richter“¹⁴⁵), ohne dass das geltende Recht materiell geändert wird.

Eine Neuerung inhaltlicher Natur findet sich – neben terminologischen Anpassungen – in Artikel 697b Absatz 1. In der Praxis haben sich die Hürden für eine Sonderuntersuchung als zu hoch erwiesen (s. vorne Ziff. 2.2.3). Um den Anliegen einer verbesserten Corporate Governance Rechnung zu tragen, regelt der Vorentwurf die Voraussetzun-

¹⁴⁴ S. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung vom 23. Juni .2004, BBl **2004** 4471 ff.; AB **2005**, N. 106 ff., AB **2005**, S 538 ff.; BBl **2005** 5963 ff.

¹⁴⁵ Im Interesse einer geschlechtsneutralen Sprache wird im ganzen Gesellschaftsrecht der Begriff „Richter“ durch den Ausdruck „Gericht“ ersetzt.

gen neu¹⁴⁶: Lehnt die Generalversammlung den Antrag auf Einleitung einer Sonderuntersuchung ab, so können Aktionärinnen und Aktionäre ein entsprechendes Gesuch beim Gericht einreichen, sofern sie (allein oder gemeinsam) eine Beteiligung vertreten, die zumindest einen der drei folgenden Schwellenwerte erreicht (Ziff. 1 - 3):

- fünf Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen;
- Aktien im Nennwert von mindestens einer Million Franken;
- Aktien im Börsenwert von mindestens zwei Millionen Franken.

Die Senkung der Schwelle von bisher zehn auf fünf Prozent des Aktienkapitals soll insbesondere den Beteiligten in privaten Aktiengesellschaften die Wahrnehmung ihres Rechts auf Durchführung einer Sonderuntersuchung erleichtern. Das gleiche gilt für die Senkung der Nennwertschwelle von zwei Millionen auf eine Million Franken. Das Kriterium des Nennwerts wird allerdings im Regelfall nur bei wirtschaftlich bedeutenden nicht kotierten Unternehmen zum Tragen kommen, die über ein Aktienkapital in entsprechender Höhe verfügen¹⁴⁷.

Neu können auch Aktionärinnen und Aktionäre, die über fünf Prozent der *Stimmen* verfügen, die Einleitung einer Sonderuntersuchung verlangen. Diese Bestimmung ist nur für Unternehmen, die über Stimmrechtsaktien verfügen, von Bedeutung. Die Rechtsstellung der Inhaberinnen und Inhaber von Stimmrechtsaktien wird dadurch verbessert, ohne dass Personen mit Stammaktien dadurch einen Nachteil erleiden.

Das Rechtsinstitut der Sonderuntersuchung ist heute bei Publikumsgesellschaften weitgehend bedeutungslos. Die Einführung einer alternativen zusätzlichen Beteiligungsschwelle betreffend den Börsenwert soll es daher den Aktionärinnen und Aktionären erleichtern, eine Sonderuntersuchung in Gang zu bringen. Zum Erreichen des vorgesehenen Schwellenwerts von zwei Millionen Franken¹⁴⁸ müssen sich Kleinanlegerinnen und Kleinanleger dennoch zusammenschliessen. Massgeblich für die Berechnung des Börsenwerts ist der Börsenkurs am Tage der Einreichung des Gesuchs.

Der Vorentwurf stellt klar, dass das Gesuch auf Einsetzung einer Sonderuntersuchung beim Gericht sich auf alle Fragen erstrecken darf, die im Rahmen eines Begehrens um Auskunft oder Einsicht gestellt wurden (s. vorne Ziff. 3.1.32) oder die bei der Diskussion

¹⁴⁶ S. BÖCKLI / HUGUENIN / DESSEMONTET, Expertenbericht der Arbeitsgruppe „Corporate Governance“ zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004, S. 191 ff.

¹⁴⁷ Die massgeblichen Schwellenwerte sind für Aktionäre und Partizipanten getrennt zu berechnen, s. Art. 656c (vorne Ziff. 3.1.122).

¹⁴⁸ Der Expertenbericht „Corporate Governance“ sieht einen Börsenwert von nur einer Million Franken vor. Um die Gefahr „querulatorischer“ Klagen einzudämmen, verlangt der Vorentwurf das Doppelte. Im Gegenzug wird an der alternativen Nennwertschranke festgehalten, da nicht auszuschliessen ist, dass das Abstellen auf den Nennwert für die Aktionärinnen und Aktionäre privater Aktiengesellschaften je nach den Umständen vorteilhafter sein kann, als die blosser Berücksichtigung des prozentualen Beteiligungsanteils. S. BÖCKLI / HUGUENIN / DESSEMONTET, Expertenbericht der Arbeitsgruppe „Corporate Governance“ zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004, S. 191 ff.

des Antrags auf Sonderuntersuchung in der Generalversammlung zur Sprache kamen (Art. 697b Abs. 2).

Das Gericht ordnet die Sonderuntersuchung an, wenn die Gesuchstellerinnen oder Gesuchsteller *glaubhaft* machen, dass Gründerinnen, Gründer oder Organe das Gesetz oder die Statuten verletzt haben und dass diese Verletzung geeignet ist, die Gesellschaft oder die Aktionärinnen oder Aktionäre zu schädigen (Art. 697b Abs. 3). Blosser Behauptungen genügen dabei nicht. Vielmehr sind die verlangten Voraussetzungen hinreichend überzeugend darzulegen. Im Unterschied zum geltenden Recht wird jedoch nicht mehr verlangt, dass ein bereits eingetretener Schaden glaubhaft gemacht wird, sondern es reicht aus, dass eine Rechtsverletzung geeignet ist, einen Schaden zu bewirken. Die Sonderuntersuchung soll auch eine profilaktische Wirkung entfalten können. Haben Gesellschaftsorgane dem Anschein nach gegen Gesetz oder Statuten verstossen und kann dies zu einem Schaden führen, ist nicht einzusehen, weshalb mit der Durchführung einer Sonderuntersuchung zugewartet werden muss, bis der Schaden tatsächlich eingetreten ist.

Um sicherzustellen, dass die gerichtliche Einleitung einer Sonderuntersuchung innert nützlicher Frist erfolgt, sieht der Entwurf einer schweizerischen Zivilprozessordnung vor, dass das Gericht im summarischen Verfahren über das Begehren entscheidet. Die Kantone sollen für die Prüfung des Antrags eine einzige kantonale Instanz bestimmen. Eine Verkürzung des Instanzenzugs trägt dem Umstand Rechnung, dass die Sonderuntersuchung als mögliche Vorstufe zu einer Verantwortlichkeitsklage oder einer andern Aktionärsklage konzipiert ist. Zudem muss die Sonderuntersuchung zügig durchgeführt werden, wenn damit ein drohender Schaden abgewendet werden soll. Ein langes Verfahren läuft Sinn und Zweck des Rechtsinstituts zuwider.

Die Regelung betreffend die Einsetzung der Sonderuntersuchung durch das Gericht bleibt weitgehend unverändert. Die vorgesehenen Anpassungen sind vorwiegend sprachlicher und terminologischer Natur (Art. 697c Abs. 1 und 2).

Materiell unverändert bleiben die Bestimmungen über die Durchführung der Sonderuntersuchung und den Bericht der Sachverständigen (Art. 697d und 697e). Sämtliche Änderungen sind terminologisch oder gesetzestechnisch bedingt. Es versteht sich von selbst, dass das Gericht eine oder mehrere Personen als Sachverständige bezeichnen kann.

Die heutige Regelung über die Tragung der Kosten der Sonderuntersuchung bleibt materiell grundsätzlich unverändert, wird aber gestrafft (Art. 697g): Die Gesellschaft hat in der Regel die Kosten unter Einschluss eines Kostenvorschusses zu übernehmen, gleichgültig, ob die Sonderuntersuchung von der Generalversammlung oder vom Gericht angeordnet wird. Vorbehalten bleibt dabei stets die Auferlegung der Kosten an die Gesuchstellerin oder den Gesuchsteller im Falle des Rechtsmissbrauchs.

3.1.35 Art. 697h: Offenlegung der Jahres- und Konzernrechnung

Die Vorschrift wird im Rahmen der Neuregelung des Rechnungslegungsrechts aufgehoben (s. hinten Ziff. 3.10 ff.)

3.1.36 Art. 698: Befugnisse der Generalversammlung

Da inskünftig weder der Jahresbericht noch die Konzernrechnung mehr der von der Generalversammlung zu genehmigen sind, wird der entsprechende Hinweis in Artikel 698 Absatz 2 Ziffer 3 gestrichen (s. vorne Ziff. 2.5 ff., hinten Ziff. 3.10.3, 3.10.11).

3.1.37 Art. 699, 699a, 700: Einberufung der Generalversammlung und Traktandierung

Im Interesse der Klarheit werden Einberufung und Traktandierung in zwei Gesetzesbestimmungen geregelt.

Das Einberufungsrecht der Aktionärin oder Aktionärs wird neu konzipiert. *De lege lata* sind die Voraussetzungen für die Geltendmachung des Anspruchs zu streng. Der Vorentwurf sieht deshalb - ähnlich wie bei der Sonderuntersuchung (Art. 697b Abs. 1 Ziff. 1 - 3; s. vorne Ziff. 3.1.34) - eine Herabsetzung der Schwellenwerte vor. Die Lockerung soll die Rechtsstellung der Aktionärinnen und Aktionäre im Sinne einer guten Corporate Governance stärken (s. vorne Ziff. 2.2.3). Diese Neuerung ist insbesondere für Grossgesellschaften von Bedeutung, die häufig über ein stark zersplittertes Aktionariat verfügen.

Der Schwellenwert wird für Publikumsgesellschaften auf 5 Millionen Franken Börsenwert¹⁴⁹ festgesetzt. Er liegt somit beträchtlich höher als bei der Sonderuntersuchung und beim Traktandierungsrecht (s. unten), wo ein Börsenwert von 2 Millionen Franken vorgesehen ist. Diese Abweichung nach oben erscheint mit Blick auf die hohen Kosten, die mit der Durchführung der Generalversammlung verbunden sind, als gerechtfertigt.

Die Änderungen in Artikel 699 Absatz 4 sind rein sprachlicher Natur (Form des Antrags auf Einberufung der Generalversammlung). Materiell ändert sich nichts.

Neu setzt das Gesetz dem Verwaltungsrat eine Frist von 30 Tagen seit Eingang des Begehrens, um die Generalversammlung einzuberufen (Art. 699 Abs. 5). Die bisherige Vorschrift, wonach der Verwaltungsrat innert angemessener Frist tätig werden muss, befriedigt unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit nicht. Zudem ist zu vermeiden, dass die Durchführung der Generalversammlung über Gebühr verzögert wird.

¹⁴⁹ Die Expertengruppe „Corporate Governance“ schlug einen Börsenwert von lediglich 1 Million Franken vor, s. BÖCKLI / HUGUENIN / DESSEMONTET Expertenbericht der Arbeitsgruppe „Corporate Governance“ zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004, S. 123, 197

Beruft der Verwaltungsrat die Generalversammlung nicht ein, so kann der Gesuchsteller – wie bisher – vom Gericht die Anordnung der Einberufung verlangen. Gemäss der geplanten Schweizerischen Zivilprozessordnung soll das Gericht – gleich wie bei der Einsetzung einer Sonderuntersuchung – im summarischen Verfahren entscheiden (s. vorne Ziff. 3.1.34), damit die Generalversammlung innert nützlicher Frist stattfinden kann (Art. 699 Abs. 5).

Die Schwellenwerte für die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstands wurden ebenfalls gesenkt, um die Stellung von Personen mit einer Minderheitsbeteiligung zu verbessern. Sie entsprechen denjenigen bei der Sonderuntersuchung (Art. 697b Abs. 1 Ziff. 1 - 3)¹⁵⁰.

Neu ist vorgesehen, dass das schriftliche Begehren um Traktandierung eines Verhandlungsgegenstands spätestens 40 Tage vor der Generalversammlung eingereicht werden muss (Art. 699a Abs. 2). Die Festlegung einer klaren Frist dient der Rechtssicherheit und ist sowohl für die Gesellschaft, welche die Anträge in der Einladung zur Generalversammlung traktandieren muss (Art. 700 Abs. 2 Ziff. 1), wie für Aktionärinnen und Aktionäre zweckmässig. Für die Aktionärin oder den Aktionär bedeutet die Frist allerdings, dass sie oder er wissen muss, wann die Generalversammlung stattfindet. Zwar geben insbesondere Publikumsgesellschaften das Datum der Generalversammlung regelmässig vor deren Einberufung bekannt. Es besteht aber keine gesetzliche Pflicht zur frühzeitigen Bekanntgabe des Termins. Die Aktionärin oder der Aktionär kann aber nötigenfalls bei der Gesellschaft nachfragen. Zudem bleibt es ihr oder ihm unbenommen, während des gesamten Geschäftsjahres Traktandierungsbegehren einzureichen. Die Gesellschaft muss diese bei der nächsten Generalversammlung berücksichtigen, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind.

Lehnt die Gesellschaft den Antrag auf Traktandierung ab, können die Aktionärinnen und Aktionäre ihren Anspruch – wie bis anhin – vor Gericht geltend machen (Art. 699a Abs. 3). Die Beurteilung durch das Gericht erfolgt aufgrund einer entsprechenden Vorschrift in der geplanten Schweizerischen Zivilprozessordnung im summarischen Verfahren. Die Festlegung einer Frist analog zu Artikel 699 Absatz 5 ist nicht notwendig, da spätestens bei Erhalt der Einladung zur Generalversammlung festgestellt werden kann, ob einem eingereichten Begehren Rechnung getragen wurde.

Im Sinne einer Klarstellung wird ausdrücklich festgehalten, dass die Aktionärinnen und Aktionäre von der Gesellschaft verlangen können, dass ihre Anträge zu vorgesehenen Traktanden in der Einladung zur Generalversammlung aufgeführt werden (Art. 699a Abs. 4). Die Voraussetzungen und Modalitäten für das Geltendmachen dieses An-

¹⁵⁰ Der heutige Art. 699 Abs. 3 OR legt die Voraussetzungen für das Einberufungs- und das Traktandierungsrecht unterschiedlich fest. Der überwiegende Teil der Lehre geht jedoch davon aus, dass ein gesetzgeberisches Versehen vorliegt und die Schwellenwerte bereits *de lege lata* dieselben sind (s. z.B. DUBS / TRUFFER, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Aufl. Basel 2002, Art. 699 RZ 12).

spruchs sind dieselben wie beim Traktandierungsrecht¹⁵¹. So kann der Aktionär z.B. im Hinblick auf die Wahl des Verwaltungsrats eine Person vorschlagen.

Um der fortschreitenden Informatisierung Rechnung zu tragen, schlägt der Vorentwurf vor, dass Gesellschaften die Einladung zur Generalversammlung und weitere Unterlagen den Aktionärinnen und Aktionären auf elektronischem Weg zukommen lassen können. Voraussetzung ist allerdings das Einverständnis der betreffenden Aktionärin oder des betreffenden Aktionärs, da niemand gezwungen werden soll, sich im Kontakt mit der Gesellschaft elektronischer Mittel zu bedienen (Art. 700 Abs. 1). Insbesondere kleinere Gesellschaften können dank dieser neuen Regelung die Kosten und den Aufwand für die Durchführung der Generalversammlung verringern (s. vorne Ziff. 2.4.3).

Artikel 700 Absatz 2 sieht vor, was in der Einberufung zur Generalversammlung aufgeführt sein muss. Die Bestimmung wird im Interesse der Verständlichkeit neu gegliedert. Ferner wird ausdrücklich festgehalten, dass bei Anträgen von Aktionärinnen und Aktionären eine Zusammenfassung der Begründung in der Einladung enthalten sein muss (Ziff. 3). Bei Publikumsgesellschaften ist in der Einladung der Namen und die Anschrift der unabhängigen Stimmrechtsvertreterin oder des unabhängigen Stimmrechtsvertreters sowie der prozentuale Anteil von Dispoaktien am Aktienkapital anzugeben (Ziff. 4; s. vorne Ziff. 2.2.5 f., 3.1.29). Damit soll die Transparenz betreffend die Stimmrechtsverhältnisse in der Generalversammlung verbessert werden.

Die Anpassung in Artikel 700 Absatz 3 ist rein terminologischer Natur.

3.1.38 Art. 701a und 701b: Tagungsort der Generalversammlung

Die Regelung über den Tagungsort wird umfassend nummeriert. Die Entwicklung neuer technischer Mittel eröffnet zusätzliche Möglichkeiten für die Durchführung der Generalversammlung. Bereits heute führen bestimmte Grossgesellschaften ihre Generalversammlung an verschiedenen Tagungsorten gleichzeitig durch. Mit der Verwendung der neuen Kommunikationsmittel sind aber Fragen rechtlicher Natur verbunden, die im Gesetz geklärt werden sollten (s. vorne Ziff. 2.4 ff.).

Der Vorentwurf hält ausdrücklich fest, dass der Verwaltungsrat den Ort der Generalversammlung bestimmen kann, wenn die Statuten nichts anderes vorsehen (Art. 701a Abs. 1). Der Tagungsort darf jedoch nicht so gewählt werden, dass ein grosser Teil des Aktionariats an der Teilnahme gehindert wird. Andernfalls können die betreffenden Generalversammlungsbeschlüsse angefochten werden (Art. 706 OR).

¹⁵¹ Weiterhin zulässig sind Einzelanträge der Aktionärinnen und Aktionären vor und während der Generalversammlung. Der Verwaltungsrat muss sie während der Generalversammlung bekannt zu geben. Gegebenenfalls hat er über die Zulässigkeit der Anträge nach Art. 700 Abs. 3 zu entscheiden. Über Anträge im Rahmen von Verhandlungsgegenständen darf auch ohne vorhergehende Ankündigung abgestimmt werden (Art. 700 Abs. 4).

Die Generalversammlung darf grundsätzlich an verschiedenen Tagungsorten parallel durchgeführt werden, sofern die Voten unmittelbar in Ton und Bild an die andern Tagungsorte übertragen werden (Art. 701a Abs. 2 und 3).

Die Statuten oder der Verwaltungsrat haben zwingend einen Haupttagungsort zu bestimmen. Der Leiter oder die Leiterin der Generalversammlung muss sich am Haupttagungsort befinden. Dasselbe gilt auch für die Revisorin bzw. den Revisor und – falls beurkundungspflichtige Beschlüsse zu fassen sind – für die Urkundsperson (Art. 701a Abs. 3 Ziff. 1 - 3).

Die Generalversammlung kann auch im Ausland stattfinden, sofern entweder die Statuten dies vorsehen oder alle Eigentümerinnen und Eigentümer der Aktien bzw. ihre Vertreterinnen und Vertreter mit dem ausländischen Tagungsort einverstanden sind (Art. 701b¹⁵²). Beschliesst die Generalversammlung, einen ausländischen Tagungsort in den Statuten zu verankern, so kann der betreffende Generalversammlungsbeschluss in krassen Fällen nichtig sein, wenn dadurch faktisch das Teilnahmerecht des Aktionariats aufgehoben oder eingeschränkt wird (Art. 706b Ziff. 1 OR).

Findet die Generalversammlung im Ausland statt und werden Beschlüsse gefasst, die der öffentlichen Beurkundung unterliegen, kommt Artikel 30 HRegV zur Anwendung.

¹⁵² Die Festlegung eines ausländischen Tagungsort in den Statuten kann nur mit einem qualifizierten Mehr beschlossen werden (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 7; s. hinten Ziff. 3.1.40).

3.1.39 Art. 701c, 701d, 701e, 701f: Verwendung elektronischer Mittel

Inskünftig soll es zulässig sein, dass Aktionärinnen und Aktionäre mittels elektronischer Medien aus Distanz an der Generalversammlung teilnehmen, sofern die Statuten dies ausdrücklich zulassen (Art. 701c). Gemeint ist in erster Linie die Übertragung der Generalversammlung vom Tagungsort übers Internet oder auf andere Weise in *Ton und Bild*, so dass die ortsabwesende Person auf elektronischem Weg aktiv und unmittelbar an der Generalversammlung teilnehmen kann. Der Einsatz dieser neuen Technologien trägt unter anderem der verstärkten Globalisierung des Aktionariats Rechnung¹⁵³ (s. vorne Ziff. 2.4 ff.).

Die Voten der aus Distanz teilnehmenden Aktionärinnen und Aktionäre müssen in Bild und Ton an den Tagungsort übertragen werden. Zudem muss sichergestellt sein, dass die Identität der Teilnehmerinnen und Teilnehmer sowie der votierenden Personen eindeutig feststeht und die Abstimmungsergebnisse nicht verfälscht werden (Art. 701e). Der Verwaltungsrat trägt dafür die Verantwortung und haftet im Schadensfall (Art. 754 OR).

Auch die Durchführung einer *elektronischen Generalversammlung* soll möglich sein (Art. 701d). Es geht dabei um die sogenannte virtuelle oder Cyber-Generalversammlung, bei der kein räumlicher Tagungsort mehr besteht. Auch hier sind die Vorgaben von Artikel 701e einzuhalten. Zudem setzt die Durchführung einer solchen Generalversammlung voraus, dass sämtliche Aktionärinnen und Aktionäre oder deren Vertreterinnen oder Vertreter zustimmen. Eine elektronische Generalversammlung ist allerdings unzulässig, wenn die zu fassenden Beschlüsse öffentlich zu beurkunden sind (s. vorne Ziff. 2.4.6).

Kann die Generalversammlung aufgrund von technischen Problemen nicht in der vom Gesetz oder den Statuten vorgesehenen Form durchgeführt werden, ist sie zu wiederholen (Art. 701f Abs. 1). Verhandlungsgegenstände, die vor dem Auftreten der technischen Schwierigkeiten behandelt wurden, müssen nicht nochmals traktandiert werden. Die entsprechenden Beschlüsse sind – vorbehältlich anderer Vorschriften¹⁵⁴ – rechtsgültig zustande gekommen (Art. 701f Abs. 2).

3.1.40 Art. 702, 703, 704, 706a: Durchführung der Generalversammlung

Die Revision der Vorschrift betreffend den Inhalt des Protokolls der Generalversammlung trägt der Abschaffung der Inhaberaktien und der Neuordnung der Stimmrechtsver-

¹⁵³ S. MARKUS RUFFNER, Reformbedarf des Aktienrechts – eine „Law and Economics“ – Perspektive in: SJZ 2005 S. 253 ff., S. 259.

¹⁵⁴ Selbstverständlich unterliegen auch solche Beschlüssen den Bestimmungen über die Anfechtung (Art. 706 OR).

tretung Rechnung (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 1, 622, 689 ff.; s. vorne Ziff. 2.2.5, 2.3.5, 3.1.29 ff.). Weitere Änderungen stehen in Zusammenhang mit der Zulassung elektronischer Medien bei der Durchführung der Generalversammlung (Art. 701c ff.; s. vorne Ziff. 3.1.39). So muss das Protokoll Angaben enthalten über die allfällige Verwendung elektronischer Mittel, die Anzahl elektronisch abgegebener Stimmen und das Auftreten technischer Probleme bei der Durchführung der Generalversammlung (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 5 und 7). Wird auf einen räumlichen Tagungsort verzichtet und eine elektronische Generalversammlung durchgeführt, ist im Protokoll festzuhalten, dass die Zustimmung aller Aktionärinnen und Aktionäre bzw. ihrer Vertreterinnen oder Vertreter vorliegt (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 6).

Ferner stellt Artikel 702 Absatz 2 Ziffer 3 klar, dass Auskunftsbegehren und die darauf erteilten Antworten nur im Protokoll aufzuführen sind, wenn sie in der Generalversammlung gestellt werden (Art. 697 Abs. 2; s. vorne Ziff. 3.1.32). Schriftliche Auskunftsbegehren im Sinne von Artikel 697 Absatz 1 werden nicht erfasst.

Das bisherige Einsichtsrecht der Gesellschafterinnen und Gesellschafter ins Protokoll der Generalversammlung bleibt unverändert. Im Interesse einer verbesserten Transparenz wird aber vorgeschrieben, dass die Gesellschaft ihren Aktionärinnen und Aktionären ein sogenanntes *Beschlussprotokoll* innert 20 Tagen seit der Durchführung der Generalversammlung auf elektronischem Weg zugänglich machen oder auf Wunsch zustellen muss. Die Versendung dieses Protokolls kann gegebenenfalls auch per E-Mail erfolgen. Die Gesellschaft trägt die Kosten (Art. 702 Abs. 3).

Zu Artikel 703 (Beschlussfassung durch die Generalversammlung, erforderliches Mehr) siehe Ziffer 3.1.29.

Die Bestimmungen über die Beschlüsse, die ein qualifiziertes Mehr voraussetzen, werden in Einklang mit der Gesetzessystematik gebracht und ergänzt (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 – 9):

Ziffer 4 erwähnt die Einführung des Kapitalbands oder alternativ der genehmigten Kapitalherabsetzung (Art. 653r ff.; s. vorne Ziff. 2.3.2, 3.1.18 ff. [Variante II: Art 653s f.; s. Ziff. 2.3.3, 3.16 ff.]). Ziffer 5 wird aus terminologischen Gründen geändert. Ziffer 7 verlangt für die statutarische Festlegung eines ausländischen Tagungsorts ein qualifiziertes Mehr (Art. 701b).

Klargestellt wird ferner, dass Statutenbestimmungen, die nur mit qualifiziertem Mehr beschlossen werden können, auch nur mit qualifiziertem Mehr aufgehoben werden dürfen (Art. 704 Abs. 2). Andernfalls könnten statutarische Klauseln, die zum Schutz von Personen mit Minderheitsbeteiligungen für bestimmte Beschlüsse ein qualifiziertes Quorum vorsehen, durch ein einfaches Mehr wieder gestrichen werden. Die erschwerte Aufhebung statutarischer Quoren kann allerdings zu deren „Petrifizierung“ führen. Insbesondere bei Publikumsgesellschaften mit einem hohen Bestand an Dispoaktien besteht das Risiko, dass die entsprechenden Statutenklauseln *de facto* nicht mehr geän-

dert werden können (s. vorne Ziff. 2.2.6). In einem solchen Fall ist es Sache des Gerichts, die entsprechende Statutenklausel ungültig zu erklären¹⁵⁵.

Die Anpassungen in Artikel 704 Absatz 3 und Artikel 706a Abs. 2 sind terminologischer Natur. Materiell ändert sich nichts.

Artikel 706a Abs. 3 wird aufgehoben, da die Bestimmung durch die geplante schweizerische Zivilprozessordnung ihre Bedeutung verliert.

3.1.41 Art. 707 und 710: Wählbarkeit, Amtsdauer und Unabhängigkeit des Verwaltungsrats

Die teilweise sehr hohen Bezüge von Verwaltungsratsmitgliedern bei Publikumsgesellschaften standen in den vergangenen Jahren immer wieder im Kreuzfeuer der Kritik. Die neuen Transparenzvorschriften dienen der besseren Information des Aktionariats über die ausgerichteten Vergütungen (s. vorne Ziff. 2.2.2, 3.1.33).

Die Offenlegungspflicht als solche hat aber keinen direkten Einfluss auf die Festsetzung der Bezüge. In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass bestimmte Personen gleichzeitig in den Verwaltungsräten mehrerer börsenkotierter Unternehmen Einsitz nehmen und wechselseitig Einfluss auf die Höhe der Vergütungen nehmen. Der Vorentwurf sieht deshalb vor, dass bei Publikumsgesellschaften der Gesamtverwaltungsrat sicherstellen muss, dass eine derartige gegenseitige Abhängigkeit bei der Festsetzung der Entschädigungen ausgeschlossen ist (Art. 707 Abs. 3). Unterbunden werden soll insbesondere die kreuzweise Einsitznahme in den Entschädigungsausschüssen der Unternehmen. Die Vorschrift leistet einen Beitrag zur Verbesserung der Unabhängigkeit von Verwaltungsratsmitgliedern (s. vorne Ziff. 2.2.7) Bei Interessenkonflikten gilt zudem auch Artikel 717a (s. hinten Ziff. 3.1.42).

Auf die Einführung einer entsprechenden Bestimmung bei privaten Aktiengesellschaften wird verzichtet. Bei solchen Unternehmen kann die Zugehörigkeit zu einer Familie für die Besetzung der obersten Führungsgremien von entscheidender Bedeutung sein. Zudem verfügen insbesondere kleine Gesellschaften häufig über keine Verwaltungsratsausschüsse. Demzufolge sind immer alle Verwaltungsratsmitglieder an der Festsetzung der Bezüge beteiligt. Einem Familienunternehmen mit mehreren Gesellschaften kann im Übrigen nicht untersagt werden, die verschiedenen Verwaltungsräte mit denselben Familienangehörigen zu besetzen.

Einen weiteren wichtigen Beitrag zur Verbesserung der Corporate Governance leistet die Neuregelung der Amtsdauer von Verwaltungsratsmitgliedern (Art. 710 Abs. 1.; s. vorne Ziff. 2.2.7). Inskünftig soll sich der Verwaltungsrat jährlich zur Neuwahl durch die Generalversammlung stellen müssen. Die Mitglieder sind einzeln zu wählen. Eine Wahl *in corpore* ist ausgeschlossen; dagegen ist die Wiederwahl selbstverständlich nach wie

¹⁵⁵ S. den gestützt auf das alte Aktienrecht ergangene BGE 117 II 290 ff., 314 f.

vor möglich (Art. 710 Abs. 2). Das Aktionariat erhält damit die Möglichkeit, jedes Jahr die Leistung der Verwaltungsratsmitglieder individuell zu „bewerten“.

3.1.42 Art. 716a, 716b, 717a: Aufgaben, Geschäftsführung und Interessenkonflikte

Die vorgesehenen Änderungen in Artikel 716a Absatz 1 Ziffer 3 und 7 sind ausschliesslich terminologischer Natur. So wird neu anstelle des Ausdrucks „Finanzplanung“ der in der Praxis gebräuchliche Begriff der internen Kontrolle verwendet.

Die Bestimmung über das Organisationsreglement wird neu strukturiert und in materiel-
ler Hinsicht ergänzt. Die innere Organisation der Geschäftsführung und allfällige Verwaltungsratsausschüsse sind im Organisationsreglement aufzuführen (Art. 716b Abs. 2 Ziff. 1). Ferner hat das Reglement die wichtigen Geschäfte aufzulisten, die der Genehmigung durch den Verwaltungsrat unterliegen (Art. 716b Abs. 2 Ziff. 4).

Der Verwaltungsrat muss jede Aktionärin und jeden Aktionär auf Wunsch schriftlich über die Organisation der Geschäftsführung orientieren; ein besonderer Interessennachweis ist dafür nicht erforderlich. Auch Gesellschaftsgläubigerinnen und Gesellschaftsgläubiger haben einen Informationsanspruch; sie müssen allerdings ein schutzwürdiges Interesse *glaubhaft* machen (Art. 716b Abs. 4).

Eine wichtige Neuerung für eine gute Corporate Governance findet sich in Artikel 717a über Interessenkonflikte (s. vorne Ziff. 2.2.7). Da eine entsprechende Bestimmung im geltenden Recht fehlt, wurde bisher versucht, die Frage von Interessenskonflikten unter Beizug der Vorschrift über die Treuepflicht des Verwaltungsrats zu lösen (Art. 717 Abs. 1 OR).

Der Vorentwurf hält neu ausdrücklich fest, dass Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung den Vorsitzenden des Verwaltungsrats unverzüglich und vollständig über Interessenkonflikte informieren müssen (Art. 717a Abs. 1). Der Gesamtverwaltungsrat ist daraufhin verpflichtet, die nötigen Massnahmen zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft zu ergreifen (Art. 717a Abs. 2)¹⁵⁶. Selbstverständlich darf das betreffende Verwaltungsratsmitglied an einem Beschluss über seinen Ausstand nicht teilnehmen (Art. 717a Abs. 3).

Organmitglieder, welche die Gesellschaft pflichtwidrig und schuldhaft aufgrund des fehlerhaften Umgangs mit einem Interessenkonflikt schädigen, haften gestützt auf Artikel 754 OR. Dies gilt auch für den Fall, dass die Verantwortlichen untätig bleiben, obwohl sie vom Interessenkonflikt Kenntnis hatten.

¹⁵⁶ S. bezüglich der zu ergreifenden Massnahmen BÖCKLI / HUGUENIN / DESSEMONTET, Expertenbericht der Arbeitsgruppe „Corporate Governance“ zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004, S. 208 f.

3.1.43 Art. 725, 725a, 728c, 729c: Anzeigepflicht bei Überschuldung

Die Vorschriften betreffend den Kapitalverlust und die Überschuldung der Gesellschaft werden umfassend neu gestaltet, verdeutlicht und an die Neuordnung der Reserven angepasst.

In der Praxis zeigt sich immer wieder, dass Sanierungsmassnahmen nicht mehr greifen und der Konkurs nicht mehr abgewendet werden kann, wenn das Aktienkapital und die Reserven der Gesellschaft zur Hälfte nicht mehr gedeckt sind (Art. 725 Abs. 1 OR). Da jedoch die Finanzstrukturen und der Finanzbedarf in den einzelnen Unternehmen unterschiedlich sind, erweist sich die gesetzliche Verankerung anderer Kriterien als äusserst schwierig. Es soll deshalb den Gesellschaften überlassen werden, gegebenenfalls geeignete zusätzliche Parameter für die Ergreifung von Sanierungsmassnahmen in den Statuten vorzusehen oder die gesetzlichen Voraussetzungen der Anzeigepflicht zu verschärfen (z.B. Anzeigepflicht bereits, wenn ein Viertel des Aktienkapitals und der Reserven nicht mehr gedeckt ist; Art. 725 Abs. 2). Eine Lockerung des in Artikel 725 Absatz 1 festgelegten Grenzwerts ist dagegen unzulässig.

Der Verwaltungsrat muss inskünftig nicht nur bei einer befürchteten Überschuldung der Gesellschaft, sondern auch bei einer *drohenden Zahlungsunfähigkeit* Zwischenbilanzen zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten erstellen lassen. Diese sind einer zugelassenen Revisorin oder einem zugelassenen Revisor zur Prüfung zu unterbreiten. Diese Neuerung soll dazu dienen, den Verwaltungsrat im Interesse der Gläubigerinnen und Gläubiger zu frühzeitigem Handeln zu veranlassen (Art. 725 Abs. 3).

Nach Artikel 725 Absatz 3 dürfen bei der Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten die Veräusserungswerte höher sein als die gesetzlich vorgesehenen Höchstwerte gemäss den Bewertungsvorschriften, sofern die entsprechenden Vermögenswerte in den nächsten 12 Monate veräussert werden sollen. Diese Regelung entspricht der heutigen Praxis.

Der Verwaltungsrat muss gemäss Artikel 725 Absatz 5 das Gericht benachrichtigen, wenn das Unternehmen nach beiden Zwischenbilanzen überschuldet oder *zahlungsunfähig* ist. Die Ausdehnung der Anzeigepflicht dient dem Schutz der Gläubigerinnen und der Gläubiger. Die Bestimmung stellt zudem klar, dass die Benachrichtigung des Gerichts *unverzüglich* vorzunehmen ist. Damit wird eine langjährige Kontroverse in Lehre und Praxis über die Frage beendet, ob und wie lange der Verwaltungsrat mit dem Gang zum Gericht zuwarten darf. Der Verwaltungsrat ist regelmässig für die finanzielle Lage der Gesellschaft mitverantwortlich. Es liegt zudem in der Natur der Dinge, dass er oft geneigt ist, die Zukunftschancen des Unternehmens zu positiv bewerten. Im Interesse aller betroffenen muss daher das Gericht als neutrale Instanz objektiv über die Sanierungsaussichten des Unternehmens befinden. Es liegt am Verwaltungsrat, das Gericht von gegebenen Sanierungsmöglichkeiten zu überzeugen. Das Gericht kann den Konkurs aufschieben, wenn Aussicht auf Sanierung oder Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit besteht (Art. 725a Abs. 1). Wie die Erfahrungen in der Praxis in den vergangenen Jahren mehr als deutlich gezeigt haben, verschlechtert ein Hinausschieben des

Konkurses durch den Verwaltungsrat letztlich die Lage der Gläubigerinnen und Gläubiger.

Weiterhin möglich ist, auf die Benachrichtigung des Gerichts zu verzichten, wenn Gläubigerinnen und Gläubiger im Ausmass der Unterdeckung der Verbindlichkeiten im Rang hinter allen anderen Personen, die Forderungen gegenüber der Gesellschaft haben, zurücktreten (Art. 725 Abs. 6). Neu wird aber klargestellt, dass mit dem Rangrücktritt eine *Stundung* der Forderungen verbunden werden muss. Die Stundung hat sowohl die Zinsforderungen als auch die Grundforderung zu umfassen und zwar während der gesamten Dauer der Überschuldung¹⁵⁷. Die Stundung führt für das Unternehmen zu einem entsprechenden Zinszahlungs- und Tilgungsverbot. Nur unter diesen Voraussetzungen kann ein Rangrücktritt die Stellung der andern Gläubigerinnen und Gläubigern verbessern und die finanzielle Situation der Gesellschaft stärken. Massgeblich für das Ausmass der Unterdeckung ist die Zwischenbilanz zu Fortführungswerten (Art. 725 Abs. 5).

Der im Rahmen der Revision des Obligationenrechts (GmbH und Revisionsrecht¹⁵⁸) eingefügte Absatz 3 von Artikel 725 OR betreffend die Anzeigepflicht der Revisionsstelle wird in Artikel 725 Absatz 4 verschoben. Neu stellt diese Bestimmung klar, dass die Revisionsstelle, die gemäss Artikel 725 Absatz 3 die Zwischenbilanzen prüft, dieselben Anzeigepflichten hat wie bei der Prüfung der Jahresrechnung.

Die Artikel 728c Absatz 3 und 729c sehen vor, dass die Revisionsstelle das Gericht unverzüglich benachrichtigen muss, wenn die Gesellschaft offensichtlich überschuldet oder zahlungsunfähig ist und der Verwaltungsrat seiner Anzeigepflicht nicht nachkommt. Auch im Hinblick auf diese Pflicht der Revisionsstelle muss klargestellt werden, dass die Pflicht des Verwaltungsrats zur Benachrichtigung des Gerichts kein Ermessen im Hinblick auf allfällige Sanierungsaussichten beinhaltet. Die Revisionsstelle läuft sonst Gefahr, für die Verzögerung des Konkurses durch den Verwaltungsrat zur Verantwortung gezogen zu werden.

3.1.44 Art. 728a, 728b, 731: Aufgaben der Revisionsstelle und Revisionsbericht

Die neue Bestimmung über den Inhalt der Prüfungspflicht, die im Zusammenhang mit der Revisionsvorlage¹⁵⁹ ins Obligationenrecht eingefügt wurde, wird praktisch unverän-

¹⁵⁷ Im selben Umfang ist auch die Verrechnung ausgeschlossen.

¹⁵⁸ S. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrechts) vom 19. Dezember 2001, BBl **2002** 3148 ff.; Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004; BBl **2004** 3969 ff.

¹⁵⁹ S. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004; BBl **2004** 3969 ff.

dert in den Vorentwurf übernommen. Der Hinweis auf die Prüfung der Konzernrechnung durch die Revisionsstelle wird indessen gestrichen (Art. 728a Abs. 1 Ziff. 1). Gemäss dem neuen Artikel 962a Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 963c kann die Prüfung der Konzernrechnung wahlweise durch die Revisionsstelle oder durch eine andere Revisorin bzw. einen anderen Revisor aufgrund eines Auftragsverhältnisses erfolgen (s. hinten Ziff. 3.10.10 f.).

Auch für die Prüfung einer Jahresrechnung, die unter Anwendung eines Regelwerks erstellt wurde (Art. 962a), hat die Gesellschaft die Wahl, entweder die Revisionsstelle damit zu betrauen oder eine andere Revisorin bzw. einen anderen Revisor zu beauftragen (Art. 728a Abs. 1 Ziff. 1, Art. 962a Abs. 3; s. hinten Ziff. 3.10.10).

Die Bestimmung über den Revisionsbericht ist an diese neue Rechtslage anzupassen (Art. 728b). Auch die Artikel 728b Absatz 2 Ziffer 4 und 731 Absatz 1 und 3 (Abnahme der Jahresrechnung) müssen der neuen Regelung Rechnung tragen.

3.1.45 Art. 728c, 729c, 731: Anzeigepflichten der Revisionsstelle, Revisionsbericht

Siehe dazu vorne die Ziffern 3.1.43 f.

3.1.46 Art. 732, 733, 734, 735: Herabsetzung des Aktienkapitals

Die Artikel 732 bis 735 OR über die Herabsetzung des Aktienkapitals werden umfassend revidiert und systematisch weiter vorne eingeordnet (s. vorne Ziff. 3.1.15 ff.).

3.1.47 Art. 736: Auflösung der Gesellschaft

Im Hinblick auf die angestrebte Stärkung der Stellung von Minderheitsaktionärinnen und Minderheitsaktionären und die Schaffung eines einheitlichen Konzepts des Minderheitenschutzes wird der bisherige Schwellenwert für die Einreichung der Auflösungsklage gesenkt und zusätzlich alternative Schwellenwerte vorgesehen: Inskünftig sollen Aktionärinnen und Aktionäre aus wichtigen Gründen die Auflösung der Gesellschaft verlangen können, sofern sie entweder mindestens 5 Prozent des Aktienkapitals, 5 Prozent der Stimmen oder Aktien im Nennwert von 1 Million Franken vertreten. (Art. 736 Ziff. 4; s. vorne Ziff. 2.2.3). Auf ein Abstellen auf den Börsenwert wird - anders als etwa bei der Sonderuntersuchung - verzichtet (s. vorne Ziff. 3.1.34), da die Aktionärinnen und Aktionäre bei Publikumsgesellschaften ihre Beteiligungen stets veräussern und so aus der Gesellschaft ausscheiden können (s. unten).

Von grosser Bedeutung ist, dass es dem Gericht frei steht, anstelle der Auflösung der Gesellschaft auf eine andere sachgerechte und für die Beteiligten zumutbare Lösung zu erkennen. Im Vordergrund steht der Erwerb der Aktien der Kläger durch die Gesellschaft. Insbesondere bei privaten Aktiengesellschaften, deren Minderheitsaktionärin-

nen und Minderheitsaktionäre ihre Anteile faktisch nicht an Dritte verkaufen können, dient das Auflösungsrecht dazu, den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern in Härtefällen das Ausscheiden zu ermöglichen (sog. *exit*). Wird die Aktiengesellschaft - wie in der Schweiz - für kleinere Gesellschaften verwendet, deren Aktien faktisch weitgehend unübertragbar sind, weil dafür kein Markt besteht, so kommt der Klage auf Auflösung – die eigentlich im Ergebnis eher zu einer Klage auf Ausscheiden aus wichtigen Gründen wird – für den Schutz von Personen mit Minderheitsbeteiligungen eine zentrale Funktion zu.

Im Zusammenhang mit Artikel 736 steht auch die Neuregelung des Erwerbs eigener Aktien durch die Gesellschaft. Die Höchstgrenze für den Erwerb wurde im Fall der Auflösungsklage auf 20 Prozent erhöht (Art. 659 Abs. 2; s. vorne Ziff. 3.1.23).

3.1.48 Art. 755, 756, 759: Organhaftung

Die im Rahmen der Vorlage zur Revisionspflicht¹⁶⁰ neu geschaffene Bestimmung über die Haftung des Gemeinwesens für Personen, die als Mitglied einer Finanzkontrollbehörde eine Revision durchführen, wird lediglich terminologisch geändert („Arbeitnehmer“ anstelle „Mitarbeiter“; Art. 755 Abs. 2).

Artikel 756 Absatz 2 über die Tragung der Prozesskosten bei der gerichtlichen Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen wird aufgehoben. Die Kostenverteilung wird inskünftig in der Schweizerischen Zivilprozessordnung geregelt.

Die Entwicklungen der letzten Jahre haben gezeigt, dass die geltende Regelung der Haftung der Revisorinnen und Revisoren nicht in allen Punkten zu überzeugen vermag (s. vorne Ziff. 2.2.8). Die Verantwortung für die Führung einer Unternehmung liegt beim Verwaltungsrat. Beim Zusammenbruch haftet jedoch die Revisionsstelle solidarisch mit dem Verwaltungsrat oft für grosse Schäden, obwohl ihr meist nur ein leichtes Verschulden vorgeworfen werden kann. Der Geschädigte kann jedoch grundsätzlich bei jedem Haftpflichtigen den Gesamtschaden einfordern. Zwar wurde mit der Aktienrechtsrevision von 1991 die Möglichkeit geschaffen, dass das Gericht die solidarische Haftung unter Berücksichtigung des Verschuldens und der Umstände differenzieren kann (Art. 759 i.V.m. Art. 43 Abs. 1 OR). Die Regelung ist jedoch schwer verständlich und für die Praxis zu wenig konkret ausgestaltet. Es gibt bis heute keinen Gerichtsschied, der die sogenannte „differenzierte Solidarität“ umgesetzt hätte. Die Geschädigten klagen oft primär die Revisionsstelle ein, da diese meist solventer ist als die Mitglieder des Verwaltungsrats. Die Revisionsstelle bleibt anschliessend auf ihren Regressforderungen „sitzen“, da die übrigen Verantwortlichen nicht über ausreichende Mittel verfügen.

Aus geschäftlichen Gründen sind Revisionsunternehmen zudem häufig gezwungen, einen langen Prozess durch Abschluss eines Vergleichs zu vermeiden, obwohl ihre

¹⁶⁰ S. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004; BBl **2004** 3969 ff.

Schadensersatzpflicht gar nicht feststeht. Da die Revisionsunternehmen zunehmend Mühe haben, sich gegen die Risiken aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit angemessen zu versichern, können umfangreiche Schadenersatzklagen die Existenz des Unternehmens in Frage stellen, obwohl ihm nur ein leichtes Verschulden anzulasten ist.

Der Vorentwurf sieht deshalb – ähnlich wie andere europäische Rechtsordnungen (Deutschland, Österreich) - vor, dass bei *leichtem Verschulden* der mit der Revision betrauten Personen die solidarische Haftung des Revisionsunternehmens summenmässig begrenzt wird (Art. 759 Abs. 1^{bis}). Dabei wird die Obergrenze unterschiedlich hoch angesetzt, je nachdem, ob es sich bei der revidierten Gesellschaft um eine gewöhnliche private Aktiengesellschaft oder um eine Publikumsgesellschaft bzw. um ein wirtschaftlich bedeutendes Unternehmen gemäss Artikel 727 E OR (Vorlage zur Revisionspflicht¹⁶¹) handelt (s. vorne Ziff. 2.2.8).

Diese unterschiedliche Behandlung rechtfertigt sich, weil bei der Revision von Publikumsgesellschaften oder von wirtschaftlich wichtigen nicht kotierten Unternehmen die Schadenshöhe in aller Regel beträchtlich höher ist als bei den übrigen Aktiengesellschaften. Für Grossunternehmen wird eine maximale Haftungssumme von 25 Millionen Franken vorgeschlagen. Dieser Betrag liegt um Einiges höher als die maximale Obergrenze der Haftung in anderen europäischen Staaten (z.B. in Deutschland beträgt die Haftungsobergrenze 8 Millionen Euro). Bei mittleren und kleineren Unternehmen erscheint dagegen ein Höchstbetrag von 10 Millionen Franken als angemessen.

¹⁶¹ S. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004; BBl **2004** 3969 ff.

3.2 Der Einzelarbeitsvertrag

3.2.1 Art. 322a: Anteil am Geschäftsergebnis

Die Änderung ist rein terminologischer Natur und durch die Neuregelung des Rechnungslegungsrechts bedingt („Erfolgsrechnung“ anstatt „Gewinn- und Verlustrechnung“, Art. 322a Abs. 3; s. Ziff. 2.5 ff., 3.10 ff.).

3.3. Die Kollektivgesellschaft

3.3.1 Art. 558 und 559: Gewinn und Verlust

Die Bestimmungen sind terminologisch an die neuen Vorschriften über die Rechnungslegung anzupassen. (Verwendung der Begriffe „Jahresrechnung“ und „Geschäftsbericht“; Art. 558 Abs. 1, Art. 559 Abs. 2 und 3; s. vorne Ziff. 2.5 ff., hinten Ziff. 3.10 ff.).

3.4 Die Kommanditgesellschaft

3.4.1 Art. 600 und 611: Stellung der Kommanditäre, Bezug von Zinsen und Gewinn

Auch hier geht es nur um terminologische Anpassungen (Einführung der Begriffe „Erfolgsrechnung“, „Geschäftsbücher“, „Buchungsbelege“ etc.; Art. 600 Abs. 3; 611 Abs. 2; s. vorne Ziff. 2.5 ff., hinten Ziff. 3.10 ff.).

3.5 Kommanditaktiengesellschaft

3.5.1 Art. 765: Eintragung der Mitglieder der Verwaltung ins Handelsregister

Der Vorentwurf sieht neu ausdrücklich vor, dass bei ausländischen Mitgliedern der Verwaltung sowie bei zur Vertretung befugten Ausländern deren Staatsangehörigkeit ins Handelsregister einzutragen ist (Art. 765 Abs. 2).

3.6 Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

3.6.1 Art. 791: Eintragung ins Handelsregister

Analog zur Kommanditaktiengesellschaft sind ausländische Gesellschafterinnen und Gesellschafter neu unter Angabe ihrer *Staatsangehörigkeit* ins Handelsregister einzutragen (Art. 791 Abs. 1; s. vorne Ziff. 3.5.1).

3.6.2 Art. 801: Reserven

Die Bestimmungen des Aktienrechts über die Reserven finden bei der GmbH entsprechend Anwendung (Art. 801; s. vorne Ziff. 3.1.25).

3.6.3 Art. 802: Auskunfts- und Einsichtsrecht

Die Vorschrift betreffend das Einsichtsrecht der Gesellschafterin bzw. des Gesellschafters wurde bereits anlässlich der Revision des GmbH-Rechts geändert¹⁶². Die erneute Anpassung erfolgt lediglich aus terminologischen Gründen („Geschäftsbücher“ statt „Bücher“; Art. 802 Abs. 2; s. vorne Ziff. 2.5 ff., hinten Ziff. 3.10 ff.).

3.6.4 Art. 804: Aufgaben der Gesellschafterversammlung

Die Aufgaben der Gesellschafterversammlung wurden bereits im Rahmen der GmbH-Vorlage¹⁶³ umfassend neu geregelt. Aufgrund der Revision des Rechnungslegungsrechts müssen jedoch kleinere Anpassungen vorgenommen werden: Da neu die Möglichkeit besteht, die Prüfung der Konzernrechnung wahlweise durch die Revisionsstelle oder durch eine andere Revisorin bzw. einen andern Revisor vornehmen zu lassen (Art. 962a Abs. 4), entfällt der Hinweis auf den Konzernrechnungsprüfer und die Konzernrechnung (Art. 804 Abs. 2 Ziff. 3 und 4; s. vorne Ziff. 3.1.44, hinten Ziff. 3.10 ff.).

3.6.5 Art. 820: Kapitalverlust / Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit

Für die Anzeigepflichten bei Kapitalverlust, Überschuldung sowie neu bei Zahlungsunfähigkeit kommen die aktienrechtlichen Vorschriften zur Anwendung (Art. 725 ff. i.V.m. Art. 820 Abs. 1; s. vorne Ziff. 3.1.43 ff.). Weitere Änderungen sind rein sprachlicher Natur (Abs. 2).

¹⁶² S. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrechts) vom 19. Dezember 2001, BBl **2002** 3148 ff.

¹⁶³ S. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrechts) vom 19. Dezember 2001, BBl **2002** 3148 ff.

3.7 Genossenschaft

3.7.1 Art. 856, 857, 858: Kontrollrechte der Genossenschafter

Aufgrund der Neuregelung des Rechnungslegungsrechts wird aus terminologischen Gründen die Bestimmung über die Bekanntgabe der Betriebsrechnung und der Bilanz geändert (Art. 856, 857 Abs. 1). Neu wird der Begriff des Geschäftsberichts verwendet (s. vorne Ziff. 2.5 ff., hinten Ziff. 3.10 ff.).

Die aktienrechtlichen Vorschriften über die Offenlegung der Entschädigungen des Managements sollen sinngemäss auch bei Genossenschaften gelten (Art. 697^{quater}, 697^{quinquies}). Bei Genossenschaften mit mehr als 2000 Mitgliedern erfolgt die Bekanntgabe – wie bei Publikumsgesellschaften – im Anhang zur Bilanz. Bei den übrigen Genossenschaften kann jede Gesellschafterin bzw. jeder Gesellschafter Auskunft verlangen (Art. 856 Abs. 1; s. vorne Ziff. 2.2.2, 3.1. 33, hinten Ziff. 3.10.3).

Artikel 858 über die aktienrechtlichen Bilanzierungsvorschriften und die kaufmännische Buchführung wird im Hinblick auf die neuen Rechnungslegungsvorschriften gegenstandslos und kann aufgehoben werden (s. vorne Ziff. 2.5 ff., hinten Ziff. 3.10 ff.).

3.7.2 Art. 879: Befugnisse der Generalversammlung

Die Bestimmung betreffend die Befugnisse der Generalversammlung ist terminologisch an die neuen Vorschriften über die Rechnungslegung anzupassen („Jahresrechnung“ anstelle von „Betriebsrechnung“; „Bilanzgewinn“ anstelle von „Reinertrag“; Art. 879 Abs. 2 Ziff. 3; s. vorne Ziff. 2.5 ff., hinten Ziff. 3.10 ff.).

3.7.3 Art. 902 und 903: Pflichten der Verwaltung

Aufgrund der Vereinheitlichung der Terminologie im Bereich des Rechnungslegungsrechts werden die Ausdrücke „Betriebsrechnung“ und „Jahresbilanz“ durch den Begriff „Geschäftsbericht“ ersetzt (Art. 902 Abs. 3; s. vorne Ziff. 2.5 ff., hinten Ziff. 3.10 ff.).

Grundsätzlich gelten die aktienrechtlichen Vorschriften für die Anzeigepflichten bei Kapitalverlust, Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit der Genossenschaft sowie für die Eröffnung und den Aufschub des Konkurses. Artikel 903 Absatz 1 enthält einen entsprechenden Verweis. Die Ähnlichkeit der Verhältnisse bei Aktiengesellschaften und Genossenschaften in diesem Bereich rechtfertigt es, das Genossenschaftsrecht an das Aktienrecht anzupassen.

Ferner wird neu festgehalten, dass das Gericht den Konkurs aufschieben kann, wenn ausstehende Nachschüsse sofort einbezahlt werden und Aussicht auf Sanierung besteht (Art. 903 Abs. 2). Diese Bestimmung trägt der Möglichkeit statutarischer Nachschüsse Rechnung. Im Rahmen einer Totalrevision wurde bereits das GmbH-Recht mit den aktienrechtlichen Vorschriften über den Kapitalverlusts in Übereinstimmung ge-

bracht (Art. 820 E OR) ¹⁶⁴. Eine entsprechende Anpassung der einschlägigen Regeln des Genossenschaftsrechts ist sachlich notwendig.

3.8 Das Handelsregister

3.8.1 Art. 928 und 928a: Öffentlichkeit

Neu befasst sich Artikel 928 mit der Öffentlichkeit des Handelsregisters (die Haftungsbestimmung wird in Art. 929 verschoben). Der Umfang der allgemein öffentlichen Daten des Handelsregisters bleibt unverändert. Wie bisher sind Eintragungen¹⁶⁵, Anmeldungen und Belege jedermann frei zugänglich (Abs. 1).

Die unentgeltliche elektronische Zugriffsmöglichkeit auf die Einträge, die Statuten und die Stiftungsurkunden verbessert die Transparenz (Abs. 2; s. vorne Ziff. 2.2.4). Der Bundesrat bestimmt die Modalitäten der Öffentlichkeit und der Veröffentlichung (Art. 928 Abs. 3.). Zudem wird ausdrücklich festgehalten, dass eine elektronische Suche nach bestimmten Kriterien in den Handelsregistereinträgen zulässig ist (Art. 928 Abs. 4). Neben der Suche nach personenbezogenen Kriterien ist beispielsweise auch ein Suchverfahren nach dem Sitz der Gesellschaft denkbar. Bereits heute ermöglichen einige kantonale Handelsregister die personenbezogene Suche, was die Informationsbeschaffung insbesondere für Gläubigerinnen und Gläubiger sowie Geschäftspartnerinnen und Geschäftspartnern erleichtert (s. vorne Ziff. 2.2.4). Elektronisch veröffentlichte Daten entfalten keine Rechtswirkung und begründen somit keine Haftung der Handelsregisterbehörden. Massgeblich ist vielmehr nach wie vor die Veröffentlichung der Eintragungen im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB; Art. 928 Abs. 5, 928a Abs. 1 sowie Art. 932 Abs. 2 OR).

Umfassend umgestaltet wird die Vorschrift über das SHAB (Art. 928a, vormals Art. 931 OR). Die Änderungen sind aber teilweise rein *formaler Natur*. Neu festgehalten wird, dass die Tagebucheintragungen innert zwei Tagen seit der Genehmigung der Eintragung durch das Eidg. Handelsregisteramt im SHAB zu veröffentlichen sind (Abs. 2)¹⁶⁶. Der Bundesrat kann auch eine nur teilweise Veröffentlichung vorschreiben. Die kurze Dauer zwischen der Genehmigung der Tagebucheintragung und ihrer Veröffentlichung wird aufgrund der *Informatisierung* des Registerwesens möglich. Eine raschere Publikation von Handelsregistereinträgen dient der Wirtschaft.

¹⁶⁴ S. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrechts) vom 19. Dezember 2001, BBl **2002** 3148 ff., 3219.

¹⁶⁵ Im bisherigen Recht wird die Öffentlichkeit der Eintragungen nicht ausdrücklich erwähnt (Art. 930 OR). Sie ergibt sich jedoch indirekt aus andern Bestimmungen.

¹⁶⁶ Es ist vorgesehen, eine entsprechende Vorschrift bereits im Rahmen der anstehenden Revision der HRegV (Revision des GmbH-Rechts) in Kraft zu setzen.

Die bereits heute bestehende Kompetenz des Bundesrats, weitere Formen der Veröffentlichung der Daten vorzusehen, bleibt grundsätzlich inhaltlich unverändert (Abs. 3), wird aber präzisiert.

3.8.2 Art. 929: Haftung der Handelsregisterbehörden

Die Haftung der Handelsregisterbehörden wird *neu geregelt* (Art. 929, vormals Art. 928). Der Vorentwurf sieht vor, dass der Kanton für alle Schäden haftet, den die kantonalen Handelsregisterbehörden *in rechtswidriger Weise* verursachen haben (Abs. 1 und 2). Die direkte persönliche Haftung des Handelsregisterführers wird – da nicht mehr zeitgemäss – gestrichen. Die Einführung der *primären und kausalen Staatshaftung* wie bei den übrigen Registern des Privatrechts (Art. 46 und 955 ZGB) (anstelle der persönlichen Verschuldenshaftung) entspricht dem Modell einer modernen Haftungsordnungen. Zahlreiche kantonale Gesetze sehen bereits heute vor, dass das Gemeinwesen kausal für allfällige Schäden, die durch die Handelsregisterbehörden verursacht werden, einzustehen hat.

Die Regelung allfälliger Regressansprüche des Gemeinwesens bleibt den Kantonen überlassen.

Die Verjährung richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 7 ZGB i.V.m. Art. 60 OR). Die absolute zehnjährige Verjährungsfrist beginnt mit der Eintragung ins Tagebuch zu laufen.

Die Haftung der Oberaufsichtsbehörde des Bundes bemisst sich – wie bis anhin – nach dem Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes¹⁶⁷.

3.8.3 Art. 929a OR, Art. 930, 930a: Verordnungskompetenz und Gebühren

Die Vorschriften über die Verordnungskompetenz des Bundesrats werden neu gegliedert. Artikel 930 Absatz 1 entspricht Artikel 929 Absatz 1 E OR-GmbH-Vorlage¹⁶⁸.

Die Kompetenzdelegation an den Bundesrat im Hinblick auf die Informatisierung des Handelsregisters wird materiell unverändert übernommen, jedoch von Artikel 929a OR in Artikel 930a verschoben.

Die Kompetenz zur Regelung der Gebühren verbleibt beim Bundesrat. Wie bisher sollen die Gebühren der wirtschaftlichen Bedeutung des Unternehmens angepasst sein (Art. 930 Abs. 2).

¹⁶⁷ S. Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG;SR 170.32).

¹⁶⁸ Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrechts) vom 19. Dezember 2001, BBl **2002** 3148 ff.

3.8.4 Art. 931 und 931a: Einträge

Neu wird auf Gesetzesstufe festgehalten, dass die Einträge im Handelsregister der Wahrheit entsprechen müssen, zu keinen Täuschungen Anlass geben und keinen öffentlichen Interessen widersprechen dürfen (Art. 931). Im heutigen Recht findet sich eine entsprechende Bestimmung nur auf Verordnungsstufe (Art. 38 Abs. 1 HRegV). Da es sich aber um eine Norm von grundsätzlicher Bedeutung handelt, erscheint ihre Verankerung im Obligationenrecht gerechtfertigt.

Artikel 931a Absatz 3 kodifiziert die bundesgerichtliche Rechtsprechung und regelt die Voraussetzungen einer rechtsgenügenden Anmeldung von Einträgen¹⁶⁹. Die Anmeldung gilt nur dann als eingereicht, wenn sämtliche erforderlichen Belege zusammen mit der Anmeldung dem Handelsregisteramt unterbreitet werden. Zudem müssen sowohl die Anmeldung als auch die Belege den rechtlichen Anforderungen genügen. Die Regelung ist insbesondere für fristgebundene Anmeldungen von Bedeutung (z.B. Erhöhungen und Herabsetzungen des Aktienkapitals, Art. 650 Abs. 3, 653n Abs. 3; s. vorne Ziff. 3.1.7, 3.1.16).

3.8.5 Art. 933 und 934: Wirkung des Eintrags

Die heutigen Vorschriften über Beginn und Wirkung des Eintrags bleiben grundsätzlich unverändert bestehen (Art. 933 sowie Art. 932 OR). Die wenigen Änderungen sind rein terminologischer Natur. So wird zwischen den Begriffen „Eintragung“ und „Eintrag“ unterschieden. Der Begriff „Eintragung“ umschreibt die Registrierung der angemeldeten Tatsache, d.h. den Vorgang als solchen. Der Ausdruck „Eintrag“ wird für das Ergebnis der Registrierung verwendet, d.h. die im Tagebuch vermerkte Tatsache.

Beibehalten wird die heutige Regelung des Rechts bzw. der Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister (Art. 934).

3.8.6 Art. 941 und 943: Eintragung von Amtes wegen und Ordnungsbussen

Die Eintragung von Amtes wegen wird ausführlicher geregelt. Die Grundsatznorm wird materiell unverändert übernommen (Art. 941 Abs. 1). Zusätzlich hält das Gesetz fest, dass der Bundesrat die Befugnis hat, den Behörden und Gerichten vorzuschreiben, dem Handelsregisteramt bestimmte Tatsachen von Amtes wegen zu melden respektive Auskunft zu erteilen, sofern es für die Beurteilung eines Eintrags von Bedeutung ist (Art. 941 Abs. 2 Ziff. 1 und 2). Die Einführung einer Pflicht zur Bekanntgabe von Tatsachen, die für das Handelsregisteramt relevant sind, trägt dazu bei, die erforderliche Aktualität und Richtigkeit der Handelsregistereinträge sicherzustellen. Die Hauptfunktion des Handelsregisters, die Bekanntgabe rechtlich und wirtschaftlich relevanter Tatsa-

¹⁶⁹ S. BGE 69 I 51 ff., 54.

chen, kann nur gewährleistet werden, wenn den Handelsregisterbehörden die entsprechenden Informationen zur Kenntnis gebracht werden.

Artikel 943 Absatz 1 betreffend die Verhängung von Ordnungsbussen wegen Missachtung der Eintragungspflicht wird aufgehoben. Neu findet sich im Strafgesetzbuch ein entsprechender Übertretungsstraftatbestand (Art. 326quinquies; s. hinten Ziff. 15.1).

Der bisherige Absatz 2 von Artikel 943 OR entfällt ebenfalls. Es handelt sich bei dieser Bestimmung um ein gesetzgeberisches Versehen. Anlässlich der Aktienrechtsrevision von 1991 wurde die Pflicht zur Einreichung der Gewinn- und Verlustrechnung sowie der Bilanz beim Handelsregister gestrichen, die Strafbestimmung blieb aber bestehen.

3.8.7 Art. 943a: Haftung für Gebühren

Die Bestimmung kodifiziert die Bundesgerichtspraxis¹⁷⁰, die bereits in die Gebührenverordnung Eingang gefunden hat (Art. 21 Abs. 1 Gebührenverordnung¹⁷¹). Alle Personen, die an der Vorbereitung einer Eintragung beteiligt sind, haften *solidarisch* für die Begleichung der Handelsregistergebühren (Abs. 1). Erfasst werden – neben den einzutragenden Rechtssubjekt als solchem – beispielsweise auch Notarinnen und Notare, Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte oder Treuhänderinnen und Treuhänder (Abs. 1 Ziff. 1 und 2). Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans haften nach ihrem Ausscheiden aus dem Amt noch solidarisch weiter für Gebühren und Auslagen, die während eines Jahres nach ihrer Löschung im Handelsregister entstehen (Abs. 2).

Im Unterschied dazu können Behörden, die im Rahmen ihrer amtlichen Tätigkeit eine Anmeldung beim Handelsregister vornehmen oder eine Amtshandlung verlangen, nicht zur Bezahlung der Gebühren herangezogen werden.

3.9. Die Geschäftsfirmen

3.9.1 Art. 944, 947 und 956: Firmenbildung

Der Vorentwurf liberalisiert das Firmenrecht. Unter Vorbehalt der gesetzlichen Anforderungen an den Inhalt der Firma bei bestimmten Rechtsformen, darf die Firma neu auch aus reinen Sachbezeichnungen gebildet werden (Art. 944 Abs. 2). So würde beispielsweise *de lege ferenda* die Eintragung einer Aktiengesellschaft mit der Firma *Holzhandel AG* zugelassen.

Da reine Sachbezeichnungen jedoch nicht monopolisiert werden dürfen, verfügt eine solche Firma über keinen Schutz gegenüber ähnlichen, später im Handelsregister eingetragenen Rechtsträgern. Artikel 956 Absatz 2 enthält einen entsprechenden Vorbehalt. Wird die Firma „Holzhandel AG“ ins Handelsregister eingetragen, so hat das

¹⁷⁰ S. BGE 115 II 93 ff., 94 f.

¹⁷¹ Verordnung vom 3. Dezember 1954 über die Gebühren für das Handelsregister, SR 221.411.1.

betreffende Unternehmen kein Recht¹⁷², gegen eine Gesellschaft vorzugehen, welche die Firma „H Holzhandel AG“ trägt¹⁷³. Die Liberalisierung hat nicht nur Auswirkungen auf den Firmenschutz, sondern indirekt auch auf die Bestimmungen über den unlauteren Wettbewerb. Da das Wettbewerbsrecht das Firmenrecht nicht unterlaufen kann, muss beim Entscheid über das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr (z.B. durch eine jüngere Marke) der auf ein Minimum reduzierte Firmenschutz bei Sachbezeichnungen berücksichtigt werden¹⁷⁴.

Im Unterschied dazu geniessen Firmen, die eine Phantasiebezeichnung verwenden, einen weitergehenden firmenrechtlichen Schutz und können sich deshalb erfolgreich gegen die spätere Eintragung ähnlicher Firmen im Rahmen eines Zivilprozesses zur Wehr setzen.

Nach wie vor ausgeschlossen ist, dass zwei gleichlautende Firmen gleichzeitig im Handelsregister eingetragen sind. Das Verbot des Eintrags identischer Firmen im Handelsregister ist gewohnheitsrechtlicher Natur und leitet sich indirekt aus Artikel 651 Absatz 2 OR ab. Firmen, die aus reinen Sachbezeichnungen bestehen, verfügen demnach insofern über einen minimalen firmenrechtlichen Schutz, als die Eintragung einer identischen Firma ausgeschlossen ist.

Die vorgesehene Lockerung des Firmenrechts entspricht einem klaren Bedürfnis, dass sich in der heutigen Praxis zeigt. Den Gesellschaften wird daher ein möglichst grosser Spielraum für die Bildung ihrer Firma eingeräumt. Bei der Wahl der Firma soll es demzufolge den Betroffenen überlassen werden, selbst zu entscheiden, wie viel Wert sie auf den Schutz der Firma legen. Wählen sie ein aus Sachbezeichnung gebildete Firma, so begnügen sie sich mit einem begrenzten Schutz bzw. verzichten gänzlich auf einen solchen.

Mit der Zulassung von reinen Sachfirmen wird bewusst ein Unterschied zum Markenrecht geschaffen: Anders als bei der Gründung eines Unternehmens, wo auch dann eine Firma ins Handelsregister eingetragen werden muss, wenn die Gründer dem Schutz des Zeichens keine Bedeutung zumessen, erfolgt die Hinterlegung einer Marke gerade zwecks Erwerbs eines Ausschliesslichkeitsrechts, gestützt auf das Verbot des Gebrauchs eines verwechselbaren Zeichens im Geschäftsverkehr verboten werden kann. Vor diesem Hintergrund ist es richtig, bei der Markeneintragung

¹⁷² Vorbehalten bleiben selbstverständlich die firmenrechtlichen Grundsätze der Firmenwahrheit, des Täuschungsverbots und des Vorrangs öffentlicher Interessen (Art. 944 Abs. 1).

¹⁷³ Was den Rechtsformzusatz in der Firma betrifft, so sieht das revidierte GmbH-Recht vor, dass neu nicht nur GmbH, sondern auch Aktiengesellschaften und Genossenschaften stets einen *Rechtsformzusatz* der Firma befügen müssen. Keine Gesellschaft kann demzufolge über eine Firma verfügen, die nur aus einem oder mehreren Sachbegriffen besteht. Der Hinweis auf die Rechtsform des Unternehmens ist zwingender Bestandteil der Firma. S. Art 950 E OR der Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrechts) vom 19. Dezember 2001, BBl **2002** 3148 ff., 3240 f.

¹⁷⁴ S. Art. 3 Bst. d des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG), SR 241.

höhere Anforderungen an die Unterscheidungskraft des Zeichens zu stellen und gemeinfreien Zeichen die Eintragung als Marke konsequent zu verweigern. Als Folge wird eine aus reinen Sachbezeichnungen gebildete Firma nicht als Marke eingetragen werden können. Auch mit Blick auf eine allfällige Verkehrsdurchsetzung (Art. 2 lit. a Markenschutzgesetz [MSchG]¹⁷⁵) ist zu beachten, dass jene eine Durchsetzung als Marke für Waren und Dienstleistungen – und nicht nur als Firma eines Unternehmens – verlangt und sich das hinterlegte Zeichen als solches (also unter Umständen ohne Rechtsformhinweis) durchgesetzt haben muss; schliesslich wird absolut freihaltebedürftigen Zeichen die Eintragung gänzlich verweigert.

Die Kompetenz des Bundesrats, Bestimmungen über die Verwendung nationaler und territorialer Bezeichnungen bei der Bildung von Firmen zu erlassen (Art. 944 Abs. 2 OR), wird gestrichen. Die entsprechende Verordnung wurde vor einigen Jahren aufgehoben, so dass die Vorschrift ihren Sinn verloren hat.

Für Kommanditaktiengesellschaften wird auf Gesetzesstufe klargestellt, dass die Firma zu ändern ist, wenn einem Mitglied der Verwaltung die Geschäftsführung und Vertretung entzogen wird oder aus der Gesellschaft ausscheidet, sofern der Name dieses Mitglieds in der Firma enthalten ist (Art. 947 Abs. 5). Die Pflicht zur Anpassung der Firma ergibt sich heute indirekt aus Artikel 947 Absatz 3 OR, wonach nur unbeschränkt haftende Gesellschafterinnen und Gesellschafter namentlich in der Firma aufgeführt werden dürfen. Die Handelsregisterverordnung enthält eine entsprechende Regelung (Art. 87 Abs. 2).

¹⁷⁵ Bundesgesetz vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz, MSchG), SR 232 11.

3.10 Die kaufmännische Buchführung

3.10.1 Art. 957 und 957a: Pflicht zur Buchführung und Rechnungslegung

Die Pflicht zur Buchführung und Rechnungslegung wird wie im geltenden Recht unabhängig von der Rechtsform an die Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister gebunden (s. vorne Ziff. 2.5.2). Zur Buchführung und Rechnungslegung verpflichtet sind demnach grundsätzlich alle Einzelunternehmen, Personengesellschaften und juristischen Personen. Unter die juristischen Personen fallen selbstverständlich auch Vereine und Stiftungen. Der Vorentwurf verwendet in den nachfolgenden Artikeln jedoch den Sammelbegriff des "Unternehmens".

Für Einzelunternehmen (s. Art. 52 ff. HRegV), Vereine (s. Art. 61 ZGB) und Stiftungen (s. Art. 52 Abs. 2 ZGB), die sich nicht von Gesetzes wegen in das Handelsregister eintragen lassen müssen, genügt eine einfache Buchhaltung, die lediglich die Einnahmen und Ausgaben erfasst sowie die Vermögenslage wiedergibt (sog. "Milchbuch-Rechnung"). Die freiwillige Eintragung in das Handelsregister hat keine Auswirkungen auf die Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht.

Strengere spezialgesetzliche Bestimmungen, beispielsweise im Banken- oder Versicherungsbereich, bleiben vorbehalten. Weniger strenge Vorgaben werden durch die neuen Vorschriften zur Buchführung und Rechnungslegung derogiert.

Als "strengere" spezialgesetzliche Bestimmungen gelten beispielsweise detailliertere Gliederungsvorschriften (Art. 959a, 959b und 959c sowie 961 Abs. 2; s. hinten Ziff. 3.10.4 ff., 3.10.9) oder Vorschriften, welche die Bewertungs- oder Abschreibungsfreiheit des Unternehmens im Vergleich zum Vorentwurf einschränken. Ein Beispiel für eine strengere Bewertungsvorschrift ist die im Versicherungswesen gebräuchliche sog. Kostenamortisations-Methode (*amortized cost-method*)¹⁷⁶: Diese Methode schreibt für fest verzinsliche Wertpapiere, die auf eine feste Währung lauten und die zu einem zum voraus bestimmten Wert zurückzahlbar sind oder amortisiert werden können, die Bilanzierung zum Anschaffungswert vor und legt gleichzeitig fest, dass die Überleitung zum Nominalwert nicht in einer Berichtsperiode (was nach dem Vorentwurf grundsätzlich zulässig wäre), sondern verteilt über die gesamte Laufzeit zu erfassen ist. Als Folge wird der zwischenzeitliche Marktwert des Wertpapiers (Art. 960b; s. hinten Ziff. 3.10.7) irrelevant.

Der geltende Art. 957 OR enthält Bestimmungen zur Aufbewahrungspflicht und wird in redaktionell modifizierter Form in den Artikel 958e verschoben.

¹⁷⁶ S. Art. 46a der Verordnung vom 11. September 1931 über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungseinrichtungen (SR 961.05) und Art. 29 ff. der Verordnung vom 29. November 1993 über die direkte Lebensversicherung (SR 961.611). Das Versicherungsaufsichtsrecht wird derzeit revidiert; die rechtlichen Grundlagen für die Kostenamortisationsmethode werden voraussichtlich ab 1. Januar 2006 in der revidierten Versicherungsaufsichtsverordnung enthalten sein.

Die Buchführung bildet die Grundlage der Rechnungslegung. Sie erfasst diejenigen Geschäftsvorfälle und Sachverhalte, die für die Darstellung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens notwendig sind (Art. 957a Abs. 1 und 2).

Der Vorentwurf beschränkt sich auf einige wenige Kernvorschriften in diesem Bereich. So überführt er die wesentlichen Grundsätze ordnungsmässiger Buchführung aus der Praxis in das Gesetz (Art. 957a Abs. 2). Die Aufzählung im Vorentwurf ist nicht abschliessend.

Unter anderem wird auch das Belegprinzip ausdrücklich als Grundsatz ordnungsmässiger Buchführung festgehalten. Als Buchungsbeleg gelten alle Schriftstücke, die notwendig sind, um den einer Buchung zugrunde liegenden Geschäftsvorfall oder Sachverhalt nachvollziehen zu können (Art. 957a Abs. 3; zur Aufbewahrungspflicht s. hinten Ziff. 3.10.3).

Die Buchhaltung ist der Art und der Grösse des Unternehmens anzupassen und kann auch elektronisch oder auf vergleichbare Weise erfolgen. Ausser in den vier Landessprachen kann sie mit Rücksicht auf international tätige Unternehmen auch nur auf Englisch geführt werden (Art. 957a Abs. 4 und 5).

3.10.2 Art. 958, 958a, 958b, 958c: Rechnungslegung

Die Rechnungslegung erfolgt wie im heutigen Aktienrecht im *Geschäftsbericht*. Dieser enthält bei kleinen und mittelgrossen Unternehmen (KMU) lediglich die Jahresrechnung und nicht wie im geltenden Aktienrecht auch noch einen Jahresbericht (Art. 958 Abs. 2). Der Vorentwurf sieht allerdings zusätzliche Anforderungen an den Geschäftsbericht grosser Unternehmen vor (Art. 961 ff., s. hinten Ziff. 3.10.9). Sofern eine Konsolidierungspflicht besteht (Art. 963; s. hinten Ziff. 3.10.11), umfasst der Geschäftsbericht zudem (wie im geltenden Aktienrecht) eine Konzernrechnung. Ein allfälliger Abschluss nach Regelwerk (Art. 962 ff.; s. hinten Ziff. 3.10.10) bildet demgegenüber nicht Teil des Geschäftsberichts. Dies ist insbesondere für die Einsichtnahme und die Offenlegung des Geschäftsberichts von Bedeutung (s. Art. 958d; s. hinten Ziff. 3.10.3).

Die *Jahresrechnung* besteht aus drei Bestandteilen: Neben der Bilanz und der Erfolgsrechnung wird ein Anhang zur Jahresrechnung verlangt (zum Inhalt s. Art. 959c und 961 Abs. 2; hinten Ziff. 3.10.6, 3.10.9). In der Praxis fassen schon heute viele rechnungslegungspflichtige Unternehmen solche zusätzlichen Angaben in einer Art Anhang zusammen, obwohl genau genommen keine gesetzliche Verpflichtung dazu besteht.

Der Geschäftsbericht muss innert sechs Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres dem zuständigen Organ oder den zuständigen Personen vorgelegt werden. Er ist vom Vorsitzenden des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans und von der innerhalb des Unternehmens für die Rechnungslegung zuständigen Person zu unterzeichnen (Art. 958 Abs. 3). An der Verantwortlichkeit für den Geschäftsbericht ändert die Unterschrift jedoch nichts. Beispielsweise ist bei der AG grundsätzlich der gesamte Verwaltungsrat (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR) und nicht nur der unterzeichnende Verwaltungsratspräsident für den Geschäftsbericht verantwortlich.

Eine zentrale Frage für die Rechnungslegung ist neben der Bilanzierungsfähigkeit bzw. Bilanzierungspflicht diejenige der *Bewertung*. Diese hängt sehr stark davon ab, ob ein Geschäftsbetrieb oder Teile davon auf absehbare Zeit weitergeführt oder eingestellt werden (müssen).

Die Rechnungslegung beruht daher auf der Annahme, dass ein Geschäft auf absehbare Zeit fortgeführt wird. Ist die Einstellung einer Tätigkeit oder von Teilen davon beabsichtigt oder in den nächsten 12 Monaten voraussichtlich nicht abwendbar, so sind der Rechnungslegung nicht mehr Fortführungs-, sondern Veräusserungswerte zugrunde zu legen. Abweichungen sind im Anhang zu vermerken (Art. 958a).

Die *Grundsätze ordnungsmässiger Rechnungslegung* sind im geltenden Recht nur im Aktienrecht normiert (Art. 662a OR), sie gelten neu für alle Rechtsträger (Art. 958b). Die Aufzählung ist nicht abschliessend und lässt Raum für künftige Entwicklungen (s. vorne Ziff. 2.5 f.).

Die *Inventarpflicht* wird gegenüber dem geltenden Recht (Art. 958 OR) klarer formuliert und auf alle wesentlichen Vermögenspositionen ausgedehnt. Das Inventar wird nicht mehr so stark in den Vordergrund gestellt wie im geltenden Recht. Es bleibt jedoch als Instrument für den Bestandesnachweis von Vermögenswerten (z.B. im Warenlager) erhalten.

Als Grundsatz ordnungsmässiger Rechnungslegung gilt unter anderem auch die periodengerechte Zuordnung von Aufwand und Ertrag (Art. 958b Abs. 1 Ziff. 3). Sofern die Nettoerlöse aus Lieferungen und Leistungen 75'000 Franken nicht überschreiten, kann das Unternehmen ausnahmsweise auf die periodengerechte Zuordnung von Aufwand sowie Ertrag verzichten und auf Einnahmen und Ausgaben abstellen. Der Vorentwurf schreibt die periodengerechte Zuordnung somit nur für Unternehmen vor, die den Schwellenwert für die Steuer- und Buchführungspflicht gemäss Mehrwertsteuergesetzgebung überschreiten (Art. 21 i.V.m. Art. 58 Mehrwertsteuergesetz [MWSTG]¹⁷⁷). Daraus resultiert eine Erleichterung für Kleinstunternehmen, die auch in der Rechtsform des Einzelunternehmens keine periodengerechte Buchführung haben müssen (Art. 957 Abs. 2; s. vorne Ziff. 3.10.1). Für den Begriff der "Nettoerlöse aus Lieferungen und Leistungen" vgl. die Vorschriften zur Erfolgsrechnung (Art. 959b Abs. 2 Ziff. 1 und Abs. 3 Ziff. 1; s. hinten Ziff. 3.10.5).

Für die Darstellung von *Bilanz* und *Erfolgsrechnung* kann zwischen der Kontoform und der Staffelform gewählt werden. Die Kontenform weist im Soll die Aktiven bzw. den Aufwand und im Haben die Passiven bzw. den Ertrag aus. Die Staffelform fasst die jeweils wirtschaftlich verknüpften Erträge und Aufwendungen zusammen und zeigt zudem das jeweilige Nettoresultat. Die Staffelform findet in der Praxis allerdings fast nur auf die Erfolgsrechnung Anwendung.

¹⁷⁷ Bundesgesetz vom 2. September 1999 über die Mehrwertsteuer (Mehrwertsteuergesetz, MWSTG), SR 641.20.

Im Sinne des Grundsatzes der Wesentlichkeit sind Positionen mit keinem oder einem unwesentlichen Betrag in der Berichtsperiode nicht gesondert auszuweisen.

Aus Gründen der Vergleichbarkeit sind in der Jahresrechnung wie bereits im geltenden Aktienrecht (Art. 662a Abs. 1 OR; s. hinten Ziff. 3.10.10) die Vorjahreszahlen anzugeben.

Bezüglich Sprache wird eine liberale Regelung vorgeschlagen: Die Rechnungslegung kann in einer der Landessprachen oder mit Rücksicht auf die international tätigen Unternehmen in Englisch erfolgen (s. auch Art. 957a Abs. 4 zur Buchführung; vorne Ziff. 3.10.1). Werte müssen jedoch in der Landeswährung angegeben werden. Fremdwährungspositionen werden zum Devisenkurs am Bilanzstichtag eingesetzt. Der verwendete Umrechnungskurs ist im Anhang offen zu legen.

Der geltende Artikel 958 Absatz 1 OR schreibt die Erstellung von Eröffnungsbilanz und Eröffnungsinventar sowie von Schussbilanz, Schlusserfolgsrechnung und Schlussinventar vor. Der Inhalt dieser Vorschrift ist zum Teil selbstverständlich oder wird durch die systematischeren Vorgaben für die Jahresrechnung ersetzt. Artikel 958 Absatz 2 OR regelt die Frist der Erstellung für Jahresrechnung und wird durch den präziseren Artikel 958 Absatz 3 ersetzt.

In Bezug auf Art. 958c siehe hinten Ziff. 3.10.7.

3.10.3 Art. 958d und 958e: Einsichtnahme, Offenlegung, Aufbewahrung

Den Gläubigerinnen und Gläubigern wird wie im geltenden Aktienrecht (Art. 697h Abs. 2 OR; s. vorne Ziff. 3.1.35) Einsicht in den Geschäftsbericht sowie in den Revisionsbericht gewährt, wenn sie ein schutzwürdiges Interesse nachweisen (Art. 958d Abs. 1). Zum Inhalt des Geschäftsberichts vgl. die Ausführungen unter den Artikeln 958 bis 958b (s. vorne Ziff. 3.10.2).

Unternehmen, die Anleiheobligationen ausstehend haben oder deren Aktien an der Börse kotiert sind, müssen den Geschäftsbericht und den Revisionsbericht beim Handelsregisteramt einreichen. Anschliessend werden die Berichte von den Handelsregisterbehörden elektronisch veröffentlicht (Art. 958d Abs. 2). Müssen der Geschäftsbericht und der Revisionsbericht beim Handelsregister eingereicht werden, so kann überdies jede Person deren Zustellung verlangen (Art. 958d Abs. 3).

Die Vorschriften zur Aufbewahrung der Geschäftsbücher und der Buchungsbelege sowie des Geschäfts- und des Revisionsberichts (Art. 958e) entsprechen inhaltlich weitgehend der heute geltenden Regelung (Art. 957 und 962 OR; s. vorne Ziff. 3.10.1; hinten Ziff. 3.10.10).

Der Geschäfts- und der Revisionsbericht muss im Original (also schriftlich und unterzeichnet, Art. 958 Abs. 3; s. vorne Ziff. 3.10.2) aufbewahrt werden. Werden sie in elektronischer Form aufbewahrt, so sind sie mit einer qualifizierten elektronischen Signatur

zu versehen¹⁷⁸. Die Geschäftsbücher¹⁷⁹ und die Buchungsbelege können schriftlich, elektronisch oder in vergleichbarer Weise aufbewahrt werden, müssen jedoch jederzeit wieder lesbar gemacht werden können. Die Aufbewahrungsfrist beträgt zehn Jahre und läuft ab Ablauf des Geschäftsjahres.

Das geltende Recht enthält die Vorschrift, wonach die gesamte Geschäftskorrespondenz aufzubewahren ist (Art. 957 Abs. 2 OR). In vielen Fällen ist die Geschäftskorrespondenz jedoch für die Zwecke der Buchführung und Rechnungslegung ohne Erkenntniswert. Die damit verbundenen Kosten können eingespart werden. Der Vorentwurf beschränkt sich daher auf eine Aufbewahrungspflicht für die Buchungsbelege. Als Buchungsbeleg gelten alle Schriftstücke, die notwendig sind, um den einer Buchung zugrunde liegenden Geschäftsvorfall oder Sachverhalt nachvollziehen zu können (Art. 957a Abs. 3; vgl. auch Art. 957a Abs. 2 Ziff. 2 und 4: Belegprinzip und Grundsatz der Nachprüfbarkeit; vorne Ziff. 3.10.1). Dies kann je nach Umständen auch Teile der Geschäftskorrespondenz erfassen.

3.10.4 Art. 959 und 959a: Jahresrechnung / Bilanz

Die Bilanz stellt die Vermögens- und Finanzlage des Unternehmens am Bilanzstichtag dar (Art. 959 Abs. 1).

Der Vorentwurf enthält eine Definition der wichtigsten Grundbegriffe des Bilanzrechts und füllt damit bestehende Lücken des geltenden Rechts.

Die Gliederung der Aktiven erfolgt ihrem Liquiditätsgrad entsprechend. Die Zweiteilung der Aktiven in Umlauf- und Anlagevermögen wird beibehalten (Art. 663a Abs. 1 OR). Für die Abgrenzung zwischen Umlauf- und Anlagevermögen ist ausschlaggebend, ob ein Aktivum voraussichtlich innerhalb eines Jahres ab Bilanzstichtag oder innerhalb des normalen Geschäftszyklus des Unternehmens in flüssige Mittel überführt wird.

Die unter den Passiven auszuweisenden Verbindlichkeiten folgen sinngemäss dem gleichen Konzept. Sie sind ihrer Fälligkeit entsprechend zu gliedern und gelten als kurzfristiges Fremdkapital, wenn sie innerhalb eines Jahres ab Bilanzstichtag oder innerhalb des normalen Geschäftszyklus zur Zahlung fällig werden.

¹⁷⁸ Der in der Botschaft zur Revision der kaufmännischen Buchführung (Aufbewahrung der Geschäftsbücher) enthaltene Hinweis, wonach diese Bestimmungen voraussichtlich bei der Einführung der elektronischen Signatur entsprechend angepasst werden müssten (Botschaft zur Revision des Zweihundreissigsten Titels des Obligationenrechts [Die kaufmännische Buchführung] vom 31. März 1999, BBl 1999 5149 ff., 5163), hat sich mit der Inkraftsetzung der Vorschriften über die Anerkennung der elektronischen Signatur erübrigt, s. Art. 14 OR sowie das Bundesgesetz vom 19. Dezember 2003 über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur (Bundesgesetz über die elektronische Signatur, ZertES; SR 943.03).

¹⁷⁹ S. Verordnung des Bundesrates vom 24. April 2002 über die Führung und Aufbewahrung der Geschäftsbücher; Geschäftsbücherverordnung; SR 221.431.

Das Eigenkapital entspricht der Differenz zwischen Aktiven und Verbindlichkeiten und ist ebenfalls unter den Passiven auszuweisen. Es ist der Rechtsform entsprechend zu bezeichnen und zu gliedern (s. auch Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3).

Die Vorschriften zur Mindestgliederung der Bilanz werden fast unverändert aus dem geltenden Aktienrecht übernommen und beschränken sich auf ein Minimum. Auf eine detaillierte Gliederung wie in den EG-Richtlinien oder im Vorentwurf RRG wird verzichtet. Neu müssen jedoch aktive und passive Positionen der Rechnungsabgrenzung (transitorische Aktiven und Passiven) sowie verzinsliche Verbindlichkeiten ausgewiesen werden (s. vorne Ziff. 2.5.4, 2.6). Dies erhöht die Aussagekraft der Jahresrechnung.

Als immaterielle Werte gelten einerseits immaterialgüterrechtlich geschützte, nicht körperliche Rechte. Andererseits umfassen sie aber auch weitere nicht körperliche Werte wie aktivierbares Know-how oder derivativen Goodwill, d.h. den bei der Übernahme eines Geschäfts über die Differenz von Aktiven und Verbindlichkeiten hinaus bezahlten Preis.

Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschafterinnen und Gesellschaftern sowie Organen oder gegenüber Unternehmen, an denen eine Beteiligung besteht (Art. 960d Abs. 3; s. hinten Ziff. 3.10.7), müssen gesondert ausgewiesen werden.

Der geltende Artikel 959 OR zu den allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen wird in Form der Grundsätze ordnungsmässiger Buchführung und ordnungsmässiger Rechnungslegung in das neue Recht übernommen (Art. 957a und 958b; s. vorne Ziff. 3.10.1 f.).

3.10.5 Art. 959b: Erfolgsrechnung

Die Erfolgsrechnung stellt die Entwicklung der Ertragslage des Unternehmens während des Geschäftsjahrs dar (Art. 959b Abs. 1).

Wie bei der Bilanz richtet sich die Mindestgliederung nach den IFRS (IAS 1), was im Vergleich zu den EG-Richtlinien und zum Vorentwurf RRG eine Reduktion der Gliederungsdichte zur Folge hat. Die Mindestgliederung für Bilanz und Erfolgsrechnung könnte künftig auch als Basis für eine standardisierte Jahresrechnung dienen, die den Steuerbehörden in elektronischer Form eingereicht wird.

Die Erfolgsrechnung kann als Produktionserfolgsrechnung oder als Absatzerfolgsrechnung dargestellt werden. In der Produktionserfolgsrechnung werden die Kostenarten, beispielsweise der Personalaufwand, in den Vordergrund gerückt und bei der Absatzerfolgsrechnung die Prozesse der Leistungserbringung.

In der Form der Produktionserfolgsrechnung weist die Erfolgsrechnung nicht nur die Nettoerlöse aus Lieferungen und Leistungen, sondern auch den Materialaufwand einschliesslich Bestandesänderungen an unfertigen sowie fertigen Erzeugnissen aus (Abs. 2). Von den Bruttoerlösen dürfen nur allfällige Rabatte, Skonti und Retouren,

nicht aber anderer Aufwand zur Erzielung des Umsatzes abgezogen werden, um die Nettoerlöse zu erhalten.

Mit Blick auf die zahlreichen Betriebe im Dienstleistungssektor wird klargestellt, dass noch nicht fakturierte Dienstleistungen den Erzeugnissen eines Produktionsbetriebes gleich gestellt sind (s. dazu auch im Bilanzrecht Art. 959a Abs. 1 Ziff. 1 Bst. d; vorne Ziff. 3.10.4).

In der Form der Absatzerfolgsrechnung werden den Nettoerlösen aus Lieferungen und Leistungen (Umsatz) die Anschaffungs- und Herstellkosten der verkauften Produkte und Leistungen gegenübergestellt (Abs. 3). Separat ausgewiesen wird zudem der Verwaltungs- und Vertriebsaufwand. Im Anhang sind der ansonsten nicht ersichtliche Personalaufwand sowie die Abschreibungen und Wertberichtigungen zusätzlich auszuweisen (Abs. 5).

Für beide Arten der Darstellung wird der Ausweis von Finanzertrag und Finanzaufwand sowie des ausserordentlichen Aufwandes und des ausserordentlichen Ertrags verlangt. Damit werden aussagekräftige Zwischenergebnisse ermittelt.

Im geltenden Recht ist umstritten, ob und wie die Zuteilung von Optionen auf Beteiligungsrechte an das oberste Führungs- und Verwaltungsorgans, an das Geschäftsführungsorgan und an Arbeitnehmer in der Erfolgsrechnung auszuweisen ist. Der Vorentwurf beendet diese Kontroverse und legt fest, dass die Zuteilung von Optionen in beiden Formen der Erfolgsrechnung als Personalaufwand auszuweisen ist (Abs. 4).

3.10.6 Art. 959c: Anhang

Der Vorentwurf übernimmt die im Aktienrecht bestehende Konzeption eines Anhanges zur Jahresrechnung (Art. 663b OR) und erklärt diese nach einer inhaltlichen Bereinigung für alle Unternehmen für verbindlich.

Der Anhang hat eine dreifache Funktion: Erstens enthält er Angaben über die in der Jahresrechnung angewandten Grundsätze, soweit diese nicht vom Gesetz vorgeschrieben sind. Zweitens finden sich hier zusätzliche Angaben, Aufgliederungen und Erläuterungen zu den einzelnen Positionen der Bilanz und der Erfolgsrechnung. Und drittens werden weitere vom Gesetz verlangte Angaben ausgewiesen (Abs. 1 Ziff. 1 – 3).

Neu werden im Anhang Angaben zur Rechtsform des Rechtsträgers verlangt (Abs. 2 Ziff. 1). Ebenso ist die Anzahl der Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt bekannt zu geben (Abs. 2 Ziff. 2). Diese Angabe ist wichtig im Hinblick auf die Abgrenzung von KMU und Grossunternehmen (Art. 961 Abs. 1; s. hinten Ziff. 3.10.9). Mit Blick auf die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung (Art. 963b; s. hinten Ziff. 3.10.11) sind auch allfällige Beteiligungen an anderen Unternehmen aufzuführen (Abs. 2 Ziff. 3).

Als Erläuterungen zu weiteren bedeutenden oder aussergewöhnlichen Einflüssen auf die Jahresrechnung gelten beispielsweise Umstrukturierungen, die nicht aus der Bilanz hervorgehen (Art. 959c Abs. 2 Ziff. 10).

3.10.7 Art. 958c, 960, 960a, 960b, 960c, 960d, 960e: Bewertung

Eine der Kernfragen in der Rechnungslegung ist diejenige nach der Bewertung der Aktiven und Verbindlichkeiten. Der Vorentwurf geht einerseits vom international nach wie vor dominierenden Konzept der Bewertung auf der Grundlage der historischen Kosten (Anschaffungs- bzw. Herstellkosten) und andererseits vom – im Verhältnis zum Steuerrecht sehr wichtigen – Massgeblichkeitsprinzip aus.

Für alle Aktiven und Verbindlichkeiten gilt der Grundsatz der Einzelbewertung (Art. 960 Abs. 1). Mehr- und Minderwerte auf Aktiven und Verbindlichkeiten dürfen also nicht im Sinne einer Gesamtbewertung miteinander verrechnet werden.

Nach wie vor gilt das Prinzip, wonach die Bewertung vorsichtig erfolgen muss (Art. 960 Abs. 2). Allerdings darf dies nicht zur Bildung von gewillkürten Reserven führen. Dies unterbindet im Vergleich zum heutigen Recht die Wertberichtigung von kotierten, hoch bewerteten Aktien auf Null. Allerdings wird eine solche Praxis steuerlich ohnehin nicht toleriert.

Bestehen konkrete Anzeichen für eine Überbewertung von Aktiven oder für zu geringe Rückstellungen, so sind die Werte zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen (Art. 960 Abs. 3).

Neu wird zwischen der Bewertung im Zeitpunkt der erstmaligen Erfassung von Aktiven oder Verbindlichkeiten (Ersterfassung) und jener zu späteren Bilanzstichtagen (Folgebewertung) unterschieden. Auch für die Folgebewertung gelten die historischen Kosten als Wertobergrenze (Art. 960a Abs. 2). Einzig für die Bewertung von Forderungen und Aktiven mit Börsenkurs (kotierte Obligationen und Aktien oder Edelmetalle) darf eine Bewertung zum allenfalls über dem Anschaffungswert liegenden Börsenwert erfolgen (Art. 960b Abs. 2). Allerdings gilt diese Ausnahme nicht für Finanzanlagen, also beispielsweise für Aktien, die in der Absicht einer längerfristigen Anlage gehalten werden (Art. 959 Abs. 3 und 960d Abs. 1 und 2). Sofern Wertschriften und Handelswaren zum Börsenkurs bewertet werden, dürfen zum Ausgleich des Kursverlaufs Schwankungsreserven gebildet werden. Die Bewertung zum Anschaffungswert führt durch die Geltung des Niederstwertprinzips (Art. 960a Abs. 3) ebenfalls zu einer faktischen Schwankungsreserve.

Die Berücksichtigung des nutzungsbedingten Wertverlusts von Aktiven erfolgt durch periodische Abschreibungen. Anderweitigen Wertverlusten wird durch gezielte, einmalige Wertberichtigungen Rechnung getragen (Art. 960a Abs. 3).

Abschreibungen und Wertberichtigungen sind nach den kaufmännischen Grundsätzen vorzunehmen, also zum Beispiel zu jeder Einzelposition oder pauschal nach Kriterien wie Fälligkeit oder Lagerdauer. Dadurch wird ein systematisches Vorgehen sichergestellt. Die üblichen Abschreibungsmethoden (degressive, progressive, lineare Abschreibung oder auch Einmalabschreibung) sind weiterhin zulässig.

Sofern dies sachlich begründet ist, können innerhalb einer Bilanzposition unterschiedliche Abschreibungskonzepte zur Anwendung kommen. Beispielsweise kann es innerhalb der Sachanlagen sinnvoll sein, Grossanlagen im Anschaffungsjahr je nach kantonalen Regelung weitgehend gänzlich abzuschreiben (Einmalabschreibung), währenddem für Maschinen und Fahrzeuge eine degressive Abschreibung zu den von den Steuerbehörden vorgegebenen Maximalsätzen auf dem Restwert erfolgt.

Abschreibungen und Wertberichtigungen müssen direkt oder indirekt bei den betreffenden Aktiven zu Lasten der Erfolgsrechnung abgesetzt und dürfen nicht unter den Passiven ausgewiesen werden.

Zu Wiederbeschaffungszwecken sowie zur Sicherung des dauernden Gedeihens des Unternehmens dürfen zusätzlich Abschreibungen und Wertberichtigungen vorgenommen werden. Unter den gleichen Voraussetzungen kann davon abgesehen werden, nicht mehr begründete Abschreibungen und Wertberichtigungen aufzulösen (Art. 960a Abs. 4). Der Vorentwurf übernimmt in diesem Punkt das geltende Aktienrecht (Art. 669 OR).

Im Rahmen der steuerrechtlichen Vorgaben bleiben das Pauschaldeckkredere von 5 % (Inland) bzw. 10 % (Ausland), das "Warendrittel" sowie Einmalabschreibungen auf Investitionen weiterhin zulässig.

Für die Bewertung von Vorräten und nicht fakturierten Dienstleistungen (Art. 960c) wird ebenso wie für die Definition und die Bewertung von Beteiligungen auf das geltende Aktienrecht abgestellt (Art. 665a und Art. 666 OR).

Der Vorentwurf sieht ausdrücklich die Möglichkeit von Rückstellungen zu Zwecken der Garantie, der Sanierung, der Restrukturierung und der Sicherung des dauernden Gedeihens des Unternehmens vor. Wie im geltenden Recht müssen Rückstellungen nicht zwingend aufgelöst werden (Art. 960e Abs. 4).

Die Auflösung von nicht mehr benötigten Abschreibungen ist dann gefährlich, wenn dadurch die Summe der Abschreibungen in der Berichtsperiode übertroffen wird und dies nicht erkennbar ist. Gehen die Abschreibungen weniger weit als in den Vorperioden, so ist dies für Dritte durch den separaten Ausweis dieses Aufwandes im Vergleich mit den Vorjahreszahlen sofort erkennbar. Die Auflösung von Abschreibungen – im Gegensatz zur Reduktion der Abschreibungen im Berichtsjahr auf Grund der „Vorsorge“ durch höhere Abschreibungen in früheren Jahren – ist in jedem Falle offen auszuweisen. Eine analoge Regelung wird für die Rückstellungen vorgesehen.

Der geltende Artikel 960 Absatz 1 OR enthält eine Vorschrift zur Währung, die in Artikel 958c Abs. 3 neu geregelt wird. Absatz 2 wird durch die Bewertungsvorschriften in Artikel 960 ff. ersetzt. Absatz 3 behält abweichende Bilanzvorschriften zu den einzelnen Rechtsformen sowie zu den Versicherungs- und Kreditgenossenschaften vor. Der rechtsformspezifische Vorbehalt entfällt mit dem rechtsformneutralen Ansatz des Vorentwurfs. Der Vorbehalt des Versicherungs- und Bankenrechts ist neu in Artikel 957 Absatz 3 enthalten (s. vorne Ziff. 3.10.1).

3.10.8 Art. 960f: Verhältnis zum Steuerrecht

Im geltenden Recht bildet der nach Obligationenrecht erstellte Jahresabschluss die Grundlage für die Gewinn-, Ertrags- oder Einkommenssteuereinschätzung (sog. Massgeblichkeits- oder Verbuchungsprinzip¹⁸⁰; s. vorne Ziff. 2.5.5). Demnach müssen Wertberichtigungen auf Vermögenswerten, Abschreibungen oder Rückstellungen im Abschluss nach Obligationenrecht erfasst werden, damit sie steuerlich anerkannt werden.

Die Massgeblichkeit ist grundsätzlich in der Steuergesetzgebung verankert und kann hier nicht geregelt werden. Dennoch rechtfertigt es sich, im Rechnungslegungsrecht eine Bestimmung zum Verhältnis zwischen handelsrechtlichem und steuerrechtlichem Abschluss aufzunehmen.

Der Vorentwurf hält am bewährten Prinzip der Massgeblichkeit fest. Neu wird im Vorentwurf ausdrücklich festgehalten, dass Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen aufgelöst werden müssen, wenn sie von den Steuerbehörden nicht anerkannt werden. Die Auflösung erfolgt aus Gründen der Praktikabilität im Geschäftsjahr, in dem die Veranlagung rechtskräftig wird, und muss als Gesamtbetrag im Anhang zur Jahresrechnung offen gelegt werden (Art. 960f). Als selbstverständlich gilt, dass die Auflösung beim Vermögenswert bzw. bei der Verbindlichkeit erfolgen muss, die von der konkreten steuerlichen Korrektur betroffen ist; sie darf nicht auf einen Sammelposten verteilt werden. Die Auflösung erfolgt erfolgsneutral im Sinne einer steuerlichen Aufrechnung.

Diese Bestimmung gilt nur für den Einzelabschluss nach Obligationenrecht, nicht jedoch für den Einzelabschluss nach Regelwerk (Art. 962 ff., insbes. Art. 962 Abs. 4; s. hinten Ziff. 3.10.10) und für den konsolidierten Abschluss (Art. 963 ff), die beide nicht für die Steuerveranlagung relevant sind (s. hinten Ziff. 3.10.11).

3.10.9 Art. 961, 961a, 961b: Rechnungslegung für grosse Unternehmen / weitere Anforderungen an den Geschäftsbericht

Für wirtschaftlich bedeutende Unternehmen sieht der Vorentwurf erhöhte Anforderungen an den Geschäftsbericht vor (vgl. für die minimalen Bestandteile des Geschäftsberichts Art. 958 Abs. 2; s. vorne Ziff. 3.10.2). Als Unternehmen im Sinne des Rechnungslegungsrechts gelten auch Vereine und Stiftungen (Art. 957 Abs. 1; s. vorne Ziff. 2.5.3).

Für die Abgrenzung zwischen KMU einerseits und wirtschaftlich bedeutenden Unternehmen andererseits wird bereits auf das künftige Revisionsrecht abgestellt, das kurz vor seiner Verabschiedung durch die Eidg. Räte steht (Art. 727 Abs. 1 E OR¹⁸¹; im

¹⁸⁰ S. Art. 58 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (DBG), SR 642.11.

¹⁸¹ S. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004; BBl **2004** 3969 ff., 4117 f.

Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurden die vom Bundesrat vorgeschlagenen Grenzwerte angehoben, vgl. nachstehend). Unterschiedliche Grenzwerte für die Revision der Jahresrechnung und für die Rechnungslegung lassen sich sachlich nicht begründen. Es sind daher dieselben Zahlen zu verwenden.

Als wirtschaftlich bedeutendes Unternehmen gilt, wer im neuen Revisionsrecht von Gesetzes wegen eine ordentliche Revision durchführen muss. Verpflichtete sind Publikumsgesellschaften, wirtschaftlich bedeutende Rechtsträger (Überschreitung von zwei der drei Grössenkriterien 10 Millionen Franken Bilanzsumme, 20 Millionen Franken Umsatzerlös und 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren) sowie Rechtsträger, die eine Konzernrechnung erstellen müssen.

Unternehmen, Stiftungen und Vereine, welche diese Kriterien nicht erfüllen (KMU), müssen keine zusätzlichen Anforderungen erfüllen.

Grosse Rechtsträger müssen ihren Geschäftsbericht in drei Bereichen erweitern:

Zum ersten sind zusätzliche Angaben im Anhang zur Jahresrechnung zu machen (Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1). Dies betrifft die langfristigen verzinslichen Verbindlichkeiten, Angaben zur Durchführung einer Risikobeurteilung (diese Bestimmung wird bereits mit dem neuen Revisionsrecht für alle Aktiengesellschaften eingeführt; s. Art. 663b Ziff. 12 E OR¹⁸²), die Gesamtbezüge der Mitglieder des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans (vgl. dazu die Sondervorschrift in Art. 663b^{bis} E OR für die Aktiengesellschaften [Art. 697^{quater}]¹⁸³; s. vorne Ziff. 2.2.2, 3.1.33) und die Offenlegung der Honorare der Revisionsstelle, aufgeschlüsselt in Honorare für Revisionsdienstleistungen und andere Dienstleistungen.

Zum zweiten muss die Jahresrechnung eine Geldflussrechnung enthalten, jeweils gesondert nach der international üblichen Aufteilung in Geschäftstätigkeit, Investitionstätigkeit und Finanzierungstätigkeit (Art. 961 Abs. 1 Ziff. 2, 961a Abs. 1).

Die Geldflussrechnung zeigt die Herkunft und die Verwendung der flüssigen Mittel in der Berichtsperiode und enthält somit wichtige Zusatzinformationen, die insbesondere für die Beurteilung der Entwicklung der Zahlungsfähigkeit und für die Erarbeitung von Mitteln für den Schuldendienst wertvoll sind (Art. 961a).

In einfachen Verhältnissen kann die Geldflussrechnung auch sehr kurz sein. Es wird zudem kein Gliederungsschema vorgeschlagen. Sofern jedoch keine triftigen Gründe für ein Abweichen vorliegen, richtet sich die Gliederung nach den Vorschriften zur Bilanz (Art. 959a; s. vorne Ziff. 3.10.4).

¹⁸² S. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004; BBl **2004** 3969 ff., 4125.

¹⁸³ S. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004; BBl **2004** 3969 ff., 4495 f.

Auf eine Geldflussrechnung kann verzichtet werden, wenn eine Konzernrechnung erstellt wird (Art. 961a Abs. 2). Diese Ausnahme gilt nur für Unternehmen, die eine Konzernrechnung nach den Bestimmungen dieses Gesetzes erstellen, und nur für den Einzelabschluss dieses Rechtsträgers. Mit dieser Massnahme soll eine Vereinfachung der Rechnungslegung erreicht werden.

Zum dritten erstellen wirtschaftlich bedeutende Unternehmen einen Lagebericht, der den Geschäftsverlauf und die wirtschaftliche Lage des Rechtsträgers sowie gegebenenfalls des Konzerns darstellt (Art. 961 Abs. 1 Ziff. 3, 961b Abs. 1). Diese Darstellung erfolgt unter Gesichtspunkten, die in der Jahresrechnung nicht zum Ausdruck kommen. Die Terminologie des geltenden Aktienrechts ("Jahresbericht"; Art. 663d OR) wird durch den inhaltlich präziseren und international gebräuchlichen Begriff des Lageberichts ersetzt.

Der Lagebericht muss insbesondere Aussagen zur Bestells- und Auftragslage, die Forschungs- und Entwicklungstätigkeit, den Stand und die Entwicklung wichtiger Sparten, ausserordentliche Ereignisse sowie die Zukunftsaussichten enthalten (Art. 961b Abs. 2). Diese Aufzählung ist nicht abschliessend; je nach den Umständen sind auch andere wichtige Aspekte darzulegen.

Im Gegensatz zum geltenden Recht wird auf die Wiedergabe der im Geschäftsjahr vorgenommenen Kapitalerhöhungen und der Prüfungsbestätigungen verzichtet (Art. 663d Abs. 2 OR). Die entsprechenden Angaben sind aus dem Handelsregister ersichtlich¹⁸⁴.

Der Lagebericht darf der Darstellung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage gemäss Jahresrechnung nicht widersprechen (Art. 961b Abs. 3; s. auch Art. 959 ff., 961 f.). Die Revisionsstelle prüft den Lagebericht nicht und gibt folglich auch kein Testat darüber ab, ob Widersprüche zwischen Jahresrechnung und Lagebericht vorhanden sind. Im Rahmen der ordentlichen Revision weist sie jedoch den Verwaltungsrat im umfassenden Revisionsbericht (sog. *management letter*) auf allfällige Widersprüche hin (Art. 728b Abs. 1 E OR¹⁸⁵).

Der geltende Artikel 961 OR enthält Vorschriften zur Unterzeichnung der Erfolgsrechnung und der Bilanz, die durch die rechtformneutrale Bestimmung von Artikel 958 Absatz 3 ersetzt wird (s. vorne Ziff. 3.10.2).

3.10.10 Art. 962 und 962a: Abschluss nach Regelwerk

Die Rechnungslegung nach dem geltenden Recht ist von Kapitalbindung und Vorsichtsprinzip geprägt und orientiert sich damit primär am Gläubigerschutz. Hinzu kommt

¹⁸⁴ Eine Ausnahme von dieser Regel findet sich jedoch beim Kapitalband (Art. 653y, s. vorne Ziff. 3.1.20).

¹⁸⁵ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004; BBl **2004** 3969 ff., 4120.

die Massgeblichkeit des Abschlusses nach Obligationenrecht für die Steuerveranlagung (s. vorne Ziff. 3.10.8).

Auf internationaler Ebene dagegen hat sich in den letzten Jahrzehnten ein System entwickelt, das sich immer mehr auf die Kapitalmärkte und damit auf die Informationsvermittlung für Finanzentscheidungen ausrichtet. Die Rechnungslegung richtet sich an die Kapitalgeber (vorab Anteilseignerinnen und Anteilseigner, Banken und Anleihensgläubigerinnen und Anleihensgläubigern), die an einem möglichst den tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden Bild der wirtschaftlichen Lage eines Unternehmens interessiert sind (sog. *true and fair view* oder *fair presentation*; s. vorne Ziff. 2.5.1).

Daraus ergibt sich eine betriebswirtschaftliche Optik der Rechnungslegung, in der die periodengerechte Zuordnung der Erträge und Aufwendungen sowie die angemessene Bewertung von Vermögenswerten und Verbindlichkeiten im Vordergrund stehen. Ebenfalls charakteristisch für diese Art der Rechnungslegung ist die starke Einengung der Wahlmöglichkeiten für die Unternehmen und die weit gehende zusätzliche Offenlegung im Anhang der Jahresrechnung.

Der Vorentwurf hält wie erwähnt am Massgeblichkeitsprinzip des geltenden Rechts fest und erreicht dadurch eine steuerneutrale Neuregelung des Rechnungslegungsrechts (Art. 960f; s. vorne Ziff. 3.10.8).

Dieses Konzept macht es nur in begrenztem Umfang möglich, im Abschluss nach Obligationenrecht für mehr Transparenz zu sorgen. Eine den tatsächlichen Verhältnissen entsprechende Darstellung der wirtschaftlichen Lage von Unternehmen und die Wahrung der Steuerneutralität schliessen sich bis zu einem gewissen Grad aus. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass die Schaffung eines kompletten "allgemeinen Teils" zum Buchführungs- und Rechnungslegungsrecht vor allem in formeller Hinsicht im Vergleich zum geltenden Recht mehr Transparenz und eine grössere Vergleichbarkeit bewirkt.

Der Vorentwurf löst den Widerspruch zwischen diesen beiden unterschiedlichen Zielsetzungen, indem in bestimmten Konstellationen die Erstellung einer Jahresrechnung vorgeschrieben wird, welche die tatsächliche wirtschaftliche Lage des betreffenden Unternehmens zum Inhalt hat. Der Abschluss muss dabei einem international anerkannten Regelwerk folgen.

Dieser "Dualismus" zwischen Abschluss nach Obligationenrecht und Abschluss nach Regelwerk ist in der Praxis schon gang und gäbe: Viele Unternehmen erstellen aus einer Vielzahl von Gründen bereits heute einen Abschluss nach OR und ebenso einen solchen beispielsweise nach Swiss GAAP FER oder IFRS.

Vorab ist zu fragen, welche Interessengruppen Anspruch auf eine den tatsächlichen Verhältnissen entsprechende Rechnungslegung haben:

Für Publikumsgesellschaften schreibt bereits die Börse eine entsprechende Rechnungslegung vor. Veröffentlicht ein Emittent eine Konzernrechnung, so gilt dieses Erfordernis nur für diese. Emittenten, die keinen Konzernabschluss veröffentlichen, haben einen Einzelabschluss nach einem anerkannten Rechnungslegungsstandard zu

erstellen (Art. 64 ff. des Kotierungsreglements der SWX, in der Fassung vom 29. Januar 2004, in Kraft seit dem 1. Januar 2005). Der Vorentwurf sieht dieselbe Lösung vor und vermeidet dadurch Widersprüche zwischen Gesellschafts- und Börsenrecht (Art. 962 Abs. 1 Ziff. 1).

Grossgenossenschaften sind in vielerlei Hinsicht mit Publikumsgesellschaften vergleichbar, haben jedoch meist keine Wertpapiere an der Börse kotiert. Folglich kann nicht auf das Börsenrecht verwiesen werden. Es steht jedoch im öffentlichen Interesse, wenn diese Grossunternehmen ebenfalls einen den tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden Jahresabschluss erstellen (Art. 962 Abs. 1 Ziff. 2).

Dieselbe Überlegung gilt auch für wirtschaftlich bedeutende Vereine und Stiftungen, die von Gesetzes wegen zu einer ordentlichen Revision verpflichtet sind (Art. 962 Abs. 1 Ziff. 3). Der Vorentwurf nimmt damit Bezug auf die Grössenkriterien des neuen Revisionsrechts (Überschreitung von zwei der drei folgenden Grössenkriterien: 10 Millionen Franken Bilanzsumme, 20 Millionen Franken Umsatzerlös und 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren). Ein Einzelabschluss nach Regelwerk ist jedoch nur dann notwendig, wenn eine ordentliche Revision von Gesetzes wegen durchgeführt wird. Entscheidet beispielsweise eine stiftungsrechtliche Aufsichtsbehörde, dass eine Stiftung anstelle einer eingeschränkten eine ordentlichen Revision durchführen muss (Art. 69b Abs. 1^{bis} E ZGB, der in der parlamentarischen Beratung zum neuen Revisionsrecht eingefügt wurde¹⁸⁶), so bedeutet dies für die Stiftung nicht automatisch, dass ein Abschluss nach Regelwerk zu erstellen ist.

Wie bei den Publikumsgesellschaften ist jedoch sowohl bei den Grossgenossenschaften wie auch bei Grossvereinen und grossen Stiftungen ein Einzelabschluss nach Regelwerk nicht notwendig, wenn ein Konzernabschluss erstellt wird (Art. 962 Abs. 3); s. dazu hinten).

In *Privatgesellschaften* haben es die Eigentümerinnen und Eigentümer und die Unternehmensführung selbst in der Hand, darüber zu entscheiden, ob sie einen Abschluss nach Regelwerk erarbeiten wollen. Viele Unternehmen erstellen intern bereits seit Jahren eine Rechnung nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen. Folglich besteht kein Handlungsbedarf seitens des Gesetzgebers.

Demgegenüber kann ein Abschluss nach Regelwerk für *Personen mit Minderheitsbeteiligungen* erforderlich sein. Dies stellt ein minimales Fairplay bei der jährlichen Berichterstattung gegenüber den Eigentümerinnen und Eigentümern eines Unternehmens sicher. Je nach den konkreten sachlichen und persönlichen Verhältnissen ist ein Abschluss nach Regelwerk insbesondere da wichtig, wo in der Unternehmensführung tätige Personen, welche die Mehrheit der Anteile besitzen, Minderheiten gegenüber stehen, die nicht an der Unternehmensführung beteiligt sind.

¹⁸⁶ S. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004; BBl **2004** 3969 ff.

Daher sieht der Vorentwurf vor, dass Gesellschafterinnen und Gesellschafter, die mindestens 10 Prozent des Grundkapitals vertreten (AG, GmbH, Genossenschaft mit Anteilscheinkapital), 10 Prozent der Genossenschafter oder 20 Prozent der Vereinsmitglieder sowie Gesellschafterinnen und Gesellschafter oder Mitglieder, die einer persönlichen Haftung oder einer Nachschusspflicht unterliegen, einen Abschluss nach Regelwerk verlangen können (Art. 962 Abs. 2).

Für den *Gläubigerschutz* ist ein Abschluss nach Regelwerk keine zwingende Notwendigkeit. Während die Rechnungslegung genau besehen nur beschränkt eine Absicherung bringt, stehen in der Praxis andere Vorkehrungen zur Verfügung, die den Gläubigerinnen und Gläubigern ebenso guten oder sogar besseren Schutz gewähren. Dazu gehören eine eigene Beurteilung des Zahlungsverhaltens, Auskünfte durch Dritte über die Bonität, die Erbringung von Sicherheiten oder Teil- und Vorauszahlungen. Bedeutenden Gläubigerinnen und Gläubiger steht es zudem im Rahmen der Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen offen, einen Abschluss nach Regelwerk zu verlangen.

Viele Unternehmen erarbeiten heute bereits eine Rechnungslegung nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen, und zwar in Form einer Konzernrechnung. In den meisten Fällen erfolgt dies nach Massgabe international anerkannter Standards. Der Vorentwurf schreibt neu in jedem Fall die Befolgung eines international einschlägigen Regelwerkes vor (Art. 963c; s. hinten Ziff. 3.10.11).

Erstellt ein Unternehmen eine solche Konzernrechnung so macht ein zusätzlicher Einzelabschluss nach Regelwerk keinen Sinn. Der Vorentwurf macht es daher für die vorstehenden Fallgruppen zur Bedingung, dass keine Konzernrechnung erstellt wird.

Wird ein Abschluss nach Regelwerk verlangt, so muss dieser nach international anerkannten Standards erstellt werden. Um künftige Entwicklungen im Bereich der internationalen Rechnungslegung aufzufangen, erhält der Bundesrat die Kompetenz, die zulässigen Regelwerke in einer Verordnung zu bezeichnen (Art. 962a Abs. 1). Voraussichtlich werden die in der Schweiz üblichen Standards aufgenommen (*Swiss GAAP FER*, *IFRS* und *US-GAAP*). Der Bundesrat kann weitere Regelwerke für anwendbar erklären und bestimmen, welche Anforderungen bei der Wahl des Regelwerkes zu befolgen sind. Beispielsweise könnte festgelegt werden, dass bei der Wahl eines (künftig möglicherweise ebenfalls zulässigen) lokalen Regelwerks ein gewisser territorialer Konnex zur Unternehmenstätigkeit bestehen muss.

Das gewählte Regelwerk muss in seiner Gesamtheit und für die gesamte Jahresrechnung übernommen werden (Art. 962a Abs. 2). Damit wird das hie und da in der Praxis noch anzutreffende so genannte *standard picking* verunmöglicht.

Die Einhaltung des Regelwerks muss durch eine zugelassene Revisionsexpertin oder einen zugelassenen Revisionsexperten bestätigt werden (Art. 962a Abs. 2). Der Vorentwurf nimmt damit Bezug auf das künftige Revisionsrecht. Die zugelassene Revisionsexpertin oder der zugelassene Revisionsexperte (Art. 727b E OR und Art. 4 f.

E Revisionsaufsichtsgesetz¹⁸⁷) kann dabei die Revisionsstelle oder eine von der Unternehmensführung bestimmte Drittperson sein – die Regelung ist demnach als Minimalvorschrift in Bezug auf die fachliche Ausbildung zu verstehen.

Als selbstverständlich gilt, dass die Vorschriften zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle in jedem Fall zur Anwendung kommen (vgl. in künftigen Revisionsrecht Art. 728 E OR¹⁸⁸). Die zukünftig geltende Unterscheidung in ordentliche Revision und eingeschränkte Revision ist in der Frage der Prüfung des Abschlusses nach Regelwerk nicht relevant, weil diese Unterscheidung nur für die Revision der Jahresrechnung nach Obligationenrecht gilt. Die so genannten Spezialprüfungen verbleiben auf dem Prüfniveau der Revision nach geltendem Recht bzw. der ordentlichen Revision nach künftigen Recht.

Der Abschluss nach Regelwerk ist als solcher zu kennzeichnen, um Verwechslungen mit dem Abschluss nach Obligationenrecht zu vermeiden. Er muss dem obersten Organ anlässlich der Genehmigung des Geschäftsberichts vorgelegt werden, bedarf aber selber keiner Genehmigung (Art. 962a Abs. 3).

Selbstverständlich können Unternehmen einen Einzelabschluss nach Regelwerk auch auf freiwilliger Basis vorlegen. Dies kann beispielsweise für Kreditgesuche bei einer Bank notwendig sein. Für freiwillige Abschlüsse nach Regelwerk sieht der Vorentwurf keine Einschränkungen vor. Beispielsweise macht es wenig Sinn, einem Schweizer Unternehmen, das teilweise in Südamerika tätig ist, einen Abschluss nach Swiss GAAP FER, IFRS oder US-GAAP vorzuschreiben, wenn ein Abschluss nach einem lokalen Regelwerk gewünscht wird. Die Bestimmung betreffend die anwendbaren Regelwerke bezieht sich also nur auf Abschlüsse nach Regelwerk, die auf Grund von Artikel 962 erstellt werden.

Ebenso wie der Konzernabschluss ist der Einzelabschluss nach Regelwerk für die Steuerbemessung irrelevant. Da Konzerne über keine Rechtspersönlichkeit verfügen und keine Steuersubjekte sind, ist dies im Falle des Konzernabschlusses selbstverständlich. Für den Abschluss nach Regelwerk rechtfertigt es sich jedoch, im Gesetz klarzustellen, dass dieser für die Steuerveranlagung nicht massgeblich ist (Art. 962a Abs. 3).

Der geltende Artikel 962 OR macht Vorgaben zur Aufbewahrung der Buchungsbelege und Geschäftsbücher. Mit dem neuen Artikel 958e werden diese Vorschriften überflüssig (s. vorne Ziff. 3.10.3).

¹⁸⁷ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004; BBl **2004** 3969 ff., 4118 und 4141 f.

¹⁸⁸ S. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004; BBl **2004** 3969 ff., 4119 f.

3.10.11 Art. 963, 963a, 963b, 963c: Konzernrechnung

Die konsolidierte Jahresrechnung (Konzernrechnung) ist eine Zusammenfassung der Einzelabschlüsse der zu einer Gruppe gehörigen Unternehmen, bei der sämtliche Positionen aus gruppeninternen Beziehungen eliminiert werden. Der Konzernabschluss ist ein wichtiges Informations- und Analyseinstrument zur Beurteilung der wirtschaftlichen Lage einer Unternehmensgruppe.

Die konsolidierte Jahresrechnung bildet wie im geltenden Recht (Art. 662 Abs. 2 OR) Bestandteil des Geschäftsberichts (Art. 958 Abs. 2; s. vorne Ziff. 3.10.2) und stellt, wie der Name sagt, eine Jahresrechnung auf konsolidierter Basis dar (Art. 963 Abs. 1). Folglich setzt sie sich auch aus denselben Bestandteilen wie eine (Einzel-) Jahresrechnung zusammen. Die Erstellung eines Konzernjahresberichts ist allerdings nicht notwendig. Der Vorentwurf sieht vor, dass der Lagebericht eines konsolidierungspflichtigen Unternehmens parallele Aussagen zur Muttergesellschaft und zur Gruppe als ganzes enthalten muss (Art. 961b Abs. 1; s. vorne Ziff. 3.10.9).

Die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung wurde in der Schweiz erst mit der Aktienrechtsrevision von 1991 eingeführt und blieb auf Unternehmen in der Rechtsform der AG beschränkt (Art. 663e ff. OR).

Der Vorentwurf übernimmt die Bestimmungen aus dem Aktienrecht (Art. 663e ff. OR) und erweitert die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung auf alle rechnungslegungspflichtigen juristischen Personen, die andere Unternehmen, Vereine oder Stiftungen beherrschen (Art. 963).

Bei Unternehmensgruppen ist eine vernünftige Beurteilung der wirtschaftlichen Lage unabhängig von der Rechtsform der "Muttergesellschaft" nur mit Hilfe der Konzernrechnung möglich. Für ein Abweichen von einem grundsätzlich rechtsformneutralen Ansatz gibt es daher keine sachlichen Gründe. Die Konsolidierungspflicht erfasst auch Unternehmen, Vereine und Stiftungen mit Sitz im Ausland.

Nicht konsolidierungspflichtig sind demgegenüber Einzelunternehmen und Personengesellschaften. Diese Ausnahme dürfte nur relativ wenige Fälle betreffen. Die fehlende Konsolidierungspflicht wird durch die persönliche Haftung der Einzelunternehmerinnen, Einzelunternehmer, Kollektivgesellschaftserinnen, Kollektivgesellschaftler, Komplementärinnen und Komplementäre kompensiert. Zudem dürften auch die Marktkräfte ausreichen, um das Mutterunternehmen zu einer getreuen Darstellung der wirtschaftlichen Lage der Gruppe zu bewegen.

Nicht von der Konsolidierungspflicht ausgenommen sind im Gegensatz zum geltenden Recht die Kleinkonzerne. Auch bei kleineren Konzernen besteht ein klares Bedürfnis nach Konsolidierung, weil die Gefahr der irreführenden Darstellung der wirtschaftlichen Lage nicht kleiner ist als bei grossen Gruppen.

Die Konsolidierung bedeutet zudem in gut geführten Unternehmen keine bedeutende zusätzliche Belastung. Werden demgegenüber umfangreiche Abklärungen notwendig, so ist dies ein Hinweis darauf, dass – nicht zuletzt auch im Interesse der Unternehmensführung selbst – eine konsolidierte Rechnungslegung dringend notwendig ist,

damit die Beteiligten sich ein zuverlässiges Urteil über die wirtschaftliche Lage bilden können.

Voraussetzung für die Konsolidierungspflicht bildet nach geltendem Aktienrecht die einheitliche Leitung durch die Muttergesellschaft (Art. 663e Abs. 1 OR). Der Vorentwurf knüpft an das einfachere Kriterium der Kontrolle an und enthält eine Liste der Arten der Kontrolle. Bei den Statuten oder Verträgen vergleichbaren Instrumenten ist beispielsweise an Trustverhältnisse und ähnliches zu denken (Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 - 3).

Ist eine Muttergesellschaft in die konsolidierte Jahresrechnung einer Gruppe einbezogen, die nach schweizerischen oder gleichwertigen ausländischen Vorschriften erstellt wurde, so ist sie von der Konsolidierungspflicht für ihren Unterkonzern (Teilkonzern) befreit, sofern nicht Gesellschafterinnen und Gesellschafter, die zusammen mindestens 10 Prozent des Kapitals vertreten, dies verlangen (Art. 963a Abs. 1). Wird auf eine Teilkonzernrechnung verzichtet, so muss die Konzernrechnung der Gruppe, zu der die Muttergesellschaft gehört, nach den Vorschriften über die Jahresrechnung offen gelegt werden (Art. 963a Abs. 2 i.V.m. 958d; s. vorne Ziff. 3.10.3).

In die Konzernrechnung müssen alle kontrollierten Rechtsträger einbezogen werden. Nicht in den Konsolidierungskreis fallen Unternehmen, Stiftungen und Vereine, welche die juristische Person nur auf absehbare Zeit kontrolliert (maximal 2 Jahre), oder welche die juristische Person nur beschränkt kontrolliert. Im Anhang zur Jahresrechnung sind diejenigen Rechtsträger, die zwar kontrolliert werden (Art. 963 Abs. 2), aber nicht in den Konsolidierungskreis fallen, einzeln aufzuführen (Art. 963b).

Im geltenden Aktienrecht kann die konsolidierungspflichtige Muttergesellschaft ihre eigenen Konsolidierungs- und Bewertungsgrundsätze aufstellen (Art. 663g OR). Das hat in der Praxis zu sog. *standard picking* und "Eigenkreationen" geführt. Die Konzernrechnung muss neu zwingend nach international anerkannten Normen erfolgen (Swiss GAAP FER, IFRS, US-GAAP). Für die Regelwerke wird auf die Bestimmungen zum Abschluss nach Regelwerk verwiesen. Dieser Verweis in Artikel 963c (s. vorne Ziff. 3.10.10) erfasst jedoch den gesamten Norminhalt von Artikel 962a und nicht nur die Frage der zulässigen Regelwerke.

Im geltenden Recht sieht Artikel 963 OR prozessuale Editionspflichten vor. Diese Bestimmung ist durch die zwischenzeitliche Zivilprozess-, Strafprozess- und Steuerge-
setzgebung überflüssig geworden.

3.11 Übergangsbestimmungen

3.11.1 Art. 1 und 2 VE Ueb.Best.: Allgemeine Regeln

Die in den Übergangsbestimmungen des Zivilgesetzbuches (Schlusstitel ZGB) enthaltenen Regeln haben – unter Vorbehalt abweichender Bestimmungen – auch für das Obligationenrecht Geltung (Art. 1 Abs. 1 VE Ueb.Best.).

Die neuen Vorschriften gelangen grundsätzlich unmittelbar nach ihrem Inkrafttreten auf alle bestehenden Gesellschaften zur Anwendung (Art. 1 Abs. 2 VE Ueb.Best.). Die Un-

ternehmen müssen innerhalb einer Übergangsfrist von *zwei Jahren* ihre Statuten und Reglemente den neuen Bestimmungen gemäss anpassen (Art. 2 Abs. 1 VE Ueb.Best.).

Die Aktienrevision von 1991 sah eine längere Übergangsfrist von fünf Jahren vor. Diese lange Frist hat sich jedoch in der Praxis nicht bewährt, da die Anpassung zuerst aufgeschoben und anschliessend versäumt wurde. Es ist daher eine genügende, aber kürzere Frist vorzusehen.

Nimmt die Gesellschaft die notwendigen Anpassungen nicht fristgerecht vor, so werden die statutarischen oder reglementarischen Bestimmungen, die nicht in Einklang mit den neuen Regeln stehen, nach Ablauf der Frist ungültig (Art. 2 Abs. 2 VE Ueb.Best.).

3.11.2 Art. 3, 4, 5 VE-Ueb.Best.: Besondere Bestimmungen

Ausgegebene Inhaberaktien müssen innerhalb von 2 Jahren in Namenaktien umgewandelt werden. Andernfalls gelten sie nach Ablauf der Frist automatisch als Namenaktien (Art. 622 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 und 2 VE Ueb.Bst.; s. vorne Ziff. 2.3.5, 3.1.2). Passt die Generalversammlung die Statuten nicht entsprechend an, ist es Sache des Verwaltungsrats, die notwendigen Änderungen vorzunehmen. Er ist verpflichtet, die für die Umwandlung der Inhaberaktien in Namenaktien erforderlichen Massnahmen zu treffen (Art. 3 Abs. 3 VE Ueb.Bst.). Ansonsten haftet er für eine allfällige Schäden, die aus dem unterlassenen Umtausch entstehen (Art. 754 OR).

Bis zur Umwandlung der Inhaberaktien in Namenaktien müssen diese sowohl in den Statuten als auch im Handelsregister klar als Inhaberaktien bezeichnet werden, um Täuschungen zu vermeiden (Art. 3 Abs. 4 VE Ueb.Best.).

Hat die Generalversammlung vor dem Inkrafttreten des Gesetzes eine bedingte oder genehmigte Kapitalerhöhung beschlossen (Art. 651, 653 OR), so kommt das bisherige Recht weiterhin zu Anwendung. Die Beschlüsse können jedoch nicht verlängert werden (Art. 4 VE Ueb.Best.).

Die neuen Rechnungslegungsvorschriften kommen erstmals für das Geschäftsjahr zur Anwendung, das zwei Jahre nach dem Inkrafttreten des Gesetzes beginnt. Bei den Bestimmungen zur Konzernrechnung beträgt die Frist drei Jahre (Art. 957 ff. i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und 2 VE Ueb.Best.; s. vorne Ziff. 2.5 ff., 3.10 ff.).

Für die Frage der Anwendbarkeit von Artikel 961 sind die Bilanzsumme sowie der Umsatzerlös der letzten beiden Jahre vor dem Inkrafttreten des Gesetzes massgeblich (Art. 5 Abs. 3 VE Ueb.Best.; s. vorne Ziff. 3.10.9).

Während der ersten beiden Jahre nach dem Inkrafttreten des Gesetzes gelten in Bezug auf die Anwendung der Rechnungslegungsvorschriften bestimmte Erleichterungen (Art. 5 Abs. 4 VE Ueb.Best.).

3.12 Vereinsrecht

3.12.1 Art. 65 VE ZGB: Kompetenzen der Vereinsversammlung

Der Vorentwurf sieht vor, dass grundsätzlich die Vereinsversammlung die Höhe der Entschädigungen des Vereinsvorstands festlegt. Die Statuten können jedoch eine abweichende Regelung vorsehen (Art. 65 Abs. 4 VE ZGB).

Bei Grossvereinen, die zur Durchführung einer ordentlichen Revision verpflichtet sind, müssen darüber hinaus im Anhang zur Jahresrechnung die Bezüge der Mitglieder des Vorstands gesamthaft offen gelegt werden (Art. 961 Abs. 2 Ziff. 3; s. vorne Ziff. 3.10.9).

3.12.2 Art. 69a VE ZGB: Buchführungspflicht

Der Vorentwurf sieht vor, dass jeder Verein die Geschäftsbücher gemäss den Rechnungslegungsvorschriften des OR führen muss (Art. 69 VE ZGB, Art. 957 ff.; s. vorne Ziff. 3.10 ff.). Dies gilt auch für Vereine, die nicht im Handelsregister eingetragen sind. Für diese Vereine sieht jedoch Artikel 957 Absatz 2 Erleichterungen bei der Buchführung vor. So müssen sie lediglich Buch führen über Einnahmen und Ausgaben sowie über die Vermögenslage. Diese Regelung entspricht inhaltlich der Fassung von Artikel 69a, wie sie in der Revisionsvorlage vorgesehen ist¹⁸⁹.

3.12.3 Art. 69d VE ZGB: Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit

Neu kommen bei Vereinen, die im Handelsregister eingetragen sind, die aktienrechtlichen Bestimmungen über die Anzeigepflichten bei Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit zur Anwendung (Art. 69d Abs. 1; Art. 725 ff.; s. vorne Ziff. 3.1.43 f.). Insbesondere Vereine, die ein kaufmännisches Gewerbe führen oder einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen, können beachtliche wirtschaftliche Aktivitäten entfalten. Im Hinblick auf einen angemessenen Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger erscheint deshalb die sinngemässe Anwendung der Vorschriften des Aktienrechts sachlich angezeigt.

Wie bei der Genossenschaft (Art. 903 Abs. 2; s. vorne Ziff. 3.7.3) ist darüber hinaus vorgesehen, dass das Gericht den Konkurs aufschieben kann, wenn Nachschüsse unmittelbar einbezahlt werden und Aussicht auf Sanierung besteht (Abs. 2).

¹⁸⁹ S. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl **2004** 3969 ff., Art. 69a E ZGB.

3.13 Stiftungsrecht

3.13.1 Art. 83a VE ZGB: Buchführung

Wie beim Verein verweist auch das Stiftungsrecht im Hinblick auf die Führung der Geschäftsbücher auf die Rechnungslegungsvorschriften des Obligationenrechts (Art. 83a VE ZGB i.V.m. Art. 957; s. vorne Ziff. 3.10 ff., 3.12.2).

3.13.2 Art. 84c VE ZGB: Offenlegung von Vergütungen

Der Vorentwurf sieht vor, dass das oberste Stiftungsorgan gegenüber der Aufsichtsbehörde jährlich die Summe der ihm ausgerichteten Vergütungen offenlegt. Existiert eine Geschäftsleitung, so sind auch deren Entschädigungen der Aufsichtsbehörde bekannt zu geben (Art. 84c VE ZGB). Die Aufsichtsbehörde wird in der Regel von sich aus die Offenlegung der Höhe der Bezüge verlangen, da sie ohne Kenntnis des Umfangs der Vergütungen ihrer Kontrollfunktion faktisch nicht nachkommen kann. Trotzdem erscheint eine entsprechende Klarstellung im Gesetz sinnvoll.

Verfügt die Stiftung über keine Aufsichtsbehörde, erfolgt keine Offenlegung. Es sei denn, die Stiftung unterliege der ordentlichen Revision (s. unten).

Für Stiftungen, die der ordentlichen Revision unterstehen, kommt – wie beim Verein – Artikel 961 Absatz 2 Ziffer 3 zur Anwendung (s. vorne Ziff. 3.10.9, 3.12.1). Die Bezüge sind folglich im Anhang zur Jahresrechnung bekannt zu geben.

3.14 Bundespersonalgesetz

3.14.1 Art. 6a: Offenlegung von Managementsentschädigungen

Die heutige Regelung des Bundespersonalgesetzes (BPG; Art. 6a Abs. 4) betreffend die Bekanntgabe von Vergütungen der obersten Führungsorgane von bundesnahen Betrieben sieht vor, dass neben dem Gesamtbetrag die Vergütung für die vorsitzende Person offen zu legen ist¹⁹⁰. Die Offenlegungspflicht des BPG geht demnach weniger weit als die im Rahmen der Transparenzvorlage vorgesehene Regelung (s. vorne Ziff. 2.2.2, 3.1.33)¹⁹¹. Jene verpflichtet Publikumsgesellschaften, die Bezüge der Verwaltungsratsmitglieder individuell zu veröffentlichen.

Auf bundesnahe Betriebe können neben Artikel 6a BPG grundsätzlich auch die entsprechenden Bestimmungen des OR und des ZGB zur Anwendung gelangen, sofern es sich um privatrechtliche Rechtsträger handelt. Diesfalls kommt die strengere Regelung zum Zuge. So unterliegen bundesnahe Unternehmen beispielsweise zusätzlich den Transparenzvorschriften des OR, sofern es sich bei diesen um börsenkotierte Aktiengesellschaften handelt (Art. 697^{quater}, 697^{quinquies}, 856 Abs. 1, 961 Abs. 2 Ziff. 3, Art. 65 Abs. 4, 84c VE ZGB; s. vorne Ziff. 2.2.2, 3.1.33; 3.10.9, 3.12.1, 3.13.2)¹⁹².

Mit Blick auf nicht kotierte bundesnahe Betriebe soll die Vorschrift über die Pflicht zur Bekanntgabe von Vergütungen im BPG inhaltlich der Transparenzvorlage angeglichen werden. Die Vergütungen der Mitglieder des Verwaltungsrats oder von vergleichbaren obersten Leitungsorganen sollen zukünftig gesondert ausgewiesen werden (Art. 6a Abs. 4 BPG).

¹⁹⁰ Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG), SR 172.220.1.

¹⁹¹ S. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung) vom 23. Juni 2004, BBl **2004** 4471 ff., Art. 663b^{bis} E OR. Die Vorlage wurde am 7. Oktober 2005 von den Eidg. Räten verabschiedet.

¹⁹² Für die GmbH sieht Art. 804 Abs. 2 Ziff. 6 E OR der GmbH-Vorlage zwingend vor, dass die Gesellschafterversammlung die Bezüge der Geschäftsführer festlegt (s. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrechts) vom 19. Dezember 200, BBl **2002** 3148 ff.

3.15 Strafgesetzbuch

3.15.1 Art. 326^{quinquies}

Die heute im OR enthaltene Vorschrift betreffend die Verhängung von Ordnungsbussen bei Missachtung der Eintragungspflicht wird aufgehoben (s. vorne Ziff. 3.8.6). Die Bestimmung wird neu als Übertretungstatbestand ausgestaltet und ins Strafgesetzbuch (StGB¹⁹³ integriert (Abs. 1).

Die Vorschriften des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs kommen sinngemäss zur Anwendung. Verantwortlich für die Verhängung der Bussen sind die zuständigen kantonalen Strafverfolgungsbehörden.

.

¹⁹³ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937; SR 311.0.

3.16 Variante II: Genehmigte Kapitalerhöhung / genehmigte Kapitalherabsetzung

3.16.1 Art. 652i, 652j, 652k: Genehmigte Kapitalerhöhung

Die Neuregelung der genehmigten Kapitalerhöhung in Verbindung mit der Einführung der genehmigten Kapitalherabsetzung ist als Alternative zur Einführung des Kapitalbands gedacht. Wird eine genehmigte Kapitalerhöhung mit einer genehmigten Kapitalherabsetzung (s. hinten Ziff. 3.16.2) kombiniert, entsteht ein „Gebilde“, das grosse Ähnlichkeiten mit dem Kapitalband aufweist (s. vorne Ziff. 2.3.2 f., 3.1.18).

Das bisherige Konzept der genehmigten Kapitalerhöhung wird dabei weitgehend beibehalten (Art. 651 ff. OR). Neu beträgt die Maximaldauer der Ermächtigung 5 anstatt wie bisher 2 Jahre (Art. 651i Abs. 1). Die Dauer der Befristung stimmt mit derjenigen beim Kapitalband überein. Die Frist beginnt mit der Beschlussfassung durch die Generalversammlung zu laufen¹⁹⁴. Das geltende Recht regelt diese Frage nicht, was in der Praxis zu Unsicherheiten geführt hat¹⁹⁵. Die Generalversammlung kann den Beschluss über die genehmigte Kapitalerhöhung nach Ablauf der Dauer der Ermächtigung erneuern.

Die Bestimmung über die maximale Höhe des genehmigten Kapitals bleibt inhaltlich unverändert (Art. 652i Abs. 2).

Nach wie vor müssen die Statuten Bestimmungen enthalten, die für die ordentliche Kapitalerhöhung verlangt werden mit Ausnahme des Ausgabebetrags sowie dem Beginn der Dividendenberechtigung. In Artikel 652i Absatz 3 fehlt jedoch der Hinweis auf die Art der Einlagen und die Sachübernahme, da neu Sacheinlagen und –übernahmen nicht mehr zwingend in den Statuten aufgeführt werden müssen (Aufhebung von Art. 628; s. vorne Ziff. 3.1.3). Sehen die Statuten nichts Gegenteiliges vor, so ist der Verwaltungsrat berechtigt, über die Art der Einlagen sowie über Sachübernahmen zu bestimmen (Art. 652j).

Neu wird die Frage der Delegation der Regelung des Bezugsrechts an den Verwaltungsrat explizit behandelt (Art. 652i Abs. 4). Die Vorschrift entspricht materiell der Praxis des Bundesgerichts. Ein gleiche Bestimmung findet sich beim Kapitalband (Art. 653s Abs. 1 Ziff. 7; s. vorne Ziff. 3.1.18).

Im Übrigen gelangen die Bestimmungen über die ordentliche Kapitalerhöhung auch bei der genehmigten Kapitalerhöhung sinngemäss zur Anwendung (Art. 652i Abs. 1).

Neu wird der Verwaltungsrat verpflichtet, den Beschluss der Generalversammlung über die genehmigte Kapitalerhöhung innerhalb von dreissig Tagen beim Handelsregisteramt zur Eintragung anzumelden (Art. 652i Abs. 5). Der Vorentwurf sieht eine gleichlautende Vorschrift für das Kapitalband vor (Art. 653s; s. vorne Ziff. 3.1.18).

¹⁹⁴ Dieselbe Regelung findet sich auch beim Kapitalband (Art. 653r; s. vorne Ziff. 3.1.18).

¹⁹⁵ Die Generalversammlung muss wie bisher die genehmigte Kapitalerhöhung mit einem qualifizierten Mehr beschliessen (Art. 704 Abs. 1 Ziff.4).

Der Verwaltungsrat muss – wie bisher – die Statuten nach jeder Erhöhung des Aktienkapitals entsprechend anpassen. Die Statutenänderung muss innerhalb von dreissig Tagen seit dem Beschluss durch den Verwaltungsrat über die Statutenänderung beim Handelsregister angemeldet werden (Art. 652k Abs. 1 und 2).

Nach Ablauf der für die Durchführung der Kapitalerhöhung festgelegten Frist streicht der Verwaltungsrat die Bestimmung über die genehmigte Kapitalerhöhung aus den Statuten. Neu ist – wie beim Kapitalband – eine öffentliche Beurkundung der Statuten in diesem Fall nicht mehr erforderlich (Art. 652k Abs. 3; s. auch Art. 653s Abs. 4, 653s sowie vorne Ziff. 3.1.18).

3.16.2 Art. 653s, 653t, 653u: Genehmigte Kapitalherabsetzung

Bei der genehmigten Kapitalherabsetzung handelt es sich um ein neues Rechtsinstitut, dass den Gesellschaften bei der Herabsetzung des Aktienkapitals mehr Spielraum verschaffen soll (s. vorne Ziff. 2.3.3).

Die genehmigte Kapitalherabsetzung gleicht in ihrer Ausgestaltung der genehmigten Kapitalerhöhung (Art. 653s; s. vorne Ziff. 3.16.1). So kann die Generalversammlung den Verwaltungsrat für eine Dauer von maximal 5 Jahren ermächtigen, das Aktienkapital bis zu einem bestimmten Betrag herabzusetzen. Die Einführung der genehmigten Kapitalherabsetzung verlangt wie der Beschluss über das Kapitalband und über die genehmigte Kapitalerhöhung ein qualifiziertes Mehr (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 4). Die Dauer der Frist zur Anmeldung des Beschlusses und ihr Beginn ist gleich geregelt wie beim Kapitalband und bei der genehmigten Kapitalerhöhung. Dasselbe gilt auch für die Erneuerung des Beschlusses über die genehmigte Kapitalherabsetzung nach Ablauf der Ermächtigungsfrist, den Maximalbetrag, um den das Kapital herabgesetzt werden darf, und die Frist zur Anmeldung des Generalversammlungsbeschlusses (Art. 653s, 653t; für Einzelheiten s. vorne Ziff. 3.1.18, 3.16.1).

Sehen die Statuten nichts Gegenteiliges vor, so entscheidet der Verwaltungsrat frei über die Art und Weise der Kapitalherabsetzung und die Verwendung der frei gewordenen Mittel (Art. 653t). Die Vorschrift entspricht der Regelung beim Kapitalband für die Herabsetzung des Kapitals innerhalb des Kapitalbands (Art. 653t; s. vorne Ziff. 3.1.19).

Auch in andern Bereichen des Verfahrensablaufs sind die genehmigte Kapitalherabsetzung und das Kapitalband ähnlich geregelt: Der Verwaltungsrat muss nach jeder Herabsetzung die Statuten anpassen. Der Herabsetzungsbeschluss des Verwaltungsrats ist öffentlich zu beurkunden. Die Frist zur Anmeldung des Beschlusses beim Handelsregisteramt beträgt dreissig Tage. Nach Ablauf der Dauer der Ermächtigung durch die Generalversammlung streicht der Verwaltungsrat die entsprechende Statutenklausel. Eine öffentliche Beurkundung der Statuten ist diesfalls nicht erforderlich (Art. 653u; s. vorne Ziff. 3.1.19).

Ein entscheidender Unterschied zum Kapitalband besteht allerdings im Hinblick auf die *Durchführung der Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger*: Während beim

Kapitalband im Regelfall darauf verzichtet werden kann, muss eine solche bei der genehmigten Kapitalherabsetzung stets vor der Herabsetzung durchgeführt werden. Gemäss dem Verweis in Artikel 653s Absatz 1 kommt hier die entsprechende Bestimmung bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung zur Anwendung (Art. 653I; s. vorne Ziff. 3.1.16, 3.1.19). In diesem Bereich ist das Kapitalband flexibler ausgestaltet als die genehmigte Kapitalherabsetzung. Der Grund für diesen Unterschied ist konzeptioneller Natur. Beim Kapitalband dient das Basiskapital als Sperrziffer für die Gläubigerinnen und Gläubiger. Dem ausgegebenen Aktienkapital kommt dagegen keine entsprechende Funktion zu (s. vorne Ziff. 2.3.2, 3.1.19). Im Unterschied dazu hält das ausgegebene Aktienkapital bei der genehmigten Kapitalherabsetzung seine herkömmliche Schutzfunktion bei, weshalb die entsprechenden Schutzmechanismen bei seiner Herabsetzung im Hinblick auf die Wahrung der Interessen der Gläubigerinnen und Gläubiger zur Anwendung gelangen müssen.