

ACTARES

Actionnariat pour une économie durable
AktionärInnen für nachhaltiges Wirtschaften

Office fédéral de la justice
Département fédéral de
justice et police
Palais fédéral

3003 Berne

Genève et Berne, le 24 mai 2006

Consultation sur la révision du droit de la société anonyme et du droit comptable dans le Code des obligations – position d'ACTARES, Actionnariat pour une économie durable

Madame, Monsieur,

Merci de bien vouloir trouver ci-après la prise de position de l'association ACTARES, Actionnariat pour une économie durable, relative à la révision du droit de la société anonyme et du droit comptable dans le Code des obligations. Selon votre souhait, ce document est également transmis à la boîte aux lettres électronique "ehra@bj.admin.ch".

1. Résumé

ACTARES est une organisation d'actionnaires engagé-e-s en faveur d'une économie durable et ne peut que se réjouir de constater des améliorations notoires en matière de renforcement du gouvernement d'entreprise, de modernisation des règles de l'assemblée générale, de transparence.

L'organisation émet toutefois les quelques réserves et tient à souligner certains points. ACTARES ne s'oppose pas sur le fond au principe d'une marge de fluctuation de capital, mais estime que les limites proposées sont trop larges, tant au niveau des volumes que de la durée. Pour le reste, ACTARES souhaite voir renforcée la position des actionnaires, et plus particulièrement des actionnaires minoritaires, et demande un abaissement conséquent des seuils d'accès à l'exercice de leurs droits sociaux. La disposition prévoyant l'élection séparée des membres du Conseil d'administration reçoit par exemple toute son approbation.

2. Présentation d'ACTARES

Fondée en 2000, l'association ACTARES rassemble des actionnaires qui s'engagent pour une économie durable. Forte de plus de 600 membres individuels et institutionnels, nombre en augmentation constante, ACTARES entre en dialogue avec les entreprises cotées en bourse et se fait le porte-parole de ses membres en assemblée générale.

ACTARES estime qu'une attitude économique responsable sous l'angle de la durabilité, qui respecte en particulier le bon gouvernement d'entreprise, est un facteur de succès indispensable sur le long terme.

3. Adaptation de la structure du capital

En matière d'adaptation de la structure du capital, ACTARES n'a pas de raison de privilégier l'une ou l'autre des variantes proposées. Qu'il s'agisse de l'institution d'une marge de fluctuation du capital ou, comme alternative, d'une réduction autorisée du capital-actions, le nouveau droit permettrait au conseil d'administration d'augmenter ou de réduire le capital émis autant de fois et du montant qu'il juge nécessaire selon la fourchette admise par le droit, et pendant la durée de validité de l'autorisation (5 ans maximum).

L'assemblée générale ou les statuts peuvent certes restreindre les pouvoirs du conseil d'administration, en limitant par exemple sa compétence en matière d'augmentation et de diminution de capital.

ACTARES estime cependant que le contrôle des actionnaires sur le niveau du capital, élément important s'il en est, serait en pratique rendu trop malaisé par les dispositions proposées. La situation peut en effet radicalement se modifier en cinq ans, rendant caduque la base de décision des actionnaires.

4. Gouvernance ("corporate governance")

Malgré les notables améliorations contenues dans l'avant-projet, il est indispensable de saisir l'occasion de la révision pour établir un standard de gouvernance d'entreprise ("corporate governance") adapté aux exigences d'aujourd'hui et tourné vers l'avenir.

En particulier :

4.1. Accès aux procès-verbaux d'assemblées générales

Les actionnaires doivent pouvoir avoir accès de manière simple, rapide et complète aux procès-verbaux des assemblées générales. Il n'y a aucune raison pour qu'une personne qui a le droit de participer personnellement à une assemblée n'ait pas le droit de prendre connaissance sans restriction des minutes de cette même assemblée, qu'elle y ait été présente ou non.

4.2. Facilitation de l'exercice des droits de vote

La procédure d'exercice des droits de vote, par la délégation d'un autre actionnaire ou du représentant indépendant, doit être unifiée et simplifiée pour l'actionnaire. Il n'est plus tolérable que l'actionnaire soit confronté pour chaque société à une bureaucratie aux principes différents. Tout particulièrement, les délais pour instruire le représentant indépendant et le nombre de pièces à signer pour chaque opération doit être fixé. De même, l'actionnaire doit pouvoir disposer d'un formulaire pré-imprimé avec l'ordre du jour et des cases lui permettant d'exprimer son vote de manière simple et non bureaucratique.

4.3. Vote électronique

Les sociétés d'une certaines importance, mais en tous les cas celles cotées en bourse, doivent être tenues d'offrir une possibilité d'exprimer par un moyen électronique les votes en assemblée générale. Il est tolérable de fixer un délai antérieur à l'assemblée générale pour cette opération.

4.4. Compétence de l'assemblée générale en matière de rémunérations

En leur qualité d'employeurs des dirigeants des entreprises, les actionnaires doivent recevoir le droit formel de se prononcer sur la hauteur et le mécanisme de leur rémunération, par analogie avec les dividendes. Sans une telle disposition, déjà en vigueur dans certains pays européens, tout le système de la société anonyme court le risque de se décrédibiliser inexorablement vis-à-vis des citoyens.

4.5. Election à la présidence du conseil d'administration par l'assemblée générale

Les membres du conseil d'administration sont les représentants élus des actionnaires. Il est légitime que les actionnaires définissent également la fonction suprême du conseil, à savoir sa présidence.

Les propositions d'ACTARES sont motivées par le souci de remettre les actionnaires et tous les actionnaires au centre du système économique qui est le nôtre, en leur permettant d'exercer pleinement leur responsabilité. Ainsi se trouvera privilégiée la durabilité de l'activité entrepreneuriale sur tous les plans, réduisant les risques liés aux dérives spéculatives et aux soubresauts de court terme inhérents aux mécanismes de marché.

En conclusion, ACTARES salue fondamentalement les améliorations contenues dans l'avant-projet. Dans l'esprit de privilégier la durabilité et les intérêts à long terme, ainsi que les droits des actionnaires minoritaires, elle émet des réserves sur les points suivants :

- valeurs limite de la marge de fluctuation lors d'une augmentation ou d'une réduction de capital,
- gouvernance d'entreprise, droit de vote des actionnaires.

ACTARES souhaite vivement que ses remarques trouvent un écho favorable dans le processus d'élaboration de la nouvelle Loi, contribuant ainsi à un renforcement de la crédibilité et de la stabilité de la place économique suisse, qui pourra de moins en moins se permettre le risque de prendre du retard sur ses rivales.

En vous souhaitant bonne réception des considérations d'ACTARES, nous vous prions de recevoir, Madame, Monsieur, l'expression de nos salutations distinguées.

Au nom du Comité d'ACTARES

Roby Tschopp
Secrétaire exécutif

Dipartimento federale
di giustizia e polizia
Segreteria generale
Palazzo federale ovest
3003 Berna

Lugano, 29 maggio 2006

Corso
Elvezia 16
Casella
postale
5130
CH-6901
Lugano

telefono
+41 091
911 84 84
telefax
+41 091
923 46 36

www.aiti.ch
info@aiti.ch

Revisione del diritto della società anonima e del diritto contabile nel Codice delle obbligazioni – Procedura di consultazione

I. Osservazioni introduttive

Il diritto societario costituisce un tassello fondamentale per la concorrenzialità della piazza economica svizzera e per tutti gli operatori economici, trattandosi di uno degli elementi essenziali delle condizioni-quadro entro le quali devono agire le imprese. Per questo motivo il diritto societario deve essere snello, sufficientemente flessibile e comprensibile, in modo da permettere un'operatività senza eccessive complicazioni tecniche e burocratiche. Le aziende devono poter contare su strumenti legali chiari, flessibili e che non ostacolano le loro attività. E' del resto evidente che un ampio margine di manovra è ormai una condizione essenziale per fronteggiare la concorrenza internazionale.

La revisione di talune norme del Codice delle obbligazioni (in seguito: CO) sulla società anonima sono senza dubbio rese necessarie dall'evoluzione del contesto economico e del diritto internazionale, per cui da parte nostra non vi è un'opposizione di principio alla modifica del diritto vigente. Oltretutto, l'adattamento del diritto della società anonima rientra nel quadro di modifiche riguardanti il diritto societario in generale. Basti citare la revisione del diritto della società a garanzia limitata (con conseguenze dirette anche sulle norme che regolano la società anonima, come la possibilità di costituire società unipersonali), l'introduzione di nuove norme sulla revisione per tutte le forme societarie, la creazione della legge federale sui revisori e la legge che disciplina la trasparenza delle retribuzioni corrisposte ai membri del consiglio d'amministrazione e della direzione di società quotate in borsa. Tutte queste nuove normative entreranno in vigore nel corso del 2006 o nel 2007, per cui è inevitabile porre mano anche al diritto della società anonima per questioni di coerenza sistematica e materiale del diritto societario.

Gli obiettivi posti dal Consiglio federale nel progetto di revisione in consultazione sono in linea di principio condivisibili. Il miglioramento delle disposizioni in vigore nel campo del "governo societario" (Corporate Governance), lo snellimento delle norme sulle strutture del capitale, l'aggiornamento delle disposizioni concernenti l'assemblea generale e la revisione del diritto contabile costituiscono elementi che, se adeguatamente adattati, possono contribuire a mantenere moderno ed efficiente il diritto societario in generale e quello della società anonima in particolare.

Prima di entrare nel merito dei singoli punti del progetto, rileviamo che in generale condividiamo la proposta di rendere più flessibili le strutture dei capitali, visto che questo dovrebbe permettere un maggiore margine di manovra alle aziende. Tuttavia, altri punti del progetto sono a nostro avviso più controversi, soprattutto perché rischiano di creare eccessivi ed inutili vincoli per le imprese. In particolare, l'abolizione della rappresentanza degli azionisti da parte di un organo e dell'azione al portatore limiterebbero inutilmente la libertà di scelta e le possibilità d'azione delle aziende svizzere. In questo contesto non va infatti trascurato che nell'ambito del governo societario esistono già importanti ed efficaci meccanismi di autoregolazione che hanno una funzione fondamentale, per cui, prima di introdurre nuove prescrizioni che potrebbero portare ad un'eccessiva ingerenza dello Stato nella gestione delle aziende, occorre procedere con prudenza e privilegiare l'effettiva realizzazione degli strumenti già a disposizione. Ovviamente la trasparenza è una delle condizioni per un buon funzionamento dei mercati e quindi anche per l'attrattività della piazza elvetica, ma gli oneri imposti per ottenere tale trasparenza non devono assumere dimensioni sproporzionate rispetto alle reali esigenze di garanzia e sicurezza.

II. Commento ai singoli punti del progetto

1. Miglioramento del „governo societario“

Il primo obiettivo proposto dal progetto in consultazione concerne il governo societario. Attraverso nuove disposizioni del CO si intende dare un quadro giuridico ai processi decisionali e gestionali delle società. Indubbiamente questo è il risultato delle discussioni emerse dopo alcuni casi eclatanti che hanno coinvolto imprese di fama internazionale, clamorosamente crollate a seguito di azioni dissennate dei propri amministratori. Di regola, situazioni del genere si sono prodotte a causa di atti criminosi, di rilevanza penale, come ad esempio le manipolazioni di bilancio. E' evidente che in tali casi il sistema di "checks and balances" societari non ha funzionato a dovere, ma vi è da chiedersi se questo sia dovuto a effettive lacune legislative o non piuttosto al mancato uso di disposizioni legali già a disposizione, ma semplicemente ignorate o sottovalutate. Un puro e semplice inasprimento delle normative e dei relativi sistemi di controllo non è di per sé sempre una garanzia assoluta per scongiurare il ripetersi di eventi dannosi per società, azionisti, creditori e consumatori.

a. Auto-regolazione delle aziende

Al proposito del governo societario, va sottolineato che numerose imprese hanno già autonomamente provveduto a migliorare i loro sistemi di controllo, adattando la propria struttura organizzativa e gli aspetti operativi legati all'attività della direzione. Pertanto, in generale in Svizzera a livello di autoregolazione sono già state prese molte misure che si sono rivelate efficaci. Questo è senza dubbio il risultato del fatto che dal 2002 sono in vigore due Codici relativi al governo societario: lo „Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance“ di economiesuisse e la Direttiva sulla corporate governance di Swiss Exchange (SWX). La Direttiva SWX impone alle imprese quotate in borsa di fornire informazioni concernenti il

governo societario, mentre lo Swiss Code contempla raccomandazioni alle società svizzere aperte al pubblico. Numerosi principi dello Swiss Code hanno un importante valore pratico di esempio per tutte le società anonime e di fatto tali principi vengono osservati perché costituiscono comunque un fattore concorrenziale importante, nel senso che chi le adotta acquisisce automaticamente maggiore credibilità. Vi è quindi da ritenere che entro poco tempo la grande maggioranza delle società sarà di fatto quasi "obbligata" ad adottare lo Swiss Code per reggere il confronto con i concorrenti. Questo dovrebbe valere anche per le società non aperte al pubblico. Del resto, è importante segnalare che Economiesuisse, in quanto Federazione delle imprese svizzere di ogni dimensione e ramo d'attività, è l'organo responsabile dello Swiss Code, ma molte altre organizzazioni sensibili alle questioni del governo societario nell'ambito delle loro attività ne sostengono pure l'applicazione e sono coinvolte nel suo sviluppo. Si tratta delle seguenti organizzazioni:

- Associazione svizzera dei banchieri Swiss Banking
- SGCI Chemie Pharma Schweiz
- Associazione svizzera d'assicurazioni ASA
- Swissmem
- Swiss Retail Federation
- Camera fiduciaria
- Associazione delle società anonime private
- Gruppo Holdings (Gruppo di holdings industriali svizzeri)
- ASIP Associazione svizzera delle istituzioni di previdenza
- ethos – Fondazione svizzera d'investimento per uno sviluppo sostenibile
- Associazione svizzera degli analisti finanziari e gestionali di sostanze (ASAG)
- Unione svizzera degli imprenditori
- Unione svizzera delle arti e mestieri

Si può quindi senz'altro affermare che quanto previsto in Svizzera per il governo societario raggiunge già oggi un livello molto elevato nel contesto internazionale. Vari studi condotti dopo il 2002 hanno evidenziato che i menzionati strumenti destinati al governo societario sono applicati su vasta scala e che in generale nelle imprese svizzere il governo societario è notevolmente migliorato.

Non va poi trascurato il fatto che eventuali lacune in materia di governo societario frenano la propensione a investire, poiché gli investitori privati tendono ad evitare le società che presentano lacune nell'ambito del governo societario. In questo senso, i flussi di capitali in un'impresa rappresentano un'importante espressione della sua credibilità e il mercato dei capitali svolge quindi un importante ruolo di autoregolazione. Le imprese sono quindi indotte ad adottare misure tendenti ad istaurare la fiducia degli investitori ed è evidente che i codici di autoregolazione summenzionati assumono in un contesto del genere un'importanza fondamentale ed innegabile.

b. Basi legali attuali e future già previste

Inoltre, è giusto rilevare che già oggi non mancano le disposizioni legali atte a garantire un governo societario corretto e credibile. Basti menzionare le regole in merito alle competenze inalienabili del consiglio d'amministrazione della società anonima, la delega della gestione alla direzione e l'obbligo di diligenza e di fedeltà, previste dagli art. 716a, 716b e 717 CO. A nostro avviso è quindi fondamentale dare la priorità all'effettiva applicazione delle regole già esistenti, senza sovraccaricare il CO di nuove disposizioni non indispensabili.

A questo va aggiunto che l'applicazione di Basilea II aumenterà anche le esigenze in materia di strutture interne e di processi da applicare per le imprese non quotate in borsa. Visto che comunque già oggi le banche svizzere praticano una politica dei crediti basata sui rischi, tutte le imprese, anche quelle piccole e medie, sono stimolate (se non di fatto quasi obbligate) a creare un governo societario efficace e trasparente per poter fare capo a finanziamenti da parte degli istituti di credito.

Non va poi ignorato il fatto che con le nuove disposizioni sull'obbligo di revisione contenute nel pacchetto di modifica del diritto della società a garanzia limitata, i revisori dovranno in futuro verificare l'esistenza di un sistema interno di controllo delle società, il che obbliga evidentemente le imprese che ancora non l'avessero fatto a dotarsi di controlli interni efficienti, pena la mancanza di credibilità legata al rischio di un'eventuale osservazione negativa a tale proposito nei rapporti di revisione.

Anche dal punto di vista penale sono state introdotte novità di rilievo per garantire la correttezza della gestione societaria. Ci riferiamo in particolare alla responsabilità penale dell'impresa, inserita nel Codice penale svizzero con l'art. 100quater. L'impresa è chiamata a rispondere direttamente se al suo interno, nell'esercizio di attività commerciali conformi allo scopo aziendale, viene commesso un crimine che, a causa di carenze organizzative interne, non può essere attribuito ad una determinata persona fisica. A questo si aggiunge che sia sul piano internazionale che su quello nazionale sta crescendo la tendenza dei tribunali ad attribuire la responsabilità ai membri del consiglio d'amministrazione e ai direttori, sia sul piano civile che su quello penale, quando un terzo subisce un danno a seguito di una lacuna nell'organizzazione societaria. Se questi strumenti di natura penale (ma il discorso vale anche per quelli di natura civile) sono ritenuti troppo poco efficaci, occorrerebbe provi rimedio agendo sulle questioni più prettamente procedurali o sull'organizzazione e le competenze delle autorità giudiziarie piuttosto che appesantire eccessivamente il diritto materiale.

Infine, è giusto rilevare che nel quadro del governo societario per determinati tipi di società vigono già norme abbastanza severe e diversificate secondo i settori. Per le società quotate in borsa vi sono regole sulla pubblicità ad hoc o di carattere penale per quanto concerne l'utilizzo a fini impropri di fatti confidenziali relativi all'azienda. Per le imprese attive nei settori assicurativo e bancario esistono disposizioni specifiche. Entrano pure nel campo d'applicazione allargato del governo societario in Svizzera le esigenze poste da basi legali estere, in particolare quelle degli Stati Uniti. Le imprese svizzere quotate in una borsa americana o i membri del loro consiglio d'amministrazione e della loro direzione sono in effetti tenuti a rispettare gli obblighi previsti del "Sarbanes-Oxley Act" (SOX).

c. Cosa è veramente necessario introdurre?

L'elevato grado di applicazione delle raccomandazioni dello Swiss Code confermano che per concretizzare al meglio un governo societario credibile ed efficace la via dell'autoregolazione è la più adatta. Del resto, l'accresciuta credibilità sul mercato di chi adotta tali regole porta ad un effetto a catena che trascina anche tutte le altre aziende che vogliono rimanere competitive. Di fatto quindi l'autoregolazione diventa praticamente un "must" per tutte le aziende.

Da questo deriva che, in un'ottica liberale conforme allo spirito della legislazione svizzera, è d'uopo una certa prudenza rispetto ad una regolamentazione legale più restrittiva di quella odierna. Come già rilevato in ingresso, se si intende mantenere l'attrattività della piazza economica svizzera, occorre salvaguardare il più possibile la libertà delle imprese

operanti nel nostro paese e dei loro azionisti circa la forma organizzativa e non imporre uno schema statale rigido, eccessivamente penalizzante e tutto sommato inutile.

Già si è menzionato il SOX, che sottopone le imprese svizzere quotate in borsa negli Stati Uniti ad obblighi particolarmente severi, con oneri d'applicazione molto pesanti. L'attuale incompatibilità con il diritto svizzero dell'obbligo esteso di informare contenuto nel SOX sarà eliminato con la revisione delle disposizioni sull'obbligo di revisione e la nuova legge sui revisori. Occorre pertanto rinunciare ad introdurre ulteriori regole per intervenire laddove già esistono disposizioni applicabili ed applicate ed è necessario evitare di ricorrere a soluzioni elvetiche particolari che poco servirebbero nell'ottica della necessaria trasparenza aziendale.

Come rilevato in precedenza, le preoccupazioni sul governo societario sono soprattutto il frutto di discussioni relative ad alcuni casi eclatanti di crolli societari verificatisi anche in Svizzera negli anni più recenti. Sarebbe però sbagliato che il legislatore si lasciasse prendere la mano da un poco fondato bisogno di attivismo legislativo, perché laddove il dibattito è dominato dalle emozioni è grande la tentazione di emanare una marea di regolamentazioni sproporzionate ed inutili. L'eccesso di zelo legislativo non deve compromettere lo spirito liberale del diritto societario svizzero, tanto più che le succitate modifiche delle norme sulla società a granaria limitata vanno pure in una direzione tutto sommato liberale, per cui sorgerebbe anche un problema di coerenza sistematica.

Da sole, le regole legali di governo societario, anche se solide, non posano evitare strategie errate, decisioni poco avvedute ed abusi in seno alle società. Va dato atto del fatto che il progetto in consultazione difende in generale l'idea di preservare la necessaria libertà d'organizzazione delle imprese e propone la rinuncia ad un ambito normativo troppo rigido. I seguenti punti sono però inconciliabili con un sistema effettivamente moderno ed efficiente:

c1. Il diritto permanente di informarsi degli azionisti

Secondo la proposta del Consiglio federale, gli azionisti dovrebbero avere in ogni momento il diritto di chiedere informazioni per iscritto, quindi anche al di fuori del contesto dell'assemblea generale. Il consiglio d'amministrazione sarebbe obbligato a fornire per iscritto l'informazione richiesta entro un termine di 60 giorni o giustificare un eventuale rifiuto di informare (v. art. 679 dell'avampregetto). A parte il fatto che, così facendo, si diminuirebbe il valore dell'assemblea generale che, è giusto ricordarlo, è comunque l'organo supremo della società (v. art. 698 CO), la proposta sembra poco praticabile. Ad esempio, nel caso delle società aperte al pubblico che contano migliaia di azionisti, questa estensione e formalizzazione del diritto di informarsi porterebbe ad un impegno e ad oneri amministrativi totalmente sproporzionati per il consiglio d'amministrazione. Sarebbe di fatto molto difficile, se non impossibile, garantire tale diritto, avant tutto per ragioni organizzative. Il rischio di paralisi dell'attività del consiglio d'amministrazione sarebbe a nostro avviso eccessivo e comunque sproporzionato rispetto agli intenti di protezione degli azionisti. Inoltre, la tendenza delle imprese è già quella di informare maggiormente i loro azionisti, grazie alle possibilità offerte dai sistemi di comunicazione elettronici (e-mail, internet) e in applicazione del raccomandazione della cifra 8 dello Swiss Code. Quanto proposto dall'avampregetto è quindi da ritenere impraticabile e tutto sommato superfluo.

c2. Modifica dei valori soglia

Per la convocazione di un'assemblea generale e l'iscrizione di un oggetto all'ordine del giorno, nonché per richiedere l'istituzione di un esame speciale contro la volontà dell'assemblea generale, l'avamprogetto prevede l'abbassamento dei valori soglia dall'attuale 10% al 5% del capitale azionario o a un milione di franchi di valore nominale. Sarebbe inoltre possibile utilizzare il criterio del valore borsistico: i valori soglia previsti sono in questo caso di 5 milioni di franchi per la convocazione dell'assemblea generale e di 2 milioni di franchi per l'iscrizione di un oggetto all'ordine del giorno, nonché per l'istituzione di un esame speciale. Va tuttavia rilevato che i corsi borsistici sono soggetti a fluttuazioni a volte importanti. Basare i valori soglia sui corsi di borsa potrebbe portare a risultati arbitrari. La proposta è quindi da respingere. La convocazione di un'assemblea generale o l'istituzione di un esame speciale rappresenta sempre un onere pesante in termini di lavoro e di costi per una società ed in particolare per quelle grandi aperte al pubblico. Un allargamento eccessivo della cerchia delle persone che possono chiedere di convocare un'assemblea generale o un esame speciale sarebbe quindi problematico ed anche qui, oltre ai costi, vi sarebbe il rischio di una paralisi dell'attività societaria. Inoltre, vi sarebbe il rischio di banalizzare la possibilità di indire un'assemblea generale, togliendo importanza a quella ordinaria o a quelle straordinarie già imposte per determinate decisioni. Anche qui occorre lasciare maggiore libertà alle imprese. Nella pratica si osserva tra l'altro che le società che hanno ritenuto necessario abbassare i loro valori soglia, già lo hanno fatto sulla base delle raccomandazioni enunciate alla cifra 2 dello Swiss Code e delle teorie degli investitori istituzionali. Ciò dimostra che anche qui l'autoregolazione da parte dello Swiss Code e del mercato dei capitali funziona.

c3. Il mandato obbligatorio di un anno

L'avamprogetto introduce all'art. 710 l'elezione obbligatoria individuale dei membri del consiglio d'amministrazione per un mandato di un anno. Ragione invocata a sostegno di questo cambiamento: la pratica diffusa di elezioni in blocco del consiglio d'amministrazione per un mandato relativamente lungo sarebbe contraria ai principi del governo societario. Il diritto in vigore prevede una durata del mandato di tre anni (v. art. 710), salvo disposizione contraria dello statuto. Esso autorizza le società anonime o i loro azionisti a fissare un mandato più breve (ad esempio di un anno) o più lungo (al massimo sei anni). Questo sistema, che lascia un margine di manovra alle imprese e ai loro azionisti, non ha finora comportato problemi particolari ed eventuali vantaggi dal punto di vista del governo societario di un mandato limitato imperativamente ad un anno sono tutti da dimostrare. Al contrario, i principi del governo societario esigono una certa continuità per assicurare una gestione coerente dell'azienda. Secondo la cifra 13 dello Swiss Code, bisogna tendere ad una ripartizione appropriata dei mandati; l'ultimo non dovrebbe in generale superare i quattro anni.

La pratica di numerose imprese consistente nel ripartire i mandati su diversi anni permette di garantire una certa continuità e coerenza gestionale. Inoltre, i principi generalmente riconosciuti di un buon governo societario esigono che il consiglio d'amministrazione si organizzi in comitati esercitanti compiti ben definiti. Ciò richiede una certa durata nel tempo, poiché non va ignorato il fatto che

l'introduzione di nuovi membri nel consiglio d'amministrazione richiede comunque un determinato tempo d'adattamento.

I principi dello Swiss Code concernenti la durata del mandato dei membri del consiglio d'amministrazione si concentrano sull'interesse a lungo termine di assicurare il successo dell'azienda. In sostanze, l'obiettivo è l'aumento del valore dell'impresa a lungo termine, con effetti sul corso dell'azione e sul versamento di dividendi durevolmente elevati. Per questo il governo societario deve tener conto degli interessi dei proprietari di un'impresa, che di regola lavorano per la perennità dell'azienda. Gli azionisti interessati alla durata nel tempo dell'azienda otterranno i migliori vantaggi sia per loro stessi sia per l'azienda e per i collaboratori. L'introduzione del mandato obbligatorio di un anno priverebbe le imprese o i loro azionisti di uno strumento di gestione durevole dell'azienda che si è finora dimostrato efficiente. L'azione di eventuali malintenzionati non è certo evitabile limitando la durata del mandato in seno al consiglio d'amministrazione.

Per quanto concerne l'elezione individuale dei membri del consiglio d'amministrazione, va sottolineato che anche in questo ambito funziona bene l'autoregolazione. La questione del voto globale o individuale è regolata dalla cifra 7 dello Swiss Code. Questa raccomandazione è considerata come uno dei punti "forti" del "Soft Law", perché di fatto induce tutte le aziende ad applicare la stessa regola e l'interesse rivolto a questa questione da parte degli investitori istituzionali ha pure fortemente influenzato la pratica aziendale. Si considera infatti che una società che non tenga conto delle regole previste dalla Swiss Code senza offrire soluzioni alternative opportune non avrebbe molte possibilità in un processo condotto secondo l'art. 706 CO. Il numero delle imprese che procedono ad elezioni individuali è tra l'altro sensibilmente cresciuto in questi ultimi due anni. Uno studio di "ethos" apparso recentemente giunge alla seguente conclusione: "Si nota che attualmente la maggioranza delle società (ri)eleggono individualmente i loro amministratori. E' inoltre avvenuto un grande cambiamento a livello della trasparenza della procedura adottata. Un numero importante di società annuncia prima dell'assemblea generale la procedura che sarà utilizzata" (Studio di "ethos"-Gouvernement d'entreprise des sociétés suisses-, Ginevra 2005, pag. 40). Non è quindi necessario prevedere una regolamentazione statale.

c4. La restituzione di prestazioni

La proposta del Consiglio federale modifica le disposizioni dell'art. 678 CO in merito alla restituzione di prestazioni. In pratica, si intende estendere la cerchia delle persone interessate ai membri della direzione e alle persone loro vicine. Viene inoltre soppressa la condizione attuale della malafede del beneficiario della prestazione, come pure l'esigenza della sproporzione evidente tra la prestazione e la controprestazione. La situazione economica della società non avrebbe più alcuna importanza. Si propone anche l'estensione della legittimazione dei creditori e della prescrizione dagli attuali cinque a dieci anni. Queste proposte sono eccessive. In particolare, il fatto che non ci sarebbe più un legame con la situazione economica della società potrebbe portare ad un gran numero di vertenze arbitrarie e queste disposizioni permetterebbero ad un giudice di esaminare le decisioni strategiche delle aziende, il che è contrario agli obiettivi della legislazione societaria.

c5. Abolizione della rappresentanza da parte di un organo della società

L'avamprogetto presentato dal Consiglio federale propone di sopprimere la rappresentanza da parte di un organo della società. Le società aperte al pubblico sarebbero quindi tenute a ricorrere ad un rappresentante indipendente per qualsiasi assemblea generale, il che è poco conciliabile con la pratica societaria. In effetti, contrariamente all'affermazione dell'avamprogetto secondo cui la rappresentanza da parte di un organo della società ha un ruolo marginale, la pratica è ben diversa. Nel caso delle società aperte al pubblico, gli organi rappresentano una parte importante dei voti. Inoltre, gli azionisti privilegiano spesso un membro di un organo della società. Secondo uno studio condotto sul ruolo della rappresentanza istituzionale dei voti presso 286 società svizzere aperte al pubblico (di cui 26 figurano nell'indice SMI, Hans Caspar von der Crone, Rapporto sulla revisione parziale del diritto delle società anonime, parte 4), è emerso che gli azionisti delle società svizzere aperte al pubblico stabiliscono una procura a favore di:

- un organo della società 23% (titoli del SMI: 36%),
- un rappresentante indipendente 10% (SMI: 20%),
- un rappresentante depositario 4% (SMI: 2%)

Ciò dimostra che la rappresentanza da parte degli organi della società riveste un'importanza considerevole per le grandi società e che la soluzione semplice e vantaggiosa in termini di costo di farsi rappresentare da una banca depositaria o da un organo della società è nell'interesse degli azionisti e risponde a un bisogno pratico.

Conformemente all'avamprogetto, le società aperte al pubblico potrebbero ricorrere unicamente ad un rappresentante indipendente. In assenza di istruzioni concrete, quest'ultimo dovrebbe astenersi dal voto (art. 689 cpv. 2 dell'avamprogetto). Inoltre, la maggioranza assoluta dovrebbe essere normalmente determinata in funzione del numero di voti depositati e le astensioni non conterebbero più come tali (art. 703 dell'avamprogetto). Tenuto conto dell'impossibilità di una procura generale a favore del rappresentante indipendente, che la rappresentanza da parte di un depositario o un organo della società sarebbe abolita e che le azioni il cui titolare non è iscritto nel libro delle azioni ("Dispoaktien") non comprenderebbero un diritto di voto, nel caso delle società aperte al pubblico la grande maggioranza degli azionisti passivi e soddisfatti della condotta societaria, ivi compresa la maggioranza dei piccoli azionisti, sarebbe nettamente sottorappresentata, mentre gli azionisti molto attivi e che si oppongono alla politica societaria, gli azionisti istituzionali e i grandi azionisti sarebbero fortemente sovrarappresentati. Ciò avrebbe effetti negativi nell'ottica della formazione di una volontà effettivamente rappresentativa dell'assemblea generale e sarebbe soprattutto in contrasto con alcuni obiettivi dell'avamprogetto, che è mirato anche alla protezione dei piccoli investitori.

c6. Disposizioni sulla responsabilità

L'avamprogetto propone l'inasprimento delle norme sulla responsabilità. Questo potrebbe comportare un aumento dei costi della revisione – difficilmente sopportabile per le PMI – e pure un incremento dei rischi per i consiglieri d'amministrazione e delle società di revisione. Va considerato che già oggi in Svizzera vi è ormai più solo una compagnia (Winterthur) che assume il rischio di assicurare le società di revisione. Tutte le grandi società di revisione sono sempre più confrontate ad azioni di responsabilità che ne minano addirittura

l'esistenza. Occorre quindi evitare il rischio di ritrovarsi senza società svizzere di revisione per le aziende elvetiche.

c7. Il problema delle azioni il cui titolare non è iscritto nel libro delle azioni (“Dispoaktien”)

Numerose società quotate in borsa possiedono molte azioni il cui titolare non è iscritto nel libro delle azioni. Tale situazione non è molto soddisfacente, poiché in casi del genere le società non conoscono una parte sostanziale dei loro azionisti e non hanno dunque nessun mezzo per comunicare direttamente con loro. Le imprese ad esempio non possono inviare ai titolari di queste azioni un invito all'assemblea generale o informazioni sui punti all'ordine del giorno. Gli sforzi delle società tendenti ad incoraggiare il maggior numero possibile di azionisti ad esercitare i loro diritti di partecipazione spesso sono vani. E' la ragione per la quale le aziende chiedono da tempo una soluzione al problema delle azioni il cui titolare non è iscritto nel libro delle azioni. L'avamprogetto non tratta sfortunatamente questo tema e non propone nessuna soluzione, fatto strano se si considera che uno degli obiettivi centrali della revisione è di rafforzare i diritti degli azionisti. Riteniamo che questo problema vada affrontato e che occorra elaborare una soluzione praticabile già durante l'esame del presente avamprogetto.

2. Modifiche relative alla struttura del capitale

L'avamprogetto propone i seguenti adattamenti:

- l'istituzione di un margine di fluttuazione o di una riduzione autorizzata del capitale azionario;
 - la soppressione del valore nominale minimo delle azioni;
 - la soppressione dell'azione al portatore e
 - la soppressione del limite superiore del capitale di partecipazione.
- a. Margine di fluttuazione del capitale e riduzione autorizzata del capitale azionario

L'avamprogetto propone la scelta fra due modelli per quanto concerne l'alleggerimento della struttura del capitale: il margine di fluttuazione del capitale e la riduzione autorizzata del capitale azionario.

Il margine di fluttuazione del capitale appare, a prima vista, come il modello più attrattivo a causa della sua maggiore flessibilità. In effetti, esso offre una grande libertà nella gestione della struttura del capitale e comprende sostanzialmente il modello della riduzione autorizzata del capitale azionario poiché, nel caso del margine di fluttuazione del capitale, gli azionisti potrebbero ridurre i poteri del consiglio d'amministrazione. L'assemblea generale potrebbe infatti decidere che il consiglio d'amministrazione può unicamente aumentare o ridurre il capitale azionario. Un esame dettagliato della praticabilità dei modelli proposti dal Consiglio federale sarà determinante per la scelta di uno di essi.

Variante 1: il margine di fluttuazione del capitale

Il margine di fluttuazione del capitale sostituirebbe la riduzione autorizzata del capitale azionario e introdurrebbe la possibilità di delegare una riduzione del capitale al consiglio d'amministrazione. Creando un margine di fluttuazione del capitale, l'assemblea generale autorizza il consiglio d'amministrazione a modificare l'importo del capitale emesso entro cinque

anni al massimo (v. art. 653r segg. avamprogetto). Il margine di fluttuazione è limitato verso il basso attraverso il capitale di base e verso l'alto attraverso il capitale massimo. Non è necessario convocare preventivamente i creditori né chiedere un'attestazione di verifica ad un revisore per le riduzioni di capitale nell'ambito del margine di fluttuazione.

Variante 2: la riduzione autorizzata del capitale azionario

La riduzione autorizzata del capitale azionario verrebbe a completare l'attuale aumento autorizzato del capitale azionario. L'assemblea generale potrebbe conferire al consiglio

d'amministrazione il potere di ridurre il capitale azionario fino a un certo importo entro un termine di cinque anni al massimo. Al contrario del caso in cui si prevede un margine di fluttuazione del capitale, per ogni riduzione occorre convocare i creditori e chiedere un'attestazione di verifica ad un revisore.

b. Soppressione del valore nominale minimo

Dopo la riduzione del valore nominale minimo delle azioni da 100 franchi a 10 franchi, in occasione della revisione del diritto delle società anonime nel 1991, e la sua nuova riduzione a un centesimo nel 2001, il Consiglio federale propone ora di rinunciare completamente ad un valore nominale minimo. La proposta è accettabile. Anche per azioni il cui valore nominale è di un centesimo, si potrebbe quindi prevedere la riduzione del valore nominale. In questo contesto, il Consiglio federale ha rinunciato all'introduzione di un'azione senza valore nominale, poiché ciò implicherebbe una revisione radicale del diritto azionario. Il Consiglio federale propone quindi, come detto, di abolire la disposizione di legge che prescrive un valore nominale minimo. Le azioni potrebbero così d'ora in avanti avere un valore nominale qualsiasi purché superiore a zero. La soppressione di un valore nominale minimo costituisce un mezzo idoneo ad aumentare la flessibilità ed è dunque da ritenere positivo.

c. Abolizione dell'azione al portatore

La proposta relativa all'abolizione dell'azione al portatore è motivata dal fatto che l'emissione di questo genere di titolo è costantemente diminuita nel corso degli ultimi anni, soprattutto perché nella maggior parte dei casi le piccole e medie aziende non ricorrono a questo strumento. Le azioni al portatore sarebbero inoltre in flagrante contraddizione con i principi di trasparenza delle strutture dei capitali. In questi ultimi anni le azioni al portatore sono state criticate a livello internazionale in particolare del "Gruppo d'azione finanziaria contro il riciclaggio dei capitali" (GAFI/FATF) e dell'OCSE. La raccomandazione n° 33 delle „Quaranta Raccomandazioni“ del GAFI del 20 giugno 2003 chiede che i paesi membri – fra cui la Svizzera – adottino misure appropriate affinché l'identità delle persone che controllano le persone giuridiche possa essere accertata in ogni momento. La pressione internazionale contro le azioni al portatore sembra intensificarsi, nonostante la proposta della Svizzera di introdurre un obbligo di annunciarsi presso la società per i titolari di azioni al portatore che controllano direttamente, indirettamente o insieme a terzi almeno il 10% di tutti i diritti di voto.

E' chiaro che è di cruciale importanza rafforzare la buona reputazione della piazza finanziaria svizzera, ma occorre evitare di emanare divieti precipitosi, poiché una limitazione eccessiva del margine di manovra delle imprese nel diritto svizzero ridurrebbe l'attrattività del nostro sistema giuridico ed economico. In Svizzera quasi 30'000 società hanno ancora azioni al portatore. Anche nel rapporto finale del GAFI/FATF del novembre

2005 figura che, malgrado tutto, le azioni al portatore costituiscono tuttora uno strumento importante dell'economia svizzera. Contrariamente a quanto lasciano supporre le spiegazioni che figurano nel rapporto esplicativo del Consiglio federale, ancora oggi circolano sul mercato azioni al portatore di grandi società svizzere come Roche, Swatch o Kudelski. L'utilità di questo genere di titoli rimane pertanto relativamente forte.

Riteniamo pertanto inutile abolire l'azione al portatore esclusivamente per ossequiare le osservazioni del GAFI/FATF. Quest'ultimo raccomanda ai paesi che conoscono l'istituto dell'azione al portatore di adottare misure al fine di evitare che le società interessate utilizzino tali azioni allo scopo di riciclare capitali o di finanziare attività terroristiche. La Svizzera deve pertanto predisporre un aumento della trasparenza nelle società che utilizzano azioni al portatore e per poterlo fare deve poter identificare le persone che controllano le società. Il problema si pone in misura minore per le società quotate in borsa, che sono già ora sottoposte ad un obbligo d'annuncio. La proposta soluzione di sopprimere tutte le azioni al portatore andrebbe quindi verosimilmente ben oltre lo scopo ricercato dalla revisione del CO. L'avviso sfavorevole del GAFI/FATF non è del resto legato soltanto alla problematica delle azioni al portatore, è frutto anche di altri elementi presi in considerazione nella valutazione della trasparenza. Per questo motivo riteniamo l'abolizione dell'azione al portatore una misura inutile.

d. Soppressione del limite superiore del capitale di partecipazione

Secondo l'avamprogetto, malgrado la proposta abolizione delle azioni al portatore, rimarrebbe possibile creare buoni di partecipazione, visto che si tratta solo di quote finanziarie, che non incorporano altri diritti di partecipazione (ad es. il diritto di voto, ecc.). La proposta soppressione del limite superiore del capitale di partecipazione permetterebbe di fissare il rapporto fra le azioni e i buoni di partecipazione delle imprese in funzione dei bisogni e del mercato. L'ottimizzazione che ne deriverebbe è pertanto da ritenerе positiva.

3. Aggiornare le regole sulla tenuta dell'assemblea generale

Questo capitolo dell'avamprogetto propone la creazione delle basi legali per l'utilizzo di strumenti elettronici per lo svolgimento di assemblee generali. Esso prevede in particolare le seguenti modifiche:

a. Assemblea generale in più luoghi e all'estero

L'avamprogetto propone una base legale per la tenuta delle assemblee generali in più luoghi contemporaneamente, a condizione che gli interventi dei partecipanti vengano diffusi in diretta audiovisiva in tutte le località in cui si svolge l'assemblea. Il consiglio d'amministrazione è tenuto a designare la sede assembleare principale, dove siede chi dirige l'assemblea e dove vengono messe a verbale le deliberazioni che richiedono l'atto pubblico (v. art. 701a dell'avamprogetto).

b. Convocazione elettronica

L'articolo 700cpv. 1 dell'avamprogetto permette di convocare l'assemblea generale per via elettronica, ma ciò è possibile solo con il consenso degli azionisti.

c. Procura elettronica

La legge sulla firma elettronica, entrata in vigore il 1° gennaio 2005 assimila la firma elettronica alla firma manoscritta. Questa legge ha creato le basi per l'utilizzo di procure elettroniche per permettere l'esercizio dei diritti di partecipazione derivanti dal diritto delle società anonime.

d. Utilizzo dei media elettronici durante l'assemblea generale

L'avamprogetto prevede che durante l'assemblea generale gli azionisti possano esercitare i loro diritti in forma elettronica se gli statuti lo permettono (art. 701c dell'avamprogetto). Diventerebbe dunque possibile partecipare all'assemblea generale rimanendo al proprio domicilio, attraverso videoconferenze.

e. Assemblea generale elettronica

Secondo l'avamprogetto, la società può rinunciare interamente alla tenuta di un'assemblea convenzionale in un luogo di riunione reale se tutti gli azionisti sono consenzienti (art. 701d dell'avamprogetto). In questo caso, l'assemblea generale si svolgerebbe esclusivamente ricorrendo ai mezzi di comunicazione elettronici. La tenuta di un'assemblea generale per iscritto rimane tuttavia esclusa, in corretto ossequio al principio dell'immediatezza.

f. Valutazione delle proposte relative all'assemblea generale

Dal momento che il ricorso ad Internet incoraggia la partecipazione attiva degli azionisti all'assemblea generale, queste novità sono senz'altro nell'interesse di un buon governo societario. L'obiettivo di un adattamento alla realtà informatica è non solo positivo ma assolutamente necessario.

4. Riforma del diritto contabile

Da parecchi anni si discute della riforma del diritto contabile e si è infine deciso di scindere le disposizioni sull'obbligo di revisione e sull'ufficio di revisione da quelle relative alla presentazione dei conti. Questo secondo punto è ora posto in consultazione nell'ambito della revisione del diritto della società anonima, dato che la questione della trasparenza è un punto comune con il governo societario.

a. Differenziazione indipendente dalla forma giuridica

Analogamente alle nuove regole sull'obbligo di revisione, il nuovo diritto contabile prevede una regolamentazione uniforme per tutte le forme societarie del diritto privato e una differenziazione secondo la dimensione dell'azienda. Per le grandi aziende sono previste regole più severe (v. anche art. 961 dell'avamprogetto). I corrispondenti valori limite sono gli stessi di quelli fissati nell'ambito della modifica dell'obbligo di revisione nel diritto delle società. Quest'obbligo concerne l'azienda quando essa supera due dei tre valori limite durante due esercizi consecutivi, cioè un totale di bilancio di 10 milioni di franchi, una cifra d'affari di 20 milioni di franchi e 50 impieghi a tempo pieno.

b. Struttura minima e regolamentazione senza incidenze fiscali

L'avamprogetto definisce la struttura minima del bilancio e del conto dei risultati appoggiandosi sul concetto dell'indice IFRS (International Financial Reporting Standards). Quanto alla relazione fra il diritto commerciale e il diritto fiscale, l'avamprogetto mantiene pure il principio dell'importanza determinante del bilancio commerciale. La garanzia effettiva della neutralità fiscale è un elemento decisivo per l'esame dettagliato delle proposte.

c. Conti consolidati

L'avamprogetto riforma le regole di presentazione dei conti consolidati (art. 963 segg. dell'avamprogetto). L'obbligo di consolidamento dei conti è concepito su un modello indipendente dalla forma giuridica.

5. Modifiche della legge sulla fusione

La revisione del diritto della società anonima costituisce pure un'occasione per eliminare i difetti della legge sulla fusione (LFus). Anche se la LFus è in vigore soltanto da poco più di un anno, si può rilevare che la scissione in particolare, e, in misura inferiore, il trasferimento di patrimoni, sono strumenti poco utilizzati. Ciò dipende avvantutto dalla responsabilità sussidiaria illimitata delle società che partecipano ad una scissione (art. 47 LFus), dall'incertezza che regna attorno alla trasmissione dei contratti con gli attivi e i passivi in caso di scissione o trasferimento di patrimonio, dalla necessità di un'approvazione dell'altra parte contraente, nonché dalle esigenze eccessive dei registri di commercio per quanto concerne il grado di precisione dell'inventario. Dato che la legge sulla fusione dipende anche dal diritto delle società anonime, questi punti dovrebbero essere affrontati nell'ambito della presente revisione del diritto delle società anonime.

III. Conclusioni

Un diritto delle società moderno ed attrattivo è parte integrante di condizioni-quadro favorevoli per una piazza economica. La revisione del diritto della società anonima e del diritto contabile posta in consultazione deve dunque essere valutata nel contesto della competitività internazionale della piazza economica svizzera. Le proposte fatte dal Consiglio federale sono da ritenere essenzialmente positive. Il previsto alleggerimento della struttura del capitale aumenta il margine di manovra e rafforza il potere d'attrazione del diritto svizzero della società anonima. Tuttavia, la parte del progetto relativa al rinnovamento della struttura del capitale presenta nuove regole poco appropriate. In particolare la soppressione dell'azione al portatore si tradurrebbe in un'inutile diminuzione delle opzioni operative a disposizione delle società. In generale occorre evitare che alcune prescrizioni statali possano decidere della struttura di un'azienda. La legge ha lo scopo di mettere a disposizione delle imprese una vasta scelta di possibilità. Evidentemente la trasparenza è importante, ma occorre procedere a limitazioni unicamente quando ciò è realmente necessario ed evitare di sfociare in procedure eccessivamente penalizzanti per le imprese. La crescita a lungo termine del valore di un'azienda deve essere un punto cardine di un buon governo societario. Ciò presuppone che le aziende possano adottare misure organizzative per garantire un minimo di continuità. L'introduzione dell'obbligo di limitare la durata del mandato dei membri del consiglio d'amministrazione a un anno renderebbe più difficile la ripartizione di mandati pluriennali praticata in nome della continuità. In generale, le proposte relative al governo societario sono eccessivamente

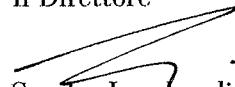
contraddistinte da un'iperattività legislativa, conseguenza diretta di fallimenti spettacolari e di problemi di gestione aziendale. Ciò non deve però portare ad un'adozione precipitosa di eccessive regolamentazioni, perché causerebbe danni a lungo termine alle fondamenta del diritto societario, impedendo l'autoregolazione.

Un aspetto positivo dell'avamprogetto è senz'altro quello di mantenere il modello dell'unità formale del diritto della società anonima, apportando però una differenziazione materiale su alcuni punti. Dato che il diritto in vigore prevede regole diverse per alcune categorie di società anonime (ad esempio a proposito di azioni vincolate, del consolidamento, ecc.), l'unità del diritto della società anonima spesso citata dalla dottrina giuridica oggi non può più valere in modo assoluto. La nuova regolamentazione dell'obbligo di revisione che entrerà in vigore prossimamente ha del resto ulteriormente rafforzato il modello di differenziazione materiale nel diritto della società anonima, ormai solo formalmente unico. Si è così tenuto conto del fatto che in Svizzera, contrariamente alla maggior parte degli altri paesi, la forma giuridica della società anonima risponde a scopi molto diversi. Da noi il campo d'applicazione della SA si estende dai gruppi multinazionali alle società unipersonali, passando attraverso le piccole aziende. In termini di flessibilità, vale senz'altro di più il pragmatismo che una dottrina unica. L'approccio scelto per questa revisione è dunque da ritenere positivo.

Speriamo che queste indicazioni possano esservi utili.

Vi pregiamo, gentili signore, egregi signori, i nostri più cordiali saluti.

ASSOCIAZIONE INDUSTRIE TICINESI
Il Direttore


Sandro Lombardi

Copia per conoscenza

- USAM-Unione svizzera delle arti e mestieri – casella postale – 3001 Berna
- economiesuisse-Federazione delle imprese svizzere – casella postale – 8032 Zurigo
- USI-Unione Svizzera degli imprenditori – casella postale – 8032 Zurigo
- Dipartimento delle istituzioni – Divisione della giustizia – 6500 Bellinzona



Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Herrn Bundesrat Dr. Christoph Blocher
Bundeshaus West
3003 Bern

Schweizerischer Pensionskassenverband
Association suisse des Institutions de prévoyance
Associazione svizzera delle Istituzioni di previdenza
Seefeldstrasse 45
8008 Zürich
Telefon 043 243 74 15/16
Telefax 043 243 74 17
E-Mail info@asip.ch
Website www.asip.ch

E-Mail: ehra@bj.admin.ch
Aktienrechtsrevision

Zürich, 31. Mai 2006

Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht: Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Der ASIP nimmt nachfolgend gerne die Gelegenheit wahr, zur erwähnten Vernehmlassungsvorlage Stellung zu nehmen.

Seit Jahren engagiert sich der ASIP für bessere Rahmenbedingungen bei der Wahrnehmung der Aktionärsrechte durch die Vorsorgeeinrichtungen. Die Schweizer Pensionskassen halten als Treuhänder ihrer Versicherten rund 10% der Schweizer Aktien und haben alles Interesse am langfristigen Gedeihen dieser Aktiengesellschaften. Eine gute Corporate Governance innerhalb dieser Aktiengesellschaften bildet hierfür eine wichtige Voraussetzung. Ausgehend von der Überzeugung, dass am Anfang jeder Aktionärsdemokratie klare Verhaltensrichtlinien für die gute Unternehmensführung – die Good Corporate Governance – stehen müssen, hat der ASIP im Jahre 2001 die Initiative ergriffen und die Ausarbeitung des „Swiss Code of best Practice für Corporate Governance“ initiiert. Dieser ist vor drei Jahren durch economiesuisse publiziert worden und bildet heute für viele Pensionskassen in der Schweiz die Grundlage für die Wahrnehmung ihrer Aktionärsrechte. Seit dem 1.1.2002 haben die Führungsorgane der Pensionskassen zudem Regeln zur Ausübung der Aktionärsrechte aufzustellen. In der Zwischenzeit hat sich jedoch gezeigt, dass der „Swiss Code of best Practice für Corporate Governance“ ein sehr wichtiges, nicht immer aber auch ein ausreichendes Instrument für die Stimmrechtsausübung von Pensionskassen ist. Dies lässt sich

beispielhaft anhand der Debatte über die Ämterkumulation bei Nestlé zeigen, wo sich Gegner wie Befürworter der Personalunion von Verwaltungsratspräsident und CEO auf den Swiss Code beriefen. Tatsächlich schliesst der Swiss Code eine solche Ämterkumulation nicht aus, verlangt aber vom Verwaltungsrat zusätzliche Kontrollmechanismen, falls die Personalunion eingeführt wird.

Vor diesem Hintergrund sind die grundsätzlichen Zielsetzungen der Stärkung der Corporate Governance, der Aktionärsrechte und die Anpassung der Bestimmungen, insbesondere des Aktienrechts, zu begrüssen.

Der Entwurf trägt jedoch - insbesondere im Titel „Kaufmännische Buchführung“ - den Eigenheiten der Vorsorgeeinrichtungen zuwenig Rechnung. Er berücksichtigt die im Rahmen der BVG Revision neu geregelten Transparenz- und Informationsbestimmungen sowie die Rechnungslegungsvorschriften kaum. Die neuen gesetzlichen Bestimmungen, welche den veränderten Rahmenbedingungen Rechnung tragen, dürfen durch die vorgeschlagenen Anpassungen nicht erneut korrigiert und letztlich ausgehebelt werden. Die rechtsformübergreifende Revision des Rechnungslegungsrechts sollte daher überarbeitet werden. Es wäre insbesondere zu begrüssen, wenn klar unterschieden würde zwischen den gewinnorientierten Rechtsformen des Privatrechts und den Vorsorgeträgern. Für diese besteht ein anderes Schutzgut (Versicherteninteressen) und die Vorsorgeträger sind zudem zusätzlich einer spezialisierten Fachaufsicht unterstellt. Eine solche differenzierte Betrachtung drängt sich auch aufgrund der in der Praxis feststellbaren negativen Auswirkungen der Vereinheitlichung des Fusionsrechts mit der alleinigen Ausrichtung auf Aspekte gewinnorientierter Rechtsträger auf.

Im Sinne dieser einleitenden Erwägungen nehmen wir nachfolgend zu einzelnen Bestimmungen der Vorlage aus der Optik der Vorsorgeeinrichtungen als Aktionäre Stellung:

Sechsundzwanziger Titel: Die Aktiengesellschaft

Art. 627 Ziff. 4/ 697 quater/ quinquies/ 698 OR: Vergütungen

Die Aktionäre sollten die Möglichkeit haben, grundsätzlich über die Salärpolitik der Unternehmungen zu befinden. Der Generalversammlung sollte daher die Kompetenz eingeräumt werden, die für die Entschädigungspolitik des Verwaltungsrates und der obersten Führungsebene massgebenden Grundsätze zu genehmigen. Um dies sicherzustellen, ist die Schaffung einer blossen Kompetenz in den Statuten nicht hinreichend genug. Die Aktionäre sind zunächst über die Grundsätze der Entschädigungspolitik zu informieren. In Ergänzung zu den in Art. 697 quater OR festgehaltenen Elementen der Vergütung ist auch über allfällig vorhandene Optionspläne, Kriterien für die Gewährung eines Bonus oder die Dauer der Ar-

beitsverträge zu informieren. Wir beantragen daher eine Überarbeitung der entsprechenden Bestimmungen in diesem Sinn.

Für Gesellschaften mit nicht börsenkotierten Aktien ist die Regelung sinngemäss anzupassen (im Sinne von Art. 697 quinque OR).

Art. 689 OR: Stimmrechtsvertretung

Anzustreben ist ein aktiveres Stimmverhalten der Aktionäre. Das Ziel der institutionellen Stimmrechtsvertretung muss es sein, den möglichst unverfälschten Willen der Aktionäre zum Ausdruck zu bringen. Vor diesem Hintergrund ist die Abschaffung der Depot- und Organvertretung zweckmässig. Sicherzustellen ist aber eine im Vollzug einfache Möglichkeit der Stimmrechtsvertretung.

Art. 697 OR : Auskunftsrecht

Grundsätzlich ist eine Stärkung des Auskunfts- und Einsichtsrecht für Aktionäre zu begrüssen. Gemäss Ziffer 8 des Swiss Code of best Practice hat der Verwaltungsrat den Kontakt mit den Aktionären auch zwischen den Generalversammlungen zu pflegen. Die Mitbesitzer einer Gesellschaft müssen sich aber auch eigenständig informieren können. Die gesetzliche Lösung sollte das Prinzip der Verhältnismässigkeit beachten (Inhalt, Umfang, Fristen).

Art. 699 OR: Einberufung

Um die Stellung der Aktionäre zu stärken, zielen die Vorschläge zur Vereinfachung der Traktandierung von Verhandlungsgegenständen in die richtige Richtung.

Art. 710 OR: Wahl/ Amtsdauer

Zu begrüssen ist die Einführung einer zwingenden Einzelwahl der Mitglieder des Verwaltungsrates. Hingegen ist fraglich, ob die Einführung einer zwingenden einjährigen Amtszeit die Corporate Governance wirklich verbessert. In jedem Fall ist eine angemessene Staffelung der Amtszeiten anzustreben. In diesem Sinn beantragen wir eine Formulierung entsprechend Ziffer 13 des Swiss Code of best Practice.

Art. 928 Abs. 2: Öffentlichkeit

Die Stiftungsurkunden sind für die breite Öffentlichkeit nicht von grossem Interesse. Ange-sichts der kostenintensiven Erfassung sollte auf diese Bestimmung verzichtet werden.

Den Bestimmungen zur Aktualisierung der Generalversammlung, insbesondere der Schaf-fung rechtlicher Grundlagen für die Verwendung elektronischer Mittel zur Durchführung der Generalversammlung, stimmen wir zu.

Viele kotierte Gesellschaften verfügen heute über hohe Dispoaktienbestände. In der Vernehmlassungsvorlage fehlt eine entsprechende Regelung. Vor dem Hintergrund der Stärkung der Aktionärsdemokratie sollte eine praktikable Lösung erarbeitet werden.

Zweiunddreissigster Titel: Die kaufmännische Buchführung

Die Vorschriften in diesem Titel berücksichtigen die detaillierten für die Vorsorgeeinrichtungen (in der überwiegenden Mehrzahl in der Rechtsform der Stiftung) massgebenden Vorschriften im BVG kaum oder widersprechen ihnen sogar. Wir beantragen daher explizit eine Ausnahmebestimmung für Vorsorgeeinrichtungen aufzunehmen: Für Vorsorgeeinrichtungen im Sinne des BVG und seiner Ausführungsbestimmungen gelten für die Rechnungslegung die entsprechenden Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen.

Art. 957 Abs. 2/3 OR: Pflicht zur Buchführung und Rechnungslegung

Diese beiden Absätze sind, um im Einzelfall problematische rechtliche Abwägungen zu vermeiden, im obigen Sinn zu überarbeiten.

Art. 958 – 958 d: Rechnungslegung

Auch hier sollten die BVG-Vorschriften als Spezialvorschriften vorgehen.

Art. 958d: Einsichtnahme und Offenlegung

Bei Vorsorgeeinrichtungen kann dieses Einsichtsrecht mit berechtigten Interessen der versicherten Personen kollidieren (Persönlichkeitsschutz). Die Notwendigkeit der Anwendung dieser Bestimmung ist - u.a. auch vor dem Hintergrund der staatlichen Aufsicht - für Vorsorgeeinrichtungen nicht nachvollziehbar und daher zu streichen.

Art. 958e: Aufbewahrung

Auch diesbezüglich sollten die BVG Bestimmungen für Vorsorgeeinrichtungen weiterhin massgebend sein.

Art. 959 a – c: Mindestgliederung / Erfolgsrechnung / Anhang

Für Vorsorgeeinrichtungen drängen sich keine Anpassungen auf.

Art. 960: Bewertung

Für Vorsorgeeinrichtungen sind die massgebenden Bestimmungen von Art. 47 ff BVV 2 und Art. 65 a BVG (tatsächliche Lage muss ersichtlich sein), zu beachten.

Art. 962: Abschluss nach Regelwerk

Auch in diesem Bereich sollten die BVG Bestimmungen vorgehen. Für Vorsorgeeinrichtungen gilt bereits heute SWISS GAAP FER 26. Die Grössenordnung der Vorsorgeeinrichtung spielt dabei keine Rolle.

Art. 83a Änderung ZGB : Buchführung

Im Sinne vorstehender Erwägungen ist hier eine Verweisung auf die für Vorsorgeeinrichtungen massgebenden BVG Bestimmungen notwendig.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen und grüssen Sie freundlich.

A S I P

Schweizerischer Pensionskassenverband



Hanspeter Konrad

Geschäftsführer

Dipartimento federale
di giustizia e polizia
Segreteria generale
Palazzo federale ovest
3003 Berna

Lugano, 26 maggio 2006

Revisione del diritto della società anonima e del diritto contabile nel Codice delle obbligazioni – Procedura di consultazione

I. Osservazioni introduttive

Il diritto societario costituisce un tassello fondamentale per la concorrenzialità della piazza economica svizzera e per tutti gli operatori economici, trattandosi di uno degli elementi essenziali delle condizioni-quadro entro le quali devono agire le imprese. Per questo motivo il diritto societario deve essere snello, sufficientemente flessibile e comprensibile, in modo da permettere un'operatività senza eccessive complicazioni tecniche e burocratiche. Le aziende devono poter contare su strumenti legali chiari, flessibili e che non ostacolano le loro attività. E' del resto evidente che un ampio margine di manovra è ormai una condizione essenziale per fronteggiare la concorrenza internazionale.

La revisione di talune norme del Codice delle obbligazioni (in seguito: CO) sulla società anonima sono senza dubbio rese necessarie dall'evoluzione del contesto economico e del diritto internazionale, per cui da parte nostra non vi è un'opposizione di principio alla modifica del diritto vigente. Oltretutto, l'adattamento del diritto della società anonima rientra nel quadro di modifiche riguardanti il diritto societario in generale. Basti citare la revisione del diritto della società a garanzia limitata (con conseguenze dirette anche sulle norme che regolano la società anonima, come la possibilità di costituire società unipersonali), l'introduzione di nuove norme sulla revisione per tutte le forme societarie, la creazione della legge federale sui revisori e la legge che disciplina la trasparenza delle retribuzioni corrisposte ai membri del consiglio d'amministrazione e della direzione di società quotate in borsa. Tutte queste nuove normative entreranno in vigore nel corso del 2006 o nel 2007, per cui è inevitabile porre mano anche al diritto della società anonima per questioni di coerenza sistematica e materiale del diritto societario.

Gli obiettivi posti dal Consiglio federale nel progetto di revisione in consultazione sono in linea di principio condivisibili. Il miglioramento delle disposizioni in vigore nel campo del “governo societario” (Corporate Governance), lo snellimento delle norme sulle strutture del capitale, l’aggiornamento delle disposizioni concernenti l’assemblea generale e la revisione del diritto contabile costituiscono elementi che, se adeguatamente adattati, possono contribuire a mantenere moderno ed efficiente il diritto societario in generale e quello della società anonima in particolare.

Prima di entrare nel merito dei singoli punti del progetto, rileviamo che in generale condividiamo la proposta di rendere più flessibili le strutture dei capitali, visto che questo dovrebbe permettere un maggiore margine di manovra alle aziende. Tuttavia, altri punti del progetto sono a nostro avviso più controversi, soprattutto perché rischiano di creare eccessivi ed inutili vincoli per le imprese. In particolare, l’abolizione della rappresentanza degli azionisti da parte di un organo e dell’azione al portatore limiterebbero inutilmente la libertà di scelta e le possibilità d’azione delle aziende svizzere. In questo contesto non va infatti trascurato che nell’ambito del governo societario esistono già importanti ed efficaci meccanismi di autoregolazione che hanno una funzione fondamentale, per cui, prima di introdurre nuove prescrizioni che potrebbero portare ad un’eccessiva ingerenza dello Stato nella gestione delle aziende, occorre procedere con prudenza e privilegiare l’effettiva realizzazione degli strumenti già a disposizione. Ovviamente la trasparenza è una delle condizioni per un buon funzionamento dei mercati e quindi anche per l’attrattività della piazza elvetica, ma gli oneri imposti per ottenere tale trasparenza non devono assumere dimensioni sproporzionate rispetto alle reali esigenze di garanzia e sicurezza.

II. Commento ai singoli punti del progetto

1. Miglioramento del „governo societario“

Il primo obiettivo proposto dal progetto in consultazione concerne il governo societario. Attraverso nuove disposizioni del CO si intende dare un quadro giuridico ai processi decisionali e gestionali delle società. Indubbiamente questo è il risultato delle discussioni emerse dopo alcuni casi eclatanti che hanno coinvolto imprese di fama internazionale, clamorosamente crollate a seguito di azioni dissennate dei propri amministratori. Di regola, situazioni del genere si sono prodotte a causa di atti criminosi, di rilevanza penale, come ad esempio le manipolazioni di bilancio. E’ evidente che in tali casi il sistema di “checks and balances” societari non ha funzionato a dovere, ma vi è da chiedersi se questo sia dovuto a effettive lacune legislative o non piuttosto al mancato uso di disposizioni legali già a disposizione, ma semplicemente ignorate o sottovalutate. Un puro e semplice inasprimento delle normative e dei relativi sistemi di controllo non è di per sé sempre una garanzia assoluta per scongiurare il ripetersi di eventi dannosi per società, azionisti, creditori e consumatori.

a. Auto-regolazione delle aziende

Al proposito del governo societario, va sottolineato che numerose imprese hanno già autonomamente provveduto a migliorare i loro sistemi di controllo, adattando la propria struttura organizzativa e gli aspetti operativi legati all’attività della direzione. Pertanto, in

generale in Svizzera a livello di autoregolazione sono già state prese molte misure che si sono rivelate efficaci. Questo è senza dubbio il risultato del fatto che dal 2002 sono in vigore due Codici relativi al governo societario: lo „Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance“ di economiesuisse e la Direttiva sulla corporate governance di Swiss Exchange (SWX). La Direttiva SWX impone alle imprese quotate in borsa di fornire informazioni concernenti il governo societario, mentre lo Swiss Code contempla raccomandazioni alle società svizzere aperte al pubblico. Numerosi principi dello Swiss Code hanno un importante valore pratico di esempio per tutte le società anonime e di fatto tali principi vengono osservati perché costituiscono comunque un fattore concorrenziale importante, nel senso che chi le adotta acquisisce automaticamente maggiore credibilità. Vi è quindi da ritenere che entro poco tempo la grande maggioranza delle società sarà di fatto quasi “obbligata” ad adottare lo Swiss Code per reggere il confronto con i concorrenti. Questo dovrebbe valere anche per le società non aperte al pubblico. Del resto, è importante segnalare che Economiesuisse, in quanto Federazione delle imprese svizzere di ogni dimensione e ramo d’attività, è l’organo responsabile dello Swiss Code, ma molte altre organizzazioni sensibili alle questioni del governo societario nell’ambito delle loro attività ne sostengono pure l’applicazione e sono coinvolte nel suo sviluppo. Si tratta delle seguenti organizzazioni:

- Associazione svizzera dei banchieri Swiss Banking
- SGCI Chemie Pharma Schweiz
- Associazione svizzera d’assicurazioni ASA
- Swissmem
- Swiss Retail Federation
- Camera fiduciaria
- Associazione delle società anonime private
- Gruppo Holdings (Gruppo di holdings industriali svizzeri)
- ASIP Associazione svizzera delle istituzioni di previdenza
- ethos – Fondazione svizzera d’investimento per uno sviluppo sostenibile
- Associazione svizzera degli analisti finanziari e gestionali di sostanze (ASAG)
- Unione svizzera degli imprenditori
- Unione svizzera delle arti e mestieri

Si può quindi senz’altro affermare che quanto previsto in Svizzera per il governo societario raggiunge già oggi un livello molto elevato nel contesto internazionale. Vari studi condotti dopo il 2002 hanno evidenziato che i menzionati strumenti destinati al governo societario sono applicati su vasta scala e che in generale nelle imprese svizzere il governo societario è notevolmente migliorato.

Non va poi trascurato il fatto che eventuali lacune in materia di governo societario frenano la propensione a investire, poiché gli investitori privati tendono ad evitare le società che presentano lacune nell’ambito del governo societario. In questo senso, i flussi di capitali in un’impresa rappresentano un’importante espressione della sua credibilità e il mercato dei capitali svolge quindi un importante ruolo di autoregolazione. Le imprese sono quindi indotte ad adottare misure tendenti ad istaurare la fiducia degli investitori ed è evidente che i codici di autoregolazione summenzionati assumono in un contesto del genere un’importanza fondamentale ed innegabile.

b. Basi legali attuali e future già previste

Inoltre, è giusto rilevare che già oggi non mancano le disposizioni legali atte a garantire un governo societario corretto e credibile. Basti menzionare le regole in merito alle competenze inalienabili del consiglio d'amministrazione della società anonima, la delega della gestione alla direzione e l'obbligo di diligenza e di fedeltà, previste dagli art. 716a, 716b e 717 CO. A nostro avviso è quindi fondamentale dare la priorità all'effettiva applicazione delle regole già esistenti, senza sovraccaricare il CO di nuove disposizioni non indispensabili.

A questo va aggiunto che l'applicazione di Basilea II aumenterà anche le esigenze in materia di strutture interne e di processi da applicare per le imprese non quotate in borsa. Visto che comunque già oggi le banche svizzere praticano una politica dei crediti basata sui rischi, tutte le imprese, anche quelle piccole e medie, sono stimolate (se non di fatto quasi obbligate) a creare un governo societario efficace e trasparente per poter fare capo a finanziamenti da parte degli istituti di credito.

Non va poi ignorato il fatto che con le nuove disposizioni sull'obbligo di revisione (contenute nel pacchetto di modifica del diritto della società a garanzia limitata, i revisori dovranno in futuro verificare l'esistenza di un sistema interno di controllo delle società, il che obbliga evidentemente le imprese che ancora non l'avessero fatto a dotarsi di controlli interni efficienti, pena la mancanza di credibilità legata al rischio di un'eventuale osservazione negativa a tale proposito nei rapporti di revisione.

Anche dal punto di vista penale sono state introdotte novità di rilievo per garantire la correttezza della gestione societaria. Ci riferiamo in particolare alla responsabilità penale dell'impresa, inserita nel Codice penale svizzero con l'art. 100quater. L'impresa è chiamata a rispondere direttamente se al suo interno, nell'esercizio di attività commerciali conformi allo scopo aziendale, viene commesso un crimine che, a causa di carenze organizzative interne, non può essere attribuito ad una determinata persona fisica. A questo si aggiunge che sia sul piano internazionale che su quello nazionale sta crescendo la tendenza dei tribunali ad attribuire la responsabilità ai membri del consiglio d'amministrazione e ai direttori, sia sul piano civile che su quello penale, quando un terzo subisce un danno a seguito di una lacuna nell'organizzazione societaria. Se questi strumenti di natura penale (ma il discorso vale anche per quelli di natura civile) sono ritenuti troppo poco efficaci, occorrerebbe provi rimedio agendo sulle questioni più prettamente procedurali o sull'organizzazione e le competenze delle autorità giudiziarie piuttosto che appesantire eccessivamente il diritto materiale.

Infine, è giusto rilevare che nel quadro del governo societario per determinati tipi di società vigono già norme abbastanza severe e diversificate secondo i settori. Per le società quotate in borsa vi sono regole sulla pubblicità ad hoc o di carattere penale per quanto concerne l'utilizzo a fini impropri di fatti confidenziali relativi all'azienda. Per le imprese attive nei settori assicurativo e bancario esistono disposizioni specifiche. Entrano pure nel campo d'applicazione allargato del governo societario in Svizzera le esigenze poste da basi legali estere, in particolare quelle degli Stati Uniti. Le imprese svizzere quotate in una borsa americana o i membri del loro consiglio d'amministrazione e della loro direzione sono in effetti tenuti a rispettare gli obblighi previsti del "Sarbanes-Oxley Act" (SOX).

c. Cosa è veramente necessario introdurre?

L'elevato grado di applicazione delle raccomandazioni dello Swiss Code confermano che per concretizzare al meglio un governo societario credibile ed efficace la via dell'autoregolazione è la più adatta. Del resto, l'accresciuta credibilità sul mercato di chi adotta tali regole porta ad un effetto a catena che trascina anche tutte le altre aziende che vogliono rimanere competitive. Di fatto quindi l'autoregolazione diventa praticamente un "must" per tutte le aziende.

Da questo deriva che, in un'ottica liberale conforme allo spirito della legislazione svizzera, è d'uopo una certa prudenza rispetto ad una regolamentazione legale più restrittiva di quella odierna. Come già rilevato in ingresso, se si intende mantenere l'attrattività della piazza economica svizzera, occorre salvaguardare il più possibile la libertà delle imprese operanti nel nostro paese e dei loro azionisti circa la forma organizzativa e non imporre uno schema statale rigido, eccessivamente penalizzante e tutto sommato inutile.

Già si è menzionato il SOX, che sottopone le imprese svizzere quotate in borsa negli Stati Uniti ad obblighi particolarmente severi, con oneri d'applicazione molto pesanti. L'attuale incompatibilità con il diritto svizzero dell'obbligo esteso di informare contenuto nel SOX sarà eliminato con la revisione delle disposizioni sull'obbligo di revisione e la nuova legge sui revisori. Occorre pertanto rinunciare ad introdurre ulteriori regole per intervenire laddove già esistono disposizioni applicabili ed applicate ed è necessario evitare di ricorrere a soluzioni elvetiche particolari che poco servirebbero nell'ottica della necessaria trasparenza aziendale.

Come rilevato in precedenza, le preoccupazioni sul governo societario sono soprattutto il frutto di discussioni relative ad alcuni casi eclatanti di crolli societari verificatisi anche in Svizzera negli anni più recenti. Sarebbe però sbagliato che il legislatore si lasciasse prendere la mano da un poco fondato bisogno di attivismo legislativo, perché laddove il dibattito è dominato dalle emozioni è grande la tentazione di emanare una marea di regolamentazioni sproporzionate ed inutili. L'eccesso di zelo legislativo non deve compromettere lo spirito liberale del diritto societario svizzero, tanto più che le succitate modifiche delle norme sulla società a granaria limitata vanno pure in una direzione tutto sommato liberale, per cui sorgerebbe anche un problema di coerenza sistematica.

Da sole, le regole legali di governo societario, anche se solide, non possono evitare strategie errate, decisioni poco avvedute ed abusi in seno alle società. Va dato atto del fatto che il progetto in consultazione difende in generale l'idea di preservare la necessaria libertà d'organizzazione delle imprese e propone la rinuncia ad un ambito normativo troppo rigido. I seguenti punti sono però inconciliabili con un sistema effettivamente moderno ed efficiente:

c1. Il diritto permanente di informarsi degli azionisti

Secondo la proposta del Consiglio federale, gli azionisti dovrebbero avere in ogni momento il diritto di chiedere informazioni per iscritto, quindi anche al di fuori del contesto dell'assemblea generale. Il consiglio d'amministrazione sarebbe obbligato a fornire per iscritto l'informazione

richiesta entro un termine di 60 giorni o giustificare un eventuale rifiuto di informare (v. art. 679 dell'avamprogetto). A parte il fatto che, così facendo, si diminuirebbe il valore dell'assemblea generale che, è giusto ricordarlo, è comunque l'organo supremo della società (v. art. 698 CO), la proposta sembra poco praticabile. Ad esempio, nel caso delle società aperte al pubblico che contano migliaia di azionisti, questa estensione e formalizzazione del diritto di informarsi porterebbe ad un impegno e ad oneri amministrativi totalmente sproporzionati per il consiglio d'amministrazione. Sarebbe di fatto molto difficile, se non impossibile, garantire tale diritto, avantutto per ragioni organizzative. Il rischio di paralisi dell'attività del consiglio d'amministrazione sarebbe a nostro avviso eccessivo e comunque sproporzionato rispetto agli intenti di protezione degli azionisti. Inoltre, la tendenza delle imprese è già quella di informare maggiormente i loro azionisti, grazie alle possibilità offerte dai sistemi di comunicazione elettronici (e-mail, internet) e in applicazione del raccomandazione della cifra 8 dello Swiss Code. Quanto proposto dall'avamprogetto è quindi da ritenerre impraticabile e tutto sommato superfluo.

c2. Modifica dei valori soglia

Per la convocazione di un'assemblea generale e l'iscrizione di un oggetto all'ordine del giorno, nonché per richiedere l'istituzione di un esame speciale contro la volontà dell'assemblea generale, l'avamprogetto prevede l'abbassamento dei valori soglia dall'attuale 10% al 5% del capitale azionario o a un milione di franchi di valore nominale. Sarebbe inoltre possibile utilizzare il criterio del valore borsistico: i valori soglia previsti sono in questo caso di 5 milioni di franchi per la convocazione dell'assemblea generale e di 2 milioni di franchi per l'iscrizione di un oggetto all'ordine del giorno, nonché per l'istituzione di un esame speciale. Va tuttavia rilevato che i corsi borsistici sono soggetti a fluttuazioni a volte importanti. Basare i valori soglia sui corsi di borsa potrebbe portare a risultati arbitrari. La proposta è quindi da respingere. La convocazione di un'assemblea generale o l'istituzione di un esame speciale rappresenta sempre un onere pesante in termini di lavoro e di costi per una società ed in particolare per quelle grandi aperte al pubblico. Un allargamento eccessivo della cerchia delle persone che possono chiedere di convocare un'assemblea generale o un esame speciale sarebbe quindi problematico ed anche qui, oltre ai costi, vi sarebbe il rischio di una paralisi dell'attività societaria. Inoltre, vi sarebbe il rischio di banalizzare la possibilità di indire un'assemblea generale, togliendo importanza a quella ordinaria o a quelle straordinarie già imposte per determinate decisioni. Anche qui occorre lasciare maggiore libertà alle imprese. Nella pratica si osserva tra l'altro che le società che hanno ritenuto necessario abbassare i loro valori soglia, già lo hanno fatto sulla base delle raccomandazioni enunciate alla cifra 2 dello Swiss Code e delle teorie degli investitori istituzionali. Ciò dimostra che anche qui l'autoregolazione da parte dello Swiss Code e del mercato dei capitali funziona.

c3. Il mandato obbligatorio di un anno

L'avamprogetto introduce all'art. 710 l'elezione obbligatoria individuale dei membri del consiglio d'amministrazione per un mandato di un anno. Ragione invocata a sostegno di questo cambiamento: la pratica diffusa di elezioni in blocco del consiglio d'amministrazione per un mandato relativamente lungo sarebbe contraria ai principi del governo societario. Il diritto in vigore prevede una durata del mandato di tre anni (v. art. 710), salvo disposizione

contraria dello statuto. Esso autorizza le società anonime o i loro azionisti a fissare un mandato più breve (ad esempio di un anno) o più lungo (al massimo sei anni). Questo sistema, che lascia un margine di manovra alle imprese e ai loro azionisti, non ha finora comportato problemi particolari ed eventuali vantaggi dal punto di vista del governo societario di un mandato limitato imperativamente ad un anno sono tutti da dimostrare. Al contrario, i principi del governo societario esigono una certa continuità per assicurare una gestione coerente dell'azienda. Secondo la cifra 13 dello Swiss Code, bisogna tendere ad una ripartizione appropriata dei mandati; l'ultimo non dovrebbe in generale superare i quattro anni.

La pratica di numerose imprese consistente nel ripartire i mandati su diversi anni permette di garantire una certa continuità e coerenza gestionale. Inoltre, i principi generalmente riconosciuti di un buon governo societario esigono che il consiglio d'amministrazione si organizzi in comitati esercitanti compiti ben definiti. Ciò richiede una certa durata nel tempo, poiché non va ignorato il fatto che l'introduzione di nuovi membri nel consiglio d'amministrazione richiede comunque un determinato tempo d'adattamento.

I principi dello Swiss Code concernenti la durata del mandato dei membri del consiglio d'amministrazione si concentrano sull'interesse a lungo termine di assicurare il successo dell'azienda. In sostanze, l'obiettivo è l'aumento del valore dell'impresa a lungo termine, con effetti sul corso dell'azione e sul versamento di dividendi durevolmente elevati. Per questo il governo societario deve tener conto degli interessi dei proprietari di un'impresa, che di regola lavorano per la perennità dell'azienda. Gli azionisti interessati alla durata nel tempo dell'azienda otterranno i migliori vantaggi sia per loro stessi sia per l'azienda e per i collaboratori. L'introduzione del mandato obbligatorio di un anno priverebbe le imprese o i loro azionisti di uno strumento di gestione durevole dell'azienda che si è finora dimostrato efficiente. L'azione di eventuali malintenzionati non è certo evitabile limitando la durata del mandato in seno al consiglio d'amministrazione.

Per quanto concerne l'elezione individuale dei membri del consiglio d'amministrazione, va sottolineato che anche in questo ambito funziona bene l'autoregolazione. La questione del voto globale o individuale è regolata dalla cifra 7 dello Swiss Code. Questa raccomandazione è considerata come uno dei punti "forti" del "Soft Law", perché di fatto induce tutte le aziende ad applicare la stessa regola e l'interesse rivolto a questa questione da parte degli investitori istituzionali ha pure fortemente influenzato la pratica aziendale. Si considera infatti che una società che non tenga conto delle regole previste dalla Swiss Code senza offrire soluzioni alternative opportune non avrebbe molte possibilità in un processo condotto secondo l'art. 706 CO. Il numero delle imprese che procedono ad elezioni individuali è tra l'altro sensibilmente cresciuto in questi ultimi due anni. Uno studio di "ethos" apparso recentemente giunge alla seguente conclusione: "Si nota che attualmente la maggioranza delle società (ri)eleggono individualmente i loro amministratori. E' inoltre avvenuto un grande cambiamento a livello della trasparenza della procedura adottata. Un numero importante di società annuncia prima dell'assemblea generale la procedura che sarà utilizzata" (Studio di "ethos"-Gouvernement d'entreprise des sociétés suisses-, Ginevra 2005, pag. 40). Non è quindi necessario prevedere una regolamentazione statale.

c4. La restituzione di prestazioni

La proposta del Consiglio federale modifica le disposizioni dell'art. 678 CO in merito alla restituzione di prestazioni. In pratica, si intende estendere la cerchia delle persone interessate ai membri della direzione e alle persone loro vicine. Viene inoltre soppressa la condizione attuale della malafede del beneficiario della prestazione, come pure l'esigenza della sproporzione evidente tra la prestazione e la controprestazione. La situazione economica della società non avrebbe più alcuna importanza. Si propone anche l'estensione della legittimazione dei creditori e della prescrizione dagli attuali cinque a dieci anni. Queste proposte sono eccessive. In particolare, il fatto che non ci sarebbe più un legame con la situazione economica della società potrebbe portare ad un gran numero di vertenze arbitrarie e queste disposizioni permetterebbero ad un giudice di esaminare le decisioni strategiche delle aziende, il che è contrario agli obiettivi della legislazione societaria.

c5. Abolizione della rappresentanza da parte di un organo della società

L'avamprogetto presentato dal Consiglio federale propone di sopprimere la rappresentanza da parte di un organo della società. Le società aperte al pubblico sarebbero quindi tenute a ricorrere ad un rappresentante indipendente per qualsiasi assemblea generale, il che è poco conciliabile con la pratica societaria. In effetti, contrariamente all'affermazione dell'avamprogetto secondo cui la rappresentanza da parte di un organo della società ha un ruolo marginale, la pratica è ben diversa. Nel caso delle società aperte al pubblico, gli organi rappresentano una parte importante dei voti. Inoltre, gli azionisti privilegiano spesso un membro di un organo della società. Secondo uno studio condotto sul ruolo della rappresentanza istituzionale dei voti presso 286 società svizzere aperte al pubblico (di cui 26 figurano nell'indice SMI, Hans Caspar von der Crone, Rapporto sulla revisione parziale del diritto delle società anonime, parte 4), è emerso che gli azionisti delle società svizzere aperte al pubblico stabiliscono una procura a favore di:

- un organo della società 23% (titoli del SMI: 36%),
- un rappresentante indipendente 10% (SMI: 20%),
- un rappresentante depositario 4% (SMI: 2%)

Ciò dimostra che la rappresentanza da parte degli organi della società riveste un'importanza considerevole per le grandi società e che la soluzione semplice e vantaggiosa in termini di costo di farsi rappresentare da una banca depositaria o da un organo della società è nell'interesse degli azionisti e risponde a un bisogno pratico.

Conformemente all'avamprogetto, le società aperte al pubblico potrebbero ricorrere unicamente ad un rappresentante indipendente. In assenza di istruzioni concrete, quest'ultimo dovrebbe astenersi dal voto (art. 689 cpv. 2 dell'avamprogetto). Inoltre, la maggioranza assoluta dovrebbe essere normalmente determinata in funzione del numero di voti depositati e le astensioni non conterebbero più come tali (art. 703 dell'avamprogetto). Tenuto conto dell'impossibilità di una procura generale a favore del rappresentante indipendente, che la rappresentanza da parte di un depositario o un organo della società sarebbe abolita e che le azioni il cui titolare non è iscritto nel libro delle azioni ("Dispoaktien")

non comprenderebbero un diritto di voto, nel caso delle società aperte al pubblico la grande maggioranza degli azionisti passivi e soddisfatti della condotta societaria, ivi compresa la maggioranza dei piccoli azionisti, sarebbe nettamente sottorappresentata, mentre gli azionisti molto attivi e che si oppongono alla politica societaria, gli azionisti istituzionali e i grandi azionisti sarebbero fortemente sovrarappresentati. Ciò avrebbe effetti negativi nell'ottica della formazione di una volontà effettivamente rappresentativa dell'assemblea generale e sarebbe soprattutto in contrasto con alcuni obiettivi dell'avamprogetto, che è mirato anche alla protezione dei piccoli investitori.

c7. Disposizioni sulla responsabilità

L'avamprogetto propone l'inasprimento delle norme sulla responsabilità. Questo potrebbe comportare un aumento dei costi della revisione – difficilmente sopportabile per le PMI – e pure un incremento dei rischi per i consiglieri d'amministrazione e delle società di revisione. Va considerato che già oggi in Svizzera vi è ormai più solo una compagnia (Winterthur) che assume il rischio di assicurare le società di revisione. Tutte le grandi società di revisione sono sempre più confrontate ad azioni di responsabilità che ne minano addirittura l'esistenza. Occorre quindi evitare il rischio di ritrovarsi senza società svizzere di revisione per le aziende elvetiche.

c6. Il problema delle azioni il cui titolare non è iscritto nel libro delle azioni (“Dispoaktien”)

Numerose società quotate in borsa possiedono molte azioni il cui titolare non è iscritto nel libro delle azioni. Tale situazione non è molto soddisfacente, poiché in casi del genere le società non conoscono una parte sostanziale dei loro azionisti e non hanno dunque nessun mezzo per comunicare direttamente con loro. Le imprese ad esempio non possono inviare ai titolari di queste azioni un invito all'assemblea generale o informazioni sui punti all'ordine del giorno. Gli sforzi delle società tendenti ad incoraggiare il maggior numero possibile di azionisti ad esercitare i loro diritti di partecipazione spesso sono vani. E' la ragione per la quale le aziende chiedono da tempo una soluzione al problema delle azioni il cui titolare non è iscritto nel libro delle azioni. L'avamprogetto non tratta sfortunatamente questo tema e non propone nessuna soluzione, fatto strano se si considera che uno degli obiettivi centrali della revisione è di rafforzare i diritti degli azionisti. Riteniamo che questo problema vada affrontato e che occorra elaborare una soluzione praticabile già durante l'esame del presente avamprogetto.

2. Modifiche relative alla struttura del capitale

L'avamprogetto propone i seguenti adattamenti:

- l'istituzione di un margine di fluttuazione o di una riduzione autorizzata del capitale azionario;
- la soppressione del valore nominale minimo delle azioni;
- la soppressione dell'azione al portatore e
- la soppressione del limite superiore del capitale di partecipazione.

a. Margine di fluttuazione del capitale e riduzione autorizzata del capitale azionario

L'avamprogetto propone la scelta fra due modelli per quanto concerne l'alleggerimento della struttura del capitale: il margine di fluttuazione del capitale e la riduzione autorizzata del capitale azionario.

Il margine di fluttuazione del capitale appare, a prima vista, come il modello più attrattivo a causa della sua maggiore flessibilità. In effetti, esso offre una grande libertà nella gestione della struttura del capitale e comprende sostanzialmente il modello della riduzione autorizzata del capitale azionario poiché, nel caso del margine di fluttuazione del capitale, gli azionisti potrebbero ridurre i poteri del consiglio d'amministrazione. L'assemblea generale potrebbe infatti decidere che il consiglio d'amministrazione può unicamente aumentare o ridurre il capitale azionario. Un esame dettagliato della praticabilità dei modelli proposti dal Consiglio federale sarà determinante per la scelta di uno di essi.

Variante 1: il margine di fluttuazione del capitale

Il margine di fluttuazione del capitale sostituirebbe la riduzione autorizzata del capitale azionario e introdurrebbe la possibilità di delegare una riduzione del capitale al consiglio d'amministrazione. Creando un margine di fluttuazione del capitale, l'assemblea generale autorizza il consiglio d'amministrazione a modificare l'importo del capitale emesso entro cinque anni al massimo (v. art. 653r segg. avamprogetto). Il margine di fluttuazione è limitato verso il basso attraverso il capitale di base e verso l'alto attraverso il capitale massimo. Non è necessario convocare preventivamente i creditori né chiedere un'attestazione di verifica ad un revisore per la riduzione di capitale nell'ambito del margine di fluttuazione.

Variante 2: la riduzione autorizzata del capitale azionario

La riduzione autorizzata del capitale azionario verrebbe a completare l'attuale aumento autorizzato del capitale azionario. L'assemblea generale potrebbe conferire al consiglio d'amministrazione il potere di ridurre il capitale azionario fino a un certo importo entro un termine di cinque anni al massimo. Al contrario del caso in cui si prevede un margine di fluttuazione del capitale, per ogni riduzione occorre convocare i creditori e chiedere un'attestazione di verifica ad un revisore.

b. Soppressione del valore nominale minimo

Dopo la riduzione del valore nominale minimo delle azioni da 100 franchi a 10 franchi, in occasione della revisione del diritto delle società anonime nel 1991, e la sua nuova riduzione a un centesimo nel 2001, il Consiglio federale propone ora di rinunciare completamente ad un valore nominale minimo. La proposta è accettabile. Anche per azioni il cui valore nominale è di un centesimo, si potrebbe quindi prevedere la riduzione del valore nominale. In questo contesto, il Consiglio federale ha rinunciato all'introduzione di un'azione senza valore nominale, poiché ciò implicherebbe una revisione radicale del diritto azionario. Il Consiglio federale propone quindi, come detto, di abolire la disposizione di legge che prescrive un valore nominale minimo. Le azioni potrebbero così d'ora in avanti avere un valore nominale

qualsiasi purché superiore a zero. La soppressione di un valore nominale minimo costituisce un mezzo idoneo ad aumentare la flessibilità ed è dunque da ritenere positivo.

c. Abolizione dell'azione al portatore

La proposta relativa all'abolizione dell'azione al portatore è motivata dal fatto che l'emissione di questo genere di titolo è costantemente diminuita nel corso degli ultimi anni, soprattutto perché nella maggior parte dei casi le piccole e medie aziende non ricorrono a questo strumento. Le azioni al portatore sarebbero inoltre in flagrante contraddizione con i principi di trasparenza delle strutture dei capitali. In questi ultimi anni le azioni al portatore sono state criticate a livello internazionale in particolare del "Gruppo d'azione finanziaria contro il riciclaggio dei capitali" (GAFI/FATF) e dell'OCSE. La raccomandazione n° 33 delle „Quaranta Raccomandazioni“ del GAFI del 20 giugno 2003 chiede che i paesi membri – fra cui la Svizzera – adottino misure appropriate affinché l'identità delle persone che controllano le persone giuridiche possa essere accertata in ogni momento. La pressione internazionale contro le azioni al portatore sembra intensificarsi, nonostante la proposta della Svizzera di introdurre un obbligo di annunciarsi presso la società per i titolari di azioni al portatore che controllano direttamente, indirettamente o insieme a terzi almeno il 10% di tutti i diritti di voto.

E' chiaro che è di cruciale importanza rafforzare la buona reputazione della piazza finanziaria svizzera, ma occorre evitare di emanare divieti precipitosi, poiché una limitazione eccessiva del margine di manovra delle imprese nel diritto svizzero ridurrebbe l'attrattività del nostro sistema giuridico ed economico. In Svizzera quasi 30'000 società hanno ancora azioni al portatore. Anche nel rapporto finale del GAFI/FATF del novembre 2005 figura che, malgrado tutto, le azioni al portatore costituiscono tuttora uno strumento importante dell'economia svizzera. Contrariamente a quanto lasciano supporre le spiegazioni che figurano nel rapporto esplicativo del Consiglio federale, ancora oggi circolano sul mercato azioni al portatore di grandi società svizzere come Roche, Swatch o Kudelski. L'utilità di questo genere di titoli rimane pertanto relativamente forte.

Riteniamo pertanto inutile abolire l'azione al portatore esclusivamente per ossequiare le osservazioni del GAFI/FATF. Quest'ultimo raccomanda ai paesi che conoscono l'istituto dell'azione al portatore di adottare misure al fine di evitare che le società interessate utilizzino tali azioni allo scopo di riciclare capitali o di finanziare attività terroristiche. La Svizzera deve pertanto predisporre un aumento della trasparenza nelle società che utilizzano azioni al portatore e per poterlo fare deve poter identificare le persone che controllano le società. Il problema si pone in misura minore per le società quotate in borsa, che sono già ora sottoposte ad un obbligo d'annuncio. La proposta soluzione di sopprimere tutte le azioni al portatore andrebbe quindi verosimilmente ben oltre lo scopo ricercato dalla revisione del CO. L'avviso sfavorevole del GAFI/FATF non è del resto legato soltanto alla problematica delle azioni al portatore, è frutto anche di altri elementi presi in considerazione nella valutazione della trasparenza. Per questo motivo riteniamo l'abolizione dell'azione al portatore una misura inutile.

d. Soppressione del limite superiore del capitale di partecipazione

Secondo l'avamprogetto, malgrado la proposta abolizione delle azioni al portatore, rimarrebbe possibile creare buoni di partecipazione, visto che si tratta solo di quote finanziarie, che non incorporano altri diritti di partecipazione (ad es. il diritto di voto, ecc.). La proposta soppressione del limite superiore del capitale di partecipazione permetterebbe di fissare il rapporto fra le azioni e i buoni di partecipazione delle imprese in funzione dei bisogni e del mercato. L'ottimizzazione che ne deriverebbe è pertanto da ritenere positiva.

3. Aggiornare le regole sulla tenuta dell'assemblea generale

Questo capitolo dell'avamprogetto propone la creazione delle basi legali per l'utilizzo di strumenti elettronici per lo svolgimento di assemblee generali. Esso prevede in particolare le seguenti modifiche:

a. Assemblea generale in più luoghi e all'estero

L'avamprogetto propone una base legale per la tenuta delle assemblee generali in più luoghi contemporaneamente, a condizione che gli interventi dei partecipanti vengano diffusi in diretta audiovisiva in tutte le località in cui si svolge l'assemblea. Il consiglio d'amministrazione è tenuto a designare la sede assembleare principale, dove siede chi dirige l'assemblea e dove vengono messe a verbale le deliberazioni che richiedono l'atto pubblico (v. art. 701a dell'avamprogetto).

b. Convocazione elettronica

L'articolo 700cpv. 1 dell'avamprogetto permette di convocare l'assemblea generale per via elettronica, ma ciò è possibile solo con il consenso degli azionisti.

c. Procura elettronica

La legge sulla firma elettronica, entrata in vigore il 1° gennaio 2005 assimila la firma elettronica alla firma manoscritta. Questa legge ha creato le basi per l'utilizzo di procure elettroniche per permettere l'esercizio dei diritti di partecipazione derivanti dal diritto delle società anonime.

d. Utilizzo dei media elettronici durante l'assemblea generale

L'avamprogetto prevede che durante l'assemblea generale gli azionisti possano esercitare i loro diritti in forma elettronica se gli statuti lo permettono (art. 701c dell'avamprogetto). Diventerebbe dunque possibile partecipare all'assemblea generale rimanendo al proprio domicilio, attraverso videoconferenze.

e. Assemblea generale elettronica

Secondo l'avamprogetto, la società può rinunciare interamente alla tenuta di un'assemblea convenzionale in un luogo di riunione reale se tutti gli azionisti sono consenzienti (art. 701d dell'avamprogetto). In questo caso, l'assemblea generale si svolgerebbe esclusivamente ricorrendo ai mezzi di comunicazione elettronici. La tenuta di un'assemblea generale per iscritto rimane tuttavia esclusa, in corretto ossequio al principio dell'immediatezza.

f. Valutazione delle proposte relative all'assemblea generale

Dal momento che il ricorso ad Internet incoraggia la partecipazione attiva degli azionisti all'assemblea generale, queste novità sono senz'altro nell'interesse di un buon governo societario. L'obiettivo di un adattamento alla realtà informatica è non solo positivo ma assolutamente necessario.

4. Riforma del diritto contabile

Da parecchi anni si discute della riforma del diritto contabile e si è infine deciso di scindere le disposizioni sull'obbligo di revisione e sull'ufficio di revisione da quelle relative alla presentazione dei conti. Questo secondo punto è ora posto in consultazione nell'ambito della revisione del diritto della società anonima, dato che la questione della trasparenza è un punto comune con il governo societario.

a. Differenziazione indipendente dalla forma giuridica

Analogamente alle nuove regole sull'obbligo di revisione, il nuovo diritto contabile prevede una regolamentazione uniforme per tutte le forme societarie del diritto privato e una differenziazione secondo la dimensione dell'azienda. Per le grandi aziende sono previste regole più severe (v. anche art. 961 dell'avamprogetto). I corrispondenti valori limite sono gli stessi di quelli fissati nell'ambito della modifica dell'obbligo di revisione nel diritto delle società. Quest'obbligo concerne l'azienda quando essa supera due dei tre valori limite durante due esercizi consecutivi, cioè un totale di bilancio di 10 milioni di franchi, una cifra d'affari di 20 milioni di franchi e 50 impieghi a tempo pieno.

b. Struttura minima e regolamentazione senza incidenze fiscali

L'avamprogetto definisce la struttura minima del bilancio e del conto dei risultati appoggiandosi sul concetto dell'indice IFRS (International Financial Reporting Standards). Quanto alla relazione fra il diritto commerciale e il diritto fiscale, l'avamprogetto mantiene pure il principio dell'importanza determinante del bilancio commerciale. La garanzia effettiva della neutralità fiscale è un elemento decisivo per l'esame dettagliato delle proposte.

c. Conti consolidati

L'avamprogetto riforma le regole di presentazione dei conti consolidati (art. 963 segg. dell'avamprogetto). L'obbligo di consolidamento dei conti è concepito su un modello indipendente dalla forma giuridica.

5. Modifiche della legge sulla fusione

La revisione del diritto della società anonima costituisce pure un'occasione per eliminare i difetti della legge sulla fusione (LFus). Anche se la LFus è in vigore soltanto da poco più di un anno, si può rilevare che la scissione in particolare, e, in misura inferiore, il trasferimento di patrimoni, sono strumenti poco utilizzati. Ciò dipende avantutto dalla responsabilità sussidiaria illimitata delle società che partecipano ad una scissione (art. 47 LFus), dall'incertezza che regna attorno alla trasmissione dei contratti con gli attivi e i passivi in caso di scissione o trasferimento di patrimonio, dalla necessità di un'approvazione dell'altra parte contraente, nonché dalle esigenze eccessive dei registri di commercio per quanto concerne il grado di precisione dell'inventario. Dato che la legge sulla fusione dipende anche dal diritto delle società anonime, questi punti dovrebbero essere affrontati nell'ambito della presente revisione del diritto delle società anonime.

III. Conclusioni

Un diritto delle società moderno ed attrattivo è parte integrante di condizioni-quadro favorevoli per una piazza economica. La revisione del diritto della società anonima e del diritto contabile posta in consultazione deve dunque essere valutata nel contesto della competitività internazionale della piazza economica svizzera. Le proposte fatte dal Consiglio federale sono da ritenere essenzialmente positive. Il previsto alleggerimento della struttura del capitale aumenta il margine di manovra e rafforza il potere d'attrazione del diritto svizzero della società anonima. Tuttavia, la parte del progetto relativa al rinnovamento della struttura del capitale presenta nuove regole poco appropriate. In particolare la soppressione dell'azione al portatore si tradurrebbe in un'inutile diminuzione delle opzioni operative a disposizione delle società. In generale occorre evitare che alcune prescrizioni statali possano decidere della struttura di un'azienda. La legge ha lo scopo di mettere a disposizione delle imprese una vasta scelta di possibilità. Evidentemente la trasparenza è importante, ma occorre procedere a limitazioni unicamente quando ciò è realmente necessario ed evitare di sfociare in procedure eccessivamente penalizzanti per le imprese. La crescita a lungo termine del valore di un'azienda deve essere un punto cardine di un buon governo societario. Ciò presuppone che le aziende possano adottare misure organizzative per garantire un minimo di continuità. L'introduzione dell'obbligo di limitare la durata del mandato dei membri del consiglio d'amministrazione a un anno renderebbe più difficile la ripartizione di mandati pluriennali praticata in nome della continuità. In generale, le proposte relative al governo societario sono eccessivamente contraddistinte da un'iperattività legislativa, conseguenza diretta di fallimenti spettacolari e di problemi di gestione aziendale. Ciò non deve però portare ad un'adozione precipitosa di eccessive regolamentazioni, perché causerebbe danni a lungo termine alle fondamenta del diritto societario, impedendo l'autoregolazione.

Un aspetto positivo dell'avamprogetto è senz'altro quello di mantenere il modello dell'unità formale del diritto della società anonima, apportando però una differenziazione materiale su alcuni punti. Dato che il diritto in vigore prevede regole diverse per alcune categorie di società anonime (ad esempio a proposito di azioni vincolate, del consolidamento, ecc.), l'unità del diritto della società anonima spesso citata dalla dottrina giuridica oggi non può più valere in modo assoluto. La nuova regolamentazione dell'obbligo di revisione che entrerà in vigore prossimamente ha del resto ulteriormente rafforzato il modello di differenziazione materiale nel diritto della società anonima, ormai solo formalmente unico. Si è così tenuto conto del fatto che in Svizzera, contrariamente alla maggior parte degli altri paesi, la forma giuridica della società anonima risponde a scopi molto diversi. Da noi il campo d'applicazione della SA si estende dai gruppi multinazionali alle società unipersonali, passando attraverso le piccole aziende. In termini di flessibilità, vale senz'altro di più il pragmatismo che una dottrina unica. L'approccio scelto per questa revisione è dunque da ritenere positivo.

Speriamo che queste indicazioni possano esservi utili.

Vi porgiamo, gentili signore, egregi signori, i nostri più cordiali saluti.

Claudio Camponovo

Luca Albertoni

lic. rer.pol.
Direttore

lic. iur., LL. M.
Segretario

Vorab per Mail

Herr Bundesrat
Christoph Blocher
Eidgenössisches
Justiz- und Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern

Bern, 31. Mai 2006
SME

Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht: Vernehmlassungsantwort

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Besten Dank für Ihre Einladung vom 7. Dezember 2005 zum Vernehmlassungsverfahren zum obgenannten Vorentwurf. Nach Konsultation unserer Mitglieder nehmen wir gerne dazu Stellung.

A. Vorbemerkungen

1. Allgemeine Bemerkungen

Das Centre Patronal begrüßt grundsätzlich die Revisionsbestrebungen des Bundesrates, streben sie doch nach einer Modernisierung und Flexibilisierung des Unternehmensrechts. Der vorliegende Vorentwurf weist unseres Erachtens allerdings teilweise – vor allem in Bezug auf Corporate Governance Regeln - eine Überregulierung auf, die vermieden werden muss.

Der Vorentwurf geht insbesondere in Bezug auf die KMU in seinem Regelungsbereich teilweise zu weit. Das Aktionsprogramm des Bundesrates zur „Vereinfachung des unternehmerischen Alltags“ will die KMU administrativ entlasten und überprüft dabei geltende Gesetze. Wünschenswert wäre, dass dieses Aktionsprogramm auch auf neue Gesetzesentwürfe angewandt würde, bedeuten doch einige Vorschriften gerade für KMU relativ viel zusätzlichen Aufwand (z.B. Erweiterung Auskunftsrecht, Senkung der Schwellenwerte für die Ausübung der Aktionärsrechte, Schwellenwerte der Rechnungslegung).

2. Zum Revisionsziel „Verbesserung der Corporate Governance“

Eine gute Corporate Governance ist immer auch im Interesse des Unternehmens. Dabei ist wichtig, dass die Unternehmen flexibel bleiben und selbstregulierend die für sie wichtigen, richtigen und angepassten Massnahmen treffen können. Einen allzu starken Eingriff des Gesetzgebers lehnen wir ab. Schliesslich können auch die strengsten und starrsten Vorschriften – seien es vertragliche oder gesetzliche - Missbräuche und Fehlentscheidungen nie vollständig verhindern. Es wäre falsch, heute unter dem Eindruck der schlechten Beispiele - die vor allem grosse Unternehmen betrafen - rigide Vorschriften zu erlassen, die ohne Rücksicht auf Grösse, Struktur und Organisation sämtliche Unternehmen erfassen.

Die Ausdehnung der Gläubigerrechte birgt zudem insbesondere für KMU die Gefahr, dass vor allem die Banken im Zusammenhang mit der Gewährung von Krediten allzu hohe Anforderungen stellen.

3. Zum Revisionsziel „Neuregelung der Kapitalstrukturen“

Die Flexibilisierung für die Unternehmen zur Gestaltung ihrer Kapitalstrukturen ist grundsätzlich begrüssenswert. Das Centre Patronal befürwortet insbesondere den Verzicht auf einen Mindestnennwert und die Abschaffung der Obergrenze des Partizipationskapitals. Von den beiden vorgeschlagenen Varianten (Kapitalband oder genehmigte Kapitalherabsetzung) bevorzugen wir das Kapitalband als die flexiblere Lösung. Die Abschaffung der Inhaberaktie lehnen wir jedoch ab.

4. Zum Revisionsziel „Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung“

Der mögliche Einsatz elektronischer Medien ist zu begrüssen, obwohl die Bestimmungen des Vorentwurfs unter Umständen zu starr und zuwenig flexibel für zukünftige Entwicklungen sind.

5. Zum Revisionsziel „Neuregelung der Rechnungslegung“

Begrüssenswert ist, dass Buchführung und Rechnungslegung in einer der Landessprachen oder Englisch erfolgen, und dass Geschäftsbücher und Buchungsbelege elektronisch aufbewahrt werden können. Die Vereinheitlichung der Vorschriften für alle Unternehmen scheint grundsätzlich sinnvoll. Allerdings ist die Unterstellung sämtlicher Rechtsformen unter einzelne, stark am Aktienrecht orientierte Bestimmungen abzulehnen, so zum Beispiel die Offenlegungspflicht der Gesamtbezüge des obersten Kaders, die Verpflichtung zum Erstellen eines Anhangs zur Jahresrechnung und die Schwelle für die Konsolidierungspflicht. Den rechtlichen und faktischen Unterschieden zwischen den einzelnen Rechtsformen ist trotz Vereinheitlichung Rechnung zu tragen. Namentlich bei Vereinen gibt es keinen sachlichen Grund die Mitglieder besonders zu schützen, da sie im Gegensatz zu Aktionären in der Regel kein Kapital investiert haben.

B. Zu den einzelnen Bestimmungen des Vorentwurfs

Im Folgenden nehmen wir zu einzelnen Bestimmungen des Vorentwurfs Stellung. Die Stellungnahme folgt im Wesentlichen der Gliederung des besonderen Teils des Begleitberichts (3. Erläuterung des Vorentwurfs).

3.1. Aktiengesellschaft

ad 3.1.1) Art. 620 und 680: Begriff der Aktiengesellschaft

Das Centre Patronal begrüßt die explizite Möglichkeit der „Einmann-Aktiengesellschaft“.

ad 3.1.2) Art. 622 i.V.m. Art. 3 Übergangsbestimmung OR: Aktien

Art. 622 Abs. 1: Abschaffung Inhaberaktie

Das Centre Patronal ist gegen die Abschaffung der Inhaberaktie.

Rund 30'000 Unternehmen in der Schweiz (darunter zahlreiche grosse) kennen Inhaberaktien; diese haben demnach entgegen der Behauptungen im Begleitbericht durchaus noch eine relativ grosse wirtschaftliche Bedeutung. Zahlreiche Aktionäre auch von Namenaktion halten die Wertpapiere nicht, um sich an der Willensbildung der Gesellschaft zu beteiligen, sondern aus rein pekuniären Gründen. Der Vorentwurf verzichtet zudem auf eine Regelung bezüglich Dispoaktien und belässt die Möglichkeit von Inhaberpapieren bei Partizipanten. Dispoaktionäre sind noch stärker als Inhaberaktionäre „anonyme“ Eigner, die ihre Aktien – genauso wie Partizipanten - ausschliesslich aus finanziellen Interessen halten. Die Transparenz, die man mit der Abschaffung der Inhaberaktie zu schaffen vorgibt, wird damit praktisch wieder zunichste gemacht.

Da nach wie vor auf Seite der Gesellschaften als auch auf Seite der Aktionäre ein Bedürfnis nach Inhaberaktien besteht, und das Ideal des aktiven Aktionärs auch mit Namenaktionen nicht erreicht werden kann, ist die Abschaffung der Inhaberaktie nicht sinnvoll. Die Gesellschaften sollen auch in Zukunft frei entscheiden können, ob sie Inhaberaktien ausgeben wollen oder nicht. Sollten die Inhaberaktien allerdings aufgehoben werden, müsste die Übergangsfrist zur Umwandlung im Minimum fünf Jahre betragen.

Um den Finanzplatz Schweiz international zu fördern, müssen Inhaberaktien nicht abgeschafft werden. Es reichen Massnahmen, die verhindern, dass die Gesellschaften zu Geldwäschereizwecken benutzt werden. Die Anonymität, die Inhaberaktien garantieren, kann bereits unter geltendem Recht eingeschränkt werden. So müssen z.B. börsenkotierte Gesellschaften gemäss geltendem Art. 663c OR bedeutende Aktionäre und ihre Beteiligungen angeben. Oft sehen aber auch Statuten Regelungen vor, die den Aktionär verpflichten, seine Titel am Sitz der Gesellschaft einzureichen, um an der Generalversammlung teilnahmeberechtigt zu sein.

Art. 622 Abs. 2: Abschaffung Mindestnennwert

Das Centre Patronal begrüßt den Verzicht auf einen Mindestnennwert.

Die Gesellschaften erhalten eine grössere Flexibilität bei der Ausgestaltung ihrer Kapitalstrukturen, und die Abschaffung des Mindestnennwerts ermöglicht ein Splitting schwerer Titel, die bereits den heutigen Minimalnennwert aufweisen.

Art. 622 Abs. 3: Verzicht auf Verpflichtung zur Ausgabe von Aktientitel

Das Centre Patronal unterstützt den Verzicht auf die Verpflichtung, Aktien „physisch“ auszugeben; er entspricht der heutigen Praxis und damit einem Bedürfnis und bedeutet keinerlei Nachteil.

ad 3.1.10) Art. 652b: Bezugsrecht

Das Centre Patronal begrüßt die Wahrung des Bezugsrechts bei Festübernahme durch eine Bank, stellt jedoch die Nichtigkeitsfolge bei nicht korrekter Abgabe in Frage. Die Nichtigkeitsfolge führt zu einer grossen Rechtsunsicherheit für gutgläubige Erwerber und lässt sie Risiken tragen, die ausserhalb ihres Einflussbereiches liegen. Sie widerspricht damit dem Gutaufglaubenschutz unserer Rechtsordnung. Sinnvoller erschiene uns die Verpflichtung der Bank oder der Gesellschaft, die das Bezugsrecht des Aktionärs verletzen, zu Schadenersatz.

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

Die Regelung bezüglich Verzicht auf das Vorwegzeichnungsrecht bei börsenkotierten Gesellschaften scheint insofern ungenügend, als nicht definiert ist, wann die Bedingungen „angemessen“ sind. Es genügt nicht, dass die Titel an der Börse gehandelt werden, und der Aktionär sie wie jeder beliebige Dritte zum Börsenpreis erwerben kann. Die Beschränkung des Vorwegzeichnungsrechts müsste finanziell abgegolten werden.

ad 3.1.14) Art. 653f, 653g, 651i: Verfahrensmodalitäten

Es stellt sich die Frage, ob Art. 653i Abs. 1 in Bezug auf die Formvorschriften für Statutenänderungen allgemein nicht unglücklich formuliert ist und dadurch unter Umständen zu Rechtsunsicherheiten führen kann. Da Absatz 1 den Verwaltungsrat zur Aufhebung oder Anpassung der Statutenbestimmungen verpflichtet, scheint es unlogisch in Absatz 3 von „Beschluss über die Statutenänderung“ zu sprechen. Sinnvoller wäre es, festzuhalten, dass „eine öffentliche Beurkundung der entsprechenden Statutenänderung“ nicht erforderlich ist.

ad 3.1.18) Kapitalband oder genehmigte Kapitalherabsetzung

Das Centre Patronal bevorzugt die Variante „Kapitalband“ (Hauptvariante) gegenüber der Variante „genehmigte Kapitalherabsetzung“ (Alternative).

Sie ist – obwohl neu und daher allenfalls mit gewissen Rechtsunsicherheiten verbunden - die attraktivere Lösung, weil sie der Gesellschaft, den Aktionären und dem Verwaltungsrat den grösseren Spielraum und mehr Flexibilität einräumt.

ad 3.1.21) Art. 656a und 656b: Partizipationsscheine

Der Verzicht auf die bisherige Begrenzung des Partizipationskapitals auf das Doppelte des Aktienkapitals ist zu begrüssen. Er bedeutet für die Unternehmen einen grösseren Spielraum bei der Gestaltung ihrer Kapitalstrukturen und ist daher ganz im Sinne eines modernen und flexiblen Gesellschaftsrechts. Ebenso begrüssen wir die Möglichkeit, Partizipationsscheine nach wie vor als Inhaberpapiere auszustalten. Hier zeigt sich aber die Schwäche des Geldwäscherei-Arguments, mit dem die Aufhebung der Inhaberaktie begründet wird.

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

Wenn auch gegen die Unterscheidung in Kapital- und Gewinnreserve grundsätzlich nichts einzuwenden ist, erstaunt es, dass sich im Vorentwurf keine Übergangsbestimmung findet, wie die bestehenden Reserven behandelt werden müssen. Die Zuweisung einzelner Beträge in die eine oder andere Kategorie dürfte zum Teil sehr schwierig oder nicht mehr möglich sein. Die Frage, welcher Kategorie bestehende Reserven im Zweifelsfall zuzuordnen sind, wird nicht beantwortet.

Wir bedauern den Verzicht auf die Möglichkeit, Reserven für die möglichst gleichmässige Ausschüttung der Dividenden zu bilden. Diese Praxis ist in den schweizerischen Unternehmen weit verbreitet und hat sich bewährt.

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

Das Centre Patronal lehnt die Neugestaltung der Rückerstattungsklage ab.

Sie geht massiv zu weit (insbesondere das Klagerecht der Gläubiger sowie die Verdopplung der Verjährungsfrist) und macht die Rückerstattungsklage quasi zur Populärbeschwerde. Die Ausdehnung des Personenkreises, der klagen oder beklagt werden kann, verbunden mit dem Verzicht auf das Erfordernis der Bösgläubigkeit und des Missverhältnisses sowie auf die Berücksichtigung der finanziellen Lage, führen zu einer richterlichen Überprüfung von

unternehmerischen Entscheiden. Diese Regelung widerspricht einem modernen und flexiblen Unternehmensrecht.

Die Verdoppelung der Verjährungsfrist von fünf auf zehn Jahre spricht der fortschreitenden „Veramerikanisierung“ unseres Rechts das Wort, widerspricht aber unseren eigenen Rechtsgrundsätzen und führt zu einer Rechtsunsicherheit, die in keinem Verhältnis zu den allenfalls inkriminierten Interessen steht.

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

Art. 689c: Nicht börsenkotierte Gesellschaften

Das Centre Patronal begrüßt es, dass nicht börsenkotierte Gesellschaften statutarisch die zwingende Vertretung durch einen Aktionär vorsehen und gegebenenfalls einen unabhängigen Vertreter bezeichnen können.

Art. 689d: Börsenkotierte Gesellschaften

Das Centre Patronal lehnt die Abschaffung der Depotvertretung ab.

Die aktuelle Regelung entspricht dem Bedürfnis der Praxis. Es ist eine Tatsache, dass eine grosse Anzahl Aktionäre von Publikumsgesellschaften die Aktien ausschliesslich aus finanziellen Gründen hält und sich nicht um die Entscheide der Gesellschaft schert. Der Begleitbericht zum Vorentwurf betont immer wieder, wie wichtig eine repräsentative Willensbildung an der Generalversammlung sei. Die Abschaffung von Depotstimmrecht und Organvertretung widerspricht einer solchen jedoch diametral und ist daher abzulehnen. Der Wille der zufriedenen, aber schweigenden Mehrheit, hätte praktisch kein Gewicht mehr. Mit den vorgeschlagenen Regelungen erreicht man nicht ein anderes, aktiveres Stimmverhalten der Aktionäre sondern eine zu grosse Gewichtung der Stimmen von Grossaktionären und oppositionellen Aktivisten.

ad 3.1.31) Art. 696 und 958d: Bekanntgabe des Geschäftsberichts

s. unten ad 3.8.1), S. 7

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

Ein derart ausgestaltetes Auskunfts- und Einsichtsrecht ist unpraktikabel und führt zu einem unverhältnismässigen administrativen Aufwand für die Unternehmen, ohne den Aktionären einen entsprechend hohen Nutzen zu garantieren. Zudem kann es von querulatorischen Aktionären missbraucht werden. Unseres Erachtens genügt die bestehende Regelung.

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

Für die gesetzliche Verpflichtung zur Offenlegung von Managementgehältern sollte zwischen börsenkotierten und nicht börsenkotierten Gesellschaften unterschieden werden. Für börsenkotierte Gesellschaften gelten ab dem 1. Januar 2007 die neuen Transparenzvorschriften des Obligationenrechts (Art. 663b ff.).

Das Centre Patronal ist der Meinung, dass nicht börsenkotierte Gesellschaften (sowie Genossenschaften, Vereine und Stiftungen) von der Verpflichtung ausgenommen und ihnen die Freiheit überlassen werden sollte, entsprechende Regelungen in statutarischen Bestimmungen oder in einem Aktionärbindungsvertrag zu treffen. Es geht darum, ein Gleichgewicht herzustellen zwischen dem Informationsbedürfnis der Aktionäre und dem reibungslosen Funktionieren der Gesellschaft, das – vor allem in zahlreichen KMU einer gewissen Diskretion bedarf.

- ad 3.1.34) Art. 697a, 697b, 697c, 697d, 697e, 697g: Sonderuntersuchung**
- ad 3.1.37) Art. 699, 699a, 700: Einberufung der Generalversammlung und Traktandierung**
- ad 3.1.47) Art. 736: Auflösung der Gesellschaft**

Das Centre Patronal lehnt die Halbierung der Schwellenwerte ab.

Den Gesellschaften ist bereits unter geltendem Recht freigestellt, die Schwellenwerte herabzusetzen, was zahlreiche auch getan haben. Die gesetzliche Halbierung der Schwellenwerte geht allerdings zu weit und ist abzulehnen. Für einen Aktionär ist es heute einfacher als früher, andere Aktionäre zu mobilisieren, und die Senkung der Schwellenwerte kann zur Blockierung des gesamten Unternehmens führen. Zudem ist der Börsenwert als Kriterium abzulehnen. Er ist, da Börsenkurse erheblichen Schwankungen unterliegen können, eine willkürliche Größe. Im Weiteren erachteten wir es als sinnvoll, wenn der Stichtag zur Bestimmung, ob die Schwellen erreicht wurden oder nicht, definiert würde; logisch erscheint uns der Tag, der der Rechtsausübung vorangeht.

Im Weiteren erscheint uns die 40-tägige Frist für die Traktandierung (Art. 699a Abs. 2 VE OR) zu kurz und unpraktikabel. Gänzlich lehnen wir die der Gesellschaft eingeräumte Frist von 30 Tagen zur Einberufung der Generalversammlung auf Aktionärsbegehren ab. Sie ist zu kurz und daher unpraktikabel.

- ad 3.1.38) Art. 701a und 701b: Tagungsort der Generalversammlung**
- ad 3.1.39) Art. 701c, 701d, 701e, 701f: Verwendung elektronischer Mittel**
- ad 3.1.40) Art. 702, 703, 704, 706a: Durchführung der Generalversammlung**

Das Centre Patronal begrüßt grundsätzlich die Aktualisierung der Regelungen der Generalversammlung und der mögliche Einsatz elektronischer Medien. Sie trägt den heutigen und zukünftigen Bedürfnissen Rechnung - auch wenn noch nicht beurteilt werden kann, in welchem Mass die Möglichkeiten von der Praxis genutzt werden. Wichtig ist, dass die Rechtssicherheit, die Willensbildung und die Mitwirkungsrechte jederzeit gewährleistet sind.

Allerdings scheint uns der Vorentwurf hier eindeutig eine Überreglementierung aufzuweisen. Die detaillierten vorgeschlagenen Bestimmungen entsprechen nicht unserer gesetzgeberischen Tradition und bergen die Gefahr der Unflexibilität gegenüber technischem Fortschritt und veränderten tatsächlichen Bedürfnissen.

- ad 3.1.41) Art. 707 und 710: Wählbarkeit, Amtsdauer und Unabhängigkeit des Verwaltungsrats**

Das Centre Patronal lehnt die Beschränkung der Amtszeit auf ein Jahr ab.

Die Kontinuität einer Gesellschaft wird dadurch gefährdet, und die Bereitschaft qualifizierter Personen, sich zu engagieren, gesenkt. In den KMU, besonders in Familiengesellschaften, führt die Amtszeitbeschränkung auf ein Jahr zu einer Instabilität, die eine gute Corporate Governance gerade verunmöglicht. Sollte eine Gesellschaft die jährliche Wahl als sinnvoll erachten, steht es ihr frei, diese statutarisch vorzusehen. Als logische Konsequenz der Einzelwahl des Verwaltungsrats müsste auch die Déchargeerteilung individuell erfolgen. Wir schlagen folgende Formulierung vor:

Artikel 710

- (1) *Ohne anders lautende statutarische Bestimmung werden die Mitglieder des Verwaltungsrats einzeln gewählt.*
- (2) *Die Amtsdauer beträgt ohne anders lautende statutarische Bestimmung drei Jahre, darf jedoch sechs Jahre nicht übersteigen.*
- (3) *Wiederwahl ist möglich.*

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

Art. 717a ist redundant. Er regelt nicht mehr, als der aktuelle Art. 717 OR und spiegelt vor, dass ein adäquates Verhalten bei Interessenkonflikten für die Due Diligence eine wichtigere Rolle spielt, als andere Verhaltensregeln. Zudem zeigt die Praxis, dass die Frage, ab welchem Zeitpunkt ein Interessenkonflikt vorliegt, sehr unterschiedlich beantwortet wird.

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

Das Centre Patronal begrüßt die Ausdehnung der Anzeigepflicht auf die „drohende Zahlungsunfähigkeit“.

ad 3.1.47) Art. 736: Auflösung der Gesellschaft

s. oben ad 3.1.34, 3.1.37 und 3.1.47), S. 6.

ad 3.1.48) Art. 755, 756, 759 OR: Organhaftung

Die Frage der Haftung für Organe ist eine heikle und muss als Ganze betrachtet werden. Eine isolierte Regelung der Haftung der Revisionsstelle mit einer absoluten Haftungsgrenze erscheint inadäquat. Für uns stellen sich grundsätzliche Fragen bezüglich Solidarität zwischen den einzelnen Organen, aber auch zwischen den einzelnen Mitgliedern eines Organs. Insbesondere erscheint bei leichter Fahrlässigkeit der Revisionsstelle eine solidarische Haftung mit dem Verwaltungsrat als inadäquat. Die Revisionsstelle soll für ihre eigenen „Fehler“ haften, aber nicht auch solidarisch für diejenigen des Verwaltungsrats, der in erster Linie für die Geschicke der Gesellschaft verantwortlich ist.

3.8 Das Handelsregister

ad 3.8.1) Art. 928 und 928a: Öffentlichkeit

Das Centre Patronal lehnt insbesondere die Verpflichtung bestimmter Unternehmen ab, jährlich Geschäfts- und Revisionsbericht einzureichen, und die damit verknüpfte Verpflichtung der Handelsregisterbehörden, diese für jedermann online zugänglich zu machen. Einerseits bedeutet diese Verpflichtung für die Unternehmen zusätzlichen administrativen Aufwand, andererseits einen massiven Aufwand mit ebenso massiven Initialkosten für die Handelsregisterbehörden. Die Publikation von solchen Informationen ist nicht Staatsaufgabe.

Wenn denn an der Online-Publikation festgehalten werden soll, müsste den entsprechenden Unternehmen die Möglichkeit geboten werden, diese Informationen auf der eigenen Website veröffentlichen zu können, anstelle sie der Handelsregisterbehörde einreichen zu müssen. Damit wären auch allfällige Haftungsfragen einfacher zu klären.

ad 3.8.2) Art. 929: Haftung der Handelsregisterbehörden

Das Centre Patronal begrüßt den Verzicht auf die direkte persönliche Haftung des Handelsregisterführers.

ad 3.8.7) Art. 943a: Haftung für Gebühren

Das Centre Patronal lehnt die exzessive persönliche und solidarische Haftung für Gebühren und Auslagen ab. Die Ausdehnung der Haftung auf einen derart grossen Personenkreis ist nicht sachgerecht.

3.9 Die Geschäftsfirmen

ad 3.9.1) Art. 944, 947 und 956: Firmenbildung

Das Centre Patronal begrüßt die Möglichkeit der Firmenbildung mit reinen Sachbezeichnungen.

3.10 Kaufmännische Buchführung

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

Die Vereinheitlichung der Rechnungslegungsvorschriften für alle Rechtsformen ist grundsätzlich begrüssenswert. Allerdings geht der Vorentwurf in einigen Punkten zu weit und trägt den Bedürfnissen der KMU, der Personengesellschaften, der Vereine und teilweise auch der Stiftungen zuwenig Rechnung.

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

Das Centre Patronal lehnt die generelle Verpflichtung zur Erstellung eines Anhangs zur Jahresrechnung ab. Sie ist für zahlreiche kleine Unternehmen und Personengesellschaften unverhältnismässig, entstehen dadurch doch nicht unwesentlicher Zusatzaufwand und –kosten.

Begrüssenswert hingegen ist der Verzicht auf die Erstellung eines Jahresberichts für die KMU.

Die aus der Mehrwertsteuergesetzgebung stammende Schwelle von CHF 75'000958b in Art. 958b Abs. 3 lehnen wir ab. Sie ist zu tief und im Hinblick auf die Schwelle von CHF 100'000 im Handelsregister verwirrend.

Zudem erstaunt, dass Art. 958c Abs. 3, Fremdwährungspositionen egal welcher Art immer zum Devisenkurs am Bilanzstichtag bewerten will. In der Praxis werden nur Umlaufvermögen und kurzfristige Verbindlichkeiten auf diese Art bewertet, während Anlagevermögen und langfristigen Verbindlichkeiten zu Anschaffungs- oder Herstellungskosten bilanziert werden.

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

Das Centre Patronal lehnt die Verpflichtung des Handelsregisters zur Veröffentlichung von Geschäfts- und Revisionsbericht ab (s. auch oben ad 3.8.1, S. 7).

ad 3.10.4) Art. 959 und 959a: Jahresrechnung / Bilanz

In Art. 959a Abs. 2 der französischen Fassung des Vorentwurfs scheint sich ein Redaktionsfehler eingeschlichen zu haben: Der Gesetzestext verlangt eine absteigende Reihenfolge der Passiven („ordre décroissante“). Die darauf folgende Aufzählung folgt aber einer aufsteigenden („croissante“) – wie sie übrigens auch im französischen Text in Absatz 1 für die Aktiven verlangt wird. Unseres Erachtens sollte es den Unternehmen freigestellt bleiben, ob sie eine auf- oder absteigende Reihenfolge wählen.

Es erstaunt, dass unter den langfristigen Verbindlichkeiten (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 2) analog zu den kurzfristigen Verbindlichkeiten (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 1 Bst. b) keine Kategorie für „übrige langfristige Verbindlichkeiten“ aufgeführt wird. In dieser Kategorie müssten z.B. Aktienkonten geführt werden konnten, die nicht unter „langfristige, verzinsliche Verbindlichkeiten“ (Bst. a) fallen.

ad 3.10.5) Art. 959b: Erfolgsrechnung

Der Verzicht auf die Unterscheidung des geltenden Art. 663 Abs. 1 in betriebliche und betriebsfremden Aufwand und Ertrag ist bedauerlich. Das gleiche gilt für den Verzicht auf die

Unterscheidung des geltenden Art. 663 Abs. 2 in Finanzertrag und Ertrag aus Veräußerungen von Anlagevermögen.

ad 3.10.6) Art. 959c: Anhang

Das Centre Patronal lehnt die Ausdehnung der Pflicht zur Erstellung eines Anhangs auf alle Unternehmen, unabhängig ihrer Grösse und Rechtsform ab.

Für diejenigen Fälle, in denen sich ein Anhang rechtfertigt, erachten wir es als wünschenswert, dass Art. 959c Abs. 1 sämtliche Bestandteile aufführt, die der Anhang zwingend enthalten muss. Zu viele obligatorische Bestandteile sind in diversen anderen Artikeln des Vorentwurfs verstreut (z.B. in Art. 958c, Art. 960a Abs. 5, Art. 960f).

Hingegen lehnen wir gewisse verlangte Angaben als überflüssig ab. So zum Beispiel in Absatz 2 die Ziffer 2 (Anzahl Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt). Der Personalaufwand sowie die anderen Angaben, die aus den Konten ersichtlich sind, genügen um die KMU von den grossen Unternehmen abzugrenzen. Zudem führt diese Verpflichtung bei kleinen Unternehmen zur faktischen Offenlegung der Löhne. Ebenso überflüssig und daher abzulehnen sind unseres Erachtens die Ziffern 9 bis 11 (aussergewöhnliche Risiken, Erläuterungen zu weiteren bedeutenden oder aussergewöhnlichen Einflüssen, wesentliche Ereignisse nach Bilanzstichtag). Für die KMU gehen sie zu weit und führen dazu, dass die Pflicht zur Erstellung eines Geschäftsberichts durch die Hintertüre in einer strengeren Form wieder eingeführt wird.

Zudem stellt sich die Frage, Abs. 2 Ziff. 5 bedeutet, dass der Restbetrag der Verbindlichkeiten aus kaufvertragsähnlichen Leasinggeschäften diskontiert werden muss, was eine relativ komplizierte Berechnung bedingt, für die die KMU nicht ausgerüstet sind.

Das Centre Patronal begrüßt, dass die Auflösung stiller Reserven nicht mehr erscheinen muss, allerdings ist das Verhältnis zu Art. 960a Abs. 5 unklar.

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

Art. 960: Bewertung

Das Verbot gewillkürter Reserven erscheint uns zweifelhaft (Art. 960 Abs. 2).

Art. 960a: Aktiven

Ebenso erscheint zweifelhaft, dass indirekte Abschreibungen nicht unter den Passiven ausgewiesen werden dürfen (Art. 960a Abs. 3). Das Problem zeigt sich akzentuiert bei Rückstellungen für Debitorenverluste, die Wertkorrekturen darstellen und nicht Rückstellungen im engeren Sinn. Diese Bestimmung führt für KMU zu unverhältnismässig grossen Anpassungen in der Buchführung und ist mit ebensolchen Kosten verbunden.

Das Centre Patronal beantragt daher den letzten Satz des Art. 960a Abs. 3 ersatzlos zu streichen.

Es stellt sich die Frage, ob Art. 960a Abs. 5 indirekt vorsieht, dass die Auflösung stiller Reserven entweder in der Erfolgsrechnung oder im Anhang erwähnt werden muss. Das Centre Patronal ist der Meinung, dass idealerweise von der obligatorischen Erwähnung der Auflösung stiller Reserven abgesehen werden sollte, ausser es handle sich um echte Wertberichtigungen, wie es Art. 960a Abs. 5 auch zu sagen scheint.

Art. 960d: Anlagen

Das Centre Patronal beantragt den letzten Teil des Absatzes 3 zu streichen, so dass dieser nur noch folgendermassen lauten: „Als Beteiligungen gelten Anteile am Kapital eines anderen Unternehmens, die als Anlage gehalten werden.“

Die Schwelle von 20% schafft eine Art Vakuum für Beteiligungen darunter. Beteiligungen betragen oftmals nur wenige Prozente, sind aber für den Geschäftsverlauf trotzdem wichtig, wenn es sich z.B. um Beteiligungen an einer Einkaufszentrale handelt. Dabei handelt es sich nicht um Beteiligungen im engeren Sinn. Mit der Formulierung des Absatzes 3 i.f. ist unklar, wie solche Anlagen buchhalterisch behandelt werden sollen.

ad 3.10.8) Art. 960f: Verhältnis zum Steuerrecht

Das Centre Patronal lehnt diesen Artikel ab. Er vermischt nicht nur Steuerrecht und gesellschaftsrechtlichen Jahresabschluss sondern kehrt das Massgeblichkeitsprinzip um und erklärt das Steuerrecht für massgebend für das Gesellschaftsrecht. Es ist nicht Sache der Steuerbehörde, den Unternehmen die Art ihrer Buchführung zu diktieren.

ad 3.10.9) Art. 961, 961a, 961b: Rechnungslegung für grosse Unternehmen / weitere Anforderungen an den Geschäftsbericht

Definition „grosse Unternehmen“

Das Centre Patronal lehnt die Definition des „grossen Unternehmens“, resp. den entsprechenden Schwellenwert ab.

Das grosse Unternehmen ist zu klein definiert; auch wenn sich die Definition am neuen Revisionsrecht orientiert. Im Hinblick auf die geplanten zusätzlichen Anforderungen für die Rechnungslegung sind die Schwellen zum grossen Unternehmen zu tief angesetzt. Die Schweiz kennt zwar keine offizielle Definition der kleinen und mittleren Unternehmen KMU, für statistische Publikationen wendet sie jedoch in der Regel die Definitionen der EU an. Gemäss diesen gilt ein Unternehmen mit bis 250 Mitarbeitern, einem Umsatz von maximal 50 Mio. Euro und einer Bilanzsumme von bis zu 43 Mio. Euro als KMU. Nach der Definition des Vorentwurfs zählen zahlreiche heutige KMU plötzlich als grosse Unternehmen.

Offenlegung Entschädigungen für grosse Unternehmen (Art. 961 Abs. 2 Ziff. 3 und 4)

Das Centre Patronal lehnt diese Vorschrift ab.

Sie geht zu weit, weil sie auch für rein private Unternehmen gälte, an denen keinerlei öffentliches Interesse besteht. Es muss einem Unternehmen, resp. der Mehrheit seiner Eigentümer, weiterhin frei stehen zu entscheiden, ob und in welchem Umfang diese Bezüge offen gelegt werden. Börsenkotierte Unternehmen unterstehen vom 1. Januar 2007 an - unabhängig von der vorliegenden Revision –den neuen Transparenzvorschriften „betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung“ (Änderung des Obligationenrechts, Art. 663b ff.).

ad 3.10.10) Art. 962 und 962a: Abschluss nach Regelwerk

Das Centre Patronal lehnt die Verpflichtung bestimmter Unternehmen zu einem Abschluss nach privatem Regelwerk ab.

Private Regelwerke müssen privat bleiben. Die privaten Organisationen, die solche Regelwerke aufstellen, und die Unternehmen sollen weiterhin frei bestimmen, was Inhalt der Regelwerke ist, und wer sich ihnen zu unterstellen hat. Ein Unternehmen soll weiterhin frei entscheiden können, ob es einen Abschluss nach einem privaten Regelwerk machen will oder nicht. Die Rechnungslegung richtet sich in erster Linie an die Kapitalgeber, sie – sprich der Markt – sollen entscheiden, ob sie einen zusätzlichen Abschluss wollen. Traditionellerweise verlangen die Börsen Abschlüsse nach ihren eigenen Regeln. Die geplanten Vorschriften sind einerseits überflüssig (z.B. in Bezug auf die Publikumsgesellschaften) und greifen andererseits zu stark in die unternehmerische und wirtschaftliche Freiheit der privaten Organisationen, der Unternehmen, der Eigentümer und der Kapitalgeber ein.

ad 3.10.11) Art. 963, 963a, 963b, 963c: Konzernrechnung

Das Centre Patronal lehnt den Verzicht auf die Beschränkung der Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung auf grosse Gesellschaften ab.

Zahlreiche KMU besitzen andere Gesellschaften. Art. 963 geht daher zu weit und ist für KMU unverhältnismässig, vor allem wenn man bedenkt, dass der Kreis der Aktionäre in der Regel sehr beschränkt ist, und dass dieser kleine Kreis bestens informiert ist über die Angelegenheiten der einzelnen Gesellschaften und damit des „Konzerns“.

Es ist daher unabdingbar, dass auch in Zukunft KMU von der Erstellung einer Konzernrechnung befreit sind. Eine entsprechende Bestimmung ist in das revidierte Gesetz aufzunehmen (analog geltendem Art. 663e Abs. 2).

Entgegen den Behauptungen des Begleitberichts zum Vorentwurf sind die Kosten für die Erstellung einer Konzernrechnung für KMU beträchtlich, müssen sie doch in der Regel dafür Spezialisten mit entsprechenden Honoraren beziehen.

Das Centre Patronal lehnt die Konsolidierungspflicht für Vereine und Stiftungen ab.

Es ist nicht ersichtlich, in welchem Interesse die Konsolidierung wäre, haben diese Rechtsformen doch keine wirtschaftlichen Eigentümer. Die Befreiung von der Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung muss auch für alle juristischen Personen des ZGB gelten.

3.11 Übergangsbestimmungen

ad 3.11.1) Art. 1 und 2 VE Ueb.Best.: Allgemeine Regeln

Die 2-jährige Übergangsfrist zur Anpassung der Statuten ist zu kurz und sollte unseres Erachtens generell mindestens 5 Jahre betragen (s. auch oben ad 3.1.2), S. 3).

ad 3.11.2) Art. 3, 4, 5 VE Ueb.Best.: Besondere Bestimmungen

s. oben ad 3.1.2), S. 3

3.12 Vereinsrecht

ad 3.12.1) Art. 65 VE ZGB: Kompetenzen der Vereinsversammlung

Das Centre Patronal lehnt diese Bestimmung ab.

Es soll auch in Zukunft jedem Verein, unabhängig von seiner Grösse, freigestellt bleiben zu bestimmen, wer allfällige Vorstandentschädigungen festlegt. Eine Offenlegung der gesamthaften Vorstandentschädigung für Grossvereine ist inopportun, vor allem dann, wenn die Vereinsversammlung die Entschädigungen festlegt. Zudem ist der Tatsache Rechnung zu tragen, dass Vereinsmitglieder in der Regel kein Kapital investieren.

s. auch oben ad 3.1.33), S. 5 und 3.10.9), S. 10

ad 3.12.2) Art. 69a VE ZGB: Buchführungspflicht

Das Centre Patronal lehnt diese Bestimmung ab.

Sie stipuliert an zahlreiche kleinere Vereine unverhältnismässige und unnötige Anforderungen. Die geltende Formulierung genügt vollauf.

3.13 Stiftungsrecht

ad 3.13.2) Art. 84c VE ZGB: Offenlegung von Vergütungen

Das Centre Patronal lehnt diese Bestimmung ab.

s. auch oben ad 3.1.33), S. 5 und 3.10.9), S. 10

CENTRE PATRONAL



Stefanie Meier-Gubser

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Herrn Bundesrat Dr. Christoph Blocher
Bundeshaus West
3003 Bern

Zürich, 31. Mai 2006

Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht

Sehr geehrter Herr Bundesrat, sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 7. Dezember 2005 haben Sie uns eingeladen, zum Vorentwurf für ein revidiertes Aktien- und Rechnungslegungsrecht Stellung zu nehmen. Dafür danken wir Ihnen bestens.

Die Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts mit einer Ausrichtung auf die Stärkung des Aktionariates wird von den Schweizer Unternehmen grundsätzlich begrüßt. Dabei sind aber die Gesamtinteressen, nicht Einzelanliegen in den Vordergrund zu stellen. Den besonderen Anliegen der KMU und Familiengesellschaften ist mit einer notwendigen Differenzierung Rechnung zu tragen. Zahlreiche Punkte der Vorlage müssen in diesem Sinne korrigiert und zum Teil grundlegend überarbeitet werden.

Verschiedene Vorschläge zum gesetzlichen Schutz von Einzelinteressen verletzen den Grundsatz, dass im Zentrum einer guten Corporate Governance das langfristige Interesse der Aktionäre als Gesamtheit steht. Insbesondere die folgenden Vorschläge schiessen über das Ziel hinaus und werden abgelehnt: Der gesetzliche Zwang zu einjährigen Amtszeiten für Verwaltungsräte, die Einschränkung der institutionellen Stimmrechtsvertretung sowie die unangemessene Ausuferung der Auskunfts- und Einberufungsvorschriften und der Rückerstattungsklage.

Im internationalen Standortwettbewerb muss die Schweiz für die unternehmerischen Aktivitäten möglichst flexible und kostengünstige Instrumente zur Verfügung stellen und das Vertrauen der Investoren mit einer angemessenen Transparenz sicherstellen. Mit differenzierten Lösungen müssen dabei übermässige Belastungen für KMU vermieden werden. An dieser übergeordneten Zielsetzung sind die Revisionsvorschläge zu messen. Anstelle zwingenden Rechts ermöglichen es dispositivo Vorschriften den Aktionären und Unternehmen besser, sich nach den konkreten Bedürfnissen zu organisieren.

Die Flexibilisierung der Kapitalstrukturen ist zu begrüssen. Das Kapitalband ist so zu gestalten, dass die heutigen, komplizierten Vorschriften über Kapitaländerungen vereinfacht und weitestgehend gestrichen werden können. Die vorgeschlagene Abschaffung der Inhaberaktie ist unnötig und wird abgelehnt. Die Vorschläge für ein revidiertes Rechnungslegungsrecht tragen den Bedürfnissen in verschiedenen Punkten nicht Rechnung und müssen entsprechend überarbeitet werden. In der heutigen Fassung würden sie zu unverhältnismässigen Auflagen für KMU und zu unerwünschten Auswirkungen des Steuerrechts auf das Handelsrecht führen.

Allgemeine Beurteilung

Ein attraktives und modernes Gesellschaftsrecht ist Bestandteil guter Rahmenbedingungen eines Wirtschaftsstandorts. Die in die Vernehmlassung geschickte Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts ist deshalb im Kontext der internationalen Wettbewerbsfähigkeit des Wirtschaftsstandorts Schweiz zu betrachten. Im internationalen Standortwettbewerb ist es entscheidend, dass die Schweiz für die unternehmerischen Aktivitäten insgesamt flexiblere und kostengünstigere Instrumente zur Verfügung stellt und eine breitere Palette von Handlungsmöglichkeiten bereithält als andere Standorte. Unter diesem Aspekt ist insbesondere die vorgeschlagene Flexibilisierung der Kapitalstrukturen zu begrüssen, weil sie das Spektrum der Handlungsmöglichkeiten der Unternehmen erweitert. Auch wenn die Vorlage insgesamt als relativ ausgewogen beurteilt werden kann, so gehen verschiedene der vorgeschlagenen Massnahmen zu weit, weil sie zu unnötigen Einschränkungen der Wahlfreiheit und der Handlungsmöglichkeiten für die Schweizer Unternehmen führen würden. Grundsätzlich sollen nicht staatliche Vorschriften, sondern die Unternehmen respektive deren Eigentümer, die Aktionäre, selber über die Ausgestaltung der Unternehmensorganisation bestimmen können. Aufgabe des Gesetzes ist es, dazu eine breite Palette von Möglichkeiten zur Verfügung zu stellen. Da insbesondere im Bereich der Corporate Governance die flexiblen Mechanismen der Selbstregulierung spielen, ist beim Erlass von neuen staatlichen Vorschriften Zurückhaltung zu üben. Einschränkungen sind dort, aber nur dort, vorzunehmen, wo sie auch wirklich nötig sind und für die Unternehmen nicht zu einem unverhältnismässigen Aufwand führen.

Diverse Vorschläge des Vorentwurfs sind zu stark geprägt vom regulatorischen Aktivismus, der im Nachgang zu spektakulären Firmenzusammenbrüchen in den letzten Jahren eingesetzt hat. Diese momentane Stimmung darf nicht zu einer überstürzten Überregulierung führen. Dadurch würde dem Fundament des schweizerischen Aktienrechts ein nachhaltiger Schaden zugefügt.

Insbesondere bei kleineren Unternehmen sind viele der in der Öffentlichkeit diskutierten Probleme, die mit der Vorlage bekämpft werden wollen, denn auch gar nicht vorhanden. Die vorgeschlagenen Vorschriften würden bei diesen Unternehmen keinen Nutzen bringen, jedoch zu einer unangemessenen Belastung führen.

Die Stärkung der Rechte der Aktionäre als Gesamtheit wird am Besten durch die Erhöhung der Freiheit der Aktionäre, über die Ausgestaltung der Organisation ihrer Gesellschaft zu bestimmen, erreicht. Dies bedingt eine möglichst grosse Zahl von Gestaltungsmöglichkeiten. Zu engmaschige gesetzliche Vorschriften beschneiden die Möglichkeiten der Organe, insbesondere der Generalversammlung der Aktionäre, über die Ausgestaltung ihrer Gesellschaft zu entscheiden. Anstelle zwingenden Rechts muss verstärkt auf dispositive Bestimmungen gesetzt werden. So können sowohl Gestaltungsfreiheit wie Transparenz erreicht werden.

1. Teil: Corporate Governance

1.1 Vorbemerkungen

Die Revisionsvorlage muss den erreichten Verbesserungen stärker Rechnung tragen.

1.1.1 Heutige Regulierung und Umfeld der Corporate Governance

Das geltende Aktienrecht trägt mit drei zentralen Artikeln (Art. 716a, 716b und 717 OR) in knapper Form den Forderungen nach „checks and balances“, klar festgehaltener Verantwortung des Verwaltungsrats, interner Berichterstattung und Beachtung der Treuepflicht Rechnung. Seit 2002 sind sodann zwei Selbstregulierungswerke in Kraft: Der „Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance“ von economiesuisse und die von der Schweizer Börse SWX erlassene Corporate Governance Richtlinie. Letztere ist für kotierte Unternehmen zwingend, wobei mit Inkrafttreten der Transparenzvorlage ein wesentlicher Teil der Richtlinie neu im OR geregelt ist. Der „Swiss Code“ wendet sich im Sinne von Empfehlungen an schweizerische Publikumsgesellschaften. Viele seiner Grundsätze haben aber inhaltlich auch für die übrigen Aktiengesellschaften als Anregung praktische Bedeutung. Träger des „Swiss Code“ ist economiesuisse als Verband der Schweizer Unternehmen aller Größenordnungen und Branchen. Weitere Organisationen, welche die Fragen der Corporate Governance im Rahmen ihrer Aktivitäten verfolgen, unterstützen den „Swiss Code“ als Mitträger und werden entsprechend in die Weiterentwicklung mit einbezogen.

Die Gesamtheit der Regelwerke im Bereich Corporate Governance weist damit im internationalen Vergleich ein hohes Niveau auf. Eine im November 2004 durchgeföhrte Be standesaufnahme¹ hat gezeigt, dass die entsprechenden Vorgaben gut umgesetzt werden und dass sich die Corporate Governance der Schweizer Unternehmen in den vergangenen Jahren signifikant verbessert hat. Der Standard, den Schweizer Unternehmen im Bereich Corporate Governance heute aufweisen, kann sich im internationalen Vergleich ohne weiteres sehen lassen.

Weil der Kapitalfluss in ein Unternehmen letztlich Ausdruck für dessen Vertrauenswürdigkeit ist, hat auch der Kapitalmarkt eine selbstregulierende Wirkung. Mit der Umsetzung von Basel II steigen auch für die nicht kotierten Unternehmen die Anforderungen an die internen Strukturen und Prozesse. Die Schweizer Banken wenden bereits heute

¹ Zwischenbericht zur Corporate Governance, Gute Umsetzung des „Swiss Code of Best Practice“, dossierpolitik, 8. November 2004, Nummer 51/1 (erhältlich bei economiesuisse oder abrufbar über www.economiesuisse.ch).

eine risikoorientierte Politik bei der Kreditvergabe an. Auch dies führt dazu, dass Unternehmen von sich aus ein Interesse an der Schaffung einer wirkungsvollen und transparenten Corporate Governance haben.

In den vergangenen Jahren haben die Unternehmen die Dichte ihrer Kontrollsysteme systematisch verfeinert. Mit den geänderten Bestimmungen zur Revisionspflicht müssen die Revisoren zudem künftig das Vorhandensein eines internen Kontrollsystems prüfen. Der Druck steigt auch von Seiten der Strafbehörden. So können die Schweizer Unternehmen seit zwei Jahren wegen mangelhafter Organisation strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden (Art. 100quater StGB). Zudem ist international ein Trend der Gerichte zu beobachten, zunehmend Verwaltungsräte und Direktoren sowohl zivil- als auch strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen, wenn einem Dritten ein Schaden als Folge einer mangelhaften Organisation entsteht.

Als weitere im Kontext der Corporate Governance relevante Vorschriften sind z.B. die für börsenkotierte Gesellschaften geltenden Regeln über die Ad-hoc-Publizität oder die strafrechtlichen Verbotsnormen des Ausnützens der Kenntnis vertraulicher Tatsachen und der Kursmanipulation zu nennen. Sodann bestehen heute verschiedenste Sondervorschriften für die Corporate Governance von in bestimmten Branchen tätigen Unternehmen wie z.B. für Versicherungen oder Banken.

1.1.2 Richtschnur für die Beurteilung der Vorschläge

Die erfreuliche Resonanz und der hohe Grad der Umsetzung der Empfehlungen des „Swiss Code“ bestätigen, dass eine gute Corporate Governance am besten in der flexiblen Form der Selbstregulierung zu verankern ist. Somit drängt sich aus liberaler Sicht eine Zurückhaltung bei der weiteren Regulierung auf. Zum Erhalt der Attraktivität des Wirtschaftsstandorts Schweiz ist es wichtig, dass die Wahlfreiheiten der Schweizer Unternehmen und ihrer Aktionäre bezüglich der Organisationsform möglichst bewahrt und ihnen kein unnötiges staatliches Korsett verpasst wird.

Den in den USA kotierten Schweizer Unternehmen bürdet bereits der Sarbanes Oxley Act (SOX) grosse Verpflichtungen auf. Der Umsetzungsaufwand ist sehr hoch. Die Unverträglichkeiten der weit gehenden Auskunftspflichten des SOX mit dem Schweizer Recht werden mit den revidierten Bestimmungen über die Revisionspflicht und dem neuen Revisionsaufsichtsgesetz (RAG) beseitigt. Darüber hinaus soll bereits Reguliertes nicht nochmals reguliert werden, erst recht nicht mit einer schweizerischen Sonderlösung.

Die Vorlage ist geprägt von parlamentarischen Vorstößen, die im Nachgang zu spektakulären Firmenzusammenbrüchen oder zu Fällen von aufgedeckten Missbräuchen in Unternehmen eingereicht wurden. In der Öffentlichkeit heftig debattierte Vorgänge ziehen auch in anderen Rechtsbereichen immer wieder einen regulatorischen Aktivismus nach sich. Das Ergebnis ist häufig eine Flut von unverhältnismässigen und unnötigen Regulierungen. Eine von regulatorischem Übereifer geprägte Stimmung darf nicht dazu führen, dass die auf einem liberalen Geist beruhende und für den Wirtschaftsstandort Schweiz wichtige Attraktivität unseres Aktienrechts leichtfertig aufs Spiel gesetzt wird.

Die in die Vernehmlassung geschickten Vorschläge zur Corporate Governance sind anhand dieser Grundsatzüberlegungen nochmals kritisch zu prüfen. Gestützt auf die Erkenntnis, dass eine noch so starke Corporate Governance falsche Strategien, Fehlentscheidungen und Missbräuche nie vollständig verhindern können, bekennt sich der Vorentwurf im Allgemeinen zum Leitbild der Bewahrung der erforderlichen Organisationsfreiheit der Unternehmen. Dieses Bekenntnis ist zu begrüßen. Zahlreiche der konkreten Vorschläge entsprechen aber diesem Leitbild leider nicht.

1.2 Abzulehnende oder zu korrigierende Vorschläge zur Corporate Governance

Insbesondere folgende Vorschläge sind zu streichen resp. zu korrigieren:

- Statutarische Zuständigkeit der Generalversammlung betreffend Entschädigung von Mitgliedern der Geschäftsleitung**
(Art. 627 Ziff. 4 VE-OR)]
- Schaffung eines ständigen Auskunftsrechts**
(Art. 679 VE-OR)
- Zwingende Offenlegung der Vergütungen an die Organe von nicht kotierten Aktiengesellschaften auf Verlangen eines Aktionärs**
(Art. 697^{quinquies} VE-OR)
- Tiefe Schwellenwerte und alternative Abstützung auf Börsenwerte**
(Art. 697b Abs. 1 Ziff. 1-3, Art. 699 Abs. 3 Ziff. 1-3, Art. 699a Abs. 1 Ziff. 1-3 VE-OR)
- Gesetzlicher Zwang zu einjähriger Amtszeit des Verwaltungsrats**
(Art. 710 VE-OR)
- Ausufernde Ausweitung der Rückerstattungsklage**
(Art. 678 VE-OR)
- Einschränkungen der institutionellen Stimmrechtsvertretung**
(Art. 689c f. VE-OR; Art. 703 Abs. 2 VE-OR)
- Uunausgereifte Lösung der Haftungslimitierung**
(Art. 759 Abs. 1^{bis} VE-OR)

1.2.1 Zuständigkeit der Generalversammlung betreffend Entschädigung der GL

Art. 627 Ziff. 4 des Vorentwurfs lautet:

*„Zu ihrer Verbindlichkeit bedürfen der Aufnahme in die Statuten Bestimmungen über:
(...)*

4. Zuständigkeiten der Generalversammlung betreffend die Festlegung der Bezüge der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und ihrer nahe stehender Personen sowie betreffend die Ausrichtung von Mitarbeiteroptionen“

Mit Bezug auf die statutarische Möglichkeit, im Sinne einer Option der Generalversammlung die Kompetenz zu Abstimmungen im Zusammenhang mit der Entschädigung des *Verwaltungsrats* und die Ausrichtung von Mitarbeiteroptionen zu gewähren, lässt sich grundsätzlich nichts einwenden, selbst wenn dies nicht der Praxis in vielen anderen Ländern entspricht. Jedenfalls muss aber der Stufengerechtigkeit Rechnung getragen werden, d.h. die Generalversammlung sollte nicht über Einzel-Saläre des Verwaltungsrats, sondern über die Grundzüge zu deren Festlegung entscheiden können, sofern die Statuten dies vorsehen. Abzulehnen wäre hingegen eine zwingende Vorschrift für die Durchführung einer solchen Abstimmung.

Die statutarische Möglichkeit der Generalversammlung, über die Festlegung der Bezüge der *Geschäftsleitung* und der nahe stehenden Personen zu entscheiden, wäre jedoch ein Verstoss gegen das Paritätsprinzip und würde den Zuständigkeitsbereich des Verwaltungsrats verletzen. Der Verwaltungsrat hat gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR die undelegierbare und unentziehbare Kompetenz zur Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsleitung betrauten Personen. Damit muss ihm auch die Kompetenz zustehen, die inhaltlichen Rahmenbedingungen dieser Ernennung festzulegen.

Ein Vergleich der Regelungen der wichtigsten Industriestaaten zeigt, dass eine individuelle Festlegung von Bezügen der Geschäftsleitung durch die Generalversammlung international absolut unüblich ist. Kompetenzen der Generalversammlung zur Bestimmung der individuellen Saläre der Geschäftsleitungsmitglieder wären auch widersinnig: Den Aktionären fehlen die für die Beurteilung nötigen individuellen Informationen zur Leistungsbeurteilung, resp. würden solche Informationen der Generalversammlung unterbreitet, hätte dies einen unrechtmässigen Eingriff in die geschützte Privatsphäre der betroffenen Personen zur Folge. Die Möglichkeiten, Personen zu rekrutieren, würden massiv beeinträchtigt, wenn letztlich ein wesentliches Element der Anstellung, die Salariierung, vom Einverständnis der Generalversammlung abhängig wäre. Eine solche Lösung wäre zudem auch kaum praktikabel. Wie erwähnt, findet sich denn auch, soweit ersichtlich, in keinem wesentlichen Industrieland eine solche Regelung.

In der Diskussion wird alternativ zu einer Abstimmung im vorgeschlagenen Sinne auch ein neuer formeller Ansatz aufgeworfen: Das Gesetz könnte vorsehen, dass Gesellschaften ihrer Generalversammlung die Kompetenz geben können, die Verwaltungsratsmitglieder zu wählen, die für die Festsetzung von Vergütungen der Verwaltungsrats und des obersten Managements zuständig sind (compensation committee). Der Nachteil

eines solchen Vorgehens liegt allerdings im Eingriff in die Selbstorganisation des Verwaltungsrates. Das neue Verbot von Verflechtungen (keine „über Kreuz Festsetzung“ von Entschädigungen), die bestehenden Empfehlungen der Selbstregulierung und die geltenden Transparenzbestimmungen sind für die Aktionäre genügende Instrumente für eine sachgerechte Einflussnahme.

1.2.2 Schaffung eines ständigen Auskunftsrechts (Art. 679 VE-OR)

Der Bundesrat schlägt vor, dass Aktionäre jederzeit, d.h. auch ausserhalb der Generalversammlung ein schriftliches Auskunftsrecht haben sollen. Der Verwaltungsrat würde verpflichtet, eine verlangte Auskunft innert 60 Tagen schriftlich zu erteilen oder eine allfällige Verweigerung der Auskunft zu begründen (Art. 679 VE-OR). Insbesondere bei Publikumsgesellschaften mit Tausenden von Aktionären würde diese Ausweitung und Formalisierung des Auskunftsrechts zu einem unverhältnismässig hohen administrativen Mehraufwand führen. In der vorgesehenen Form dürfte das Auskunftsrecht bereits aus rein organisatorischen Gründen (wenn überhaupt) nur schwierig zu garantieren sein. Zudem enthält der Vorschlag ein Missbrauchspotenzial für querulatorische Aktionäre.

Je besser ein Unternehmen seine Aktionäre im Allgemeinen informiert, desto geringer ist deren Bedürfnis nach einem ständigen, individuellen und schriftlichen Auskunftsrecht. Gerade das digitale Zeitalter ermöglicht zunehmend die kontinuierliche und kostengünstige Bereitstellung von leicht zugänglichen Informationen. Diese Möglichkeiten werden von den Unternehmen denn auch immer häufiger genutzt, z.B. durch den Einsatz des Internets. Damit wird letztlich die Empfehlung von Ziffer 8 des „Swiss Code“ umgesetzt, wo es heisst:

Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Ziffer 8

Der Verwaltungsrat bemüht sich um den Kontakt mit den Aktionären auch zwischen den Generalversammlungen.

- Der Verwaltungsrat orientiert die Aktionäre auch während des Geschäftsjahres über die Entwicklung der Gesellschaft.
- Der Verwaltungsrat bezeichnet die für die Aktionärsbeziehungen zuständige Stelle. In der Information beachtet er den gesetzlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

Weil sich diese Empfehlung in der Praxis bewährt, besteht diesbezüglich kein Regulierungsbedarf.

1.2.3 Begründungspflicht bei Ablehnung eines Einsichtsbegehrens durch GV

Art. 679bis Abs. 2 VE-OR sieht vor, dass der Verwaltungsrat den Entscheid schriftlich begründen muss, wenn eine Einsichtnahme in die Geschäftsbücher und die Korrespondenz durch die Generalversammlung oder den Verwaltungsrat verweigert wird. Für den Fall eines die Einsichtnahme verweigernden Generalversammlungsbeschlusses ist die Begründungspflicht des Verwaltungsrats zu streichen. Letzterer kann eine solche Be-

gründung gar nicht abgeben, weil er dafür die Gründe aller sich an der Abstimmung beteiligenden Aktionäre kennen müsste.

1.2.4 Tiefe Schwellenwerte und alternative Abstützung auf Börsenwerte

(Art. 697b Abs. 1 Ziff. 1-3, Art. 699 Abs. 3 Ziff. 1-3, Art. 699a Abs. 1 Ziff. 1-3 VE-OR)

Für die Einberufung einer Generalversammlung und Traktandierung eines Verhandlungsgegenstands sowie für die Einleitung einer Sonderuntersuchung gegen den Willen der Generalversammlung sollen laut Vorentwurf die Schwellenwerte von bisher zehn Prozent auf fünf Prozent des Aktienkapitals oder auf eine Million Franken Nennwert gesenkt werden. Als Alternativkriterium soll auf den Börsenwert abgestellt werden: Die entsprechenden Schwellenwerte sollen 5 Mio. Franken für die Einberufung der Generalversammlung und jeweils 2 Mio. Franken für die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstands sowie für die Einleitung einer Sonderuntersuchung betragen. Börsenkurse unterliegen Schwankungen, die zum Teil massiv sind. Das alternative Abstellen der Schwellenwerte auf den Börsenkurs würde zu willkürlichen Ergebnissen führen und ist deshalb abzulehnen. Die absoluten Schwellenwerte in Franken sind auch untauglich, weil die Marktkapitalisierung der börsenkotierten Gesellschaften enorm unterschiedlich sein kann. Für die Grossunternehmen sind die Schwellen viel zu tief und bergen die Gefahr schikanöser Ausübung der dadurch gewährten Rechte in sich. Wenn schon, dann müssten die Schwellen in einem bestimmten Verhältnis zur gesamten Marktkapitalisierung der betroffenen Gesellschaften stehen. So könnte beispielsweise auf einen auf die Börsenkapitalisierung am ersten Tag eines jeweiligen Kalenderjahres bezogenen und je nach Unternehmensgröße degressiven Prozentsatz abgestellt werden. Unklar an der vorgeschlagenen Regelung ist zudem, welche Börse relevant sein soll für die Feststellung des Börsenkurses, auf welchen abgestellt werden müsste.

Die Einberufung einer Generalversammlung oder die Durchführung einer Sonderuntersuchung ist für eine grössere Publikumsgesellschaft jeweils mit einem sehr hohen Aufwand und entsprechenden Kosten verbunden. Eine zu weit gehende Vergrösserung des Kreises derjenigen Personen, welche eine Generalversammlung oder eine Sonderuntersuchung verlangen können, wäre deshalb problematisch.

In der Praxis ist zu beobachten, dass zahlreiche Gesellschaften die Schwellenwerte aufgrund der Empfehlungen von Ziffer 2 des „Swiss Code“ (siehe unten) und der Thematisierung durch institutionelle Anleger bereits gesenkt haben. Das zeigt, dass die Selbstregulierung durch den „Swiss Code“ und den Kapitalmarkt auch hier funktioniert.

Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Ziffer 2

Die Gesellschaft ist bestrebt, den Aktionären die Ausübung ihrer gesetzlichen Rechte zu erleichtern.

- Zu diesem Zweck können die Statuten die im Gesetz vorgesehenen Schwellenwerte für die Einreichung eines Gesuchs um Traktandierung oder Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung zugunsten der Aktionäre angemessen herabsetzen.

- Setzt die Generalversammlung den Nennwert der Aktien durch Rückzahlung herab, so prüft der Verwaltungsrat, ob eine Anpassung der Schwellenwerte (Traktandierungs- und Einberufungsgesuche sowie gegebenenfalls Sonderprüfung) angezeigt ist, damit die Aktionärsrechte nicht geschmälert werden. (...)

Für die Einberufung der Generalversammlung auf Begehren von Aktionären soll dem Verwaltungsrat neu eine Frist von 30 Tagen gesetzt werden. Die Organisation einer Generalversammlung innert einer derart kurzen Frist ist bei grösseren Publikumsgesellschaften aber praktisch ein Ding der Unmöglichkeit (Verfügbarkeit eines Saales für Tausende von Teilnehmern, Versand der Einladung, Bereitstellung der Unterlagen etc.).

1.2.5 Zwingende Offenlegung der Vergütungen an die Organe von nicht kotierten Aktiengesellschaften auf Verlangen eines Aktionärs (Art. 697^{quinquies} VE-OR)

In Art. 697^{quinquies} VE-OR wird vorgeschlagen, dass in Gesellschaften, deren Aktien nicht an der Börse kotiert sind, jeder Aktionär Auskunft verlangen kann über die Vergütungen, Darlehen und Kredite an

- gegenwärtige Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung oder von Beiräten, an
- frühere Mitglieder der oben genannten Gremien, sofern ein Zusammenhang mit der früheren Tätigkeit besteht oder die Vergütungen, Darlehen und Kredite nicht marktüblich sind, sowie an
- den oben Genannten nahe stehenden Personen, sofern die Vergütungen nicht marktüblich sind.

Im Ergebnis würde damit der Anwendungsbereich der Transparenzvorlage praktisch auf sämtliche nicht kotierten Gesellschaften ausgeweitet. Auch wenn hier der Kreis der Adressaten der Offenlegung (anders als bei Publikumsgesellschaften) auf die Aktionäre beschränkt wäre, wäre die Vertraulichkeit keineswegs sichergestellt. Im Ergebnis würde dies zu einer Beeinträchtigung der Privatsphäre von Tausenden von Personen, welche in der Schweiz eine geschäftsleitende Funktion ausüben, führen. Eine überzeugende Rechtfertigung für einen solchen Eingriff ist nicht ersichtlich. Für die allgemeine Verbesserung der Transparenz in privaten Aktiengesellschaften ist der Eingriff nicht angemessen. Der entsprechende Vorschlag ist zu streichen.

1.2.6 Gesetzlicher Zwang zu einjähriger Amtszeit des Verwaltungsrats (Art. 710 VE-OR)

Der Vorentwurf stellt in Art. 710 VE-OR die Einführung einer zwingenden Einzelwahl aller Mitglieder des Verwaltungsrats auf jeweils ein Jahr zur Diskussion. Er begründet dies damit, dass die in der Praxis verbreiteten Globalwahlen des gesamten Verwaltungsrats für eine relativ lange Amts dauer nicht einer guten Corporate Governance entsprechen würden.

Das geltende Recht sieht eine dispositive dreijährige Amtszeit vor. Es ermöglicht den Aktiengesellschaften respektive deren Aktionären eine kürzere (z.B. einjährige) oder längere (maximal sechsjährige) Amtszeit festzulegen. Dieses System, das den Unternehmen respektive ihren Aktionären einen Spielraum belässt, hat sich in der Praxis bewährt.

Es ist nicht ersichtlich, inwiefern mit der Einführung einer zwingenden einjährigen Amtszeit die Corporate Governance verbessert werden könnte. Vielmehr kann sich eine derart kurze Amtszeit schädlich auf die Corporate Governance auswirken, zumal deren Grundsätze eine gewisse Kontinuität verlangen. Gemäss der Ziffer 13 des „Swiss Code“ ist eine angemessene Staffelung der Amtszeiten anzustreben, wobei letztere in der Regel nicht länger als vier Jahre dauern sollten (siehe unten). Mit der von zahlreichen Unternehmen geübten Praxis der Staffelung mehrjähriger Amtszeiten kann Kontinuität und Kohärenz erzielt werden. Zudem muss sich der Verwaltungsrat in Ausschüssen mit definierten Aufgaben organisieren können. Dies bringt einen grösseren Organisations- und Zeitaufwand mit sich. Letztlich ist auch die Einarbeitung von neuen Mitgliedern mit Zeitaufwand verbunden. Gute Verwaltungsratsarbeit erfordert heute ein hohes Mass an Professionalität und verlangt den Erwerb von unternehmensspezifischen Kenntnissen und Erfahrungen. Eine zuverlässige Beurteilung der Qualität der Verwaltungsratsarbeit durch die Aktionäre ist nach einem Jahr deshalb in den meisten Fällen gar nicht möglich.

Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Ziffer 13

Der Verwaltungsrat plant seine Erneuerung und sorgt für die Weiterbildung seiner Mitglieder.

- Die ordentliche Wahlperiode der Verwaltungsratsmitglieder ist in der Regel nicht mehr als vier Jahre. Es ist eine angemessene Staffelung der Amtszeiten anzustreben.
- Der Verwaltungsrat plant die Nachfolge und legt die Kriterien für die Auswahl der Kandidaten fest.
- Der Verwaltungsrat sorgt für eine geeignete Einführung neu gewählter Mitglieder und, bei Bedarf, für eine aufgabenbezogene Weiterbildung.

Ein gesetzlicher Zwang zu einer Beschränkung der Amtsdauer von Verwaltungsratsmitgliedern auf ein Jahr würde zudem die Stellung und Autorität des Verwaltungsrats gegenüber dem Management untergraben. Es ist ja gerade die Aufgabe des Verwaltungsrats, im Interesse der Aktionäre eine Aufsicht über die Geschäftsleitung auszuüben. Ein Verwaltungsrat muss gegenüber dem Management unabhängig und stark sein, damit er auch unbequeme Fragen stellen kann. Macht und Einfluss von CEOs – manchmal auch auf die Auswahl von Verwaltungsräten – sind nicht zu unterschätzen. CEOs haben in der Regel langfristige Arbeitsverträge und weisen gegenüber dem Verwaltungsrat einen deutlichen Informationsvorsprung auf. Wenn zu dieser natürlichen Asymmetrie der Information zwischen Geschäftsleitung und Verwaltungsrat auch noch eine Asymmetrie der Amtszeiten hinzukäme, würde die Position desjenigen, dem die Oberleitung und Oberaufsicht gegenüber der zu beaufsichtigenden Geschäftsleitung zukommt, drama-

tisch geschwächt. Auch würde die Gefahr erhöht, dass ein unbequemer Kritiker von auf Harmonie oder Machterhaltung bedachten Verwaltungsratskollegen nicht mehr zur Wiederwahl vorgeschlagen würde. Das wäre sicher nicht im Interesse der Aktionäre.

Das langfristige Interesse an der Sicherstellung eines nachhaltigen Unternehmenserfolgs steht im Zentrum der Corporate Governance-Grundsätze zur Amtszeit der Mitglieder des Verwaltungsrats steht. Das Ziel ist letztlich die Steigerung des langfristigen Unternehmenswertes, der sich im Aktienkurs niederschlägt und nachhaltig hohe Dividenden erlaubt. Deshalb hat sich die Corporate Governance an denjenigen Eigentümern eines Unternehmens auszurichten, welche an einer nachhaltigen „Bestellung des Ackers“ interessiert sind. Eine Ausrichtung an langfristig interessierten Aktionären bringt nicht nur diesen, sondern auch dem Unternehmen und seinen Mitarbeitern am meisten Vorteile. Mit der Einführung des Zwangs zur einjährigen Amtszeit würden die Unternehmen respektive deren Aktionäre eines bewährten Instruments zur nachhaltigen Unternehmensgestaltung beraubt. Auch würde eine vorausschauende Planung und Ablösung der Mitglieder erschwert. Ein gesetzlicher Zwang zu einjährigen Amtszeiten wäre deshalb nicht nur sinnlos, sondern auch kontraproduktiv und würde letztlich den Empfehlungen der aus den Professoren Böckli, Huguenin und Dessemontet bestehende Arbeitsgruppe „Corporate Governance“ zur Teilrevision des Aktienrechts widersprechen. Die Expertengruppe empfiehlt in ihrem Expertenbericht, die Amtszeit der Mitglieder des Verwaltungsrats auf vier Jahre zu beschränken, da sie sich dem Grundsatz der Gestaltungsfreiheit verpflichtet fühlte.

Das geltende Recht bietet den Aktionären bereits diverse Möglichkeiten, den Mitgliedern des Verwaltungsrates regelmäßig das Vertrauen aus- oder abzusprechen. Es stehen insbesondere folgende Instrumente zur Verfügung:

- Jederzeitige Abberufung von Verwaltungsratsmitgliedern**
Gemäss Art. 705 Abs. 1 OR kann die Generalversammlung einzelne oder alle Mitglieder des Verwaltungsrates jederzeit, d.h. auch während der Amtszeit, ohne Angabe von wichtigen Gründen abberufen. Voraussetzung der Abberufung ist, dass der Beschlussgegenstand rechtsgenügend traktandiert ist und ein entsprechender Antrag vorliegt. Die Abberufung kann vom Verwaltungsrat selbst angesetzt oder von Aktionären mittels Traktandierungsbegehren (Art. 699 Abs. 3 OR) verlangt werden.
- Nichtwiederwahl nach Ablauf der Amtszeit**
Mitglieder des Verwaltungsrates können nach Ablauf ihrer Amtszeit abgewählt resp. nicht wiedergewählt werden.
- Verweigerung der Décharge**
Einem einzelnen Mitglied des Verwaltungsrates kann in der Einzelabstimmung die Entlastung verweigert werden.

Die im Vorentwurf ebenfalls vorgeschlagene Einzelwahl von Mitgliedern des Verwaltungsrats entspricht – anders als der Zwang zur einjährigen Amtszeit – den Grundsätzen einer guten Corporate Governance und ist von der Sache her zu begrüssen. Die Selbstregulierung funktioniert auch in diesem Bereich sehr gut. Die Frage der Global-

respektive Einzelabstimmung wird in Ziffer 7 des „Swiss Code“ geregelt (siehe unten). Diese in der Lehre als einer der „harten“ Punkte im Soft Law bezeichnete Empfehlung und die Thematisierung durch institutionelle Anleger haben die Praxis stark beeinflusst. Die Anzahl Unternehmen, welche Einzelwahlen durchführen, ist in den letzten zwei Jahren um ein Vielfaches gestiegen. Eine kürzlich erschienene ethos-Studie kommt zum Schluss: „Heute kann man feststellen, dass die Mehrheit der Gesellschaften die Mitglieder des Verwaltungsrats einzeln wählen oder wiederwählen. Eine grosse Veränderung gab es auch bei der Transparenz über das gewählte Verfahren. Zahlreiche Gesellschaften geben vor der Generalversammlung schriftlich bekannt, welcher Wahlmodus angewandt wird.“² Vor diesem Hintergrund gibt es keine Notwendigkeit für eine weitere staatliche Regulierung.

Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Ziffer 7

In der Generalversammlung soll der Wille der Mehrheit unverfälscht zum Ausdruck kommen.

- Der Vorsitzende ordnet die Abstimmungsmodalitäten so, dass der Wille der Mehrheit eindeutig und effizient ermittelt werden kann. (...)
- Bei Wahlen und bei der Abstimmung über die Entlastung von Organmitgliedern kann der Vorsitzende eine Globalabstimmung durchführen, falls sich nicht aus dem Kreis der Aktionäre Opposition zeigt und über eine oder mehrere Personen eine individuelle Abstimmung verlangt wird.

1.2.7 Ausufernde Ausweitung der Rückerstattungsklage

(Art. 678 VE-OR)

Der Vorentwurf schlägt eine Änderung der heutigen, in Art. 678 OR festgehaltenen Regelung der Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen vor. Neu sollen auch die Mitglieder der Geschäftsleitung und diesen nahe stehende Personen von der Bestimmung erfasst werden. Das heutige Erfordernis der Bösgläubigkeit des Empfängers soll ebenso gestrichen werden wie dasjenige der Offensichtlichkeit des Missverhältnisses zur Gelegenleistung. Die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft soll keine Rolle mehr spielen. Das hindert die Verfasser des Vorentwurfs nicht daran, zusätzlich auch noch eine Kla-gelegitimation der Gläubiger vorzuschlagen. Damit ist aber offenbar immer noch nicht genug, denn es soll auch noch die Verjährung von heute fünf auf zehn Jahre verdoppelt werden.

Diese Vorschläge schiessen weit über das Ziel hinaus. Insbesondere mit dem Wegfall des Bezugs zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft öffnet sich ein weites Spektrum von willkürlichen Klagen. Letztlich würde dies zur richterlichen Ermessensüberprüfung von unternehmerischen Entscheiden führen. Das lässt sich kaum mit den Zielen eines modernen Unternehmensrechts vereinbaren. Eine Verlagerung der Entscheidkompetenz auf den Richter wäre insbesondere auch aus Überlegungen einer guten Corporate Go-

² ethos-Studie „Corporate Governance der Schweizer Unternehmen“, Genf, November 2005, S. 40.

vernance fehl am Platz. Generell sollte die Stärkung der Rechte der Aktionäre als Gesamtheit im Vordergrund stehen. Klagerechte sollen nur als ultima ratio eingesetzt werden müssen.

Der in die Vernehmlassung geschickte Vorschlag ist aber auch juristisch nicht schlüssig. Dazu verweisen wir auf das ausführliche Memorandum im Anhang zu dieser Stellungnahme.

Wir beantragen folgende Ergänzung von Art. 678 VE-OR (**Ergänzungen fett**):

["]¹ Aktionäre, Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung sowie diesen nahe stehende Personen, die ungerechtfertigt **und in bösem Glauben** Dividenden, Tantiemen, andere Gewinnanteile oder Bauzinse bezogen haben, sind zur Rückerstattung verpflichtet.

² Sie sind auch zur Rückerstattung anderer **ungerechtfertigter** Leistungen der Gesellschaft verpflichtet, soweit diese in einem **offensichtlichen** Missverhältnis zu der von ihnen erbrachten Gegenleistung stehen.

³ Der Anspruch auf Rückerstattung steht der Gesellschaft zu. Zur Klage auf Leistung an die Gesellschaft berechtigt ist auch ein Aktionär-~~oder~~-Gläubiger.

⁴ Die Pflicht zur Rückerstattung verjährt ~~zehn~~ **fünf** Jahre nach Empfang der Leistung."

Mit Blick auf die Ungerechtfertigkeit der bezogenen Leistungen wäre es im Interesse der Rechtssicherheit sodann überlegenswert, Kriterien für die Definition der Ungerechtfertigkeit resp. der Gerechtfertigkeit festzulegen. So müssten Leistungen jedenfalls dann als gerechtfertigt gelten, wenn beispielsweise eine vertragliche Grundlage besteht, die vorgesehenen Entscheidungsabläufe eingehalten wurden etc.

1.2.8 Einschränkungen der institutionellen Stimmrechtsvertretung (Art. 689c f. VE-OR; Art. 703 Abs. 2 VE-OR)

Im Vorentwurf wird die Abschaffung der Depot- und der Organvertretung vorgeschlagen. Publikumsgesellschaften sollen neu verpflichtet werden, für jede Generalversammlung einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter einzusetzen.

Die Abschaffung der Organvertretung ist abzulehnen. Die im Vorentwurf aufgestellte Behauptung, dass die Organvertretung in der Praxis nur eine geringe Bedeutung habe, ist falsch. Vielmehr trifft das Gegenteil zu. Organe vertreten bei Publikumsgesellschaften jeweils bedeutende Stimmenanteile. Zudem ziehen die Aktionäre von sich aus häufig einen Organvertreter vor. Im Auftrag des Bundesamts für Justiz hat Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone eine Studie³ ausgearbeitet, worin er aufgrund einer Umfrage bei 286 schweizerischen Publikumsgesellschaften (von denen 26 im SMI vertreten sind) einen Überblick über die praktische Bedeutung der institutionellen Stimmrechtsvertre-

³ Hans Caspar von der Crone, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts, Teil 4: Stimmrechtsvertretung/Dispoaktien

tung erstellte. Demgemäß stellen die Aktionäre schweizerischer Publikumsgesellschaften Vollmachten wie folgt aus:

- an **Organvertreter** 23% (bei SMI-Titeln 36%),
- an **unabhängige Stimmrechtsvertreter** 10% (SMI 20%)
- und an **Depotvertreter** 4% (SMI 2%).

Angesichts dieser Zahlen kommt der Verfasser der Studie zum Schluss: „Die Vertretung durch Organe der Gesellschaft und andere von ihr abhängige Personen ist damit namentlich in Grossgesellschaften von massgeblicher Bedeutung“ und „Die einfache und kostengünstige Möglichkeit, sich durch eine Depotbank oder ein Gesellschaftsorgan vertreten zu lassen, liegt durchaus im Interesse der Aktionäre und entspricht einem praktischen Bedürfnis.“⁴ Auch der Expertenbericht der Arbeitsgruppe "Corporate Governance" lehnt die Abschaffung der Organ- und der Depotvertretung ab.⁵

Das Ziel der institutionellen Stimmrechtsvertretung muss sein, den möglichst unverfälschten Willen der Aktionäre zum Ausdruck zu bringen. Die einfache und kostengünstige Möglichkeit, sich durch einen Organ- oder Depotvertreter vertreten zu lassen, liegt dazu nicht im Widerspruch. Im Gegenteil haben die Aktionäre ein grosses Interesse und das praktische Bedürfnis, diese Institute auch in Zukunft zur Verfügung zu haben. Die heutige Lösung mit Depot-, Organ- und unabhängigem Stimmrechtsvertreter kommt den Aktionären entgegen, in dem sie für die verschiedenen Ausgangslagen bei den Inhaber- und Namenaktien verschiedene Instruktionskanäle bereithält.

Ein **Organvertreter** ist wie ein unabhängiger Stimmrechtsvertreter weisungsgebunden. Zudem ist es den Aktionären bereits heute in jedem Fall möglich, ihre Stimmrechtsinstruktion statt an die Gesellschaft resp. den Organvertreter an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu schicken.

Zur **Depotvertretung** gibt es in der Praxis zwei Fallkategorien. Ein Teil der Kunden unterzeichnet eine generelle Vertretungsvollmacht. Dabei instruiert der Kunde die Bank, bei fehlender spezieller Weisung im Einzelfall im Sinne der Anträge des Verwaltungsrates zu stimmen. Vor jeder Generalversammlung ersucht die Bank den Hinterleger um Instruktionen. Erteilt dieser keine konkreten anders lautenden Instruktionen, stimmt die Bank weisungsgemäss im Sinne der Anträge des Verwaltungsrates. Die übrigen Kunden unterzeichnen keine generelle Vertretungsvollmacht. In diesen Fällen werden die Stimmrechte bei fehlender Reaktion des Kunden nicht ausgeübt. Die Bank muss sich also in jedem Fall an die Instruktionen des Auftraggebers halten und hat kein eigenes Ermessen.

Nach dem Vorschlag des Vorentwurfs könnten Publikumsgesellschaften nur noch einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter bestellen. Dieser hätte sich bei fehlender konkreter

⁴ S. 6, 10 der Studie

⁵ Böckli/Huguenin/Dessemonet, Expertenbericht der Arbeitsgruppe "Corporate Governance" zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004, S. 187 ff.

Weisung der Stimme zu enthalten (Art. 689 Abs. 2 VE-OR). Das absolute Mehr soll im Regelfall⁶ neu nach den abgegebenen Stimmen bemessen werden und Enthaltungen würden als nicht abgegebene Stimme gelten (Art. 703 Abs. 2 VE-OR). Weil die generelle Bevollmächtigung des unabhängigen Stimmrechtsvertreters nicht möglich, die Organ- und die Depotvertretung abgeschafft und Dispoaktien ohnehin nicht stimmberechtigt sind, wären bei Publikumsgesellschaften die grosse Mehrheit der passiv-zufriedenen Aktionäre inklusive die Mehrheit der Kleinaktionäre massiv untervertreten, aktivistisch-oppositionelle und institutionelle Aktionäre sowie Grossaktionäre hingegen massiv übervertreten. Dies wäre einer repräsentativen Willensbildung an Generalversammlungen kaum förderlich. Bei Abstimmungen über Anträge, die erst in der Generalversammlung selbst eingebracht worden sind (ad hoc-Anträge), kann zudem gar keine Weisung des Aktionärs vorliegen.

Der Expertenbericht (Böckli/Huguenin/Dessemontet, Expertenbericht der Arbeitsgruppe "Corporate Governance" zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004, S. 129) hält zu Recht fest, dass der Stimmrechtsausschluss für Stimmrechtsvollmachten ohne Weisung keine Lösung darstellt. Bereits im Jahre 1990 dachte der Nationalrat daran, bei fehlender konkreter Weisung die Stimmrechtsvertretung durch den Depotvertreter zu untersagen (Amtl. Bull. NR (1990) 1383). Dieser Vorschlag stiess auf verbreitete Kritik und wurde in der Folge zu Recht aufgegeben.

Aktionäre, die von der Gesellschaft als Namenaktionäre angeschrieben werden, retournieren häufig ihre Stimmrechtsunterlagen unterzeichnet, aber ohne konkrete Weisungen, an den Organvertreter. Sie werden darauf hingewiesen, dass bei einem solchen Vorgehen die Stimmrechtsvertretung im Sinne der Anträge des Verwaltungsrates ausgeübt wird. Die Rechtsfolgen fehlender konkreter Weisungen sind für sämtliche Beteiligten transparent. Wer eine Vollmacht erteilt, zeigt damit, dass er das Stimmrecht ausgeübt haben will. Und das Fehlen einer Instruktion ist ein Zeichen, dass der Vollmachtgeber mit den Anträgen des Verwaltungsrats einverstanden ist. Diesen Willensäusserungen ihre Wirkung zu versagen, käme einer Beschneidung der Stimmrechte gleich.

Die angestrebte Neuregelung bringt keine Verbesserung. Im Gegenteil hätte die Einschränkung der institutionellen Stimmrechtsvertretung auf den unabhängigen Stimmrechtsvertreter Folgen, die nicht im Interesse der Aktionäre sind. Wir lehnen deshalb die unter diesem Titel gemachten Vorschläge ab.

1.2.9 Unausgereifte Lösung der Haftungsproblematik

(Art. 759 Abs. 1^{bis} VE-OR)

Der Vorentwurf stellt den Vorschlag zur Diskussion, die solidarische Haftung der Revisionsstelle summenmäßig zu begrenzen, sofern die Haftung nur auf einem leichten Verschulden beruht (Art. 759 Abs. 1bis VE-OR). Für die Revision von Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien und von anderen wirtschaftlich wichtigen Gesellschaften soll die Haftung bei leichtem Verschulden auf 25 Mio. Franken beschränkt werden, für die Revision der übrigen Gesellschaften auf 10 Mio. Franken.

⁶ d.h. soweit es das Gesetz oder die Statuten nicht anders bestimmen, vgl. Art. 703 Abs. 1 VE-OR.

Das Schweizer Recht sieht im Falle des Konkurses einer Aktiengesellschaft für deren Organe ein im internationalen Vergleich strenges Haftungsregime vor. Auch wenn das Gesetz die Solidarität der Verantwortlichkeit für die Beteiligten differenziert und auf ihr Verschulden begrenzt, werden gerade im Konkursfall oft primär die Revisionsgesellschaften eingeklagt. Die Klagefreudigkeit hat zugenommen und eine Abdeckung des Risikos durch Versicherungen ist erschwert. Weil die meisten Klagefälle aber auf dem Vorwurf von mittleren oder erheblichen Fehlern beruhen, würde die vorgeschlagene Begrenzung bei leichter Fahrlässigkeit keine wirksame Entlastung mit sich bringen. Sie könnte aber den Eindruck erwecken, die Revisionsstelle stehe nicht mehr voll für ihre Tätigkeit ein. Die für Revisionsstellen vorgeschlagene Haftungslimite von Fr. 10 Mio. bei der eingeschränkten Revision würde für KMU denn auch keine wirksame Entlastung bringen, wogegen die Begrenzung auf Fr. 25 Mio. bei grossen Unternehmen zu tief wäre.

Die Revision einer Gesellschaft ist für das Vertrauen der Aktionäre, von Gläubigern und anderen Geschäftspartnern von grosser Bedeutung. Auch Behörden müssen sich auf die Zuverlässigkeit der Rechnungslegung verlassen können. Die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle muss in diesem Zusammenhang beurteilt werden. Eine Begrenzung der Haftung könnte falsche Signale setzen.

Die Problematik ist in einem ganzheitlichen Kontext im Lichte des Zusammenspiels der Organe mit einer klaren Kompetenzzuweisung zu betrachten. Unter diesem Aspekt befriedigt die vorgeschlagene Lösung nicht. Die Festlegung einer betragsmässigen Haftungslimite für ein bestimmtes Organ würde im Haftungsrecht eine isolierte und beispiellose Sonderlösung darstellen.

Aus diesen Gründen wird die in Art. 759 Abs. 1^{bis} VE-OR vorgeschlagene Haftungslimitierung abgelehnt.

1.3 Fehlende Lösung für das Problem der Dispoaktien

Viele kotierte Gesellschaften verfügen nach wie vor über hohe Dispoaktienbestände. Dies ist für die betroffenen Gesellschaften unbefriedigend: Sie kennen einen wesentlichen Teil ihres Aktionariats nicht und haben demzufolge auch keine Möglichkeit, mit diesem direkt zu kommunizieren. Dispoaktionäre können damit beispielsweise keine Einladungen zu Generalversammlungen und Informationen über anstehende Traktanden zugestellt werden. Bemühungen der Gesellschaften, möglichst viele Aktionäre zur Wahrnehmung ihrer Mitwirkungsrechte zu bewegen, sind damit bezüglich eines grossen Teils der Aktionäre von vornherein zum Scheitern verurteilt. Von Seiten der Gesellschaften ist deswegen seit langem eine Lösung des Dispoaktienproblems gefordert worden. Der Vorentwurf hat die Thematik leider nicht aufgenommen und bringt keine Lösungsvorschläge. Dies ist bedauerlich und erstaunt umso mehr, als eine der zentralen Zielsetzungen der Revision die Stärkung der Aktionärsrechte ist. Im Rahmen der weiteren Behandlung der Vorlage muss die Dispoaktienproblematik angegangen und eine Lösung erarbeitet werden.

Kotierte Unternehmen wie Banken sind sich einig, dass diese Frage zwingend mit der Revisionsvorlage zu lösen ist. Der Stand der Diskussion zeigt folgendes Bild:

- **Aus Sicht der Emittenten** ist eine Lösung nicht möglich, ohne dass dem **Grundsatz „know your shareholder“** gebührende Beachtung geschenkt wird: Eine anonyme Ausübung der Mitwirkungsrechte darf nur in einem von der betroffenen Gesellschaft akzeptierten Umfang erfolgen. Entsprechend dem Sinn des Instituts der Namenaktie sollen Aktionäre/wirtschaftlich Berechtigte (Beneficial Owner, BO) m.a.W. nicht anonym auf die Geschicke der Gesellschaft einwirken können, ohne dass ihnen dies von der betroffenen Gesellschaft explizit zugestanden wird. Die Möglichkeit, Stimmrechte (ohne Einverständnis der Gesellschaft) anonym auszuüben, würde für die Emittenten im Vergleich zum Status Quo eine klare Verschlechterung darstellen.
- **Aus Sicht des Finanzplatzes** darf durch eine Lösung des Dispoaktienproblems das **Bankgeheimnis** nicht beeinträchtigt werden: Ein Eintragungzwang aller individueller Aktionäre oder die obligatorische Offenlegung der Identität der BO im Falle von Nomineeeintragungen wird vor diesem Hintergrund abgelehnt.
- **Handelbarkeit der Aktien:** Eine Lösung der Dispoaktienproblematik darf die Handelbarkeit der Namenaktien für Investoren nicht beeinträchtigen.
- Hält man sich die Erkenntnisse aus der bisher geführten Diskussion vor Augen, wäre eine **mögliche Lösung** der Dispoaktienproblematik die Einführung eines Nomineemodells, das einerseits eine anonyme Stimmabgabe ohne Einverständnis der Gesellschaft ausschliessen würde, andererseits auch keine Pflicht zur Offenlegung der Identität des BO gegen dessen Willen vorsieht.

Ein solches **Nomineemodell** hätte verschiedene Vorteile:

- Die Dispoaktie wird grundsätzlich beseitigt.
- Es wird mit der Möglichkeit von Nomineeeintragungen ein System geschaffen, das den internationalen Investoren verständlicher ist als die geltende Regelung.
- Weil jeder Aktionär direkt oder indirekt (über einen Nominee) eingetragen ist, wird die Ausübung des Stimmrechts im Vergleich zum Status Quo erleichtert.
- Die Gesellschaften erhalten die Möglichkeit, sich direkt an alle Anteilseigner (Aktionäre und BO) zu wenden und ihnen Informationen und weitere Unterlagen zuzustellen.

2. Teil: Änderung der Kapitalstrukturen

2.1 Unnötige Abschaffung der Inhaberaktie (Art. 620 VE-OR)

Der Vorschlag zur Abschaffung der Inhaberaktie wird damit begründet, dass die Ausgabe dieser Art von Aktientiteln in den letzten Jahren kontinuierlich zurückgegangen sei und dass es sich bei den Gesellschaften mit Inhaberaktien zumeist um kleine und mittlere Unternehmen handle. Zudem würden Inhaberaktien den Bedürfnissen nach transparenten Kapitalstrukturen zuwider laufen. Inhaberaktien seien in den vergangenen Jahren auf internationaler Ebene, insbesondere im Kontext der Geldwäschereibekämpfung im Rahmen der „Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux“ (GAFI/FATF) und der OECD ins Schussfeld der Kritik geraten. Die Empfehlung Nr. 33 der „Quarante Recommendations“ der GAFI/FATF vom 20. Juni 2003 verlangt, dass die Mitgliedstaaten – zu denen die Schweiz zählt – mit geeigneten Massnahmen gewährleisten, dass die Identität der Personen, die ein Unternehmen kontrollieren, innert nützlicher Frist festgestellt werden kann.⁷ Trotz dem Vorschlag der Schweiz zur Einführung einer Meldepflicht für Inhaberaktionäre, die direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten mindestens zehn Prozent der Stimmrechte kontrollieren, hält der internationale Druck gegen Inhaberaktien an.

Die Förderung des guten Rufs des Finanzplatzes Schweiz ist von grosser Wichtigkeit. Überstürzte Verbote müssen aber verhindert werden, weil eine unnötige Einschränkung der Wahlmöglichkeiten im schweizerischen Gesellschaftsrecht dessen Attraktivität reduziert.

In der Schweiz gibt es ungefähr 30 000 Aktiengesellschaften mit Inhaberaktien. Selbst im Schlussbericht der GAFI/FATF vom November 2005 heisst es: „Les actions au porteur constituent un instrument important de l'économie suisse.“⁸ Anders als es die Ausführungen im Begleitbericht des Bundesrats vermuten lassen, sind heute auch Inhaberaktien von grossen Schweizer Firmen wie z.B. Roche, Swatch oder Kudelski etc. im Umlauf. Demnach besteht nach wie vor ein relativ gewichtiges praktisches Bedürfnis nach dieser Art von Aktientiteln. Auch andere kontinentaleuropäische Länder wie zum Beispiel Deutschland, Frankreich und Italien kennen die Inhaberaktie. Die Inhaberaktie hat gewichtige Vorteile. So entfällt insbesondere die Pflicht zur Führung eines Aktienbuches, wodurch die damit verbundenen Kosten für die Gesellschaft und die Investoren eingespart werden können. Die Übertragung von Inhaberaktien ist leichter, was ebenfalls Kostenreduktionen bringt.

⁷ Die Empfehlung Nr. 33 der GAFI zum Gesellschaftsrecht und insbesondere zur Inhaberaktie lautet wie folgt: „Les pays devraient prendre des mesures pour empêcher l'utilisation illicite de personnes morales par les blanchisseurs de capitaux. Les pays devraient s'assurer que des informations adéquates, pertinentes et à jour sur les bénéficiaires effectifs et sur le contrôle des personnes morales peuvent être obtenues ou consultées en temps voulu par les autorités compétentes. En particulier, les pays dans lesquels les personnes morales peuvent émettre des actions au porteur devraient prendre les mesures appropriées pour faire en sorte que ces personnes ne soient pas utilisées à mauvais escient pour blanchir des capitaux, et devraient être capables de démontrer l'adéquation de ces mesures. (...)“

⁸ 3ème Rapport d'évaluation mutuelle de la lutte anti-blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme, Suisse, GAFI/OECD, Paris 2005, S. 205, § 1015 ff.

(<http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/29/11/35670903.pdf>)

Um den Bedenken der GAFI/FATF zu entgegnen, muss die Inhaberaktie nicht abgeschafft werden. Vielmehr empfiehlt die GAFI/FATF denjenigen Ländern, welche die Inhaberaktie kennen, lediglich die Ergreifung von Massnahmen zur Verhinderung der Benutzung entsprechender Gesellschaften für Geldwäschereizwecke oder für die Finanzierung von terroristischen Aktivitäten. Deshalb solle die Schweiz in Betracht ziehen, die Transparenz bei Inhaberaktiengesellschaften zusätzlich zu erhöhen. Dabei steht die Identifikation der die Gesellschaften kontrollierenden Personen im Vordergrund. Für die kotierten Gesellschaften besteht bereits eine entsprechende Meldepflicht. Schon deshalb schießt die vorgeschlagene Radikallösung mit der Abschaffung sämtlicher Inhaberaktien über das Ziel hinaus. Sodann ist das als ungenügend ausgefallene Urteil der GAFI/FATF nicht nur auf die Problematik der Inhaberaktie zurückzuführen, sondern es sind weitere Faktoren mit in die Beurteilung eingeflossen. Die mit der Abschaffung der Inhaberaktie vom Bundesrat vorgeschlagene Einschränkung der Gestaltungsmöglichkeiten ist deshalb unnötig.

2.2 Sacheinlagen und Sachübernahmen (Art. 634 ff. VE-OR)

Für die Deckung der Sacheinlage muss es genügen, dass eine Sache nach dem Grundsatz des Fortführungswertes für die Gesellschaft einen Wert hat. Wird, wie es in Art. 634 Ziff. 4 VE-OR vorgesehen ist, nur auf die Verwertbarkeit im Sinne der Übertragung auf einen Dritten abgestellt, müssten konsequenterweise bei Sacheinlagen und –übernahmen jeweils die Liquidationswerte eingesetzt werden. Das wäre absurd, wenn die Einlage resp. der zu übernehmende Wert spezifisch für die Gesellschaft erschaffen wurde.

Im Übrigen ist es bedauerlich, dass die Revision mit Bezug auf die Sacheinlagen und Sachübernahmen auf halbem Weg stehen geblieben ist. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung führt die Verletzung der Sacheinlage- und Sachübernahmebestimmungen zur Rechtsfolge der Nichtigkeit, wobei die Schweiz hier einen der europäischen Entwicklung entgegen gesetzten Weg geht. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit birgt eine grosse Rechtsunsicherheit in sich. Die Nichtigkeitsfolge ist auch undifferenziert, zumal eine Gefährdung der Interessen der Gläubiger und der Gesellschaft durch einen solchen Vorgang nur dann gegeben ist, wenn eine Unterpari-Emission vorliegt oder nicht sacheinlagefähige Güter eingelegt werden. In der Praxis werden die Publizitätsvorschriften bei Sacheinlagen oder Sachübernahmen häufig verletzt, was aber meistens erst nach Jahren im Zusammenhang mit anderen Rechtsgeschäften entdeckt wird. Richtigerweise müsste darauf abgestellt werden, dass im Fall der Nichtliberierung oder der ungenügenden Liberierung die Einleger nach geltendem Recht ohnehin eine Liberierungspflicht trifft.

2.3 Bezugsrechte

2.3.1 Bezugsrechtswahrung

Der Vorentwurf sieht vor, dass das Bezugsrecht auch dann gewahrt ist, wenn eine Bank die Aktien vorliberiert und diese Aktien dann den Aktionären zur Zeichnung anbietet. Dies entspricht teilweise der heutigen Praxis, welche dieses Vorgehen unter dem Stichwort „Formeller Entzug und materielle Wahrung der Bezugsrechte“ kennt.

Grundsätzlich begrüssen wir diese Klarstellung. Die zu enge Formulierung des Vorschlages ist hingegen abzulehnen. Die vorgeschlagene Formulierung würde die neueste Praxis (siehe bspw. die kürzlich durchgeföhrte Bezugsrechtskapitalerhöhung der Julius Bär Holding AG als erste Kapitalerhöhung einer am EU-kompatiblen Segment der virt-x kotierten SMI-Gesellschaft) verunmöglichen.

Eine Neuregelung sollte erlauben, dass die vertraglichen Bezugsrechte auch durch die Gesellschaft selber ihren Aktionären zugeteilt werden können. Abgesehen davon, dass dies den Intentionen des historischen Gesetzgebers entgegenkommt, hätte eine solche Ergänzung einen weiteren entscheidenden kotierungstechnischen Vorteil.

Die neuen Kotierungsvorschriften der virt-x setzen für eine Kotierung am EU-kompatiblen Segment einen Zulassungsentscheid des für den Emittenten jeweilig zuständigen EU-Regulators voraus. Sollten die vertraglichen Bezugsrechte nicht durch die Gesellschaft selber emittiert werden, sondern durch eine Drittpartei, kann dies zu verschiedenen fast unüberbrückbaren Komplikationen führen. So ist mit hoher Wahrscheinlichkeit im Prospekt nicht nur der eigentliche Emittent, sondern auch der Emittent der Bezugsrechte zu beschreiben. Dies wäre für den Investor schwer verständlich, könnte er doch wohl kaum nachvollziehen, warum im Prospekt neben dem eigentlichen Emittenten auch die die Kapitalerhöhung durchführende Bank dargestellt wird.

Hinzu kommt die Gefahr einer Doppelzuständigkeit von Regulatoren zweier verschiedener Länder für *dieselbe* Kapitalerhöhung. Dies kann – wie die zum Teil unterschiedliche Praxis der Regulatoren zeigt – zu widersprüchlichen Entscheidungen bei der Beurteilung ein und derselben Transaktion führen. Diese Doppelzuständigkeit für dieselbe Transaktion kann sich dann ergeben, wenn der Emittent und die die Kapitalerhöhung durchführende Bank *verschiedenen* Regulatoren unterliegen.

Als Randbemerkung sei weiter erlaubt, auf eine praktische Unmöglichkeit hinzuweisen: Auf Seite 46 des Vorentwurfes wird festgestellt, dass eine Veräusserung der Titel aus der Kapitalerhöhung durch die Bank an nicht berechtigte Dritte nichtig sei und der Gutaufbewahrungsschutz zurückzutreten habe. Hier sei darauf hingewiesen, dass das vorgesehene Kapitalerhöhungsverfahren fast ausschliesslich bei börsenkotierten Gesellschaften zur Anwendung kommen wird. Im Rahmen einer solchen Kapitalerhöhung werden so gut wie nie sämtliche Bezugsrechte ausgeübt. Die Ausübungsraten liegen bei erfolgreichen Kapitalerhöhungen erfahrungsgemäss bei ca. 98-99% der Titel. Die restlichen Titel werden von der durchführenden Bank über die Börse verkauft.

Für Dritte an der Börse aktive Marktteilnehmer würde sich durch die Statuierung einer solchen Nichtigkeitskonsequenz eine doppelte, unakzeptable Unsicherheit ergeben: Erstens würden die Marktteilnehmer erst nach Vertragsschluss wissen (wenn überhaupt), wer ihre Gegenpartei an der Börse ist. Zweitens, selbst wenn sie die mit der Kapitalerhöhung betraute Bank als ihre Gegenpartei identifizieren sollten, werden sie nicht wissen, ob diese Bank

- Titel für eine weitere Drittseite im Rahmen des normalen Tagesgeschäfts verkauft hat,
- solche neu ausgegebenen Titel, für welche kein Bezugsrecht ausgeübt wurde, verkauft hat,
- im gemäss Vorentwurf vorgesehenen Nichtigkeitsfall – solche Titel, die unberechtigt angeboten wurden, verkauft hat.

Jeder Börsenteilnehmer muss sich beim Erwerb von Titeln über die Börse darauf verlassen können, dass er Eigentümer der Titel ist, sobald diese an ihn geliefert worden sind. Dies insbesondere deshalb, weil er beim Handel über die Börse seine Gegenpartei nicht selber aussuchen kann.

Die Postulierung der Nichtigkeit für solche unberechtigten Geschäfte verbietet sich aufgrund der potentiellen Verunsicherung der Marktteilnehmer und der sich daraus ergebenden negativen Konsequenzen.

Art. 652b Abs. 2 des Vorentwurfes sollte somit wie folgt ergänzt werden (**Ergänzung kursiv**):

„Das Bezugsrecht ist gewahrt, wenn ein dem Bankengesetz unterstelltes Institut die Aktien mit der Verpflichtung zeichnet, sie **durch die Gesellschaft oder durch das dem Bankengesetz unterstellte Institut** den Aktionären gemäss ihrer bisherigen Beteiligung zum Bezug anzubieten. ~~Eine Abgabe entgegen dieser Verpflichtung ist nichtig.~~“

2.3.2 Bezugsrechtsausübung

Art. 652b Abs. 5 VE-OR, wonach die Ausübung des Bezugsrechts „nicht in unsachlicher Weise wesentlich erschwert“ werden darf, soll dem Schutz von Minderheitsaktionären dienen. Im Begleitbericht wird als Beispiel für eine solche „unsachliche Erschwerung“ das bewusste Ausnutzen der Tatsache erwähnt, dass der Minderheitsaktionär kein Geld hat, die Kapitalerhöhung mitzumachen. Dieser Vorschlag muss auf die Frage geprüft werden, ob er nicht zu Verzögerungen von notwendigen Kapitalerhöhungen führen kann. Allenfalls sollten börsenkotierte Gesellschaften von der vorgeschlagenen Beschränkung generell ausgenommen werden.

2.3.3 Bezugsrechtshandel

Der Vorentwurf sieht vor, dass der Ausgabepreis von neuen Aktien nur dann wesentlich tiefer als der wirkliche Wert der Aktien festgesetzt werden darf, wenn das Bezugsrecht handelbar ist.

Der Begleitbericht geht davon aus, dass bei kotierten Titeln im Fall einer Bezugsrechts-Kapitalerhöhung in jedem Fall ein Bezugsrechtshandel stattfindet. Dies ist zwar häufig, aber eben nicht immer der Fall. So gibt es bei kleineren, kotierten Gesellschaften immer wieder Bezugsrechtskapitalerhöhungen, bei welchen der Bezugspreis einen mehr oder weniger grossen, aber doch wesentlichen Abschlag zum Marktpreis der gehandelten Aktie darstellt. Oft wird der effektive Handel in diesen Titeln nur sehr gering sein, sofern von einem Handel überhaupt die Rede sein kann. Wird in einem solchen Umfeld im Rahmen einer Kapitalerhöhung mit Abschlag den bestehenden Aktionären die Möglichkeit geboten, ihre Bezugsrechte zu verkaufen, wird dies hohe Kursausschläge zur Folge haben und sich negativ auf den Marktpreis der bestehenden Aktien auswirken. Je grösser die Kapitalerhöhung und je geringer die Liquidität im Titel ist, desto grösser wird im Allgemeinen der Druck auf den Marktpreis sein. Dies deshalb, weil innert der sehr kurzen Frist des Bezugsrechtshandels (in der Regel 1-2 Wochen) die Altaktionäre entweder die Bezugsrechte ausüben oder eben verkaufen. Sollte durch diese Verkäufe der Marktpreis der Aktien unter den Bezugspreis fallen, würde es zu keinen Bezugsrechtsausübungen kommen und die Kapitalerhöhung würde fehlschlagen. Das Risiko, eine solche Transaktion durchzuführen, wird somit steigen. Sollte somit ein Bezugsrechtshandel für Kapitalerhöhungen mit Abschlag zwingend vorgeschrieben werden, wird dies im besten Fall aufgrund des im Einzelfall höheren Risikos zu steigenden Transaktionskosten führen oder im schlechtesten Fall die Transaktion sogar verunmöglichen.

Die Regelung sollte dem Markt überlassen werden: Schon heute sollte jeder börsenkotierten Gesellschaft bewusst sein, dass die Einrichtung eines Bezugsrechtshandels im Sinne der Aktionärspflege zu bevorzugen ist. Dies ist aber vom Verwaltungsrat der betreffenden Gesellschaft gegen die Wahrscheinlichkeit des Transaktionserfolges und der Kosten abzuwagen. Die Aktionäre werden aus dem Entscheid ihre Konsequenzen ziehen und ihre Aktien – bei kotierten Gesellschaften ohne weiteres möglich – entweder verkaufen oder weiter halten.

Noch schwieriger stellt sich die Situation bei nicht-kotierten Gesellschaften dar, welche bekanntlich die Mehrzahl der in der Schweiz bestehenden Aktiengesellschaften darstellt. Abgesehen davon, dass der „wirkliche Wert“ der Aktien aufgrund der nicht bestehenden Möglichkeit einer Bezugnahme auf einen Marktpreis nur schwierig und mit Aufwand zu ermitteln ist, kann aufgrund der fehlenden Kotierung kein Bezugsrechtshandel eingerichtet werden. Die neue Vorschrift nimmt somit diesen Gesellschaften die Möglichkeit einer Kapitalerhöhung mit Abschlag. Dies kann insbesondere in Zeiten des schlechten Geschäftsganges verhindern, dass neues Kapital aufgenommen werden kann, da potentiellen Investoren ein allenfalls nur ungenügender Investitionsanreiz gegeben wird. Die Konsequenz ist die drastische Erschwerung wenn nicht Verunmöglichung von Sanierungen, was volkswirtschaftlich unerwünscht ist.

Art. 652b Abs. 6 des Vorentwurfes ist deshalb ersatzlos zu streichen.

2.4 Bedingtes Kapital

2.4.1 Ergänzung und Änderung zu Art. 653 VE-OR

Wir schlagen vor, im Wortlaut von Art. 653 VE-OR folgende Präzisierungen anzubringen:

- Kreis der Berechtigten: Richtigerweise sollte nicht nur von Arbeitnehmern, sondern von "Arbeitnehmern, Organen und weiteren Personen mit Führungsverantwortung" gesprochen werden.
- Aus dem Text sollte hervor gehen, dass auch Arbeitnehmer von Konzerngesellschaften zum Kreis der Berechtigten gehören.

Auch nach heutigem Gesetzeswortlaut ist man sich einig, dass trotz der Formulierung "Arbeitnehmer" auch Optionen für Verwaltungsräte aus dem bedingten Kapital finanziert werden können, obwohl sie in der Regel keine Arbeitnehmer sind. Ferner ist es durchaus möglich, dass andere Personen, die nicht in einem eigentlichen Arbeitsverhältnis stehen, Führungsverantwortung im Unternehmen ausüben. Dass auch Arbeitnehmer von Konzerngesellschaften zu den berechtigten Personen zählen, ist heute unbestritten. Dies sollte aber im Text entsprechend klar gestellt werden.

Art. 653 Abs. 1 VE-OR ist damit wie folgt zu ergänzen: "**... sowie deren Arbeitnehmern, Organen und anderen Personen mit Führungsverantwortung ...**"

Sodann sollte auf die Festlegung einer genauen gesetzlichen Frist für die Anmeldung beim Handelsregisteramt im Sinne von Art. 653 Abs. 2 VE-OR verzichtet werden.

2.4.2 Schaffung von bedingtem Kapital aus freiem Eigenkapital

Während das Aktienkapital auch aus frei verwendbarem Eigenkapital geschaffen werden kann (Art. 652d OR) und die Lehre generell den originären Erwerb von Aktien durch die Gesellschaft als zulässig erklärt (in den Schranken von Art. 659 OR), wird praktisch unisono behauptet, dies gelte nicht für bedingtes Kapital. Dabei stützt man sich auf eine Stellungnahme in der Botschaft vom 23.2.1983, wonach für die Liberierung aus Gesellschaftsmitteln "kein Bedürfnis" bestehe (Botschaft, Ziff. 316.21). Diese Behauptung ist unbegründet. Im Gegenteil: Gerade bei Schaffung von bedingtem Kapital zur Bedienung von Mitarbeiteroptionen bestünde ein grosses Bedürfnis für die Gesellschaft, das Kapital namens der Mitarbeiter aus frei verwendbaren Mitteln zu schaffen und u.a. diesen GRATISoptionen zur Verfügung stellen zu können. In diesem Fall besteht auch nicht das Problem, dass der Verwaltungsrat Bezugsrechte von Aktionären umginge, denn für die Bedienung von Mitarbeiteroptionen ist dieses (ebenso wie das Vorwegzeichnungsrecht) ohnehin ausgeschlossen; auch der Verwendungszweck ist klar offen gelegt. Deshalb muss die Schaffung von bedingtem Kapital auch aus Gesellschaftsmitteln zulässig sein.

Art. 653 Abs. 2 OR ist damit wie folgt zu ergänzen "**oder frei verwendbarem Eigenkapital...**"

2.5 Vorwegzeichnungsrecht bei bedingtem Kapital

Gemäss Vorentwurf kann bei der Ausgabe von bspw. Wandel- oder Optionsanleihen das Vorwegzeichnungsrecht ohne wichtigen Grund ausgeschlossen werden, sofern die entsprechenden Aktien kotiert sind und die Aktionäre ihren Beteiligungsanteil durch den Erwerb der Wandel- oder Optionsanleihe zu *angemessenen Bedingungen* wahren können.

Die vorgeschlagene Formulierung wirft die Frage auf, ob jeglicher Erwerb der Wandel- oder Optionsanleihe zum jeweiligen Marktpreis *ein Erwerb zu angemessenen Bedingungen* darstellt. Dies insbesondere dann, wenn ein rechnerisch höherer innerer Wert der Aktie bestehen sollte, der vom aktuellen Börsenkurs und damit von der Bewertung durch den Markt abweicht.

Die vorgeschlagene Regelung erlaubt einen Ausschluss des Vorwegzeichnungsrechts nur dann, wenn die Aktien der Gesellschaft börsenkotiert sind. Es besteht somit in solchen Fällen die Möglichkeit, die Titel an der Börse zu erwerben und zu veräussern. Soweit es sich hier nicht um einen illiquiden Titel handelt, besteht somit im Allgemeinen ein Marktpreis, welcher den Marktkonsensus widerspiegelt. Ein solcher Marktpreis sollte nicht noch einer Angemessenheitsprüfung unterzogen werden müssen.

Art. 653c Abs. 3, 2. Satz des Vorentwurfs ist durch Streichung der zweiten Satzhälfte anzupassen:

~~„Bei Gesellschaften, deren Aktien an der Börse kotiert sind, kann das Vorwegzeichnungsrecht auch beschränkt oder aufgehoben werden, wenn gewährleistet ist, dass die Aktionäre ihren Beteiligungsanteil durch den Erwerb der ausgegebenen Titel zu angemessenen Bedingungen wahren können.“~~

2.6 Streichung des nicht benützten bedingten Kapitals

Sowohl das geltende Gesetz als auch der Entwurf sehen vor, dass der Verwaltungsrat das bedingte Kapital im nicht benützten Umfang streicht, sofern die entsprechenden Wandel- oder Optionsrechte erloschen sind.

Dies sollte als Kann-Vorschrift formuliert werden. In der heutigen Praxis wird ein einmal geschaffenes bedingtes Kapital auch nach Verfall der Wandel- oder Optionsrechte zwecks Ausgabe neuer Wandel- oder Optionsrechte wieder verwendet. Diesem Vorgehen widerspricht auch nicht der zugrunde liegende Generalversammlungsbeschluss, welcher das bedingte Kapital normalerweise für Wandel- und Optionsanleihen und/oder Mitarbeiterprogramme schafft und keine spezifische Einschränkung auf eine einzelne Transaktion vornimmt. Eine gesetzlich verordnete Streichung des unbenützten bedingten Kapitals widerspricht somit in der Regel auch dem Aktionärswillen.

Art. 653i Abs. 1 des Vorentwurfs ist deshalb wie folgt anzupassen:

"Der Verwaltungsrat **kann** die Statutenbestimmung über die bedingte Kapitalerhöhung **aufheben oder anpassen**, wenn:

1. die Wandel- oder die Optionsrechte erloschen sind;
2. keine Wandel- oder Optionsrechte eingeräumt worden sind;
3. alle oder ein Teil der Berechtigten auf die Ausübung der ihnen eingeräumten Wandel- oder Optionsrechte schriftlich verzichtet haben."

2.7 Einführung des Kapitalbands

Die Einführung des Kapitalbandes ist sehr zu begrüssen. Die bisherige Starrheit des Grundkapitals stellt einen unnötigen Wettbewerbsnachteil für die Schweizer Unternehmen dar. Die vorgeschlagene Neuerung bringt deshalb eine sinnvolle Flexibilisierung.

Das Kapitalband ist derart auszustalten, dass es die bedingte Kapitalherabsetzung mit beinhaltet und dass alle übrigen unnötigen Regulierungen, insbesondere das bedingte und das genehmigte Kapital, abgeschafft werden können. Die vorgeschlagene Regelung des Kapitalbands sollte deshalb noch einmal vertieft daraufhin überprüft werden, dass das Kapitalband alle Möglichkeiten, die unter der heutigen Regelung bestehen (bzgl. Fristen, Umfang der Kapitalerhöhung, Möglichkeit mehrerer genehmigter Kapitalerhöhungen mit und ohne Bezugsrechtsausschluss usw.) ebenfalls abdeckt. Das neue Schweizer Modell soll letztlich unter dem Stichwort „Gestaltungsautonomie“ im internationalen Vergleich mit einer einfachen Regelung die breiteste Palette an Möglichkeiten anbieten.

Die Bestimmungen über den Gläubigerschutz (insbesondere zum Prüfungsbericht und zum Schuldenruf) sollten nochmals auf den richtigen Zeitpunkt hin überprüft werden. Aus Gläubiger-Sicht wäre die Festlegung des Schuldenrufs vor dem Verwaltungsratsbeschluss sinnvoll.

2.7.1 Berechnung des Kapitalbandes / Einbezug von bedingtem Kapital

Der Entwurf legt fest, dass das Band in einem Korridor von +/- 50% um das im Zeitpunkt des Generalversammlungsbeschlusses bestehende Aktienkapital festgelegt werden darf. Die Ausgabe von Aktien aus bedingtem Kapital fällt nicht unter das Kapitalband und wird auch hinsichtlich dessen Breite nicht berücksichtigt.

Gegen die Breite des Bandes ist nichts einzuwenden. Hingegen ist das Verhältnis des Kapitalbandes zum bedingten Kapital klarzustellen. Werden Aktien aus bedingtem Kapital ausgegeben, erhöht sich das aktuell ausstehende Aktienkapital. Durch die Erhöhung des Aktienkapitals reduziert sich die Anzahl derjenigen Aktien, welche im Rahmen des Kapitalbandes vereinfacht ausgegeben werden können, da die Obergrenze des Kapitalbandes sich durch die Ausgabe von Aktien aus bedingtem Kapital hierdurch nicht anpasst. Die durch die Einführung des Kapitalbandes gewonnene Flexibilität ist dadurch in Frage gestellt.

Es ist deshalb sicherzustellen, dass durch die Ausgabe von Aktien aus bedingtem Kapital die gerade gewonnene Flexibilität nicht konsumiert wird, sondern durch entspre-

chende Verschiebung der Bandbreite nach oben im Umfang der Ausübung von Wandel- und Optionsrechten erhalten bleibt. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass auch im neuen Aktienrecht weiterhin das gilt, was schon bisher galt: Das bestehende Aktienkapital kann um 50% im Rahmen des Kapitalbandes (früher: genehmigtes Kapital) und um 50% im Rahmen des bedingten Kapitals erhöht werden.

Art. 653g Abs. 2 des Vorentwurfs ist wie folgt zu ergänzen:

„Er nimmt die nötigen Anpassungen der Statuten vor **und setzt auch das Maximal- und das Basiskapital um die ausgegebenen Aktien herauf.“**

2.7.2 Ausgabe der Aktien im Rahmen des Kapitalbandes

Es ist vorgesehen, dass die Aktien unter bestimmten Umständen ausgegeben werden können, bevor diese im Handelsregister eingetragen sind. Dies ist zu begrüßen. Es ist aber zu beachten, dass im heutigen System diese Vorschrift für an der SWX kotierte Gesellschaften nutzlos ist, da die Kotierungsvorschriften verlangen, dass einerseits alle Titel inklusive der neu auszugebenden kotiert sind und andererseits eine Kotierung nur möglich ist, wenn ein entsprechender Handelsregisterauszug vorliegt. Es ist somit eine Regelung anzustreben, welche nach Möglichkeit auch kotierte Gesellschaften von dieser Bestimmung profitieren lässt.

2.8 Verzicht auf den Mindestnennwert

Mit der vorgeschlagenen Regelung lassen sich künftig auch Aktien splitten, die heute einen Mindestnennwert von 1 Rappen aufweisen. Gesplittete Aktien mit entsprechend tieferem Marktpreis sind leichter handelbar, erhöhen die Liquidität und begünstigen den Aktienkurs. Der Verzicht auf den Mindestnennwert stellt deshalb ein geeignetes Mittel zur Erhöhung der Flexibilität dar und ist grundsätzlich zu begrüßen.

2.9 Flexibilisierung des Partizipationskapitals

Die Schaffung von Inhaber-Partizipationsscheinen soll gemäss Vorentwurf auch in Zukunft möglich bleiben. Neu soll die Obergrenze des Partizipationskapitals aufgehoben werden. Demnach soll künftig das Verhältnis zwischen Aktien- und Partizipationsscheinen von den Unternehmen bedürfnis- und marktgerecht frei festgelegt werden können. Die damit verbundene Erhöhung der Flexibilität ist zu begrüßen.

3. Teil: Aktualisierung der Generalversammlung

Wir begrüßen die Vorschläge des Vorentwurfs, insbesondere die elektronische Einberufung der Generalversammlung, die elektronische Vollmacht zur Stimmrechtsvertretung und die Verwendung elektronischer Mittel in der Generalversammlung.

Die vorgesehenen Neuerungen tragen den fortlaufenden technologischen Neuerungen Rechnung und lassen Raum für weitere technische Fortschritte. Sie entsprechen auch einem praktischen Bedürfnis. Die Praktikabilität der Vorschriften wird sich jedoch noch

zeigen müssen. Insbesondere Aspekte der Sicherheit und der Missbrauchsgefahr werden wohl vorerst zu einer lediglich zurückhaltenden Anwendung der neuen Möglichkeiten führen. Um auch (grössere) Publikumsgesellschaften von den Neuerungen profitieren zu lassen, sollte in Art. 701d VE-OR die Möglichkeit eingeräumt werden, das Abhalten elektronischer Generalversammlungen statutarisch (allenfalls mit qualifiziertem Mehr) zu verankern.

Zu klären ist ob Art. 701a Ziff. 2 und Art. 701b VE-OR kumulativ anwendbar sein sollen, d.h. ob auch mehrere ausländische Tagungsorte möglich sind.

Fraglich ist die in Art. 701f VE-OR vorgesehene Pflicht, eine Generalversammlung wiederholen zu müssen, wenn sie aufgrund technischer Probleme nicht nach Massgabe des Gesetzes und der Statuten durchgeführt werden kann. Im Falle technischer Probleme anlässlich einer Generalversammlung kann heute auf Alternativen zurückgegriffen werden, wie bspw. Handabstimmung oder manuelle Systeme. Dies ist im Falle, dass Aktionäre per Videokonferenz zugeschaltet sind, nicht mehr möglich, was dazu führt, dass die ganze Generalversammlung neu anberaumt werden müsste. Dies wäre mit einem beträchtlichen Kosten- und Zeitaufwand verbunden.

Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, ob die einschneidende Konsequenz von Art. 701f, wonach die Generalversammlung wiederholt werden müsste, nicht in Anlehnung an Art. 691 Abs. 3 OR relativiert werden sollte. Denkbar wäre, dass der Gesellschaft die Möglichkeit eingeräumt wird nachzuweisen, dass das technische Problem (bspw. aufgrund dessen Geringfügigkeit) keinen Einfluss auf die Beschlussfassung hatte. Für die Fälle, in denen eine Wiederholung nötig ist, sollte sodann die Geltung kürzerer Einberufungsfristen geprüft werden.

Über die im Vorentwurf gemachten Vorschläge hinaus sollten auch dispositive Lösungsansätze für die faktische Stärkung der Aktionärsrechte entwickelt werden, die sich im Vorfeld einer Generalversammlung auswirken. Eine Aktiengesellschaft sollte die Möglichkeit haben, in ihren Statuten die Ausgestaltung von Instrumenten wie z.B. eines Chatraums für Aktionäre zu regeln, in welchem sich Einzelaktionäre im Vorfeld einer Generalversammlung austauschen können und so zum Beispiel einen Antrag unterstützende Stimmen sammeln können.

4. Teil: Revision des Rechnungslegungsrechts

Der in die Vernehmlassung geschickte Vorentwurf zur Revision der Bestimmungen über „die kaufmännische Buchführung“ (Art. 957-963c VE-OR) stellt zwar eine Verbesserung gegenüber dem seinerzeit stark kritisierten Vorentwurf der Expertenkommission „Rechnungslegungsrecht“ zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung (RRG) aus dem Jahr 1998 dar. Wir begrüssen die Ziele, welche mit der Neuregelung der Rechnungslegung verfolgt werden, so insbesondere die rechtsformübergreifende Ausgestaltung unter Differenzierung nach Unternehmensgrösse und die angestrebte Steuerneutralität. Auch das Ziel einer höheren Transparenz ist an sich zu begrüssen. Fraglich ist aber, ob die weitgehend offenen Formulierungen des Vorentwurfs in komplexen Bereichen ausreichend sind. Der grosse Interpretationsspielraum könnte einerseits zwar praxisgerech-

te Umsetzungen erlauben, würde andererseits aber die Vergleichbarkeit und die Rechtssicherheit beeinträchtigen. Den KMU, welche der ordentlichen Revision unterstehen, werden neue Pflichten auferlegt, wobei der Nutzen für den entsprechenden Mehraufwand fraglich ist. Unbefriedigend ist die undifferenzierte Anwendbarkeit von Vorschriften über Angaben mit Corporate Governance-Bezug auf sämtliche Unternehmen, insbesondere auf jene ohne Principal-Agent Problem (z.B. bei Personalunion zwischen Eigentum und Unternehmensführung oder bei Konzerngesellschaften). Der Vorentwurf zur Rechnungslegung muss insbesondere aus dem Blickwinkel der kleinen Aktiengesellschaften nochmals überarbeitet werden. Der Vermeidung von Mehrbelastungen für die einzelne Gesellschaft ist dabei stärker Rechnung zu tragen. Als sehr problematisch wird von unseren Mitgliedern schliesslich die vorgeschlagene Regelung des Verhältnisses zwischen Handels- und Steuerrecht beurteilt, mit welcher das Ziel der Steuerneutralität verfehlt würde.

Insgesamt enthält der in die Vernehmlassung geschickte Vorentwurf unter dem Titel der Rechnungslegung grundlegende Mängel und zu viele Bestimmungen, die von den Unternehmen als problematisch beurteilt werden. Deshalb beantragen wir die **Rückweisung des Vorentwurfs zur Neugestaltung des Rechnungslegungsrechts zur gesamthaften Überarbeitung**.

Auf der Basis dieses Rückweisungsantrags nehmen wir nachfolgend detailliert Stellung zu den im Vorentwurf gemachten Vorschlägen.

4.1 Rechtsformübergreifende Differenzierung nach Unternehmensgrössen

Die vorgeschlagene Vereinheitlichung der Buchführungspflicht und Rechnungslegung unabhängig von der Rechtsform einer privatrechtlich organisierten Gesellschaft macht Sinn. Allerdings ist der in Art. 957 Abs. 3 enthaltene Begriff "Strengere (...)" zu streichen, so dass der Text lediglich "Spezialgesetzliche Bestimmungen bleiben vorbehalten" lautet.

Die Schwellenwerte für die Abgrenzung von grossen Unternehmen, an welche zusätzliche Anforderungen an den Geschäftsbericht gestellt werden, sind zu tief. Für viele der damit erfassten Unternehmen machen diese zusätzlichen Anforderungen keinen Sinn und stellen nur unnötige Belastungen dar.

Die Kriterien des Vorentwurfs orientieren sich an den neuen Revisionspflichtbestimmungen im Obligationenrecht, d.h. danach, ob eine Aktiengesellschaft der eingeschränkten oder der ordentlichen Revision unterliegt. Bereits im damaligen Vernehmlassungsverfahren haben wir bemängelt, dass die Schwellenwerte (Bilanzsumme 10 Millionen Franken, Jahresumsatz 20 Millionen Franken und 50 Mitarbeiter) zu tief seien und für viele Unternehmen zu einem unverhältnismässig grossen Revisionsaufwand führen. Ein Abstellen auf dieselben Schwellenwerte im Rechnungslegungsrecht macht nur Sinn, sofern die jetzt vorgeschlagenen zusätzlichen Anforderungen an den Geschäftsbericht für die ordentliche Revision ohnehin vorliegen müssen. Soweit die Anforderungen aber darüber hinausgehen, ist die Schwelle für das Erfordernis der zusätzlichen Anforderungen an den Geschäftsbericht zu erhöhen, um KMU nicht unnötig zu

belasten. So ist es z.B. nicht nachvollziehbar, weshalb der oberste Leiter eines mittleren Unternehmens, das zur Hauptsache ihm gehört, seine Bezüge den Minderheitsaktionären und Gläubigern offen legen muss, wie dies in Art. 961 Abs. 2 Ziff. 3 VE-OR verlangt würde. Für Aktiengesellschaften, die im Alleinbesitz einer juristischen oder natürlichen Person sind, müssten differenzierende Regelungen gelten.

Bei der Neuüberarbeitung der Vorlage sollten generell auch Opting Out Lösungen geprüft werden.

4.2 Zuweisung des Agio an die Kapitalreserve (Art. 671 Abs. 1 Ziff. 1 VE-OR)

Nach dem Vorentwurf soll das gesamte Agio der Kapitalreserve zugewiesen werden müssen. Diese zu weitgehende Einschränkung der Mittelverwendung würde zu einer Reduktion der Attraktivität der Kapitalaufnahme durch Emissionen führen. Der Vorschlag wird deshalb abgelehnt. Sofern die über das Agio zu äfnende Kapitalreserve nicht ganz abgeschafft wird, sollte sie zumindest limitiert werden.

4.3 Vorschriften über die Buchführung (Art. 957a VE-OR)

Die Streichung der heute in Art. 957 Abs. 2 OR festgehaltenen Pflicht zur Aufbewahrung der gesamten Geschäftskorrespondenz und die Beschränkung der Aufbewahrungs-pflicht auf die Buchungsbelege wird begrüßt. In 957a Abs. 3 VE-OR wird bei der Definition von Buchungsbelegen der Versuch gemacht, den Ordnungsmässigkeits-Grundsatz zu konkretisieren: „Als Buchungsbeleg gelten alle Schriftstücke, die notwendig sind, um den einer Buchung zugrunde liegenden Geschäftsvorfall oder Sachverhalt nachvollziehen zu können. Die redaktionelle Einschränkung auf „Schriftstücke“ ist zumindest fraglich und könnte den falschen Schluss zulassen, dass nicht in einem Schriftstück enthalte-nen, sondern in elektronischer Form ausgetauschte resp. aufbewahrte Texte nicht die Qualität eines Buchungsbelegs aufweisen könnten. Zudem sollte in Art. 957a Abs. 3 VE-OR das auslegungsbedürftige Kriterium des „Nachvollziehen-Könnens“ allenfalls konkretisiert werden.“

Wir begrüssen, dass in Art. 957a Abs. 5 ausdrücklich auch die englische Sprache aufgeführt ist. Allerdings sollte sichergestellt werden, dass Amtsstellen wie Sozialversicherungsanstalten und Steuerbehörden die vom Unternehmen gewählte Sprache auch akzeptieren.

4.4 Allgemeine Rechnungslegungsvorschriften (Art. 958-958e VE-OR)

Die in den **Artikeln 958 bis 958e VE-OR** festgehaltenen allgemeinen Rechnungsle-gungsvorschriften sind grundsätzlich als Verbesserung zum gegenwärtigen Recht zu bewerten. Diverse Punkte sind jedoch ungenügend gelöst.

Art. 958 Abs. 2 VE-OR

Der Verzicht auf den heute in den Art. 662 Abs. 2 und Art. 663d OR vorgeschriebenen Jahresbericht ist aus Sicht der KMU als administrative Erleichterung zu begrüssen.

Art. 958a VE-OR

In Art. 958a Abs. 1 und 2 VE-OR werden zu unbestimmte Begriffe verwendet. So ist unklar, welche Zeitspanne der Begriff in Abs. 1 auf „absehbare Zeit“ umfasst. Ebenso unbestimmt ist die in Abs. 2 verwendete Formulierung „voraussichtlich nicht abwendbar“. Weiter empfehlen wir, Abs. 2 an internationale Standards anzupassen und den ersten Satz der Bestimmung wie folgt zu ergänzen: „.... Veräusserungswerte zugrunde zu legen, sofern diese nicht höher als der aktuelle Buchwert sind.“

Art. 958b Abs. 1 Ziff. 5 VE-OR

In Übernahme der Formulierung des heute geltenden Art. 662a Abs. 2 Ziff. 6 OR schlägt der Vorentwurf die Festhaltung eines absoluten Verbots der Verrechnung von Aktiven und Passiven sowie von Aufwand und Ertrag vor. Es gibt jedoch durchaus Sachverhalte, bei denen der Nettoausweis das wirtschaftlich richtige Bild ergibt, während der Bruttoausweis irreführend ist. Die Revision sollte deshalb dazu benutzt werden, die Absolutheit des Verbots auf ihre Zweckmässigkeit hin zu prüfen.

Art. 958b Abs. 3 VE-OR

Zur Entlastung von Kleinstbetrieben beantragen wir eine Anhebung der Limite, bis zu welcher auf die periodengerechte Zuordnung von Aufwand und Ertrag verzichtet werden kann, von 75'000 Franken auf 100'000 Franken.

Art. 958c Abs. 3 VE-OR

Art. 958c Abs. 3 VE-OR enthält eine Unklarheit bezüglich Umrechnung von Fremdwährungspositionen. Gemäss Entwurf sind Fremdwährungspositionen zum Kurs am Bilanzstichtag umzurechnen. Während dies für Bilanzpositionen sachgerecht ist, kann diese Methode die Umrechnung von Erfolgsrechnungspositionen je nach Wechselkursentwicklung während eines Jahres wesentlich verfälschen. Erfolgsrechnungspositionen sind daher entweder zum aktuellen Tageskurs am Datum der Transaktion oder zum Durchschnittskurs der Rechnungsperiode umzurechnen.

Art. 958d Abs. 2 Ziff. 2 VE-OR

Die Formulierung „an der Börse kotiert“ ist zu präzisieren. Es ist unklar, ob nur eine Schweizer Börse gemeint ist oder auch Kotierungen an ausländischen Börsen darunter fallen.

4.5 Gliederungsvorschriften für die Jahresrechnung (Art. 959-959c VE-OR)

Die in den Artikeln **959 bis 960f VE-OR** festgehaltenen Vorschriften zur Gliederung und Bewertung der Jahresrechnung stellen einerseits gegenüber den bestehenden Normen Verbesserungen dar. Andererseits ist es ein vielleicht zu ambitioniertes Unterfangen, dieses komplexe und weit verzweigte Gebiet in 11 Artikeln gesetzlich festzuhalten, denn damit sind Lücken unvermeidlich.

Art. 959 VE-OR

Der in Art. 959 Abs. 4 VE-OR enthaltenen Forderung, dass fiktive Verpflichtungen nicht bilanziert werden dürfen, ist grundsätzlich nichts entgegenzuhalten. Es ist aber unklar, ob auch nicht aufgelöste und nicht mehr benötigte Rückstellungen als „fiktive Verpflich-

tungen“ zu qualifizieren wären und ob dieser Satz damit zu einer Abweichung von der bisherigen Praxis bezüglich Rückstellungen führen würde. Nach bisheriger Auffassung waren Rückstellungen, die betriebswirtschaftlich nicht mehr notwendig waren, handelsrechtlich nicht zwingend aufzulösen.

Im Bereich Eigenkapital (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 VE-OR) enthält der Vorentwurf eine wesentliche Lücke, die es zu schliessen gilt. In der Praxis haben Derivate sowie hybride Instrumente, wie beispielsweise Wandelanleihen, längst Einzug gehalten. Wenn solche Instrumente auf Beteiligungspapiere der Gesellschaft lauten, so stellt sich die Frage, ob diese bzw. welche Teile davon Eigenkapitalinstrumente sind. Die Frage des Eigenkapitals ist auch im Zusammenhang mit Art. 959b Abs. 4 VE-OR (siehe weiter unten) zu sehen.

Wenn die bisherige Praxis weitergeführt werden soll, wonach alle Instrumente, welche nicht im Gesetz als Beteiligungspapiere vorgesehen sind, als Verbindlichkeiten zu verbuchen sind, kann dies in gewissen Fällen zur Verbuchung fiktiver Verpflichtungen führen. So ist beispielsweise eine von der Gesellschaft ausgegebene Call Option auf eigene Aktien, die nur durch Bezahlung des Ausübungspreises in bar gegen Erhalt einer Aktie ausgeübt werden kann, eindeutig als Eigenkapitalinstrument einzustufen. Ebenso ist die vereinnahmte Prämie als Eigenkapitaltransaktion zu behandeln, denn der Gesellschaft entsteht aus der Ausgabe der Call Option keine finanzielle Verpflichtung. Im rechtlichen Sinne gibt es bei dieser Transaktion keinen Gläubiger, woraus der Schluss zu ziehen ist, dass eine Behandlung einer derart ausgestalteten Call Option als Verbindlichkeit einen Gesetzesverstoss darstellen würde. Es liessen sich hier weitere Beispiele anfügen, bei denen sich teilweise noch schwierigere Fragestellungen ergäben, ob ein Instrument zu Eigenkapital oder zu einer Verbindlichkeit führt. Es soll mit diesem Beispiel in erster Linie aufgezeigt werden, dass der vorgeschlagene Text den heutigen Anforderungen nicht gerecht wird.

Art. 959b VE-OR

Gemäss Art. 959b Abs. 2 Ziff. 2 muss in der Produktionserfolgsrechnung mindestens folgende Position einzeln ausgewiesen werden: „Materialaufwand einschliesslich Bestandesänderungen an unfertigen und fertigen Erzeugnissen sowie an nicht fakturierten Dienstleistungen.“ Wir schlagen vor, „Bestandesänderungen an unfertigen und fertigen Erzeugnissen sowie an unverrechneten Leistungen“ unter Ziffer 1 „Nettoerlös auf Lieferungen und Leistungen“ aufzuführen.

Statt gemäss Ziffer 6 die Delkredere unter „Abschreibungen und Wertberichtigungen“ aufzuführen, schlagen wir vor, Debitorenverluste und Delkredereveränderungen als Erlösminderungen zu buchen.

Art 959b Abs. 4 VE-OR

Diese Bestimmung verlangt, dass Optionen an Mitarbeiter und Führungsorgane der Gesellschaft als Personalaufwand zu verbuchen sind. Dies ist grundsätzlich zu begrüssen, aber wie bei den Vorschriften zum Eigenkapital, sind die Ausführungen zu rudimentär geraten. So fehlen beispielsweise folgende Elemente: Zu welchem Wertansatz Mitarbeiteroptionen zu verbuchen sind (Fair Value oder innerer Wert); zu welchem Zeit-

punkt der Wert zu bestimmen ist; über welche Periode die Optionen zu verbuchen sind, wenn sie erst nach einer bestimmten Zeitdauer endgültig erworben sind; ob zwischen Optionen, die physisch oder in bar erfüllt werden (auch wahlweise Erfüllung in bar), differenziert werden soll; welche Konsequenzen Modifikationen der Optionsbedingungen während der Laufzeit haben; wie Optionen zu verbuchen sind (Eigenkapitalinstrument oder Verbindlichkeit).

Art. 959c VE-OR (Anhang)

Generell ist der Anhang für Kleinunternehmen zu umfangreich. Er würde diesen einen unverhältnismässigen Aufwand verursachen. Wir stellen folgende Anträge:

- Abs. 2 Ziff. 3 ist um ein Wesentlichkeitsmerkmal zu ergänzen.
- Abs. 2, Ziffer 8: Klarstellung, was bei den derivativen Instrumenten auszuweisen ist, und Verzicht auf die Angabe der ‚Abnahme- und Lieferverpflichtungen‘. Letztere Angabe wird von IFRS nicht verlangt und würde damit IFRS (IAS 39.5) widersprechen.
- Abs. 2, Ziffer 9: Streichung oder Präzisierung der Darstellung der ‚aussergewöhnlichen Risiken‘. Diese Formulierung im Vorentwurf ist zu offen. Bei einer Nichtausweisung oder einer unzureichenden Erläuterung eines Geschäftsrisikos könnte ein Unternehmen zur Zielscheibe von Gerichtsklagen werden, was insbesondere in einem klagefreudigen Umfeld an den internationalen Finanzmärkten zu Rechtsunsicherheiten führen würde. Ein derart ausgestaltetes Riskreporting würde auch weitergehen als die international anerkannten Rechnungslegungswerke IFRS und US GAAP.
- Abs. 2, Ziffer 10: Das Erfordernis „Erläuterungen zu weiteren bedeutenden oder aussergewöhnlichen Einflüssen auf die Jahresrechnung“ ist zu offen formuliert und daher zu präzisieren.
- Abs. 2, Ziffer 12: Es ist fraglich, ob die Angabe der Gründe, die zum vorzeitigen Rücktritt der Revisionsstelle geführt hatten, für KMU nötig ist. Die Angabe der Gründe, die zum vorzeitigen Rücktritt der Revisionsstelle geführt haben, ist dort von Belang, wo eine Principal-Agent Situation besteht. Viele KMU weisen keine Principal-Agent Situation auf, weshalb für sie eine solche Verpflichtung zu weit gehen würde. Solche aus den börsenrechtlichen Grundsätzen zur Corporate Governance stammende Vorschriften sollten nicht unbesehen und flächendeckend auf sämtliche Unternehmen ausgeweitet werden.

4.6 Bewertungsvorschriften (Art. 960 ff. VE-OR)

Art. 960 VE-OR

Die in Art. 960 Abs. 1 VE-OR vorgeschlagene Regelung, wonach künftig die Aktiven einzeln bewertet werden müssen, schiesst über das Ziel hinaus. Die Bewertung nach Aktiven-Gruppen sollte wie bis anhin weiterhin zulässig sein.

Gemäss Art. 960 Abs. 2 VE-OR darf die Bewertung nicht zur Bildung von gewillkürten Reserven führen. Wir beantragen die Streichung dieses Verbots.

Art. 960a VE-OR

In Art. 960a VE-OR ist für die Aktiven vorgesehen, dass die Auflösung von nicht begründeten Abschreibungen und Wertberichtigungen im Gesamtbetrag in der Erfolgsrechnung oder im Anhang ausgewiesen werden. Dies wäre eine Verschärfung der heutigen Pflichten zum Ausweis des Nettobetrags der Auflösung. Zudem würde ein Widerspruch zur Regelung in Art. 960 e Abs. 4 VE-OR geschaffen, wo für Rückstellungen festgehalten ist, dass eine Auflösung ausgewiesen werden muss, soweit ihr Betrag die neu gebildeten Rückstellungen übersteigt. In Art. 960a VE-OR ist daher, wie für die Verbindlichkeiten (Art. 960e Abs. 4 VE-OR), nur der Ausweis des Nettobetrags vorzuschreiben.

Art. 960b VE-OR

Es ist nicht klar, weshalb die Regelung im zweiten Absatz, wonach Aktiven mit Börsenkursen in der Folgebewertung zum Kurs am Bilanzstichtag bewertet werden dürfen, nicht auch für Finanzanlagen gelten soll. Diese Ausnahmeregelung erscheint auch im Widerspruch zum letzten Satz des dritten Absatzes.

Art. 960d VE-OR

Das in Abs. 1 für die Qualifikation eines Wertes als Anlage erwähnte Kriterium der *Langfristigkeit* der Nutzung wirft Abgrenzungsprobleme auf. So könnte sich z.B. bei einer Produktionsmaschine, bei der die Absicht besteht, sie innert einiger Monate zu verkaufen, die Frage stellen, ob sie deshalb ins Umlaufvermögen gebucht werden müsste. Einfacher und einheitlicher wäre es, die Gliederung von Art. 959a Abs. 1 VE-OR zu übernehmen („... Anlagevermögen: a. Finanzanlagen; b. Sachanlagen; c. immaterielle Werte“).

Art. 960e VE-OR

Art. 960e Abs. 4 VE-OR hält die heutige Praxis fest, dass nicht mehr begründete Rückstellungen nicht aufgelöst werden müssen. In diesem Zusammenhang gilt es zu verhindern, dass die Ertragslage geschönt werden kann, wenn Auflösungen erfolgen.

Art. 960f VE-OR

Gemäss Art. 960f VE-OR müssen Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen aufgelöst werden, wenn sie von den Steuerbehörden nicht anerkannt werden. Die Auflösung muss im Gesamtbetrag im Anhang offen gelegt werden. Die zu dieser Bestimmung im Begleitbericht gemachten Ausführungen sind widersprüchlich: Gemäss Ziffer 3.10.8 erfolgt die „Auflösung erfolgsneutral im Sinne einer steuerlichen Aufrechnung“. In Ziffer 2.5.5 heisst es jedoch, dass die von den Steuerbehörden nicht anerkannten Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen erfolgswirksam aufgelöst werden. Da letzteres unter der Überschrift „Steuerneutrale Regelung“ steht, gehen wir davon aus, dass der vorgeschlagene Gesetzeswortlaut tatsächlich eine steuerneutrale Offenlegung verfolgt.

Unklar ist am vorgeschlagenen Art. 960f VE-OR schliesslich, wie die Auflösung bei einem zwischenzeitlich verkauften Objekt erfolgen müsste.

Heute gilt das Prinzip, dass sich die Beurteilung der Steuerbehörden nicht auf das Handelsrecht auswirkt. Mit der Einführung der in Art. 960f VE-OR vorgeschlagenen „umgekehrten Massgeblichkeit“ würde dieses Prinzip grundlegend geändert, ohne dass ein Grund für diese Anpassung ersichtlich ist. Der Vorschlag würde im Ergebnis dazu führen, dass eine handelsrechtliche Bilanz nicht definitiv wäre, bis die Steuerveranlagung definitiv ist. Steuerrechtliche Probleme dürfen nicht im Handelsrecht gelöst werden. **Art. 960f VE-OR ist deshalb zu streichen.**

Allerdings könnte stattdessen in den Art. 960a Abs. 5 und 960e Abs. 4 VE-OR festgelegt werden, dass steuerlich bedingte Auflösungen von Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen als Gesamtbetrag im Anhang offen gelegt werden müssen. Die Bilanzzahlen blieben damit unverändert (weiterhin periodengerechter handelsrechtlicher Abschluss), es ergäben sich keine Verzerrungen bei den allenfalls späteren Geschäftsjahren zugeordneten Gewinnen, und den Befürchtungen der Unternehmen vor einer unerwünschten Einschränkung von steuerlichen Freiräumen würde Rechnung getragen.

4.7 Zusätzliche Anforderungen an den Geschäftsbericht (Art. 961 VE-OR)

Diese Anforderungen gehen insbesondere für mittlere Betriebe, welche knapp über den Schwellenwerten liegen, teilweise zu weit (siehe dazu weiter oben). Zudem sind einzelne der Pflichten auch zu unbestimmt formuliert; so ist z.B. unklar, was mit „Angaben zur Durchführung einer Risikobeurteilung“ gemeint ist.

4.8 Abschluss nach Regelwerk auf Verlangen einer Minderheit (Art. 962 VE-OR)

Wir beantragen in Art. 962 VE-OR die Streichung von Absatz 2 Ziff. 1 und 2 und eine Anpassung von Ziff. 3: Dass Gesellschafter, die lediglich 10% des Grundkapitals vertreten, einen Abschluss nach Regelwerk verlangen können, ist ein unverhältnismässiger Minderheitenschutz. Gleches gilt für die in Genossenschaften und Vereinen vorgesehene Regelung. Das generelle Recht eines jeden Gesellschafters mit einer Nachschusspflicht, einen Abschluss nach Regelwerk zu verlangen, kann im Einzelfall zu weit gehen, insbesondere wenn die Nachschusspflicht relativ klein ist.

Die Einführung eines Regelwerks ist mit hohen, wiederkehrenden Kosten verbunden. Bereits der gemäss Zielsetzung der Gesetzesrevision aussagekräftigere Geschäftsbericht nach künftigem OR trägt den Interessen der Minderheitsaktionäre Rechnung. Vor diesem Hintergrund ist nicht nachvollziehbar, weshalb im Begleitbericht das Recht eines Minderheitsaktionärs zum Verlangen der Einführung eines Regelwerks als „minimales Fairplay“ bezeichnet wird.

Mit Bezug auf die terminologische Inkonsistenz gehen wir davon aus, dass mit dem „privaten Regelwerk“ gemäss dem ersten Absatz und dem im zweiten Absatz erwähnten „Regelwerk“ dasselbe gemeint ist.

4.9 Konzernrechnung (Art. 963 ff. VE-OR)

Art. 963 VE-OR

Aus KMU-Sicht stellt der Vorschlag, wonach kleine Konzerne nicht mehr von der Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung ausgenommen werden sollen, eine unverhältnismässige Auflage dar. Zumindest in sehr kleinen Verhältnissen sollten die Unternehmen von der Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung befreit werden.

Art. 963b Abs. 1 Ziff. 1 und 2 VE-OR

Die Ausnahmen vom Einbezug in die Konzernrechnung sind auf die Kompatibilität mit IAS/IFRS zu prüfen. Schweizerische Sonderlösungen sind zu verhindern.

5. Weitere Punkte

5.1 Anpassung von Art. 652a Abs. 1 Ziff. 5 OR an die Praxis

Der geltende Art. 652a Abs. 1 Ziff. 5 OR bestimmt, dass der Emissionsprospekt auch über Zwischenabschlüsse Aufschluss geben muss, wenn der Bilanzstichtag mehr als **sechs** Monate zurückliegt. Wie im Rechtsgutachten der Professoren Peter Böckli, Jean Nicolas Druey, Peter Forstmoser, Alain Hirsch und Peter Nobel zu Handen der Schweizerischen Zulassungsstelle betreffend die Veröffentlichung von Zwischenabschlüssen in Emissionsprospekt (SZW 6/1993, S. 282 ff.) schon 1993 festgestellt wurde, ist es faktisch unmöglich, am ersten Tag nach Abschluss des ersten Halbjahres Zwischenabschlüsse *über eben dieses erste Halbjahr* zu publizieren, da erst ab diesem Zeitpunkt begonnen werden kann, solche Zwischenabschlüsse zu erstellen. Die Gutachter kommen zum Schluss, was auch heutiger Praxis entspricht, dass die Frist von sechs Monaten aufgrund einer teleologischen Auslegung als eine Frist von **neun** Monaten zu lesen ist und die Frist von sechs Monaten als ein Versehen des Gesetzgebers zu qualifizieren ist. Das sollte nun korrigiert werden.

5.2 Ausweitung der Squeeze Out Möglichkeiten

Als Alternative zur generellen Stärkung der Rechte der Minderheitsaktionäre sollte auch eine Erweiterung der Möglichkeiten zum Aus- und Verkauf zu fairen Bedingungen (Squeeze Out und Sell Out) geprüft werden. Beim bestehenden Institut des Squeeze Out ist insbesondere eine Senkung der Schwelle von 98% auf 95% ins Auge zu fassen und die Frage zu prüfen, ob ein Squeeze Out ständig statt wie bisher nur bei Übernahmen möglich sein soll.

5.3 Art. 698 Abs. 1 Ziff. 3 VE-OR

Streichung der Genehmigung von Jahresbericht und Konzernrechnung

Die Streichung der Genehmigung des Jahresberichts und der Konzernrechnung in einer Revisionsvorlage, die unter anderem eine Verbesserung der Corporate Governance beabsichtigt, erstaunt. Die Genehmigung des Jahresberichts und der Konzernrechnung stellt ein sinnvolles und adäquates Mittel der Information der Aktionäre dar.

5.4 Zeitpunkt der Benachrichtigung des Richters in Art. 725 VE-OR

Die Pflicht zum Erstellen eines Zwischenabschlusses zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten nach Art. 725 OR wird auf den Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit ausgedehnt. In gleicher Weise wird die Anzeigenpflicht des Verwaltungsrats und der Revisionsstelle auch für den Fall der Zahlungsunfähigkeit vorgeschrieben. Nebst dem Problem der Definition der Zahlungsunfähigkeit werden mit der Pflicht zur unverzüglichen Benachrichtigung des Konkursrichters Verwaltungsrat und Revisionsstelle gezwungen, bei Zahlungsproblemen zur Vermeidung von eigenen Haftungsrisiken umgehend den Richter zu benachrichtigen. Diesem fehlen in der Regel die nötigen betriebswirtschaftlichen Kenntnisse, die es braucht, in einer solchen Situation rasch und richtig die wirtschaftliche Lage des Unternehmens zu prüfen.

Mit der neuen Regelung, dass unverzüglich der Richter benachrichtigt werden muss, würde die bisherige Praxis des Bundesgerichts umgestossen, welche einen kurzen Zeitraum für Rettungsversuche zulässt. Dieser Zeitraum beträgt gemäss herrschender Lehre 4-6 Wochen. Es ist sicher nicht im Interesse des Aktionärs, wenn mit der neuen Regelung jegliche Sanierungsversuche verboten werden. Vielmehr sollten Sanierungsversuche erleichtert werden. Der Vorschlag des Bundesrats ist deshalb abzulehnen. Eine Neuregelung sollte vielmehr Bestimmungen, wie sie die US-amerikanische Gesetzgebung des Chapter 11 kennt, aufgreifen.

5.5 Korrekturbedarf beim Fusionsgesetz

Die Gelegenheit der Aktienrechtsrevision sollte auch zur Behebung bestehender Mängel im Fusionsgesetz genutzt werden. Auch wenn dieses Gesetz erst seit knapp zwei Jahren in Kraft ist, zeigt sich bereits, dass insbesondere vom Institut der fusionsgesetzlichen Spaltung und in verminderter Mass auch vom Institut der Vermögensübertragung nur wenig Gebrauch gemacht wird. Gründe dafür sind insbesondere die zeitlich unbefristete subsidiäre Haftung der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften (Art. 47 FusG), die Unsicherheit, ob bei der Spaltung und der Vermögensübertragung mit den Aktiven und den Passiven auch die Verträge übergehen oder ob es dafür der Zustimmung der jeweiligen Vertragsgegenseite bedarf sowie übertriebene Anforderungen der Handelsregisterämter an den Detaillierungsgrad des Inventars.

Wir danken Ihnen, sehr geehrter Herr Bundesrat, sehr geehrte Damen und Herren, für die Berücksichtigung unserer Anliegen in dieser für die Schweizer Unternehmen wichtigen Vorlage und verbleiben

mit freundlichen Grüßen
economiesuisse

Dr. Rudolf Ramsauer
Vorsitzender der Geschäftsleitung

Urs Furrer
Issue Manager

Beilage:
Memorandum zu Art. 678 OR

Cc: Bundesamt für Justiz (per E-Mail: ehra@bj.admin.ch)

Beilage: Memorandum zu Rückerstattung von Leistungen: Art. 678 OR

aa) Einleitung

Die heute geltende Bestimmung betreffend Rückerstattung von Leistungen soll angepasst werden, um – so der Vorentwurf – die Durchsetzung der Ansprüche zu erleichtern.

Nachfolgend wird vorab auf die Rechtslage de lege lata eingegangen, um in einem zweiten Schritt die Konsequenzen der Änderungsvorschläge gemäss Vorentwurf darzulegen und diese zu kommentieren.

bb) Kommentar

1. Art. 678 OR de lege lata

Art. 678 OR ist lex specialis zu den allgemeinen Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung gemäss Art. 62 ff. OR und schliesst deren Anwendung aus. Es handelt sich um eine Sonderregelung bei ungerechtfertigten Gewinnverschiebungen von der AG (BSK OR II-Kurer, Art. 678 N 3; BSK OR I-Schulin, Art. 62 N 2).

Hauptunterschiede zum allgemeinen Rückerstattungsanspruch des Bereicherungsrechts sind vor allem das Erfordernis des bösen Glaubens auf der Seite des Empfängers und die verlängerte Verjährungsfrist (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. A., § 12 N 549).

1.1. Gegenstand der Rückerstattungspflicht

Anknüpfungspunkte für die Rückerstattungspflicht bilden einerseits die eigentliche *Gewinnentnahme* (Abs. 1) und andererseits die sog. *verdeckte Gewinnausschüttung* (Abs. 2) (BSK OR II-Kurer, Art. 678 N 9 ff.). Art. 678 OR unterscheidet entsprechend zwischen Gewinnentnahmen, die formal als Dividenden bzw. Gewinnanteile abgewickelt werden, jedoch innerlich nicht gerechtfertigt sind (Abs. 1), und solchen, die äusserlich zwar nicht als Gewinnentnahme erscheinen, wirtschaftlich aber eine verdeckte Gewinnausschüttung darstellen (Abs. 2) (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. A., § 12 N 549). Unter verdeckter Gewinnausschüttung werden geschäftsmässig nicht gerechtfertigte Zuwendungen von finanziellen Vorteilen in anderer Form als durch formelle Ausschüttung verstanden (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 50 N 119).

Nach der gesetzlichen Definition von Abs. 2 bestehen verdeckte Gewinnausschüttungen in Leistungen der Gesellschaft an Aktionäre, Mitglieder des Verwaltungsrates und diesen nahe stehende Personen, soweit diese Leistungen zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft in einem offensichtlichen Missverhältnis stehen. Die Leistungen gilt es entsprechend auf ihre Wertäquivalenz hin zu überprüfen (Dürr, Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerungen, Zürich 2005, S. 89, N 7), wobei dies nach dem Prinzip des sog. dealing at arm's length zu beurteilen ist. Wichtigster Massstab in diesem Zusammenhang sind die herrschenden Marktverhältnisse (BSK OR II-Kurer, Art. 678 N 13 ff.).

Das Kriterium der Offensichtlichkeit bezweckt zweierlei: Verhinderung kleinlicher Nachrechnerei (so bereits die Botschaft) und Überlassung des Ermessensentscheids der betroffenen Gesellschaft (und nicht dem Richter). Ein Eingreifen des Richters ist erst dann angebracht, wenn sich für das fragliche Geschäft keine vernünftige wirtschaftliche Begründung finden lässt (BSK OR II-Kurer, Art. 678 N 17).

Die Frage des offensichtlichen Missverhältnisses ist unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft zu beurteilen (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. A., § 12 N 557). Je schlechter die wirtschaftliche Lage einer Gesellschaft ist, desto eher ist das allenfalls bestehende Missverhältnis offensichtlich im Sinne des Gesetzes.

1.2. Voraussetzungen der Rückerstattungspflicht

Objektive Voraussetzung der Rückerstattungspflicht ist die Ungerechtfertigkeit der Leistung. Subjektiv wird Bösgläubigkeit verlangt. Diese Voraussetzungen gelten sowohl für Abs. 1 wie auch für Abs. 2. Auf die explizite Wiederholung wird in Abs. 2 verzichtet, weil verdeckte Gewinnausschüttungen per se ungerechtfertigte Gewinnentnahmen darstellen und gemäss Botschaft der böse Glaube stets vorliegt. Letzteres muss jedoch nicht zutreffen, insbesondere im Konzernverhältnis sind andere Konstellationen sehr wohl denkbar (BSK OR II-Kurer, Art. 678 N 18). Was die Bös- bzw. Gutgläubigkeit betrifft, gelten sodann die allgemeinen Regeln des Art. 3 ZGB (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 50 N 117), wobei auch in casu der gute Glaube zu vermuten ist (BSK OR II-Kurer, Art. 678 N 28).

Der Begriff der "Ungerechtfertigkeit" im Sinne von Art. 678 Abs. 1 OR setzt stets eine Verletzung gesetzlicher oder allenfalls statutarischer Regeln voraus. Im Vordergrund steht hier ein Verstoss gegen die materiellen Ausschüttungsbeschränkungen von Art. 675 ff. OR, wobei auch die formellen Voraussetzungen für einen gültigen Ausschüttungsbeschluss durch die Bestimmung erfasst werden (BSK OR II-Kurer, Art. 678 N 19).

Werden die Tatbestände von Abs. 1 oder Abs. 2 nicht erfüllt, so besteht auch keine Rückerstattungspflicht. In diesem Rahmen hat eine Gesellschaft freies Ermessen, entweder eine Ausschüttung vorzunehmen oder ein diesbezügliches Rechtsgeschäft abzuschliessen. Einem Richter ist entsprechend auch untersagt, in diesem Rahmen zu überprüfen, ob die Ermessensausübung der Gesellschaft wirtschaftlich gerechtfertigt war (BSK OR II-Kurer, Art. 678 N 20).

1.3. Verjährung

Gemäss Abs. 4 verjährt die Klage nach fünf Jahren. Diese Sondernorm geht der allgemeinen Verjährungsfrist des Bereicherungsrechts (Art. 67 Abs. 1 OR) vor. Auf den Zeitpunkt der Kenntnisnahme kommt es nicht an, die Verjährungsfrist beginnt in jedem Fall mit dem Empfang der Leistung und endet definitiv nach fünf Jahren (BSK OR II-Kurer, Art. 678 N 32).

2. Art. 678 OR de lege ferenda

Der Vorentwurf sieht zusammenfassend die folgenden Änderungen vor:

- Ausdehnung der Passivlegitimation auf das oberste Management (Abs. 1),
- Verzicht auf das Kriterium der Bösgläubigkeit (Abs. 1),
- Verzicht auf das Kriterium der Offensichtlichkeit bei Vorliegen eines Missverhältnisses (Abs. 2),
- Ausdehnung der Aktivlegitimation auf die Gesellschaftsgläubiger (Abs. 3), und
- Verlängerung der Verjährungsfrist auf 10 Jahre (Abs. 4).

Wie oben bereits ausgeführt wurde, zielen diese Änderungsvorschläge - gemäss Vorentwurf - darauf ab, die Durchsetzung der Ansprüche zu erleichtern. Es stellt sich nun daher die Frage, ob die Änderungen einerseits dieses Ziel begünstigen und was andererseits die weiteren und unter Umständen unerwünschten Konsequenzen des Revisionsvorschlags sind.

Vorab kann festgehalten werden, dass die bereits vom Parlament beschlossenen erweiterten Offenlegungspflichten der Gesellschaften bei den Entschädigungen (Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts [Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung] vom 23. Juni 2004, Art. 663b bis E OR, sowie die entsprechenden Bestimmungen in Bezug auf private Aktiengesellschaften gemäss Vorentwurf) aufgrund des verbesserten Informationsstandes der Aktionäre zur geforderten erleichterten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen führen. Dies deshalb, weil der verbesserte Informationsstand es dem Kläger erleichtert, die erforderlichen Nachweise zu erbringen.

Ist also der primäre Zweck der Revision die erleichterte Durchsetzbarkeit der Ansprüche, wie dies gemäss Vorentwurf der Fall ist, so ist eine Revision nicht erforderlich.

Die grosse Mehrzahl der Organe von Aktiengesellschaften kommt zudem den rechtlichen Pflichten bei der Festlegung der Entschädigungen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung bereits heute nach (Böckli/Huguenin/Dessemontet, Expertenbericht der Arbeitsgruppe "Corporate Governance" zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004, S. 183). Der Ausbau der Klagemöglichkeiten über das geltende Recht hinaus ist auch daher nicht begründet.

Mit der vorgeschlagenen Regelung würden weiter rein querulatorische Klagen, zum Schaden der Gesellschaft und aller Aktionäre, erleichtert anstatt verhindert. Die Opportunitätskosten von solchen querulatorischen Klagen sollten dabei, wie jüngste Beispiele im Ausland zeigten, nicht unterschätzt werden. Das Management müsste sich, anstatt die gesamte Aufmerksamkeit der Unternehmensführung zu widmen, zeitlich intensiv mit Klagen auseinandersetzen, die schlussendlich nur der Befriedigung einiger Partikularinteressen dienen und wenn möglich gar politischer Natur sind.

2.1. Ausdehnung der Passivlegitimation auf das oberste Management (Abs. 1)

Der politisch motivierte Wunsch, den Kreis der Passivlegitierten auch auf das oberste Management auszudehnen, ist aufgrund der diesbezüglichen Debatte grundsätzlich nachvollziehbar. Zusammen mit den anderen Änderungsvorschlägen führt dies jedoch schlussendlich zu einer richterlichen Ermessensüberprüfung von zentralen Unternehmensentscheiden: nämlich der Festlegung der Entschädigung des Verwaltungsrates und des obersten Managements.

Die Aktienrechtsrevision von 1991 hat den Umfang des ursprünglichen Art. 678 OR (E. Rückerstattung von Zahlungen / I. Bei bösgläubigem Bezug) bereits massgeblich ausgeweitet, indem nebst den Aktionären neu auch die Verwaltungsräte zu den Passivlegitierten hinzukamen. Diese Ausweitung der Bestimmung führte auch zu einer Änderung des effektiven Normzwecks: Handelte es sich zuvor primär um eine aktienrechtliche Minderheitenschutzbestimmung (als Ausfluss aus dem aktienrechtlichen Gleichbehandlungsgebot), so entwickelte sich die Bestimmung mit der Revision 1991 zu einer aktienrechtlichen Spezialnorm zur ungerechtfertigten Bereicherung. Denn vor der genannten Revision ging es primär darum, Zahlungen an die Gesellschaft zurück zu führen, welche der bösgläubige (Mehrheits-) Aktionär und Zahlungsempfänger ungerechtfertigt erhalten hat und die als ordentliche Dividende (zu Gunsten aller Aktionäre) im Rahmen des aktienrechtlich Zulässigen und unter Beachtung des aktienrechtlichen Gleichbehandlungsgebores hätten ausgeschüttet werden müssen. Betreffend Bösgläubigkeit sei auf Ziff. 2.2 verwiesen.

Dies ist seit der Revision 1991 nicht mehr der Fall. Denn bei Verwaltungsräten und neu auch dem obersten Management geht es nicht um eine allfällige Übervorteilung der Minderheitsaktionäre, sondern um eine allfällige Übervorteilung *der Gesellschaft als solcher*. Ob die Gesellschaft jedoch in diesem Sinne übervorteilt wurde, muss in einer liberalen Wirtschaftsordnung die Gesellschaft selbst bzw. ihre Organe unter Berücksichtigung des Marktes entscheiden und nicht der Richter.

In Bezug auf das oberste Management gilt es weiter zu bedenken, dass gemäss aktienrechtlicher Kompetenzordnung der Verwaltungsrat das zuständige Organ für die Festlegung der Entschädigung des obersten Managements ist und auch die diesbezügliche Verantwortung trägt. Ein Richter kann und darf diese Funktion nicht übernehmen.

Bei Publikumsgesellschaften gilt zudem die Corporate Governance-Richtlinie der SWX Swiss Exchange, welche parallel zum Swiss Code of Best Practice erlassen wurde. Die Richtlinie verlangt von den Schweizer Gesellschaften, deren Aktien an der SWX Swiss Exchange kotiert sind, die Offenlegung von Informationen zur

Corporate Governance. Zwingend offenzulegen sind in diesem Zusammenhang Informationen über die Entschädigung, Beteiligungen und Darlehen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung.

Eine Ausdehnung der Passivlegitimation auf das oberste Management ist aus den oben genannten Gründen entsprechend nur dann akzeptabel, wenn sichergestellt ist, dass ein Richter grundsätzlich keine unternehmerischen Ermessensentscheide überprüfen kann. Insbesondere der gemäss Vorentwurf geplante Verzicht auf die Kriterien der Bösgläubigkeit (siehe Ziff. 2.2) sowie der Offensichtlichkeit des Missverhältnisses (siehe Ziff. 2.3) würden dies jedoch ermöglichen.

2.2. Verzicht auf das Kriterium der Bösgläubigkeit (Abs. 1)

Auf das Kriterium der Bösgläubigkeit kann nicht verzichtet werden. Dies nicht zuletzt aus Gründen der Rechtssicherheit und weil der gute Glaube des Leistungsempfängers zu schützen ist.

2.3. Verzicht auf das Kriterium der Offensichtlichkeit bei Vorliegen eines Missverhältnisses (Abs. 2)

Das Kriterium der Offensichtlichkeit stellt sicher, dass es nicht zur richterlichen Ermessensüberprüfung der Entschädigung von Mitgliedern des Verwaltungsrates und des obersten Managements kommt bzw. dass ein Eingreifen des Richters erst bei offensichtlichen Missbräuchen möglich ist.

Eine Abkehr von der Bekämpfung von offensichtlichen Missbräuchen ist schon aus ordnungspolitischer Sicht unerwünscht, widerspricht - wie oben ausgeführt - der aktienrechtlichen Kompetenzordnung und dem Prinzip einer liberalen Wirtschaftsordnung, die auf der Selbstverantwortung aufbaut und dem obersten Management grundsätzlich Vertrauen, Verantwortungsbewusstsein und Glaubwürdigkeit attestiert.

Auf das Kriterium der Offensichtlichkeit kann entsprechend nicht verzichtet werden.

2.4. Ausdehnung der Aktivlegitimation auf die Gesellschaftsgläubiger (Abs. 3)

Im Gegensatz zum Aktionär, welcher Teilhaber der Gesellschaft ist, ist der Gläubiger regelmässig einzig vertraglich mit der Gesellschaft verbunden. Diese unterschiedliche Stellung der beiden Parteien manifestiert sich am offensichtlichsten im Falle eines Unternehmenskonkurses. In diesem Fall wird nämlich der Gläubiger gegenüber dem Aktionär (zu Recht) konkursrechtlich bevorzugt, indem der Aktionär erst dann seinen Liquidationsanteil erhält, wenn sämtliche Gläubigerforderungen befriedigt wurden.

Diese unterschiedliche Behandlung der genannten Parteien im Konkurs erheischt denn auch eine unterschiedliche Behandlung dieser Parteien, wenn eine Gesellschaft nicht in Liquidation ist. Die Interessen der Gläubiger werden in dieser Phase gesellschaftsrechtlich durch die Art. 725 ff. OR und bankenrechtlich durch die Art. 25 ff. BankG sichergestellt. Ein weitergehender Schutz des Gläubigers drängt sich unseres Erachtens nicht auf und käme einem tiefen Systembruch gleich. Denn hier geht es um eine Gläubigerklage gegen eine finanziell aufrecht stehende Gesellschaft (Böckli, Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts: eine kritische Übersicht, 3. Zürcher Aktienrechtstagung, Vortragsskriptum vom 22. März 2006, S. 34). Ein solcher Systembruch ist abzulehnen.

Die Ausdehnung der Aktivlegitimation auf Gesellschaftsgläubiger hat sodann primär Auswirkungen auf private Gesellschaften. Denn bei Publikumsgesellschaften kann ein Klagewilliger ohne weiteres Aktionär und somit aktiv legitimiert werden. Bei privaten Gesellschaften könnte diese Ausdehnung jedoch auch zur Folge haben, dass Gläubiger die Möglichkeit einer Klage sachfremd als Druckmittel gegen die Gesellschaft einsetzen könnten. Dies gilt es zu verhindern.

2.5. Verlängerung der Verjährungsfrist auf 10 Jahre (Abs. 4)

Die heute geltende Bestimmung sieht eine Verjährungsfrist von 5 Jahren vor. Anders wie in Art. 67 Abs. 1 OR wird nicht zwischen relativer (1 Jahr) und absoluter (10 Jahre) Verjährungsfrist unterschieden. Auf den Zeitpunkt der Kenntnisnahme kommt es nicht an, die Verjährungsfrist beginnt in jedem Fall mit dem Empfang der Leistung und endet definitiv nach fünf Jahren.

Gemäss Begleitbericht zum Vorentwurf (S. 65) handelt es sich bei der geplanten Verlängerung der Verjährungsfrist von 5 auf 10 Jahre um eine Anpassung an die allgemeine Verjährungsregel des Bereicherungsrechts (Art. 67 OR). Diese Aussage trifft in dieser Form jedoch nicht zu. Ist dies das Ziel, so müsste neu auch zwischen der einjährigen relativen Frist und der zehnjährigen absoluten Frist unterschieden werden. Dies geht aber nicht aus dem Vorentwurf hervor.

Es kann festgehalten werden, dass die heutige Regelung aufgrund der fehlenden relativen Verjährungsfrist von einem Jahr bereits weiter geht als die entsprechende Bestimmung des allgemeinen Bereicherungsrechts. Eine weitere einseitige Verschärfung ist nicht angezeigt.

Weiter gilt es zu bedenken, dass die Verlängerung der Verjährungsfrist auf 10 Jahre zudem in einem unerträglichen Widerspruch zur fünfjährigen Verjährungsfrist der Verantwortlichkeitsklage sowie zur siebenjährigen Verjährungsfrist der "ungetreuen Geschäftsbesorgung" stehen würde (Böckli, Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts: eine kritische Übersicht, 3. Zürcher Aktienrechtstagung, Vortragsskriptum vom 22. März 2006, S. 34).

2.6. Steigerung der Rechtssicherheit durch formale Angleichung von Abs. 2 an Abs. 1

Wie unter Ziff. 1.2 ausgeführt wurde, ist die objektive Voraussetzung der Rückerstattungspflicht die Ungerechtfertigkeit der Leistung. Diese Voraussetzung gilt explizit für Abs. 1 (Gesetzestext spricht von "ungerechtfertigt"). In Bezug auf Abs. 2 wird in der Lehre argumentiert, dass verdeckte Gewinnausschüttungen per se ungerechtfertigte Gewinnentnahmen darstellen und entsprechend das Kriterium der Ungerechtfertigkeit auch Bestandteil von Abs. 2 bildet (siehe Ziff. 1.2).

Die Ungerechtfertigkeit im Sinne von Art. 678 Abs. 1 OR setzt wie bereits erwähnt stets eine Verletzung gesetzlicher oder allenfalls statutarischer Regeln voraus. E contrario gilt eine Leistung, wenn sie gesetzes- bzw. statutenkonform erfolgt ist, als gerechtfertigt.

Dies muss auch auf die sog. "andere Leistungen" von Abs. 2 zutreffen. Andere Leistungen haben immer dann als gerechtfertigt zu gelten, wenn auch diese gesetzes-, statuten- oder organisationsreglementskonform beschlossen wurden. Dies ergibt sich auch aus der aktienrechtlichen Kompetenzordnung. Ein richterlicher Eingriff in diese Kompetenzordnung kann nicht das Ziel der Revision sein und ist auch, wie bereits erwähnt, ordnungspolitisch unerwünscht. Werden Gesetz, Statuten oder das Organisationsreglement im Rahmen von Entschädigungsfragen bzw. bei anderen Leistungen der Gesellschaft befolgt, ist entsprechend die nicht explizit im geltenden Abs. 2 aufgeführte objektive Rückerstattungsvoraussetzung der Ungerechtfertigkeit nicht gegeben und die Rückerstattung entsprechend auszuschliessen.

Zwecks Steigerung der Rechtssicherheit und -klarheit gilt es das Erfordernis der Ungerechtfertigkeit explizit auch in Abs. 2 zu verankern.

cc) Konklusion

Art. 678 des Vorentwurfes sollte somit wie folgt ergänzt werden (*Ergänzungen fett und kursiv*):

¹ Aktionäre, Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung sowie diesen nahe stehenden Personen, die ungerechtfertigt **und in bösem Glauben** Dividenden, Tantiemen, andere Gewinnanteile oder Bauzinse bezogen haben, sind zur Rückerstattung verpflichtet.

² Sie sind auch zur Rückerstattung anderer **ungerechtfertigter** Leistungen der Gesellschaft verpflichtet, soweit diese in einem **offensichtlichen** Missverhältnis zu der von Ihnen erbrachten Gegenleistung stehen.

³ Der Anspruch auf Rückerstattung steht der Gesellschaft zu. Zur Klage auf Leistung an die Gesellschaft berechtigt ist auch ein Aktionär ~~oder Gläubiger~~.

⁴ Die Pflicht zur Rückerstattung verjährt ~~zehn~~ **fünf** Jahre nach Empfang der Leistung."

Stiftung Ethos
Place Cornavin 2
Postfach
CH-1211 Genève 1
T +41 (0)22 716 15 55
F +41 (0)22 716 15 56
www.ethosfund.ch

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern

Genf, den 11. Mai 2006

Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht (OR)
Stellungnahme auf die Vernehmlassung des Vorentwurfs für die Revision

1. ZUSAMMENFASSUNG

Generell gesehen ist die Stiftung Ethos zufrieden mit dem Vorentwurf des Bundesrats für die Revision des Obligationenrechts (OR) in den Bereichen Aktien- und Rechnungslegungsrecht. Die Vorschläge des Bundesrats werden die Corporate Governance der Schweizer Gesellschaften eindeutig verbessern, vor allem im Hinblick auf einen besseren Schutz der Aktionäre¹. Die Punkte, die von Ethos als besonders wichtig betrachtet wurden, sind nachstehend in Kapitel 2 kommentiert. Die Kommentare folgen der Gliederung des Begleitberichts zum Vorentwurf.

Dessen ungeachtet ist die Stiftung Ethos der Meinung, dass verschiedene Aspekte im Bereich der Corporate Governance im Rahmen der jetzt geplanten Revision des Obligationenrechts noch beträchtlich verbessert werden könnten. Diese verschiedenen Punkte sind nachstehend in Kapitel 3 erläutert. Die beiden wichtigsten Themen sind die Generalversammlung betreffend die Entschädigung des obersten Managements und die Behandlung der nicht eingetragenen Namenaktien (Dispoaktien).

¹ Der Begriff Aktionäre wird stellvertretend für beide Geschlechter verwendet.

2. WICHTIGE PUNKTE DES VORENTWURFS

2.1 VERSTÄRKUNG DER CORPORATE GOVERNANCE

2.1.1 Offenlegung der Vergütungen an die Organe (Art. 697^{quater})

Die Aktionäre müssen umfassend und verständlich über die verschiedenen Aspekte informiert werden, die mit der Entschädigungspolitik der kotierten Gesellschaften verbunden sind. Es handelt sich um eine absolute Notwendigkeit, damit sich die Aktionäre zur Entschädigungspolitik äussern können, wie dies von Ethos in Punkt 3.1 nachstehend vorgeschlagen wird.

Dies bedeutet, dass nicht nur die verschiedenen Komponenten der Vergütungen von Verwaltungsrat und Generaldirektion bekannt sein müssen, wie dies im neuen Artikel 697^{quater} (alter Artikel 663b^{bis}) vorgesehen ist, sondern dass die Aktionäre auch über allgemeine Auskünfte bezüglich der Entschädigungspolitik verfügen müssen, wie dies Punkt 5.1 der «SWX-Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance» verlangt. Es geht zum Beispiel um die Einzelheiten der Optionspläne, die Performancekriterien für die Gewährung des Bonus oder die Dauer der Arbeitsverträge. Um der Kohärenz zwischen dem Gesetz und der SWX-Richtlinie willen ist Ethos der Meinung, dass Artikel 697^{quater} ergänzt werden muss, indem solche Auskünfte als mitteilungspflichtig aufgeführt werden. Ethos stimmt der Überlegung zu, diese Forderungen auf Genossenschaften mit mehr als 2'000 Mitgliedern auszuweiten. Ebenso ist es durchaus willkommen, die Publikation solcher Informationen auch auf nichtkotierte Gesellschaften auszuweiten und entsprechend anzupassen.

2.1.2 Stärkung des Auskunfts- und Einsichtsrechts der Aktionäre (Art. 697)

Ethos befürwortet in hohem Mass die Ausweitung des Auskunftsrechts, sofern diese Informationen für die Aktionäre wirklich von Interesse sind. Es ist wichtig, dass die Aktionäre nicht die nächste Generalversammlung abwarten müssen, um ihren Wunsch zu äussern, sondern die Auskünfte jederzeit in schriftlicher Form anfordern können, selbst wenn dies für das Unternehmen zu Mehrarbeit führt. Denn es ist legitim, dass sich die Mitbesitzer einer Gesellschaft jederzeit vollständig informieren können.

2.1.3 Vereinfachung des Traktandierungsrechts (Art. 699)

Das Recht, einen Verhandlungsgegenstand auf die Traktandenliste der Generalversammlung setzen zu lassen, gehört zu den wichtigsten Aktionärsrechten. Tatsächlich müssen die Aktionäre der Generalversammlung einen Antrag zur Abstimmung unterbreiten können, wenn dies der Verwaltungsrat nicht selbst zu tun gewillt ist.

Dieses Recht soll nicht nur von einigen wenigen sehr bedeutenden Aktionären in Anspruch genommen werden können, sondern auch von einer vernünftigen Anzahl von kleineren Aktionären. Die Stiftung Ethos stimmt deshalb dem Vorschlag zu, den Schwellenwert für das Traktandierungsrecht auf einen Börsenwert von insgesamt CHF 2 Millionen festzusetzen. Hingegen stellt das Kriterium von 5% des Kapitals im Hinblick auf den Willen, das Trak-

tandierungsrecht auch Personen mit kleineren Minderheitsbeteiligungen zugänglich zu machen, einen Rückschritt dar!

Darüber hinaus ist Ethos der Meinung, dass ein zusätzliches Kriterium eingeführt werden sollte, gemäss dem hundert Aktionäre gemeinsam einen Punkt traktandieren lassen können, wie dies gegenwärtig in Grossbritannien der Fall ist.

2.1.4 Jährliche Einzelwahl der Verwaltungsratsmitglieder (Art. 710)

Der Vorschlag, dass die Wahl in den Verwaltungsrat individuell erfolgen muss, ist eine absolute Notwendigkeit. Tatsächlich ist es unannehmbar, dass die Aktionäre en bloc gleichzeitig mehrere Kandidatinnen und Kandidaten, ja manchmal sogar den gesamten Verwaltungsrat aufs Mal wählen müssen, ohne differenziert ja oder nein stimmen zu können. Dies führt dazu, dass die Aktionäre manchmal für einen oder mehrere Kandidatinnen oder Kandidaten stimmen müssen, welche sie gar nicht wählen möchten. Die Einzelwahl verursacht keine technischen Probleme, zumal immer mehr elektronisch abgestimmt wird.

Was die Dauer der Verwaltungsratsmandate betrifft, haben nach Ansicht von Ethos kurze (und erneuerbare) Amtszeiten den grossen Vorteil, dass die Aktionäre regelmässig jedem einzelnen Ratsmitglied das Vertrauen aussprechen können. Das Argument, ein Verwaltungsrat benötige mehrere Jahre, um effizient zu sein, weshalb es nicht gut sei, dass seine Amtszeit auf ein Jahr befristet werde, ist insofern nicht stichhaltig, als ein Kandidat, der zufriedenstellend arbeitet, von der Generalversammlung auch wiedergewählt wird.

Falls die gesetzlich erlaubten Amtszeiten länger als ein Jahr sein sollten, ist im Gesetz unbedingt festzuhalten, dass die Mandate gestaffelt auslaufen. Beträgt also zum Beispiel die Amtsdauer 3 Jahre, so soll sich alljährlich mindestens ein Drittel des Verwaltungsrats zur Wiederwahl stellen müssen.

2.1.5 Verbesserte Information der Aktionäre über die Generalversammlung (Art. 702)

Ethos weiss zu schätzen, dass ein Beschlussprotokoll der Generalversammlung möglichst rasch und auch in elektronischer Form vorliegen muss. In der Tat können viele Aktionäre nicht direkt an den Generalversammlungen teilnehmen, sondern lassen sich insbesondere von einem unabhängigen Vertreter vertreten. In diesen Fällen ist es wichtig, dass man das Protokoll und die Ergebnisse konsultieren kann, ohne ans Domizil der Gesellschaft reisen zu müssen!

Allerdings ist Ethos der Ansicht, dass das Protokoll die präzisen Wahl- und Abstimmungsergebnisse enthalten müsste. Viele Gesellschaften erwähnen nur, dass «der Antrag mit grosser Mehrheit angenommen wurde». Für Ethos ist das ungenügend, denn wenn Minderheitsaktionäre bei gewissen Abstimmungen ein Nein einlegen, ist es legitim, dass der Anteil dieser ablehnenden Stimmen klar mitgeteilt wird. Insbesondere müsste die Anzahl der Neinstimmen, die vom unabhängigen Vertreter eingelegt werden, systematisch im Protokoll aufgeführt werden.

2.1.6 Erhöhte Wirksamkeit der Klage auf Rückerstattung von Leistungen (Art. 678)

Die strengere Formulierung der Möglichkeiten für Rückerstattungsklagen wird von Ethos begrüßt. Es ist insbesondere wichtig, dass die Erstattung nicht auf Unternehmen in Schwierigkeiten beschränkt, sondern auf sämtliche wirtschaftlichen Situationen erweitert wird, denn Managementmissbrauch ist keineswegs nur verwerflich, wenn das Unternehmen in Schwierigkeiten steckt.

Im Übrigen ist die Ausweitung auf die Geschäftsleitung notwendig, um auch gewisse Missbrauchssituationen sanktionieren zu können, zu Beispiel Abgangentschädigungen, welche die Normen der Best Practice sprengen.

2.1.7 Reform der institutionellen Stimmrechtsvertretung (Art. 689)

Ethos begrüßt die Abschaffung der Depot- und Organvertretung, also der Möglichkeit, sich von Vertretern der Gesellschaft oder der Depotbank repräsentieren zu lassen. Es ist wichtig, dass der Wille der Generalversammlung von den Aktionären, die ihre Gesellschaftsrechte wahrnehmen, bewusst und überlegt ausgedrückt wird. Dies ist jedoch bei der Depot- oder Organvertretung häufig nicht der Fall, da die Vertreter dieser Gremien grossmehrheitlich und quasi automatisch im Sinne der Anträge des Verwaltungsrats stimmen. In solchen Fällen sind die Ergebnisse der Abstimmungen nicht mehr Ausdruck des bewussten Willens der Aktionäre.

Vom administrativen und technischen Standpunkt aus ist die Aufhebung der Organ- und Depotstimmrechte kein Problem, da die Aktionäre insbesondere die Möglichkeit haben, ihre Stimmen kostenlos dem von der Gesellschaft ernannten unabhängigen Vertreter anzuvertrauen.

Ethos ist auch befriedigt über die Bestimmung, dass der unabhängige Vertreter sich bei Abstimmungen, für die er keine Stimmanweisung erhalten hat, der Stimme enthalten muss. Denn damit ein unabhängiger Vertreter tatsächlich unabhängig bleiben kann, darf er nicht selbst über das Ja oder Nein entscheiden können.

2.1.8 Regelung von Interessenkonflikten innerhalb des Verwaltungsrats (Art. 717a)

Die Einführung eines Artikels, demgemäß jeder Interessenkonflikt dem Verwaltungsratspräsidenten sofort bekannt gegeben werden muss, ist begrüssenswert. In Situationen, in denen der Präsident jedoch selbst direkt betroffen ist oder gleichzeitig die Funktion des CEO innehat, ist allerdings vorzusehen, dass diese Bekanntgabe gegenüber dem Vizepräsidenten oder einem «lead board member» bzw. «senior independent board member» erfolgt, also einem unabhängigen leitenden Verwaltungsratsmitglied.

2.1.9 Ausschluss der gegenseitigen Einflussnahme auf die Festsetzung der Honorare (Art. 707, Abs. 3)

Es ist zweifellos sinnvoll, einen Artikel vorzusehen, der präzisiert, dass die gegenseitige Einflussnahme bei der Festsetzung der Honorare unzulässig ist. Er muss jedoch durch eine

Bestimmung ergänzt werden, dass dies nicht nur die Mitglieder des Verwaltungsrats betrifft, die in anderen Räten Einsitz haben, sondern auch alle Personen, die Mitglied der Generaldirektion der einen und gleichzeitig Verwaltungsrat der anderen Gesellschaft sind.

2.1.10 Befugnisse der Generalversammlung für die Genehmigung der Konzernrechnung (Art. 698)

Die Stiftung Ethos ist nicht einverstanden mit dem Vorschlag, die Zuständigkeit der Generalversammlung für die Genehmigung des Jahresberichts und der Konzernrechnung (konsolidierte Rechnung) zu streichen. Tatsächlich ist es in vielen Gesellschaften die Konzernrechnung, nicht jene der Muttergesellschaft, anhand deren die gesamte Geschäftstätigkeit beurteilt werden kann. Es ist deshalb wichtig, dass die Aktionäre nicht nur über die Genehmigung der Jahresrechnung der Muttergesellschaft, sondern auch über jene der konsolidierte Konzernrechnung abstimmen können, wie dies heute der Fall ist.

Da zudem der Verwaltungsrat auch die Verantwortung für die konsolidierte Rechnung trägt, wäre es seltsam, von den Aktionären die Entlastung des Verwaltungsrats zu verlangen, ohne dass sie zuvor die konsolidierte Jahresrechnung genehmigt hätten.

2.2 NEUREGELUNG DER KAPITALSTRUKTUREN

2.2.1 Aufhebung der Inhaberaktie (Art. 622)

Die Stiftung Ethos unterstützt den Vorschlag, die Inhaberaktien aufzuheben. Die im Vorentwurf entwickelten Argumente sind sehr stichhaltig. So muss vor allem darauf hingewiesen werden, wie wichtig es für eine Gesellschaft ist, ihre Aktionäre zu kennen. Damit weiss das Management, von wem es ernannt wird und für wen es arbeitet, so dass es auch im Interesse seiner Aktionäre tätig sein kann.

Die Identität der Aktionäre einer Gesellschaft ist ein grundlegendes Element der «Prinzipal-Agent-Theorie», welche die Basis des «Corporate Governance»-Konzepts bildet. Das Management («der Agent») muss im Interesse des Aktionärs («des Prinzipals») agieren. Dafür ist es unerlässlich, dass der Aktionär bereit ist, seine Identität offen zu legen.

Jedoch wird es auch nach Aufhebung der Inhaberaktien, wenn es nur noch Namenaktien gibt, nicht obligatorisch sein, sich im Aktienregister eintragen zu lassen. Deshalb ist Ethos der Meinung, dass der Gesetzgeber parallel zur Aufhebung der Inhaberaktien auch eine Lösung für das Problem der nicht eingetragenen Aktien finden sollte, der sogenannten «Dispoaktien» (siehe Punkt 3.2 nachstehend).

2.2.2 Zu den anderen vorgeschlagenen Anpassungen

Die Stiftung Ethos begrüßt die verschiedenen Bestimmungen, die im Rahmen der Gesetzgebung für die Kapitalstruktur vorgeschlagen werden. Vor allem die Einführung eines Kapitalsbands und der Verzicht auf einen Aktien-Mindestnennwert ermöglichen es, die schweizerische Gesetzgebung der Praxis anzupassen, wie sie im Ausland seit langem in Kraft ist.

2.3 AKTUALISIERUNG DER REGELUNG DER GENERALVERSAMMLUNG

Generell begrüßt es die Stiftung Ethos, die Willensbekundung der Aktionäre zu erleichtern, indem die für Generalversammlungen geltenden Regelungen aktualisiert werden. Dies ist umso wichtiger, als ein immer grösserer Teil der Anteilseignerschaft ausserhalb der Schweiz wohnt. Interessant ist insbesondere, unter gewissen Voraussetzungen den Einsatz elektronischer Medien und Mittel sowie die elektronische Abstimmung vorzusehen.

Die Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung sollte dazu beitragen, den Prozentsatz der Teilnahme an den Generalversammlungen zu erhöhen. Man muss sich jedoch bewusst sein, dass dies noch keine Lösung für den oft grossen Anteil nicht eingetragener Aktien darstellt (Dispoaktien, siehe Punkt 3.2 nachstehend).

2.4 NEUREGELUNG DER RECHNUNGSLEGUNG

Die Stiftung Ethos hat zu diesem Kapitel nichts anzumerken und ist mit den Vorschlägen des Bundesrats einverstanden.

3. ERFORDERLICHE ZUSÄTZLICHE VERBESSERUNGEN DES VORENTWURFS

Die Stiftung Ethos ist der Meinung, dass mehrere Aspekte der Corporate Governance im Rahmen der vorliegenden Revision des Obligationenrechts noch beträchtlich verbessert werden könnten. Es handelt sich um folgende Punkte:

- Zuständigkeiten der Generalversammlung betreffend die Entschädigung des obersten Managements
- Behandlung der nicht eingetragenen Namenaktien (Dispoaktien)
- Behandlung der Leihaktien
- Zuständigkeit der Generalversammlung für die Wahl des Verwaltungsratspräsidenten
- Verpflichtung, im Verwaltungsrat einen Prüfungsausschuss zu bilden
- Befugnis der Generalversammlung, vom Verwaltungsrat Berichte über spezifische Themen zu fordern.

3.1 ZUSTÄNDIGKEITEN DER GENERALVERSAMMLUNG BETREFFEND DIE ENTSCHÄDIGUNG DES OBERSTEN MANAGEMENTS

Seit mehreren Jahren ist eine starke Erhöhung der Entschädigungen für die Führungsinstanzen kotierter Gesellschaften festzustellen, die häufig in keinem Verhältnis zum Leistungsausweis der Manager stehen. Angesichts dieser Sachlage präzisiert Kapitel 5 der «SWX-Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance» die verschiedenen Informationen, welche die Gesellschaften über die Vergütungen in ihrem Jahresbericht offen legen müssen. Diese Forderungen nach Transparenz wurden per 1.1.2006 im neuen Artikel 697^{quater} (alter Artikel 663b^{bis}) OR übernommen. So willkommen diese Transparenzforderungen auch sind, verfügen die Aktionäre leider trotzdem noch immer nicht über direkte Aufsichtsrechte über die Mechanismen der Vergütungspolitik. Dabei wäre es nicht mehr als legitim, dass sie als Mitbesitzer der Gesellschaften die Möglichkeiten hätten, um sich der Entschädigungspolitik zu widersetzen, vor allem wenn diese der internationale Best Practice nicht genügt.

Der Vorentwurf des Bundesrats schlägt vor, Artikel 627 (der die Bestimmungen aufzählt, die zu ihrer Verbindlichkeit der Aufnahme in die Statuten bedürfen) durch die Zuständigkeiten zu ergänzen, die sich die Generalversammlung betreffend die verschiedenen Vergütungen vorbehalten kann. Die Stiftung Ethos ist mit diesem Vorschlag nicht zufrieden. Tatsächlich ist derzeit die Vorstellung illusorisch, ein Verwaltungsrat werde von sich aus beantragen, dass in den Statuten die Möglichkeit für die Aktionäre eingeführt wird, sich zur Entschädigungspolitik äußern zu können, vor allem wenn diese Politik der Best Practice zuwiderräuft. Dann bleibt nur die Möglichkeit, dass die Aktionäre dies über einen Aktionärsantrag beantragen, wobei dieser dann mehr als 50% der Stimmen auf sich vereinigen müsste.

Die Stiftung Ethos ist der Meinung, dass es opportun wäre, die vorliegende Revision des OR zu nutzen, um den Aktionären Kontrollrechte über die Entschädigungspolitik der Führungsinstanzen zuzugestehen, wie dies in den «Corporate-Governance-Grundsätzen der

OECD, 2004» empfohlen wird (Zweiter Teil, Kapitel II, Punkt C, 3). In diesem Sinn und Geist haben mehrere Länder in den letzten Jahren die Möglichkeit eingeführt, dass die Generalversammlung über die Entschädigungspolitik der Führungsinstanzen abstimmen können (konsultative, nicht bindende Abstimmung in Grossbritannien und Australien, bindende Abstimmung in den Niederlanden und in Schweden).

Im vorliegenden Fall schlägt Ethos vor, der Generalversammlung die Kompetenz für die Genehmigung der Entschädigungspolitik zuzuweisen. Dies setzt voraus, Artikel 698 Absatz 2 um einen zusätzlichen Punkt zu ergänzen:

«Genehmigung der auf die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Generaldirektion angewandten Entschädigungspolitik.»

Hier muss präzisiert werden, dass die Zuständigkeit der Generalversammlung sich nicht auf die Genehmigung der individuellen Entschädigungen erstreckt, sondern auf die Entschädigungspolitik beschränkt wird. Darüber hinaus wird sie sich nicht auf die gesamte Entschädigungspolitik des Unternehmens erstrecken, sondern ausschliesslich auf jene der Führungsinstanzen bzw. des obersten Managements, in gleicher Weise wie bei den Auskunftsbestimmungen, die im neuen Artikel 697^{quater} (alter Artikel 663b^{bis}) vorgesehen sind.

In diesem Zusammenhang ist die Feststellung interessant, dass in Grossbritannien und den Niederlanden das Recht der Aktionäre bzw. der Generalversammlung, über die Entschädigungspolitik abzustimmen, sehr schnell dazu führte, dass die Gesellschaften gezwungen waren, eine Entschädigungspolitik vorzulegen, die sich mit den internationalen Praxis deckt, um nicht einen hohen Anteil Neinstimmen insbesondere von grossen institutionellen Anlegern zu riskieren.

Ethos ist der Ansicht, dass das Recht der Generalversammlung, zur Entschädigungspolitik Stellung zu nehmen, eine unerlässliche Ergänzung der Forderung nach Transparenz bei den Vergütungen darstellt. Tatsächlich ist es das einzige Mittel, mit dem in gewissen Gesellschaften die Haussespirale der Entschädigungen für das oberste Management gebremst werden kann.

Es ist auch vorgeschlagen worden, die Entschädigungspolitik über die Wahl der Mitglieder des Vergütungsausschusses des Verwaltungsrats zu kontrollieren. Die Stiftung Ethos lehnt diesen Gegenvorschlag ab, ermöglicht er doch nicht, sich der Entschädigungspolitik direkt zu widersetzen, so dass damit das Problem einer unangemessenen Entschädigungspolitik nicht gelöst wird.

3.2 BEHANDLUNG DER NICHT EINGETRAGENEN NAMENAKTIEN (DISPOAKTIEN)

Der Vorentwurf sieht vor, die Inhaberaktien abzuschaffen und die Namenaktien zu verallgemeinern. Wie nachstehend in Punkt 2.2.1 erwähnt, stimmt Ethos diesem Vorschlag vollumfänglich zu. Man muss sich jedoch bewusst sein, dass sich heute leider ein nicht vernachlässigbarer Anteil der Aktionäre von Gesellschaften mit Namenaktien weigert, im Aktienregister eingetragen zu werden. Diese Aktionäre gehen damit ihrer Gesellschaftsrechte verlustig, haben jedoch weiterhin das Recht auf Dividenden. In gewissen Gesellschaften beläuft sich der Anteil der nicht eingetragenen Aktien (Dispoaktien) auf 30 bis 40% des gesamten Aktienkapitals.

Eine solche Situation ist vom Standpunkt der Aktionärsdemokratie her beunruhigend, da eine Minderheit von Anlegern so ein Unternehmen destabilisieren kann, indem sie beispielsweise eine kurzfristige Strategie durchsetzen, die seinen langfristigen Fortbestand gefährden kann. Um den negativen Einfluss dieses Aktionärstypus auf die Stabilität und Prosperität unserer Wirtschaft zu verringern, sollte eine möglichst grosse Anzahl von Aktionären ermutigt werden, sich im Aktienregister einzutragen und ihre Stimmrechte auszuüben. Zu diesem Zweck macht die Stiftung Ethos die drei folgenden Vorschläge.

3.2.1 Möglichkeit der Ausschüttung einer Zusatzdividende für abstimmende Aktionäre

Um die Aktionäre zur Eintragung im Aktienregister zu ermutigen, schlägt Ethos vor, dass Gesellschaften, die dies wünschen, den Aktionären, die an der Generalversammlung ihre Stimmrechte ausüben, eine zusätzliche Dividende ausschütten können. Ein solches System hätte den Vorteil, dass es keine Strafe darstellt, sondern eher einen Anreiz, an der Generalversammlung abzustimmen. Es steht fest, dass sich dann zahlreiche institutionelle Investoren im Aktienregister eintragen würden. Ansonsten müssten sie ja vor ihren Mitgliedern rechtfertigen, wieso sie nicht alles Notwendige vorkehrten, um die zusätzliche Dividende zu beziehen.

Es wäre beispielsweise möglich, Artikel 627 (der die Bestimmungen aufzählt, die zu ihrer Verbindlichkeit der Aufnahme in die Statuten bedürfen) durch eine Ziffer zu ergänzen, in der festgehalten ist, dass die Statuten die Ausschüttung einer Zusatzdividende vorsehen können. So könnte eine Gesellschaft in einer ersten Phase ihre Statuten ändern, um gegebenenfalls diese Dividendenzahlung zu ermöglichen.

3.2.2 Die Blockierung von Titeln verhindern

Zahlreiche Aktionäre, vor allem bedeutende ausländische institutionelle Anleger, verzichten auf die Abstimmungen an den Generalversammlungen kotierter schweizerischer Gesellschaften, da ihre Depositenbank ihnen andernfalls vorschreibt, ihre Titel zwischen dem Tag, an dem sie ihre Abstimmungsentscheidung öffentlich machen, und dem Datum der Generalversammlung zu blockieren. Diese Anleger verzichten deshalb auf ihr Stimmrecht, da sie aus Gründen des Anlagemanagements ihre Titel nicht während mehreren Wochen blockieren können oder wollen, also darauf verzichten müssten, einen Teil oder sämtliche Titel in dieser Zeit verkaufen zu können.

Laut Auskunft gewisser Banken soll die Titelblockierung notwendig sein, um eine effiziente Verwaltung der Stimmrechtsausweise sicherzustellen. Dies trifft nicht zu. Tatsächlich muss jede Gesellschaft den Zeitraum festlegen und bekannt geben, während dem ihr Aktienregister geschlossen ist (im Prinzip während der Woche vor der Generalversammlung). Daraus folgt:

- a) Fänden Titelkäufe/-verkäufe zwischen dem Tag, an dem der Aktionär seine Abstimmungsposition der Depositenbank bekannt gibt, und dem Tage der Registerschließung statt, wäre es immer noch möglich, diese Veränderungen einzutragen und die Zahl der vom Aktionär gehaltenen Aktien zu korrigieren.

- b) Fänden Titelkäufe/-verkäufe während des Zeitraums statt, in dem das Aktienregister geschlossen ist, könnten die Depositenbanken Aktionäre, die Titel gekauft oder verkauft haben, weder ein- noch austragen lassen. Das soll aber den Investor nicht hindern, Käufe oder Verkäufe zu tätigen. Die Zahl der Stimmen, die an der Generalversammlung gehalten werden, entspricht dann derjenigen der eingetragenen Stimmen vor der Schliessung des Registers. Das stellt keinerlei Problem dar, sind doch alle über die Registerschliessungsdaten informiert.

Deshalb macht es den Eindruck, dass ein Teil der Banken gegenwärtig in ungerechtfertigter Weise die Ausübung der Stimmrechte durch zahlreiche Aktionäre behindert, indem sie ihnen die gar nicht notwendige Blockierung ihrer Titel bis zum Tag der Generalversammlung vorschreibt. Um den Beteiligungsgrad an den Generalversammlungen zu erhöhen, fordert die Stiftung Ethos deshalb den Gesetzgeber auf, Bestimmungen vorzusehen, die die Blockierung der Titel verbieten, wenn ein Aktionär seine Stimmrechte an der Generalversammlung ausüben will.

3.2.3 Absenkung der Schwelle für die Bekanntgabe auf 1%

Ein anderes Mittel, um bedeutende Aktionäre zur Registrierung im Aktienregister zu motivieren, ist, die Schwelle, von der an Beteiligungen zwingend bekannt gegeben werden müssen, von 5 auf 1% des Aktienkapitals herabzusetzen. Ethos würde eine solche Massnahme begrüßen, da damit die Zusammensetzung des Aktionariats transparenter würde.

3.3 BEHANDLUNG DER LEIHAKTIEN

Die Stiftung Ethos ist der Ansicht, dass der Gesetzgeber Bestimmungen vorsehen muss, die den kommerziellen Handel mit Stimmrechten verhindern. Zu diesem Zweck ist es insbesondere notwendig, Transaktionen mit Leihaktien (securities lending) stärker zu reglementieren, indem das Ausleihen von Aktien während der Generalversammlungszeit untersagt wird. Tatsächlich tritt heute der Verleiher eines Titels sein Stimmrecht automatisch dem Ausleihenden ab.

3.4 ZUSTÄNDIGKEIT DER GENERALVERSAMMLUNG FÜR DIE WAHL DES VERWALTUNGSRATSPRÄSIDENTEN

Gegenwärtig sieht Artikel 712 vor, dass der Verwaltungsrat seinen Präsidenten bestimmt, sofern in den Statuten nicht die Wahl durch die Generalversammlung vorgesehen ist. Die Stiftung Ethos ist der Meinung, dass die Ernennung des Präsidenten systematisch zu den Kompetenzen der Generalversammlung gehören muss. Tatsächlich ist es angesichts der Bedeutung von Aufgabe und Persönlichkeit des Präsidenten legitim, dass die Aktionäre direkt über seine Wahl bestimmen können.

Die heutige Sachlage ist in dieser Hinsicht unbefriedigend. Man kann sich insbesondere vorstellen, dass Aktionäre zwar bereit sind, eine bestimmte Person als ordentliches Mitglied in den Verwaltungsrat zu wählen, nicht aber als deren Präsidenten. Das könnte etwa der Fall sei, wenn die Kandidatin oder der Kandidat bereits die Funktion des CEO innehat

3.5 VERPFLICHTUNG, IM VERWALTUNGSRAT EINEN PRÜFUNGSAUSSCHUSS ZU GRÜNDEN

Man ist sich allgemein einig, wie wichtig die Rolle des Verwaltungsrats im Bereich der Aufsicht und Prüfung ist. Obwohl es sich dabei um unübertragbare und unentziehbare Aufgaben des Verwaltungsrats handelt, empfiehlt der Swiss Code of Best Practice für Corporate Governance der economiesuisse, innerhalb des Verwaltungsrats einen Prüfungsausschuss zu schaffen. Dieser Ausschuss hat die Unterlagen aufzubereiten und Empfehlungen zuhanden des Gesamtverwaltungsrats zu formulieren.

Angesichts der grossen Bedeutung dieser Aufgaben ist die Stiftung Ethos der Auffassung, dass es für jede börsenkotierte Gesellschaft Pflicht sein müsste, einen Prüfungsausschuss innerhalb ihres Verwaltungsrats zu gründen. Dieser Ausschuss müsste aus Mitgliedern bestehen, die keinerlei exekutive Verantwortung innerhalb der Gesellschaft tragen. Darüber hinaus müsste die Mehrheit der Mitglieder unabhängig sein. Mindestens eines der Mitglieder müsste über ausgewiesene und anerkannte Buchprüfungskenntnisse verfügen.

3.6 BEFUGNIS DER GENERALVERSAMMLUNG, VOM VERWALTUNGSRAT BERICHTE ÜBER SPEZIFISCHE THEMEN ZU VERLANGEN

Langfristig engagierte Aktionäre sind häufig stark für die Haltung des Unternehmens gegenüber seinen verschiedenen Anspruchsgruppen (Stakeholders) sensibilisiert, genauso wie an bestimmten spezifischen Risiken in Verbindung mit den Aktivitäten der Gesellschaft. So können beispielsweise im Fall der Chemieindustrie Umweltrisiken eine grosse Bedeutung haben.

In solchen Situationen sollten die Aktionäre das Recht haben, vom Verwaltungsrat einen schriftlichen Bericht über ein bestimmtes Thema einzufordern. Ein solches Begehrten müsste über einen Aktionärsantrag formuliert werden können, der auf die Traktandenliste der Generalversammlung gesetzt und den Aktionären zur Abstimmung vorgelegt würde. Dieses Recht könnte zum Beispiel in Artikel 698 vorgesehen werden.

Fondation Ethos
Place Cornavin 2
Case postale
CH-1211 Genève 1
T +41 (0)22 716 15 55
F +41 (0)22 716 15 56
www.ethosfund.ch

DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE
ET POLICE
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Genève, le 11 mai 2006

**Révision du droit de la société anonyme et du droit comptable dans le CO
Réponse à la consultation de l'avant-projet de révision**

1. RESUME

De manière générale, la Fondation Ethos est satisfaite de l'avant-projet du Conseil Fédéral en vue d'une révision du Code des Obligations (CO) dans les domaines du droit de la société anonyme et du droit comptable. Les propositions du Conseil Fédéral vont clairement améliorer la gouvernance d'entreprise des sociétés suisses, notamment en vue d'une meilleure protection des actionnaires. Les points considérés comme particulièrement importants par Ethos sont commentés ci-après sous chapitre 2. Les commentaires sont présentés dans l'ordre adopté dans le rapport explicatif de l'avant-projet.

Néanmoins, la Fondation Ethos est d'avis que plusieurs aspects en matière de gouvernement d'entreprise pourraient encore être significativement améliorés dans le cadre de la présente révision du Code des Obligations. Ces différents points sont développés ci-après sous chapitre 3. Les deux thèmes les plus importants concernent les compétences de l'assemblée générale en matière de rémunération des instances dirigeantes et le traitement des actions nominatives non enregistrées (actions "dispo").

2. POINTS IMPORTANTS DE L'AVANT-PROJET

2.1 RENFORCEMENT DU GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE

2.1.1 Information au sujet des indemnités perçues par les organes (art. 697^{quater})

Les actionnaires doivent être informés de manière complète et compréhensible sur les différents aspects liés à la politique de rémunération dans les sociétés cotées. Il s'agit d'une absolue nécessité pour que les actionnaires puissent se prononcer sur la politique de rémunération comme cela est proposé par Ethos au point 3.1 ci-dessous.

Cela signifie qu'il est non seulement nécessaire de connaître les différentes composantes des rémunérations du Conseil d'administration et de la Direction générale comme cela est prévu par le nouvel article 697^{quater} (ancien article 663b^{bis}), mais également de disposer d'informations générales sur la politique de rémunération comme cela est demandé au point 5.1 de la « Directive SWX concernant les informations relatives au corporate governance ». Il s'agit par exemple des spécificités des plans d'options, des critères de performance pour l'obtention de bonus ou de la durée des contrats de travail. Par soucis de cohérence entre la loi et la Directive SWX, Ethos est d'avis qu'il est important de compléter l'article 697^{quater} en faisant référence à ce type d'informations à communiquer.

Ethos approuve l'idée d'élargir ces exigences de transparence aux coopératives qui ont plus de 2000 membres. De même, il est bienvenu d'adapter la publicité de ces informations pour les sociétés non cotées.

2.1.2 Renforcement du droit des actionnaires aux informations (art. 697)

Ethos est très favorable à l'extension du droit de demander des informations, pour autant bien sûr que ces informations présentent un intérêt pour les actionnaires. Il est important que les actionnaires ne doivent pas attendre la prochaine assemblée générale pour faire leur demande, mais puissent obtenir ces informations en tout temps et par écrit, même si cela pourrait générer un surplus de travail pour la société. En effet, il est légitime que les copropriétaires d'une société puissent se tenir informé de manière complète en tout temps.

2.1.3 Simplification du droit à inscrire un point à l'ordre du jour (art. 699)

Le droit d'inscrire un point à l'ordre du jour de l'assemblée générale des actionnaires est un des droits les plus importants pour les actionnaires. En effet, les actionnaires doivent pouvoir présenter une résolution au vote de l'assemblée générale si le Conseil d'administration ne veut pas le faire lui-même.

Ce droit ne doit pas être seulement à la portée de quelques rares actionnaires de taille très importante, mais accessible à un nombre raisonnable d'actionnaires. La Fondation Ethos approuve la proposition d'étendre la possibilité d'inscrire un point à l'ordre du jour à des actionnaires disposant d'actions totalisant une valeur boursière de CHF 2 millions. Par contre, le critère de 5% du capital constitue un recul par rapport à la volonté de rendre accessible le droit d'inscrire un point à l'ordre du jour !

De plus, Ethos est d'avis qu'il faudrait encore ajouter un critère supplémentaire qui permettrait à 100 actionnaires de pouvoir présenter ensemble un point à l'ordre du jour, comme c'est actuellement le cas au Royaume-Uni.

2.1.4 Election individuelle et annuelle des membres du CA (art. 710)

La proposition que les élections au Conseil d'administration doivent se faire individuellement est une absolue nécessité. En effet, il n'est pas admissible que les actionnaires doivent se prononcer en bloc sur plusieurs candidats, voire sur la totalité du Conseil à la fois. En effet, cela constraint parfois à devoir voter pour un ou plusieurs candidats que l'on ne souhaite pas élire. Le vote individuel ne pose aucun problème technique particulier, cela d'autant plus que toujours davantage de vote se font de manière électronique.

En ce qui concerne la durée des mandats d'administrateur, Ethos est d'avis que des mandats courts (et renouvelables) présentent le grand avantage pour les actionnaires de pouvoir confirmer régulièrement leur confiance à chaque administrateur. L'argument qu'un membre d'un Conseil d'administration aurait besoin de plusieurs années pour devenir efficace (et qu'il n'est donc pas bon qu'il ait un mandat d'un an seulement) n'est pas valable, puisqu'un candidat donnant satisfaction va automatiquement être réélu par les actionnaires.

Au cas où les mandats seraient de durée supérieure à une année, il est indispensable de préciser dans la loi que les mandats doivent arriver à échéance de manière échelonnée (par exemple, si la durée des mandats est de 3 ans, 1/3 du Conseil doit être présenté à réélection chaque année).

2.1.5 Amélioration de l'information des actionnaires au sujet de l'AG (art. 702)

Ethos apprécie qu'un procès-verbal de décision de l'assemblée générale doive rapidement être disponible sous forme électronique. En effet, beaucoup d'actionnaires ne peuvent assister directement aux assemblées générales, mais se font représenter par le représentant indépendant notamment. Dans ce cas, il est important de pouvoir consulter le procès-verbal et les résultats sans devoir se déplacer au siège de la société !

Toutefois, Ethos pense qu'il serait utile de préciser que le procès-verbal doive indiquer les résultats précis. En effet, beaucoup de sociétés mentionnent souvent uniquement que « la résolution a été acceptée à une large majorité ». Pour Ethos, cela est insuffisant ; en effet, lorsque certains votes donnent lieu à une opposition de la part d'actionnaires minoritaires, il est légitime de communiquer clairement l'importance de cette opposition. En particulier, le nombre de votes négatifs exprimés par le représentant indépendant devrait systématiquement être communiqué dans le procès-verbal.

2.1.6 Efficacité accrue de l'action en restitution (art. 678)

La formulation plus stricte des possibilités d'action en restitution est très appréciée par Ethos. En particulier, il est bienvenu de ne pas restreindre la restitution aux entreprises en difficultés, mais de l'étendre à toutes les situations économiques ; en effet, les abus du management ne sont pas seulement répréhensibles si l'entreprise est en difficulté !

Par ailleurs, l'élargissement à la Direction est nécessaire, afin de pouvoir sanctionner également certaines situations abusives, comme par exemple l'encaissement d'indemnités de départ dépassant les normes de bonne pratique.

2.1.7 Réforme du régime de représentation institutionnelle des actionnaires (art. 689)

Ethos salue la suppression de la possibilité de représenter des actionnaires par un organe de la société ou par un représentant dépositaire. En effet, il est très important que la volonté de l'assemblée générale soit exprimée de manière consciente et réfléchie par les actionnaires qui exercent leurs droits sociaux. Or, ceci n'est souvent pas le cas pour les voix représentées par les organes ou les représentants dépositaires, ceux-ci votant dans la grande majorité des cas de manière quasi automatique dans le sens des propositions de Conseil d'administration. Dans ces cas, les résultats des votes ne sont donc pas l'expression de la volonté consciente des actionnaires.

Du point de vue administratif et technique, la suppression des voix des organes et des représentants dépositaires ne pose aucun problème, puisque les actionnaires bénéficient notamment de la possibilité de confier gratuitement leurs voix au représentant indépendant nommé par la société.

Ethos est également satisfaite que le représentant indépendant doive s'abstenir lors de votes pour lesquels il n'aurait pas reçu d'instruction de vote. En effet, pour que le représentant indépendant puisse effectivement rester indépendant, il est nécessaire qu'il ne doive pas décider de lui-même dans quel sens voter.

2.1.8 Réglementation des conflits d'intérêt au sein du CA (art. 717a)

L'introduction d'un article demandant que tout conflit d'intérêt soit immédiatement annoncé au président est une bonne chose. Toutefois, dans les situations où le président est soit directement concerné, soit occupe simultanément la fonction de CEO, il est nécessaire de prévoir que l'annonce soit effectuée au vice-président ou au « lead board member » (administrateur senior indépendant).

2.1.9 Interdiction de l'influence réciproque sur honoraires (art. 707, al 3)

Prévoir un article qui précise que l'influence réciproque sur la fixation des honoraires n'est pas autorisée est utile. Il faut néanmoins le compléter en précisant que cela ne concerne pas que les membres du Conseil d'administration qui siègent dans d'autres Conseils, mais également les personnes qui seraient membres de la Direction générale dans l'une des sociétés et simultanément dans le Conseil d'administration d'une autre société.

2.1.10 Compétences de l'Assemblée générale pour l'approbation des comptes du Groupe (art. 698)

La Fondation Ethos n'est pas d'accord avec la proposition de supprimer la compétence de l'assemblée générale d'approuver le rapport annuel et les comptes du Groupe (comptes consolidés). En effet, dans beaucoup de sociétés, ce sont les comptes du groupe (et non pas ceux de la société-mère) qui permettent d'appréhender l'activité économique réalisée dans son ensemble. Il est donc important que les actionnaires puissent approuver non seulement les comptes de la société-mère, mais également ceux du groupe consolidé, comme c'est le cas aujourd'hui.

De plus, le Conseil d'administration ayant aussi la responsabilité des comptes consolidés, il serait curieux de demander aux actionnaires d'accorder la décharge au Conseil d'administration sans avoir pu approuver au préalable les comptes consolidés!

2.2 MODIFICATIONS TOUCHANT LA STRUCTURE DU CAPITAL

2.2.1 Suppression de l'action au porteur (art. 622)

La Fondation Ethos appuie fortement la proposition de supprimer les actions au porteur. Les arguments développés dans le cadre de l'avant-projet sont très pertinents. En particulier, il est particulièrement important de rappeler qu'il est utile qu'une société puisse connaître l'identité de ses actionnaires. Cela permet au management de savoir par qui il est élu et pour qui il travaille, de manière à ce qu'il puisse agir dans l'intérêt de ses actionnaires.

Connaître l'identité des actionnaires d'une société est un élément essentiel de la théorie de l'agence qui constitue le fondement du concept de « gouvernement d'entreprise ». Le management (« l'agent ») doit agir dans l'intérêt des actionnaires (« le principal »). Pour cela il est indispensable que l'actionnaire accepte de s'identifier.

Il est cependant nécessaire de préciser que, même s'il n'existe plus que des actions nominatives, il ne serait pas pour autant obligatoire de s'inscrire au Registre des actions. C'est pourquoi, Ethos est d'avis que, parallèlement à la suppression des actions au porteur, le législateur devrait également trouver une solution pour régler la problématique des actions non enregistrées (« actions dispo », voir point 3.2 ci-dessous).

2.2.2 Autres adaptations proposées

La Fondation Ethos est favorable aux différentes dispositions qui sont proposées dans le cadre de la législation touchant la structure du capital. En particulier, l'introduction d'une marge de fluctuation du capital et la suppression de la valeur nominale minimale des actions permettent d'adapter la législation suisse à des pratiques déjà en vigueur depuis longtemps à l'étranger.

2.3 MODERNISATION DES REGLES DE L'ASSEMBLEE GENERALE

De manière générale, la Fondation Ethos est favorable à faciliter l'expression de la volonté des actionnaires en modernisant les règles de l'assemblée générale. Cela est d'autant plus important qu'une part toujours plus importante de l'actionnariat réside hors de Suisse. Il est notamment intéressant de prévoir, à certaines conditions, le recours aux médias et aux votes électroniques.

La modernisation des règles de l'assemblée générale devrait contribuer à augmenter le taux de participation aux assemblées générales. Il s'agit cependant d'être conscient que cela ne constitue pas encore une solution à l'existence d'une part souvent importante d'actions non enregistrées (actions « dispo », voir point 3.2 ci-dessous).

2.4 REFORME DU DROIT COMPTABLE

La Fondation Ethos n'a pas de remarques sur ce chapitre et est d'accord avec les propositions du Conseil Fédéral.

3. AMELIORATIONS A APPORTER A L'AVANT-PROJET

La Fondation Ethos est d'avis que plusieurs aspects en matière de gouvernement d'entreprise pourraient encore être significativement améliorés dans le cadre de la présente révision du Code des Obligations. Il s'agit des points suivants :

- Compétences de l'assemblée générale en matière de politique de rémunération des instances dirigeantes.
- Traitement des actions nominatives non enregistrées (actions « dispo »).
- Traitement des actions prêtées.
- Compétences de l'assemblée générale pour élire le Président du Conseil d'administration.
- Obligation de constituer un comité d'audit au sein du Conseil d'administration.
- Compétence de l'assemblée générale de demander au Conseil d'administration des rapports sur des thèmes spécifiques.

3.1 COMPETENCES DE L'ASSEMBLEE GENERALE EN MATIERE DE POLITIQUE DE REMUNERATION DES INSTANCES DIRIGEANTES

Depuis plusieurs années, on assiste à une forte augmentation des rémunérations des instances dirigeantes des sociétés cotées, souvent sans rapport avec les performances réalisées par les managers.

Face à cette situation, le chapitre 5 de la « Directive SWX concernant les informations relatives au Corporate Governance » précise les différentes informations que les sociétés cotées à la bourse doivent communiquer en matière de rémunérations dans leur rapport annuel. Ces exigences de transparence sont reprises depuis le 1.1.2006 dans le nouvel article 697^{quater} (ancien article 663b^{bis}). Même si ces exigences de transparence sont les bienvenues, les actionnaires ne disposent malheureusement pas encore de droits de regard directs sur les mécanismes de rémunérations. Pourtant, en tant que copropriétaires des sociétés, il serait légitime qu'ils aient les moyens de s'opposer à la politique de rémunération, en particulier lorsque celle-ci n'est pas en ligne avec les bonnes pratiques internationales.

L'avant-projet du Conseil Fédéral propose d'ajouter à l'article 627 (qui précise les dispositions qui ne sont valables que si elles figurent dans les statuts) les compétences de l'assemblée générale relatives à la fixation des rémunérations. La Fondation Ethos n'est pas satisfaite avec cette proposition. En effet, à l'heure actuelle il est illusoire d'imaginer qu'un Conseil d'administration propose de lui-même d'introduire dans les statuts la possibilité pour les actionnaires de se prononcer sur la politique de rémunération, surtout lorsque la politique de rémunération est en opposition avec la bonne pratique. Il ne reste alors que la possibilité que ce soient des actionnaires qui proposent cela par le biais d'une résolution d'actionnaires, celle-ci devant alors recevoir le soutien de plus de 50% des voix.

La Fondation Ethos est d'avis qu'il serait opportun de profiter de la présente révision du CO pour donner des droits aux actionnaires en matière de contrôle de la politique de

rémunération des instances dirigeantes, comme cela est préconisé par les "Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE, 2004" (Deuxième partie, chapitre II, point C, 3). Dans cet esprit, plusieurs pays ont introduit au cours des dernières années la possibilité pour les assemblées générales de voter sur la politique de rémunération des instances dirigeantes (vote indicatif au Royaume-Uni et en Australie, vote effectif aux Pays-Bas et en Suède).

En l'occurrence, Ethos propose de donner à l'assemblée générale la compétence d'approuver la politique de rémunération. Cela implique d'ajouter à l'article 698, alinéa 2, un point supplémentaire :

« Approver la politique de rémunération appliquée aux membres du Conseil d'administration et aux membres de la Direction générale ».

Il est important de préciser que les compétences de l'assemblée générale ne porteraient pas sur l'approbation des rémunérations individuelles, mais uniquement sur l'approbation de la politique de rémunération. De plus, il ne s'agirait pas de la politique de rémunération de toute la société, mais seulement de celle des instances dirigeantes, de manière similaire aux exigences de transparence prévues au nouvel article 697^{quater} (ancien article 663b^{bis}).

Il est intéressant de constater qu'au Royaume-Uni et aux Pays-Bas, le droit des actionnaires de voter sur la politique de rémunération a rapidement conduit les sociétés à devoir présenter une politique de rémunération en ligne avec les bonnes pratiques internationales, sous peine d'importants votes négatifs, notamment de la part des grands investisseurs institutionnels.

Ethos est d'avis que le droit de l'assemblée générale de se prononcer sur la politique de rémunération est un complément indispensable aux exigences de transparence des rémunérations. En effet, c'est le seul moyen qui permette de freiner la spirale à la hausse des rémunérations des instances dirigeantes de certaines sociétés.

Certains proposent d'assurer le contrôle de la politique de rémunération à travers l'élection des membres du comité de rémunération du Conseil d'administration. La Fondation Ethos n'approuve pas cette contre-proposition, car elle ne permet pas de s'opposer directement à la politique de rémunération et ne résout donc pas le problème soulevé par une politique de rémunération inadéquate.

3.2 TRAITEMENT DES ACTIONS NOMINATIVES NON ENREGISTREES (ACTIONS "DISPO")

L'avant-projet propose la suppression des actions au porteur et la généralisation des actions nominatives. Comme mentionné ci-dessus au point 2.2.1, Ethos approuve pleinement cette proposition. Il s'agit cependant d'être conscient qu'à l'heure actuelle, dans les sociétés disposant d'actions nominatives, une proportion souvent non négligeable d'actionnaires refuse malheureusement de s'enregistrer dans le Registre des actions des sociétés. Ces actionnaires sont alors privés de leurs droits sociaux, mais peuvent néanmoins continuer à toucher les dividendes. Dans certaines sociétés, la proportion des actions non enregistrées (actions « dispo ») s'élève entre 30 et 40% de la totalité du capital.

Une telle situation est inquiétante du point de vue de la démocratie actionnariale, puisqu'une minorité d'actionnaires peuvent alors déstabiliser une entreprise, par exemple en imposant une stratégie à court terme qui menace sa pérennité à long terme. Pour diminuer l'influence négative de ce type d'actionnaires sur la stabilité et la prospérité de notre tissu économique, il serait opportun d'encourager un maximum d'actionnaires à s'inscrire au Registre des actions et à exercer leurs droits de vote. Dans ce but, la Fondation Ethos fait les trois propositions suivantes.

3.2.1 Possibilité de verser un dividende supplémentaire aux actionnaires qui votent

Afin d'encourager les actionnaires à s'inscrire au Registre des actions, Ethos propose de permettre aux sociétés qui le souhaitent de verser un dividende supplémentaire aux actionnaires qui exercent leurs droits de vote à l'assemblée générale. Un tel système présente l'avantage de ne pas constituer une sanction, mais plutôt une incitation à voter à l'assemblée générale. Il est certain que de nombreux investisseurs institutionnels s'inscriraient alors dans le Registre des actions, car ils ne pourraient pas justifier le fait qu'ils n'aient pas fait le nécessaire pour toucher le dividende supplémentaire.

Il serait par exemple possible d'ajouter un chiffre à l'article 627 (qui précise les dispositions qui ne sont valables que si elles figurent dans les statuts) qui mentionne que les statuts peuvent prévoir de verser un tel dividende supplémentaire. Ainsi une société devrait, dans un premier temps, modifier ses statuts pour pouvoir verser, le cas échéant ce dividende.

3.2.2 Empêcher le blocage des titres

De nombreux actionnaires, en particulier d'importants actionnaires institutionnels étrangers, renoncent à voter aux assemblées générales des sociétés cotées suisses, car leur banque dépositaire leur impose de bloquer leurs titres entre le jour où ils communiquent leurs positions de vote et le jour de l'assemblée générale. Ces investisseurs renoncent alors à voter, étant donné que pour des motifs de gestion ils ne veulent pas (ou ne peuvent pas) bloquer leurs titres pendant plusieurs semaines, c'est-à-dire renoncer à pouvoir vendre une partie ou la totalité de leurs titres.

Selon certaines banques, le blocage des titres serait nécessaire pour assurer une organisation administrative efficace des cartes de vote. Cela n'est pas correct. En effet, chaque société doit fixer et communiquer la période pendant laquelle son Registre des actions est fermé (en principe durant la semaine précédent l'assemblée générale). De cette manière :

- a) Si des achats / ventes de titres avaient lieu entre le jour où l'actionnaire a communiqué ses positions de vote à sa banque dépositaire et le jour de fermeture du Registre des actions, il est toujours possible d'enregistrer ces modifications et de corriger le nombre de voix détenues par l'actionnaire.
- b) Si des achats / ventes de titres avaient lieu pendant la période de fermeture du Registre des actions, les banques dépositaires ne pourraient plus faire inscrire ou désinscrire des actionnaires qui auraient achetés ou vendus des titres. Cela ne doit

cependant pas empêcher l'investisseur d'effectuer des achats / ventes de titres. Le nombre de voix détenues à l'assemblée générale correspond alors aux voix inscrites avant la fermeture du Registre. Cela ne pose pas de problème, puisque tout le monde est au courant des dates de fermeture du Registre.

Par conséquent, il apparaît qu'une partie du monde bancaire freine actuellement de manière injustifiée l'exercice des droits de vote de nombreux actionnaires en leur imposant, de manière inutile, le blocage de leur titres jusqu'au jour de l'assemblée générale. Afin d'augmenter le taux de participation aux assemblées générales, la Fondation Ethos invite le législateur à prévoir des dispositions qui interdisent le blocage des titres lorsqu'un actionnaire souhaite exercer ses droits de vote à l'assemblée générale.

3.2.3 Abaisser le seuil d'annonce à 1%

Un autre moyen d'inciter les actionnaires importants à s'enregistrer est d'abaisser le seuil minimal d'annonce de 5% à 1% du capital. Ethos apprécierait une telle mesure qui conduirait à une plus grande transparence de l'actionnariat.

3.3 TRAITEMENT DES ACTIONS PRETEES

La Fondation Ethos est d'avis que le législateur doit prévoir des dispositions qui empêchent la négociation commerciale des droits de vote. A cet effet, il est notamment nécessaire de réglementer davantage les opérations de prêt de titres (securities lending), en interdisant le prêt de titre en période d'assemblée générale. En effet, actuellement le prêteur d'un titre délègue automatiquement son droit de vote à l'emprunteur.

3.4 COMPETENCE DE L'ASSEMBLEE GENERALE POUR ELIRE LE PRESIDENT DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

Actuellement l'article 712 prévoit que le Conseil d'administration désigne son Président, à moins que les statuts prévoient qu'il soit élu par l'assemblée générale. La Fondation Ethos est d'avis que la désignation du Président devrait systématiquement être de la compétence de l'assemblée générale. En effet, au vu de l'importance de la personnalité et du rôle du Président, il est légitime que les actionnaires puissent décider directement de son élection.

La situation actuelle n'est à ce titre pas satisfaisante. On peut notamment imaginer que des actionnaires acceptent d'élire une personne en tant que membre ordinaire du Conseil d'administration, mais non pas s'il devait être Président. Cela pourrait être le cas si le candidat est par ailleurs CEO.

3.5 OBLIGATION DE CONSTITUER UN COMITE D'AUDIT AU SEIN DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

Tout le monde s'accorde à reconnaître l'importance des tâches du Conseil d'administration en matière de contrôle et d'audit. Même si ces tâches constituent des attributions

intransmissibles et inaliénables du Conseil d'administration, le Code de bonne pratique en matière de corporate governance d'economiesuisse préconise la constitution d'un comité d'audit au sein du Conseil d'administration. Ce comité est chargé de préparer les dossiers et de formuler des recommandations au Conseil d'administration.

Au vu de la grande importance de ces tâches, la Fondation Ethos est d'avis qu'il devrait être obligatoire pour toute société cotée de constituer un Comité d'audit au sein de son Conseil d'administration. Ce Comité devrait être formé de membres qui n'ont pas de responsabilités exécutives. De plus, la majorité des membres devraient être indépendants. Un des membres au moins devrait justifier de compétences avérées et reconnues en matière d'audit.

3.6 COMPETENCES DE L'ASSEMBLEE GENERALE DE DEMANDER AU CONSEIL D'ADMINISTRATION DES RAPPORTS SUR DES THEMES SPECIFIQUES

Les actionnaires à long terme sont souvent très sensibles à l'attitude de l'entreprise par rapport à ses différentes parties prenantes, ainsi qu'à certains risques spécifiques aux activités de la société. Par exemple, dans le cas d'une industrie chimique, les risques environnementaux peuvent être de grande importance.

Dans ce type de situations, les actionnaires devraient disposer du droit de demander au Conseil d'administration un rapport écrit sur un thème spécifique. Une telle demande devrait pouvoir être formulée par le biais d'une résolution d'actionnaire inscrite à l'ordre du jour de l'assemblée générale et soumise pour approbation au vote des actionnaires. Ce droit pourrait par exemple être prévu à l'article 698.



98, rue de Saint-Jean Case postale 5278
1211 Genève 11

Tél. 022 715 32 48 Fax 022 738 04 34
E-Mail info@fer-sr.ch Internet www.fer-sr.ch

Département fédéral de justice et police
Palais fédéral Ouest
3003 Berne

Genève, le 22 mai 2006
FER No 56-2005

Procédure de consultation

Révision du droit de la société anonyme et du droit comptable dans le Code des obligations

Mesdames, Messieurs,

La Fédération des Entreprises Romandes (« FER ») a le plaisir de vous soumettre ci-après sa prise de position suite à la procédure de consultation ouverte par le Département fédéral de justice et police concernant la révision du droit de la société anonyme et du droit comptable dans le Code des obligations (l'« Avant-projet » ou « AP »).

Plan de la prise de position

	page
I Remarques préliminaires	2
A. La loi ne peut pas tout.	2
B. De nouveaux besoins n'appellent pas forcément des nouvelles règles légales.	2
C. Une codification doit rester compréhensible pour le plus grand nombre.	2
D. Les formes juridiques cachent des réalités pratiques très différentes.	2
II. Appréciation générale de l'avant-projet	3
A. La révision est-elle nécessaire ?	3
B. Absence d'objections de principe aux lignes générales de l'AP	3
1. Le renforcement du gouvernement d'entreprise	3
2. Les modifications touchant la structure du capital	4
3. La modernisation des règles de l'Assemblée générale	5
4. La réforme du droit comptable	5
5. Eurocompatibilité ?	6
6. Conséquences pour le personnel et pour les finances de la Confédération	6
III Examen particulier de certaines dispositions	7
A. Article 620 AP	7
B. Article 622 AP	7
C. Article 652b AP	7
D. Article 653i AP	8
E. Article 697quinquies AP	8
IV Conclusion	8

I. Remarques préliminaires

A. La loi ne peut pas tout.

En matière de droit des sociétés et de droit comptable, comme d'ailleurs dans d'autres domaines économiques (surveillance des marchés financiers), la culture d'entreprise et les valeurs éthiques devront être mises en avant comme des piliers qu'aucun système légal ne pourra supplanter (Cf. Philippe Rey, Aucune loi ne peut remplacer l'éthique et la transparence, L'Agefi, 20.01.2004, p. 8 : « L'intégrité, le professionnalisme et l'efficacité dans la pratique de l'audit ne peuvent être remplacés ni par des paragraphes, ni par des organes de surveillance ou des sanctions. »).

B. Des nouveaux besoins n'appellent pas forcément des nouvelles règles légales.

A lire le commentaire à l'appui de l'avant-projet (p. 2), les multiples propositions législatives exposées dans cet avant-projet résulteraient de nouveaux besoins de la pratique à satisfaire. Comme cela sera exposé dans l'examen particulier de certaines dispositions (ci-après, chiffre III), la maxime des concepteurs de l'AP « *A nouveaux besoins, nouvelles règles légales* » ne doit pas avoir valeur de dogme infaillible, malgré sa tournure agréable.

A défaut, elle étoufferait la société sous une avalanche de lois (Cf. Economiesuisse, Révision du droit de la société anonyme, Dossier politique 10-2, mars 2006, p. 5 : « *Si l'on entend maintenir l'attrait de la place économique suisse, il importe de sauvegarder le plus possible la liberté des entreprises suisse et de leurs actionnaires quant à leur forme d'organisation et de ne pas leur imposer un corset étatique inutile* »).

C. Une codification doit rester compréhensible pour le plus grand nombre.

Le Code des obligations en général, et le droit des sociétés en particulier, ont pour principaux destinataires les acteurs du monde économique (travailleurs, employeurs, personnes souhaitant se lancer comme indépendant, etc.). Le texte légal doit donc être accessible et compréhensible, sans le recours systématique à des hommes et des femmes de loi, qu'ils soient conseillers juridiques ou juges.

Sur certains points, malheureusement, quelques textes de l'avant-projet ne répondent pas à ce souci (p. ex. art. 653r AP, marge de fluctuation du capital, obscur à toute première lecture).

D. Les formes juridiques cachent des réalités pratiques très différentes.

Comme chacun sait, une société anonyme ou une société à responsabilité limitée peuvent servir de véhicule juridique à des réalités économiques très différentes, allant de la société monocellulaire sans employer à la société multinationale cotée en bourse.

Ces énormes différences doivent conduire le législateur à vérifier si les règles proposées ont un sens pour toutes ces sociétés ou, au contraire, seulement pour certaines d'entre elles (sociétés cotées, sociétés non cotées, petites et moyennes entreprises, etc.). La loi sur la fusion de 1991 en a tenu compte, en prévoyant un certain nombre de règles d'allègement en faveur des petites et moyennes entreprises (PME), définies à l'art. 2 e de la Loi sur la fusion. Cette approche semble porter ses fruits.

Cette option devrait vraisemblablement être plus soigneusement suivie dans l'avant-projet, sauf à vouloir imposer aux PME des systèmes lourds et coûteux, disproportionnés par rapport aux buts (par ailleurs légitimes) poursuivis par le législateur. L'oublier serait aller à contre-courant d'une politique désormais voulue par le législateur pour simplifier la vie des entreprises, notamment des PME (p. ex. réforme de l'imposition des entreprises).

II. Appréciation générale de l'avant-projet

A. La révision est-elle nécessaire ?

La dernière révision de la société anonyme est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1992. D'un point de vue général, cette révision semble avoir permis de répondre aux besoins de la clientèle des praticiens du droit (avocats, notaires, fiduciaires, etc.), ce qui doit être le but de toute révision.

Une nouvelle révision s'impose-t-elle aujourd'hui, notamment dans les termes proposés ?

Les examens de détails mettront en lumière certaines facettes de cette question (ci-après, chiffre III). Si certaines retouches ou ajouts semblent utiles, la FER n'estime pas que la révision ici proposée soit une priorité absolue afin de maintenir les conditions cadres attrayantes pour les entreprises indigènes ou étrangères.

B. Absence d'objections de principe aux lignes générales de l'AP

Sous réserve des remarques faites dans la présente prise de position, la FER n'a pas d'objections fondamentales à faire valoir à l'encontre des directions générales prises dans l'avant-projet.

1. Le renforcement du gouvernement d'entreprise.

- a) Le premier objectif que propose l'avant-projet concerne le gouvernement d'entreprise. Cette thématique présente diverses facettes, concrétisées par un nombre important de dispositions nouvelles.

Comme toute forme d'organisation sociale, le droit des sociétés doit tenir compte d'un équilibre entre les différents organes de la société (« *Checks and balances* », Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3^{ème} édition, Zurich 2004, § 14 n° 16 et ss).

S'ils sont bien pensés, pouvoir et contrepouvoir permettent une saine gestion de la société. S'ils sont mal conçus, un déséquilibre est introduit et, en définitive, la société ne peut plus fonctionner. D'ailleurs, ce principe est universellement vérifiable, au niveau tant politique, économique que, récemment, académique.

A cet égard, le législateur serait bien inspiré de laisser la place qui revient aux **autorégulations**. A ce titre, la Suisse peut se baser sur deux textes d'autorégulation en vigueur depuis 2002 : le « *Code suisse de bonne pratique* » d'Economiesuisse et la directive SWX de la Bourse suisse

(Cf. Economiesuisse, Révision du droit de la société anonyme, Dossier politique 10-2, mars 2006, p. 1 : « *Etant donné que les mécanismes souples d'autorégulation jouent leur rôle dans le gouvernement d'entreprise, la circonspection est de mise en ce qui concerne la création de nouvelles prescriptions étatiques.* »).

- b) Au vu des principes qui précèdent, certaines propositions de l'avant-projet paraissent excessives.

Un exemple est fourni par la proposition d'un **droit permanent d'information** qui serait offert aux actionnaires (art. 697 AP : « l'actionnaire peut demander *en tout temps...* »). Imposer à toutes les sociétés un tel devoir de renseignement en tout temps semble disproportionné par rapport au travail administratif qui pourrait en résulter. La solution actuelle est acceptable (art. 697 CO : « *Lors de l'assemblée générale*, tout actionnaire peut demander ... »).

Un autre exemple est fourni par les informations particulières à fournir par la société (cotée en bourse) concernant les **indemnités versées aux membres du conseil d'administration et à la direction** (art. **697quater AP**). Lors de la procédure de consultation relative à la transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction en 2004, la FER a déjà eu l'occasion de souligner toutes les réserves qu'elle émettait face à de telles exigences, estimant que les règles d'autorégulation suffisaient à ce titre.

Lors de ce nouveau processus de révision, les concepteurs de l'AP aimeraient maintenant étendre ces obligations à toutes les sociétés (art. **697quinquies AP** : « *Dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse, tout actionnaire peut demander des renseignements au sujet des indemnités, des prêts et des crédits visés à l'art. 697quater.* » ; Michel Jaccard, La révision du droit de la SA: Le conseil d'administration, chiffre 1.4, *in* la révision du droit de la société anonyme, Cedidac, à paraître en 2006).

La FER est opposée à cette idée, n'y voyant aucune plus-value sensible pour le gouvernement d'entreprises des PME, dont la situation et les parties prenantes sont bien éloignées de celles des sociétés cotées en bourse.

Enfin, la **durée annuelle du mandat d'un administrateur** proposée par l'avant-projet ne semble d'un avantage important immédiatement approuvée (art. **710 AP**). Pourquoi vouloir imposer ce rythme ? La solution actuelle est satisfaisante : les membres du conseil d'administration sont élus pour trois ans, sauf disposition contraire des statuts. Libre à chaque société (et donc à ses actionnaires) de décider du rythme adapté.

Ici aussi, la marge de manœuvre devrait être laissée aux entreprises (et à leurs actionnaires) dans l'esprit du *Code suisse de bonne pratique* pour le gouvernement d'entreprise qui impose un échelonnement approprié des mandats afin que les passages de témoins puissent se faire en douceur.

2. Les modifications touchant la structure du capital

- a) De l'avis de praticiens, les possibilités offertes par le droit actuel semblent donner toute satisfaction à leurs clients, notamment la possibilité de procéder à l'augmentation autorisée du capital-actions. L'avant-projet prévoit la possibilité de procéder à des augmentations ou des réductions du capital-actions instituant une **marge de fluctuation du capital**.

Aux yeux de la FER, cet instrument ne semble pas répondre à un besoin pressant de la pratique. A lire les publications dans la *Feuille officielle suisse du commerce*, il semble très rare qu'une société pratique le yo-yo en faisant des séries interminables d'augmentations et de réductions de son capital à intervalles très courts.

En outre, à notre connaissance, la révision entrée en vigueur en 1992 n'a suscité aucun mécontentement dans la mesure où la technique d'une fourchette est déjà admise par la doctrine et la pratique des registres du commerce.

En revanche, la FER n'est pas opposée à la procédure proposée de **réduction autorisée** du capital-actions (variante II, art. **653s AP**).

- b) Concernant la **valeur nominale minimale**, la FER est opposée à l'introduction d'un modèle d'actions sans valeur nominale proprement dite, dans la mesure où un tel système est inconnu en Europe et semble étranger aux principes fondamentaux de notre droit des sociétés.

En revanche, la FER n'est pas opposée à ce que des actions puissent dorénavant afficher **n'importe quelle valeur nominale dès lors qu'elle est supérieure à zéro** (par exemple : société anonyme ayant un capital-actions de CHF 100'000.- divisé en 30 millions d'actions de un tiers de centime chacune).

- c) La FER est **opposée à l'abolition de l'action au porteur** (art. 622 AP). En effet, les arguments avancés par les initiateurs n'emportent pas conviction, même s'ils sont louables (et partagés) dans leur principe. En effet, l'action au porteur constitue encore un instrument important de l'économie suisse, auquel recourent certaines sociétés importantes (Roche, Swatch, Kudelski, etc.). En outre, l'abolition des actions au porteur devrait impérativement se faire au niveau mondial pour avoir une quelconque utilité. A défaut, en effet, il suffirait que les actions nominatives d'une société anonyme suisse soient détenues en totalité par une société étrangère dont le capital peut être, lui, divisé en titres au porteur.

Par la suppression en Suisse des actions au porteur, le problème invoqué n'est pas résolu ; il est simplement déplacé.

Cet avis semble partagé par les praticiens ou chefs d'entreprise (cf. *Neue Zürcher Zeitung* du 6 décembre 2005, p. 30 : « *Den Inhaberaktien läutet indessen das Totenglöcklein. Sie haben aus der Sicht des Bundesrates in den letzten Jahren kontinuierlich an Bedeutung verloren und sollen nun endgültig abgeschafft werden. Vor elf Jahren hatte man dazu noch ganz anderes gehört. Im Abwehrkampf gegen den «Raider» Martin Ebner, der mit dem Aufkauf von Namenaktien die Bankgesellschaft unter Druck gesetzt hatte, führte die alte UBS Einheitsaktien als Inhaberpapiere ein. UBS-Präsident Nikolaus Senn erklärte damals: «Der Inhabertitel ist das flexibelste, für die internationale Placierung am besten geeignete Papier. »* »).

3. La modernisation des règles de l'Assemblée générale

Même si elle s'interroge sur la nécessité de légiférer autant en détail sur des sujets aussi évolutifs que les moyens et les médias électroniques, la FER n'a pas d'opposition à faire valoir contre les règles proposées pour moderniser le fonctionnement de l'Assemblée générale (Assemblée générale multi sites, convocations électroniques, procurations électroniques, etc.).

La faisabilité de ces solutions semble d'ailleurs admise par la doctrine (Sascha Daniel Patak, *Die virtuelle Generalversammlung im schweizerischen Aktienrecht*, Schulthess, 2005 ; Sébastien Bettchart, *L'organisation de l'Assemblée générale*, ch. II, lettre F, in *La révision du droit de la société anonyme*, Ceditac, à paraître en 2006).

4. La réforme du droit comptable

- a) Les dispositions des articles 957 à 964 du Code des obligations datent de 1936 et sont désuètes. De ce point de vue, la FER approuve la volonté du législateur de réviser le droit comptable.

- b) Le législateur paraît avoir choisi de **moduler le niveau des exigences de la tenue de comptabilité de la présentation des comptes selon l'importance économique de l'entreprise visée**. La FER partage cette option dans la mesure où il semble disproportionné (et insensé) de soumettre aux mêmes règles l'entreprise non tenue de s'inscrire au registre du commerce et la société publique cotée en bourse.

De ce point de vue-là, la division de la révision en (i) contrôle ordinaire et (ii) contrôle restreint semble aller dans une bonne direction, dans l'intérêt bien compris des petites et moyennes entreprises et de manière équitable pour toutes les parties prenantes (travailleurs, créanciers, etc.).

De même, la FER n'a pas d'oppositions fondamentales à faire valoir contre les possibilités offertes à certaines entreprises de renoncer à tout contrôle (Opting Out), vu les sauvegardes mises en place.

5. Eurocompatibilité ?

La FER est réservée sur l'eurocompatibilité de l'avant-projet, dans la mesure où l'approche semble plus américaine que continentale (raisemblablement dans le même sens, Hans Caspar von der Crone, *Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*, RSDA 2006, p. 2 et ss).

Le commentaire de l'avant-projet ne semble d'ailleurs pas aller dans un sens différent (p. 36), même si la formulation choisie par les concepteurs de l'AP est loin d'être transparente.

6. Les conséquences pour le personnel et pour les finances de la Confédération

Aux yeux de la FER, s'il est maintenu en l'état, l'avant-projet aboutira à des charges supplémentaires pour les collectivités publiques, y compris – indirectement – pour la Confédération, contrairement à ce que les initiateurs mentionnent (avec angélisme ?) dans leur rapport (p. 38).

En effet, la loi utilise de plus en plus de **notions vagues** ou génératrices de différends, dont la sanction définitive semble être laissée au juge (art. 652b al. 6 AP : prix d'émission « sensiblement inférieur » ; art. 678 AP, 697quater al. 1 ch. 5 AP : « proches » des membres du conseil d'administration ou de la direction.

Il en va de même de l'**abaissement des seuils** nécessaires dans certains cas où le recours au juge est également prévu (art. 697 b AP, 699 AP, etc.).

Or, multiplier l'**appel au juge** augmentera forcément la charge de travail des autorités judiciaires, y compris en définitive le Tribunal fédéral.

Le rapport des concepteurs de l'avant-projet pourrait donc être davantage transparent sur ce point.

III. Examen particulier de certaines dispositions

A. Article 620 AP

La possibilité de constituer une société unipersonnelle répond à l'attente de la clientèle des praticiens du droit (avocats, notaires, fiduciaires, etc.). En revanche, l'abandon, dans la définition légale, des termes « **sous une raison sociale** » est regrettable dans la mesure où, à l'instar d'une personne physique, une personne morale est principalement identifiée par sa raison sociale.

Par conséquent, la FER propose la teneur suivante : « *La société anonyme est une société de capitaux formée, sous une raison sociale, par une ou plusieurs personnes ou sociétés commerciales.* ».

Dans le même mouvement, il conviendrait d'adapter l'article 772 du Code des obligations pour la Sàrl (définition de la Sàrl), afin que les définitions soient compatibles.

B. Article 622 AP

La FER propose de maintenir l'article 622 dans sa teneur actuelle et de **maintenir les actions nominatives et au porteur**.

Concernant la rédaction de l'alinéa concernant la valeur nominale minimale, la FER propose la rédaction suivante : « *La valeur nominale de l'action doit être supérieure à zéro centime. La valeur nominale peut être une fraction de centime.* ».

C. Article 652b AP

L'alinéa 5 de l'article 652 b AP prévoit que « *l'exercice du droit de souscription préférentiel ne doit pas être entravé de manière non fondée.* ».

Le commentaire de l'avant-projet indique est curieux (p. 46, au milieu). Il laisse entendre que la société aurait un comportement illicite si elle procédait intentionnellement à l'augmentation du capital pendant une période où ses organes savaient que l'actionnaire minoritaire était dans l'impossibilité d'exercer son droit de souscription préférentiel (par exemple en raison de difficultés financières qui l'empêcheraient de libérer les actions).

Cette disposition ne nous paraît pas opportune dans la mesure où sa mise en pratique sera plus que délicate si la portée que nous y voyons correspond effectivement à l'esprit du commentaire précité.

En exagérant à peine, tout actionnaire minoritaire sans moyens financiers ou insolvable pourrait bloquer de facto toute augmentation de capital, ce qui ne semble guère raisonnable. Il en résulterait un risque important pour les organes décisionnels dans la mesure où elles auraient toujours l'épée de Damoclès d'une réclamation a posteriori d'un actionnaire minoritaire alléguant ne pas avoir pu souscrire à une augmentation de capital faute de moyens financiers à l'époque.

La FER propose donc d'abandonner purement et simplement l'alinéa 5 de l'article 652 b AP.

D. Article 653i AP

Curieusement, l'avant-projet propose que la décision de modification des statuts ne requière pas la forme authentique lorsque le conseil d'administration supprime ou adapte la disposition statutaire relative à l'augmentation conditionnelle du capital (droit de conversion ou d'option).

La FER est opposée à cette solution. En effet, en tant que charte fondamentale de la société, **toute modification des statuts doit se faire en la forme authentique**. En outre, les arguments avancés semblent discutables (coûts générés par l'acte authentique, rapport p. 49 en bas). En effet, pour une société recourant à la solution des droits d'option (pour ses travailleurs) ou lançant des emprunts par obligations, la dépense résultant des services d'un officier public paraît bien marginale.

Enfin, d'un point de vue de technique notariale, il paraît assez curieux que des statuts passés en la forme authentique puissent être modifiés sur un point en la forme écrite puis à nouveau modifié sur la forme authentique sur un point requérant le passage devant un notaire. Que devrait faire alors l'officier public par rapport à la modification antérieure passée par hypothèse dans la forme écrite ? Jusqu'où iraient son devoir de vérification et sa responsabilité ?

Pour ces principales raisons, la FER propose la suppression de l'alinéa 3 de l'article 653 i AP.

D. Article 697quinquies AP

La FER propose la suppression pure et simple de cet article, afin de ne pas imposer, aux sociétés non cotées, des obligations de renseignement (sur les indemnités versées) qui ne répondent pas à un besoin établi dans la pratique de ce type d'entreprises (bien différentes des sociétés cotées en bourse).

IV. Conclusion

Trop de réglementation tue la réglementation. Par conséquent, les concepteurs de l'avant-projet sont invités à ne légiférer que dans les cas où un réel besoin de la pratique s'est fait sentir ou peut être pressenti avec suffisamment de sécurité.

Dans les autres cas, il convient de laisser aux entreprises et à leurs propriétaires (actionnaires) le soin de choisir les règles qui leur conviennent et de laisser suffisamment de place à l'autorégulation, qui a fait ses preuves.

Pour faire suite à votre demande, une version électronique de cette prise de position vous est adressée par courriel à l'adresse : ehra@bj.admin.ch.

Veuillez agréer, Mesdames, Messieurs, nos salutations distinguées.

Un secrétaire

Fernand Chappuis

Le secrétaire général

Michel Barde

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartment
Herrn Bundesrat Dr. Christoph Blocher
3003 Bern

ehra@bj.admin.ch (Stichwort: „Aktienrechtsrevision“)

Bern, den 29. Mai 2006

**Vernehmlassungsverfahren:
Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrecht im Obligationenrecht**

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit, im Vernehmlassungsverfahren zu den Vorschlägen für eine Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht Stellung zu nehmen und wir nutzen diese Gelegenheit gerne innert der gesetzten Frist.

I. GRUNDSÄTZLICHES

1. Unsere Stellungnahme erfolgt aus dem Blickwinkel des landwirtschaftlichen Genossenschaftswesens. Wir sprechen hier im Namen von rund 350 im Genossenschaftsverband Fenaco zusammengeschlossenen Selbsthilfe-Genossenschaften, die allesamt als kleine oder mittlere Unternehmen einen wesentlichen Teil des schweizerischen Wirtschaftswesens und der schweizerischen gesellschaftsrechtlichen Wirklichkeit ausmachen. Wir nehmen zu den Gesetzgebungsvorschlägen nur insoweit Stellung, als sie aus dem genannten Blickwinkel relevant sind.

Kontaktadresse: fenaco, Werner Beyer, Schaffhauserstrasse 6, 8401 Winterthur
Tel. 052 264 22 02, Fax 052 212 79 57, E-Mail: Werner.Beyer@fenaco.com

2. Wir begrüssen die gesetzgeberische Absicht, die schweizerischen Rechtsgrundlagen im Spannungsfeld von Rechnungslegung und Corporate Governance der unvermeidlichen Anpassung an die globale Rechtsentwicklung zu unterziehen.
3. Leider stellen wir aber fest, dass auch hier wieder – schon die ursprünglichen Entwürfe zum Fusionsgesetz hatten unter ähnlichen Symptomen gelitten – die Konzentration auf die grossen börsenkotierten Gesellschaften den Blick auf die Realitäten der kleinen und mittleren Unternehmungen völlig zu verstellen droht. Der Entwurf nimmt zwar mehrfach ausdrücklich auf kleinere und auf nicht börsenkotierte Gesellschaften Bezug. Es ist auch nicht beabsichtigt, die aktienrechtlichen Vorschriften pauschal auf sämtliche Genossenschaften anwendbar zu erklären. Dennoch wird in legislatorischem Übereifer übersehen, dass für die kleinen und mittleren Unternehmen (d.h. rund 99 % der schweizerischen gesellschaftsrechtlichen Wirklichkeit) die vorgesehenen Vorschriften weder verhältnismässig noch erforderlich sind. Bürokratie, Bezug von Fachexperten und Transparenzvorschriften dürfen nicht dazu führen, dass die föderalistischen Traditionen, die sich auch im schweizerischen Wirtschaftswesen bewährt haben, geopfert werden. Kosten und Aufwendungen dürfen nur dort gesetzgeberisch vorgeschrieben werden, wo ein effektiver Anlass besteht, das heisst, wo die kleinen Strukturen nicht ohnehin eine interne Kontrolle und eine ausreichende Transparenz gewährleisten.
4. Unser Anliegen ist es, auf die aus Sicht der Genossenschaften sehr ernsthaften Problemstellungen hinzuweisen. Auf eine detaillierte Ausformulierung von Gesetzesbestimmung können und müssen wir an dieser Stelle verzichten.

II. EINZELNE BEMERKUNGEN

1. Offenlegung von Vergütungen

Gemäss Art. 857 Abs. 2bis Satz 1 gelten für die Offenlegung und Auskunftserteilung betreffend Vergütungen an die Verwaltung und an die Geschäftsleitung bei den Genossenschaften die Vorschriften des Aktienrechts sinngemäss. Damit wird auf Art. 961 Abschnitt A Abs. 2 Ziff. 3 verwiesen, wonach die Gesamtbezüge der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsgangs offen zu legen sind und es kommt Art. 697quinquies lit. b zur Anwendung, wonach jeder Aktionär (hier: Genossenschafter) über Vergütungen Auskunft verlangen kann.

Diese Offenlegungspflichten bzw. Informationsansprüche für nicht börsenkotierte Gesellschaften, ja für kleine Genossenschaften, übersehen den grundlegenden Unterschied zwischen der Rechtsform der Aktiengesellschaft und derjenigen der Genossenschaft.

In der Selbsthilfeorganisation der Genossenschaft besteht nicht bloss eine kapitalmässige Beteiligung, sondern vielmehr ein intensives persönliches Engagement; ein aktives Mitwirken und Mitentscheiden jedes Genossenschafters. Die Distanz zwischen den „Regierenden“ und den „Regierten“ ist viel kleiner. Die Organisation ist wesentlich transparenter, unter anderem auch dadurch, dass die Verwaltung der Genossenschaft gemäss Art. 894 Abs. 1 OR mehrheitlich aus Genossenschaftern bestehen muss. Wo die Verwaltung - aus sicher nachvollziehbaren Gründen - auf eine Ausbreitung von detaillierten Salärdaten oder sonstigen Einkommensangaben der obersten Führungs- und Leitungsorgane verzichten will, soll sie diese Möglichkeit haben. Löhne werden in der Schweiz nach wie vor ganz generell als vertrauliche Daten betrachtet. Es besteht die grosse Gefahr, dass bei Durchsetzung der Auskunftspflicht bzw. bei Offenlegung in den ländlichen Verhältnissen sehr grosse Rekrutierungsprobleme entstehen. Wer riskiert, dass seine (vergleichsweise bescheidenen) Einkommens-komponenten allgemein öffentlich zugänglich werden, sucht eine andere Beschäftigung. Die Erfahrung zeigt auch, dass für derartige Vorschriften in genossenschaftlichen Kreisen keinerlei praktischer Anlass bestand oder besteht.

Die Pflicht, Entschädigungen an Mitglieder der Verwaltung von grossen Aktiengesellschaften offen zu legen, mag dort sinnvoll sein, weil die interessierten Aktionäre zu Lasten der übermässigen Kompensationen an Verwaltungsratsmitglieder ihre Dividende oder die innere Wertsteigerung der Aktien verbessern wollen. Auch dort bestehen aber angesichts der jüngsten Erfahrungen erhebliche Zweifel, ob die Offenlegung nicht genau kontraproduktiv wirkt und die Kompensationsausschüsse der Verwaltungsräte zwingt, immer noch höhere Entschädigungen zuzugestehen, um mit den allgemeinen Entwicklungen mitzuhalten.

Genossenschaften aber zielen zum Vornherein nicht darauf ab, hohe Gewinne zu erwirtschaften und diese dann *entweder* den Gesellschaftern oder der Gesellschaftsführung zuzuweisen. Ziel ist vielmehr die Erbringung von Leistungen entsprechend dem jeweiligen Genossenschaftszweck und im Rahmen des Selbsthilfegedankens zu möglichst vorteilhaften Bedingungen für alle.

2. Pflicht zur Erstellung eines Abschlusses nach einem

Kontaktadresse: fenaco, Werner Beyer, Schaffhauserstrasse 6, 8401 Winterthur

Tel. 052 264 22 02, Fax 052 212 79 57, E-Mail: Werner.Beyer@fenaco.com

privaten Regelwerk

- (a) Die Vorschrift, dass schon 10 % der Genossenschafter den Abschluss nach einem Regelwerk verlangen können (und damit der Genossenschaft erhebliche zusätzliche Kosten verursachen), ist nicht sachgerecht. Art. 962 Abschnitt A Abs. 2 Ziff. 2 des Entwurfs schiesst über das Ziel hinaus.

Dies würde 90 % der Genossenschafter dazu zwingen, auf einen erheblichen Teil der möglichen und grundsätzlich von der Genossenschaft erwirtschafteten Rückvergütungen zu verzichten. Auch hier ist zu betonen, dass die kleinräumlichen Verhältnisse und die engen persönlichen Beziehungen eine derart niedrige Schwelle in keiner Weise gebieten. Wir denken, dass **ein Drittel** der Genossenschafter als niederste denkbare Schwelle vorgesehen sein sollte.

- (b) Erst recht verfehlt ist unseres Erachtens Ziff. 3 der soeben zitierten Gesetzesbestimmung, wonach **ein einzelner Gesellschafter** einen Abschluss nach Regelwerk verlangen kann, wenn eine persönliche Haftung oder eine Nachschusspflicht besteht. Diese Bestimmung mag für Kollektivgesellschaften oder Kommanditgesellschaften angebracht sein, weil dort in der Regel eine sehr kleine Zahl von Gesellschaftern besteht und weil das Risiko nicht auszuschliessen ist, dass ein geschäftsführender Gesellschafter durch „geschickte Rechnungslegung“ oder „Manipulationen“ den nicht geschäftsführenden Gesellschaftern wirtschaftlichen Schaden zufügt. Die Struktur der Genossenschaft bedingt aber selbst dort, wo eine persönliche Haftung oder eine Nachschusspflicht besteht, auf keinen Fall die Befugnis eines einzigen Genossenschafters, den Abschluss nach Regelwerk zu verlangen. Die Bestimmung, dass ein bestimmter Anteil der Genossenschafter (wie vorstehend beschrieben nach unserer Idee **ein Drittel**) einen Abschluss nach Regelwerk verlangen kann, ist völlig ausreichend.

3. Anwendung von Regelwerken bei Konsolidierung

Die Erstellung einer Konzernrechnung sollte in einfachen Verhältnissen mit einer Rechnungslegung nach OR (im Sinne von alt Art. 663e) möglich sein. Die Vorschrift, in einer Kleinkonsolidierung eines „Konzerns“ private Regelwerke anzuwenden, schiesst über die Bedürfnisse sowohl der Gesellschafter wie auch anderer Stakeholder hinaus.

Es darf nicht sein, dass eine kleine Genossenschaft, die eine Aktiengesellschaft beherrscht (in der z.B. die Liegenschaften gehalten werden), bereits den Konsolidierungsregeln eines „Konzerns“ untersteht.

4. Verhältnis zum Steuerrecht

Art. 960 f ist ersatzlos zu streichen. Die bisherigen Möglichkeiten zur Bildung und Auflösung von stillen Reserven sind angemessen und zweckmäßig und sind beizubehalten. Entsprechend muss in Art. 959 c (neu) eine Norm analog alt Art. 663b Ziff. 8 aufgenommen werden.

Die vorgeschlagene Regelung weist dem Steueramt eine teilweise Verantwortung für die kaufmännische Rechungslegung zu. Sie würde damit eine über viele Jahre hinweg anhaltende Unsicherheit schaffen. Die Bestimmung ist unpraktikabel und unnötig.

5. Neuregelung der Kapitalstrukturen

Im Zusammenhang mit der Neuregelung der Kapitalstrukturen bei den Aktiengesellschaften: Kapitalband, Kapitalherauf- und -herabsetzung, stellt sich die Frage, ob der heute bestehende Verweis auf die Aktiengesellschaft in Art. 874 Abs. 2 OR weiterhin Bestand haben soll?

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen und verbleiben

mit freundlichen Grüßen

fenaco

Werner Beyer
Mitglied der Geschäftsleitung

Kurt Aerni
Leiter Interne Revision / LANDI Treuhand

FER

Fachkommission für Empfehlungen zur Rechnungslegung

Fondation pour les recommandations relatives à la présentation des comptes

Fondazione per le raccomandazioni concernenti la presentazione dei conti

Foundation for financial reporting standards

Herr Bundesrat
Dr. Christoph Blocher
Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern

t f~_ 11

= Z 9. MAI 2006

No.

Zürich, 24. Mai 2006

Vernehmlassung zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts
im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005

Sehr geehrter Herr Bundesrat Blocher

Gerne nehmen wir die Gelegenheit wahr, zum erwähnten Vorentwurf Stellung zu nehmen. Wir werden uns dabei auf das Rechnungslegungsrecht konzentrieren. Die FER verfügt in der Erarbeitung von Rechnungslegungsvorschriften über eine langjährige Erfahrung und hat sich mit den Swiss GAAP FER-Standards in der Schweiz eine breite Anerkennung erworben. Im Zusammenhang mit dem laufenden Überarbeitungsprojekt und den kürzlich von der FER-Kommission verabschiedeten Kern-FER haben die Gremien der FER sich zudem intensiv mit grundlegenden Fragen der Rechnungslegung auseinander gesetzt. Diese Erfahrungen möchten wir in die Vernehmlassung zur Revision des Rechnungslegungsrechts einbringen. Wir tun dies, indem in der Folge die wichtigsten Punkte zusammenfassend dargelegt und in der Beilage gewisse Themen vertieft kommentiert werden.

Wir begrüssen die Tatsache, dass die Konzernrechnung nach international anerkannten Normen (voraussichtlich beispielsweise Swiss GAAP FER, IFRS oder US GAAP) zu erstellen ist. Es erscheint sachlich gerechtfertigt, die Ausarbeitung von Rechnungslegungsstandards nicht durch den Gesetzgeber selbst vornehmen zu lassen. Auf zunehmend komplexere Fragestellungen muss innert nützlicher Frist eine Antwort in Form eines Rechnungslegungsstandards gefunden werden; eine Aufgabenstellung, die von privaten Organisationen wie der FER durch die Herausgabe von qualitativ hoch stehenden Standards auf eine sowohl von den Anwendern als auch vom Schweizer Gesetzgeber anerkannte Weise wahrgenommen wird. Bereits bei der Entstehung von FER-Standards wird diesem Anliegen Rechnung getragen, weil es das erklärte Ziel der FER ist, verschiedene Interessengruppen möglichst ausgewogen zu berücksichtigen. So nehmen an den Sitzungen der FER-Fachkommission Vertreter des Bundesamtes für Justiz, des Staatssekretariats für Wirtschaft (seco) oder der Eidgenössischen Steuerverwaltung als Beobachter teil.

Nur durch Anwendung eines in sich geschlossenen Regelwerks kann ein tatsächliches Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage vermittelt werden. Nur eine solche Konzernrechnung ist für den Bilanzleser aussagekräftig. Davon profitieren in erster Linie die Gesellschaftsorgane selbst, aber auch im Verkehr mit Investoren, Banken und anderen interessierten Kreisen ist eine solche Konzernrechnung von Nutzen. Zu einer modernen Konzernrechnung gehört neben den Bestandteilen Bilanz, Erfolgsrechnung, Geldflussrechnung, Eigenkapitalnachweis, Anhang auch ein Jahresbericht, in welchem nach den im FER Rahmenkonzept enthaltenen Ausführungen u.a. auch Stellung genommen wird zum Umfeld und zu den Aussichten des Konzerns.

Aus Kosten-/Nutzenüberlegungen stehen wir einem gesetzlichen Erfordernis, dass unabhängig der Überschreitung gewisser Grössenkriterien eine Konzernrechnung nach einem anerkannten Rechnungslegungswerk erstellt werden muss, eher kritisch gegenüber. Die Erfahrung zeigt, dass Kleinstkonzerne nicht über das erforderliche Wissen verfügen und nicht willens sind, die mit der Erstellung einer Konzernrechnung auf der Basis eines anspruchsvollen privaten Regelwerks verbundenen Aufwendungen (nicht zuletzt finanzieller Natur) zu tragen. Vor diesem Hintergrund werden wir unserer Fachkommission beantragen, dass für kleine Konzerngruppen die Anwendung der Kern-FER kombiniert mit dem neuen Swiss GAAP FER 30 zur Konzernrechnung erlaubt sein soll. Der mit diesem Konzept verbundene Aufwand für kleine Konzerne ist vertretbar.

Mit der Veröffentlichung von Swiss GAAP FER 19 „Einzelabschluss“ ist die FER bereits vor einiger Zeit dem Bedürfnis nach einer aussagekräftigen Jahresrechnung einer Einzelgesellschaft nachgekommen. Das der laufenden Überarbeitung der FER zugrunde liegende, neue Konzept verstärkt diese Ausrichtung, indem die Kern-FER und die weiteren Swiss GAAP FER sowohl für den Einzelabschluss als auch die Konzernrechnung gelten. Alle spezifischen Bestimmungen für die Konsolidierung werden in einem separaten Standard (Swiss GAAP FER 30) zusammengefasst. Falls gewisse Grössenkriterien, die übrigens mit denjenigen des neuen Revisionsrechts übereinstimmen, nicht überschritten werden, kann die Organisation ihre Jahresrechnung nach Massgabe von sechs Kern-FER erstellen. Grössere Organisationen haben das gesamte Regelwerk, d.h. die Kern-FER und die weiteren Swiss GAAP FER, anzuwenden, in welchen spezifischere Themen wie latente Ertragssteuern, Pensionsverpflichtungen oder derivative Finanzinstrumente geregelt sind. Wir begrüssen daher die Bestimmungen von Art. 962 (neu) OR, welche die Erstellung einer Jahresrechnung nach einem privaten Regelwerk für börsenkotierte Gesellschaften und für grosse Genossenschaften, Vereine und Stiftungen vorsehen. Es erscheint uns allerdings nicht zuletzt aus konzeptionellen Gründen fraglich, wenn von dieser Regelung Aktiengesellschaften ausgenommen sind bzw. wenn die Erstellung eines Abschlusses nach einem privaten Regelwerk in diesem Fall an ein Erfordernis geknüpft wird. Wir empfehlen, diese Bestimmung noch einmal zu überdenken und zu prüfen, ob es sinnvoll ist, nicht auch für Aktiengesellschaften Grössenkriterien zu definieren, bei deren Überschreiten zwingend ein Abschluss nach einem privaten Regelwerk zu erstellen wäre.

Aufgrund der Tatsache, dass im Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts und in den sich in Vernehmlassung befindenden Swiss GAAP FER-Standards teilweise dieselben Begriffe leicht unterschiedlich definiert werden, könnte sich in der Praxis ein unnötiger Auslegungsbedarf ergeben. Eine Möglichkeit, dies zu vermeiden, liegt im Abstimmen der beiden Regelwerke. Da zurzeit noch nicht alle Swiss GAAP FER-Standards verabschiedet sind und noch kein überarbeiteter Standard veröffentlicht ist, besteht von FER-Seite her noch ein gewisser Spielraum. Wir wären an einer solchen Abstimmung grundsätzlich interessiert. Falls Sie dieses Anliegen teilen, bitten wir Sie, mit dem Präsidenten der FER-Kommission Kontakt aufzunehmen.

Schliesslich möchten wir Sie darauf aufmerksam machen, dass diese Stellungnahme die Position des FER-Fachausschusses vermittelt.

Mit freundlichen Grüßen



/Prof. Dr. Conrad Moéf
Präsident der FER-KFokmission



Dr. Reto Eberle
Fachsekretär der FER-Kommission

Kommentar zu ausgewählten Gesetzesartikeln

Wie bereits erwähnt, werden sich die folgenden Ausführungen auf Rechnungslegungsaspekte konzentrieren. Wir erheben hierbei keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Auch erlauben wir uns, neben inhaltlichen Aspekten festgestellte Formalien aufzunehmen. Wir hoffen, mit unserem Beitrag Ihre weiteren Arbeiten zu unterstützen.

Artikel 958b Abs. 3 (neu) OR

Sofern es tatsächlich Ausnahmen vom zeitlichen Abgrenzungsprinzip geben soll, ist nicht klar, woher das gewählte Größenkriterium (von CHF 75'000) röhrt. Wäre nicht vielleicht ein bereits im Zusammenhang mit der Rechnungslegung stehendes Kriterium vorzuziehen (wie beispielsweise die CHF 100'000, welche zum Eintrag ins Handelsregister verpflichten)?

Artikel 957 Abs. 2 OR

In Zusammenhang mit Art. 957a (neu) OR könnte der aus unserer Sicht falsche Eindruck entstehen, dass die Grundsätze ordnungsmässiger Buchführung und insbesondere die Vorschriften zu den Buchungsbelegen nicht für Einzelunternehmen, Vereine und Stiftungen gelten, die sich nicht ins Handelsregister eintragen müssen.

Artikel 958 OR

Im geltenden Aktienrecht ist die Rede von einer „möglichst zuverlässigen“ Beurteilung der Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft. Artikel 958 OR postuliert eine Darstellung, aufgrund derer sich Dritte ein zuverlässiges Urteil bilden können, obschon auch im neuen Gesetz stillen Reserven zulässig sein sollen. Angesichts dieser Tatsache würden wir begrüssen, wenn die bisherige Terminologie beibehalten würde.

Artikel 958a Abs. 2 (neu) OR

Der Wortlaut ist in folgender Hinsicht unklar: Im Falle der Einstellung eines Teils der Tätigkeit sollen der Rechnungslegung Veräußerungswerte zugrunde gelegt werden. Dass diese Vorschrift nur den einzustellenden Teil betrifft, geht aus dem vorgeschlagenen Wortlaut nicht eindeutig hervor. Wir schlagen vor, diese Präzisierung noch vorzunehmen.

Artikel 959a (neu) OR

Die Gliederung der Passiven enthält bei den Rückstellungen den bisher in der Schweiz nicht gebräuchlichen Begriff „Rücklagen“. Zudem fehlt eine Referenz auf die in Artikel 960b (neu) OR eingeführten Schwankungsreserven. Die Frage, ob Schwankungsreserven dem Eigenkapital oder dem Fremdkapital zuzuordnen sind, hängt von den unter den Ausführungen zu Artikel 960b (neu) OR thematisierten Punkten ab. Aus Gründen der Klarheit müsste diese Zuordnung aber bereits bei der Bilanzgliederung erfolgen.

Unseres Erachtens wird der in Absatz 3 verwendete Begriff „Darstellung der Finanzlage“ in Verbindung mit der Geldflussrechnung und nicht zusammen mit der Bilanz verwendet.

Artikel 959b Abs. 4 (neu) OR

Die Bewertung von zugeteilten Optionen könnte sich in der Praxis als komplexes Vorhaben erweisen. Die Anwendung unterschiedlicher Bewertungsmethoden wird zu sehr unterschiedlichen Resultaten führen, was die Vergleichbarkeit zwischen den Unternehmungen erschwert, wenn nicht verunmöglicht. Nicht zuletzt aus diesen Überlegungen hat sich die FER entschlossen, ein entsprechendes Projekt zwar auszuarbeiten, dann aber zu veröffentlichen noch weiter zu verfolgen. Es ist zudem nicht einsehbar, wieso nur zugeteilte Optionen und nicht auch zugeteilte Aktien als Personalaufwand zu erfassen sind. Wir empfehlen, anstelle der Erfassung

in der Erfolgsrechnung als Alternative die Offenlegung im Anhang zu prüfen.

Artikel 959c (neu) OR

In Absatz 1 erscheinen uns die Begriffe „zusätzliche“ und „weitere“ Angaben nicht präzise genug. In Absatz 2 ist der Wortlaut von Punkt 4 zu kompliziert und der Inhalt von Punkt 9 müsste unseres Erachtens für die Anwender konkretisiert werden.

Die Praxis zeigt, dass auch bei kleinen Unternehmen der Ausweis von langfristigen, nicht zu bilanzierenden Verpflichtungen (wie Mietverträgen oder Abnahmeverpflichtungen) sinnvoll und wünschenswert wäre.

Artikel 960 OR

Unseres Erachtens geht aus dem Gesetzestext nicht hervor, was unter gewillkürten Reserven zu verstehen ist. Insbesondere die Abgrenzung zu gewissen in Artikel 960e Abs. 3 (neu) OR aufgeführten Rückstellungen ist nicht klar (siehe dazu auch die untenstehenden Ausführungen zu diesem Artikel).

Artikel 960a (neu) OR

Die in Absatz 4 enthaltene Möglichkeit der zusätzlichen Abschreibungen und Wertberichtigungen zu Wiederbeschaffungszwecken und zur Sicherung des dauernden Gedeihens des Unternehmens stellt einen Verstoss gegen die in Art. 958b (neu) OR enthaltenen Grundsätze der periodengerechten Zuordnung und der Stetigkeit der Bewertung dar. Diese Verletzung wurde aber bereits im geltenden Aktienrecht unter den im Gesetz erwähnten Voraussetzungen als zulässig erachtet, insofern haben wir es mit der Weiterführung einer konzeptionell besonderen Praxis zu tun.

Gemäss Absatz 5 ist der Gesamtbetrag der aufgelösten, nicht mehr begründeten Abschreibungen und Wertberichtigungen in der Erfolgsrechnung oder im Anhang zu zeigen. Gemäss Artikel 960e (neu) Absatz 4 muss die Netto-Auflösung von nicht mehr begründeten Rückstellungen ebenfalls offen gelegt werden. Unseres Erachtens werden damit inhaltlich gleiche Sachverhalte unterschiedlich behandelt. Wir empfehlen, die Auflösung stiller Reserven unabhängig der betroffenen Bilanzposition zu behandeln; allenfalls könnte dies geschehen, indem bei den nicht begründeten Abschreibungen und Wertberichtigungen die davon betroffene Bilanzposition anzugeben wäre.

Artikel 960b (neu) OR

Nach unserem Verständnis dürfen gemäss Absatz 2 bei der Folgebewertung Aktiven mit Börsenkurs zum Kurs am Bilanzstichtag bewertet werden. Mangels weiterer Angaben gehen wir davon aus, dass Kursschwankungen erfolgswirksam erfasst werden. Für spezifische Aktiven mit Börsenkurs, wie Wertschriften und Finanzanlagen, schreibt Absatz 3 nun aber vor, dass dem Kursverlauf durch Bildung von Schwankungsreserven Rechnung getragen werden kann. Ob die resultierenden Wertveränderungen der Schwankungsreserven erfolgsneutral oder erfolgwirksam erfasst werden, ist nicht weiter geregelt. Aus konzeptionellen Gründen müssten die sich ändernden Werte auch in der Erfolgsrechnung niederschlagen, ansonsten - mindestens hinsichtlich der Wertschriften - ein Widerspruch zwischen Absatz 2 und Absatz 3 besteht.

Gemäss Absatz 3 können Handelswaren zum Kurs am Bilanzstichtag bewertet werden. Dies steht im Widerspruch zu Art. 960c (neu) OR, wo in Absatz 2 festgehalten wird, dass Handelswaren (als Teil der Vorräte) zu Anschaffungs- oder Herstellungskosten bzw. einem tieferen Veräußerungswert in der Bilanz erfasst werden müssen.

Absatz 3 enthält zudem eine Vorschrift für Finanzanlagen, die in Artikel 960b (neu) OR fremd erscheint, zumal dieser Artikel die Bewertung von kurzfristigen Aktiven (wie Forderungen, Wertschriften und Handelswaren) zu regeln beabsichtigt.

Artikel 960d (neu) OR

Die Überschrift „Anlagen“ findet sich in der Mindestgliederung der Bilanz gemäss Art. 959a (neu) OR nicht. Falls dieser Artikel sich auf das gesamte Anlagevermögen bezieht, sollte dies auch in der Überschrift zum Ausdruck gebracht werden.

Artikel 960e Abs. 2 (neu) OR

Die gewählte Formulierung ist nicht vollständig: Eine Vielzahl von vergangenen Ereignissen führen zu Aufwendungen in zukünftigen Geschäftsjahren. Als Rückstellung erfasst werden dürfen aber nur solche, welche dem Kriterium der sachlichen Abgrenzung genügen und daher nicht dazu dienen, in Zukunft Erträge zu generieren. Swiss GAAP FER 23 beispielsweise hat das Matching of Cost and Revenue Principle in Ziffer 3 umgesetzt und klargestellt, dass weder die Verminderung von zukünftigen Erträgen oder Margen noch zukünftige Aufwendungen ein verpflichtendes Ereignis darstellen.

Aus dem Wortlaut geht zudem nicht eindeutig hervor, ob das Unternehmen bei nicht verlässlichen Schätzungen des Rückstellungsbedarfs es bei Offenlegung des Sachverhalts im Anhang belassen kann (was unseres Erachtens sinnvoll und auch so in den Vorschriften von Swiss GAAP FER 23 enthalten ist).

Artikel 960e Abs. 3 (neu) OR

Weder die Sanierung von Sachanlagen noch die Sicherung des dauernden Gedeihens des Unternehmens stellen Rückstellungstatbestände im engeren Sinne dar. In Zusammenhang mit den Ausführungen zur Definition von Rückstellungen könnten wir uns vorstellen, Rückstellungen in Anlehnung an international verbreitete Konzepte zu definieren und in diesem Artikel klar von darüber hinausgehenden Rückstellungen zu sprechen. Auch dieser Ansatz überzeugt konzeptiell nicht vollumfänglich, könnte aber allenfalls durch das übergeordnete Ziel des „zuverlässigen“ Urteils gerechtfertigt werden.

Artikel 960f (neu) OR

Angesichts der unterschiedlichen Praxis der kantonalen Steuerbehörden erscheint das Erfordernis der Auflösung von nicht anerkannten Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellung nicht sachgerecht. Weiter stellt sich die Frage nach dem Sinn der mit Bildung von stillen Reserven zusammenhängenden Vorschriften (wie Art. 960 Absatz 2, Artikel 960a (neu) Absatz 4 und 5, Artikel 960e (neu) Absatz 4 OR), wenn die Steuerbehörden de facto über die Höhe dieser Reserven entscheiden. Zudem wird damit der umgekehrten Massgeblichkeit Vorschub geleistet, einer aus unserer Sicht zu hinterfragenden Entwicklung.

Artikel 963b (neu) OR

Die Regelungen über den Konsolidierungskreis stehen zum Teil im Widerspruch zu denjenigen der anerkannten internationalen Regelwerke und sollten daher nicht Teil des Gesetzes sein.

Forum PME

Commission fédérale d'experts

Berne, le 6 juin 2006

Adresse :
SECO/DSKU
Effingerstrasse 27
3003 Berne

Prof. Dr. Heinrich Koller
Directeur de l'Office
fédéral de la justice
Bundesrain 20
3003 Berne

Révision du droit de la société anonyme et du droit comptable

Monsieur le Directeur,

Le Forum PME est une commission d'experts extra-parlementaire, instituée par le Conseil fédéral en décembre 1998 ; ses membres sont tous des entrepreneurs et son secrétariat est assuré par le secteur "Politique PME" de la Direction de la promotion économique du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO). Lors de procédures de consultation, le Forum examine les projets de lois ou d'ordonnances ayant un impact sur l'économie et formule une prise de position reflétant l'optique des petites et moyennes entreprises (PME). Le Forum se penche en outre sur des domaines spécifiques de la réglementation existante et propose, si nécessaire, des simplifications ou des réglementations alternatives. Comme les entreprises sont impliquées dans l'exécution d'une grande partie des réglementations, il importe, pour le Conseil fédéral, de prendre les mesures possibles pour assurer que les PME ne soient pas surchargées par des tâches administratives, pour leur épargner des investissements supplémentaires ou des entraves à la gestion et pour réduire aussi peu que possible leur liberté de manœuvre.

Le Forum PME s'est penché, lors de sa séance du 15 février dernier, sur l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable. MM Hanspeter Kläy et Reto Sanwald de votre office ont eu l'amabilité de présenter aux membres du Forum les principaux contours de ce nouveau projet législatif. Nous nous sommes particulièrement intéressés aux règles comptables, étant-donné que notre commission s'est déjà exprimée à ce sujet en 1999, à l'occasion de la consultation de l'avant-projet de loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels (LECCA). Ce projet, qui entraînait une augmentation de la charge fiscale des entreprises et ne tenait pas suffisamment compte des réalités des PME a été interrompu à la demande du Forum et des milieux concernés.

Nos membres se sont félicités de voir que la nouvelle approche adoptée tient cette fois-ci beaucoup plus compte des besoins des PME. Le nouveau système a été conçu en partant du point de vue d'une PME et non plus de celui d'une grande entreprise. Il n'aura pas, selon le rapport explicatif, d'incidences fiscales. Les deux principales critiques émises à l'époque ont ainsi été prises en compte, le Forum en est très satisfait.

Nous estimons toutefois que le projet ne différencie pas assez les exigences en fonction de l'importance économique des entreprises. Certains des critères appliqués ne nous paraissent pas adéquats, ils ne tiennent en effet pas suffisamment compte des réalités des PME et sont susceptibles de provoquer aux entreprises concernées une charge administrative exagérée.

En ce qui concerne le droit comptable, l'avant-projet formule des exigences supplémentaires pour les entreprises qui, au cours de deux exercices successifs, ont dépassé deux des valeurs suivantes : total du bilan de 10 millions de francs, chiffre d'affaires de 20 millions et effectif de 50 emplois à plein temps en moyenne annuelle. Ces seuils ne nous semblent pas adéquats. En raison des coûts et des charges administratives importants pour les moyennes entreprises, il conviendrait plutôt de se référer aux critères prévus dans la loi sur la fusion : total du bilan de 20 millions de francs, chiffre d'affaires de 40 millions et moyenne annuelle de 200 emplois à plein temps. Les entreprises de moyenne taille sont déjà soumises à un contrôle ordinaire poussé en matière de révision. Les exigences comptables supplémentaires prévues sont pour cette raison exagérées et peu utiles.

En ce qui concerne le gouvernement d'entreprise, le Forum soutient de manière générale toute mesure visant à favoriser un équilibre fonctionnel entre les différents organes de la société, une plus grande transparence dans les processus internes et la protection du statut juridique des actionnaires. L'abaissement prévu des valeurs seuil pour l'exercice de certains droits, notamment ceux permettant de requérir un examen spécial, de convoquer une assemblée générale ou d'inscrire un objet à l'ordre du jour, ne tient malheureusement pas compte de la structure du capital dans les PME. Le nombre des actionnaires y est sensiblement inférieur et les seuils sont atteints beaucoup plus rapidement que dans des grandes entreprises. Le Forum PME propose pour cette raison de prévoir des limites différentes en fonction de la taille des entreprises : 10% pour les entreprises correspondant aux critères prévus dans la loi sur la fusion et 5% pour les autres.

Le droit permanent de demander des renseignement et de consulter certains documents pourrait être utilisé de manière dommageable par certains actionnaires querulents. Des gardefous devraient à notre avis être prévus, de même que la possibilité de répondre dans un délai allant au-delà de 60 jours. Certains actionnaires pourraient en outre abuser du droit d'exiger l'établissement d'états financiers conformes à un référentiel comptable. Nous proposons que les seuils d'exercice de ce droit soient modifiés. Il ne devrait à notre avis être ouvert qu'aux associés représentant au moins 20% du capital social des PME dont l'importance économique correspond aux critères de la loi sur la fusion.

Pour conclure et en ce qui concerne la proposition de suppression des actions au porteur, le Forum PME est d'avis qu'elle ne devra être réalisée que lorsqu'une solution au problème des actions nominatives non enregistrées (actions « dispo ») aura été trouvée. La transparence des structures du capital ne pourra en effet être pleinement assurée qu'à cette condition. Il est à noter que plusieurs de nos membres sont strictement opposés à la suppression des actions au porteur.

Nous espérons vivement que nos propositions de modifications seront prises en compte, remercions à nouveau MM Hanspeter Kläy et Reto Sanwald de leur disponibilité et vous prions d'agrérer, Monsieur le Directeur, nos meilleures salutations.



Eduard Engelberger
co-Président du Forum PME
Conseiller national
Président de l'Union suisse
des arts et métiers (USAM)



Dr. Eric Scheidegger
co-Président du Forum PME
Membre de la direction et
Chef de la promotion économique du
Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO)

Copies à : Commissions de l'économie et des redevances (CN/CE)

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
Bundeshaus
3000 Bern

Luzern, 19. Mai 2006

Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht Stellungnahme

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit über 8'500 Mitgliedfirmen in 50 Berufs- und Fachverbänden und 49 lokalen Unternehmervereinigungen ist der Gewerbeverband des Kantons Luzern KGL der bedeutendste Wirtschaftsverband im Kanton Luzern. Über 99% aller Unternehmen werden als KMU bezeichnet und liegen im Bereich vom Einpersonenunternehmen bis zu Firmen mit 250 Mitarbeitern. Dieser Heterogenität der KMU ist aus unserer Sicht in der Rechtsetzung angemessen zu berücksichtigen.

I Corporate Governance

Der KGL begrüßt grundsätzlich die im Revisionsentwurf angestrebten Verbesserungen der Corporate Governance. Allerdings sind wir der Ansicht, dass die auf Publikumsgesellschaften zugeschnittenen zusätzlichen Aktionärsrechte einen erheblichen Mehraufwand mit sich bringen, weshalb für KMU eine statutarische opting-out Möglichkeit eingeführt werden sollte. Weiter vertreten wir die Auffassung, dass Rechte, die für die angemessene Berücksichtigung von Minderheitsaktionären unverzichtbar sind, zwingend ausgestaltet werden müssen. Es betrifft dies die erleichterte Sonderuntersuchung, die effizientere Klage auf Rückerstattung und die erleichterte Klage auf Auflösung der Gesellschaft.

II Neuregelung der Kapitalstrukturen

Im Bereich der Kapitalveränderungsverfahren ist aus unserer Sicht keine einheitliche Stellungnahme möglich. Manchen Unternehmen wird die angestrebte Flexibilisierung zugute kommen. Andere werden Verwaltungsaufwand betreiben müssen, um die veränderte Rechteslage in den Griff zu bekommen, ohne dass sie konkret davon profitieren.

Die Abschaffung der Inhaberaktie ist eine Vereinfachung, die den meisten KMU entgegenkommt und sich kaum negativ auswirken wird. Da in KMU in aller Regel die Persönlichkeit der Aktionäre und nicht die Anonymität entscheidend ist, bedienen sich die meisten KMU bereits heute einzig der Namensaktie. Ob die aus unserer Sicht erwünschte Vereinfachung des Rechts auch auf das Partizipationskapital erstreckt werden sollte, müssen wir heute offen lassen.

III Neuregelung der Generalversammlung

KMU sind daran interessiert, den Verwaltungsaufwand weiter zu reduzieren. Die Verwendung elektronischer Mittel zur Einberufung, Vollmachteteilung und Durchführung der Generalversammlung ist flexibel und kostengünstig. Die Missbrauchsgefahr in KMU ist sehr gering. Die Neuregelungsvorschläge betreffend Generalversammlung sind aus unserer Sicht grundsätzlich zu begrüßen.

IV Neuregelung Rechnungslegung

Eine Umstellung der Rechnungslegung auf IFRS- oder US-GAAP-konforme Regeln dürfte die Kompetenzen des KMU-Managements in den meisten Fällen übersteigen. Eine solche Einführung wäre mit namhaften finanziellen Belastungen verbunden, um geeignete Fachleute anzustellen oder externe Spezialisten zu beauftragen.

Der Vorentwurf trägt dem Rechnung, indem gewisse kleinere Unternehmen von der ordentlichen Revision und deren Anforderungen befreit werden. Kleinstunternehmen sollten wegen strengen Buchführungsvorschriften keine übermässigen Kosten eingehen müssen.

Etwas verwirrend scheint der Umstand, dass KMU für die Zwecke der Rechnungslegung anders definiert werden sollen als in anderen Rechtserlassen, so zum Beispiel Art. 2 des Fusionsgesetzes. Um Verständnisschwierigkeiten zu vermeiden erachten wir eine einheitliche Definition für alle Rechtserlasse als wichtig.

V Schlussbemerkung

Im Bereich der Corporate Governance geht der Vorentwurf in die richtige Richtung. Er trägt jedoch dem Verwaltungsaufwand für KMU nicht genügend Rechnung. Vor allem kleineren Unternehmen müsste eine flexible opting-out Möglichkeit gegen kostspielige Corporate Governance Massnahmen offen stehen.

Die Revision der Kapitaländerungsvorschriften können wir befürworten, soweit sie eine Vereinfachung des Rechts mit sich bringt. Die gilt insbesondere für die Abschaffung der Inhaberaktie.

Der Einsatz moderner technischer Einrichtungen bringt administrative Erleichterungen. In diesem Zusammenhang begrüßen wir die Neuregelung der Generalversammlung

Die Umstellung der Rechnungslegung wird vor allem kleinere Unternehmen hart treffen. Es ist daher absolut zwingend, die im Vorentwurf enthaltene Differenzierung nach Unternehmensgrösse beizubehalten.

Wir danken Ihnen für die Aufnahme unserer Bemerkungen.

Freundliche Grüsse
Gewerbeverband des Kantons Luzern

Sign. Werner Bründler, Direktor

Kopie:
Schweiz. Gewerbeverband
Zentralvorstand KGL

31. Mai 2006

Herr Bundesrat
Dr. Christoph Blocher
Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Bundeshaus
3003 Bern

Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht: Vernehmlassung der Industrie-Holding

Sehr geehrter Herr Bundesrat,
sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 7. Dezember 2005 haben Sie die interessierten Kreise eingeladen, zum Vorentwurf betr. Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts Stellung zu nehmen. Gerne unterbreiten wir Ihnen hiermit unsere Vernehmlassung zum Revisionsvorhaben.

Haltung der Industrie-Holding

1. Aktienrecht: Revision wird grundsätzlich begrüßt – Vorentwurf muss aber in wesentlichen Bereichen überarbeitet werden

- Die Industrie-Holding unterstützt grundsätzlich das Vorhaben, das schweizerische Aktienrecht einer Revision zu unterziehen.
- Begrüßt werden insbesondere die Vorschläge zur Stärkung der Flexibilität der Kapitalstruktur und die Vorschläge zur Aktualisierung der Generalversammlung.
- In anderen Punkten vermögen die Vorschläge weniger zu überzeugen. Die Zielsetzung „Verbesserung von Corporate Governance“ wird zu stark auf den Ausbau des aktienrechtlichen Minderheitenschutzes reduziert. Es bestehen gewichtige sachliche Vorbehalte gegenüber einigen Vorschlägen in diesem Bereich.
- Wir wenden uns auch klar gegen die Abschaffung der Inhaberaktie und gegen die vorgeschlagene Haftungsbeschränkung für die Revisionsstellen.
- Im Übrigen erachten wir es als nötig, dass im Rahmen der Aktienrechtsrevision eine Lösung der Dispoaktienproblematik angestrengt wird.

2. Rechnungslegungsrecht: Vorschläge müssen umfassend überarbeitet werden

- Die Industrie-Holding begrüßt grundsätzlich die Verankerung international anerkannter Normen im neuen Rechnungslegungsrecht, soweit sie kotierte Unternehmen betreffen. Wir verlangen aber bei Schweizer Tochtergesellschaften von Konzernen stark vereinfachte Abschlüsse, um im Konzernverhältnis unnötige Mehrbelastungen zu verhindern.
- Der Vorentwurf enthält zu viele Bestimmungen, die seitens der Unternehmen als problematisch beurteilt werden. Wir befürworten daher eine umfassende Überarbeitung des Vorentwurfs.
- Die vorgesehene „umgekehrte Massgeblichkeit“ wird von uns abgelehnt, da sie zu Verzerrungen bei der Handelsbilanz und zur Einschränkung von steuerlichen Ermessensspielräumen und damit zu einer Steuerverschärfung führen würde.

Unsere nachfolgenden Ausführungen sind in die folgenden Teile gegliedert:

- Teil I: Aktienrecht (ab S. 2)
- Teil II: Rechnungslegungsrecht (ab S. 27)
- Teil III: Verknüpfung der Rechnungslegung mit dem Steuerrecht (ab S. 34)

Teil I: Aktienrecht

A. Grundsätzliche Beurteilung

Der Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht verfolgt vier wesentliche Ziele: 1) Die Verbesserung der Corporate Governance, 2) die Flexibilisierung der Regelung der Kapitalstrukturen, 3) die Aktualisierung der Ordnung der Generalversammlung und 4) die umfassende Erneuerung des Rechnungslegungsrechts. Die vorgeschlagene Revision ist damit von weitreichender Bedeutung für die schweizerischen Aktiengesellschaften. **Unsere Vereinigung vertritt 40 der grössten schweizerischen Industrie- und Dienstleistungskonzerne** (ohne Finanz- und Beratungsdienstleistungen), wovon 31 kotiert sind. Diese machen annähernd die Hälfte der gesamten Börsenkapitalisierung der SWX Swiss Exchange aus. Unsere **Mitgliedfirmen** gehören somit zu den grössten schweizerischen Aktiengesellschaften. Als solche sind sie in besonderem Fokus der Revision und **von den vorgeschlagenen Neuerungen speziell betroffen**. Gerne nehmen wir daher ausführlich Stellung zum Vorentwurf.

Ein **unternehmensfreundliches gesellschaftsrechtliches Umfeld** bedeutet im **Standortwettbewerb** einen gewichtigen Vorteil. Die Industrie-Holding hat sich dementsprechend stets für ein freiheitliches Gesellschaftsrecht eingesetzt, das den Unternehmen bedürfnisgerechte und flexible Instrumente zur Verfügung stellt. Wesentlich ist, dass den Unternehmen eine maximale Gestaltungsfreiheit zukommt. Die Rechtsordnung soll den Unternehmen möglichst grosse Freiheit lassen, wie sie sich organisieren und ihre Strukturen ausgestalten wollen. Nur so ist sichergestellt, dass sich jedes Unternehmen optimal nach den Bedürfnissen des Marktes – auch des Anlegermarktes – ausrichten kann. Nur so ist letztlich auch die Sicherstellung einer hohen Leistungskraft **im Interesse der Investoren und der Volkswirtschaft** als ganzes gewährleistet.

Der zur Stellungnahme unterbreitete **Vorentwurf entspricht, was das Aktienrecht betrifft, in wesentlichen Bereichen unseren Vorstellungen** eines freiheitlichen und liberalen Gesellschaftsrechts und kommt unserem Anliegen nach Sicherstellung einer maximalen Gestaltungsfreiheit für die Unternehmen nach. Besonders hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang die Vorschläge zur Stärkung der Flexibilität der Kapitalstruktur (Möglichkeit der Einführung eines Kapitalbandes, Senkung des Mindestnennwertes auf einen Wert „grösser als Null Rappen“) und die Vorschläge zur Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung (Möglichkeit, optional elektronische Mittel im Zusammenhang mit der Abhaltung von Generalversammlungen einzusetzen).

In anderen, teils sehr wichtigen Bereichen befriedigt der Vorentwurf weniger. Teils geht er von Prämissen aus, die unseres Erachtens einer kritischen Beurteilung nicht standhalten. Aufgrund von – unbestrittenemassen höchst bedauerlichen – Einzelereignissen in der schweizerischen Unternehmenslandschaft wird ein Malaise im Bereich Corporate Governance geortet, dem durch die Stärkung der Aktionärsrechte beigekommen werden soll. Ein solcher Ansatz ist nach unserer Auffassung sachlich nicht gerechtfertigt und lässt wesentliche Tatsachen ausser Acht:

- Die angesprochenen negativen Vorkommnisse sind klare Einzelereignisse, massgeblich bedingt durch spezifische Konstellationen in den jeweiligen Fällen. Der **weitaus grösste Teil der schweizerischen Unternehmen geniesst höchstes Ansehen** und zeichnet sich durch Leistungen aus, die sich im internationalen Vergleich mehr als nur sehen lassen. Dies zeigt bspw. die Tatsache, dass gemäss Stoxx-Index gemessen an ihrer Marktkapitalisierung ein Fünftel der 25 grössten europäischen und ein Siebtel der 30 weltweit grössten Gesellschaften Schweizer Unternehmen sind. Dieser überproportionale Anteil unter den grössten Unternehmen zeigt, dass in der Schweiz der Shareholdervalue-Gedanken und damit die Wertschätzung des Aktionärs hochgehalten wird. Die erwähnten Marktkapitalisierungen liessen sich jedenfalls nicht erreichen, ohne entsprechende Performance der Gesellschaften und ohne das entsprechende Vertrauen der Investoren. Ein die Leistungsfähigkeit der Unternehmen – und das ist letztlich aus Sicht des Aktionariats entscheidend – beeinträchtigendes **Defizit im Corporate Governance Bereich** ist aufgrund dieser Sachlage **nicht ersichtlich**.
- Die **Leistungsfähigkeit der Unternehmen wird nicht per se durch die Stärkung der Aktionärsrechte erhöht**. Im Gegenteil, insbesondere durch einen übertriebenen, unverhältnismässigen Minderheitenschutz werden aktivistische Umrübe von Aktionärsgruppen, die nicht dem Wohl der Gesellschaft, resp. der Mehrheit der Aktionäre, sondern primär anderen Zielsetzungen verpflichtet sind, nachgerade begünstigt. Die Gefahr ist gross, dass so den Unternehmen Zusatzumtriebe und -aufwendungen entstehen, die sich letztlich negativ auf ihre Performance auswirken.
- Im Bereich **Corporate Governance** sind in den letzten Jahren in der Schweiz Entwicklungen erfolgt, die anerkanntmassen dazu geführt haben, dass schweizerische Unternehmen heute auch in diesem Bereich **internationales Topniveau** erreicht haben. Der Vorentwurf verweist denn auch auf die in diesem Zusammenhang getroffenen Massnahmen. Wesentlich erscheint uns, dass dieser Qualitätsstandard massgeblich mit **Instrumenten der Selbstregulierung** erreicht wurde (Swiss Code of Best Practice, Corporate Governance Richtlinie der SWX Swiss Exchange), die als reine Empfehlungen resp. als „Comply or Explain“ Vorschriften ausgestaltet sind. Primär die Wirkung von Marktkräften und nicht gesetzlicher Zwang haben demnach die gewünschte Entwicklung gebracht. Wir sind deshalb klar der Ansicht, dass auch in Zukunft das **Gesetz lediglich subsidiär** einschreiten soll und nur in **Bereichen, wo tatsächlicher und ausgewiesener Handlungsbedarf für eine legislatorische Aktivität besteht**. Vor diesem Hintergrund sehen wir für verschiedene der vorgeschlagenen Gesetzesänderungen keinen legislatorischen Handlungsbedarf, allenfalls aber Raum für eine weitere Konkretisierung von bestehenden Best Practice Empfehlungen. Auf jeden Fall sollte bei der Ausarbeitung der Botschaft stets die Frage geprüft werden, ob es zur Lösung eines bestimmten Bereichs nicht genügen würde, neu dispositives statt (wie im Entwurf grösstenteils gemacht) zwingendes Recht zu schaffen.
- Es gilt im Übrigen das weitere rechtliche Umfeld zu beachten, in dem sich die schweizerischen Aktiengesellschaften bewegen. Die börsenkotierten schweizerischen Gesellschaften agieren schon heute in einem kapitalmarkt- und gesellschaftsrechtlichen Umfeld, das im internationalen Vergleich ohne weiteres als **sehr aktionärsfreundlich** bezeichnet werden kann. Es sei hier – ohne den Sinn oder die sachgerechte Ausgestaltung der Regelung in irgendeiner Weise in Frage zu stellen – bspw. auf das schweizerischen Übernahmerecht verwiesen, das im Fall eines Übernahmeangebots sämtliche wesentlichen Entscheide zur Aktionärsfrage erklärt und den Unternehmen vergleichsweise wenig Spielraum belässt. Auch viele andere börsen-/kapitalmarktrechtliche Normen stärken die Aktionärsrechte

(Transparenzvorschriften, Informationspflichten etc.). Vor diesem Hintergrund gilt es umso mehr, **bei der Ausgestaltung des aktienrechtlichen Minderheitenschutzes Mass zu halten.** Übertriebene und unverhältnismässige Auflagen in diesem Bereich führen letztlich nur dazu, dass die schweizerischen Gesellschaften im Vergleich zu ihren ausländischen Konkurrenten nachhaltig geschwächt werden. Das ist weder im Interesse der meisten Aktionäre noch im Interesse des Gesellschaftsstandorts Schweiz.

In verschiedener Hinsicht scheint uns der **Vorentwurf** auch **nicht zukunftsweisend genug.** So hätten wir zum einen erwartet, dass der Vorentwurf endlich die seit langem unbefriedigende und von internationalen Investoren kaum verstandene **Dispoaktienproblematik** angehen würde. Leider unterlässt er dies. Zum anderen geht der Vorentwurf vom kaum mehr realitätsgerechten „**Landsgemeinde-Modell**“ der **Generalversammlung** aus. Entscheide werden – insbesondere bei grossen international ausgerichteten Gesellschaften – selten je an der Generalversammlung selber, sondern vielmehr im Vorfeld dazu gefällt. Die in diesen Gesellschaften massgeblichen institutionellen Investoren nehmen meist nicht selber an der Generalversammlung teil, sondern üben ihre Stimmrechte über Vertreter aus. Diesen Entwicklungen trägt der Vorentwurf nicht genügend Rechnung. Im Gegenteil, bei verschiedenen Vorschlägen (Abschaffung der Organ- und Depotvertretung, d.h. Aufgabe praktischer und vielgenutzter Vertretungsmöglichkeiten oder dem Vorschlag, weisungslose Vollmachten bei der Ermittlung eines Abstimmungsresultats nicht mehr mitzuzählen und der damit einhergehenden Gefahr von zufälligen Saalmehrheiten) entsteht der Eindruck, dass sich der Vorentwurf der Realität verschliesst und einen Schritt in die falsche Richtung machen will.

Erstaunt sind wir schliesslich über den Vorschlag, die **Inhaberaktie** abschaffen zu wollen, um dem internationalen Druck gegen die Inhaberaktie Rechnung zu tragen. Wenn man in Betracht zieht, mit welcher Standfestigkeit sich die Schweiz in anderen Gebieten gegen ausländischen Druck wehrt, hätten wir uns vom Bundesrat auch in dieser Frage etwas **mehr politische Courage** erwünscht.

B. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen des Entwurfs

Nachfolgend gehen wir auf die einzelnen Punkte des Gesetzesprojekts ein, wobei wir der Einfachheit halber der Systematik des Entwurfs (bzw. des Begleitberichts) folgen. Soweit vorgeschlagene neue Bestimmungen unsere Mitgliedfirmen nicht tangieren, wir sie gutheissen oder zumindest für akzeptabel halten, verzichten wir im Prinzip auf eine Kommentierung.

2.2.3 Stärkung der Aktionärsrechte

Gemäss Begleitbericht ist die Ausübung verschiedener Aktionärsrechte in der Praxis mit Problemen behaftet, wobei insbesondere das Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung (Art. 678a ff. OR) und die Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen (Art. 678 OR) genannt werden. Begründet wird diese Einschätzung – allerdings ohne sie näher zu erläutern – damit, dass es im Zusammenhang mit den genannten Aktionärsrechten in der Praxis selten zu Klagen kommt. Eine solche Argumentation überzeugt u.E. nicht. Die blosse Tatsache, dass gewisse Klagen in der Praxis selten erhoben werden, kann nicht per se als Beweis dienen, dass in einem bestimmten Gebiet ein Aktionärsrecht zu wenig griffig ist. Für einen Revisionsbedarf muss mehr vorliegen. Es muss bezüglich der von den entsprechenden Bestimmungen erfassten Sachverhalte effektiv ein Missstand bestehen, und dieser Missstand muss auf eine mangelhafte Ausgestaltung des entsprechenden Aktionärsrechts zurückzuführen sein. Erst wenn dies der Fall ist, recht-

fertigt sich legislatorisches Tätigwerden. Wir hätten uns diesbezüglich im Begleitbericht eine klarere Analyse der neu zu regulierenden Bereiche gewünscht. So hätte vermieden werden können, dass teilweise auch dort über das Ziel hinausgeschossen wird, wo ein grundsätzlicher Revisionsbedarf unbestritten ist.

a) Auskunfts- und Einsichtsrecht (E-Art. 697 und 697bis OR)

Im Gegensatz zum bisherigen Recht sollen Aktionäre nicht mehr nur im Rahmen der GV Fragen an den Verwaltungsrat und die Revisionsstelle stellen dürfen, sondern während dem ganzen Jahr **jederzeit schriftlich Auskunft vom Verwaltungsrat** verlangen können, soweit dies für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist. Schriftlich erteilte Auskünfte sollen an der GV aufgelegt werden müssen, um die Gleichbehandlung aller Aktionäre zu gewährleisten. Die Auskunft darf nur verweigert werden, wenn Geschäftsgeheimnisse oder andere vorrangige Interessen gefährdet werden. Wird die Auskunft verweigert, ist dies zu begründen.

Die Geschäftsbücher und die Korrespondenzen können eingesehen werden, wenn dies die GV oder der VR beschließt. Gleich dem Auskunftsrecht ist auch das **Einsichtrecht** zu gewähren, soweit keine Geschäftsgeheimnisse oder andere vorrangige Interessen tangiert werden. Verweigert die GV oder der VR die Einsicht, so hat letzterer dies zu begründen.

Vorab halten wir fest, dass wir einen **Ausbau des Auskunftsrechts nicht grundsätzlich ablehnen**. In gewisser Weise wird damit der Tatsache Rechnung getragen, dass die Meinungsbildung der Aktionäre je länger je mehr im Vorfeld einer GV stattfindet (Entwicklung weg von der „Landsgemeinde-GV“). In der **unterbreiteten Form** ist der **Entwurfsvorschlag** jedoch aus unserer Sicht **nicht akzeptabel**. Die Bestimmung geht einerseits materiell zu weit, andererseits ist sie auch unter dem Gesichtspunkt der Praktikabilität untauglich ausgestaltet. Der vorgeschlagene Art. 697 OR ist auch ein Beispiel dafür, dass bei der Ausarbeitung gewisser Bestimmungen im Vorentwurf nicht bzw. nicht genügend bedacht worden ist, ob eine Neuerung auch in einer (grossen) börsenkotierten Gesellschaft praktikabel umgesetzt werden kann.

Inhaltlich nehmen wir wie folgt Stellung zum Revisionsvorschlag: Zunächst ist festzuhalten, dass die börsenkotierten Gesellschaften aufgrund der einschlägigen Regeln über die **Ad hoc-Publizität** (i.c. Art. 72 des Kotierungsreglements [KR] der SWX) ohnehin jederzeit die Marktteilnehmer – und damit auch ihre Aktionäre – umgehend über wichtige, insbesondere kursrelevante Ereignisse informieren müssen. Somit stellt also bereits Art. 72 KR grundsätzlich sicher, dass die Aktionäre stets über sämtliche relevanten Informationen verfügen. Die Bestimmung verbietet zugleich aber auch eine selektive Information einzelner Aktionäre, d.h. bei der Informationspraxis ist strikte auf die Gleichbehandlung aller Marktteilnehmer zu achten. Verstösse gegen dieses Gleichbehandlungsgebot werden von der Börse sanktioniert.

Das vorgeschlagene neue Auskunftsrecht würde im Wesentlichen dazu führen, dass die Gesellschaften Fragen von Aktionären beantworten müssten, die entweder bereits aufgrund veröffentlichter Informationen beantwortet werden können oder aber Dinge betreffen, über die die Gesellschaft gar keine Auskunft geben darf, weil sie sonst Bestimmungen des Börsengesetztes bzw. des KR verletzen würde. Ein jederzeitiges Auskunftsrecht wird mit andern Worten zu einem dauernden Abwagen und **Widerspruch mit den kapitalmarktrechtlichen Bestimmungen über die Informationspflichten der Gesellschaften** führen. Vor allem aber wird das jederzeitige Auskunftsrecht des Aktionärs mit einem **massiven administrativen Mehraufwand** verbunden sein, dem kein vernünftiger „Gewinn“ auf Seiten des Aktionärs steht. Zu erinnern ist im Übrigen auch noch daran, dass börsenkotierte Unternehmen heute neben den erwähnten Ad hoc-

Publikationen auch schon Halbjahresberichte (teils gar 1/4-Jahresberichte) veröffentlichen, die die Aktionäre umfassend über die Gesellschaft informieren. Wir lehnen das Auskunftsrecht in der vorgeschlagenen Form deshalb ab.

Hinzuweisen ist auch auf das **Missbrauchspotential**, das in einem jederzeitigen Auskunftsrecht steckt. Insbesondere in kritischen Situationen (bspw. Übernahmekampf, Sanierungssituation) kann ein Unternehmen mit Auskunftsbegehren „zugedeckt“ und damit lahm gelegt werden.

Sehr problematisch am Vorschlag gemäss Vorentwurf ist auch die Pflicht, an der GV jeweils die schriftlich erteilten Auskünfte aufzulegen. Auch dies scheint in der Praxis nicht sinnvoll durchführbar. Soll bspw. an der GV eine Art „Antwortbibel“ zur Einsicht aufgelegt werden? Viele Aktionäre möchten im Übrigen höchstwahrscheinlich gar nicht, dass ihre Fragen und Antworten einem breiteren Personenkreis zugänglich gemacht werden. Die **Auflagepflicht an der GV** sollte deshalb **ersatzlos gestrichen werden, allenfalls zugunsten einer Publikation** von Antworten an Aktionäre auf wesentliche Fragen **auf der Website**.

Anzustreben ist vielmehr eine **dispositive Lösung**: Den Gesellschaften sollte es erlaubt sein, die genauere Ausgestaltung des Auskunftsrechts der Aktionäre ausserhalb der GV in den Statuten zu regeln. Ein **neuer Abs. 4 des Art. 697 OR** (bisheriger Abs. 4 würde zu Abs. 5) könnte wie folgt lauten:

⁴ *Die Statuten können nähere Bestimmungen darüber enthalten, wie Aktionäre ausserhalb der GV Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen können.*

Sollte an einem jederzeitigen Auskunftsrecht festgehalten werden, so sind zumindest die nachfolgenden Fragen zu klären, die der vorgeschlagene Wortlaut aufwirft: Gemäss dem Entwurf muss der **Verwaltungsrat** schriftlich Auskunft erteilen. Bedeutet dies, dass eine Anfrage also vom VR (vom Gesamt-VR oder einzelnen Mitgliedern) persönlich beantwortet werden muss? Oder kann auch die Investor Relations-Abteilung an den VR gerichtete Fragen beantworten? In der Praxis ist die Beantwortung von ausserhalb einer GV gestellten Fragen durch den VR schlicht nicht praktikabel (Aufwand, ausländische VR-Mitglieder). Die Bestimmung müsste demnach von einer **an die Gesellschaft zu richtenden Anfrage** sprechen.

Das **Einsichtsrecht** bleibt in seiner Ausgestaltung im Wesentlichen unverändert, was wir begrüssen. Es besteht jedoch die Gefahr, dass ein Ausbau des Auskunftsrechts in der Praxis auch einen gewissen Ausbau des Einsichtsrechts bewirken kann. Eine solche Entwicklung müsste genau beobachtet werden, können doch ein exzessives Auskunfts- und Einsichtsrecht von einzelnen Aktionären für sog. „fishing expeditions“ missbraucht werden, was letztlich auch nicht im Interesse der übrigen Aktionäre wäre.

Haltung der Industrie-Holding

Wir lehnen das vorgeschlagene **jederzeitige Auskunftsrecht des Aktionärs in der vorliegenden Fassung ab**. Der Vorschlag wird in erster Linie zu einem zusätzlichen administrativen Mehraufwand bei den Gesellschaften führen, ohne dem Aktionär im Vergleich zum Status Quo einen zusätzlichen praktischen Nutzen zu bringen.

b) Sonderuntersuchung (E-Art. 697a ff. OR)

Gemäss Begleitbericht sind die **Hürden für die Einleitung einer Sonderprüfung** (neu „Sonderuntersuchung“) heute **zu hoch**, weshalb die entsprechenden **Schwellenwerte**, die zur Klage

auf Durchführung einer Sonderuntersuchung berechtigen, **herabgesetzt** werden sollen. Lehnt die GV den Antrag auf Einleitung einer Sonderuntersuchung ab, so könnten die Aktionäre ein entsprechendes Gesuch beim Gericht einreichen, sofern sie (alleine oder gemeinsam) eine Beteiligung halten, die zumindest einen der drei folgenden Schwellenwerte erreicht (E-Art. 697b Abs. 1 Ziff. 1 – 3):

- a) Fünf Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen (bisher zehn Prozent des Kapitals)
- b) Aktien im Nennwert von einer Million Franken (bisher zwei Millionen), oder
- c) Aktien im Börsenwert von zwei Millionen Franken (bisher kein entsprechender Schwellenwert)

Der Schwellenwert „Börsenwert von zwei Millionen Franken“ wird mit der Begründung vorgeschlagen, dass die Sonderuntersuchung heute bei Publikumsgesellschaften weitgehend bedeutungslos sei. Die Einführung des neuen Schwellenwerts soll es den Aktionären künftig erleichtern, eine Sonderuntersuchung in Gang zu bringen.

Eine weitere Neuerung besteht darin, dass im Gegensatz zum **heutigen Recht** für die Anordnung einer Sonderuntersuchung nicht mehr verlangt wird, dass glaubhaft gemacht wird, bei der Gesellschaft oder dem Aktionär sei ein **Schaden eingetreten**. Vielmehr soll es **künftig bereits genügen**, wenn der die Sonderuntersuchung beantragende Aktionär glaubhaft macht, dass eine Verletzung der Statuten durch Gründer oder Gesellschaftsorgane die Gesellschaft oder Aktionäre **schädigen kann**. Gemäss Begleitbericht soll damit die Sonderuntersuchung eine profilaktische Wirkung entfalten können.

Schliesslich soll auch die **Kostenregelung** eine Anpassung erfahren (Art. 607g OR). Künftig soll die Gesellschaft stets den Vorschuss sowie die Kosten für die Sonderuntersuchung tragen. Bis-her konnten die Kosten ganz oder zumindest teilweise dem Gesuchsteller auferlegt werden, wenn besondere Umstände eine solche Kostenverteilung rechtfertigten.

Wie bereits einleitend (vgl. oben zu „Stärkung der Aktionärsrechte“) festgehalten, kann u.E. die Tatsache, dass von gewissen aktienrechtlichen Instrumenten in der Praxis selten Gebrauch gemacht wird, nicht einfach per se als Beweis dafür gelten, dass die Rechte der Aktionäre ungenügend ausgestaltet sind. Der Umstand bspw., dass im Bereich der börsenkotierten Unternehmen die Sonderuntersuchungen fast keine Rolle spielt, ist in erster Linie darauf zurückzuführen, dass für derartige Anträge und Gerichtsverfahren einfach kein Anlass bestand bzw. besteht.

Diese Ausführungen sollen jedoch nichts daran ändern, dass wir die grundsätzliche Einschätzung des Begleitberichts teilen, dass die bisherigen Schwellenwerte von zehn Prozent des Aktienkapitals bzw. zwei Millionen Franken Nennwert wohl eher als hohe Hürde betrachtet werden können. Eine **Herabsetzung auf fünf Prozent des Kapitals oder der Stimmrechte sowie auf eine Million Nennwert**, wie dies vorgeschlagen wird, scheint uns daher **vertretbar**. Eine weitergehende Herabsetzung über dieses Mass hinaus würden wir hingegen entschieden ablehnen.

Das neu vorgeschlagene **Kriterium „Börsenwert“** einer Beteiligung **lehnen wir jedoch ab**. Die Festsetzung eines solchen Schwellenwerts mag prima facie attraktiv sein, wenn es darum geht, Aktionärsrechte möglichst grosszügig auszugestalten. Es sollte dabei aber nicht – wie bei der Ausarbeitung des Entwurfs offenbar geschehen – vergessen werden, mit welchen **schwerwiegenden Konsequenzen und hohen Kosten eine Sonderuntersuchung für eine börsenkotierte Gesellschaft** verbunden ist. Dieses sehr einschneidende Instrument sollte deshalb nur von bedeutenden Aktionären ergriffen werden können. Der vorgeschlagene **Schwellenwert von zwei Millionen Franken** (E-Art. 697b Abs. 1 OR) **ist – insbesondere für grössere – börsenkotierte Gesellschaften** zu hoch.

tierte Gesellschaften viel zu tief. Bei grossen SMI-Emittenten würde damit der Kreis derjenigen Aktionäre, die eine Sonderuntersuchung gegen den Willen der GV verlangen könnten, **ohne weiteres auf mehrere Hundert, teils gar auf mehrere Tausend Aktionäre** erweitert. Ein derart grosser Kreis von potentiell Klageberechtigten ist nicht sachgerecht und setzt die Gesellschaften einem Missbrauchspotential aus, das nicht mit einem Ausbau der Aktionärsrechte gerechtfertigt werden kann. Mit andern Worten: Die vermeintliche Stärkung der Aktionärsrechte wird vor allem eine Schwächung der Unternehmen bewirken.

Natürlich kann man sich fragen, wieso Aktionäre, deren finanzielles Engagement in einer Gesellschaft einen bestimmten Betrag überschreitet, nicht dieselben Rechte haben sollen wie wenn sie eine Mindestbeteiligung in Bezug auf den Nennwert oder der Stimmrechte halten. Das Problem des Kriteriums „Börsenwert“ liegt darin, dass – gleichgültig welchen Betrag man festsetzt – es stets mit einem **ausgeprägten Willkürmoment** behaftet ist. Setzt man den Betrag so fest, dass sich auch Gesellschaften mit sehr hoher Marktkapitalisierung nicht Hunderten oder gar Tausenden von potentiellen Klägern gegenüber sehen, so dürfte dieselbe Schwelle bei kleineren Gesellschaften dazu führen, dass kaum je ein Aktionär das entsprechende Kriterium erfüllt. Auch eine Abstufung der Schwellenwerte nach Börsenkapitalisierung (bspw. durch Schaffung von zwei oder drei Kategorien) bleibt letztlich in seinen Auswirkungen ausgesprochen arbiträr. Auch die (im Vergleich zu früher) sehr hohe Volatilität der Aktienmärkte, der selbst die grossen SMI-Titel unterliegen (der Aktienkurs der Zürich Financial Services, ein Unternehmen mit einer aktuellen Börsenkapitalisierung von rund 30 Milliarden Franken, schnellte vor einigen Wochen aufgrund von Übernahmephantasien im Markt innerhalb von nur einigen Tagen um fast 10% in die Höhe – erst vor Kurzem erfuhr fast der gesamte Markt innert weniger Tage eine entsprechend starke „Korrektur“ nach unten), führt dazu, dass Aktionärsrechte, die an einen solchen Schwellenwert geknüpft sind, sehr „zufällig“ ausgeübt werden können. **Nicht umsonst enthält der neuste Vorschlag zu einer EU-Richtlinie** zu den „shareholder's rights“ (vgl. unten Einberufungs- und Traktandierungsrecht) **gerade keine Schwelle „Börsenwert der Beteiligung des Aktionärs“.** Es ist bezeichnend für die Untauglichkeit dieses Kriteriums, dass **auch die EU** nach den dort geführten Diskussionen auf die Einführung eines **solchen Grenzwerts verzichtet.**

Zieht man zudem noch in Erwägung, dass die Sonderuntersuchung künftig nicht mehr erst nach dem Eintritt, sondern schon im Vorfeld eines zu befürchtenden Schadens greifen soll (dazu sogleich), so wird mit der Neuregelung der Sonderuntersuchung gemäss Vorschlag ein **gefährliches Instrument ins Leben gerufen**, das den **Gesellschaften – und** damit letztlich auch dem **Grossteil der Aktionäre – mehr schaden als nützen** wird. Den **Schwellenwert von zwei Millionen Franken für die Einleitung einer Sonderuntersuchung lehnen wir deshalb entschieden ab.**

Kriterium „drohender Schaden“ statt „eingetreterner Schaden“ für Anordnung einer Sonderuntersuchung

Wie der Begleitbericht richtig ausführt, dient das Instrument der Sonderuntersuchung in der Praxis einem Aktionär in erster Linie dazu, kritische Sachverhalte im Hinblick auf eine Verantwortlichkeitsklage abzuklären. Die Sonderuntersuchung soll den Aktionär in die Lage versetzen, einen gesellschaftsinternen Vorgang korrekt zu beurteilen und dadurch die Risiken eines Schadenersatzprozesses abzuschätzen.

Wie bereits oben ausgeführt, soll künftig die richterliche Anordnung einer Sonderuntersuchung nicht erst dann möglich sein, wenn der Aktionär glaubhaft macht, dass (eine ebenfalls bloss glaubhaft zu machenden Gesetzes- oder Statutenverletzung durch Gesellschaftsorgane) die Gesellschaft oder die Aktionäre **schädigen kann.** Nach **geltendem Recht genügt eine drohende**

Schädigung nicht, vielmehr muss der eine Sonderuntersuchung anstrengende **Aktionär** glaubhaft machen, dass er effektiv einen **Schaden erlitten** hat.

Diese vorgeschlagene **Erleichterung der materiellen Voraussetzungen für die Sonderuntersuchung lehnen wir entschieden ab**, insbesondere auch vor dem Hintergrund der Senkung der oben besprochenen Schwellenwerte (Beteiligung in Prozent der Stimmrechte und Nennwertbetrag). Nochmals sei an die **massiven Auswirkungen und Kosten** erinnert, die eine **Sonderuntersuchung mit sich bringt**. Mit der Ausdehnung der Sonderuntersuchung auf Fälle, in denen ein Aktionär nur noch eine drohende Schädigung darzulegen braucht, besteht zudem die Gefahr, dass künftig auch umstrittene wichtige strategische Entscheide des VR zum Gegenstand einer richterlichen Überprüfung gemacht werden können. Der Richter wird bei einer Klage auf Anordnung einer Sonderuntersuchung nicht darum herum kommen abzuschätzen, mit welcher Wahrscheinlichkeit eine Verletzung des Gesetzes oder der Statuten einen Aktionär oder die Gesellschaft schädigen kann. Damit wird er letztlich eine – wenn auch nur summarische – materielle Angemessenheitsüberprüfung eines Entscheids des VR vornehmen. Aufgrund der Ausgestaltung des Verfahrens (summarisches Verfahren mit reduzierten Beweisanforderungen) dürfte der Richter in der Praxis eher dazu neigen, eine drohende Schädigung als möglich zu erachten und damit dem Antrag auf Sonderuntersuchung stattgeben. Auch dürfte er eine drohende Schädigung tendenziell eher als gegeben erachten, um sich möglichst nie dem Vorwurf auszusetzen, einen Fall abgelehnt zu haben, der sich im Nachhinein als „berechtigt gewesen“ herausstellt.

Haltung der Industrie-Holding

Eine **Herabsetzung des Schwellenwertes** zur Einleitung einer Sonderuntersuchung gegen den Willen der GV von heute zehn Prozent resp. zwei Millionen Franken Nennwert **auf neu fünf Prozent resp. eine Million Franken Nennwert** erachten wir als **vertretbar**. Klar wird hingegen das **Kriterium „Börsenwert“ abgelehnt**. Ebenfalls **abgelehnt** wird die vorgeschlagene **Senkung der materiellen Voraussetzungen** für die richterliche Anordnung der Sonderuntersuchung (drohender Schaden glaubhaft machen), weil dies im Endeffekt dazu führt, dass der Zivilrichter unternehmerische Entscheide des VR auf ihr „Schadenspotential“ überprüft, was nicht seine Aufgabe ist.

c) Einberufungs-, Traktandierungs- und Antragsrecht (E-Art. 699 ff. OR)

Das Einberufungs- und Traktandierungsrecht soll neu konzipiert werden. Vorgeschlagen wird auch hier, wie bei der Sonderuntersuchung, zunächst die Schwellenwerte für die Ausübung dieser Rechte herabzusetzen. Für das **Einberufungsrecht** sollen neu folgende Hürden gelten:

- Fünf Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen (bisher zehn Prozent des Kapitals), oder
- Aktien im Nennwert von einer Million Franken (gleich wie bisher: Allerdings ist unter gelgendem Recht umstritten, ob das Erreichen dieses Werts ein Einberufungsrecht vermittelt), oder
- Aktien im Börsenwert von fünf Millionen Franken (bisher kein entsprechender Schwellenwert)

Beantragt ein Aktionär die Einberufung einer GV, so hat der VR diesem Antrag innert 30 Tagen zu entsprechen (bisher binnen „angemessener Frist“), ansonsten der Aktionär an den Richter gelangen kann.

Auch für das **Traktandierungs- und Antragsrecht** werden neue Schwellenwerte vorgeschlagen, und zwar die folgenden:

- a) Fünf Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen (bisher zehn Prozent des Kapitals), oder
- b) Aktien im Nennwert von einer Million Franken (wie bisher), oder
- c) Aktien im Börsenwert von zwei Millionen Franken (bisher kein entsprechender Schwellenwert)

Neu ist vorgesehen, dass das schriftliche Begehr um Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes spätestens 40 Tage vor der GV eingereicht werden muss. Gibt der VR dem Traktandierungsbegehr des Aktionärs nicht statt, kann dieser den Richter anrufen. Aktionäre können, unter den gleichen Voraussetzungen wie beim Traktandierungsrecht, auch verlangen, dass in der Einladung zur GV Anträge zu vorgesehenen Traktanden aufgenommen werden.

Die **Frist von 40 Tagen** scheint uns **zu kurz**. Angesichts der Tatsache, dass die Generalversammlung gemäss Art. 700 OR spätestens 20 Tage vor dem Versammlungstag einzuberufen ist, bleibt den Gesellschaften nur wenig Zeit für eine seriöse Behandlung und Verarbeitung der Begehren und für die Produktion des Stimmmaterials.

Das Kriterium „Börsenwert“ lehnen wir auch im Zusammenhang mit dem Einberufungs-, Traktandierungs- und Antragsrecht ab. Zur Begründung sei auf die obigen Ausführungen zur Sonderuntersuchung verwiesen. Insbesondere die **Durchführung einer GV** ist für eine börsenkotierte Gesellschaft ein sehr **aufwendiges, zeitraubendes und kostspieliges Unterfangen**. Diese Faktoren sind bei der Festsetzung des Kriteriums Börsenwert nicht genügend berücksichtigt worden.

Die beiden andern Schwellenwerte erachten wir, wie schon ausgeführt, als akzeptabel. Im Hinblick auf allfällige Forderungen nach einer noch weitergehenden Senkung der Werte sei an dieser Stelle aber noch festgehalten, dass in der EU gemäss dem neusten Vorschlag für eine Richtlinie über die Aktionärsrechte (Vorschlag der Kommission vom 5. Januar 2006 für eine „Richtlinie über die Ausübung der Stimmrechte durch Anteilseigner von Gesellschaften, die ihren eingetragenen Sitz in einem Mitgliedstaat haben und deren Aktien zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, sowie zur Änderung der Richtlinie 2004/109/EG“) im Bereich des Traktandierungsrechts teils deutlich höhere Schwellenwerte gelten sollen (Fünf Prozent des Aktienkapitals, jedoch zehn Millionen Euro Nennwert; letzteres entspricht somit einem rund 15 mal höheren Schwellenwert als der Vorschlag zur Aktienrechtsrevision). Vor diesem Hintergrund können die nunmehr vorgeschlagenen Hürden als ausgesprochen aktionärsfreundlich bezeichnet werden.

Die **Frist von 30 Tagen**, innert der der VR einem Begehr um **Einberufung einer GV** stattgeben muss, ist **zu kurz**. Namentlich bei grossen börsenkotierten Aktiengesellschaften ist schon heute absehbar, dass diese Frist für die Vorbereitung einer GV kaum ausreichen wird. Auch muss genügend Zeit für eine fundierte Auseinandersetzung mit den Begehren gegeben sein, die im Zusammenhang mit der Einberufung einer GV verlangt werden. Die Begründung im Begleitbericht, dass die bisherige Regelung („binnen angemessener Frist“) dem Gebot der Rechtssicherheit nicht genüge und Verzögerungen über Gebühr vermieden werden sollen, ist u.E. eine zu einseitige Betrachtung der Lage. Das **Gesetz muss in diesem Bereich genügend offen sein, um allen Unternehmen eine sachgerechte zeitliche Umsetzung eines Einberufungsantrags zu ermöglichen**. Die Festsetzung einer fixen Frist verhindert dies jedoch. Für grosse börsenkotierte Unternehmen ist die Frist, wie erwähnt, schlicht zu kurz, bei kleinen (privaten) Gesellschaften

ten mit überschaubaren Verhältnissen kann die Ausschöpfung der Frist (was ja das Recht des VR sein wird) eine nicht gerechtfertigte Verzögerung bedeuten und damit im Vergleich zu heute zu einer Verschlechterung der Rechtsposition der Aktionäre führen. **Am bisherigen Absatz 4 von Art. 699 OR sollte deshalb festgehalten werden.**

Dem Vorschlag gemäss Art. 699a Abs. 4 OR, wonach Aktionäre, denen auch das Recht zur Stellung von Traktandierungsbegehren zusteht, verlangen können, dass in der Einladung zur GV **Anträge zu vorgesehenen Traktanden** aufgenommen werden, stehen wir **positiv** gegenüber. Der Vorschlag liegt insofern „richtig in der Landschaft“, als die Meinungsbildung der Aktionäre heute ohnehin in erster Linie im Vorfeld der GV stattfindet. Das Bild, dass die Aktionäre an der GV teilnehmen und sich erst dort in der Diskussion über einzelne Verhandlungsgegenstände eine Meinung bilden und dann ihre Stimmrechte entsprechend ausüben, hat – auf jeden Fall bei börsenkotierten Gesellschaften – mit der Realität nur noch sehr wenig zu tun. Es dient also der Qualität und der Transparenz des Stimmmaterials, wenn Anträge von bedeutenden Aktionären zusammen mit den Anträgen des VR an die Aktionäre verschickt werden. Damit wird letztlich eine möglichst unverfälschten Willensbildung- und kundgabe der Aktionäre gefördert, was wir begrüssen.

Allerdings gilt es an dieser Stelle klar festzuhalten, dass der **Kreis der Aktionäre**, denen dieses „Recht auf Mitsendung ihrer Anträge“ zusteht, **so gezogen werden muss, dass eine Umsetzung der Norm in der Praxis noch gewährleistet bleibt**. Wiederum ist auf das **Kriterium Börsenwert** zurückzukommen und auf die Tatsache hinzuweisen, dass bei der Schwelle von zwei Millionen Franken bei grossen börsenkotierten Gesellschaften der Kreis von Antragsberechtigten in die Tausende gehen würde. Es ist offensichtlich, dass eine derart grosse Zahl jegliches vernünftige Mass sprengt und in der Praxis zu einer **völlig unverhältnismässigen Aufblähung der Traktandenliste führen** könnte. Schon heute dauern die Generalversammlungen aufgrund des (von uns im Übrigen völlig unbestrittenen) Rechts sämtlicher Aktionäre, sich jederzeit zu traktandierten Verhandlungsgegenständen äussern und Anträge stellen zu können, sehr lange (mehrere Stunden, teils fast den ganzen Tag). Für manche Aktionäre wird die GV gerade wegen den unzähligen, oftmals fast deckungsgleichen Voten einzelner Mitaktionäre zunehmend als bemühen-de und auf Dauer unattraktive Veranstaltung empfunden. Die **Stimmrechtsunterlagen** dürfen mit andern Worten **nicht durch eine exzessive Ausgestaltung eines Aktionärsrechts mit Ballast beschwert** werden, so dass an eine **ordentliche Durchführung der GV**, die sich auf die Diskussion der aus Sicht der grossen Mehrheit massgebenden Fragen beschränkt, **nicht mehr zu denken ist**.

Die neue Ausgestaltung des Traktandierungs- und Antragsrechts mit fixen Fristen wirft allerdings gewisse praktische Fragen auf. Im Begleitbericht wird denn auch darauf hingewiesen, dass der Aktionär für die Einhaltung der Traktandierungsfrist wissen müsse, wann die GV stattfindet, was bei gewissen Gesellschaften erst mit der Einladung zur GV (innert 20 Tagen) bekannt gegeben werde. Weil keine gesetzliche Pflicht zur frühzeitigen Bekanntgabe des GV Termins bestehe, müsse sich der Aktionär in einem solchen Fall bei der Gesellschaft erkundigen. Beim Antragsrecht, auf das die Bestimmungen zum Traktandierungsrecht analog Anwendung finden sollen, stellen sich letztlich dieselben Fragen. Auch hier muss der Aktionär frühzeitig Kenntnis von den zu behandelnden Traktanden haben, um seine Anträge innert Frist stellen zu können. Auch die Traktanden werden aber oftmals relativ spät (zusammen mit der Einladung zur GV) bekannt gegeben. Diese sich in der Praxis stellenden Fragen scheinen uns noch nicht genügend geklärt.

Haltung der Industrie-Holding

Das **Kriterium „Börsenwert“** für das Einberufungs-, Traktandierungs- und Antragsrecht **lehnen wir** aus den unter dem Abschnitt „Sonderuntersuchung“ bereits dargelegten Gründen **ab**. Die **Senkung der übrigen Schwellenwerte unterstützen** wir dagegen. Ein **fixte Frist**, um dem Begehren nach Einberufung der GV statzugeben, erachten wir als **nicht sachgerecht**, es ist bei der geltenden Formulierung „binnen angemessener Frist“ zu verbleiben.

Das **vorgeschlagene Antragsrecht**, das den Aktionären unter den gleichen Voraussetzungen wie das Traktandierungsrecht zukommen soll, **unterstützen wir**. Allerdings sind praktische Fragen, die sich in diesem Zusammenhang stellen, zusätzlich zu klären.

d) Wählbarkeit, Amtsduer und Unabhängigkeit des Verwaltungsrats (E-Art. 707 und 710 OR)

Der Entwurf sieht vor, dass bei Publikumsgesellschaften der Gesamtverwaltungsrat sicherstellen muss, dass Mitglieder des VR, die zugleich Einsitz in denselben Verwaltungsräten anderer Gesellschaften haben, nicht gegenseitig Einfluss auf ihre Vergütungen nehmen können (E-Art. 707 Abs. 3 OR). Ausserdem sollen sich die Mitglieder des VR künftig zwingend jährlich einer Einzel(wieder)wahl stellen (E-Art. 710 Abs. 1 OR) müssen.

Gegen den neu vorgeschlagenen Art. 707 Abs. 3 OR (Einfluss auf Vergütungen bei Interlocking Verwaltungsräte) haben wir keine Einwände. Die Bestimmung ist unter Corporate Governance-Gesichtspunkten zu begrüßen.

Hingegen erachten wir die Vorschrift, dass sich sämtliche **VR Mitglieder jährlich zwingend einer Wiederwahl** stellen müssen, als **völlig verfehlt**. Diesen **Entscheid** hat u.E. **nicht der Gesetzgeber** zu fällen, **sondern die Aktionäre**. Bezeichnenderweise rät auch der Expertenbericht Böckli & Co. vom Zwang zu einer einjährigen Amtsduer vor. Eine solche kann in gewissen Fällen die Unabhängigkeit eines VR-Mitglieds gegenüber der Geschäftsleitung tangieren und damit letztlich die Position des Aufsichts- und Oberleitungsgremiums schwächen. Auch ist offensichtlich, dass für eine seriöse Einarbeitung in das Amt eines VR in einem grösseren Unternehmen ein Jahr nicht genügt. Der Vorschlag würde zudem dazu führen, dass eine Staffelung der Amtsduer der einzelnen VR Mitglieder und damit eine langfristige Sicherstellung der Kontinuität in diesem Gremium nicht mehr möglich wäre.

Aufgrund dieser Überlegungen **lehnen wir den Zwang zur jährlichen Wahl aller VR-Mitglieder ab**.

Die **Pflicht zur Einzelwahl** scheint uns **unproblematisch wenn auch unnötig**. Bei börsenkontierten Unternehmen ist die Einzelwahl grösstenteils ohnehin schon gängige Praxis.

Haltung der Industrie-Holding

Wir **unterstützen das Verbot von „interlocking“ Verwaltungsräte in Vergütungsausschüssen** von Publikumsgesellschaften. Dagegen sind wir klar **gegen** eine auf Gesetzesstufe vorgegebene **einjährige Amtsduer** für Verwaltungsräte. Es soll in dieser Frage höchstens dispositiv legifiziert werden. Über die Frage der Amtsduer hat letztlich nicht der Gesetzgeber sondern das Aktionariat zu entscheiden.

e) Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen (E-Art. 678 OR)

Gemäss Vorentwurf soll die Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistung stark erweitert werden. Erstens wird der **Kreis der Rückleistungspflichtigen** ausgedehnt. Zu den bereits heute erfassten Aktionären und VR-Mitgliedern sollen **neu auch die Geschäftsleitungsmitglieder** hinzukommen. Zweitens werden die materiellen Voraussetzungen für die Rückleistungspflicht erleichtert. Beim Bezug von Dividenden, Tantiemen etc. wird das **Kriterium der Bösgläubigkeit fallengelassen**, es bleibt **nur noch das Kriterium „ungerechtfertigt“**. Bezüglich der Rückerstattungspflicht anderer Leistungen soll künftig nur noch darauf abgestellt werden, ob die Leistung der Gesellschaft in einem Missverhältnis zu der vom Rückerstattungspflichtigen erbrachten Gegenleistung steht. Unter geltendem Recht ist Voraussetzung, dass die rückerstattungspflichtigen Bezüge in einem **offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft** stehen. Schliesslich soll der Kreis der klageberechtigten Personen (bisher Aktionäre und Gesellschaft) auf die Gläubiger ausgedehnt werden.

Die **vorgeschlagene Bestimmung** ist u.E. **insgesamt verfehlt und schiesst deutlich über das Ziel hinaus**, das mit dem Institut der Rückerstattungsklage bezweckt wird (Sanktionierung einer Verletzung von Ausschüttungsvorschriften sowie verdeckter Gewinnausschüttungen). Wie bereits an anderer Stelle erwähnt, zeigt der Begleitbericht leider auch in diesem Zusammenhang nicht auf, weshalb Handlungsbedarf für eine derart weitgehende Revision gegeben sein soll.

Die Streichung des Kriteriums, wonach eine Rückforderung nur dann möglich sein soll, wenn die besagte Leistung an den Beklagten (auch) in einem **Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage des Unternehmens** ist, ist u.E. **gerechtfertigt**. Es ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb gesetzeswidrige Bezüge nicht auch in gesunden Unternehmen zurückgefördert werden können sollen. Wir sind auch nicht grundsätzlich dagegen, dass die Rückerstattungspflicht **auf die Geschäftsleitungsmitglieder ausgedehnt** wird, erachten den Vorentwurfvorschlag aber insofern als unbefriedigend, als der Kreis der Geschäftsleitungsmitglieder mangels entsprechender Kriterien im Gesetz nicht klar erfassbar ist, womit unerwünschte **Rechtsunsicherheit** geschaffen würde.

Im Übrigen **lehnen wir den Vorschlag aber klar ab**. Mit dem **Wegfall** des Kriteriums **der Bösgläubigkeit** des Leistungsempfängers sowie dem Verzicht auf die Voraussetzung, dass nur eine **offensichtlich** unverhältnismässig hohe Leistung der Gesellschaft an den Empfänger eine Rückerstattungsklage rechtfertigen kann, wird der leichtfertigen und auch missbräuchlichen Klageerhebung geradezu Vorschub geleistet. Daran werden auch die „beschwichtigenden“ Ausführungen im Begleitbericht, wonach der Begriff „Missverhältnis“ impliziere, dass ein „beträchtliches Ungleichgewicht“ zwischen Leistung und Gegenleistung bestehen müsse, nichts ändern. In der Praxis wird der Richter autonom entscheiden, was er als verhältnismässig betrachtet und was nicht.

Im Endeffekt führt der Vorschlag zu einer **richterlichen Überprüfung der Angemessenheit von Entschädigungen des VR und der Geschäftsleitung**. Diese Fragen zu entscheiden ist u.E. aber **nicht Sache des Zivilrichters, sondern des Unternehmens bzw. der Aktionäre**, welche die Verwaltungsratsmitglieder wählen und damit letztlich auch die Lohn- und Entschädigungsscheide des VR sanktionieren. Sollte der Vorschlag in der präsentierten Form Gesetz werden, dürfte es für einige schweizerische Unternehmen schwierig werden, wichtige, aber eben auch sehr teure Spezialisten mit Geschäftsleitungsfunktion (bspw. Forschungsleiter, Investmentbanker) zu finden und anzustellen. Solche Spitzenleute wären wohl kaum bereit zu akzeptieren, dass ihr Gehalt quasi stets mit dem Vorbehalt einer möglichen Rückforderung ausbezahlt wird, weil jederzeit eine richterliche Beurteilung der Verhältnismässigkeit ihrer Entschädigungen verlangt

werden kann.

Der Wegfall des Kriteriums der Bösgläubigkeit würde zudem dazu führen, dass die Leistungsempfänger (und nicht die Gesellschaft) das Risiko einer Verletzung von Gesetz oder Statuten bei der Ausrichtung von Leistungen tragen würden. Dies ist u.E. nicht gerechtfertigt. Eine Rückerstattung ist nur dann angezeigt, wenn der Leistungsempfänger weiß oder wissen müsste, dass er eine unerlaubte Vergütung bezieht.

Auch die Verjährungsfrist von zehn Jahren ist zu lang, wir erachten fünf Jahre als ausreichend. Die Begründung des Begleitberichts für eine 10-jährige Verjährungsfrist – Verweis auf die Verjährungsregelung für ungerechtfertigte Bereicherung – überzeugt u.E. nicht. Einerseits ist in Art. 67 OR auch eine relative Verjährungsfrist von nur einem Jahr vorgesehen, zudem ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass den Leistungsempfängern nicht zugemutet werden kann, während zehn Jahren in Bezug auf die „Endgültigkeit“ ihrer Bezüge im Ungewissen zu bleiben.

Schliesslich sei noch kurz auf den Vorschlag eingegangen, den **Kreis der klageberechtigten Personen** (bisher Aktionäre und Gesellschaft) um die **Gläubiger** zu erweitern. Diese Änderung ist aus unserer Sicht – mit Verlaub gesagt – schlicht falsch. Die Begründung gemäss Begleitbericht, wonach der Gläubiger legitimiert sei, weil ihm Haftungssubstrat entzogen werde, geht völlig an der Sache vorbei. Einem Gläubiger fehlt jegliches Rechtsschutzinteresse an der Erhebung einer Rückforderungsklage. Das blosse Faktum, dass ihm Haftungssubstrat entzogen wird, spielt keine Rolle. Solange die Gesellschaft aufrecht steht und die Forderungen des Gläubigers gedeckt sind, besteht für diesen keine Legitimation, sich klageweise in gesellschaftsinterne Vorgänge einzuschalten. Erwähnt sei schliesslich auch, dass der Vorschlag sogar weiter geht als der US-amerikanische Sarbanes-Oxley Act – auch dort ist für den hier zur Diskussion stehenden Sachverhalt keinerlei Klagemöglichkeit für den Gläubiger gegeben.

Haltung der Industrie-Holding

Wir lehnen den Vorschlag gemäss Entwurf ab. Die Bestimmung ist so anzupassen, dass sie die Rückerstattung von missbräuchlichen bzw. missbräuchlich hohen Bezügen erlaubt, ohne dass leichtfertig über alle Entschädigungen an VR und GL Mitglieder vor Zivilgericht prozessiert werden kann. Aus diesem Grund **ist am Kriterium „Bösgläubigkeit“ festzuhalten, ebenso ist** daran festzuhalten, dass **nur Leistungen der Gesellschaft zurückgefördert werden können**, die in einem „**offensichtlichen Missverhältnis**“ zur **Gegenleistung des Beklagten** stehen. Auch in Bezug auf die verdeckten Gewinnausschüttungen (Abs. 2) ist klarzustellen, dass nur ungerechtfertigte (d.h. unter Verletzung von Gesetz, Statuten oder allgemeinen Rechtsgrundsätzen erbrachte) Leistungen Gegenstand einer Rückforderungsklage sein können. Die Kriterien, die zu einer Rückerstattungspflicht führen, müssen mit andern Worten so ausgestaltet sein, dass die neue Regelung nicht zu einer generellen gerichtlichen Überprüfbarkeit von korrekt im Rahmen des Gesetztes und der Statuten beschlossenen und ausgerichteten Vergütungen an den VR und die GL führt. Schliesslich ist der **Gläubiger aus dem Kreis der Aktivlegitimierten zu streichen** und die **Verjährungsfrist auf fünf Jahren** zu belassen.

f) Kompetenzen der Generalversammlung betr. Vergütungen an Verwaltungsräte und Geschäftsführungsmitglieder (Begleitbericht Ziff. 3.1.3, E-Art. 627 Ziff. 4 OR)

Der Vorentwurf schlägt vor, dass Gesellschaften statutarisch der Generalversammlung Kompetenzen zur Festlegung von Bezügen der Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und ihnen nahe stehender Personen sowie zur Ausrichtung von Mitarbeiteroptionen geben können.

Ein Vergleich der Regelungen der wichtigsten Industriestaaten zeigt, dass eine **individuelle Festlegung von Bezügen der Geschäftsleitung** durch die Generalversammlung international **absolut unüblich** ist. In vielen Ländern werden auch die Vergütungen des Verwaltungsrats nicht durch die Generalversammlung festgelegt. Kompetenzen der Generalversammlung zur Bestimmung der individuellen Saläre der Geschäftsleitungsmitglieder wären auch widersinnig: Den Aktionären fehlen die für die Beurteilung nötigen individuellen Informationen zur Leistungsbeurteilung, resp. würden solche Informationen der Generalversammlung unterbreitet, hätte dies einen unrechtmässigen Eingriff in die geschützte Privatsphäre der betroffenen Personen zur Folge. Die Möglichkeiten, Personen zu rekrutieren, würde massiv beeinträchtigt, wenn letztlich ein wesentliches Element der Anstellung, die Salarierung, vom Einverständnis der Generalversammlung abhängig wäre. Eine solche Lösung wäre zudem auch kaum praktikabel. Wie erwähnt, findet sich denn auch soweit ersichtlich in keinem wesentlichen Industrieland eine solche Regelung.

Vor diesem Hintergrund könnten wir uns damit einverstanden erklären, dass **das Gesetz neu den Gesellschaften die Möglichkeit gibt, der Generalversammlung statutarisch die Kompetenz zu erteilen, über Grundsätze und Richtlinien zur Salarierung** zu befinden. Wir sind allerdings der Ansicht, dass sich solche Grundsätze und Richtlinien ausschliesslich mit der **Entlohnung der Verwaltungsräte** befassen sollen. Dies in Anlehnung an ausländische Regelungen, die entsprechende Generalversammlungs-Kompetenzen für „Directors“ nicht aber für das Management vorsehen. Die Anstellung und damit auch die Entlohnung der Geschäftsleitungsmitglieder ist auch nach schweizerischem Rechtsverständnis Sache des Verwaltungsrats. Er trägt hierfür die Verantwortung und wird auch diesbezüglich, anlässlich seiner Wiederwahl, von der Generalversammlung beurteilt. Es stellen sich aber auch bei einer „Grundsatz- und Richtlinienkompetenz“ der Generalversammlung betr. Verwaltungsratsentlohnung grundsätzliche Fragen: Soll bspw. ein solche Kompetenz konsultativen oder verbindlichen Charakter haben? Welches wären die Konsequenzen im letzteren Fall, wenn die Generalversammlung Grundsätze oder Richtlinien ablehnt, müsste effektiv eine ausserordentliche Generalversammlung einberufen werden, damit Verwaltungsräte zeitgerecht entlohnt werden können? Diese und weitere Fragen bedürfen einer vertieften Analyse, bevor eine entsprechende Regelung in das Gesetz aufgenommen werden kann.

Diskutiert werden könnte allenfalls auch ein alternativer, prozeduraler Ansatz: Das Gesetz könnte vorsehen, dass Gesellschaften ihrer Generalversammlung die Kompetenz erteilen können, die Verwaltungsratsmitglieder zu wählen, die für die Festsetzung von Vergütungen des Verwaltungsrats und des obersten Managements zuständig sind (compensation committee). Dies kann zwar einen Eingriff in den Grundsatz der Selbstkonstitution des Verwaltungsrats zur Folge haben, allerdings bestehen solche Eingriffe – mit der Möglichkeit der Generalversammlung den Verwaltungsratspräsidenten zu wählen – bereits unter geltendem Recht.

2.2.5 Institutionelle Stimmrechtsvertretung

Depotstimmrecht und Organvertreter (aArt. 689c, Art. 689d OR)

Der Vorentwurf sieht die **Abschaffung der Organ- und Depotstimmrechtsvertretung** vor. An ihrer Stelle soll nur noch der unabhängige Stimmrechtsvertreter mit der Stimmrechtsausübung beauftragt werden können. Soweit dieser **keine spezifischen Weisungen** des Aktionärs erhalten hat, muss er sich **der Stimme enthalten**. Begründet wird letztere Neuerung damit, dass heute institutionelle Stimmrechtsvertreter oftmals bei Fehlen von spezifischen Weisungen den Anträgen des VR folgen würden, was nicht zwingend dem tatsächlichen Willen des vertretenen

Aktionärs entspreche.

Die Abschaffung des Organvertreters wird im Begleitbericht damit begründet, dass dieses Institut dem Aktionär im Vergleich zur unabhängigen Stimmrechtsvertretung keine Vorteile bringe und seine Bedeutung in der Praxis ohnehin gering sei. Mit der Aufgabe der Depotstimmrechtsvertretung werde der breiten Kritik an der Stimmrechtsvertretung durch die Banken Rechnung getragen. Oftmals seien sich Aktionäre gar nicht bewusst, dass sie im Rahmen eines Depotvertrags der Bank eine Vertretungsvollmacht einräumten, was unbefriedigend sei.

Die GV soll zudem ihre Beschlüsse künftig mit der absoluten Mehrheit der abgegebenen (nicht mehr der vertretenen) Stimmen fassen. Enthaltungen gelten nicht mehr als abgegebene Stimmen, womit sie für den Ausgang der Abstimmung nicht mehr von Bedeutung sind.

Wir lehnen sowohl die Abschaffung der Depot- als auch der Organvertretung entschieden ab, und zwar aus folgenden Gründen: Zunächst ist uns schleierhaft, wie im Begleitbericht behauptet werden kann, dass die Bedeutung der Organvertretung in der Praxis gering sei, ist doch gerade das Gegenteil der Fall. So kommt der „Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts“ (Teil 4/Stimmrechtsvertretung, Dispoaktien) von Prof. von der Crone in einer Umfrage unter schweizerischen Publikumsgesellschaften für die GV des Jahres 2002 zum Ergebnis, dass im Durchschnitt 23% der Stimmrechte (bei SMI-Titeln gar 36%) durch den Organvertreter ausgeübt wurden. Diese Zahlen treffen auch heute noch ohne Weiteres zu. In einzelnen Gesellschaften vereinigt der Organvertreter gar mehr als die Hälfte der an der GV vertretenen Stimmrechte auf sich. Der **Organvertreter entspricht somit offensichtlich einem klaren Bedürfnis der Aktionäre**. Mit seiner **Abschaffung schränkt** man in erster Linie **die heute den Aktionären zur Verfügung stehende Wahlmöglichkeiten ein**, wen er mit der Ausübung seiner Stimmrechte bevollmächtigen will. Es ist unserer Ansicht nach nicht verständlich und letztlich auch nicht begründbar, weshalb der Aktionär, der seine Stimmrechte ausdrücklich dem Organvertreter überlassen will, dies nicht mehr tun dürfen soll. Die Organvertretung erlaubt es dem Aktionär, der grundsätzlich mit den Entscheidungen und den Anträgen des VR einverstanden ist, dies auf einfache Art an der GV zum Ausdruck zu bringen, weshalb an ihr festzuhalten ist.

Auch das Depotstimmrecht spielt in der Praxis immer noch eine – wenn auch nicht in denselben Ausmass wie die Organvertretung – bedeutende **Rolle**. Die Kritik an diesem Institut mag zwar insofern nicht gänzlich unberechtigt sein, als in der Praxis nicht ausgeschlossen werden kann, dass in Einzelfällen Aktionäre tatsächlich „unbewusst“ ihre Stimmrechte (entweder überhaupt, oder zumindest in einem bestimmten Sinne) ausüben, der ev. nicht ihrem effektiven Willen entspricht. Die Annahme jedoch, dass solche Fälle quasi den „Normalfall“ beim Depotstimmrecht bilden würden, ist nicht gerechtfertigt. Sie geht nämlich zu Unrecht – etwas pointiert gesagt – von einem Bild des unbedarften und hilfsbedürftigen Investors aus, der sich seiner Entscheidungen nicht wirklich bewusst ist und den man deshalb in diesem Bereich vor sich selbst schützen muss. Dieses Bild entspricht nicht der Realität.

Um der Kritik am Depotstimmrecht Rechnung zu tragen, würden weniger weit gehende Schritte als seine Abschaffung genügen. So könnte bspw. im Gesetz festgehalten werden, dass der Depotvertreter den Aktionär jährlich und deutlich hervorgehoben auf die jederzeitige Möglichkeit des Widerrufs der Vollmacht sowie auf andere Vertretungsmöglichkeiten hinzuweisen hat (vgl. dazu § 135 des deutschen Aktiengesetzes).

Der Entwurf sieht weiter einen **Paradigmenwechsel vor für die Beschlussfassung und Wahlen durch die GV**. Soweit Gesetz oder die Statuten es nicht anders bestimmen, soll die GV ihre Beschlüsse mit der **Mehrheit der abgegebenen** Stimmen fassen (und Wahlen vollziehen). Unter

geltendem Recht ist die Mehrheit der vertretenen Stimmrechte notwendig. Eine wichtige, damit Zusammenhängende Regelung sieht E-Art. 703 Abs. 2 OR vor, wonach **Enthaltungen nicht als abgegebene Aktienstimmen gelten.**

Diese **Änderungsvorschläge lehnen wir** im Kontext mit den gleichzeitig vorgeschlagenen Neuerungen im Bereich der institutionellen Stimmrechtsvertretung (Abschaffung Organ- und Depotvertretung, Regelung, wonach sich der unabhängige Stimmrechtsvertreter bei Fehlen von spezifischen Weisungen der Stimme enthalten muss) **dezidiert ab.** Zu beachten ist, dass Aktionäre an der GV im Rahmen der traktandierten Verhandlungsgegenstände jederzeit spontan Anträge zur Abstimmung bringen können (was bspw. im Bereich betreffend Dividendenausschüttung in der Praxis relativ oft vorkommt). Die vorgeschlagenen **Neuerungen würden** deshalb, sollten sie Gesetz werden, **dazu führen, dass u.U. eine kleine Minderheit von Aktionären an einer GV weitreichende Entscheide fällen kann, die klarerweise nicht im Interesse der Mehrheit der Aktionäre und insbesondere auch nicht von dieser (schweigenden, nicht vertretenen, auf die Beibehaltung des Status Quo in der Gesellschaft vertrauenden) Mehrheit gedeckt sind.** Eine gesetzliche Regelung, die ein solches – vor allem auch aus Sicht der meisten Aktionäre – „worst case scenario“ ermöglicht oder gar noch fördert, lehnen wir ab. Der vermeintliche Ausbau der Aktionärsrechte wird sich hier geradezu in das Gegenteil dessen verwandeln, was beabsichtigt ist, indem die grosse Mehrheit der Aktionäre der Willkür von aktiven Minderheiten ausgesetzt wird.

Haltung der Industrie-Holding

Wir **lehnen die Abschaffung des Organ- und Depotvertreters** und deren Ersatz durch den unabhängigen Stimmrechtsvertreter **ab.** Insbesondere wenden wir uns auch **gegen jegliche Regelung**, wonach sich ein **Vertreter bei Fehlen von spezifischen Weisungen der Stimme zu enthalten habe.** Allenfalls könnte im Gesetz festgehalten werden, dass in einem solchen Fall das Stimmrecht so ausgeübt werden muss, wie es der Aktionär bei Kenntnis der Sachlage mutmasslich tun würde. Auf jeden Fall muss es auch weiterhin möglich sein, mit gewissen Vermutungen (bspw. indem ein Stimmrechtsvertreter in den Unterlagen klar und deutlich darauf hinweist, dass er bei Anträgen ohne konkrete Weisungen des Aktionärs im Sinne der Anträge des VR stimmt) Klarheit über das Verhalten des unabhängigen Stimmrechtsvertreters zu schaffen. Ein **System, das – nochmals sei dies wiederholt – Zufallsmehrheiten zulasten der meisten Aktionäre und damit auch der Gesellschaften begünstigt, lehnen wir ab.** Die Aktionäre sollen weiterhin, neben der Bestimmung eines individuellen Vertreters, die Wahl zwischen Organvertreter und unabhängigem Stimmrechtsvertreter haben. Auch das Depotstimmrecht ist – allenfalls leicht modifiziert in Bezug auf die Vollmachtsteilung – beizubehalten.

2.2.6 Dispoaktien

Der Begleitbericht zum Vorentwurf weist richtigerweise darauf hin, dass die Zahl der Dispoakti-näre in den letzten Jahren massiv zugenommen hat. Zu Recht folgert der Begleitbericht, dass damit der eigentliche Sinn und Zweck der Ausgabe von Namenaktien – die Kenntnis des eigenen Aktionariats – grundsätzlich in Frage gestellt wird. Zu Recht weist der Begleitbericht auch auf negative Folgen von hohen Dispoaktienbeständen hin: Präsenzquoren können nicht mehr erreicht werden, die Gefahr „feindlicher Übernahmen“ steigt, weil es zum einen möglich ist, verdeckte Positionen aufzubauen und zum andern bei einem hohen Dispoaktienanteil bereits eine relativ geringe Beteiligung ausreicht, um die Kontrolle über eine Gesellschaft zu erlangen. Damit wird letztlich auch der übernahmerechtliche Schutz des Minderheitsaktionärs unterlaufen, weil in einem solchen Fall des Kontrollwechsels keine Pflicht zur Unterbreitung eines öffentlichen Über-

nahmeangebots an die Minderheitsaktionäre besteht. Die **Problematik von Dispoaktien** als solche wird **vom Begleitbericht** damit **anerkannt** und ein Handlungsbedarf zur Verbesserung der Situation grundsätzlich auch nicht in Frage gestellt. Auf Vorschläge zur Lösung der Dispoaktienproblematik wird den Ausführungen im Begleitbericht zur Folge einzig deswegen verzichtet, weil letztlich keines der bisher zur Diskussion gestandenen Lösungskonzepte zu befriedigen vermochte.

Von Seiten der Industrie-Holding haben wir seit Langem auf die **Notwendigkeit zur Lösung der Dispoaktienproblematik** hingewiesen. Hohe Dispoaktienbestände sind bereits aus Corporate Governance Sicht kein wünschenswerter Zustand, weil eine grosse Anzahl von Aktionären nicht an der Meinungsbildung in der Gesellschaft teilnimmt. Die ernsthaften Bemühungen der Gesellschaften, möglichst viele Anteilseigner zur Wahrnehmung ihrer Mitwirkungsrechte zu bewegen, sind in Bezug auf Dispoaktionäre denn auch zum Vorneherein zum Scheitern verurteilt. Für die mit grossen Dispobeständen konfrontierten Gesellschaften ergibt sich daneben eine **Vielzahl von weiteren entscheidenden Nachteilen**. Zusätzlich zu den vom Begleitbericht genannten (Präsenzquoren, die nicht mehr erreicht werden können und die Gefahr feindlicher Übernahmen, vgl. oben) wird aus Sicht der Gesellschaften insbesondere die Unkenntnis über die Zusammensetzung eines u.U. wesentlichen Teils des Aktionariats und die fehlende Möglichkeit, mit diesem direkt zu kommunizieren, als äusserst nachteilig empfunden.

Es ist richtig, dass sich auch die Industrie-Holding gegen das von Prof. von der Crone vorgeschlagenen Nomineemodell ausgesprochen hat. Eine **anonyme Einflussnahme auf die Geschicke der Gesellschaft**, wie sie der Vorschlag von der Crone ermöglicht hätte, **lehnen wir ab**. Wir schliessen uns der Beurteilung des Begleitberichts auch in Bezug auf das zweite darin erwähnte Lösungskonzept – **Verweigerung der Dividende** und anderer vermögensmässiger Rechte bei Nichteintrag im Aktienregister – an und **lehnen** dieses ebenfalls **ab**.

Entgegen der Auffassung des Begleitberichts **bedeutet** dies aber **nicht, dass damit die Diskussion um die Lösung der Dispoaktienproblematik als abgeschlossen** betrachtet werden kann. Umso weniger als die Wirtschaft schon im Rahmen der Erarbeitung der Swiss Code of Best Practice weitere konkrete Lösungsansätze in die Diskussion einbrachte (vgl. u.a. Begleitbericht zum Swiss Code of Best Practice). Von Seiten der Wirtschaft besteht denn heute auch Einigkeit, dass das Problem der Dispoaktien im Rahmen der laufenden Aktienrechtsrevision gelöst werden muss.

Die **bisher geführten Diskussionen** um eine Lösung der Dispoaktienproblematik zeigen folgendes:

- **Aus Sicht der Emittenten** ist eine Lösung nicht möglich, ohne dass dem **Grundsatz „know your shareholder“** gebührende Beachtung geschenkt wird: Eine anonyme Ausübung der Mitwirkungsrechte darf nur in einem von der betroffenen Gesellschaft akzeptier-ten Umfang erfolgen. Entsprechend dem Sinn des Instituts der Namenaktie sollen Aktionäre/wirtschaftlich Berechtigte (Beneficial Owner, BO) m.a.W. nicht anonym auf die Geschicke der Gesellschaft einwirken können, ohne dass ihnen dies von der betroffenen Gesellschaft explizit zugestanden wird. Die Möglichkeit, Stimmrechte (ohne Einverständnis der Gesellschaft) anonym auszuüben, würde für die Emittenten im Vergleich zum Status Quo eine klare Verschlechterung darstellen.
- **Aus Sicht des Finanzplatzes** darf durch eine Lösung des Dispoaktienproblems das **Bankgeheimnis** nicht beeinträchtigt werden: Ein Eintragungzwang aller individueller Aktionäre oder die obligatorische Offenlegung der Identität der BO im Falle von Nomineeeintragungen

wird vor diesem Hintergrund abgelehnt.

- **Handelbarkeit der Aktien:** Eine Lösung der Dispoaktienproblematik darf die Handelbarkeit der Namenaktien für Investoren nicht beeinträchtigen.

Hält man sich die Erkenntnisse aus der bisher geführten Diskussion vor Augen, wäre eine **mögliche Lösung** der Dispoaktienproblematik die Einführung eines Nomineemodells, das einerseits eine anonyme Stimmabgabe ohne Einverständnis der Gesellschaft ausschliessen würde, anderseits auch keine Pflicht zur Offenlegung der Identität des BO gegen dessen Willen vorsieht. Die **Kernelemente eines solchen Nomineemodells** könnten wie folgt aussehen:

- Es wird im Gesetz eine **Eintragungsverpflichtung** stipuliert: Entweder wird der individuelle Aktionär oder ein Nominee im Aktienregister eingetragen (damit wird die Dispoaktie formell beseitigt).
- Die Gesellschaft kann die **Offenlegung der Identität der BO** verlangen, **die über den Nominee Mitwirkungsrechte ausüben**. Da die Gesellschaften jedoch nicht zwingend an der Kenntnis jedes einzelnen Portfolioinvestors interessiert sind, können sie in ihren Statuten vorsehen, dass Nominees bis zu einem gewissen Beteiligungsprotzentsatz als Aktionäre mit Stimmrecht eingetragen werden, ohne Verpflichtung die Identität von BO offen zu legen. Die Gesellschaften bestimmen damit, bis zu welchem Beteiligungsprotzentsatz es ihnen gleichgültig ist, ob sie die Identität der BO kennen, die Mitwirkungsrechte über den Nominee ausüben. Über diesen statutarisch festgelegten Beteiligungsprotzentsatz werden Nominees in dem Ausmass mit Stimmrecht eingetragen (d.h. können BO über den Nominee Stimmrechte ausüben) wie die BO bereit sind, ihre Identität auf Anfrage der Gesellschaft offen zu legen.
- Die **BO, die keine Mitwirkungsrechte ausüben, sind nicht verpflichtet, ihre Identität offen zu legen**.
- Für die **Ausübung des Stimmrechts durch den Nominee** bedarf es einer **genügenden Bevollmächtigung vom BO**.
- **Vinkulierungs- und Stimmrechtsprozentklauseln** sind in dem Sinne **einzuhalten**, dass der Nominee nicht in grösserem Umfang mit Stimmrecht eingetragen werden, resp. mehr Stimmrechte ausüben darf, als die Summe der wirtschaftlich Berechtigten, wenn sie je einzeln eingetragen wären.
- Die Gesellschaft hat die **Möglichkeit, dem BO über den Nominee Informationen zuzustellen**, falls sie dies wünscht.

Würde ein Nomineemodell mit diesen Kernelementen umgesetzt, hätte dies verschiedene **Vorteile**:

- Die Dispoaktie wird grundsätzlich beseitigt;
- Es wird mit der Möglichkeit von Nomineeeintragungen ein System geschaffen, das den internationalen Investoren verständlicher ist als die geltende Regelung.

- Weil jeder Aktionär direkt oder indirekt (über einen Nominee) eingetragen ist, wird die Ausübung des Stimmrechts im Vergleich zum Status Quo erleichtert.
- Die Gesellschaften erhalten die Möglichkeit, sich direkt an alle Anteilseigener (Aktionäre und BO) zu wenden und ihnen Informationen und weitere Unterlagen zuzustellen.

Die interessierten Kreise der Wirtschaft sind daran, einen konkreten Vorschlag zur Lösung des Problems der Dispoaktien auszuformulieren, der die vorstehenden Kernelemente berücksichtigt. Sobald er vorliegt, werden wir ihn Ihnen nachreichen.

2.2.8 Haftungsbegrenzung für die Revisionsstelle (E-Art. 759 OR)

Der **Vorentwurf** sieht vor, die **Haftung der Revisionsstelle** bei leichtem Verschulden summenmäßig **zu begrenzen**, und zwar auf 25 Millionen Franken bei der Revision börsenkotierter Gesellschaften und auf zehn Millionen Franken bei den andern Unternehmen.

Zur **Begründung** dieser Vorschläge wird **im Begleitbericht** ausgeführt, das aktienrechtliche Verantwortlichkeitsregime des geltenden Rechts führe in der Praxis zu einer übermässigen, ungerechtfertigten Belastung in erster Linie der Revisionsstellen. Verantwortlichkeitsklagen würden sich, trotz der im Gesetz verankerten differenzierten Solidarität, vermehrt gegen die Revisionsstellen richten. Die Revisionsstellen würden sich fast immer als solventer als Mitglieder des VR und der GL erweisen („deep pocket Argument“) und seien zudem aus geschäftlichen Gründen besonders empfindlich gegen Klagen und langwierige Prozesse, weshalb sie oftmals trotz nicht feststehender Haftung in einen aussergerichtlichen Vergleich einwilligten. Auch sei der Nachweis eines Fehlers aufgrund detaillierter beruflicher Standards manchmal erheblich einfacher als der Nachweis einer Pflichtverletzung eines Mitglieds des VR oder der GL.

Diese vermehrte Inpflichtnahme der Revisionsstellen, so der Begleitbericht, führe tendenziell zu einer faktischen Verlagerung der Verantwortlichkeit von den geschäftsführenden Organen zur Revisionsstelle, was insbesondere dann rechtspolitisch inopportun sei, wenn die Revisionsstelle im Vergleich zu den geschäftsführenden Organen ein vergleichsweise leichtes Verschulden treffe. Auch führe das hohe Haftungsrisiko der Revisoren von Grossgesellschaften dazu, dass Versicherungsgesellschaften vermehrt den Abschluss einer Haftpflichtversicherung verweigern würden.

Die **vorgeschlagene einseitige Änderung des aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsregimes lehnen wir ab**, und zwar aus folgenden Gründen:

Das **geltende Recht (Art. 759 OR) stellt sicher**, dass **niemand** (auch keine Revisionsstelle) im Rahmen eines aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozesses **für einen Schaden haftbar** gemacht wird, **den er nicht selbst adäquat kausal und schuldhaft verursacht hat**. Jede Haftung eines Beklagten setzt ein persönliches Verschulden voraus. Im Rahmen der differenzierten Solidarität kann somit der Beklagte gegenüber dem Geschädigten bspw. einwenden, dass ihn im Vergleich zu andern für den Schaden mitverantwortlichen nur ein leichtes Verschulden trifft, und solche Einwendungen werden bei der Festsetzung der zu leistenden Entschädigung berücksichtigt. Die im Begleitbericht aufgestellten Behauptungen, wonach die differenzierte Solidarität in der Gerichtspraxis nicht umgesetzt werde, können wir nicht nachvollziehen. In einem erst kürzlich in der Schweizerischen Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (SZW 1/06) veröffentlichten Artikel zum Thema „Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit“ zeigt Prof. von der Crone in einer Analyse der schweizerischen Rechtsprechung (insbesondere der Rech-

sprechung des Bundesgerichts) auf, dass die Gerichte Haftungsansprüche gegen Revisionsstellen ausgesprochen zurückhaltend beurteilen und den (Zitat von der Crone) „differenzierten Umgang mit Gesamtschaden, Folgeschaden und Kausalität nicht scheuen“. Der Autor kommt aufgrund seiner Untersuchung dementsprechend zum Ergebnis, dass, soweit Revisionsstellen durch die Gerichte zur Verantwortung gezogen worden sind, dies durchwegs aufgrund einer Verletzung relativ klar definierter Grundsätze der ordnungsmässigen Revision erfolgte.

Die Ausführungen im Begleitbericht erwecken den Eindruck, dass man die Argumente der Revisoren ohne nähere Hinterfragung übernommen hat. Bei genauerer Betrachtung sind die vorgebrachten **Argumente für eine Haftungsreduktion nicht stichhaltig**. Die Tatsache, dass Kläger in Verantwortlichkeitsprozessen in erster Linie gegen solvente Beklagte vorgehen („deep pocket“ Argument), ist kein schlüssiges Argument für eine Haftungsreduktion. Wie ausgeführt, haftet auch der Revisor in einem Verantwortlichkeitsprozess letztlich nur für den ihm persönlich zurechenbaren Schaden. Auch die Begründung, die Revisionsstellen müssten aus geschäftspolitischen Gründen oftmals Hand zu einem aussergerichtlichen Vergleich bieten, obwohl ihre Haftung rechtlich nicht feststehe, überzeugt nicht. Es ist ja gerade das Wesensmerkmal eines aussergerichtlichen Vergleichs, dass die Haftungsfrage rechtlich nicht gesichert ist, womit auch dieses Argument ins Leere läuft. Ausserdem scheint es uns nicht gerechtfertigt, die letztlich freiwillig praktizierte „Vergleichsfreudigkeit“ der Revisionsstellen nun als Begründung für eine Haftungsreduktion anzuführen. Auch die ins Feld geführten klaren beruflichen Standards, aufgrund derer der Nachweis einer Pflichtverletzung einfach sei, ist u.E. nicht stichhaltig. Eine klare Umschreibung des Pflichtenhefts erleichtert es dem Revisor ja gerade, seine Arbeit korrekt auszuführen.

Aus all diesen Gründen sind wir gegen eine betragsmässige Begrenzung der Haftung für die Revisoren auf Gesetzesstufe. Was wir uns allenfalls vorstellen könnten, ist eine Lösung, wie sie zur Zeit in Grossbritannien diskutiert wird: Die Gesellschaften erhalten die Möglichkeit, mit ihren Revisoren Haftungsbeschränkungen zu vereinbaren. Diese sind von den Generalversammlungen der betroffenen Gesellschaften zu genehmigen und werden im Anhang zur Jahresrechnung publiziert. Sie gelten im Verhältnis Gesellschaft/Aktionäre-Revisoren, nicht jedoch Dritten (bspw. Gläubigern) gegenüber. Der Vorteil einer solchen Regelung ist evident. Die Gesellschaft (resp. ihr Aktionariat) kann sich aufgrund der konkreten Umstände entscheiden, was sie vorzieht: Eine höhere Reputation dadurch, dass die Gesellschaft von voll haftenden Revisoren geprüft wird oder geringeren finanziellen Aufwand dadurch, dass die Revision von nicht voll haftenden Prüfern vorgenommen wird.

Anders als mit der vorgeschlagenen gesetzlichen Haftungsbegrenzung erhalten die Gesellschaften unter der „englischen Option“ nämlich effektiv auch die Möglichkeit, im Gegenzug für eine geringere Haftung der Revisoren tiefere Revisionsgebühren aushandeln zu können.

Wir sind im Übrigen durchaus einverstanden damit, dass das Haftungssystem für Organmitglieder generell einer Überprüfung unterzogen wird. Es stellt sich nämlich tatsächlich die Frage, ob dieses – insbesondere auch verglichen mit ausländischen Regimes – beispielsweise für nicht-exekutive Verwaltungsräte nicht zu rigide ausgestaltet ist. Im Rahmen einer Gesamtüberprüfung der Verantwortlichkeit der Organmitglieder kann auch die Frage der Revisorenhaftung wieder aufgenommen werden.

Haltung der Industrie-Holding

Wir lehnen eine **Reduktion der Haftung für die Revisionsstellen ab**. Ein strenges Haftungsregime dient letztlich auch der Qualität der Revisionsdienstleistungen und damit auch dem Vertrauen der Investoren in die Unternehmen.

Eventualiter: Die Regelung der Verantwortlichkeit der Organmitglieder ist generell zu überarbeiten und die Frage der Revisorenhaftung ist in diesem Gesamtzusammenhang zu behandeln. Falls die Revisorenhaftung dennoch prioritär behandelt werden soll – was wir grundsätzlich ablehnen – sind wir für eine Lösung wie sie zur Zeit in Grossbritannien diskutiert wird: Gesellschaften sollen Haftungsbeschränkungen mit ihren Revisoren individuell aushandeln können.

2.3.2 / 2.3.3 Kapitalband und Alternative: Genehmigte Kapitalherabsetzung (E-Art. 653r ff.)

Der Vorentwurf schlägt die **Möglichkeit der Schaffung eines Kapitalbandes** vor. Die Generalversammlung soll für eine befristete Zeit (längstens für 5 Jahre, mit der Möglichkeit der Verlängerung durch die Generalversammlung) an Stelle eines betragsmäßig bestimmten Aktienkapitals ein Kapitalband mit einem ebenfalls durch die Generalversammlung festgesetzten Basis- und Maximalkapital einsetzen können. Basis- resp. Maximalkapital dürfen das im Handelsregister eingetragene Kapital um höchstens die Hälfte unter bzw. überschreiten. Durch die Festsetzung eines Kapitalbandes wird der Verwaltungsrat grundsätzlich ermächtigt, das ausgegebene Aktienkapital innerhalb der Grenzen des Basis- resp. des Maximalkapitals zu ändern. Dabei wird der Verwaltungsrat verpflichtet, innerhalb von 30 Tagen die aktuelle Höhe des Aktienkapitals im Handelsregister eintragen zu lassen. Dadurch, dass der Gläubigerschutz auf den Zeitpunkt der Schaffung des Kapitalbandes vorverlegt wird, kann der Verwaltungsrat eine Kapitalherabsetzung ohne Schuldenruf und ohne Prüfungsbestätigung durch den Revisor durchführen. Gemäß E-Art. 653x OR muss die Gesellschaft, die über ein Kapitalband verfügt, allerdings am Ende jedes Geschäftsjahrs einen Prüfungsbericht einholen, wenn das Aktienkapital innerhalb eines Jahres erhöht oder herabgesetzt worden ist.

Als **Alternative zum Kapitalband** schlägt der Vorentwurf die **Einführung der genehmigten Kapitalherabsetzung** vor. Gemäß Vorschlag soll die Generalversammlung den Verwaltungsrat für eine maximale Dauer von 5 Jahren ermächtigen können, das Aktienkapital bis zu einem bestimmten Betrag herabzusetzen. Vorbehältlich anderer statutarischer Regelung soll der Verwaltungsrat frei über die Art und Weise der Kapitalherabsetzung und die Verwendung der freier werdenden Mittel entscheiden können.

Sowohl mit der Einführung des Kapitalbandes wie auch mit der Schaffung der genehmigten Kapitalherabsetzung kann die – **von der Wirtschaft begrüsste – Möglichkeit der genehmigten Kapitalherabsetzung** realisiert werden. Der entscheidende Unterschied zwischen den Vorschlägen besteht darin, dass beim Kapitalband der Schuldenruf, resp. der Prüfungsbericht vor dem Beschluss der Generalversammlung über die Schaffung des Kapitalbandes zu erfolgen hat, resp. einzuholen ist. Vor der konkreten Herabsetzung des Aktienkapitals sind keine weiteren Schuldenrufe und Prüfungsberichte erforderlich. Anders bei der genehmigten Kapitalherabsetzung. Hier ist ein Schuldenruf, resp. Prüfungsbericht vor jeder Kapitalherabsetzung nötig.

Haltung der Industrie-Holding

Mit der Einführung der Möglichkeit, ein **Kapitalband** zu schaffen, wird den Gesellschaften ein äußerst flexibles Instrument zur Kapitalerhöhung und –herabsetzung zur Verfügung gestellt. Es übertrifft punkto Flexibilität die ebenfalls zur Diskussion gestellte genehmigte Kapitalherabsetzung. Der mit der Variante „Kapitalband“ einhergehende gewisse Systemwechsel bietet aus Sicht der Industrie-Holding keine besondere Schwierigkeiten, und es wird daher **dieser Variante** gegenüber der Variante „genehmigte Kapitalherabsetzung“ klar den **Vorzug gegeben**.

2.3.4 Mindestnennwert „grösser als Null Rappen“ (E-Art. 622 OR)

Der Begleitbericht zum Vorentwurf setzt sich mit der Frage der Einführung der nennwertlosen Aktie (unechte nennwertlose Aktie in Form der Stückaktie) auseinander und kommt zum Schluss, dass die Zulassung einer solchen erhebliche Änderungen im Aktienrecht erforderlich machen würde. Stimmrechtsaktien könnten beispielsweise nicht in der bisherigen Form beibehalten werden. Der **Vorentwurf lehnt daher die Einführung der nennwertlosen Aktie ab** und schlägt als Alternative vor, unter Beibehaltung des bestehenden Nennwertsystems auf die Festsetzung eines gesetzlichen Mindestnennwertes zu verzichten, d.h. gesetzlich lediglich vorzuschreiben, dass der Mindestnennwert „grösser als Null Rappen“ sein muss.

Dem Petitum unserer Mitgliedfirmen nach mehr Flexibilität bei der Ausgestaltung ihrer Kapitalstrukturen wurde mit der Senkung des Aktien-Mindestnennwerts auf einen Rappen bereits früher massgebend Rechnung getragen. Die weitere **Senkung auf einen Mindestnennwert „grösser als Null Rappen“ bringt den Unternehmen weitere Flexibilität**, was wir sehr begrüssen. Dagegen besteht aus Sicht unserer Mitgliedfirmen **kein zusätzliches Bedürfnis nach Einführung der nennwertlosen Aktie**. Wir teilen die Auffassung des Begleitberichts zum Vorentwurf, dass die zu gewärtigen Nachteile bei der Schaffung der nennwertlosen Aktie (nötiger Systemwechsel durch Abkehr vom Nennwertprinzip) gegenüber den kaum bestehenden oder höchstens geringen Vorteile zur Lösung „Mindestnennwert grösser als Null Rappen“ klar überwiegen.

Haltung der Industrie-Holding

Wir sind einverstanden, das Nennwertsystem beizubehalten und **unterstützen den Vorentwurfsvorschlag, den Mindestnennwert auf einen Wert „grösser als Null Rappen“ zu senken**. Für die Einführung einer nennwertlosen Aktie sehen wir zur Zeit keinen Handlungsbedarf.

2.3.5 Abschaffung der Inhaberaktie (u.a. E-Art. 622 OR)

Der **Vorentwurf** schlägt die **Abschaffung der Inhaberaktien** vor. Er führt dazu insbesondere zwei Gründe an: Erstens bestehe heute **kaum mehr ein echtes Bedürfnis** für die Ausgabe von Inhaberaktien, und zweitens sei dem **internationalen Druck** gegen anonyme Beteiligungspapiere, der insbesondere von Seiten der „Groupe d'action financière“ (GAFI / FATF) ausgeht, Rechnung zu tragen.

Wir können **nicht nachvollziehen**, warum der Begleitbericht zum Vorentwurf zur Auffassung gelangt, dass heute kein echtes Bedürfnis nach Inhaberaktien mehr besteht. Der Begleitbericht selber hält fest, dass in der Schweiz nach wie vor ungefähr **30'000 Gesellschaften** über Inhaberaktien verfügen. Unter diesen Gesellschaften befinden sich immerhin auch sechs (Kudelski, Nobel Biocare, Richemont, Roche, Serono und Swatch) der insgesamt 26 SMI-Gesellschaften, d.h. **annähernd ein Viertel der SMI-Gesellschaften**. Allein diese Zahlen belegen, dass ein Bedürfnis nach Inhaberaktien nach wie vor besteht. Die Diskussionen um die Dispoaktien (vgl. vorne, 2.2.6) zeigen im Übrigen, dass offensichtlich ein gewisser Anteil von Aktionären es vorzieht, ihre Identität gegenüber der Gesellschaft verborgen zu halten. Solange es sich um Aktionäre mit Streubesitz handelt, ist dies selbst vor dem Hintergrund der Bestrebungen der GAFI / FATF unproblematisch (der GAFI / FATF geht es lediglich darum, zu verhindern, dass eine Gesellschaft anonym beherrscht werden kann, so hat sie sich beispielsweise auch nie gegen den Inhaber-Partizipationsschein ausgesprochen). Mit Blick auf die auf Diskretion bedachten Aktionäre kann von einem **klaren Marktbedürfnis für Inhaberaktien** gesprochen werden. Die Inhaberaktie erlaubt einerseits die Wahrung der Anonymität des Anteilseigners und ermöglicht diesem dennoch die rasche Wahrnehmung von Mitwirkungsrechten, wenn er dies will. Interessant ist in diesem

Zusammenhang die Feststellung, dass dem **Diskretionsbedürfnis** von Aktionären nicht nur in der Schweiz sondern bspw. **auch in den USA** stattgegeben wird: Aktionäre werden dort üblicherweise nicht direkt im Aktienregister eingetragen, sondern über einen Nominee. Im Falle solcher Nomineeintragungen können die hinter dem Nominee stehenden wirtschaftlich Berechtigten die Offenlegung ihrer Identität gegenüber der Gesellschaft ablehnen (sog. Objecting Beneficial Owners).

Wir halten vor diesem Hintergrund das **Argument, dass kein echtes Bedürfnis für Inhaberaktionen mehr bestehe, für nicht stichhaltig**. Entschieden sind wir aber auch der Ansicht, dass das zweite aufgeführte Argument, die Notwendigkeit dem internationalen Druck Rechnung zu tragen, die Abschaffung der Inhaberaktie nicht rechtfertigt. Die aus folgenden Gründen.

Wie erwähnt, geht es der GAFI / FATF lediglich darum, zu verhindern, dass Gesellschaften anonym beherrscht werden. Dabei hat die Organisation stets – und zu Recht – deutlich gemacht, dass bei börsenkotierten Gesellschaften die Gefahr einer anonymen Beherrschung schon nur wegen der börsengesetzlichen Offenlegungspflichten ausgeschlossen werden kann. Mit anderen Worten: **Zu keinem Zeitpunkt hat die GAFI / FATG je Massnahmen in Bezug auf Inhaberaktionen von börsenkotierten Gesellschaften gefordert**. Warum mit dem Argument „internationaler Druck“ daher die Abschaffung aller Inhaberaktien vorgeschlagen wird, ist uns unverständlich.

Wir sind überdies der Ansicht, dass den Bedenken der GAFI / FATF auch anders begegnet werden könnte, als mit der Abschaffung des Instituts „Inhaberaktie“. In diesem Zusammenhang möchten wir darauf hinweisen, dass **namhafte europ. Staaten wie Frankreich oder Deutschland an der Inhaberaktie festgehalten** haben und den Bedenken der GAFI / FATF durch gesetzliche Vorkehren zur Erhöhung der Transparenz betr. die Inhaberaktionäre begegnet sind. Auch in der Schweiz sind solche Massnahmen denkbar. So könnte die **Wahrnehmung der Mitwirkungsrechte der Inhaberaktionäre an die Offenlegung ihrer Identität geknüpft** und die Gesellschaften zu einer Aufbewahrung der entsprechenden Informationen verpflichtet werden.

Art. 698a Abs. 2 wäre in diesem Fall wie folgt anzupassen:

Die Mitgliedschaftsrechte aus Inhaberaktien kann ausüben, wer sich als Besitzer ausweist, indem er die Aktien vorlegt und der Gesellschaft Namen und Adressen bekannt gibt. Der Verwaltungsrat kann eine andere Art des Besitzesausweises anordnen.

In **Art. 698a Abs. 3** liesse sich eine zusätzliche Pflicht zur Vorlage eines Ausweises für Aktionäre mit wesentlichen Beteiligungen stipulieren:

Wer als Besitzer von Inhaberaktien allein oder im Verbund mit Dritten Mitgliedschaftsrechte von mindestens 10% aller Stimmrechte ausüben will, muss sich an der Generalversammlung durch einen amtlichen Ausweis ausweisen, sowie schriftlich folgende Angaben machen:

1. Name und Adresse.
2. Anzahl der insgesamt kontrollierten Stimmrechte.
3. Bei Handeln in gemeinsamer Absprache mit Dritten oder in Vertretung Dritter, die Art der Absprache sowie die Namen und Adressen der an ihr beteiligten oder vertretenen Personen.

Bezügl. der Aufbewahrung der entsprechenden Unterlagen könnte Art. 702 Abs. 4 angepasst werden:

Der Verwaltungsrat bewahrt die Protokolle sowie weitere zur Wahrnehmung der Stimmrechte gemachte Angaben während zehn Jahren am Sitz der Gesellschaft auf.

Mit solchen Anpassungen der gesetzlichen Regelung der Inhaberaktie müssen die Vorbehalte der GAFI / FATF ausgeräumt werden können. **Weitergehende Zugeständnisse sehen wir nicht.** Wir würden es auch als politisch unklug taxieren, der GAFI / FATF gegenüber weiteres Entgegenkommen zu signalisieren. Die Erfahrung lehrt, dass Entgegenkommen zu signalisieren meistens nichts anderes zur Folge hat, als neue Begehrlichkeiten zu wecken. Unsere harte Haltung in dieser Frage wird unseres Wissens von allen massgeblichen Bereichen der Wirtschaft geteilt.

Haltung der Industrie-Holding

Es ist nach wie vor ein **klares Bedürfnis für Inhaberaktien gegeben.** Dies zeigt bereits die Anzahl der Schweizer Gesellschaften, die solche Titel verwendet, aber auch die Tatsache, dass andere Länder (Deutschland, Frankreich) weiterhin an der Inhaberaktie festhalten. Der internationale Druck darf keine Legitimation für die Abschaffung der Inhaberaktie sein. Zum einen **erwarten wir hier vom Bundesrat** gegenüber den entsprechenden ausländischen Kreisen die gleiche **Standfestigkeit** wie auch in anderen unter Druck gekommenen Bereichen. Zum anderen gilt es klar festzuhalten, dass selbst die GAFI / FATF nie die Abschaffung *aller* Inhaberaktien verlangt hat. Dem Vorentwurf zu folgen, würde daher die **Gestaltungsfreiheit der Unternehmen unnötig und unverhältnismässig einschränken.** Vor diesem Hintergrund **lehnen wir die Abschaffung der Inhaberaktie klar ab.** **Eventualiter** wären wir mit einer Anpassung der gesetzlichen Regelung zur Inhaberaktie einverstanden, mit dem Ziel, die Transparenz bezügl. Inhaberaktionären, die Stimmrechte in einem wesentlichen Umfang ausüben, zu erhöhen.

2.3.6 Stärkung des Partizipationsscheins (E-Art. 656a OR)

Der Vorentwurf schlägt vor, die gemäss Art. 656b Abs. 1 OR bestehende Obergrenze des Partizipationskapitals (nicht mehr als das Doppelte des Aktienkapitals) zu streichen. Damit soll den Gesellschaften mehr Spielraum bei der Ausgestaltung ihrer Kapitalstrukturen gegeben werden.

Haltung der Industrie-Holding

Wir **unterstützen** die Streichung von Art. 656b Abs. 1 OR und damit **den Wegfall der Begrenzung des Verhältnisses von Aktien- und Partizipationskapital.** Es resultiert daraus eine willkommene zusätzliche Flexibilität für die Gesellschaften bei der Ausgestaltung ihrer Kapitalstrukturen.

C. Zusätzlicher Revisionsbedarf

Wie wir bereits einleitend erwähnt haben, erachten wir den Vorentwurf in verschiedener Hinsicht als **nicht zukunftsweisend genug.** Zum einen gilt dies mit Bezug auf die dem Vorentwurf nach wie vor zugrunde liegende „**Landsgemeinde-Konzeption**“ der **Generalversammlung.** Die Entscheidfindung erfolgt in grossen Aktiengesellschaften nicht an der Generalversammlung selber, sondern im Vorfeld dazu. Entsprechend nehmen die institutionellen Investoren, die in diesen Gesellschaften über die entscheidende Stimmkraft verfügen, auch selten selber an der Generalversammlung teil, sondern lassen sich vertreten. Wenn sich der Schwerpunkt der **Aktionärsbeschlüsse** derart klar **in die Zeit vor der Generalversammlung verschoben** hat, muss sich dies auch in der Ausgestaltung des Aktienrechts niederschlagen. Darauf geht der Vorentwurf leider nicht ein (vgl. dazu auch Prof. Karl Hofstetter, „Moderne Spielregeln für die Aktionärsdemokratie“ NZZ 2006, Nr. 99. S. 33).

Mit Blick auf ein zukunftsgerichtetes Aktienrecht sollte generell abgeklärt werden, in welchen Bereichen den Unternehmen mehr Gestaltungsspielraum eingeräumt werden kann. Beispielsweise kennen das US-amerikanische und zum Teil auch das UK Recht Kapitalinstrumente wie die „**preferred shares**“, die den Unternehmen **weit mehr Gestaltungsfreiheit** belassen als die ihnen unter geltendem Recht (unter Einbezug der Vorschläge des Vorentwurfs) zur Verfügung stehenden Instrumente. Mehr Gestaltungsspielraum bedeutet für die Unternehmen, sich optimaler nach den Bedürfnissen des Marktes ausrichten zu können und heißt damit auch, über eine bessere Ausgangsposition zu verfügen, um im internationalen Wettbewerb bestehen zu können.

Haltung der Industrie-Holding

Wir beantragen dass eine **Expertengruppe** eingesetzt wird, um abzuklären, ob zusätzlicher Handlungsbedarf besteht, zur Schaffung eines zukunftsgerichteten Aktienrechts (realitätsgerechten Generalversammlungskonzeption, maximaler Gestaltungsfreiheit für die Unternehmen).

Teil II: Rechnungslegungsrecht E-Art. 957 ff. OR

A. Grundsätzliche Beurteilung

Der Vorentwurf enthält insgesamt derart viele Bestimmungen, welche seitens der Unternehmen als problematisch beurteilt werden, dass wir für eine **grundlegende Überarbeitung** des Vorentwurfs plädieren.

Vereinfachungen für Schweizer Konzerngesellschaften notwendig

Der rechtsformunabhängige und modulare Aufbau des Entwurfs des Rechnungslegungsrechts wird zwar begrüßt, die Differenzierung der Anforderungen nur nach Grössenkriterien führt jedoch zu schwerwiegenden Folgen für die Unternehmen. Bei der angestrebten Modernisierung des Schweizer Rechnungslegungsrechts sollte nicht wie vorgeschlagen alleine die Grösse, sondern primär die **wirtschaftliche Relevanz** der gesetzlich verlangten Informationen massgeblich sein.

Angaben über die wirtschaftliche Lage eines Unternehmens (inkl. Geldflussrechnung), die Corporate Governance, die Risiken oder die Lagebeurteilung sollen nur dort neu verlangt werden, wo ein weit verbreitetes **Malaise** besteht oder **Aktionärsinteressen** zusätzlich geschützt werden müssen. Der stark ausgeweitete Anhang enthält neu umfangreiche Angaben aus dem Bereich der Corporate Governance. Diese werden auch bei Unternehmen verlangt, in denen gar kein Principal-Agent Problem besteht (z.B. Personalunion zwischen Besitz und Unternehmensführung oder Konzerngesellschaft). Das Gesetz sollte nur dort Regeln der Corporate Governance vorsehen, wo Principal-Agent Situationen bestehen und ein Regelungsbedarf nachgewiesen ist.

Überall dort wo eine natürliche oder juristische Person ein Unternehmen zu 100 Prozent besitzt, bringt der vorgeschlagene Ausbau der Unternehmenstransparenz keine Vorteile. Es würde lediglich eine mit grossem Aufwand verbundene Erstellung von Zahlenwerken und Anhängen verlangt, die dem alleinigen Aktionär jedoch keinen entsprechenden Nutzen bringen würde, da dieser bereits Zugang zu sämtlichen Informationen hat. Dies betrifft **KMU** ebenso wie **Schweizer Konzerngesellschaften**, die sich im Besitz einer einzigen natürlichen respektive juristischen Person befinden. Im Grundsatz sollten Schweizer Konzerngesellschaften nur einen reduzierten Einzelabschluss nach OR vorlegen müssen. Diese Forderung hat die Wirtschaft bereits bei der Vernehmlassung zum Entwurf des Rechnungslegungsgesetzes (RRG) im Jahr 1998 gestellt. Der Begleitbericht erklärt nicht, warum diese wichtige Forderung der Wirtschaft nicht aufgenommen wurde.

Die Industrie-Holding verlangt daher **zusätzliche Kriterien**, um eine unnötige und wirtschaftlich sinnlose **Mehrbelastung** von Unternehmen, die sich im Besitz einer einzigen Person befinden, auszuschliessen. Solche Kriterien sollten die Besitzverhältnisse berücksichtigen. Zusätzlich sollten Opting-out Klauseln eingeführt werden (vgl. Ausführungen zu E-Art. 961 OR). Ohne die verlangte Anpassung des Vorentwurfs würden dem Schweizer Wirtschaftsstandort sinnlose Mehrkosten aufgebürdet werden, welche der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Unternehmen abträglich wären.

Unausgereifte Teilbereiche des Vorentwurfs

Wichtige Teilbereiche des Vorentwurfs sind sachlich unausgereift und sollten vollständig überarbeitet werden.

- Die Verbesserung der Unternehmenstransparenz stellt hohe Anforderungen an die Unternehmen. Angesichts der mit IFRS und US GAAP gemachten Erfahrungen stellt sich die Frage, ob die **offenen Formulierungen** des Vorentwurfs in sehr komplexen Gebieten ausreichend klar sind. Der entstehende Interpretationsspielraum würde zwar den Unternehmen eine praxisgerechte Umsetzung erlauben, gleichzeitig aber, mangels klarer Wegleitungen, die Vergleichbarkeit der Jahresabschlüsse beeinträchtigen und die Rechtssicherheit in einem klagefreudigen Umfeld reduzieren. Der Gesetzgeber hat sich daher beim Abschluss nach Obligationenrecht auf die Kernbereiche Bilanz und Erfolgsrechnung sowie einen klar definierten Anhang zu beschränken. Auf weitergehende, offen formulierte Pflichten ist aus Gründen der **Rechtssicherheit** zu verzichten.
- Aussagen über die **Zukunftsauaussichten** eines Unternehmens sind in einem Umfeld, das durch eine zunehmende Klagefreudigkeit gekennzeichnet ist, im Gesetz nicht zu verlangen.
- Die vorgeschlagene Regelung des Verhältnisses zwischen **Handels- und Steuerrecht** wird abgelehnt. Die Folgen einer umgekehrten Massgeblichkeit des Steuerrechts in Kernbereichen der Unternehmensbewertung und Gewinnermittlung sind zu gravierend. Diese Fragestellung wird in **Teil III** dieser Vernehmlassung näher beschrieben.
- Den KMU, welche die 10-20-50 Schwelle überschreiten, werden neue Pflichten auferlegt, die viel zu weit gehen. Der Begleitbericht erbringt keinen Nachweis, dass den entstehenden Kosten ein entsprechender Zusatznutzen gegenüber steht. Dies bezieht sich auf Punkte wie die Geldflussrechnung, den Anhang oder den Konzernabschluss von Kleinstkonzernen.

B. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen des Entwurfs

Kapitalreserve (E-Art. 671 OR)

Die vorgesehene Zuweisung des gesamten **Agios** zur Kapitalreserve stellt eine relativ grosse Einschränkung der Mittelverwendung dar. Dadurch würde die Kapitalaufnahme über die Emission von neuem Aktienkapital weniger attraktiv, da das Agio der Kapitalreserve zugewiesen werden muss. Dies hätte u. a. zur Folge, dass „buy-backs“ im Zusammenhang mit Börsenkotierungen verunmöglich würden. Dieser sicher unerwünschte Nebeneffekt des vorgeschlagenen Einfringers des Agios würde sich beispielsweise bei „Spin-offs“ mit anschliessender Kotierung sehr negativ auswirken. Der Begleitbericht legt zuwenig dar, warum eine derart starke Einschränkung notwendig ist.

Um diese Problematik zu entschärfen sollte die über das Agio zu äufnende Kapitalreserve gänzlich abgeschafft oder zumindest nach oben limitiert werden.

Konzernrevisor (Art. 727 und E-728a,b OR)

Gemäss Art. 728a OR hat die Revisionsstelle neu die Jahresrechnung, nicht jedoch eine allfällige Konzernrechnung zu prüfen. Dadurch muss auch Art. 727 OR entsprechend angepasst werden. Der Begleitbericht erläutert zudem nicht, warum die mit dem Revisionsgesetz neu eingeführte Einheit des Revisorats von Jahresrechnung und Konzernrechnung wiederum aufgelöst wird und nun wahlweise die Konzernrechnung auch von einer weiteren Revisionsstelle im Auftragsverhältnis geprüft werden kann. Aus Sicht der Aktionäre ist primär der Konzernabschluss relevant (s. auch Anmerkungen zu Art. 962a OR). Dieser Punkt ist einer **weiteren Abklärung** zu unterziehen.

Unterzeichnung des Geschäftsberichts (E-Art. 958 Abs. 3 OR)

Dieser Artikel verlangt die Unterschrift des Geschäftsberichts durch den Vorsitzenden des obersten Verwaltungsorgans und die im Unternehmen für die Rechnungslegung zuständige Person. Das geltende Recht sieht in Art. 961 OR bei einer Aktiengesellschaft vor, dass diese Unterschrift von „der mit der Geschäftsführung betrauten Person“ zu leisten sei (d.h. durch den CEO). Gemäss Begleitbericht wird die Verantwortlichkeit im Sinne von Art. 716a Abs. 1 Ziff 6 OR durch diese für den Verwaltungsratspräsidenten und den CFO neu eingeführte Unterschriftenpflicht nicht geändert (s. Begleitbericht S. 99). Wenn der Gesetzgeber an der **Verantwortlichkeit** nichts ändern will, so stellt sich die Frage, was mit der vorgeschlagenen Änderung bezweckt werden soll.

Währung (E-Art. 958c Abs. 3 OR)

Der Entwurf schreibt für die Handelsbilanz sowohl die Erstellung in der Landeswährung als auch die zu benutzende Sprache (D, F, I, E) vor. Erstens ist auf eine Einschränkung der Berichtswährung zu verzichten, da es oft vorkommt, dass die funktionale Währung eines Unternehmens nicht der Schweizer Franken, sondern bspw. der Euro ist, wenn eine Handelsgesellschaft vorwiegend in Euro importiert und dann in verschiedenen Währungen exportiert. Eine Einschränkung auf Schweizer Franken führt zu einer ungewollten **Verzerrung**.

Zweitens sollte klargestellt werden, inwiefern die Regelung betr. Sprache resp. Darstellungswährung auch für die anderen Abschlüsse (Konzernabschluss sowie "Regelwerk"-Abschluss) gilt. Auch für diese Abschlüsse sollte Englisch zugelassen sein. In Bezug auf die Darstellungswährung sollte keine Einschränkung auf Schweizer Franken eingeführt werden, und zwar aus denselben Gründen wie bei der Handelsbilanz. Beim Konzernabschluss entspricht der Entwurf auch nicht der heutigen Praxis. Mehrere Schweizer Unternehmen schliessen ihre Konzernrechnung in einer Fremdwährung ab - z. B. weil sich die Mehrheit ihrer Aktionäre in den USA befinden - und diese Praxis sollte auch weiterhin möglich sein.

Optionen (E-Art. 959b Abs. 4 OR)

Dieser Absatz ist unvollständig. So ist zu überdenken, warum die Zuteilung von Optionen, nicht aber die von **Aktien** ausgewiesen werden muss.

Börsenkotierung (E-Art. 958d Abs. 2 Ziff. 2 OR)

Hier ist die Formulierung „an der Börse kotiert“ zu konkretisieren. Ist eine Schweizer Börse gemeint (SWX; Berner Börse) oder sind auch Kotierungen an ausländischen Börsen einbezogen?

Konsolidierungskreis (E-Art. 959c Abs. 2, Ziff. 3 OR)

Bei der Auflistung sämtlicher Unternehmen, an denen direkte oder indirekte Beteiligungen gehalten werden, sollte eine **explizite Wesentlichkeitsklausel** eingeführt werden. Ansonsten müssten grössere Unternehmen eine sehr lange Liste publizieren, die für die Nutzer des Jahresberichts nur von geringem Nutzen wäre.

Abnahme- und Liefervorpflichtungen (E-Art. 959c Abs. 2, Ziff. 8 OR)

Diese Ziffer geht über IFRS (IAS 39.5) und weitere international anerkannte Rechnungslegungswerke hinaus, welche die Publikation von **Abnahme- und Liefervorpflichtungen** nicht verlangen.

Aussergewöhnliche Risiken (E-Art. 959c Abs. 2, Ziff. 9 OR)

Die im Anhang vorgesehene Erläuterung aussergewöhnlicher Risiken geht sehr weit und ist in einem Umfeld erhöhter **Klagefreudigkeit** an den internationalen Finanzmärkten nicht vertretbar. Bei jedem erdenklichen Problem eines Unternehmens könnte dieses verklagt werden, wenn ein entsprechendes Risiko zwar bestand, aber im Anhang nicht oder nicht ausreichend erläutert worden ist. Ein derart ausgestaltetes Riskreporting würde die Rechtssicherheit für die Unternehmen reduzieren und würde weitergehen als die international anerkannten Rechnungslegungswerke IFRS und US GAAP.

Rücktritt der Revisionsstelle (E-Art. 959c Abs. 2, Ziff. 12 OR)

Die Angabe der „Gründe, die zum vorzeitigen Rücktritt der Revisionsstelle geführt haben“ ist dort von Belang, wo eine Principal-Agent Situation besteht. Bei KMU und Tochtergesellschaften von Konzernen, die keine Principal-Agent Situation aufweisen, geht eine solche Verpflichtung zu weit. Diese Art von Bestimmungen, die aus börsenrechtlichen Bestimmungen der Corporate Governance stammen, sollten nicht flächendeckend auf alle Unternehmen ausgedehnt werden.

Auflösung von Abschreibungen und Wertberichtigungen (E-Art. 960a Abs. 5 OR)

Bei der Auflösung nicht mehr begründeter Abschreibungen und Wertberichtigungen in der Erfolgsrechnung oder im Anhang besteht ein Widerspruch zum Text des Begleitberichts, welcher eine erfolgswirksame Auflösung stipuliert. Grundsätzlich erfolgt eine buchhalterische Auflösung über die Erfolgsrechnung. Der Gesetzestext sollte hier **klarer** ausformuliert werden.

Bewertung von Forderungen (E-Art 960b Abs. 2, Ziff. 1 OR)

Forderungen, welche einen Börsenkurs aufweisen, sollten bei der Erstverbuchung nicht wie vorgeschlagen zum Nennwert, sondern zum **Kaufpreis** erfasst werden. Die Verbuchung zum Kaufpreis würde internationalen Gepflogenheiten entsprechen.

Verhältnis zu Steuern (E-Art. 960ff. OR)

Zum Verhältnis zwischen Steuern und handelsrechtlichem Abschluss nach OR wird auf Teil III dieses Schreibens verwiesen.

Rückstellungen (E-Art. 960 Abs. 2 OR)

Die in Art. 960 Abs. 2 verbotene Bildung gewillkürter Reserven ist aus **steuerrechtlichen Gründen** zu streichen (vgl. Teil III).

Anhang (E-Art. 961 OR)

Dieser Artikel führt in Abs. 2 Ziff. 2 ff. zusätzliche „Corporate Governance“ Angaben ein. Bei kottierte Gesellschaften oder bei grösseren Unternehmen mit breit gestreutem Aktionariat mag dies zu unterstützen sein. Aber nicht jedes Unternehmen, welches per legem aufgrund seiner Grösse eine ordentliche Revision machen muss, weist eine Principal-Agent Konstellation auf. Als ein Beispiel sei hier ein grösseres Unternehmen genannt, dass sich im Besitz einer natürlichen Person befindet, die gleichzeitig das Verwaltungsratspräsidium oder die oberste operative Geschäftsleitung ausübt. Ein anderes Beispiel ist ein Schweizer Unternehmen, das im vollständigen Besitz eines in- oder ausländischen **Konzerns** ist. Bei solchen Unternehmen sind die in E-Art. 961 OR verlangten Angaben obsolet, und den absehbaren Kosten bei der Erstellung und Revision steht kein schützenswertes Rechtsgut gegenüber. Zur Lösung dieser unbefriedigenden Situation sollten zwei Alternativen untersucht werden. Eine Alternative würde spezifische Kriterien vorsehen, bei deren Erfüllung Corporate Governance Angaben vorgeschrieben werden (z. B. breit **gestreutes Aktionariat** ohne eigene Vertretung im Verwaltungsrat). Die zweite Alternative würde den Aktionären ein **Opting out** einräumen, wobei das Quorum relativ hoch angesetzt werden kann (z.B. 90 Prozent der Stimmen).

Lagebericht (E-Art. 961b Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 1-4 OR)

Abs. 1 ist zu offen formuliert und verlangt Aussagen über den Geschäftsverlauf und die wirtschaftliche Lage, die über die Jahresrechnung hinausgehen. Eine derart offene Formulierung führt zu einem zu **grossen Interpretationsspielraum** und reduziert die Rechtssicherheit für die Unternehmen. Die international anerkannten Rechnungslegungswerke haben auf dem Gebiet der Management Discussion and Analysis (MDA) bereits klare Vorgaben (US GAAP) oder sind daran, solche zu entwickeln (IFRS). Eine MDA ist bei Anwendern von Rechnungslegungswerken akzeptierbar, sollte jedoch bei Abschlüssen nach OR nicht vorgeschrieben werden.

Der Lagebericht ist gemäss E-Art. 961b Abs. 2 Ziff. 1 und 2 OR zu stark auf Unternehmen des **sekundären Sektors** ausgerichtet und wird daher den Unternehmen aus dem Dienstleistungssektor nicht gerecht.

Der Lagebericht sieht zudem die Bekanntgabe der „Zukunftsauaussichten“ des Unternehmens vor. Eine derart offen formulierte Bekanntgabe dürfte für die Unternehmen in einem Umfeld zunehmender Klagefreudigkeit zu einem beträchtlichen **Prozessrisiko** führen.

Rechnungslegung von Vereinen und Stiftungen (E-Art. 962 Abs. 1 Ziff. 3 OR)

Es ist nicht ersichtlich, warum **Vereine und Stiftungen** (z. B. Pensionskassen), die aufgrund ihrer Grösse einer ordentlichen Revision unterliegen, ein international anerkanntes Rechnungslegungswerk anwenden müssen. Im Begleitbericht wird dies nirgends ausreichend begründet.

Antrag zur Anwendung eines Regelwerks (E-Art. 962 Abs. 2 OR)

Gesellschafter, die 10 Prozent des Grundkapitals vertreten, sollen gemäss Entwurf die dauerhafte Einführung eines Regelwerkes verlangen können. Die Botschaft bezeichnet diese Möglichkeit als „minimales Fairplay“ gegenüber den Minderheitsaktionären (Botschaft S. 111). Die dauerhafte Einführung eines Abschlusses nach einem Regelwerk wie US GAAP oder IFRS und dessen Revision sind jedoch mit **hohen, wiederkehrenden Kosten** verbunden. Die Botschaft lässt nun völlig offen, warum ein, nota bene wesentlich aussagekräftigerer Geschäftsbericht nach künftigem OR den Interessen der Minderheitsaktionäre ungenügend Rechnung trägt im Sinne einer „unfairen Situation“. Ziel der weitgehenden Erhöhung der Unternehmenstransparenz im Rahmen des revidierten OR ist ja gerade die **verbesserte Information** der Aktionäre. Dieser Passus ist daher zu streichen. Bereits heute besteht das Recht auf Sonderprüfung und dieses Instrument, dessen Einsatz gemäss vorliegendem Entwurf stark vereinfacht werden soll, stellt den geeigneten Ansatz dar.

Abstimmung über Konzernabschluss (E-Art. 962a Abs. 3 OR)

Der Begleitbericht erläutert die Gründe nicht, warum über den Konzernabschluss im Gegensatz zum Geschäftsbericht künftig nicht abgestimmt werden soll. Die Reputation der Schweizer Unternehmen würde sicher nicht gefördert, wenn über die Konzernrechnung nicht abgestimmt würde und infolgedessen an der Generalversammlung auch keine Fragen zum Konzernabschluss gestellt werden können. In einer Abwägung wäre es aus Sicht der Unternehmen vorzuziehen, die Konzernrechnung weiterhin einer Genehmigung durch die Aktionäre zu unterziehen.

Konzernrechnung (E-Art. 963 OR)

Die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung unabhängig von der Grösse der Unternehmensgrösse ist an sich bereits eine **starke Verschärfung** gegenüber der heutigen Bestimmung, welche einen Schwellenwert enthält (10 Mio. Bilanzsumme, 20 Mio. Umsatz, 200 Mitarbeiter, 663e OR). Zusätzlich verlangt der Entwurf gemäss Art. 963c OR die Konzernkonsolidierung nach **Regelwerk**. Diese Regelung würde für den KMU-Bereich zu hohen Zusatzkosten bei der Erstellung und Revision des Konzernabschlusses führen. Der Gesetzgeber sollte sich darauf beschränken, Regelwerke für kotierte Gesellschaften zu verlangen. Eine Konzernkonsolidierung

nach Obligationenrecht sollte zudem nur für grosse KMU verlangt werden. Demzufolge wäre eine entsprechende Anpassung des heutigen Schwellenwerts vorzunehmen. Wir schlagen einen **Schwellenwert** in der Grössenordnung von **40-80-200 (Bilanz, Umsatz, Mitarbeiter)** vor.

Unterkonzern: Kontrollkonzept und Konzernrechnung (E-Art. 963a Abs. 1 und 2 OR)

Die Formulierung „Gehört eine juristische Person zu einer Gruppe...“ stimmt nicht mit den anderen Artikeln überein, welche vom Begriff der „Kontrolle“ ausgehen. Dies sollte geändert werden.

Art. 963 Abs. 2 OR verlangt, dass bei Verzicht einer „Konzernrechnung für den Unterkonzern“ die Konzernrechnung der Gruppe nach den Vorschriften für die Jahresrechnung offen gelegt werden muss. Bei dieser Regelung ist unklar, ob sie sich auch um Unterkonzerne handelt, die sich im **vollständigen Besitz** einer Konzerngruppe befindet. In diesem Fall wäre eine Konzernrechnung des Unterkonzerns sinnlos, da die Konzerngruppe als Ganzes eine konsolidierte Konzernrechnung erstellt und keine konzernfremden Minderheitsaktionäre des Unterkonzerns bestehen. Die Industrie-Holding verlangt daher, dass für Unterkonzerne im vollständigen Besitz einer Konzerngruppe **keine Konzernrechnung** erstellt werden muss.

Konsolidierungskreis: Absehbare Aufgabe der Kontrolle (E-Art. 963b Abs. 1, Ziff. 1 und 2 OR)

Ziffer 1 sieht vor, dass Konzerngesellschaften, die höchstens noch zwei Jahre kontrolliert werden, nicht konsolidiert werden müssen. Diese Bestimmung widerspricht IFRS 5, wo die Frist höchstens ein Jahr beträgt. Auch bei Ziffer 2 besteht ein Widerspruch zu IFRS. Ziffer 2 sieht dann keine Konsolidierungspflicht vor, wenn der Mitteltransfer an die Muttergesellschaft erheblichen Beschränkungen unterworfen ist. IAS/IFRS ist in diesem Bereich weniger strikt, da unter gewissen Bedingungen gemäss IAS 36 eine Wertanpassung bei gleichzeitiger Konsolidierung erfolgt.

In der Schweiz sollten **keine Spezialregelungen** im kritischen Bereich der Konsolidierungspflicht aufgestellt werden, die in Konflikt mit international anerkannten Rechnungslegungswerken geraten können. Um dies zu verhindern, sollte klar gestellt werden, dass bei der Anwendung eines **international anerkannten Rechnungslegungswerks** dessen Vorschriften bei der Festlegung des Konsolidierungskreises **ausschlaggebend** sind.

Teil III: Verknüpfung der Rechnungslegung mit dem Steuerrecht

Verhältnis zum Steuerrecht: insb. E-Art. 960f OR

A. Zusammenfassende Beurteilung

Wir lehnen die vorgeschlagene Regelung im E-Art. 960f OR ab. Sie bezweckt, die bisherigen liberalen handelsrechtlichen Bestimmungen im Bereich der Bildung und Beibehaltung von „stilen“ Reserven im Einzelabschluss zuzulassen, solange diese auch steuerrechtlich geduldet werden. Die vorgeschlagene formelle Verknüpfung der beiden Rechtsgebiete führt im Handelsrecht und im Steuerrecht zu neuen Problemen. Aus Sicht der Unternehmen hätte sie u.a. **folgende unerwünschte Folgen**.

- Der handelsrechtliche Einzelabschluss würde durch steuerrechtliche Regeln und insbesondere die Praxis der Steuerbehörden beeinflusst. Dies führt zu einer problematischen Vermischung der im jeweiligen Rechtsgebiet geltenden Prinzipien und Regeln (öffentliches Recht / Privatrecht).
- Der handelsrechtliche Abschluss wäre nicht mehr periodengerecht, wenn eine strittige Gewinnaufrechnung erst in einem späteren Geschäftsjahr (Rechtskraft der Steuerveranlagung) handelsrechtlich verbucht werden müsste.
- Aufgrund einer in einem späteren Geschäftsjahr rechtskräftigen steuerlichen Aufrechnung würde auch der gemäss handelsrechtlichem Abschluss ausschüttbare Gewinn höher ausgewiesen als er in jenem Jahr effektiv wäre.
- Der handelsrechtliche Abschluss müsste bezüglich der Bildung und Auflösung von Reserven neu auf die Kompatibilität mit dem Steuerrecht geprüft werden, was zu Rechtsunsicherheiten und zu einem erhöhten Prüfaufwand führen würde.
- Es bestünde die Gefahr, dass bisherige kantonale Unterschiede im Bereich der Bildung und Auflösung von Reserven wegen dem Grundsatz der Einheit des Handelsrechts über kurz oder lang eingeschränkt werden müssten.
- Mit dem Verlust von steuerlichen Freiräumen in dem in der Praxis wichtigen Bereich der Bildung und Auflösung von Reserven verlöre die Schweiz einen wichtigen Standortvorteil.

Wir lehnen auch das im E-Art. 960 Abs. 2 OR postulierte **Verbot von gewillkürten Reserven** ab, da es im Widerspruch zu den Bestimmungen von E-Art. 960a Abs. 5 und E-Art. 960e Abs. 4 OR steht (keine Verpflichtung zur Auflösung von nicht mehr begründeten Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen).

Hinsichtlich der Steuern ergäbe sich daraus eine **klare Verschlechterung**, die von den Unternehmen nicht akzeptiert werden könnte. Mit einem solchen Verbot wären auch bisher von den Steuerbehörden zugelassene Praktiken, wie der „Warendritt“ oder pauschale Debitorenrück-

stellungen nicht mehr zulässig, da die handelsrechtlichen Vorschriften aufgrund der Massgeblichkeit des Handelsrechts (hier insb. E-Art. 960 Abs. 2 OR) vorgehen würden.

B. Begründungen für unsere Haltung

1. Bisher: Formelle Massgeblichkeit des Handelsrechts

Nach bisherigem Recht bildet das handelsrechtliche Ergebnis (Erfolgsrechnung, Art. 58 Abs. 1 Bst. a DBG bzw. Art. 24 Abs. 1 StHG) den Ausgangspunkt für die Steuerbemessung. Das handelsrechtliche Ergebnis wird sodann zur Bestimmung des steuerlich massgebenden Gewinns aufgrund der steuerrechtlichen Bestimmungen korrigiert (Art. 58 Abs. 1 DBG). Auf den handelsrechtlichen Abschluss hat dies aber keinen Einfluss. Es gilt der Grundsatz der formellen Massgeblichkeit des Handelsrechts.

2. Vorschlag gemäss E-Art. 960f OR:

Rechtliche umgekehrte Massgeblichkeit bzgl. Auflösung von Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen

Nach dem Vorentwurf sollen **Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen**, die steuerlich nicht mehr zulässig sind, erfolgsneutral aufgelöst werden. Die Auflösung müsste im Anhang als Gesamtbetrag ausgewiesen werden. Die Korrektur hätte jedoch erst im Geschäftsjahr, in dem die steuerliche Veranlagung rechtskräftig geworden ist, zu erfolgen.

Es handelt sich beim vorgeschlagenen E-Art. 960f um eine sog. **Öffnungsklausel**, mit der steuerrechtlichen Regeln Eingang ins Handelsrecht gewährt werden soll (rechtliche umgekehrte Massgeblichkeit).

3. Auswirkungen der vorgeschlagenen Neuregelungen

3.1 Handelsrecht

Die in der Bilanz enthaltenen „Reserven“ müssten bei den betroffenen Aktiven und Verbindlichkeiten aufgelöst werden. Dies soll gemäss dem Begleitbericht zum Vorentwurf „**erfolgsneutral**“ erfolgen. Unseres Erachtens kann „erfolgsneutral“ in diesem Fall nur bedeuten, dass die Korrektur über die Bilanz und nicht über die Erfolgsrechnung vorgenommen werden müsste. Um den korrigierten Betrag weiterhin als Gewinn ausschütten zu können, müsste er der Gewinnreserven zugewiesen werden.

3.2 Steuerrecht

Bei den **Gewinnsteuern** ergäben sich unmittelbar aus dem E-Art. 960f keine Änderungen, da steuerliche Aufrechnungen gleich wie heute möglich wären. Während Wertberichtigungen und Rückstellungen im Steuerrecht bei jeder Veranlagung überprüft und korrigiert werden können, wenn sie steuerlich nicht mehr gerechtfertigt sind, ist eine Rückgängigmachung von Abschreibungen nur dort möglich, wo das Steuerrecht dies ausdrücklich vorsieht (z.B. Rückgängigmachung von Abschreibungen auf Beteiligungen gemäss Art. 62 Abs. 4 DGB).

Für die **Kapitalsteuern** (Kantone) würden nach einer Korrektur die höheren Werte gemäss Handelsbilanz gelten. Wenn eine Aufrechnung angefochten und erst später rechtskräftig wird, erfolgt die steuerliche Korrektur – analog zu derjenigen für die Gewinnsteuer – rückwirkend auf das massgebende Veranlagungsjahr. Im Vergleich zu heute ergäbe sich somit keine steuerliche Verschärfung.

3.3 Offenlegungspflichten

Im Gegensatz zur heutigen Regelung (Art. 663b Ziffer 8, Art. 669 OR) müssten neu alle Gesellschaften den Gesamtbetrag der **aus steuerlichen Gründen** aufgelösten Reserven im Anhang offen legen.

Bei nicht steuerlich bedingten Korrekturen von Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen bestünde ein **Wahlrecht** zwischen der Korrektur über die Erfolgsrechnung **oder** der blossen Offenlegung im Anhang (E-Art. 960a Abs. 5 und 960e Abs. 4). Wenn die Korrektur nur über den Anhang erfolgt, stellt sich die Frage, ob im **Steuerrecht nicht eine entsprechende Korrekturvorschrift** eingefügt werden müsste um sicherzustellen, dass die Auflösung steuerlich erfasst werden kann.

4. Mängel der vorgeschlagenen Lösung gemäss E-Art. 960f OR

4.1 Periodengerechtigkeit der Handelsbilanz ist nicht mehr gewährleistet

Der handelsrechtliche Abschluss soll gemäss dem Vorschlag erst in demjenigen Geschäftsjahr korrigiert werden, in welchen die steuerliche Aufrechnung rechtskräftig würde. Diese anscheinend aus **Gründen der Praktikabilität** vorgeschlagene Lösung kann dazu führen, dass die Bilanzwerte erst in späteren Geschäftsjahren korrigiert werden. Entsprechendes gälte für die ausschüttbaren Gewinne.

Der Betrag der steuerlich rechtskräftigen Korrektur könnte in dieser Situation in den wenigsten Fällen unbesehen für die Anpassung der Bilanzwerte übernommen werden, dürften sich diese doch in der Zwischenzeit ihrerseits wieder verändert haben (weitere Abschreibungen, Notwendigkeit von neuen Wertberichtigungen, Bildung von neuen Rückstellungen). Die entsprechenden Aktiven oder Verbindlichkeiten können zudem gar nicht mehr vorhanden oder beispielsweise auf ein Ersatzobjekt übergegangen sein.

Neben der Verletzung des Grundsatzes der Periodengerechtigkeit ergäben sich somit schwierige **Anwendungsprobleme** im Zusammenhang mit der vorgesehenen „Vereinfachung“.

4.2 Einschränkung von kantonalen Ermessensspielräumen bei der Bildung und Auflösung von „stillen“ Reserven wegen dem Gebot der Einheit des Handelsrechts

Mit der vorgeschlagenen rechtlichen umgekehrten Massgeblichkeit erhalten die Steuerbehörden das Recht zu bestimmen, wie die Bilanz des Einzelabschlusses letztlich aussehen und wie hoch der handelsrechtlich ausschüttbare Gewinn sein soll. Im Vergleich zu heute ist dies eine ganz neue Situation: Die Regeln des Steuerrechts gälten damit auch für das Handelsrecht.

In der Praxis stellen die Veranlagungsbehörden bei Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen stark auf das Handelsrecht ab (Verbuchungsprinzip). Sie akzeptieren dabei verschiedene Lösungen, sofern diese sachgerecht oder aus Gründen der Praktikabilität vertretbar sind. Die Unternehmen haben somit heute eine gewisse **Gestaltungsfreiheit** bei der Verbuchung von Abschreibungen und Wertberichtigungen sowie bei den Rückstellungen.

Unter Berufung auf das Gebot der Einheit des Handelsrechts könnten derartige Unterschiede und Ermessensspielräume der Kantone in Zukunft eingeschränkt werden, was aus Sicht des Unternehmensstandortes nachteilig wäre.

5. Verpflichtung der Revisionsstelle zur Prüfung der Einhaltung der steuerlichen Regelungen

Aufgrund entsprechender Äusserungen von Vertretern der Revisionsbranche wird seitens der Unternehmen befürchtet, dass die **Revisionsstelle** künftig auch die Einhaltung der steuerrechtlichen Regeln in Bezug auf Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen prüfen müssten. Dies wird klar abgelehnt. Die Revisionsstelle dürfte nur prüfen, ob rechtskräftig vorgenommene steuerliche Gewinnaufrechnungen handelsrechtlich korrekt nachvollzogen werden.

6. Verzicht auf die vorgesehene rechtliche Verknüpfung gemäss E-Art. 960f OR, aber Ergänzung der Offenlegungspflichten im Anhang

Wir plädieren aus den genannten Gründen dafür, **auf E-Art. 960f OR zu verzichten**.

Um die Aussagekraft des Einzelabschlusses trotzdem zu erhöhen, könnten allenfalls die Offenlegungspflichten in den E-Art. 960a Abs. 5 und 960e Abs. 4 OR in dem Sinne ergänzt werden, dass auch **steuerlich bedingte Korrekturen im Anhang offen gelegt werden müssten**. Damit könnte die Frage der Weiterführung von geschäftsmässig nicht mehr begründeten Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen entschärft werden, ohne dass die oben aufgezeigten Probleme der rechtlichen umgekehrten Massgeblichkeit aufbrechen würden.

Art. 960a Abs. 5 OR neu wie folgt:

„Werden nicht mehr begründete Abschreibungen und Wertberichtigungen aufgelöst, so muss deren Gesamtbetrag in der Erfolgsrechnung oder im Anhang gesondert ausgewiesen werden. Die Höchstbewertungsvorschriften müssen beachtet werden. Zudem müssen Abschreibungen und Wertberichtigungen, die von den Steuerbehörden nicht anerkannt werden, im Geschäftsjahr, im dem die Veranlagung rechtskräftig wird, als Gesamtbetrag im Anhang offen gelegt werden.“

Art. 960e Abs. 4 OR neu wie folgt:

„Nicht mehr begründete Rückstellungen müssen nicht aufgelöst werden. Erfolgt eine Auflösung, so muss deren Betrag im Anhang oder in der Erfolgsrechnung gesondert ausgewiesen werden, soweit er neu gebildete Rückstellungen übersteigt. Zudem müssen Rückstellungen, die von den Steuerbehörden nicht anerkannt werden, im Geschäftsjahr, im dem die Veranlagung rechtskräftig wird, als Gesamtbetrag im Anhang offen gelegt werden.“

7. Verzicht auf das Verbot von Willkürreserven in E-Art. 960 Abs. 2 OR

Wir lehnen das im E-Art. 960 Abs. 2 OR postulierte **Verbot von gewillkürten Reserven** ab, da es im Widerspruch zu den Bestimmungen von E-Art. 960a Abs. 5 und E-Art. 960e Abs. 4 OR steht (keine Verpflichtung zur Auflösung von nicht mehr begründeten Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen). Die in E-Art. 960 enthaltenen Bewertungsgrundsätze dürfen u.E. nicht durch spezielle Bestimmungen, die diesen klar zuwiderlaufen, aufgehoben werden. Dies würde zu Rechtsunsicherheit und offenen Fragen führen, die von den Gerichten geklärt werden müssten.

Hinsichtlich der **Steuern ergäbe sich daraus eine klare Verschlechterung**, die von den Unternehmen nicht akzeptiert werden könnte. Mit einem solchen Verbot wären auch bisher von den Steuerbehörden zugelassene Praktiken, wie der „Warendritt“ oder pauschale Delkredere-Rückstellungen nicht mehr zulässig, da die handelsrechtlichen Vorschriften aufgrund des Massgeblichkeitsprinzips vorgehen. Das Steuerrecht kennt seinerseits **umfassende Regeln zur Zu-rechnung** von geschäftsmässig nicht begründeten Aufwendungen oder Wertberichtigungen und Rückstellungen (insb. Art. 58 DBG und Art. 24 StHG). Die für die Unternehmen vorteilhaften Ausnahmen sind aber in aller Regel nicht im Gesetz verankert, sondern Praxisanweisungen (z.B. Merkblätter) oder blosse Usanzen (Warendritt, Delkredere-Abzug) der Steuerbehörden. Wenn das Handelsrecht willkürliche Reserven dem Grundsatz nach ausschliesst (wie in E-Art. 960 Abs. 2 OR), könnte dies zu einer erheblichen Verschärfung der Besteuerungsregeln führen. Eine solche Lösung würde die Attraktivität des Steuerstandortes schwächen und wäre aus Sicht der Unternehmen nicht akzeptabel.

Haltung der Industrie-Holding:

- Auf das in E-Art. 960 Abs. 2 OR postulierte Verbot von gewillkürten Reserven ist zu verzichten.
- Ebenfalls zu verzichten ist auf die in E-Art. 960f OR vorgesehene rechtliche umgekehrte Massgeblichkeit (Rückgriff auf das Steuerrecht bzgl. Auflösung von nicht mehr gerechtfertigten Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen).
- Die bisher geltende klare rechtliche Trennung des Handelsrechts vom Steuerrecht ist beizubehalten.
- Der Grundsatz der formellen Massgeblichkeit des handelsrechtlichen Abschlusses soll weiterhin volle Geltung haben.
- Bezuglich der Auflösung von nicht mehr gerechtfertigen Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen soll die bisherige, liberale handelsrechtliche Regelung dem Grundsatz nach beibehalten werden.
- Zu Erhöhung der Transparenz des Einzelabschlusses könnte in E-Art. 960a Abs. 5 und E-Art. 960e Abs. 4 OR (neben den handelsrechtlich begründeten Auflösungen) vorgesehen werden, dass auch steuerlich nicht mehr akzeptierte Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen im Zeitpunkt der rechtskräftigen Veranlagung als Gesamtbetrag im Anhang offen gelegt werden müssten.

Wir danken Ihnen, sehr geehrter Herr Bundesrat, sehr geehrte Damen und Herren, nochmals bestens für die Möglichkeit zur Stellungnahme und verbleiben

Mit freundlichen Grüßen

I N D U S T R I E - H O L D I N G

Sig. Prof. Dr. Karl Hofstetter

Prof. Dr. Karl Hofstetter
Präsidialfirma Schindler Holding AG

Sig. Dr. Peter Baumgartner

Dr. Peter Baumgartner
Geschäftsstelle

**Juristinnen Schweiz – Femmes Juristes Suisse
Giuriste Svizzera – Giuristas Svizra
Women Lawyers Switzerland**

Vernehmlassung

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

1. Vorbemerkung:

Die Stellungnahme der Juristinnen Schweiz beschränkt sich auf drei Teilbereiche der komplexen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, nämlich auf Bemerkungen betreffend Corporate Governance, Bemerkungen zur Vertretung von Frauen im Verwaltungsrat und Bemerkungen zum Art. 725 Abs.1.

2. Grundsätzliche Bemerkung zur Verbesserung der Corporate Governance im vorliegenden Entwurf:

Alles in allem sind die vorgeschlagenen Verbesserungen nicht revolutionär. Vielfach enthalten sie einen Bruchteil der Bestimmungen der Selbstregulierungscodes der Wirtschaft.

Im Rahmen der aktuellen Reform wäre es daher wünschenswert, wenn die zentralen Governance Grundsätze etwas griffiger ausgestaltet und einige der zentralen Bestimmungen der beiden Governance Codes integral in die Aktienrechtsreform einfließen würden.

2.1. Zu den Bestimmungen im Einzelnen

Der Aufbau folgt weitgehend dem Begleitbericht des Vorentwurfs.

Zur Offenlegung der Vergütungen an die Organe

Die Offenlegung von Entschädigungen an die Mitglieder der Geschäftsleitung und des Verwaltungsrats dient zweifelsohne der Transparenz und damit dem Aktionärsinteresse. Die neuen Vorschriften für die börsenkotierten Gesellschaften und die Offenlegung der Vergütung auch

bei privaten Aktiengesellschaften im vorliegenden Entwurf sind grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings hat, wie die Erfahrung zeigt, die Offenlegung der Vergütungen im Sinne einer „proaktiven Verhinderung von Entgleisungen“ (Böckli) ihre Grenzen: auch Manager sind Wölfe, welche ihre eigenen ökonomischen Bedürfnisse vor diejenigen des Aktionärs stellen. Die individuelle Bekanntgabe der Bezüge und der damit verbundene mediale Aufschrei hindert die „Compensation Committees“ weder an der Erhöhung der Bezüge noch an fadenscheinigen Erklärungen, wonach der Markt diese Bezüge geradezu erfordere. Laut Bericht der Zürcher Kantonalbank vom September 2005 zur Corporate Governance von SMI Unternehmen legen 15% die Entlohnung individuell für GL und VR offen. Hingegen werden die angewandten Kriterien zur Leistungsbeurteilung von VR und GL-Mitglieder nach wie vor knapp aufgeführt. Spitzenlöhne und grosszügige Abgangsentschädigungen sind für Investoren jedoch relevant und Lohn- bzw. Entschädigungsentwicklungen sollten für Aktionäre nachvollziehbar sein.

Da davon auszugehen ist, dass die Mehrheit der Unternehmen ihren Managern und Verwaltungsräten adäquate Entschädigungen ausrichtet, kann man sich mit Fug die Frage stellen, warum es der Gesetzgeber auch diesmal unterlässt, wirksame Corporate Governance-Vorschriften zu erlassen, welche nicht die Bekämpfung der Entgleisung zum Gegenstand hat, sondern die Entgleisung von Anfang an verhindert. Darunter fallen primär nicht Offenlegungsbestimmungen über individuelle Bezüge des Managements und des VR, sondern griffige Bestimmungen über die Unabhängigkeit von VR-Mitgliedern, den gänzlichen Ausschluss von Interessenkonflikten im Rahmen der Bestellung der Compensation Committees, die jährliche Leistungsbeurteilungen des VR (Stichwort Qualitätssicherung des VR) sowie die Erfordernis und Offenlegung von Leistungskriterien und damit verbundenen Entschädigungen von Managern und Verwaltungsräten. Nicht in Kenntnis der Höhe der Entschädigungen, sondern in Kenntnis der mangelnden oder schlecht erfüllten Leistungen und der dadurch zu Unrecht bezogenen Bezüge im Einzelnen machen die verschiedenen Schutzrechte der Aktionärrinnen und Aktionäre überhaupt Sinn. Hieran ändert auch die Tatsache nicht, dass die Schwelle für die bisher in der Praxis unbedeutende Einleitung einer Sonderprüfung zugunsten der Aktionäre gesenkt werden soll.

In Anbetracht des ohnehin begrenzten Handlungsspielraums von Aktiengesellschaften (im Gegensatz zu den Vereinen und Stiftungen) müsste deshalb an dieser Stelle diskutiert werden, ob das Aktienrecht anstelle der Offenlegung der individuellen Bezüge (oder mindestens damit gekoppelt) nicht klare Rahmenbedingungen für die Festlegung der Entschädigungen mindestens des Verwaltungsrates einführen sollte. Diese sollten folgende Aspekte betreffen: die Übereinstimmung von Anforderung

und Leistung der Organmitglieder, die Berücksichtigung der Verantwortung der Mitglieder und die Möglichkeit deren „Inpflichtnahme“ noch vor dem (schnellen) Abgang, die (externe) Berechnung der Marktkonformität der Entschädigungen und die Berücksichtigung (und Offenlegung) der vom Unternehmen repräsentierten Werte und Personalpolitik und die Korrelation zwischen Entschädigung/Entlöhnung und Unternehmenserfolg. Zudem ist unter diesem Aspekt ein grösseres Mitspracherecht der Aktionäre in Fragen der Entschädigungen dringend zu fordern.

Art 707 Abs. 3: Ausschluss gegenseitiger Einflussnahme auf die Festsetzung der Honorare

Unter dem Gesichtspunkt des im vorigen Abschnitt Gesagten mutet Art. 707 Abs. 3 eher schwachbrüstig an. Wie und von wem soll diese Bestimmung durchgesetzt werden? Falls, wie der Bericht vorsieht, der Gesamtverwaltungsrat sicherstellen soll, dass gegenseitige Abhängigkeiten ausgeschlossen sein sollen, wird sich vermutungsweise niemand die Finger mit genauerem Hinsehen verbrennen wollen. Kontrollmassnahmen durch die Aktionäre werden mit Sicherheit immer zu spät kommen. Der Bericht zum Vorentwurf äussert sich nicht dazu, wie der Ausschluss dieses gegenseitigen Einflusses bzw. deren Kontrolle konkret zu bewerkstelligen ist. Es gehört diese Aufgabe klar zu den leitenden Aufgaben des Präsidenten des Verwaltungsrates. Ihm obliegt die Leitung seines Rates und damit auch die Informations- und die Kontrollpflicht über die Vernetzung seiner Mitglieder mit anderen Organisationen. Diese Bestimmung macht somit nur Sinn im Zusammenhang mit einer strikten Handhabung von Interessenkonflikten. (vgl. dazu nachstehend) und mit einer Regelung, welche die Verantwortung an eine bestimmte Person delegiert. Es sollte bei Publikumsgesellschaften die kreuzweise Einsitznahme in Entschädigungsausschüsse verboten und dem Präsidenten des VR die Einhaltung dieser Regelung übertragen werden.

Wählbarkeit, Amts dauer und Unabhängigkeit des Verwaltungsrates

Im Gegensatz zur schwachen Regelung von Interessenkonflikten kippt der vorliegende Entwurf mit dem Vorschlag, die Verwaltungsräte einzeln jährlich zu wählen wieder in die entgegen gesetzte Richtung. Während die bisher übliche Praxis der Wahlen in corpore zugunsten einer Décharge-Erteilung im Einzelnen durchaus Sinn macht und zu begrüssen ist, ist die Festsetzung der Amts dauer der Mitglieder des VR von nur einem Jahr fragwürdig. Nach allgemeinem Governance Verständnis besteht die Wertschöpfung des Verwaltungsrates in der Umsetzung der Bedürfnisse der Eigentümer im Rahmen der Unternehmensperformance (*the value it creates is translating owner's wishes into company performance; Carver/Oliver, Corporate Boards That Create Value, 2002*). Damit der Verwaltungsrat seine Aufgaben optimal wahrnehmen kann, muss er optimal zusammengesetzt und so

strukturiert sein, dass er seine Aufgaben effizient und nachhaltig wahrnehmen kann. Die Identifikation mit der Unternehmung und mit den Aktionären spielt bei der Übernahme von Verantwortung bekanntermassen eine grosse Rolle. Der Verwaltungsrat braucht Zeit, sich in seine neue Aufgabe einzuarbeiten und um eine Vertrauenskultur gegenüber den Aktionären, aber auch intern aufzubauen. Die Ausrichtung auf einjährige Amtsperioden, auch wenn Wiederwahlen an der Tagesordnung liegen dürften, fördern schnelle Gewinnperformances und die der Wahl vorangehende Absicherung von kurzen „Arbeitsperioden“ durch hohe Abgangsentschädigung. Sie fördern aber sicher nicht langfristiges, nachhaltiges Engagement zugunsten der Unternehmung. Unseres Erachtens bildet Art. 13 Swiss Code of Best Practise eine hervorragende Grundlage. Fraglich ist, ob allenfalls eine Amtszeitbeschränkung von maximal 12 Jahren einzuführen wäre.

Interessenkonflikte

Art. 717a geht hinter Art. 16 des Swiss Code of Best Practise zurück und ist in dieser Form abzulehnen, weil zu wenig griffig. Art. 16 „Best Code“ verpflichtet die Mitglieder des Verwaltungsrates proaktiv zur Vermeidung von Interessenkonflikten. Sie müssen, bevor der Interessenkonflikt mit der Unternehmung eingetreten ist, dafür besorgt sein, dass dieser nicht eintritt. Diese Bestimmung zwingt sie zu selbstverantwortlichem Tun. Bei der Neufassung im Obligationenrecht wird die Selbstverantwortlichkeit an den Gesamtrat delegiert. Dass dieser dann Massnahmen gegenüber einem Mitglied aussprechen soll, mit dem sie im Vertrauen verbunden sind, scheint uns eine menschliche Überforderung sondergleichen zu sein. Zu fordern ist daher eine klare Bestimmung im Gesetz, wonach die Mitglieder des VR für die Vermeidung von Interessenkonflikten selbst zu sorgen haben und wonach sie bei Kollision bzw. bei Kollision von Interessen auch von ihnen nahe stehenden Personen diese ungefragt offen zu legen und sofort in den Ausstand zu treten haben.

3. Gleichstellungsspezifische Anliegen

In privaten Unternehmen der Schweiz ist die „gläserne Decke für Frauen“ eine unbestrittene Tatsache. Nur ein verschwindend kleiner Prozentsatz von Frauen schafft den Sprung in Verwaltungsrats- und Managementetagen von grossen Firmen und KMU's.

In den europäischen börsenkotierten 200 Top Companies beträgt der Frauenanteil in den Verwaltungsräten auch verschwindende 8 % (Frankreich 6 %, Deutschland 10 %, England 10 %, Italien 2 %, Belgien und Spanien 3 %, Dänemark 4 %). Europaweit gesehen liegt die Schweiz hinsichtlich ihres

Frauenanteils in Management- und VR-Positionen sogar noch im hinteren Feld.

Amerikanische Forschungen haben ergeben, dass Frauen unter Druck nicht nur schneller arbeiten, sie sind auch weniger bestechlich, wenn es um Vergütungen und Interessenkonflikte geht. Zudem vertreten sie firmenethische Leitbilder nachhaltiger als Männer. Eine gut durchmischte Zusammensetzung der obersten Leitungsgremien kann sich insbesondere positiv auf die Regelung der Bezüge von VR und Management auswirken. Die heterogene Zusammensetzung des VR, mithin auch die Erhöhung des Frauenanteils, kann als eines der zentralen Anliegen einer guten Corporate Governance bezeichnet werden.

Im Jahr 2003 reichte Nationalrätin Franziska Teuscher eine parlamentarische Initiative ein, wonach börsenkotierte Aktiengesellschaften verpflichtet werden sollten, mindestens 40 Prozent ihrer Geschäftsleitungsposten und ihrer Verwaltungsratsmandate mit Frauen zu besetzen und jährlich in einem Anhang zur Bilanz die Massnahmen zur Umsetzung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann, insbesondere die Umsetzung des Grundsatzes "Gleicher Lohn für gleiche und gleichwertige Arbeit" sowie die Frauen- und Männeranteile, auf allen Stufen zu dokumentieren. Zur Begründung gab sie an, dass Frauen, obwohl diese in den letzten Jahren bei den höheren Ausbildungen massiv aufgeholt haben und in gewissen Studienfächern sogar die Mehrheit bilden, im Kader weiterhin massiv unvertreten sind. Der Initiative für eine Quotenregelung im Obligationenrecht wurde mit 92 gegen 63 Stimmen keine Folge gegeben. Dies ist umso bedauerlicher, als Art 12 des Codes of Best Practise, welcher eine ausgewogene Zusammensetzung des Verwaltungsrates anstrebt, in der schweizerischen Unternehmenslandschaft nicht zu einer besseren Durchmischung nach Geschlecht und Alter geführt hat. Derzeit ist eine Parlamentarische Initiative 03.440 von Barbara Haering (Mehr Frauen in Verwaltungsräten von Gesellschaften mit Bundesbeteiligungen) hängig.

Internationale operierende Schweizer Unternehmen befördern Frauen in den Verwaltungsrat und in die Chefetagen höchstens aufgrund ausländischer Quotenvorschriften. Im Rahmen der Aktienrechtsreform ist daher eine griffige Bestimmung zu fordern, die eine bessere Durchmischung des VR auch nach Geschlecht und Alter garantiert.

Auf der europäischen Ebene fordern die European Women Lawyers Association (EWLA) von der EU-Kommission in einer an der diesjährigen Generalversammlung verabschiedeten Resolution den Erlass einer Richtlinie, die eine ausgewogene Vertretung von Frauen und Männern in den Verwaltungsräten von börsenkotierten Unternehmen statuieren soll.

Sollte nach fünf Jahren weiterhin eine mangelnde Umsetzung festgestellt werden, sollte eine Frauenquote auf Gesetzesebene einführt werden.

Derzeit existieren nur in wenigen europäischen Ländern diesbezügliche Regelungen: Als Ausnahmen hat Finnland eine Richtlinie für börsenkotierte Unternehmen erlassen (Dezember 2003), wonach eine gute Durchmischung des Alters und der Geschlechter bei der Zusammensetzung des Verwaltungsrates beachtet werden soll. Ebenso fordert der Schwedische Corporate Governance Code (2004) als Ziel eine gleichmässige Verteilung der Geschlechter in den Verwaltungsräten. Regelungen über die Geschlechterverteilung in Verwaltungsräten gibt auch in Griechenland, wo eine 30 %-Frauenquote für "public companies" verlangt wird, ebenso in Spanien und auch in Norwegen, wo 40 % für börsenkotierte Unternehmen verlangt werden und für Staatsunternehmen schon länger eine Quotenregelung besteht.

Wenn auch die Einführung einer Frauenquote auf Gesetzesebene leider wegen politischer Gründe derzeit weiterhin nicht realistisch ist, so sollte wenigstens eine Gesetzesbestimmung mit Empfehlungscharakter die gleichmässige Verteilung der Geschlechter in den Verwaltungsräten statuieren.

4. Zu den neuen Rechnungslegungsvorschriften

Grundsätzlich sorgen im Rahmen der Selbstregulierung die Kotierungsvoraussetzungen der SWX für Schweizer Unternehmen für Transparenz, welche wiederum Voraussetzung für einen effizienten Markt ist. Neben den Kotierungsregeln verlangt die SWX bereits jetzt die Publikation von Jahres- und Halbjahresberichten, die Ad-hoc Publizität kursrelevanter Informationen und die Offenlegung von Management-Transaktionen und bedeutender Aktionäre. Ausserdem legt sie verschiedene Corporate Governance Bestimmungen fest.

Unter dem Aspekt der Ausweitung Corporate Governance Bestimmungen auch auf nicht börsenkotierte Unternehmen und im Hinblick auf eine grössere Transparenz sind die Neuregelungen – als Ergänzung zum RRG - auf jeden Fall zu begrüssen. Dies betrifft insbesondere die detaillierten Vorschriften in den Anhängen zur Jahresrechnung und die Vorschriften über die Bewertung und bei börsenkotierten Unternehmen die Veröffentlichung des Geschäftsberichtes durch das Handelsregisteramt. Die Publizitätsfunktion des Handelsregisters nicht nur für die Geschäftstreibenden sondern auch für die Investoren ist mittlerweilen unbestritten und erfüllt das Corporate Governance Erfordernis der Transparenz bestens. Man kann sich allerdings fragen, ob nicht sämtliche Rechnungslegungsvorschriften der Übersichtlichkeit halber ins RRG gehörten.

Zu begrüssen ist die Ausdehnung der Grundsätze ordnungsgemässer Rechnungslegung auf alle Rechtsträger, d.h. insbesondere auch auf Vereine und Stiftungen, welche sich ins Handelsregister eintragen lassen müssen. Da die ZEWO für die Verleihung ihres Gütesiegels ihren zertifizierten Organisationen die Rechnungslegung nach Swiss GAAP FER 21 vorschreibt, haben die meisten grossen operativen Stiftungen und Vereine in der Schweiz ihr Rechnungslegungssystem in den letzten zwei Jahren bereits umgestellt, sodass der Anpassungsbedarf für diese Organisationen relativ gering sein dürfte. Von der Neuerung sind insbesondere nicht ZEWO-zertifizierte Organisationen betroffen. Die Ausdehnung der Rechnungslegungsvorschriften auf diese Organisationen erhöht deren Transparenz für die Mitglieder bzw. Anspruchsgruppen dieser Organisationen wesentlich. Da weder das Vereins-, noch das Stiftungsrecht weitergehende Transparenzvorschriften enthalten, wäre es überdies wünschenswert, Art. 958d Abs. 2 generell auf Organisationen auszudehnen, welche einen erhöhten Transparenzbedarf aufweisen (dazu gehören u.a. spendensammelnde Vereine und spendensammelnde operative Stiftungen). Transparenzvorschriften enthalten die beiden neuen Corporate Governance Codes für den Nonprofit-Sektor, der Swiss Foundation Code von 2005 und der Swiss NPO Code von 2006. Beide Regelwerke sind jedoch nicht zwingend, der Swiss Foundation Code enthält reine Empfehlungen, der Swiss NPO Code ist nur verbindlich für Organisationen, welche sich ihm explizit unterstellen.

5. Zu Art. 725 Abs. 1 OR im Besonderen

Art 725 Abs. 1 OR bestimmt den Zeitpunkt der Meldepflicht, wann der Verwaltungsrat der Generalversammlung Sanierungsmassnahmen vorschlagen muss. Dies ist bei Vorliegen einer qualifizierten Unterbilanz der Fall.

Absatz 1 wird dahingehend ergänzt, dass das massgebliche Kapital um die Kapitalreserve erhöht wird. Hingegen wird ein Absatz zwei eingefügt, welcher die Möglichkeit offeriert, weitere Kriterien für Bestimmung des Zeitpunkts in den Statuten festzulegen.

Allgemein anerkannt ist, dass der Zeitpunkt, wo bereits eine qualifizierte Unterbilanz vorliegt, in der Regel zu spät ist, um eine Sanierung an Hand zu nehmen. Ebenfalls anerkannt ist, dass in der Regel bei einer gesetzeskonformen Überwachung des Geschäftsganges dem Verwaltungsrat schon früher bekannt ist, dass der Geschäftsverlauf nur suboptimal ist und Massnahmen ergriffen werden müssen, wenn das Unternehmen weiterhin erhalten werden soll.

Es sollten demnach andere, weitere Kriterien statuiert werden, die den Zeitpunkt der Informationspflicht vorverlegen, um eine Sanierung realistischerweise auch zeitlich noch zu ermöglichen.

Bekanntermassen ist nicht nur die Vermögens-, sondern auch die Ertragslage massgeblich für die Bestimmung der Finanzkraft einer Rechtspersönlichkeit.

Oftmals wird bereits durch die Zahlungsunfähigkeit, d.h. durch die Illiquidität der Konkurs des Unternehmens verursacht und so der Untergang eingeläutet.

Beim vorliegenden Art. 725 OR wird die Liquidität als zweites massgebliches Kriterium aber erst in Abs. 3 aufgenommen, zu einem späteren Zeitpunkt auf der Zeitachse, wo bereits – bei Vorliegen einer Überschuldung gemäss der Zwischenbilanzen nach Fortführungs- und nach Veräusserungswerten – die Entscheidung über die Fortführung des Unternehmens dem Richter anheim gestellt wird.

Vernünftigerweise würde das Kriterium der Liquidität bereits im Absatz 1 verwendet. Dies zum Beispiel in Form der Geldflussrechnung.

Bedauerlicherweise wird die Geldflussrechnung, als dritten Teil des Jahresberichtes, nur für grosse Unternehmen als verbindlich erklärt. Dies obwohl die Geldflussrechnung „die Herkunft und die Verwendung der flüssigen Mittel in der Berichtsperiode [zeigt] und (...) somit wichtige Zusatzinformationen [enthält], die insbesondere für die Beurteilung der Entwicklung der Zahlungsfähigkeit und für die Erarbeitung von Mitteln für den Schuldendienst wertvoll sind (Art. 961a OR).“

Auch wenn aufgrund der sehr unterschiedlichen Finanzstrukturen und des Finanzbedarfs der einzelnen Unternehmen auf Gesetzesebene keine fixen Grenzwerte festgelegt werden können, könnte mit einer Formulierung der Art „bei wesentlichen Schwankungen der Geldflussrechnung“ eine Informationspflicht des Verwaltungsrats statuiert und somit das Kriterium der Liquidität für die Feststellung der Finanzkraft des Unternehmens schon in diesem früheren Stadium angewandt werden. So würde der Zeitpunkt der Informationspflicht des Verwaltungsrates vorverlegt und – die anerkanntermassen notwendige - mehr Zeit für Sanierungsmassnahmen geschaffen werden. Zudem würden schon zum Zeitpunkt der kritischen Situation nicht notwendigen Informationen über die Wege der Geldflüsse vorliegen, die eine schnellere Steuerung der Liquidität ermöglichen würden.

Aufgrund der gesetzessystematischen Kohärenz wäre es angebracht, das Kriterium der Liquidität für die Festlegung des Informationszeitpunktes von Gesetzes wegen bereits auf dieser früheren Stufe einzuführen und es nicht

der Generalversammlung zu überlassen fakultativ strengere Kriterien in den Statuten aufzunehmen. (Abs. 2).

Für die Juristinnen Schweiz:
Ruth C. Voggensperger, Basel
Zsuzsana Mathilde Vasváry, Basel

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister
3003 Bern

Winterthur, 31. Mai 2006

Vernehmlassung zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts

Sehr geehrter Herr Bundesrat Blocher
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Gelegenheit, zur eingangs erwähnten Reform Stellung nehmen zu können.

Das Gesellschaftsrecht bildet zusammen mit dem Umstrukturierungs- und Steuerrecht einen wichtigen Bestandteil der Rahmenbedingungen für die Schweizer Wirtschaft. Innerhalb dieser sind die Klein- und Mittelunternehmen (KMU) die wichtigste Gruppierung, denn bei ihnen sind rund zwei Drittel der Erwerbstätigen beschäftigt. Sollen der KMU-Bestand und damit die Beschäftigungsmöglichkeiten insgesamt gewahrt werden, ist es entscheidend, dass das Reformprojekt auf die ökonomischen Realitäten und Trends Bezug nimmt.

Vorweggenommen sei, dass die Vorlage aus KMU-Sicht in die richtige Richtung geht. Sie enthält in weiten Bereichen begrüssenswerte, flexible und transparente Verbesserungsvorschläge. Die KMU werden dadurch sowohl für die beteiligten Aktionäre als auch für potentielle Investoren an Attraktivität gewinnen. Dies wiederum führt zu besseren Gestaltungs- und Innovationsmöglichkeiten. Andererseits entsteht damit aber auch bei KMU und Familienaktiengesellschaften vermehrtes Missbrauchspotential. Die Reformvorlage

muss diesen Aspekten ebenfalls Rechnung tragen und gleichzeitig mit der Flexibilisierung in gewissen Bereichen – wie dem Minderheitenschutz – gesetzgeberische Missbrauchsbestimmungen einführen. Diesbezüglich sind beim Reformprojekt Lücken vorhanden, welche durch stärkere punktuelle Differenzierungen noch zu schliessen sind. An einem formell einheitlichen Aktienrechtsmodell ist jedoch festzuhalten. Ferner sind mit der flexibleren Gestaltung des Aktienrechts gleichzeitig die Mängel im Umstrukturierungsrecht und Steuerrecht zu beseitigen.

Bevor wir nun auf die vier Hauptziele und ausgewählte einzelne Regelungen des Reformprojekts eingehen, möchten wir die – aus Sicht der KMU – zentralen Aspekte und Anliegen kurz erörtern.

1. Position von KMU-Next

1.1.

Der Verein KMU-next unterstützt in Zusammenarbeit mit dem seco, Kantonalen Wirtschaftsförderungen und privaten Wirtschaftspartnern Unternehmensnachfolgen und -übertragungen bei KMU. Volkswirtschaftliches Ziel ist der Bestandenserhalt der KMU und deren Arbeitsplätze in der Schweiz. Privatwirtschaftlich werden die Zukunftssicherung und die Wertoptimierung über den Generationenwechsel einer KMU hinaus bezweckt. Dafür setzt sich KMU-next für einen freien und transparenten Markt mit optimalen rechtlichen, steuerlichen und finanziellen Rahmenbedingungen bei Unternehmensübertragungen ein.

1.2.

Jüngste wissenschaftliche Untersuchungen¹ zeigen, dass in den kommenden fünf Jahren rund 57'000 KMU in der Schweiz das Problem der Unternehmensübertragung zu lösen haben. Vom Gelingen dieses Vorhabens hängen rund 450'000 Arbeitsplätze ab. Tendenziell nimmt dabei der Anteil an familieninternen Unternehmensnachfolgen stetig ab und bewegt sich derzeit noch um etwa 50%. Das zunehmende Bedürfnis nach familienexternen Lösungen wird die Struktur der Familienunternehmen in der Schweiz verändern². Es ist mit vermehrten Management Buy-outs (MBO) und Management Buy-ins (MBI) sowie Übernahmen durch strategische Käufer und Investoren zu rechnen. Dabei werden sich die Eigentumsverhältnisse bei den Familienunternehmen verschieben. Neben den klassischen Familienbetrieben, welche vollständig im Besitz einer oder mehrerer Familien stehen, werden sich

¹ Nachfolger gesucht! - Frey, Halter, Zellweger, St. Gallen 2005. Unternehmen Zukunft - Zürcher Kantonalbank (Hrsg.), Zürich 2005.

² Gemäss einer Untersuchung des KMU-HSG Institutes liegt der Anteil der Familienunternehmen in der Schweiz derzeit bei 88%. Bedeutung und Struktur von Familienunternehmen in der Schweiz - Frey, Halter, Zellweger, St. Gallen 2004

vermehrt Konstellationen mit ausserfamiliären Dritten ergeben. Der Minderheitenschutz wird zukünftig an Bedeutung zunehmen.

Bei der Revisionsvorlage ist nicht zu erkennen, dass die Vorschläge stark auf das Modell einer kapitalbezogenen Kapitalgesellschaft ausgerichtet sind, wo die Kapitalbeteiligung der Aktionärinnen und Aktionäre im Vordergrund steht. In der Realität ist die Aktiengesellschaft als Rechtsform jedoch auch bei den inhabergeführten Familienunternehmen und Kleinbetrieben weit verbreitet.³

Diese Situation bedingt neben der Flexibilisierung des Aktienrechtsmodells zugleich eine Stärkung des Minderheitenschutzes bei kleinen, nicht börsenkotierten Aktiengesellschaften. Diesbezüglich stellt KMU-next in der Revisionsvorlage noch Verbesserungsmöglichkeiten fest.

1.3

Das zunehmende Bedürfnis nach ausserfamiliären Lösungen bei der Unternehmensnachfolge geht einher mit einer zunehmenden Akquisitionsnachfrage von aufstrebenden Unternehmen aus Wachstumsmärkten, insbesondere aus Fernost. Dort entstehen in den nächsten Jahrzehnten Mega-Ökonomien mit konkurrenzlosen finanziellen Möglichkeiten. Laut einer Studie der Unternehmensberatung The Boston Consulting Group (BCG)⁴ werden die neuen Herausforderer mit geballter Einkaufsmacht starke Marken, Patente oder Vertriebsnetze zunehmend über den Kauf von westlichen Unternehmen erwerben, statt diese zu kopieren. Davon werden vermehrt auch schweizerische KMU betroffen sein.

Die aufgezeigte Entwicklungsmöglichkeit ist nicht grundsätzlich als negativ zu werten, sofern die gesetzlichen und steuerlichen Rahmenbedingungen auch für einheimische Käufer, wie beispielsweise das Management eines Unternehmens, die gleichen Erwerbsmöglichkeiten gewähren. Dass dies nicht selbstverständlich ist, zeigt die jüngste Entwicklung im Steuerrecht zur indirekten Teilliquidation. Im Gefolge eines Bundesgerichtsentscheids vom Juni 2004 führte die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) mit dem Entwurf zum Kreisschreiben Nr. 7 eine Praxis ein, welche fremdfinanzierte Übernahmen durch eigene Familienmitglieder oder aussenstehende Dritte regelrecht behindert und stattdessen Käufer mit einer prall gefüllten Kasse bevorzugt. In einzelnen Fällen ist es unter diesen Rahmenbedingungen auch zu KMU-Übernahmen durch ausländische Gesellschaften gekommen, welche lediglich am Know-how-Transfer interessiert waren und inzwischen die schweizerischen Arbeitsplätze ins Ausland verlagert haben. Mit der

³ Ende 2004 waren 174'149 Aktiengesellschaften im HR eingetragen. Schweiz. Handelsamtsblatt (SHAB/No. 9 vom 12.01.2006, S. 36)

⁴ BCG-Studie "100 New Global Challengers" aus China, Indien, Brasilien und Mexiko, Mai 2006

Gelegenheit der Aktienrechtsrevision sollten deshalb auch Mängel in verwandten Rechtsgebieten wie dem Umstrukturierungsrecht (Fusionsgesetz) und dem Steuerrecht beseitigt werden. Es geht darum, dass insbesondere Spaltungen und Vermögensübertragungen praktikabel und steuerneutral durchgeführt werden können, weil diese Instrumente die finanziell beschränkten Erwerbsmöglichkeiten mittels MBO und MBI erhöhen.

2. Zu den Revisionszielen im Grundsätzlichen

2.1

Unter der ersten Zielsetzung schlägt der Vorentwurf verschiedene neue Regelungen im Bereich Corporate Governance vor. Zwar gibt es in der Schweiz bereits seit 2002 zwei Selbstregulierungsrichtlinien⁵, welche im internationalen Vergleich ein hohes Niveau aufweisen. Diese Regelungen sind indessen lediglich Empfehlungen für Publikumsgesellschaften oder richten sich ausschliesslich an börsenkotierte Unternehmungen. Für die grosse Mehrheit der KMU-Aktiengesellschaften sind sie weder zwingend, noch auf diese zugeschnitten. Zwar haben viele Familienaktiengesellschaften in den letzten Jahren bezüglich Corporate Governance bedeutende Fortschritte erzielt und freiwillig die Empfehlungen der erwähnten Regelungswerke in den Grundsätzen übernommen. Es wäre jedoch vermassen zu behaupten, dass im Bereich der KMU kein Verbesserungspotential besteht. KMU-next ist überzeugt, dass eine verbesserte Corporate Governance bei kleinen Familienaktiengesellschaften zur Stärkung, Stabilität und Mittelbeschaffung beiträgt und zudem den Generationenwechsel erleichtert. Die Vorschläge des Vorentwurfs zur Corporate Governance sind deshalb aus Sicht der Familienaktiengesellschaften und ihrer Aktionäre grundsätzlich zu begrüssen.

2.2

Unter dem Ziel der Neuregelung der Kapitalstrukturen schlägt der Vorentwurf im Wesentlichen die Einführung eines Kapitalbandes als Alternative einer genehmigten Kapitalherabsetzung, den Verzicht auf den Mindestnennwert von Aktien und den Verzicht auf die Obergrenze des Partizipationskapitals vor. Diese Neuerungen dienen der Flexibilität und erleichtern die Finanzierungs- bzw. Eigenkapitalbeschaffung auch für kleine Familienaktiengesellschaften. Ferner erweitern sie die Gestaltungsmöglichkeit beim Generationenwechsel, was begrüssenswert ist.

Von einer geplanten Abschaffung der Inhaberaktie wären in der Schweiz rund 30'000 Aktiengesellschaften betroffen. Die Durchführung eines solchen Vorhabens mit einer

⁵ "Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance" von economiesuisse und die von der Schweizer Börse erlassenen SWX-Richtlinien.

Übergangsfrist von lediglich zwei Jahren erscheint unrealistisch. Zu bedenken ist, dass viele Gesellschaften ihre Inhaberaktionäre namentlich gar nicht kennen und diese zuerst ermittelt werden müssen. KMU-next steht einer mittel- bis langfristigen Abschaffung nicht negativ gegenüber, weil damit die Transparenz, insbesondere bezüglich Eigentumswechsel bei nicht kotierten Gesellschaften, verbessert wird. Für dieses Vorhaben müsste indessen eine wesentlich längere Übergangszeit von mindestens fünf Jahren eingeräumt werden.

2.3

Problematisch für KMU und kleine Familienaktiengesellschaften sind die Vorschläge des Vorentwurfs unter dem Titel „Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung“. Insbesondere was den Tagungsort im Ausland betrifft sowie die Verwendung elektronischer Mittel zur Durchführung der Generalversammlung. Diese Neuerungen können für Publikumsgesellschaften mit vielen Aktionären Erleichterungen darstellen. Für die KMU gilt es jedoch zu verhindern, dass mit diesen Neuerungen Minderheitsaktionäre faktisch von Versammlungen ferngehalten werden können.

2.4

Beim vierten Revisionsziel der Neuregelung der Rechnungslegung, enthält sich unsere Vereinigung einer Stellungnahme. Sie begrüßt einzig, wie bei der Neugestaltung der Revisionspflicht, eine einheitliche Regelung für die Rechtsformen des Privatrechts und eine Differenzierung nach der Unternehmensgrösse.

3. Korrekturbedarf beim Umstrukturierungs- und Steuerrecht

3.1

Das Umstrukturierungsrecht und das Steuerrecht sind weitere wesentliche Rahmenbedingungen. Das seit Kurzem in Kraft getretene Fusionsgesetz sowie die entsprechenden steuerlichen Regelungen zeigen in der Praxis bereits gewisse Mängel. Diese offenbaren sich u.a. dadurch, dass neu eingeführte zivilrechtliche Instrumente wie Spaltung und Vermögensübertragung zu wenig genutzt werden. Eine Korrektur der Mängel würde es erlauben, substanzschwere Gesellschaften für eine Übertragung optimal zu strukturieren, damit sie auch für Käufer mit beschränkten finanziellen Mitteln wie Mitarbeiter oder ein aussenstehendes Management erwerbar werden. Eine Erweiterung um solche Käuferkreise kann sich positiv auf eine nachhaltige Eigentümerstruktur der KMU auswirken.

Zu verbessern sind daher im Rahmen der laufenden Aktienrechtsrevision u.a. die zeitlich unbefristete subsidiäre Haftung der an der Spaltung beteiligten

Gesellschaften (Art. 47 FusG), die Kriterien für das Betriebserfordernis (im Zusammenhang mit der steuerneutralen Spaltung), die Schaffung von Klarheit bezüglich Zustimmungserfordernissen für aussenstehende Vertragsparteien bei der Übertragung von Vereinbarungen sowie die Einschränkung ausgeprägter Formalitäten und Auslegungen durch die Handelsregisterbehörden.

4. Zu den einzelnen Bestimmungen im Besonderen

4.1. Art. 622 i.V. mit Art. 3 Übergangsbestimmung

Zur Abschaffung der Inhaberaktie wurde bereits Stellung bezogen (Ziff. 2.2, S. 4). Die vorgeschlagene Übergangsfrist von lediglich 2 Jahren für die Umwandlung von Inhaberaktien in Namenaktien ist zu knapp bemessen. Diese müsste mindestens 5 Jahre betragen.

4.2. Art. 656 b Ziff. und Art. 659 Abs. 3 Auflösungsklage für Partizipantinnen und Partizipanten

Diesbezüglich wird auf die Ausführungen zur Auflösungsklage der Aktionäre (Ziff. 4.5) verwiesen.

4.3. Art. 678 Rückerstattung von Leistungen

Die neue Regelung verbessert die Rechtsstellung insbesondere von Personen mit Minderheitsbeteiligungen sowie von Gläubigern und wird im Grundsatz begrüßt. Die Rückerstattung der ungerechtfertigten Leistung hat – wie im Vorschlag vorgesehen – strikt an die Gesellschaft zu erfolgen. Problematisch erscheint die Erhöhung der Verjährungsfrist von bisher 5 Jahren auf neu 10 Jahre. Bei Unternehmensübertragungen entsteht dadurch die Gefahr, dass z.B. nach Ablauf der vertraglich vereinbarten Gewährleistungspflicht die neuen Aktionäre die alte Geschäftsleitung noch während 10 Jahren zur Rechenschaft ziehen können.

4.4. Art. 701 b Tagungsort im Ausland

Diese Bestimmung eröffnet die Möglichkeit, die Generalversammlung im Ausland durchzuführen, wenn u.a. die Statuten dies vorsehen. Diese Bestimmung ist für kleine, nicht kotierte Aktiengesellschaften problematisch. Erwirbt ein ausländischer Investor eine wesentliche Beteiligung an einer schweizerischen KMU, so kann er (nach einer allenfalls durchgeführten Statutenrevision) die Generalversammlung im Ausland (z.B. in Fernost) durchführen. Damit kann faktisch das Teilnehmerrecht der

Minderheitsaktionäre aufgehoben oder eingeschränkt werden. Der Verweis auf Art. 706 b Ziff. 1 OR ist wenig nützlich, da dies ein gerichtliches Vorgehen des faktisch ausgeschlossenen Aktionärs voraussetzt. Eine Durchführung im Ausland zieht auch die ungeregelte Frage nach der Versammlungssprache nach sich.

4.5. *Art.736 Auflösung der Gesellschaft*

Die bisherige Möglichkeit der Auflösung der Gesellschaft als ultimo ratio eines Minderheitsaktionärs ist praktisch bedeutungslos. Das liegt nicht am bereits für KMU tiefen Schwellenwert von 10%. Für KMU besteht das Problem darin, dass ein Familienmitglied, welches die Klage auf Auflösung (sprich Zerschlagung) der Familienaktiengesellschaft einreicht, mit dem vollständigen Bruch der familiären Beziehung rechnen muss. Die Auflösungsklage wird deshalb selbst bei einer Senkung des Schwellenwertes auf 5% als ein ungeeignetes Instrument für Minderheitsaktionäre in Familiengesellschaften erachtet.

Zu prüfen ist, ob das beim neuen GmbH-Recht eingeführte Institut des Ausscheidens von Gesellschaftern (Art. 822 ff.) nicht auch ein adäquates Mittel für Familiengesellschaften darstellt. Diese Lösung ist naheliegend, da ohnehin eine nahe Verwandtschaft zwischen einer personenbezogenen GmbH und einer kleinen, inhabergeführten Aktiengesellschaft besteht.

Wir bedanken uns nochmals für die Gelegenheit zur Stellungnahme und für die Berücksichtigung unserer Überlegungen.

Mit freundlichen Grüßen

KMU-next

Der Präsident

Der Geschäftsführer

Otto Ineichen
Nationalrat

Dr. Max Nägeli



KONFERENZ DER KANTONALEN BVG- UND STIFTUNGSAUFSICHTSBEHÖRDEN
CONFÉRENCE DES AUTORITÉS CANTONALES DE SURVEILLANCE LPP ET DES FONDATIONS

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern

Luzern, 30. Mai 2006 ML/ra

Revision des Aktien- und Rechungslegungsrechts im Obligationenrecht; Vernehmlassung der Konferenz der kantonalen BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden

Sehr geehrter Herr Bundesrat,
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 7. Dezember 2005 haben Sie die oben erwähnten Revisionsunterlagen zur Vernehmlassung bis 31. Mai 2006 zugestellt. Obwohl unsere Konferenz zur Vernehmlassung nicht eingeladen wurde, erlauben wir uns hiermit innert Frist, eine Vernehmlassung einzureichen, da die Mitglieder unserer Konferenz direkt von der geplanten Revision betroffen sind.

1. Allgemeine Bemerkungen

Die grundsätzliche Zielsetzung der Verbesserung der Corporate Governance und der Anpassung der Bestimmungen namentlich des Aktienrechts an das aktuelle Wirtschaftsleben sind zu begrüßen. Ebenfalls ist die angestrebte Vereinheitlichung der Rechnungslegung für die Rechtsformen des Privatrechts als erstrebenswertes Ziel zu befürworten; dennoch ist zu berücksichtigen, dass die Rechtsformen des Privatrechts, welche von diesen Bestimmungen betroffen sind, grob unterteilt werden können, in solche, welche auf Gewinnstrebigkeit zugunsten ihrer Investoren angelegt sind (Aktiengesellschaften, Genossenschaften etc.), und in solche, welche entweder gemeinnützig tätig sind (insbesondere Stiftungen) bzw. Träger eines Zweiges der Sozialversicherung sind (insbesondere Vorsorgestiftungen). Für die beiden letzten Fälle besteht erstens ein anderes Schutzzug (Destinatärs- bzw. Versicherteninteressen) und zweitens sind einer spezialisierten Aufsicht unterstellt (Stiftungs- bzw. BVG-Aufsicht), im Gegensatz zu den übrigen privaten Rechtsträgern, welche keiner staatlichen Aufsicht unterstehen. In dieser Hinsicht sind die Vorteile einer „Linearisierung“ der Bestimmungen gegen die diesbezüglichen Nachteile einer sehr wenig differenzierten Sichtweise gut abzuwägen. Im Speziellen ist darauf zu achten, dass die stark praxisorientierte Rechtsprechung und die neuen gesetzlichen Bestimmungen, welche den ebenfalls wirtschaftlich geprägten Veränderungen in diesem Gebiet Rechnung tragen (insbesondere die Bestimmungen der 1. BVG-Revision und des revidierten Stiftungsrechts) durch die geplante Anpassung nicht ausgehebelt werden.

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

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

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

2. Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen

Zu Art. 620 Abs. 2 E-OR

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

Zu Art. 622 Abs. 2 E-OR

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

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

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

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

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

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

Abs. 1: Bezüglich des unscharfen Begriffs der nahe stehenden Personen fragt sich, ob hier nicht eine beispielhafte Aufzählung eingefügt werden sollte: „Als nahe stehende Per-

sonen gelten insbesondere ...“. Die Rechtsanwendung würde damit zweifellos erleichtert und manch unnötiger Streit vermieden.

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

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

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

Zu Art. 650 Abs. 2 E-OR

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

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

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

Zu Art. 653 Abs. 1 E-OR

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

Zu Art. 653g Abs. 3 E-OR

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

Zu Art. 653h E-OR

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

Zu Art. 653i Abs. 3 E-OR

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

Zu Art. 653j E-OR

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

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

Zu Art. 653k Abs. 2 E-OR

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

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

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

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

Zu Art. 653o E-OR

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

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

Zu Art. 653p Abs. 1 E-OR

Abs. 1: U.E. kann eine Herabsetzung auf null, welche nicht zwecks Sanierung erfolgt, immer nur einstimmig gefasst werden, da alles andere einer Enteignung gleichkäme. Da

für den Fall der Einstimmigkeit aber gar kein echtes Bedürfnis zur Herabsetzung auf null ersichtlich ist, sollte die Herabsetzung auf null mit Untergang der entsprechenden Aktiönsrechte ausdrücklich auf den Fall der Sanierung beschränkt werden.

Zu Art. 653s Abs. 2 E-OR

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

Zu Art. 653w E-OR

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

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

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

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

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

Nach Vorlage enthält sich bei Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien die unabhängige Stimmrechtsvertreterin bzw. der unabhängige Stimmrechtsvertreter der Stimme, wenn er keine Weisung der Aktionärinnen bzw. Aktionäre erhalten hat. Wir geben zu bedenken, dass dies den Corporate Governance-Bemühungen bei Pensionskassen, welche oft Aktionäre von börsenkotierten Aktiengesellschaften sind, zuwiderläuft. Nach Art. 49a Abs. 2 BVV2 stellt die Vorsorgeeinrichtung Regeln auf, die bei der Ausübung ihrer Aktionärsrechte zur Anwendung gelangen. Unter „Ausübung“ wurde in der Praxis bisher gerade nicht die Stimmenthaltung verstanden, sondern es wurde eine aktive Wahrnehmung der Aktionärsrechte gefordert. In der Kombination mit der Änderung in Art. 703 Abs. 2 E-OR, wonach Enthaltungen nicht mehr als abgegebene Stimmen zählen, wirkt sich dies u.E. eher negativ aus auf institutionelle Anleger wie Pensionskassen.

Zu Art. 701 OR (bisherige Fassung)

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

Zu Art. 701d E-OR

Aus dieser Bestimmung geht nicht klar hervor, ob eine Generalversammlung nicht bereits auf dem Wege einer Telefonkonferenz durchgeführt werden kann. Eine Präzisierung wä-

re notwendig (z.B. eine Übertragung mit Bild und Ton oder die jederzeitigen Identifizierbarkeit und dergleichen).

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

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

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

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

Zu Art. 928 Abs. 2 E-OR

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

Zu Art. 928a E-OR

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

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

Zu Art. 930 Abs. 2 E-OR

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

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

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

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

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

Zu Art. 943a E-OR

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

Zu Anhang 2, Variante 2

Zu Art. 652k Abs. 3 und Art. 653u Abs. 4 E-OR

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

Zu Art. 652i Abs. 4 E-OR

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

Zu Art. 957 Abs. 3 E-OR

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

Zu Art. 957a Abs. 5 E-OR

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

Wir weisen zudem darauf hin, dass diese Vorschrift bei Vorsorgeeinrichtungen und Stiftungen schweizerischen Rechts nicht angebracht erscheint. Ausgehend von der auf-

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

Zu Art. 958-958d E-OR

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

Zu Art. 958d E-OR

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

Zu Art. 958e E-OR

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

Bestimmungen als Lex specialis vorgehen; wir verweisen allerdings betreffend die Abgrenzungsschwierigkeiten auf unsere Ausführungen zu Art. 957 E-OR.

Zu Art. 959a-959c E-OR

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

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

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

Zu Art. 962 E-OR

Wir verstehen das Bestreben, nur bei Unternehmungen einer bestimmten „wirtschaftlichen Grösse“ ein Abschluss nach Regelwerk bzw. nach international anerkannten Standards zu verlangen. Für Vorsorgeeinrichtungen gilt bereits jetzt SWISS GAAP FER 26, weshalb die „Größenordnung“ der Vorsorgeeinrichtung keine Rolle spielt. Unter dem Gesichtspunkt, dass das Schutzgut nicht primär „freiwillige“ Investoren und Gläubigerrechte, sondern konkrete Sozialversicherungsansprüche von versicherten Personen sind, ist in jedem Fall eine Verknüpfung mit der Grösse einer Vorsorgeeinrichtung bzw. mit der Bestimmungen der Unterstellung unter die ordentliche Revision zu vermeiden. Andernfalls werden die in den letzten Jahren gemachten Fortschritte betreffend Transparenz, auf welche das Eidg. Parlament insbesondere in der 1. BVG-Revision so starkes Gewicht gelegt hat, zunichte gemacht. Ziffer 3 von 962 E-OR ist demzufolge auf Vereine zu begrenzen.

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

Mit der soeben erfolgten Revision des Stiftungsrechts wurde ein lange umstrittener Grundsatzentscheid für ein Revisionsstellenobligatorium getroffen, was mittelfristig zu einer erhöhten Professionalisierung der Rechnungslegung von Stiftungen führen wird zum Vorteil des Stiftungsplatzes Schweiz (Spenden fliessen nur dort, wo die Öffentlichkeit Vertrauen in die diesbezüglichen Institutionen hat). Dazu trägt auch eine ordentliche Revision

bei. Verknüpft man nun die Rechnungslegung nach Regelwerk mit der ordentlichen Revision, dann schwächt man die viel besungene Transparenz und Corporate Governance doppelt. Einerseits findet die Revision schon auf tiefem Level statt und andererseits erfolgt die Rechnungslegung auch noch auf unterem Niveau. Dies schadet dem Ansehen des Stiftungsplatzes Schweiz. In diesem Sektor befindet sich zwischenzeitlich ein nicht unerhebliches Vermögen, was auch dazu führt, dass sich nicht nur „lautere“ Personen hier betätigen. Die Schadenfälle der letzten Jahre (Zäch, Sieber und Behring) sprechen für sich. Griffige Regeln sind daher zwingend. Die vorgesehenen Abschwächungen sind deshalb in jedem Fall zu vermeiden.

Zu Art. 83a

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

Zu Art. 84c

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

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

Mit freundlichen Grüßen

**Konferenz der kant. BVG- und
Stiftungsaufsichtsbehörden**

Der Präsident:



Dr. iur. Markus Lustenberger

Le réseau

Office fédéral du Registre du
Commerce
3003 Berne

Email : ehra@bj.admin.ch

Genève, le 31 mai 2006

- **Avant-projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable dans le CO du 13 décembre 2005**
- **Prise de position dans la procédure de consultation**

Mesdames,
Messieurs,

Le Réseau a l'honneur de faire connaître ici sa position sur l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable dans le CO de décembre 2005.

Le Réseau est une association à but non lucratif, dont la vocation est de proposer des améliorations aux conditions-cadres en Suisse, pour encourager l'innovation et l'entrepreneuriat en vue de la création et du développement de nouvelles sociétés (« start-ups »), avec, à la clef, la création d'emplois à forte valeur ajoutée (www.lereseau.ch).

L'un des axes sur lequel travaille Le Réseau est celui de la modification du régime de la faillite en Suisse, pour favoriser la prise en compte des spécificités du modèle commercial auquel obéissent la création et les premières années d'existence d'une start-up dans les domaines innovants, ces spécificités relevant des facteurs suivants :

- des dépenses substantielles dans la recherche et le développement sans que ceci ne se traduise par la possibilité de les comptabiliser comme actifs, la propriété intellectuelle développée à l'interne n'étant en principe pas activable (sauf à concurrence de certains coûts)
- le financement presque exclusif par les fonds propres (capital et prêts d'actionnaires)
- l'absence de revenus pendant plusieurs années

- le fait de dépendre presque complètement d'actifs intangibles (brevets, savoir faire, droits d'auteur)
- la prise de risque importante, mais librement consentie, de la part des investisseurs et des employés
- la base étroite de créanciers, pour l'essentiel les investisseurs et employés

Le Réseau a ainsi soutenu une conférence internationale sur le traitement et le refinancement d'entreprises en difficulté organisée en septembre 2004 par l'Université de Genève. Les contributions des différents conférenciers, suisses et internationaux, ont fait l'objet d'une publication, parue en mai 2006, chez Schulthess, sous le titre « *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century, Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth* ». Le constat qui s'est dégagé lors de cette conférence, et qui est largement reflété dans l'ouvrage précité, est l'inadéquation des régimes applicables aux entreprises insolubles qui restent arqueboutés sur le principe de la protection absolue des créanciers préexistants basée exclusivement sur la valeur des actifs. Ce type de protection utilisé à outrance méconnaît les intérêts bien compris de toutes les parties prenantes, ces intérêts étant de permettre aux entreprises pour lesquelles cela se justifie de survivre puis de prospérer, ce qui améliore la position des créanciers et permet notamment le maintien et à terme la création d'emplois à forte valeur ajoutée.

Le régime de la faillite en Suisse appartient malheureusement à la catégorie des droits désormais inadéquats, et Le Réseau appelle de ses vœux une refonte de son régime, suivant dans les grandes lignes ce qui a été proposé par la Commission d'Experts dite « sur le Concordat » dans son rapport de septembre 2005, et a écrit dans ce sens au Conseiller fédérale Blocher en date du 1^{er} février 2006 pour l'inviter à donner suite à ce rapport.

A plus brève échéance, le projet de révision du Code des Obligations, tel que proposé par l'avant-projet de décembre 2005, permet déjà d'ouvrir la discussion sur le sujet de la faillite, principalement à propos de l'article 725 CO, qui constitue, à notre sens, la manifestation la plus archaïque de notre régime des faillites, et dont la révision proposée ne résout pas le problème de l'inadaptation conceptuelle à une économie moderne et innovante.

1. Le projet de révision de l'Article 725 CO

La proposition de révision de cet article contient des modifications que salue Le Réseau, à savoir l'introduction du principe du test de l'insolvabilité et l'activation possible d'actifs intangibles. En revanche, ces innovations, et surtout leur impact favorable, sont réfrénées par des qualifications et conditions posées, qui nous paraissent inopportunnes.

1.1 Nouveau test d'insolvabilité (proposition d'article 725 al 3 et al 5 CO)

L'introduction du test d'insolvabilité, mesurant la capacité de la société à faire face à ses dettes, est une innovation bienvenue. Ce qui est en revanche moins heureux, est que ce test est introduit en sus du test actuel de la couverture des actifs, dans un souci de renforcer encore davantage la protection des créanciers, souci littéralement décrit comme tel dans le rapport explicatif du 2 décembre 2005. Ce durcissement ne nous paraît ni opportun dans une optique de pérennité de l'entreprise, ni même utile à la sauvegarde des droits des créanciers.

En effet, si l'on prend le cas des sociétés start-ups, leur modèle économique les place d'emblée dans une situation de surendettement, essentiellement en raison d'une part de l'absence de revenus et, d'autre part, de l'impossibilité de capitaliser leur propriété intellectuelle, dans laquelle s'engouffre la plus grande partie des investissements. Cet état n'empêche pas les start-ups de faire face à leurs dettes tant que des liquidités sont injectées par les investisseurs (pleinement conscients du risque et l'acceptant), de survivre (souvent) à la phase initiale de leur existence et d'oeuvrer (toujours) en vue de leur prospérité. Lorsqu'une start-up fait faillite, c'est en raison de l'arrêt d'injection de nouvelles liquidités, principalement lorsque les objectifs au niveau de la recherche & développement (les « Milestones ») ne sont pas atteints, et non en raison d'insuffisance d'actifs. Quand aux créanciers dans la faillite, ce sont principalement les investisseurs et employés, qui ont librement pris le risque de participer à l'aventure. Les créanciers tiers (bailleur, fournisseurs, etc...) sont rares, car ils demandent et obtiennent des sûretés en cours d'existence de la start-up.

Ce modèle commercial particulier des start-ups, et son incapacité conceptuelle à se concilier avec le test de surendettement de l'Article 725 CO sont très bien décrits par l'auteur Clarence Peter dans son article « *Financing of start-up companies in the light of the rule governing the overindebtedness (Art. 725 CO)* » dans l'ouvrage précité publié chez Schulthess. Nous en joignons une copie ici avec l'accord de l'auteur et de l'éditeur.

Pour en venir à l'utilité du double test, en particulier du test du bilan, l'histoire récente, en particulier les cas Swissair et Erb, a démontré qu'une couverture suffisante des actifs ne constituait aucunement un garantie de survie d'une entreprise en défaut de liquidités.

L'introduction du double test serait donc comparable à l'image d'une personne portant une ceinture et des bretelles, mais dont les bretelles seraient trop longues pour les sociétés établies, et trop courtes pour les start-ups !

Le Réseau, à l'instar de nombreux auteurs, tels Leif M. Clark ("Triggering Criteria for Starting and Stopping Bankruptcy, US Legal Principles", in The Challenge of Insolvency Law Reform in the 21st Century, page 17, le Prof. Henry Peter ("Bankruptcy and Reorganisation Trigger Criteria: From a Retrospective (Balance Sheet) to a Prospective (Cash Flow) test" in The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century, page 33), recommande donc l'adoption du seul test de solvabilité pour ce qui concerne l'avis au juge (projet art 725 al 5 CO) et de retirer purement et simplement l'obligation de l'avis au juge en cas de surendettement.

Pour renforcer la garantie de l'existence de liquidités, nous proposons d'introduire, en cas de constat par le conseil d'administration d'un état de surendettement, une obligation dudit conseil de se prononcer sur l'existence de liquidités et sur leur disponibilité pour faire face aux dettes à échoir dans un délai de douze mois. Ce pronostique devrait être ensuite monitoré en permanence afin de s'assurer qu'en tout temps l'entreprise demeure viable à douze mois de vue. Ce délai de douze mois est déjà aujourd'hui le délai de référence dans le cadre des opérations d'audit des sociétés anonymes, tel que prévu dans la norme d'audit suisse No 570 « *Hypothèse de continuité d'exploitation (going concern)* », para. 18.

En outre, afin de sauvegarder les droits des créanciers, en particulier les nouveaux créanciers de devenant postérieurement au moment de surendettement technique, le conseil d'administration devra, à l'instar de ce que fait aujourd'hui le juge de l'ajournement de la faillite (art. 725a al. 3), faire, sous sa propre responsabilité, une pesée d'intérêts entre l'information aux créanciers ou certains d'entre eux sur de l'état de surendettement (mais non d'insolvabilité) de la société, avec éventuellement l'octroi de sûretés à la clef, et l'avantage de maintenir secret cet état du bilan, afin de ne pas péjorer la situation de la société, notamment au plan du carnet de commandes.

L'on signalera enfin que de nombreux pays, tels la France, la Finlande, l'Espagne et récemment l'Italie, sans parler des Etats-Unis, pionniers dans le domaine, conscients de l'importance de préserver la survie des entreprises viables, ont réformé leur régime de dépôt du bilan et introduit le test d'insolvabilité. Sur le plan international, il s'agit également de la solution retenue par la CNUDCI en juin 2004 dans son "*Legal Guide on Insolvency Law*" (voir notamment page 82, note 16).

1.2 Valorisation supérieure des actifs (proposition d'article 725 al 3 CO)

L'introduction, à l'alinéa 3 de la possibilité de fixer des valeurs de liquidation à un niveau supérieur à la valeur maximale normalement déterminée selon les principes comptables nous paraît très opportune, en particulier dans le contexte de la valorisation de la propriété intellectuelle développée à l'interne.

En revanche, la condition de l'aliénation dans les 12 mois nous paraît totalement inadéquate. Pour reprendre l'exemple de start-ups dans le domaine de la biotechnologie, la valeur d'actifs intangibles ne figurant pas au bilan et est fonction de l'état d'avancement de la R&D et de l'accomplissement de phase cliniques. Souvent, des options ou droits de premier refus pour des valeurs d'acquisition considérable sont concédés à des partenaires pharmaceutiques, mais dans la plupart des cas ces transactions sont conditionnées à l'atteinte d'objectifs R&D (les fameux « Milestones »), qui ne sont pas exclusivement tributaires de facteurs de temps.

Nous pensons qu'il appartient au conseil d'administration, qui est le plus à même de le faire dans chaque cas concret, de déterminer si l'on se trouve en présence de transactions permettant une valorisation particulière de tel ou tel actif. Ajoutons que, puisque dans la proposition du Réseau exposée sous le point 1.1 le test du surendettement n'est pertinent que dans le cadre de l'alinéa 3, toutes les mesures liées à l'évaluation ou la réévaluation de l'actif ont pour seule finalité de forcer le conseil d'administration à se faire une image complète de la situation comptable et financière de la société et le cas échéant à prendre ses responsabilités au niveau du test d'insolvabilité, lequel aboutira ou non au dépôt du bilan.

1.3 Ajournement des créances postposées (proposition d'article 725 al 6 CO)

Compte tenu de la proposition du Réseau d'un test de l'article 725 CO basé exclusivement sur la solvabilité de la société pour l'avis au juge, ce sixième alinéa n'a pas lieu d'être.

1.4 Proposition d'article 725 CO amendé

« Art. 725

1. Avis obligatoires du conseil d'administration

¹ S'il ressort du dernier bilan annuel que la moitié de la somme du capital actions, de la réserve issue du capital et de la réserve légale n'est plus couverte par les actifs, sous déduction des dettes, le conseil d'administration convoque immédiatement une assemblée générale et lui propose des mesures d'assainissement.

² Les statuts peuvent prévoir d'autres situations dans lesquelles le conseil d'administration est tenu de convoquer immédiatement l'assemblée générale et de lui proposer des mesures d'assainissement.

³ S'il existe des raisons sérieuses de penser que les dettes de la société ne sont plus couvertes par les actifs ou que la société est insolvable, le conseil d'administration établit immédiatement des bilans intermédiaires à la valeur d'exploitation et à la valeur de liquidation, et il les fait vérifier par un réviseur agréé. Il peut fixer les valeurs de liquidation à un niveau supérieur à la valeur maximale prévue par la loi s'il est prévu d'aliéner les biens en question dans un délai pertinent compte tenu des besoins en liquidités de la société et si cette aliénation paraît possible.

⁴ Les avis obligatoires qui reviennent à l'organe de révision incombent au réviseur.

⁵ Si les deux bilans intermédiaires montrent que la société est surendettée, le conseil d'administration détermine si la société est à même de faire face à ses dettes échéant dans les douze prochains mois et s'il y a lieu de prendre des mesures particulières pour sauvegarder les droits des nouveaux créanciers. A défaut, le conseil d'administration en informe immédiatement le tribunal.

⁶ (...)»

2. Article 725a CO

Compte tenu de la proposition du Réseau d'un test de l'article 725 CO basé exclusivement sur la solvabilité de la société pour l'avis au juge, les projets d'article 725a al 1 et al 2 CO devraient être modifié comme suit.

« Art. 725a

2. Mesures prises par le tribunal

¹ Au vu de l'avis, le tribunal déclare la faillite. Il peut l'ajourner, à la requête du conseil d'administration ou d'un créancier, si la résorption de son insolvenct paraît possible.

² Lorsque le tribunal ajourne la déclaration de faillite, il prend les mesures requises pour préserver l'actif et l'exploitation de la société. Il peut notamment désigner un curateur et soit priver le conseil d'administration de son pouvoir

de disposition, soit subordonner ses décisions à l'accord du curateur. Il définit en détail les attributions de celui-ci. »

3. Article 729c CO

Il découle de la proposition du Réseau concernant le projet d'article 725 al 5 CO, que le projet d'Article 729c CO doit être modifié en conséquence.

Notre proposition de rédaction est donc la suivante :

« Art. 729c

c. (...)

Si, en cas de surendettement manifeste de la société le Conseil d'administration omet de procéder à la détermination de sa solvabilité conformément à l'Article 725 al 5 CO, ou omet d'aviser le tribunal alors que la société est manifestement ou risque d'être à court ou moyen terme insolvable, l'organe de révision avertit ce dernier *sans délai*.»

4. Conclusion

Ce sont là les propositions du Réseau dans le cadre de la procédure de consultation. Nous sommes disposés à vous donner toute information complémentaire sur les spécificités du modèle des start-ups, et vous prions de nous contacter le cas échéant.

Veuillez croire, Mesdames, Messieurs, à l'assurance de ma haute considération.



Pour Le Réseau :

David Rimer
Président



LE CONSEIL DE L'ORDRE

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

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

info@oav.ch
www.oav.ch

Administration fédérale
Département de Justice et Police
Office fédéral de la Justice
Palais fédéral Ouest
3003 Berne

Lausanne, le 9 mai 2006

Consultation fédérale sur la révision du droit de la société anonyme et du droit comptable dans le Code des Obligations

Mesdames, Messieurs,

Nous nous référons à la lettre du 7 décembre 2005 du Chef du Département fédéral de Justice et Police relative à la révision du droit de la société anonyme et droit comptable dans le CO, et à la procédure de consultation qui a été ouverte à cette occasion.

Notre Ordre a eu l'opportunité d'examiner les modifications proposées ainsi que le rapport explicatif au sujet duquel il y a lieu de prendre position.

Bien que nous ayons été sensibles aux efforts de précision dans la codification des changements envisagés, nous nous sommes demandés si, sur certains points, le souci de régler certains détails dans la loi, notamment en ce qui concerne l'organisation de l'assemblée générale, ne va pas trop loin et s'il n'eût pas été préférable de se limiter à l'énoncé dans la loi de principes généraux en laissant aux différents organes de la société, notamment au conseil d'administration la responsabilité de les mettre en œuvre sur le plan pratique. A trop vouloir codifier, le législateur crée parfois plus de problèmes qu'il n'en résout.

Ceci dit, votre projet appelle les remarques suivantes de notre Ordre :

A) Quant au renforcement du gouvernement d'entreprise

1. *Information des actionnaires au sujet des indemnités perçues par les membres du conseil d'administration*

L'introduction d'un droit pour les actionnaires des sociétés privées de demander des renseignements au sujet des indemnités versées par la haute direction est une innovation importante et souhaitable, puisqu'elle permettra au minoritaire d'obtenir des détails sur les charges salariales de la direction et, partant, de mieux faire valoir ses droits sociaux et patrimoniaux.

2. *Renforcement du droit des actionnaires aux renseignements et à la consultation*

On peut également saluer l'introduction du droit de l'actionnaire de demander en tout temps des renseignements écrits au conseil d'administration sur les affaires de la société. Certes, on peut craindre que ce droit ne crée une charge très importante pour le conseil d'administration de sociétés importantes, mais ce risque potentiel doit passer derrière l'intérêt d'un renforcement des droits à l'information en cours d'exercice. Il pourrait être souhaitable d'étendre ce droit à l'organe de révision (dont l'intervention peut intervenir également en cours d'année et hors assemblée générale, par ex. à l'occasion d'une vérification d'apports en nature lors de l'exécution d'une augmentation de capital autorisée), tout en réservant le droit du conseil d'administration d'en être informé. Il ne semble toutefois pas acceptable – au regard du principe d'égalité – de prévoir une consultation des réponses lors de l'assemblée suivante. Dans un projet qui fait une large place aux moyens électroniques, on devrait exiger une diffusion de l'information sur le site de la société pour les sociétés d'une certaine taille et une information écrite simultanée des coactionnaires pour les plus petites sociétés.

Sur le plan procédural, compte tenu de la difficulté d'appréhender le bien-fondé de la balance d'intérêts entre droit à l'information et intérêt prépondérant de la société, on devrait aménager – le cas échéant dans la nouvelle procédure civile fédérale - un régime des frais de procès plus favorable, sur le modèle par exemple de l'article 756 al. 2 CO.

3. *Simplification du droit à l'institution d'un examen spécial*

L'abaissement des seuils constitue une amélioration acceptable et ne devrait pas conduire à une multiplication d'actions de ce type. On se réfère toutefois au cours boursier du jour du dépôt de la demande. Ce critère s'écarte sans motifs du rapport des experts Böckli, Dessemontet et Huguenin qui se référait à la date de la fin du dernier exercice annuel. Ce dernier critère présentait le mérite d'éviter les conséquences d'une fluctuation de la valeur des titres, notamment entre l'assemblée générale et l'ouverture de la demande.

La suppression de l'exigence de vraisemblance du préjudice renforce à satisfaction le caractère prophylactique de l'examen spécial, dont la mise en œuvre demeure toutefois assez complexe.

4. *Simplification du droit d'exiger la convocation d'une assemblée générale et de faire inscrire un objet à l'ordre du jour*

On doit se féliciter de l'abaissement des seuils, qui s'inscrit parfaitement dans la mouvance des *best practices*, sans tomber dans l'excès. A cet égard, la fixation d'une valeur boursière de 5 millions au lieu du million prévu par le groupe de travail Böckli est justifiée aux fins de ne pas faire de ce droit un moyen de pression de minoritaires spéculant sur la charge représentée par la tenue d'une assemblée générale.

L'introduction d'un délai pour la tenue de l'assemblée générale est une excellente chose. Il peut toutefois apparaître très court pour des sociétés au large actionnariat lorsque l'on sait en pratique le temps nécessaire à l'organisation d'une assemblée générale....et à la réservation des salles !

Il est regrettable que l'on n'ait pas prévu d'obligation pour l'assemblée générale d'annoncer, selon les voies prévues pour ses publications, la date de son assemblée générale de telle manière que l'actionnaire soit informé à l'avance de la date ultime pour requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour. Certes, l'actionnaire peut poser la question à la société.....mais il n'est pas certain qu'il obtienne une réponse en temps utile. Si l'on veut satisfaire les exigences de sécurité juridique, il faut compléter ce volet également.

On peut s'étonner – et il se justifierait dès lors d'expliciter – que l'inscription d'une proposition dans la convocation requiert des conditions identiques à celle de l'inscription d'un objet à l'ordre du jour, alors que le principe des propositions individuelles d'actionnaires formulées avant et pendant l'assemblée générale reste acquis.

La transmission électronique de la convocation présuppose l'accord de l'actionnaire. En pratique, comment ce consentement sera-t-il recueilli ? On ne voit pas pourquoi l'on érige en postulat le fait que « nul ne peut être contraint de se servir des médias électroniques dans ses rapports avec la société ». L'on pourrait voir ici l'opportunité d'instaurer une mesure facilitant de manière plus courageuse la marche des affaires de l'entreprise.

S'agissant du contenu de la convocation, la mention du pourcentage d'actions dispo est une mesure intelligente qui pourrait contribuer à développer la participation à l'assemblée générale, notamment dans la perspective de votes nécessitant un quorum. Toutefois, on doit relever que l'envoi de la convocation ne coïncide pas nécessairement avec la date de blocage du registre des actions.

5. *Election individuelle et annuelle des membres du conseil d'administration ; Interdiction faite aux membres du conseil d'administration d'exercer une influence réciproque sur le montant de leurs honoraires dans les sociétés ouvertes au public*

Le but de l'article 707 al. 3 est louable, mais sa rédaction, à tout le moins française, n'est pas très claire. Ne serait-il pas finalement plus simple et plus précis d'opter pour la formulation suivante :

"Dans une société dont les actions sont cotées en bourse, toute possibilité que les membres du conseil d'administration, qui siègent ensemble dans le conseil d'administration d'autres sociétés puissent influencer mutuellement le montant de leurs indemnités, est prohibée.

Ce faisant, il appartiendra à chaque société confrontée à ce problème de définir, soit dans un règlement interne, soit dans ses statuts, comment cette interdiction doit être mise en place.

Si l'on peut saluer le fait que les tendances exprimées dans les règlements boursiers en matière de gouvernement d'entreprise n'empêtent pas sur le fonctionnement d'entreprises privées, on peut se demander, à l'ère des « *going private* », si la taille de l'entreprise, et non seulement son caractère public, ne devrait pas en la matière être prise en considération.

Enfin, on objectera que l'élection groupée ne devrait pas être exclue en principe, lorsqu'elle ne suscite aucune objection, comme c'est le cas dans de nombreuses sociétés où cette élection se déroule sans encombres. Cette mesure, couplée au raccourcissement du terme, conduit en effet à un prolongement inutile de la durée des assemblées générales déjà peu fréquentées.

6. Amélioration de l'information des actionnaires au sujet de l'assemblée générale

La mise à disposition du procès-verbal dans les vingt jours suivant l'assemblée générale est une mesure utile pour le renforcement des droits de l'actionnaire, en particulier dans le cadre de l'annulation des décisions de l'assemblée générale. Le projet précise que l'envoi du procès-verbal peut se faire par voie électronique, ce qui est une bonne chose, mais cela devrait être précisé dans le texte légal pour éviter toute difficulté d'interprétation.

7. Efficacité accrue de l'action en restitution des prestations

Les modifications apportées à l'article 678 vont dans le sens des souhaits de la doctrine. Toutefois, l'efficacité d'une telle action, même opportunément ouverte aux créanciers, demeurera illusoire si elle n'est pas accompagnée d'un régime plus favorable dans la répartition des avances et des coûts du procès.

En outre, **il est impératif, dans le cadre général de la protection des fonds propres (cf. 675-680 CO), que le législateur tranche définitivement la controverse relative à l'agio et à sa distribution après affectation à la réserve générale.** En effet, les incertitudes actuelles rendent la vie des praticiens impossible (cf. notamment les incertitudes relatives à la portée des garanties données par la société dans les contrats de souscription d'actions).

8. Amélioration du droit à dissoudre la société pour de justes motifs

L'abaissement des seuils est souhaitable et les critères retenus apparaissent satisfaisants.

9. Réforme du régime de la représentation institutionnelle des droits de vote

Si l'institution du droit au représentant indépendant dans les sociétés privées limitant la représentation par un autre actionnaire est une bonne chose, les délais proposés sont inutilement serrés. En effet, la clause statutaire limitant le droit de représentation de l'actionnaire lui est connue. On ne voit dès lors pas pourquoi l'actionnaire devrait être autorisé à formuler sa demande après l'envoi de la convocation, et non avant, par exemple dans le délai prescrit pour demander l'inscription d'objets à l'ordre du jour.

La réglementation relative au représentant indépendant dans les sociétés cotées en bourse aurait pu être complétée pour définir (i) la portée de l'exigence d'indépendance et (ii) son cahier des charges avant et dans le cadre de l'assemblée générale. Il est regrettable de prévoir un devoir d'abstention en l'absence d'instructions, dès lors que la convocation mentionne souvent expressément dans quel sens le représentant institutionnel votera en l'absence d'instructions spécifiques et qu'il est donc parfaitement loisible à l'actionnaire représenté de donner des instructions contraires si cela ne correspond pas à sa volonté.

La suppression de la représentation par le dépositaire n'est pas judicieuse. Sans doute présente-t-elle certaines faiblesses, mais elle constitue néanmoins une voie importante de représentation de l'actionnaire. D'ailleurs, certaines assemblées récentes ont démontré l'importance de leur intervention. Si l'on veut lutter contre l' « absentéisme » lors des assemblées générales, il ne faut pas réduire les « outils » de représentation mais œuvrer aux moyens permettant de faciliter cette représentation, notamment par la voix de *nominees* représentant des actionnaires étrangers.

10. Amélioration de la publicité des inscriptions figurant dans le registre du commerce

L'étendue des possibilités de consultation par voie électronique constitue un progrès remarquable dans l'accès à une banque de données juridiques très complète. Compte tenu de l'importance du document dans le gouvernement d'entreprise, il serait opportun de prévoir également un dépôt du règlement d'organisation du conseil d'administration (lorsqu'il est obligatoire) et son accès par tout intéressé. On ne voit guère pourquoi les créanciers ou d'autres *stakeholders* ne pourraient pas consulter un document essentiel à la compréhension de la gestion de la société.

11. Réglementation des conflits d'intérêts au sein du conseil d'administration et de la direction

L'art. 717 a consacré à satisfaction l'ancrage légal et explicite de principes qui trouvaient déjà leur fondement dans l'obligation de fidélité prévu par 717 CO.

12. Rééquilibrage entre la responsabilité du conseil d'administration et celle de l'organe de révision

La réforme de la responsabilité de l'organe de révision s'impose, compte tenu de la position singulière des réviseurs (activité sporadique, intervention *a posteriori*, absence de moyen d'intervention directe) et du caractère complexe, sinon confus de la solidarité différenciée. Compte tenu de la sensibilité du sujet dans les milieux concernés, on doit s'étonner que toutes les alternatives existantes (abandon de la responsabilité solidaire à la faveur de la solidarité du droit commun des art. 50 et 51 CO, suppression de la qualité d'organe des réviseurs, consécration d'une responsabilité subsidiaire des réviseurs, renforcement du régime de la solidarité différenciée des réviseurs, exclusion de la responsabilité en cas de faute légère) au régime actuel ne soient pas discutées en profondeur dans la motivation de l'avant-projet. Cela étant, la solution proposée présente le mérite de la prévisibilité et surtout de l'uniformisation avec d'autres régimes européens (soit l'Allemagne, l'Autriche et la Grèce), ce qui devrait la rendre politiquement acceptable nonobstant le privilège qu'elle instaure par rapport à d'autres mandataires exposés à des risques similaires....soit notamment les avocats !

B) Quant aux modifications touchant la structure du capital

On relèvera que les modifications proposées vont généralement dans le sens des besoins actuels de l'économie, de plus en plus soumise à l'internationalisation du commerce et à la nécessité de réagir rapidement aux changements de circonstances. L'avant-projet tient harmonieusement et équitablement compte des intérêts de toutes les parties en présence : société, actionnaires et créanciers.

S'agissant plus particulièrement de l'assouplissement des règles d'augmentation et de réduction du capital-actions, la préférence doit être donnée au système de la marge de fluctuation, plutôt qu'à celui de l'augmentation et de la réduction autorisée du capital-actions. La marge de fluctuation permet en effet beaucoup plus de souplesse et de rapidité dans la réalisation d'une modification du capital-actions. Il est également plus cohérent et plus simple sur le plan juridique de recourir à une seule solution symétrique, pour tenir compte de toutes les situations, plutôt que de devoir faire appel à la combinaison d'une augmentation et d'une réduction autorisée du capital-actions, pour atteindre en définitive le même objectif. Les intérêts des créanciers sont largement pris en considération dans la réglementation de la marge fluctuante du capital. D'une part, un avis doit être publié avant la décision de l'assemblée générale, avec possibilité pour les créanciers d'obtenir des sûretés (article 653v alinéa 1^{er} AP). D'autre part, le Conseil d'administration ne peut procéder à une réduction du capital-actions dans la marge de fluctuation du capital que si l'exécution des créances ne s'en retrouve pas compromise (article 653v alinéa 3 AP).

S'agissant de l'abandon du concept de valeur nominale minimale des actions, on peut saluer cette innovation, tout en relevant qu'il aurait été probablement préférable d'introduire en droit suisse des actions sans valeur nominale improprement dites, ce qui aurait toutefois provoqué une modification fondamentale du droit de la société anonyme, ce qui ne peut pas être réalisé à relativement bref délai.

C) Quant à la réforme du droit comptable

De manière générale, il y a lieu de saluer l'idée de regrouper, sous un seul titre, l'ensemble des règles régissant la comptabilité des entreprises, quelles qu'elles soient. On peut toutefois regretter que la révision du droit comptable et du droit de la révision (FF 2005 6809; ci-après : APR) n'aient pas fait l'objet d'un projet commun, ce qui aurait pu conduire à une intégration plus poussée.

Le législateur helvétique pourrait judicieusement profiter de la révision en cours pour instaurer un système cohérent et uniforme qui fixerait les différentes obligations des sociétés en fonction de leur *importance économique et sociale*, comme en droit européen, en les classant en trois catégories : petites, moyennes et grandes sociétés (art. 11 et 27 D-4; art. 6 D-7). L'art. 727 de l'APR comprend une ébauche d'un tel système qui reprend les mêmes critères que le droit européen (1. Total du bilan; 2. Montant net du chiffre d'affaires; 3. Nombre de membres du personnel). Il serait ainsi judicieux d'étendre la distinction relativement aux obligations suivantes : 1. Obligation d'établir des comptes (art. 957 AP); 2. Obligation de révision (art. 727 APR); 3. Obligation d'établir des comptes consolidés (art. 963 AP); 4. Obligation d'établir des comptes selon un référentiel comptable (art. 962 AP); 5. Obligations de publicité (art. 958d AP).

Quelques remarques *quant à la forme* :

- A l'art. 958 al. 1 AP, il serait judicieux de remplacer l'expression "*opinion fondée*" par "*image fidèle*", conforme à la terminologie européenne (art. 1 al. 3 D-2).
- L'art. 958 al. 2 AP pourrait être complété comme suit : "Ils sont présentés dans le rapport de gestion. Le rapport de gestion contient les comptes annuels (comptes individuels) qui se composent du bilan, du compte de résultat, de *l'annexe et, lorsque la loi le prescrit, du rapport annuel*".
- Pour plus de clarté, on pourrait substituer le titre du chapitre III ("comptes des grandes entreprises") par "*Comptes des sociétés soumises à l'obligation de contrôle ordinaire*".
- L'art. 963c AP est en apparente contradiction avec l'art. 962 al. 3 AP. Il y aurait lieu de rédiger l'art. 963c AP en ces termes : "L'établissement volontaire des comptes consolidés *conformément à un référentiel comptable* est régi par les dispositions de l'art. 962a".
- A l'art. 958b al. 1 AP, on peut regretter l'ancienne formulation de l'art. 662a CO, plus détaillée. De plus, les principes énumérés dans cet alinéa n'étant pas exhaustifs, une réserve devra être faite dans ce sens par l'ajout d'un "notamment".
- L'adaptation à la terminologie européenne voudrait en français que soit utilisée l'expression "*compte de profits et pertes*" (art. 2 D-4) en lieu et place du "*compte de résultat*".
- De même, l'expression européenne "*rappor tde gestion*" (art. 46 D-4) recouvre en fait le "*rappor t annuel*" (art. 961b AP).
- De manière générale, la rédaction (sans doute provisoire) de la version française de l'AP n'est pas satisfaisante.

Quant au fond, l'AP sera tout particulièrement examiné au regard de sa compatibilité avec les textes européens suivants :

- Quatrième Directive (78/660/CE; ci-après : D-4) : comptes annuels;
- Septième Directive (83/349/CE; ci-après : D-7) : comptes consolidés;
- *Proposition* de Directive du Parlement européen et du Conseil, du 27 octobre 2004 (ci-après : proposition du 27.10.2004), modifiant la Directive 78/660/CEE du Conseil concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés et de la Directive 83/349/CE du Conseil concernant les comptes consolidés sous référence COM (2004) 725 ;
- *Proposition* de Directive du Parlement européen et du Conseil, du 16 mars 2004 (ci-après : proposition du 16.03.2004), concernant le contrôle légal des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les Directives du Conseil 78/660/CE et 83/349/CEE, sous référence COM (2004) 177 ;
- Règlement (1606/2002/CE) : adoption des normes comptables internationales.

On notera les points suivants :

- Le droit européen prévoit une réglementation détaillée des postes du bilan (art. 9ss D-4; art. 959a AP), ainsi du compte de résultat et de l'annexe (art. 23ss D-4; art. 959b AP). Il pourrait être judicieux de reprendre ces modèles en droit suisse.
- L'AP propose d'étendre l'obligation d'établir des comptes consolidés à d'autres formes juridiques que la SA (art. 963 AP), se conformant ainsi au droit européen (art. 4 D-7). Celui-ci prévoit toutefois que les petites et moyennes sociétés peuvent en être exemptées (art. 6 D-7).
- Au chapitre V de l'AP (art. 963ss AP), on regrette l'absence d'une disposition de synthèse qui pourrait s'inspirer de l'art. 16 D-7.

- La possibilité pour des associés représentant au moins 10% du capital-actions d'une société d'exiger l'établissement de comptes conformes à un référentiel comptable pourrait donner à ceux-ci un certain pouvoir de nuisance qui ne semble pas justifié (art. 962 al. 2 ch. 2 AP). A l'inverse, obliger les seules sociétés cotées à établir des comptes conformes à un référentiel peut paraître insuffisant. Dès lors, comme en droit européen, c'est l'importance économique et sociale de la société visée qui devrait être prise comme critère pour fonder l'obligation ou non d'établir des comptes conformes à un référentiel comptable.
- Il appartiendra au Conseil fédéral de désigner les référentiels comptables applicables (art. 962a al. 1 AP) . Il serait judicieux que l'on s'inspire des référentiels adoptés par l'UE (art. 2 Règlement).

D) Droit européen

Conformément à l'art. 141 al. 2 let. a LParl, le Conseil fédéral doit fournir, dans ses messages, des indications sur les relations du projet qu'il présente au Parlement avec le droit européen. Or, sur la base de l'art. 44 al. 2 let. g TCE, le Conseil de l'Union européenne a adopté un certain nombre de directives et de règlements ayant pour but d'harmoniser le droit des sociétés dans le territoire de l'Union (liste complète : <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/s09000.htm>).

Les textes de droit européen harmonisé relatifs au droit comptable ont été examinés ci-dessus. Nous nous limiterons dans ce chapitre à examiner la conformité du projet de nouveau droit de la SA relativement aux textes européens suivants :

- Première Directive (68/151/CE; ci-après : D-1) : publicité, validité des engagements de la société, nullité de la société.
- Deuxième Directive (77/91/CE; ci-après : D-2) : constitution, protection du capital-actions. On tiendra également compte du *projet* de modification (ci-après : projet de modification D-2), sous référence COM (2004) 730.

On notera les points suivants à ce sujet :

- On peut s'interroger sur l'opportunité de faire disparaître les actions au porteur qui ne sont pas interdites par le droit européen harmonisé. Le projet de modification D-2 ne prévoit pas une telle suppression.
- Le droit européen (art. 19 à 24bis D-2) reste plus strict que l'art. 659 AP s'agissant de l'acquisition par la SA de ses actions propres: décision de l'AG; limite temporelle de l'autorisation fixée à un maximum de 18 mois; restriction aux seules actions entièrement libérées. On notera toutefois que le projet de modification D-2 tend à assouplir ces règles et étend notamment à 5 ans la limite temporelle, tout en supprimant la limite de 10% pour la détention d'actions propres (art. 19 al. 1 *in fine* projet de modification D-2).
- Le droit européen (art. 26 et 27 D-2) reste également plus strict que l'AP (art. 652c en rel. avec 632 al. 1 CO) quant à la libération des actions souscrites dans le cadre d'une augmentation de capital : 25% contre 20%. On notera que le projet de modification D-2 prévoit, dans certaines conditions, un assouplissement des règles liées à l'apport autre qu'en numéraires, comme la suppression de l'obligation de faire établir un rapport (art. 10bis projet de modification D-2).

-
- La réduction de capital suppose, selon le droit européen, une décision de l'AG prise à une majorité qualifiée ou simple lorsque la moitié du capital-actions souscrit est représentée (art. 703 CO; art. 30 et 40 al. 2 D-2). Ce n'est pas le cas de l'AP (art. 703 et 704 AP).
 - Le projet de modification D-2 prévoit un droit de *squeeze-out* pour l'actionnaire détenant plus de 90% du capital-actions d'une société cotée (art. 39bis projet de modification D-2). L'AP ne prévoit pas une telle possibilité.
 - Le projet de modification D-2 prévoit en outre un droit de sortie des actionnaires minoritaires d'une société cotée (art. 39ter al. 1 projet de modification D-2). L'AP ne prévoit pas une telle possibilité.
 - Le concept de "*marge de fluctuation du capital*" (art. 653r AP; variante 1) n'est pas connu du droit européen harmonisé.

* * * * *

Nous vous prions de croire, Mesdames, Messieurs, à l'assurance de nos sentiments distingués.

Me Christian Bettex

Bâtonnier

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Herrn Bundesrat Dr. Christoph Blocher
Bundeshaus
3003 Bern

Basel, 12. Juni 2006 Dg/rb/by

Vernehmlassung zum Vorentwurf des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Für die uns gewährte Möglichkeit zur Vernehmlassung danken wir Ihnen bestens. Gerne nehmen wir zum obenerwähnten Vorentwurf wie folgt Stellung:

1. Einleitung

1.1. proFonds: Dachverband gemeinnütziger Stiftungen der Schweiz

proFonds, der Dachverband gemeinnütziger Stiftungen der Schweiz vertritt gesamtschweizerisch die Interessen gemeinnütziger Stiftungen und Vereine, namentlich in Fragen des Zivil-, Aufsichts- und Steuerrechts. Ausserdem fördert er den Informations- und Erfahrungsaustausch im Gemeinnützigkeitswesen.

Dem vorgenannten Zweck entsprechend nimmt proFonds zum Vorentwurf des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005 Stellung, soweit gemeinnützige Stiftungen (sog. "klassische Stiftungen") und Vereine bzw. deren Interessen betroffen sind.

1.2. Bedeutung und Besonderheit der gemeinnützigen Stiftungen

Dem Stiftungs- und Vereinswesen der Schweiz kommt eine sehr grosse Bedeutung zu. Die Zahl der klassischen, grundsätzlich gemeinnützigen Stiftungen beläuft sich auf ca. 11'000. Zahlreich sind auch die in der Form des Vereins konstituierten gemeinnützigen Organisationen. Das Vermögen der klassischen Stiftungen bewegt sich schätzungsweise in einer Grössenordnung von über dreissig Mil-

liarden Franken. Allerdings zählt nur ein kleinerer Teil der gemeinnützigen Stiftungen und Vereine zu den grossen, finanzstarken und professionell geführten Organisationen. Diesen steht das Gros kleiner bis mittlerer, im *Milizsystem* und sehr oft auch *ehrenamtlich geführter Stiftungen und Vereine* gegenüber.

Gemeinnützige Stiftungen und Vereine üben *im Interesse und zum Wohl der Allgemeinheit* in den verschiedensten Bereichen wichtige Funktionen aus. Zu nennen sind etwa der Sozialbereich, das Gesundheitswesen, die Wissenschaft, Forschung, Bildung und Erziehung, Kunst und Kultur, Entwicklungshilfe, humanitäre Tätigkeiten etc. Nach der Art ihrer Tätigkeit lassen sich die Stiftungen und Vereine in *fördernde und operative Organisationen* unterteilen. Die ersten fördern andere Organisationen, Personen oder Projekte bzw. Tätigkeiten Dritter durch materielle Unterstützung. Demgegenüber sind operative Stiftungen und Vereine in ihrem Zweckbereich mit eigenen Einrichtungen, Aktivitäten, Projekten etc. tätig. Die Kombination von fördernder und operativer Tätigkeit ist möglich und auch häufig anzutreffen.

In der Regel betreiben gemeinnützige Stiftungen und Vereine *kein kaufmännisches Gewerbe*. Allenfalls wird ein sogenannter kaufmännischer Hilfsbetrieb geführt, welcher der Mittelbeschaffung für die Erfüllung des gemeinnützigen Zwecks dient und diesem untergeordnet ist. Eine übergeordnete, den Stiftungs- bzw. Vereinszweck bildende wirtschaftliche Tätigkeit wird durch die Kriterien der Steuerbefreiung wegen Gemeinnützigkeit - und beim Verein zudem durch Art. 60 ZGB - ausgeschlossen.

Vereinzelt existieren sogenannte *Unternehmensstiftungen* in der Form der Holding-Stiftung (die Stiftung hält eine Beteiligung an einem wirtschaftlichen Unternehmen) oder der Unternehmensträger-Stiftung (die Stiftung betreibt das wirtschaftliche Unternehmen selbst). Doch dürfen auch bei Unternehmensstiftungen Mittel und Zweck nicht verwechselt werden. Der Zweck kann durchaus gemeinnütziger Natur und der geführte Betrieb bzw. die gehaltene Beteiligung das Instrument der Mittelbeschaffung für den gemeinnützigen Zweck sein.

All diesen Besonderheiten und Verschiedenheiten ist bei den Anforderungen an die Rechnungslegung und Revision von Stiftungen und Vereinen Rechnung zu tragen. Ausserdem gilt es zu beachten, dass das schweizerische Stiftungs- und Vereinswesen nur deshalb seine heutige Bedeutung erlangen konnte, weil der Zivilgesetzgeber mit einem *ausgesprochen liberalen Stiftungs- und Vereinsrecht* günstige rechtliche Rahmenbedingungen geschaffen hat. Dank der weitgehenden Verschonung der Stiftungen und Vereine von administrativen Anforderungen - namentlich auch im Bereich der Rechnungslegung und Revision - konnten sich die Stiftungen und Vereine auf ihre Kernfunktionen konzentrieren und konnte sich das Gemeinnützigkeitswesen optimal zum Allgemeinwohl entfalten.

2. Allgemeines zum rechtsformunabhängigen Revisions- und Rechnungslegungsrecht

2.1. Vorbemerkung

proFonds erlaubt sich an dieser Stelle, die kürzlich im Parlament verabschiedete Vorlage zum neuen Revisionsrecht nochmals aufzugreifen, da diese in einem *engen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang* mit der vorliegenden Revision des Rechnungslegungsrechts steht. Primär geht es proFonds darum, das **Konzept der rechtsformunabhängigen Regelung**, dem bereits die Änderung des Revisionsrechts untergeordnet wurde, **kritisch zu analysieren**, um letztlich aussagekräftige **Schlussfolgerungen** für die vorliegende Revision des Rechnungslegungsrechts zu gewinnen. Entsprechend dem Zweck von proFonds werden die Ausführungen und Erörterungen auf das Recht der gemeinnützigen Stiftungen und Vereine fokussiert.

2.2. Rechtsformunabhängiges Revisionsrecht

Mit der Revision des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) und der Schaffung eines neuen Bundesgesetzes über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004 (RAG) wurde vor kurzem für sämtliche Rechtsformen des Privatrechts eine *vereinheitlichte Neuordnung der Revisionsrechts* verabschiedet. Nach diesem Regelungskonzept erfolgt keine Unterscheidung mehr nach den bekannten Rechtsträgern des schweizerischen Zivilrechts. Selbst fundamentale Unterscheidungen wie Körperschaft und Anstalt oder Handelsgesellschaften und sonstige Unternehmen spielen beim Revisionsrecht keine Rolle mehr. Das Gesetz differenziert einzig nach dem *Aspekt der wirtschaftlichen Grösse* eines Unternehmens. Diejenigen Unternehmen (inkl. Stiftungen und Vereine), welche eine bestimmte Grösse nicht überschreiten, haben ihre Jahresrechnung einer *eingeschränkten Revision (Review)* zu unterziehen. Alle übrigen Unternehmen bedürfen einer *ordentlichen Revision*.

Schliesslich hat der Gesetzgeber die fachlichen Anforderungen an die Revisoren im Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren festgelegt. Die ordentliche Revision erfolgt durch *zugelassene Revisionsexperten* oder durch *ein staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen*, die eingeschränkte Revision durch *zugelassene Revisoren*. Im Zuge dieses regulatorischen Zulassungssystems wurde die Revision durch fachlich angemessen befähigte "Laienrevisoren", die bei gemeinnützigen Stiftungen und Vereinen weit verbreitet und bewährt ist, abgeschafft.

2.3. Kritik

proFonds hat die von der parlamentarischen Initiative SCHIESSER herrührende Einführung einer Revisionsstellenpflicht für alle Stiftungen *begrüßt* und sich mit Nachdruck dafür eingesetzt. Eine qualitativ hochstehende Rechnungsführung mit einer anschliessenden *Revision durch einen angemessenen (Laien-)Revisor* ist im Sinne der Transparenz für den Stiftungsstandort Schweiz unabdingbar. Die bisherige sowie die geltende Rechtslage, wie sie seit dem 1. Januar 2006 in Kraft

steht, hat sich in der Praxis ausgezeichnet bewährt. Es ist daher *unangebracht*, Bewährtes unbesehen ausser Kraft zu setzen.

proFonds hat sich gegen ein rechtsformunabhängiges Revisionsrecht ohne spezifische Differenzierungen und Ausnahmebestimmungen zugunsten gemeinnütziger Stiftungen und Vereinen ausgesprochen. Die Gleichsetzung von gemeinnützigen Stiftungen und Vereinen mit gewinnorientierten Handelsgesellschaften ist *nicht gerechtfertigt*. Insbesondere die Abschaffung der Laienrevision für kleine und mittlere Stiftungen ist sachlich kaum begründbar. Im einzelnen stösst sich proFonds an folgenden Gegebenheiten:

2.3.1. Gesetzgeberischer Verstoss gegen Gleichbehandlungsgebot

Der Gesetzgeber hat sich bei der Rechtsetzung an das Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 der Bundesverfassung zu halten. Danach ist Gleicher nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleicher nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Das rechtsformneutrale Revisionsrecht für sämtliche Gesellschaftsformen und juristischen Personen lässt einer sachlich gebotenen Ungleichbehandlung keinen Raum und setzt sich damit über *erhebliche tatsächliche Unterschiede* hinweg. proFonds weist erneut darauf hin, dass *gewichtige sachliche Gründe* bestehen, Stiftungen und Vereine nicht mit den Handelsgesellschaften des Obligationenrechts über eine Leiste zu schlagen. Insbesondere gilt es zu beachten:

- a) Stiftungen und Vereine sind klar von gewinnorientierten Handelsunternehmen des Obligationenrechts zu unterscheiden. Gemeinnützige Stiftungen und Vereine *treten nicht auf einem wettbewerborientierten Markt auf*, um Waren auszutauschen oder Dienstleistungen zu erbringen, d.h. Stiftungen sind, - einmal abgesehen vom Sonderfall der Unternehmensstiftung mit wirtschaftlicher Zwecksetzung - keine Fabrikations-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen. Vielmehr treten sie als ideelle und gemeinnützige Organisationen auf, um gewissen Zielpersonen, die sich in der Regel in einer speziellen Bedarfssituation befinden, Leistungen zu erbringen. Im Hinblick auf das Revisions- und Rechnungslegungsrecht steht demnach nicht der Schutz von anderen Marktteilnehmern (z.B. Lieferanten, Gläubiger, Banken, etc.) im Vordergrund.
- b) Stiftungen sind als privatrechtliche Anstalten konstituiert, weshalb sie über keine Eigentümer oder Mitglieder verfügen. Die Stiftungsorgane haben einzig einen vom Stifter vorgegebenen Zweck zu verwirklichen. Da Eigentümer und Mitglieder fehlen, existiert eine *staatliche Aufsicht*, welche sicherstellt, dass die Stiftungsorgane sich bei der Umsetzung des Stiftungszwecks an das Gesetz und das Stiftungsstatut halten. Diese staatliche Aufsicht beinhaltet auch eine Kontrolle der finanziellen Situation der Stiftung.
- c) Die Revision durch *fachlich angemessene "Laienrevisoren"* ist gerade bei kleinen und mittleren Stiftungen, die über verhältnismässig wenig unterjährige buchhalterische Transaktionen verfügen, ausreichend. Zudem ist die Vermögenssituation oft einfach zu überblicken. Im Anschluss an die Revision erfolgt zusätzlich die Aufsicht durch den Staat. Dieses im Ergebnis bestehende *doppelte Kontrollsystem* ist für das Gros der Stiftungen ausreichend. Im übrigen ist auf die ultimative Möglichkeit der Aufsichtsbehörde hinzuweisen, im Rahmen ihrer jährli-

chen Aufsichtstätigkeit die Stiftung anzuweisen, einen qualitativ ungenügenden Revisor durch einen solchen zu ersetzen, der kraft seiner fachlichen Fähigkeiten in der Lage ist, die Stiftungsrechnung ordnungsgemäss zu überprüfen.

d) Bei einem Grossteil der kleinen und mittleren Stiftungen ist der *Prüfungsumfang und die Prüfungsintensität* erheblich beschränkt. Wie bereits erwähnt, betätigen sich gemeinnützige Stiftungen in der Regel nicht als Fabrikations-, Handels- oder Dienstleistungsunternehmen und führen somit kein kaufmännisches Gewerbe. So hat die Revisionsstelle bei Stiftungen lediglich zu überprüfen, ob die Äufnung und Vergabe der Stiftungsmittel sowie die Verwaltungskosten buchhalterisch richtig erfasst wurden und ob die Vermögensanlage dem Gesetz und dem Stiftungsstatut entsprechen. Dieser Prüfungsumfang besteht oft unabhängig von der Bilanzsumme. Die Buchhaltung einer Stiftung, welche über ein Vermögen von mehreren Millionen Franken verfügt, kann durchaus einfach ausfallen, so dass die Einsetzung eines zugelassenen Revisors oder gar eines Revisionsexperten sachlich nicht gerechtfertigt ist.

e) Das neue System mit den erhöhten fachlichen Anforderungen an die Revisoren (sowohl für die eingeschränkte als auch für die ordentliche Revision) treibt den *administrativen Aufwand* und die *Verwaltungskosten* der gemeinnützigen Organisationen unnötig in die Höhe. Selbst die vorgesehene Befreiung von der Revisionsstellenpflicht (Art. 83a Abs. 4 ZGB) mag daran nichts zu ändern, denn die staatliche Aufsicht wird sich in diesem Fall gezwungen sehen, befreite Stiftungen mit erhöhter Aufmerksamkeit auf die finanzielle Lage zu überprüfen und entsprechend ihre Gebühren hochhalten. Die nach geltendem Recht zulässige "Laienrevision" dagegen erfolgt gewöhnlich im Ehrenamt oder zum Vorzugspreis. Insofern ist nicht zu bezweifeln, dass die neue Rechtslage zu einer Erhöhung der Verwaltungskosten führt. Administrative Mehrkosten führen selbstredend zu einem *unerwünschten Zustand*, als dadurch weniger Stiftungsmittel für die eigentliche Zweckerfüllung zur Verfügung stehen.

2.3.2. Rechtsetzung ohne fundierte und sachliche Auseinandersetzung mit dem Sonderfall Stiftungen

Der Gesetzgeber hat sich mit der Frage der *Zulässigkeit und Angemessenheit* des rechtsformneutralen Revisionsrechts in Bezug auf Stiftungen und Vereine *nicht auseinandergesetzt*. Ein *Vernehmlassungsverfahren* hat *nicht stattgefunden*. Im betreffenden Abschnitt der Botschaft des Bundesrats¹ findet sich keine vertiefte Auseinandersetzung mit der Frage der Gleichsetzung von Stiftungen und Handelsgesellschaften. Selbst im Parlament fanden *keine Diskussionen* zu dieser Frage statt. Einzig Ständerat SCHIESSER äusserte sich kritisch zur geplanten Rechtsetzung², worauf Bundesrat BLOCHER kurz und ohne Begründung replizierte, es spielle keine Rolle, ob Stiftung oder nicht, einzlig die wirtschaftliche Bedeutung sei massgebend³. Das ganze Gesetzgebungsverfahren war einzlig darauf ausgerich-

¹ Vgl. Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrecht (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) vom 23. Juni 2004, BBL 2004, S. 3989 ff.

² Vgl. Votum SCHIESSER in Amtl.Bull. SR 2005, S. 619 f.

³ Vgl. Votum BLOCHER in Amtl.Bull. SR 2005, S. 622.

tet, für KMU Erleichterungen zu erzielen. Die vielen kleinen Unternehmen (gemeint sind ausschliesslich Handelsgesellschaften) sollten unabhängig von ihrer Rechtsform von der eingeschränkten Revision mit der Möglichkeit des *Opting-out* profitieren können. Die Interessen der Stiftungen und Vereine, insbesondere die Frage nach der Zulässigkeit der Gleichbehandlung mit den Handelsgesellschaften unter dem Gesichtspunkt von Art. 8 der Bundesverfassung, wurden vom Gesetzgeber schlicht ignoriert.

2.3.3. Rechtszersplitterung und hohe Komplexität des Revisionsrechts

Das neue Revisionsrecht ist *kompliziert* und *schwer verständlich*. Gemeinnützige Stiftungen verfügen in der Regel nicht über ein spezifisch qualifiziertes Management und Personal wie die Handelsgesellschaften. Die mit der Stiftungsverwaltung betrauten Personen arbeiten gewöhnlich im Ehrenamt und stehen bei der Anwendung des neuen Revisionsrechts vor einer unverhältnismässigen Hürde. Die neue Rechtslage führt zu einer *anwenderfeindlichen Rechtszersplitterung*, die dem gesetzgeberischen Grundgedanken des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs widerspricht. Das neue Revisionsrecht für Stiftungen ist über insgesamt drei Gesetze und eine Verordnung verstreut.

2.4. Folgerungen für rechtsformunabhängiges Rechnungslegungsrecht

Der Gesetzgeber sollte sich davor hüten, die bei der Änderung des Revisionsrechts begangenen Fehler beim vorliegenden Entwurf zu wiederholen. Im neuen Rechnungslegungsrecht verlangt proFonds *sachliche Differenzierungen*, die den Interessen der gemeinnützigen Stiftungen und Vereine gebührend Rechnung tragen.

Eine Gleichstellung des Rechnungslegungsrechts aller klassischen Stiftungen und Vereine mit den Handelsgesellschaften des Obligationenrechts lehnt proFonds entschieden ab.

Ausserdem lädt proFonds das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement dazu ein, **Art. 83b (neu) ZGB** über die Revisionsstelle von Stiftungen eingehend zu überdenken und im Rahmen der vorliegenden Revision des Rechnungslegungsrechts eine **adäquate Neufassung** vorzulegen. Angesichts der ausgebliebenen Vernehmlassung und der ebenfalls ausgebliebenen parlamentarischen Diskussion über diese Bestimmung ist dieses Vorgehen gerechtfertigt. In Art. 83b (neu) ZGB ist der **Grundsatz** zu verankern, dass Stiftungen über einen fachlich angemessenen Revisor verfügen müssen, der nicht zwingend einer staatlichen Zulassung bedarf und der die Stiftungsrechnung eingeschränkt zu prüfen hat. Insbesondere ist die **Delegationsnorm** von Art. 83b (neu) ZGB Abs. 2 zu überdenken und **neu zu fassen**. Sie ist so zu formulieren, dass der Bundesrat nicht nur die Voraussetzungen für eine (gänzliche) Befreiung von der Revisionsstellenpflicht festlegen kann, sondern auch die Voraussetzungen, unter denen eine Stiftung sich mit einem nicht zugelassenen Revisor begnügen kann. Ausserdem ist die bisherige Delegationsnorm in Art. 83a Abs. 3 des geltenden ZGB beizubehalten. Danach kann der Bundesrat bestimmen, unter welchen Voraussetzungen die Stiftung

*ausnahmsweise einen besonders befähigten Revisor (künftig einen zugelassenen Revisionsexperten) beziehen muss. Nach Art. 2 der geltenden Verordnung über die Revisionsstelle von Stiftungen müssen **öffentliche spendensammelnde Stiftungen** einen besonders befähigten Revisor beziehen, wenn sie in zwei aufeinanderfolgenden Jahren Spenden von mindestens CHF 100'000 einnehmen. Diese Limite scheint proFonds zwar zu tief. Allerdings wäre es auch nicht sachgerecht, öffentliche spendensammelnde Stiftungen erst der uneingeschränkten Revisionspflicht zu unterstellen, wenn sie die Größenkriterien Bilanzsumme von CHF 10 Millionen, Umsatzerlöse von CHF 20 Millionen und 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt erfüllen. Hier drängt sich eine wohl durchdachte **schlüssige Lösung** auf Stufe Gesetz und Verordnung auf.*

*proFonds steht dem Eidg. Justiz- und Polizeidepartement jederzeit für einen **Dialog** über diesen **spezifischen Fachbereich** zur Verfügung. Wir möchten in Erinnerung rufen, dass anlässlich der Ausarbeitung des Fusionsgesetzes bzw. der spezifischen Bestimmungen für Stiftungsfusionen ein fruchtbare Dialog zwischen dem Bundesamt für Justiz und unserem Dachverband stattgefunden hat. Dieser führte zu einer allseits begrüßten tragfähigen Lösung. Auch im vorliegenden Fall wäre es von Vorteil, diesen Weg einzuschlagen.*

3. Neuregelung des Rechnungslegungsrechts

3.1. Geltendes Recht für Stiftungen

Nach geltendem Recht sind Stiftungen buchführungspflichtig. Für sämtliche Stiftungen sind die Vorschriften über die kaufmännische Buchführung (Art. 957 ff. OR) *sinngemäß* anwendbar (Art. 84b Abs. 1 OR). Stiftungen, die ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben, unterliegen strenger Vorschriften. Für sie erklärt das Gesetz hinsichtlich der Rechnungslegung und Offenlegung der Jahresrechnung die Bestimmungen des Aktienrechts (Art. 662 ff. OR) für *sinngemäß* anwendbar (Art. 84b Abs. 2 ZGB). Die alte Rechtslage (bis Ende 2005) kannte hingegen keine gesetzliche Pflicht der Stiftungen zur Buchführung und Rechnungslegung. Nach der (nunmehr überholten) Rechtsprechung des Bundesgerichts galt eine solche nur für gewerbetreibende Stiftungen.⁴ Die aktuelle Rechtslage hat diese unbefriedigende Situation beseitigt, indem sie alle Stiftungen für buchführungspflichtig erklärt. Die Einführung der Buchführungspflicht stellt im übrigen eine unabdingbare Voraussetzung für die Revision der Jahresrechnung dar. Daher war es vom Gesetzgeber nicht mehr als folgerichtig, mit der Einführung der Revisionsstellenpflicht gleichzeitig eine Buchführungspflicht vorzuschreiben. proFonds erachtet die heutige Differenzierung nach dem Kriterium "Gewerbetrieb" als sinnvoll und angebracht.

3.2. Recht nach Inkrafttreten der Änderungen im Revisionsrecht

Mit der Änderung des Revisionsrechts (vgl. Ziff. 2 vorstehend) wird die Buchführungspflicht im neuen Art. 83a E-ZGB geregelt. Der Gesetzgeber bezeichnet mit

⁴ Vgl. BGE 110 I^b 19.

der Wortwahl von Art. 83a E-ZGB das oberste Stiftungsorgan (in aller Regel der Stiftungsrat) als Adressat der Buchführungspflicht, nachdem in der geltenden Fassung von Art. 84b ZGB noch die Stiftung selbst als Adressatin bezeichnet wird. Es dürfte sich dabei lediglich um eine redaktionelle Korrektur des Gesetzes- textes handeln. Neu sind für gewöhnliche Stiftungen die Art. 957 ff. OR nicht mehr nur sinngemäß, sondern direkt anwendbar. Eine einzelfallbezogene Abwei- chung von den Vorschriften von Art. 957 ff. OR fällt damit weg. Beibehalten wird die strengere Rechtsfolge für gewerbetreibende Stiftungen, für welche nach wie vor die Bestimmungen des Aktienrechts (Art. 662 ff OR) sinngemäß, bzw. nach der neuen Wortwahl „entsprechend“ anwendbar sind.

3.3. Erörterung der für Stiftungen und Vereine relevanten Bestim- mungen im VE Rechnungslegungsrecht vom 2. Dezember 2005

3.3.1. Vorbemerkung

proFonds beschränkt seine Ausführungen in der vorliegenden Vernehmlassung auf die geänderten Bestimmungen des Rechnungslegungsrecht, soweit diese für Stiftungen und Vereine einen relevanten Bezug aufweisen. Auf die geplanten Än- derungen im Aktienrecht wird hingegen nicht eingegangen.

3.3.2. Systematik der neuen Vorschriften über die kaufmännische Buchführung

Mit der systematischen Neugruppierung der Vorschriften über die kaufmännische Buchführung in den Art. 957 ff. E-OR und der damit zusammenhängenden voll- ständigen Streichung der Art. 662 bis 670 OR kann sich proFonds einverstanden erklären.

3.3.3. Rechtsformneutrale Rechnungslegung / Verweisung in Art. 69a und 83a E-ZGB

Die *grundsätzliche Gleichstellung* aller klassischen Stiftungen und der Vereine mit den Handelsgesellschaften im Wortlaut von Art. 957 Abs. 1 E-OR wird von proFonds *abgelehnt*. Die Gründe, welche proFonds zum ablehnenden Urteil ver- anlassen, sind grundsätzlich dieselben wie bei der Änderung des Revisionsrechts und wurden bereits eingehend erörtert (vgl. vorne Ziff. 1.2. und 2.).

Für das Gros der *kleinen und mittleren Stiftungen* sind die neuen Rechnungs- legungsvorschriften zu *kompliziert* und angesichts der Tätigkeit der Stiftungen (Umsetzung des Stiftungszwecks) *nicht angemessen*. Selbst wenn eine Stiftung ausnahmsweise ein nach kaufmännischer Art geführter Gewerbe betreibt, han- delt es sich dabei in der Regel lediglich um einen Hilfsbetrieb (vgl. vorne Ziff. 1.2.). Die gemeinnützigen Stiftungen und Vereine verfügen im Gegenteil zu den Handelsgesellschaften normalerweise nicht über kaufmännisch geschultes Personal. Die ehrenamtlich tätigen Rechnungsführer ständen mit dem neuen Rechnungslegungsrecht vor unverhältnismässigen Hürden. Die Stiftungen und Vereine sähen sich gezwungen, die Buchhaltungs- und Jahresabschlussarbeiten

an externe Dritte (z.B. Treuhandbüro) zu delegieren, was die Verwaltungskosten unnötig erhöhen würde.

proFonds lehnt die *zwingende, unflexible Verweisung* auf die Vorschriften des Obligationenrechts über die kaufmännische Buchführung in den Art. 69a und 83a E-ZGB ab. Beantragt wird vielmehr eine Bestimmung, die den Stiftungen und Vereinen genügend Raum für flexible, fachlich begründbare Abweichungen von den Vorschriften des Obligationenrechts über die kaufmännische Buchführung belässt. Als *zwingend* wird daher die Verwendung einer "*sinngemässen*" oder "*entsprechenden*" *Verweisungstechnik* im Gesetzeswortlaut von Art. 69a und 83a E-ZGB erachtet. Dies entspricht auch der geltenden Gesetzesredaktion von Art. 84b ZGB. Dass die neuen Vorschriften teilweise nur sinngemäss oder entsprechend auf Stiftungen Anwendung finden können, zeigen z.B. die Vorschrift zur Erfolgsrechnung (Art. 959b E-OR) oder die Vorschrift zur periodengerechten Zuordnung von Aufwand und Ertrag (Art. 958b Abs. 3 E-OR), die primär auf Handelsgesellschaften ausgerichtet sind.

Antrag:

Die Verweisungstechnik in Art. 69a und 83a E-ZGB ist in dem Sinn abzuändern, dass die Vorschriften des Obligationenrechts über die kaufmännische Buchführung lediglich "entsprechend" oder "sinngemäss" auf die Stiftung bzw. den Verein Anwendung finden.

3.3.4. Art. 958d Abs. 1 E-OR: Einsichtsrecht von Gläubigern

Art. 958d Abs. 1 E-OR gewährt den Gläubigern ein Einsichtsrecht in den Geschäfts- und den Revisionsbericht, sofern sie ein schutzwürdiges Interesse nachzuweisen vermögen. Es stellt sich bei dieser Bestimmung die Frage, ob unter den Begriff der Gläubiger auch *Destinatäre mit Rechtsansprüchen* gegen die Stiftung zu subsumieren sind. Diese Frage wäre wohl tendenziell zu bejahen, wobei bei gemeinnützigen Stiftungen Destinatäre mit Rechtsansprüchen ein seltenes Phänomen darstellen. Destinatäre ohne Rechtsansprüche haben hingegen kein Einsichtsrecht.

3.3.5. Rechnungslegung für grosse Unternehmen - Lagebericht

Stiftungen, die von Gesetzes wegen zu einer ordentlichen Revision verpflichtet sind, müssen (1) zusätzliche *Angaben* im Anhang der Jahresrechnung machen; (2) eine *Geldflussrechnung* erstellen sowie (3) einen *Lagebericht* verfassen (Art. 961 E-OR). Als grosse Stiftungen gelten diejenigen, die zwei der nachstehenden Grössen in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren überschreiten: (a) Bilanzsumme von 10 Millionen Franken, (b) Umsatzerlös⁵ von 20 Millionen Franken sowie (c) 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt (Art. 727 E-OR; Änderungen vom 16. Dezember 2005). Diese Kriterien erfüllen verhältnismässig wenige Stiftungen.

⁵ Der Begriff "Umsatzerlös" kann auf Nonprofit-Organisationen (gemeinnützige Stiftungen und Vereine) nicht angewendet werden. Vielmehr drängt sich auf, in Anlehnung an Swiss GAAP FER 21, vom "Erlös aus öffentlichem Beschaffen von unentgeltlichen Zuwendungen" zu sprechen.

Die Erstellung eines *Lageberichts*, wie es die Expertenkommission in Art. 961b E-OR vorschlägt, lehnt proFonds für Stiftungen und Vereine ab. Der Lagebericht ist auf Handels-, Fabrikations- und Dienstleistungsgewerbe zugeschnitten und ergibt für Stiftungen und Vereine keinen Sinn. Der Informationsgehalt im Hinblick auf die Bestellungs- und Auftragslage, die Forschungs- und Entwicklungstätigkeit, den Stand und die Entwicklung wichtiger Sparten, etc. ist bei Stiftungen und Vereinen nicht aussagekräftig.

Swiss GAAP FER 21 verlangt von grossen Nonprofit-Organisationen einen sogenannten *Leistungsbericht*. Der Leistungsbericht hat in angemessener Weise über die Leistungsfähigkeit (Effektivität) und Wirtschaftlichkeit (Effizienz) der gemeinnützigen Organisation Auskunft zu geben.⁶ Da grosse Stiftungen und Vereine nach Art. 962 E-OR ohnehin ihren Abschluss nach einem Regelwerk vorzunehmen haben, schlägt proFonds vor, die genannten Organisationen von Art. 961b E-OR (Lagebericht) auszunehmen.

Antrag:

*Stiftungen und Vereine sind von der Pflicht, einen **Lagebericht** zu erstellen, auszunehmen, selbst wenn sie von Gesetzes wegen zu einer ordentlichen Revision verpflichtet sind.*

3.3.6. Art. 962 f. E-OR: Abschluss nach einem Regelwerk

Art. 962 f. E-OR verpflichtet Vereine und Stiftungen, die sich einer ordentlichen Revision zu unterziehen haben, zum zusätzlichen Abschluss nach einem privaten Regelwerk. Einziges bestehendes Regelwerk, dass nach der Ansicht von proFonds für die Anwendung auf Stiftungen und Vereine in Frage kommt, ist *Swiss GAAP FER 21*, der Stiftung für Fachempfehlungen zur Rechnungslegung. Dieses Regelwerk findet in der Praxis bereits heute verbreitet Anwendung. So verlangt z.B. die Fachstelle für gemeinnützige, spendensammelnde Organisationen (ZEWO) für den Erhalt ihres Gütesiegels einen Abschluss nach Swiss GAAP FER 21. Auch die Eidgenössische Stiftungsaufsicht empfiehlt den Stiftungen, die der Bundesaufsicht unterstellt sind, die Anwendung von Swiss GAAP FER 21 zu prüfen.

In diesem Sinn begrüsst proFonds die gesetzliche Pflicht, einen Abschluss nach einem Regelwerk zu erstellen. Mit den Grössenkriterien nach Art. Art. 727 E-OR (Änderungen vom 16. Dezember 2005) bleibt sichergestellt, dass nur die grossen Stiftungen und Vereine von der gesetzlichen Pflicht betroffen sind. Kleinen und mittleren Stiftungen und Vereinen ist es wie bis anhin freigestellt, einen zusätzlichen Abschluss nach Swiss GAAP FER 21 zu erstellen.

Allerdings gilt es zu beachten, dass Swiss GAAP 21 auf Organisationen zugeschnitten ist, die *öffentliche Spenden sammeln*⁷. Überschreitet eine nicht öffentlich spendensammelnde Organisation die 10-20-50-Schwelle, ergibt die zwingende Anwendung von Swiss GAAP FER 21 auf Stiftungen und Vereine wenig Sinn. Dies sollte auch der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen und entsprechend nicht öff-

⁶ Vgl. Swiss GAAP FER 21, Ziff. 41 f.

⁷ Vgl. Swiss GAAP FER 21, Definitionen, S. 147.

fentlich spendensammelnde Organisationen von der Verpflichtung zum Abschluss nach einem Regelwerk ausnehmen.

Art. 962a E-OR delegiert die Bezeichnung der anwendbaren privaten Regelwerke an den Verordnungsgeber. Es handelt sich bei dieser Norm um eine "Blankett-Delegationsnorm", die dem Bundesrat einen erheblichen Ermessensspielraum lässt. proFonds würde es begrüssen, die Bezeichnung der anwendbaren Regelwerke im Gesetzeswortlaut von Art. 962a E-OR auf die *in der Schweiz üblichen Standards* zu begrenzen. Damit kann sichergestellt werden, dass neuere Entwicklungen sich in der Praxis vorerst zu etablieren haben, bevor sie der Bundesrat für anwendbar erklären kann.

Antrag:

*Die Verpflichtung zum Abschluss nach einem **privaten Regelwerk** sollte auf Stiftungen und Vereine **beschränkt** werden, die zu einer ordentlichen Revision verpflichtet sind und überdies **öffentlich Spenden sammeln**.*

*Der Wortlaut von Art. 962a E-OR ist in dem Sinn zu ergänzen, dass sich der Bundesrat bei der Bezeichnung der anwendbaren Regelwerke auf die *in der Schweiz üblichen Standards* zu begrenzen hat.*

3.3.7. Art. 963 ff. E-OR: Konzernrechnung

Art. 963 E-OR verpflichtet Stiftungen und Vereine, die auf Grund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrages oder mit vergleichbaren Instrumenten einen beherrschenden Einfluss auf eine andere juristische Person ausüben, eine konsolidierte Jahresrechnung zu erstellen.

Die Schweiz kennt nach wie vor kein einheitliches Konzernrecht. Ein Konzern besteht aus einer Gruppe von Gesellschaften, die dadurch gekennzeichnet ist, dass eine effektive Unterordnung von Gesellschaften unter eine leitende Obergesellschaft besteht. Die Gruppenbildung erfolgt dabei immer zum Zweck der Bildung einer *unternehmerisch tätigen wirtschaftlichen Einheit*.⁸ Ein Konzern verfolgt somit immer einen *wirtschaftlichen Zweck*. Wohlfahrtsinstitutionen, gemeinnützige Organisationen (d.h. Stiftungen und Vereine) und dergl. fehlt dieses Merkmal.⁹ Der auf Handelsgesellschaften ausgerichtete Konzernbegriff lässt sich nicht auf gemeinnützige Stiftungen und Vereine übertragen.

Die vorgeschlagene Regelung verzichtet zudem auf eine Beschränkung der Konsolidierungspflicht auf grosse Unternehmen (d.h. sie findet auch auf sog. *Kleinkonzerne* Anwendung, vgl. Begleitbericht, S. 114). Dies führt zu grotesken Folgen für Stiftungen und Vereine. Hat zum Beispiel ein Trägerverein aufgrund seiner Statuten einen beherrschenden Einfluss auf eine Stiftung, würde bereits ein konsolidierungspflichtiger "Kleinkonzern" vorliegen. Selbst ein Trägerverein, der statutarisch dazu verpflichtet/berechtigt ist, den Stiftungsrat einer Stiftung zu wählen (was in der Praxis nicht selten vorkommt), würde unter die Konsolidierungspflicht des Vorentwurfs fallen. Aus diesen Tatbeständen ergibt sich aber keinesfalls ein Bedürfnis, eine Konzernrechnung zu erstellen. Die beiden Einzel-

⁸ Vgl. zum Konzernbegriff etwa BÖCKLI, Aktienrecht, S. 1100.

⁹ Vgl. Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung (HWP) 1998, Ziff. 2.37212.

abschlüsse sind genügend aussagekräftig, um die finanzielle Situation beider Institutionen zu überblicken.

Das Kriterium des "beherrschenden Einflusses" ist *unklar* und führt zu erheblichen *Abgrenzungsproblemen*. In der Praxis würde dies zu einer nicht tragbaren Rechtsunsicherheit führen.

Einzig bei Unternehmensstiftungen (vgl. vorne Ziff. 1.2.) mit ausschliesslich wirtschaftlicher Zwecksetzung (sowie Vereinen mit wirtschaftlicher Zwecksetzung) lässt sich allenfalls ein gewisses Bedürfnis nach Konsolidierung erkennen. Da nur wenige solcher Stiftungen existieren, wäre es sachlich unter dem Blickwinkel des Gleichbehandlungsgebots nicht vertretbar, sämtliche gemeinnützigen Stiftungen, die von der Zahl her die Unternehmensstiftungen bei weitem übertreffen, einer Konsolidierungspflicht zu unterwerfen. Allenfalls hätte der Gesetzgeber die Konsolidierungspflicht auf Unternehmensstiftungen mit wirtschaftlichem Zweck zu beschränken. Im übrigen gilt es zu beachten, dass Holding-Stiftungen ihre Beteiligungen in der Regel als *Kapitalanlage* und *ohne Einflussnahme auf die Unternehmensführung* halten, damit die Steuerbefreiung wegen Gemeinnützigkeit gewährt wird bzw. erhalten bleibt¹⁰. Auch unter diesem Aspekt ist eine Konsolidierungspflicht kaum sinnvoll.

Antrag:

*Der Konzernbegriff lässt sich nicht auf gemeinnützige Stiftungen und Vereine übertragen. Das Existieren von wenigen Unternehmensstiftungen und Vereinen mit ausschliesslich wirtschaftlicher Zwecksetzung rechtfertigt die Einführung einer Konsolidierungspflicht für sämtliche Stiftungen und Vereine keinesfalls. Aus diesem Grund sind sowohl die Vereine als auch die Stiftungen **vollständig von der Konzernrechnungspflicht auszunehmen**.*

3.3.8. Art. 84c E-ZGB: Offenlegung von Vergütungen

Der Begleitbericht zum Vorentwurf hält zu Recht fest, dass die Aufsichtsbehörden von sich aus die Offenlegung der Vergütungen an den Stiftungsrat verlangen können. Dies erfolgt gestützt auf Art. 84 ZGB und der dazugehörenden kantonalen Ausführungsgesetzgebung. Die geforderte Klarstellung im Gesetz ist *überflüssig*, indem sie das knapp gehaltene und bewährte Stiftungsrecht des Zivilgesetzbuches mit einer unwichtigen Bestimmung unnötig belastet. Die Bestimmung beruht offenbar auf einem Bedürfnis, das nach den Finanz- und Managerskandalen im Aktienrecht entstanden ist. Diese Problematik unbesehen auf das Stiftungsrecht zu übertragen, entzieht sich jeglicher Berechtigung. Das geltende Aufsichtsrecht hat sich in diesem Bereich bewährt. Es bedarf dazu keiner Klarstellung im Gesetz. Für die grossen Stiftungen kommt derweil Art. 961 Abs. 2 Ziff. 3 E-OR zum Tragen. Gegen diese Bestimmung hat proFonds nichts einzubwenden.

¹⁰ Vgl. Kreisschreiben Nr. 12 der ESTV vom 8. Juli 1994, Ziff. II.3.c.

Antrag:

Art. 84c E-ZGB entspricht keinem Bedürfnis und bläht das Stiftungsrecht des Zivilgesetzbuches unnötig auf. Die Bestimmung ist ersatzlos zu streichen.

4. Verschiedene Bestimmungen

4.1. Art. 943a E-OR: Haftung für Gebühren

Im Begleitbericht (Ziff. 3.8.7, S. 95) wird geltendgemacht, Art. 943a E-OR kodifiziere (lediglich) die Bundesgerichtspraxis, die bereits in die Handelsregistergebührenverordnung Eingang gefunden habe. In bezug auf Abs. 2 dieser Bestimmung kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden. Hier scheint es sich um eine Ausdehnung der Haftung zu handeln, die weder von Art. 21 der Handelsregistergebührenverordnung noch von BGE 115 II 93 ff. abgedeckt ist. Nach diesem Abs. 2 sollen Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans, die aus ihrem Amt ausscheiden, für die Bezahlung von Gebühren und Auslagen haften, die während eines Jahres *nach* ihrer Löschung aus dem Handelsregister *begründet* worden sind. Es ist nicht angängig, ausgeschiedene und im Handelsregister bereits gelöschte Personen für Verpflichtungen haftbar zu machen, auf deren Entstehung sie - wegen ihres Ausscheidens - gar keinen Einfluss mehr hatten.

Antrag:

Art. 943a Abs. 2 E-OR ist zu streichen.

4.2. Art. 326^{quinquies} E-StGB: Unterlassene Anmeldung beim Handelsregisteramt

Nach der vorgeschlagenen Neuregelung soll die Bestimmung in Art. 943 OR über die Verhängung von Ordnungsbussen bei Missachtung der Eintragungspflicht aufgehoben werden. Neu soll die Missachtung der Eintragungspflicht ein *Straftatbestand* sein und in das Strafgesetzbuch aufgenommen werden. Zur Ahndung zuständig sollen die kantonalen *Strafverfolgungsbehörden* sein.

Diese *Kriminalisierung* von unterlassenen Handelsregistereintragungen ist als *unverhältnismässig* abzulehnen. Besondere Bedenken erheben sich vor allem aus dem Blickwinkel der Stiftungen. Gemäss der teilrevidierten Handelsregisterverordnung (HRegV) müssen entgegen der früheren, vom Bundesgericht als gesetzeskonform bezeichneten Praxis nicht nur die vertretungsberechtigten Personen, sondern alle Mitglieder des obersten Stiftungsorgans im Handelsregister eingetragen werden. proFonds hat bereits in seiner Vernehmlassung vom 13. April 2005 zur Teilrevision der HRegV diese Ausdehnung der Eintragungspflicht abgelehnt. Die Neuregelung der HRegV wurde als unzweckmäßig und als möglicherweise nicht gesetzeskonform bezeichnet. Es wäre stossend, die Einhaltung dieser fragwürdigen Eintragungspflicht unter strafrechtliche Sanktionen zu stellen.

Antrag:

Art. 326^{quinquies} E-StGB ist zu streichen. Die bisherige Regelung einer Ordnungsbusse der Registerbehörde bis CHF 500.- ist beizubehalten. Vorbehalten bleibt selbstverständlich die Überprüfung der Gesetzeskonformität der neuen Eintragungspflicht von nicht vertretungsberechtigten Stiftungsratsmitgliedern für den Fall, dass in diesem Zusammenhang eine Ordnungsbusse verhängt würde.

5. Zusammenfassung und Anträge von proFonds

Die umfassende Neuordnung des Rechnungslegungsrechts ist grundsätzlich zu begrüßen. In systematischer und redaktioneller Hinsicht erfreut sich der Entwurf einer guten Lesbarkeit. Das Rechnungslegungsrecht wird damit auf den aktuellen Stand erweitert, ohne dabei Altbewährtes zu vernachlässigen.

Mit dem rechtsformneutralen Ansatz kann sich proFonds hingegen nicht einverstanden erklären, da den besonderen Gegebenheiten der gemeinnützigen Stiftungen und Vereine nicht genügend Rechnung getragen wird. Die ehrenamtlich tätigen Rechnungsführer stehen vor einer unverhältnismässigen Hürde, was im Ergebnis zu einem höheren administrativen Aufwand der Organisation führen wird, da mit der neuen Rechtslage ein faktischer Zwang zur Auslagerung der Buchführung und Rechnungslegung entsteht. Insbesondere stösst sich proFonds an den zwingenden Verweisnormen von Art. 69a und 83a E-ZGB, dem Lagebericht für grosse Stiftungen und Vereine, der Konzernrechnungspflicht für Stiftungen und Vereine sowie an der überflüssigen Bestimmung von Art. 84c E-ZGB.

Die **Anträge** von proFonds lauten:

- *Die Verweisungstechnik in Art. 69a und 83a E-ZGB ist in dem Sinn zu ändern, dass die Vorschriften des Obligationenrechts über die kaufmännische Buchführung lediglich "entsprechend" oder "sinngemäss" auf die Stiftung bzw. den Verein Anwendung finden.*
- *Stiftungen und Vereine sind von der Pflicht, einen Lagebericht zu erstellen, auszunehmen, selbst wenn sie von Gesetzes wegen zu einer ordentlichen Revision verpflichtet sind.*
- *Die Verpflichtung zum Abschluss nach einem privaten Regelwerk sollte auf Stiftungen und Vereine beschränkt werden, die zu einer ordentlichen Revision verpflichtet sind und überdies öffentlich Spenden sammeln. Der Wortlaut von Art. 962a E-OR ist in dem Sinn zu ergänzen, dass sich der Bundesrat bei der Bezeichnung der anwendbaren Regelwerke auf die in der Schweiz üblichen Standards zu begrenzen hat.*
- *Der Konzernbegriff lässt sich nicht auf gemeinnützige Stiftungen und Vereine übertragen. Das Existieren von einigen wenigen Unternehmensstiftungen und Vereinen mit ausschliesslich wirtschaftlicher Zwecksetzung rechtfertigt die Einführung einer Konsolidierungspflicht für sämtliche Stiftungen und Vereine keinesfalls. Aus diesem Grund sind sowohl die Vereine als auch die Stiftungen vollständig von der Konzernrechnungspflicht auszunehmen.*

- **Art. 84c E-ZGB** entspricht keinem Bedürfnis und bläht das Stiftungsrecht des ZGB unnötig auf. Die Bestimmung ist ersatzlos zu **streichen**.
- **Art. 943a Abs. 2 E-OR** enthält eine unbegründete Ausdehnung der Haftung für Gebühren und ist daher zu **streichen**.
- **Art. 326^{quinquies} E-StGB** ist zu **streichen**. Die bisherige Regelung einer Ordnungsbusse der Registerbehörde bis CHF 500.- ist beizubehalten. Vorbehalten bleibt die Überprüfung der Gesetzeskonformität der neuen Eintragungspflicht von nicht vertretungsberechtigten Stiftungsratsmitgliedern für den Fall, dass in diesem Zusammenhang eine Ordnungsbusse verhängt würde.

Für die Berücksichtigung unserer Ausführungen und Anträge danken wir Ihnen bestens. proFonds steht auch jederzeit für eine Vertiefung der spezifischen Fragen im Bereich der gemeinnützigen Stiftungen und Vereine zur Verfügung. Ein entsprechender Dialog erscheint sinnvoll und zweckmässig.

Mit vorzüglicher Hochachtung



Fürsprecher Bernhard Hahnloser
Präsident



Dr. Christoph Degen
Geschäftsführer

**Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements
zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrecht vom 2.
Dezember 2005 Vernehmlassung des Schweizerischen Anwalts-
verbandes (SAV/FSA)**

Einleitung

Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement hat am 5. Dezember 2005 einen Vorentwurf einer Revisionsvorlage des Aktien- und Rechnungslegungsrechts vorgelegt. Die Vernehmlassung wurde eröffnet und sie läuft bis Ende Mai 2006.

Der Schweizerische Anwaltsverband hat eine Arbeitsgruppe konstituiert, die den Vorentwurf einer vertieften Analyse unterzogen hat und deren Schlussfolgerungen im Wesentlichen den Vernehmlassungsbeitrag des Verbandes bilden.

Die Arbeiten der Kommission wurden von Dr. Andreas von Planta koordiniert. Sie bestand im weiteren aus den Rechtsanwälten und Professoren Urs Bertschinger, Andreas Binder, Jean-Nicolas Druey, Alain Hirsch, Rolf Watter und Rolf H. Weber sowie dem ehemaligen Präsidenten des SAV, Dr. Niklaus Studer.

Ziel des Vernehmlassungsberichtes ist es nicht, eine politische Stellungnahme abzugeben. Der SAV als Standesorganisation ist dazu berufen, die Interessen seiner Mitglieder zu wahren. Rechtsanwälte sind ein nicht wegzudenkender Teil des Aktienrechtes. Sie beraten Gesellschaften, Organe, Aktionäre, Gläubiger und weitere interessierte Parteien. Gegebenenfalls vertreten sie deren Interessen vor Gericht. Es kann deshalb nicht darum gehen, in dieser Stellungnahme zu einem aktienrechtlichen Gesetzesentwurf in irgendeiner Form Partei zu ergreifen. Ziel des Beitrages ist es vielmehr, in objektivierter Form rechtliche Schwachstellen zu identifizieren, auf praktische Probleme hinzuweisen, die sich aus der vorgeschlagenen Regelung ergeben können; im weiteren muss es darum gehen, berufsspezifische Hinweise anzubringen.

Die vorgeschlagene Revision betrifft wichtige Punkte des Aktienrechts. Sie geht quer durch das Gesetz, röhrt an essentiellen Punkten des Rechts und darf füglich als Totalrevision bezeichnet werden. Gleichzeitig vermittelt sie das Gefühl, dass sie sich mit einer Vielzahl von Einzelpunkten befasst,

ohne einen übergeordneten Gedanken erkennen zu lassen. Es fehlt der grosse Bogen, der über das Gesetzesvorhaben gespannt werden könnte.

In vielen Punkten begrüßt der SAV die vorgeschlagenen Änderungen. Er anerkennt, dass das EJPD bestrebt war, gewisse Schwächen und auch Irrtümer der Revision von 1991 auszumerzen. Er begrüßt auch, dass den gewandelten Bedürfnissen der Praxis Rechnung getragen wird. Dies betrifft namentlich die neue Konzeption der Kapitalausstattung der Aktiengesellschaft sowie die Neuerungen bei der Durchführung der Generalversammlung. Auf der anderen Seite hat der Verband Mühe mit der generellen Tendenz, das Verhältnis zwischen Aktionären und ihrem Verwaltungsrat als antagonistisch anzusehen. Diese Tendenz, die sich aus verschiedenen Revisionspunkten und namentlich dem Text des Begleitberichtes ergibt, führt zum Risiko, ein generell gut funktionierendes System konzeptionell aus den Angeln zu heben, um kurzfristigen Modeströmungen nachzuleben. Gleches gilt für einzelne Schnellschüsse, die sich mit grosser Wahrscheinlichkeit schlussendlich als Fehlschüsse erweisen werden.

Nachfolgend an diese einleitenden Bemerkungen werden die Bestimmungen im Einzelnen gewürdigt. Zuvor sollen aber gewisse grundsätzliche Bemerkungen angebracht werden.

1. Die Rechte der Aktionäre

Unter dem Titel „Corporate Governance“ werden einzelne Bestimmungen eingeführt, die die Rechte der Aktionäre erneut stärken sollen.

Wir sind grundsätzlich der Auffassung, dass die Stärkung der Aktionärsrechte positiv zu beurteilen ist, wobei wir davor warnen, zwei wichtige Parameter aus den Augen zu verlieren.

Erstens müssen die Aktionärsrechte davon beeinflusst sein, dass die Aktionäre gegenüber der Gesellschaft keine die Liberierung des Ausgabebetrags übersteigenden Pflichten haben. Und zweitens können Rechte, die die so genannten „Kleinaktionäre“ schützen, von querulantischen Aktionären, aber auch von rücksichtslos Kapitalinteressen verfolgenden Aktionären ausgenutzt werden. Das ständige Auskunftsrecht gegenüber dem VR ist etwa hier anzusiedeln, wie auch die radikale Herabsetzung der Einberufungs-, Traktandierungs- und Antragsschwellen.

Wir schlagen für beide Punkte differenziertere Lösungen vor, nämlich ein Auskunftsrecht des Aktionärs das zeitlich mit dem Generalversammlungsrhythmus harmonisiert wird, und gegenüber der gegenwärtigen Situation bedeutende Vorteile bringt, indem es dem Aktionär das Recht auf eine substantiierte schriftliche Antwort auf seine Anfrage verschafft, sowie Antragsschwellen, die einzig dort radikal gesenkt werden, wo die legitimen Interessen der Aktionäre schwerer wiegen als das Interesse der Gesellschaftsorgane.

Neu eingeführte Rechte sind im allgemeinen darauf zu untersuchen, ob sie wirklich die Position der Aktionäre in ihrer Gesamtheit stärken und schwerer wiegen als das Risiko, die Leitung der Gesellschaft zu destabilisieren. Wir denken hier an die Pflicht, die VR-Mitglieder jährlich der Wiederwahl zu stellen. Der Effekt ist mit Sicherheit ein Verlust an Unabhängigkeit des Verwaltungsrates, die Stärkung des Präsidiums und der Generaldirektion, die in Zukunft weniger Mühe hätten, sich von kritischen VR-Mitgliedern zu trennen, sowie eine Gefährdung der Kontinuität in der strategischen Ausrichtung. Gleichzeitig sehen wir den damit errungenen Vorteil der Aktionäre nicht, da diese den VR ohnehin jederzeit abberufen können.

Schliesslich gilt es gut zu überlegen, ob die Neuordnung der Stimmrechtsvertretung an der Generalversammlung, namentlich die Abschaffung von Depot- und Organvertreter, die Meinungsbildung verbessert. Wird mit einer gewissen Selbstverständlichkeit betont, die Depotvertretung spielt in der Praxis keine Rolle mehr, so ist dies ganz einfach unrichtig. Richtig ist, dass die von den Banken selbst vertretenen Aktienstimmen zurückgehen. Dies aber deshalb, weil die Depotbanken ihre Bestände dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter übergeben, zusammen mit ihren Stimminstruktionen. Dieses Vorgehen wäre in Zukunft nicht mehr möglich, fehlt doch den Banken in aller Regel die ausdrückliche Vollmacht des Aktionärs, seine Aktien in einem bestimmten Sinne zu vertreten, bzw. vertreten zu lassen. Die Folge dieser vorgeschlagenen Regelung ist damit ein Übergewicht unzufriedener oder Partikularinteressen verfolgender Aktionäre. Wir erkennen die mit der heutigen Regelung verbundenen Probleme, glauben aber, dass der Vorentwurf die Wirkung seiner Vorschläge unterschätzt. Wir schlagen deshalb vor, den Depotbanken die Stimmrechtsvertretung zu belassen, wenn diese auf einer speziellen, zeitlich beschränkten Vollmacht beruht, die allerdings für alle bei ihr deponierten Titel ausgestellt werden kann.

Wir teilen die Bestrebungen, den Aktionären die Vertretung ihres Stimmrechts durch eine Person ihres Vertrauens zu erlauben. Die Pflicht der nicht kotierten Gesellschaften, einen unabhängigen

Stimmrechtsvertreter zu bestimmen, wenn sie im übrigen nur die Vertretung durch Aktionäre zulassen, geht in die richtige Richtung. Zusätzlich schlagen wir aber vor, dem Aktionär der nicht kotierten Gesellschaft die Begleitung durch eine Fachperson zu erlauben. Dieses Recht kann namentlich in Gesellschaften wichtig sein, die in Familienbesitz stehen, wenn ein Teil der Aktionäre mit der Geschäftsführung betraut ist und der andere Teil passiv investiert. Die Fachperson wäre nicht zur Intervention berechtigt, könnte aber fachliche Hilfe bei der Meinungsbildung leisten. Dieser Vorschlag stärkt die Position des nicht fachkundigen, „schwachen“ Aktionärs in bedeutender Weise, ohne den Ablauf der Versammlung zu stören.

Für die kotierten Gesellschaften schlagen wir zudem die Einrichtung eines elektronischen Meinungsforums vor der Generalversammlung vor. Die dadurch ermöglichte Diskussion unter den Aktionären und gegebenenfalls mit der Gesellschaft könnte einen wichtigen Beitrag zur Meinungsbildung liefern.

Zuletzt stellt sich noch die Frage, ob sich das EJPD in seinem erneuten Bestreben, die Rückerstattungsklage zu erleichtern und auszubauen, nicht übertut. Wir sind der Auffassung, dass die Klage nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung geregelt werden sollte. Zudem ist es u.E. falsch, diese Klagemöglichkeit auch Gläubigern zuzugestehen. Und schliesslich sollte auf der Erheblichkeit des Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung bestanden werden, wenn diese Klage nicht zu einer Lohnkontrolle durch die Gerichte verkommen soll.

In grundsätzlicher Weise haben wir Bedenken gegenüber der Tendenz der neueren Gesetzgebung, das Kostenrisiko des Aktionärsprozesses auf die Gesellschaft zu verschieben. Um dieser Tendenz Einhalt zu gebieten, gleichzeitig aber die berechtigten Interessen der Aktionäre zu schützen, schlagen wir ein (freiwilliges) Klagezulassungsverfahren analog der neueren deutschen Regelung vor.

Der Schweizerische Anwaltsverband fühlt sich als Standesorganisation der Rechtsanwälte nicht dazu berufen, zur Beschränkung der Haftung der Revisionsstelle, Stellung zu beziehen. Wir weisen einzig darauf hin, dass die geltende Haftungsregelung für alle Organe äusserst streng ist, was sich in stets grösserer Schwierigkeit äussert, Verwaltungsräte zu finden. Die Frage sollte demnach in dem Sinne ausgeweitet werden, dass eine Beschränkung der Haftung für alle Organe, einschliesslich VR, überlegt wird. Eine solche Beschränkung sollte nicht bei absoluten Beträgen

festgelegt werden, sondern in Funktion des einkassierten Honorars stehen.

2. Die Durchführung der Generalversammlung

Wir befürworten grundsätzlich die vorgeschlagenen Neuerungen im Zusammenhang mit der Organisation der Generalversammlung, namentlich die Generalversammlung an verschiedenen Orten oder die Beteiligung von aussen unter Zuhilfenahme technischer Hilfsmittel. Es ist richtig, solche Mittel zuzulassen, die Gültigkeit der Beschlussfassung allerdings vom einwandfreien Funktionieren der technischen Hilfsmittel abhängig zu machen. Die Zukunft wird weitere Möglichkeiten eröffnen und es ist richtig, in der heutigen Zeit Offenheit zu zeigen gegenüber neuen Möglichkeiten, deren einwandfreies Funktionieren heute Zweifel erweckt, in der Zukunft aber bestimmt möglich sein wird.

Wir begrüssen im Weiteren, dass schweizerische Aktiengesellschaften fortan ihre Generalversammlungen auch im Ausland abhalten dürfen, wenngleich wir uns nicht bewusst waren, dass dies bis anhin nicht zulässig gewesen sein soll.

3. Kapitalausstattung

Das EJPD sucht den Bedürfnissen der Praxis nach einer weiteren Flexibilisierung der Kapitalstruktur entgegenzukommen. Wir stehen diesen Vorschlägen positiv gegenüber, namentlich auch der endgültigen Entscheidung der (blutleeren und in fremdländischen Konzepten füssenden) Kontroverse um die Verrechnungsliberierung. In der Formulierung bleiben allerdings gewisse Fragen offen. Wir sehen in der Einführung des Kapitalbandes eine innovative und positive Neuerung, die der Gegenüberstellung von genehmigter Kapitalerhöhung resp. -herabsetzung zu bevorzugen ist. Allenfalls wäre die alternative Einführung beider Möglichkeiten zu prüfen.

Wir begrüssen die verschiedenen Vereinfachungen der Kapitalerhöhung, die Klarstellung offener Fragen, die bessere Sinngebung der Bestimmungen über die Sachübernahme. Wir bedauern einzig, dass nicht von der Gelegenheit Gebrauch gemacht wurde, den Art. 653b Abs.3 OR zu streichen. Die Bestimmung bereitet häufig Schwierigkeiten in der Praxis und wird von der Lehre kaum verstanden. Sie wird im Begleitbericht nicht

kommentiert, was zur Befürchtung Anlass gibt, sie sei vom EJPD nicht überprüft worden.

Wir haben Mühe mit der Begründung, die zur Abschaffung der Inhaberaktie führen soll, erachten diese Frage aber als politisch. Wir verstehen weder den verfolgten Sinn noch teilen wir die Ansicht, mit dieser Massnahme liesse sich auf wirksame Weise die Geldwäsche bekämpfen, dies umso mehr als Inhaber-Partizipationsscheine weiterhin zulässig sein sollen.

Die Partizipationsscheine sollen fortan ohne obere Limite zulässig sein. Wir sind vom Sinn dieser Liberalisierung nicht überzeugt, da wir die Auffassung vertreten, dass stimmrechtsloses Kapital im Überfluss der Struktur einer AG entgegensteht. Die gleichen Gründe, die zu einer Einschränkung der Stimmrechtsaktien gegenüber den Stammaktien auf das Verhältnis 1:10 geführt haben, sollten *a fortiori* auch zu einer Beschränkung gegenüber den stimmrechtslosen Aktien, d.h. den PS, anwendbar sein. Allenfalls wäre eine solche Limite von 1:10 kumulativ für Partizipationsscheine und Stimmrechtsaktien zur Anwendung zu bringen.

4. Rechnungslegung

Wir begrüßen das Konzept, die Vorschriften über die Rechnungslegungslegung rechtsformneutral auszugestalten und aus dem Aktienrecht im engeren Sinne auszugliedern.

Wir begrüßen im Prinzip, die im Aktienrecht verbliebenen Klarstellungen bestehender Regeln, namentlich im Zusammenhang mit dem Schutz des Eigenkapitals. Wir sind allerdings mit der Formulierung des vorgeschlagenen revidierten Art. 725 OR nicht einverstanden. Wir schlagen namentlich vor, weiterhin Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit zu trennen und letztere im SchKG zu belassen. Es handelt sich klar um verschiedene Fragen, auf die nicht die gleichen Konzepte Anwendung finden können. Im weiteren bereitet uns die „unverzügliche“ Handlungspflicht des Verwaltungsrates im Überschuldungsfall Mühe. Wir befürchten ernsthaft, dass diese Bestimmung zu Panikreaktionen führen wird, die häufig den Tod an sich lebensfähiger Unternehmen nach sich ziehen kann.

Die Neuregelung der Kapital- und Gewinnreserven ist als solche auch nicht zu beanstanden. Wir melden allerdings unsere Vorbehalte zu den

Bestimmungen an, die die Verwendbarkeit dieser Reserven regeln. Der Vorentwurf folgt gewissen Lehrmeinungen, die das Agio als Quasi-Aktienkapital behandeln, selbst wenn die gesetzliche Reserve den Maximalsatz von 50% des Eigenkapitals (respektive 20% bei Holdinggesellschaften) überschreitet. Es darf demnach nur nach einer Kapitalherabsetzung ausgeschüttet oder zur Umwandlung in Aktienkapital verwendet werden, und dies ohne Zeitlimite. Wir bedauern diese Entscheidung, glauben wir doch, dass die heutige Regelung, die bei Erreichung der Maximalgrenze von 50% des Aktienkapitals (resp. 20% für Holdinggesellschaften) eine freie Verwendung vorsah, bessere Resultate ermöglichte und die befürchteten Missbräuche weitgehend ausgeblieben sind.

Massgebliche Unklarheiten verbleiben im Verhältnis der Rechnungslegungsvorschriften zum Steuerrecht. Der Versuch einer Harmonisierung in Art. 960f VEOR bringt wenig Klarheit, umso mehr als er eine erfolgsneutrale Auflösung steuerrechtlich nicht anerkannter Rechnungsposten vorsieht. Wir begrüssen die Möglichkeit, dass Aktionäre einen (nicht konsolidierten) Abschluss nach Regelwerk verlangen können, auch wenn man sich in diesem Bereich wird überlegen müssen, ob die zur Geltendmachung notwendige Beteiligungsschwelle nicht etwas tief angesetzt ist. Im Bereich des konsolidierten Abschlusses werfen wir die Frage auf, ob das Halten bloss einer und eventuell sehr unwichtigen Tochtergesellschaft es wirklich rechtfertigt, stets einen konsolidierten Abschluss zu verlangen.

5. Handelsregister und Geschäftsfirmen

Der erleichterte Zugang zu den Eintragungen im Handelsregister ist für den Praktiker klar zu begrüssen.

Die Eintragungspflicht von Amtes wegen und die Handlungspflicht des Handelsregisters von Amtes wegen lässt Schwierigkeiten voraussehen. Ebenso der Straftatbestand, der nun die Eintragungsverfehlungen ahnden soll.

Der Anwaltsstand bleibt weiterhin dazu verurteilt, in einer Situation der Rechtsunklarheit zu leben. Es ist zu bedauern, dass der Bundesrat es nach wie vor nicht für nötig erachtet, die Regeln über die Firmenbildung der Personengesellschaften neu zu ordnen. Wer mit seinem Firmennamen einen *Goodwill* erarbeitet hat, sollte nicht zur Änderung der Firma gezwungen werden, wenn einer der Namensgeber ausscheidet, es sei

denn, letzterer sei mit der Verwendung seines Namens nicht einverstanden. Bleibt dieses Problem ausstehend, werden sich diejenigen Anwaltsfirmen, die materiell als Kollektivgesellschaften zu qualifizieren sind, weiterhin nicht ins Handelsregister eintragen lassen, da sie entweder die Voraussetzungen nicht erfüllen (Namensgeber ausgeschieden) oder das Risiko, zu einem späteren Zeitpunkt den Namen ändern zu müssen, nicht auf sich nehmen wollen.

Aus Sicht des Rechtsanwaltes ist es nicht ersichtlich, warum er eine Haftung für die Handelsregistergebühren seiner Klienten tragen sollte. Es handelt sich hier um eine nicht berechtigte Übertragung des Ausfallrisikos auf den Anwalt. Befürchten die Behörden, für ihre Gebühren nicht befriedigt zu werden, ist es ihnen unbenommen, eine Vorauszahlung zu verlangen.

Zur Neuregelung der Geschäftsfirmen, namentlich der weitergehenden Möglichkeit, Sachbezeichnungen zu gebrauchen, hegen wir Befürchtungen für den Schutz des Publikums, namentlich wenn aus Sachbezeichnungen gebildete Firmen grosser Ähnlichkeit nebeneinander bestehen können. Auf der anderen Seite bedauern wir, dass die strengen Kriterien für die Unterscheidbarkeit im Firmennamen, die aus Phantasiebezeichnungen bestehen, unverändert bestehen bleiben sollen. Eine Lockerung dieser strengen Regelung wäre angebracht, da in der Praxis das Finden (und Verteidigen) von Firmennamen äusserst schwierig geworden ist.

6. Übergangsrecht

Die Gründe, die das EJPD dazu bringen, die Übergangsbestimmungen auf eine Grundfrist von zwei Jahren zu gründen, sind überzeugend. In der Tat hat die Fünfjahresfrist, die bei der letzten grossen Aktienrechtsrevision zur Anwendung kam, keine überzeugenden Resultate gebracht. Sie war eine Einladung zum Abwarten und anschliessenden Vergessen. Wir stehen deshalb dem neuen Vorschlag zustimmend gegenüber.

Das gleiche gilt für die Anpassung der Rechnungslegungsregeln und -standards. Die Frist von zwei, bzw. drei Jahren zur Einführung der neuen Regeln erscheint als genügend, dies umso mehr als die grossen Unternehmen, bei denen die Umstellung besonders viel Vorbereitungszeit in Anspruch nimmt, unter den geltenden Regeln bereits in einer Weise Rechnung ablegen, die eine neuerliche Änderung unnötig macht.

7. Fusionsgesetz

Das Fusionsgesetz steht natürlicherweise in engem Zusammenhang mit dem Aktienrecht. Es ist nun seit bald zwei Jahren in Kraft.

Als Praktiker stellen wir fest, dass sich die mit dem neuen Gesetz verbundenen Hoffnungen nur zu einem unwesentlichen Teil erfüllt haben.

Wir sind der Auffassung, dass von der laufenden Revisionsvorlage des Aktienrechts profitiert werden sollte, um mit einer kleinen Revision die wichtigsten Schwachstellen des Gesetzes auszumerzen und ihm so zum verdienten Durchbruch zu verhelfen.

Die rasch anzugehenden Probleme sind unseres Erachtens die folgenden:

1. Die Praxis macht von der Spaltung, aber auch von der Vermögensübertragung wenig Gebrauch. Es wird bevorzugt, die Bestimmungen des Fusionsgesetzes zu umgehen und nach alter Technik umzustrukturieren. Deshalb wird in zwei Schritten gespalten und Vermögensübertragungen werden weiterhin in Singulärsakzession vorgenommen.

Hauptgründe für diese Situation liegen bei den Gläubigerschutzvorschriften des Fusionsgesetzes mit den Eckpfeilern der solidarischen Haftung und den Sicherstellungspflichten (Art.45ff, 75FusG.).

2. Ein weiterer gravierender Mangel liegt in der Unsicherheit, ob bei Spaltungen und Vermögensübertragungen mit den Aktiven und den Passiven auch die Verträge übergehen oder ob es dazu die Zustimmung der Vertragpartner braucht. Die Frage ist überraschend, hat sie doch bei der klassischen Universalsukzession im Rahmen der Fusion niemals Schwierigkeiten bereitet und scheint doch der Übergang sämtlicher Rechtsverhältnisse recht eigentlich das begriffsrelevante Element der Universalsukzession zu sein.
3. Im weiteren sei darauf hingewiesen, dass die übertriebenen, namentlich auf die Praxis der Handelsregisterämter

zurückzuführenden Anforderungen an das Inventar, zu einem bedeutenden Hindernis für die Spaltung und die Vermögensübertragung geworden sind. Eine limitierte Inventarpflicht wäre eine eindeutige Verbesserung, wobei unvollständige oder unklare Inventare zulasten des Übertragenden von Aktiven resp. des Übernehmers von Passiven auszulegen wären.

4. Schlussendlich sei noch darauf hingewiesen, dass die Überprüfungsklage der Gesellschafter betreffend das Austauschverhältnis in der Fusion deshalb ein Problem darstellt, weil sie als Gratisklage ausgestaltet ist und der Kläger letztlich nichts zu verlieren hat, wenn er den Versuch einer Klage wagt. Ein Klagezulassungsverfahren, wie wir es für die Aktionärsklagen im Rahmen des Vorentwurfs vorschlagen, könnte diesem Problem wirksam beikommen.

Nach diesen einleitenden Bemerkungen erlaubt sich der Schweizerische Anwaltsverband nachfolgend im Detail zu den einzelnen Bestimmungen des Vorentwurfs Stellung zu nehmen. Zur erleichterten Lesbarkeit ist unsere Stellungnahme in tabellarischer Form aufbereitet.

Wir hoffen, mit dieser Stellungnahme, die von in der Wissenschaft expatriierten Praktikern des Rechts verfasst wurde, zu einer Neuüberlegung bestimmter Vorschläge beizutragen. Wir vertreten keinerlei Partikularinteressen. Wir sind einzig bestimmt vom Ehrgeiz, mit einer Regelung optimal die Rechte aller Beteiligten zu schützen, Klarheit zu schaffen und Prozesse zu verhindern, die auf einer unklaren Rechtslage beruhen. Wir sind auch bereit, im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsprozesses zur Verfügung zu stehen um mitzuhelpfen, den Entwurf zu einem für die praktische Ausübung des Rechts wertvollen Gesetz werden zu lassen.

Bern, 9. Juni 2006

Für den Schweizerischen Anwaltsverband

Dr. Alain Bruno Lévy
Präsident SAV

René Rall
Generalsekretär SAV

**Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements
zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrecht vom 2.
Dezember 2005 Vernehmlassung des Schweizerischen Anwaltsver-
bandes (SAV/FSA)**

Inhalt

REVISION AKTIENRECHT CORPORATE GOVERNANCE UND GENERALVERSAMMLUNG	4
I. GENERELLE BEMERKUNGEN	4
<i>Grundsätzliche Bemerkung zu Corporate Governance Regeln</i>	4
<i>Generelle Bemerkung zur Tendenz zur weiteren Stärkung der Minderheitsaktionäre ..</i>	4
<i>Differenzierung zwischen kotierten und nicht-kotierten sowie grossen und kleinen Unternehmen.....</i>	5
II. INFORMATIONSRECHTE DES AKTIONÄRS	6
<i>Information über Bezüge des Verwaltungsrats in kotierten Gesellschaften</i>	6
<i>Information über Bezüge des Verwaltungsrats in nicht-kotierten Gesellschaften (VEOR 697^{quinquies})</i>	6
<i>Ständiges Auskunftsrecht der Aktionäre (VEOR 697 I)</i>	6
<i>Sonderuntersuchung (VEOR 697a ff).....</i>	7
<i>Beschlussprotokoll GV innert 20 Tagen</i>	7
III. MITWIRKUNGSRECHTE DES AKTIONÄRS / GENERALVERSAMMLUNG	7
<i>Quorum für Recht auf Einberufung GV und Traktandierung (VEOR 699 III und 699a)</i>	7
<i>Vertretung des Aktionärs bei nicht-kotierten Gesellschaften (VE 689c)</i>	8
<i>Institutionelle Stimmrechtsvertretung</i>	8
<i>Stimmenthaltung des weisungslosen Stimmrechtsvertreters in Publikumsgesellschaften (VEOR 689d II),.....</i>	9
<i>GV an mehreren Tagungsorten, Tagungsort im Ausland</i>	9
<i>Elektronische Einberufung, elektronische Vollmacht, elektronische Ausübung der Mitwirkungsrechte, elektronische Internet-GV.....</i>	9
<i>Elektronischer Chatroom im Vorfeld der GV.....</i>	9
<i>Zuständigkeit der GV betr. Festsetzung der Bezüge von VR und GL (VEOR 627 Z 4)</i>	10
<i>Jährliche Einzelwahl der VR-Mitglieder (VE 710 I).....</i>	10
<i>Beschlussfassung über Lagebericht und Konzernrechnung in der GV (VEOR 698 II Z 3)</i>	11
IV. KLAGERECHTE DES AKTIONÄRS	11
<i>Rückerstattungsklage (VEOR 678)</i>	11
<i>Auflösungsklage (VEOR 736).....</i>	13
<i>Verantwortlichkeitsklage (VEOR 754 ff)</i>	15

<i>Klagezulassungsverfahren zur Eingrenzung des Kostenrisikos des Aktionärs bei verschiedenen Aktionärsklagen (Verantwortlichkeitsklage, Rückerstattungsklage, Anfechtungsklage, Überprüfungsklage nach FusG) (neu)</i>	17
V. VERMÖGENSMÄSSIGE RECHTE DES AKTIONÄRS	20
<i>Bezugsrecht in nicht-kotierten Gesellschaften (VEOR 652b)</i>	20
VI. CORPORATE GOVERNANCE UND VERWALTUNGSRAT	22
<i>Organisationsreglement: Vorbehaltsgeschäfte (VEOR 716b II Z 4)</i>	22
<i>Orientierung über Organisation (VEOR 716b IV)</i>	22
<i>Interessenkonflikte in VR/GL (VEOR 717a)</i>	22
<i>Anzeigepflicht VR/RS bei Überschuldung (VEOR 725)</i>	23
REVISION AKTIENRECHT	26
KAPITALSTRUKTURVORSCHRIFTEN	26
<i>Aufhebung der Inhaberaktien (VEOR 622 I)</i>	26
<i>Nennwert > 0 (Mindestnennwert) (VEOR 622 II)</i>	27
<i>Statuteninhalt (VEOR 627/628)</i>	27
<i>Mindestliberierungsquote (VEOR 632 I)</i>	28
<i>Liberierung in Fremdwährungen (VEOR 633 III)</i>	28
<i>Sacheinlage (VEOR 634) und Sachübernahme (VEOR 636)</i>	28
<i>Liberierung durch Verrechnung (VEOR 634a)</i>	29
<i>Besondere Vorteile (VEOR 642)</i>	30
<i>Ordentliche Kapitalerhöhung (VEOR 650)</i>	30
<i>Genehmigte Kapitalerhöhung (OR 651/651a)</i>	31
<i>Präzisierungen beim Bezugsrecht (VEOR 652b)</i>	31
<i>Bedingte Kapitalerhöhung (VEOR 653-653i)</i>	31
<i>Kapitalherabsetzung (VEOR 653j-653q)</i>	32
<i>Einführung eines Kapitalbandes (VEOR 653r-653y)</i>	33
<i>Alternativvorschlag: Genehmigte Kapitalerhöhung und genehmigte Kapitalherabsetzung (VEOR 652i-652k und VEOR 653s-653u des Anhangs)</i>	35
<i>Veränderungen beim Partizipationskapital (VEOR 656a/b)</i>	36
REVISION AKTIENRECHT RECHNUNGSLEGUNGSVORSCHRIFTEN	38
<i>Einleitung</i>	38
<i>Aufhebung von OR 663h</i>	38
<i>Beschränkung der Verwendbarkeit von Kapitalreserven (VEOR 671 II)</i>	38
<i>Streichung von Art. 671a und 671b</i>	39
<i>Verwendbarkeit gesetzlicher Reserven (VEOR 672 III)</i>	39
<i>Weitere Reserven (VEOR 673)</i>	40
<i>Verrechnung mit Verlusten (VEOR 674)</i>	41
<i>Streichung der Aufwertungsmöglichkeit für Grundstücke und Beteiligungen (OR 670)</i>	41
<i>Buchführspflicht (VEOR 957)</i>	41
<i>Buchführung (VEOR 957a)</i>	41
<i>Rechnungslegung (VEOR 958)</i>	41
<i>Fortführungsannahme (VEOR 958a)</i>	41
<i>Rechnungslegungsgrundsätze (VEOR 958b)</i>	41

<i>Darstellung, Währung, Sprache (VEOR 958c)</i>	42
<i>Einsichtnahme und Offenlegung (VEOR 958d)</i>	42
<i>Aufbewahrung (VEOR 958e).....</i>	42
<i>Jahresrechnung (VEOR 959)</i>	42
<i>Mindestgliederung (VEOR 959a)</i>	42
<i>Erfolgsrechnung (VEOR 959b)</i>	42
<i>Anhang (VEOR 959c)</i>	42
<i>Bewertung (VEOR 960)</i>	43
<i>Aktiven (VEOR 960a)</i>	43
<i>Forderungen und Aktien mit Börsenkurs (VEOR 960b)</i>	43
<i>Vorräte und Dienstleistungen (VEOR 960c)</i>	44
<i>Anlagen (VEOR 960d)</i>	44
<i>Verbindlichkeiten (VEOR 960e).....</i>	44
<i>Verhältnis zum Steuerrecht (VEOR 960f)</i>	44
<i>Grossunternehmen (VEOR 961).....</i>	44
<i>Cash-flow-statement (VEOR 961a).....</i>	44
<i>Lagebericht (VEOR 961b)</i>	45
<i>Regelwerkabschluss (VEOR 962)</i>	45
<i>Regelwerke (VEOR 962a)</i>	46
<i>Konzernrechnung (VEOR 963).....</i>	46
<i>Unterkonzern (VEOR 963a).....</i>	46
<i>Konsolidierungskreis (VEOR 963b)</i>	46
<i>Regelwerke (VEOR 963c).....</i>	46
<i>Übergangsbestimmungen Allgemeine Regel (VEÜB 1)</i>	46
<i>Anpassungsfrist (VEÜB 2).....</i>	46
<i>Inhaberaktien (VEÜB 3)</i>	46
<i>Genehmigte und bedingte Kapitalerhöhung (VEÜB 4).....</i>	46
<i>Rechnungslegung (VEÜB 5)</i>	47
REVISION AKTIENRECHT HANDELSREGISTER UND FIRMA	47
I. HANDELSREGISTER	47
<i>Öffentlichkeit (VEOR 928 bis 943)</i>	47
<i>VEOR 928a.....</i>	48
<i>VEOR 930a.....</i>	48
<i>VEOR 931</i>	48
<i>VEOR 931a.....</i>	49
<i>VEOR 943a.....</i>	49
II. FIRMENRECHT	49
<i>VEOR 944</i>	49

Revision Aktienrecht

Corporate Governance und Generalversammlung

I. Generelle Bemerkungen

Grundsätzliche Bemerkung zu Corporate Governance Regeln	<p>Soft Law vs Hard Law. Das Konzept der <i>Best Practice</i> führt grundsätzlich zu einem höheren Standard als gesetzliche Regeln: Man zielt und strebt höher! Es ist deshalb stets genau zu prüfen, welche Fragen im Sinne von Mindeststandards gesetzlich geregelt und welche Fragen besser im Sinne von Best Practice Standards der Selbstregulierung überlassen werden sollen. Vorteile der Selbstregulierung liegen neben dem Anstreben eines höheren Standards in der Internationalität des Ansatzes und nicht zuletzt in der viel schnelleren Anpassungsmöglichkeit an neue Entwicklungen. Corporate Governance Regeln, welche darauf abzielen, die Qualität der Unternehmensführung im volkswirtschaftlichen Interesse einem stetigen Verbesserungsprozess zu unterziehen, sind daher zu einem wesentlichen Teil dem Bereich der Selbstregulierung zuzuweisen.</p>
Generelle Bemerkung zur Tendenz zur weiteren Stärkung der Minderheitsaktionäre	<p>Es ist zu bedenken, dass die Aktionäre und nicht die Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder die Eigentümer der Aktiengesellschaft sind, was zur Principal-agent-Problematik führt, deren negative Auswirkungen die Corporate Governance Regeln eindämmen sollten.</p> <p>Es ist allerdings zu beachten, dass die Aktionäre keinerlei Treuepflicht haben. Deshalb ist es systemimmanent, dass auch ihre Rechtsstellung Schranken hat.</p>

	<p>Im geltenden Recht ist der Minderheitenschutz vergleichsweise schwach. Die Gerichte sind zudem oftmals zurückhaltend, sich in Aktionärskonflikte einzumischen. Aus diesen Gründen befürworten wir im Grundsatz, aber mit den nachfolgenden Vorbehalten, die Verbesserung der Situation der Minderheiten.</p>
Differenzierung zwischen kotierten und nicht-kotierten sowie zwischen grossen und kleinen Unternehmen	<p>Generell sollte als Differenzierungmerkmal vermehrt die Börsenkotierung herangezogen werden. Börsenkotierte Gesellschaften unterscheiden sich von nicht-kotierten Gesellschaften in drei Punkten fundamental:</p> <p>Bei börsenkotierten Gesellschaften hat der Aktionär (zumindest der kleine) die jederzeitige Möglichkeit des Aktienverkaufs an der Börse.</p> <p>Börsenkotierte Gesellschaften unterliegen grundsätzlich dem Markt für Unternehmenskontrolle (via börsengesetzlichem Übernahmerecht).</p> <p>Börsenkotierte Gesellschaften haben bezüglich Information an die Aktionäre kein legitimes Geheimhaltungsinteresse gegenüber den Nichtaktionären, also der Öffentlichkeit. Transparenz für die Aktionäre ist hier gleichbedeutend mit Transparenz für die Öffentlichkeit. Deshalb kann hier auch problemlos mit dem Internet und andern elektronischen Mitteln gearbeitet werden, welche die Vertraulichkeit nicht gewährleisten.</p>

II. Informationsrechte des Aktionärs

Information über Bezüge des Verwaltungsrats in kotierten Gesellschaften	Bereits durch Revision 2006 vorweggenommen.
Information über Bezüge des Verwaltungsrats in nicht-kotierten Gesellschaften (VEOR 697 ^{quinquies})	<p>Wir befürchten, dass die vorgeschlagene Bestimmung zu weit formuliert ist und dazu führen kann, kleinere und mittlere (Familien-)Gesellschaften in ihrer Funktionsfähigkeit zu stören. Es ist namentlich zu bedenken, dass der mit der Information versorgte Aktionär keinen Geheimhaltungsschwellen unterliegt, d.h. frei ist, die Information der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Aufgrund dieser Bedenken regen wir an, die Bestimmung neu zu überdenken und gegebenenfalls enger zu fassen. Wir glauben, dass das Geheimhaltungsinteresse in der kleinen und mittleren (Familien-)Gesellschaft grösser ist als in der kotierten Publikumsgesellschaft.</p>
Ständiges Auskunftsrecht der Aktionäre (VEOR 697 I)	<p>Die Verbesserung des Auskunftsrechts wird an sich begrüßt. Die jederzeitige Geltendmachung, dagegen, ist nicht gerechtfertigt, weder aus den legitimen Interessen der Aktionäre noch aus dem Interesse der Gesellschaft. Im weiteren stellen sich Fragen der Gleichbehandlung.</p> <p>Wir schlagen vor, dieses Auskunftsrecht auf eine Frist von 10 Tagen nach Empfang der GV-Einladung zu beschränken. Der VR ist dann gehalten, bis spätestens 5 Tage vor der GV zu antworten. Die Fragen sowie die Antworten sind alsdann sämtlichen Aktionären zur Verfügung zu stellen (ev. in elektronischer Form, Internet).</p>

	<p>Eventuell stellt sich die Frage, ob bei einer solchen Regelung eine Verlängerung der Einladungsfrist zur GV (heute 20 Tage) in Erwägung zu ziehen wäre.</p>
Sonderuntersuchung (VEOR 697a ff)	<p>Die Senkung der Schwellenwerte zur Durchsetzung der Sonderuntersuchung ist grundsätzlich zu begrüßen, da die richterliche Überprüfung Schutz vor querulatorischen Untersuchungen bietet.</p> <p>In der Praxis stellt man fest, dass im Rahmen des Auskunfts- und Einsichtsrechts oft nicht genau dieselben Fragen gestellt werden, für welche anschliessend eine Sonderuntersuchung beantragt wird. Die diesbezügliche Liberalisierung in VE 697b II (Anordnung einer Sonderuntersuchung bezüglich des in der GV besprochenen Themenkomplexes) ist daher zu begrüßen.</p>
Beschlussprotokoll GV innert 20 Tagen	Zu begrüßen.

III. Mitwirkungsrechte des Aktionärs / Generalversammlung

Quorum für Recht auf Einberufung GV und Traktandierung (VEOR 699 III und 699a)	<p>Wir sind der Auffassung, dass für die Quoren zur Einberufung einer Generalversammlung und für die Traktandierung grössere Unterschiede bestehen sollten. Wir können uns unter den nachfolgenden Bedingungen dem Vorschlag für das Traktandierungsrecht (VEOR 699a) anschliessen, sind aber der Auffassung, dass die Anforderung für die Einberufung einer ausserordentlichen GV bedeutend höher sein sollte. Im weiteren schlagen wir vor, das Einberufungsrecht einzig von der</p>
--	--

	Beteiligungsquote (z.B. 10%) abhängen zu lassen, nicht aber vom Nominalwert oder Verkehrswert der Beteiligung. Das Traktandierungsrecht dagegen kann von alternativen Kriterien abhängen. Allerdings sind wir der Auffassung, dass der Nominalwert als Kriterium zu wenig Aussagekraft hat. Für die Verkehrswertbetrachtung schlagen wir im weiteren vor, nicht auf den Börsenwert abzustellen, sondern auf den Steuerwert am 31. Dezember des Vorjahres. Dieses Kriterium ist objektiv und setzt keine weiteren Definitionen voraus (welche Börse, solcher Zeitraum, etc).
Vertretung des Aktionärs bei nicht-kotierten Gesellschaften (VE 689c)	Wir sind mit der Einführung des unabhängigen Stimmrechtsvertreters bei der geschlossenen AG einverstanden, sofern die Vertretung durch Nicht-Aktionäre ausgeschlossen ist. Allerdings wären wir der Auffassung, dass zusätzlich dem Aktionär einer nicht-kotierten AG erlaubt werden sollte, sich durch eine Fachperson an die GV begleiten zu lassen. Diese Fachperson hätte, ohne besonderen Entscheid des Versammlungsleiters, kein Rederecht. Seine Aufgabe läge einzig einzig darin, seinen Auftraggeber zu beraten und von den Debatten der Aktionäre Kenntnis zu nehmen.
Institutionelle Stimmrechtsvertretung	Die vollständige Abschaffung des Depotvertreters ist aus unserer Sicht nicht die richtige Lösung. Sie trägt zur Ermittlung des Aktionärswillens nicht bei, im Gegenteil. Dagegen sind wir der Auffassung, dass das Stimmrecht des Depotvertreters von der Intensität des Verhältnisses zwischen dem

	<p>Aktionär und seiner Depotbank abhängen muss.</p> <p>Generelle Anweisungen in AGBs dürfen nicht ausreichen. Vielmehr sollte das Stimmrecht davon abhängen, dass der Kunde seiner Bank eine Vollmacht zur Ausübung des Stimmrechts erteilt, die für mehrere Jahre gelten darf, aber periodisch zu erneuern ist. Die Vollmacht darf das Stimmrecht für alle bei der bevollmächtigten Bank hinterlegten Aktien umfassen. Diese Vollmacht wäre so zu formulieren, dass die Bank das Stimmrecht im Sinne der Vorschläge des VR ausübt, sofern der Kunde nicht vorgängig der GV anders lautende Instruktionen erteilt.</p> <p>Was die Abschaffung des Organvertreters betrifft, handelt es sich für uns um eine systemgerechte Änderung, die wir befürworten.</p>
Stimmenthaltung des weisungslosen Stimmrechtsvertreters in Publikumsgesellschaften (VEOR 689d II)	<p>Es erscheint richtig, dass der Auftrag an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter konkrete Instruktionen beinhalten muss. Will der Aktionär einem Vertreter Blankovollmacht erteilen, muss er einen gewillkürten Vertreter ernennen.</p>
GV an mehreren Tagungsorten, Tagungsort im Ausland	Zu begrüßen.
Elektronische Einberufung, elektronische Vollmacht, elektronische Ausübung der Mitwirkungsrechte, elektronische Internet-GV	Zu begrüßen, soweit technisch sicher und nicht manipulierbar.
Elektronischer Chatroom im	Zu prüfen ist, ob die Willensbildung der

Vorfeld der GV	Aktionäre nicht durch Einrichtung eines elektronischen Forums (Chatrooms) verbessert werden könnte. Dies gäbe den Aktionären die Möglichkeit, die Willensbildung weitgehend im Vorfeld der GV vorzunehmen und sich zu koordinieren ¹ . Für kotierte Gesellschaften könnte die Einrichtung eines solchen Forums obligatorisch sein, nicht-kotierte Gesellschaften könnten es auf statutarischem Weg freiwillig einrichten, elektronisch oder mittels Zurverfügungstellung der Adressen der Aktionäre an alle Mitaktionäre.
Zuständigkeit der GV betr. Festsetzung der Bezüge von VR und GL (VEOR 627 Z 4)	Es handelt sich hier um eine weitgehend politische Frage. Soweit die neue Bestimmung den Gesellschaften einzig die Möglichkeit verschafft, eine entsprechende Statutenbestimmung einzufügen, sind wir mit dem Vorschlag einverstanden.
Jährliche Einzelwahl der VR-Mitglieder (VE 710 I)	Die Einzelwahl der VR-Mitglieder ist zu unterstützen.

¹ Vgl. dazu auch die Regelung in Deutschland:

§ 127a AktG, Aktionärsforum

¹ Aktionäre oder Aktionärsvereinigungen können im Aktionärsforum des elektronischen Bundesanzeigers andere Aktionäre auffordern, gemeinsam oder in Vertretung einen Antrag oder ein Verlangen nach diesem Gesetz zu stellen oder in einer Hauptversammlung das Stimmrecht auszuüben.

² Die Aufforderung hat folgende Angaben zu enthalten:

- 1. den Namen und eine Anschrift des Aktionärs oder der Aktionärsvereinigung,
- 2. die Firma der Gesellschaft,
- 3. den Antrag, das Verlangen oder einen Vorschlag für die Ausübung des Stimmrechts zu einem Tagesordnungspunkt,
- 4. den Tag der betroffenen Hauptversammlung.

³ Die Aufforderung kann auf eine Begründung auf der Internetseite des Auffordernden und dessen elektronische Adresse hinweisen.

⁴ Die Gesellschaft kann im elektronischen Bundesanzeiger auf eine Stellungnahme zu der Aufforderung auf ihrer Internetseite hinweisen.

⁵ Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung die äußere Gestaltung des Aktionärsforums und weitere Einzelheiten insbesondere zu der Aufforderung, dem Hinweis, den Entgelten, zu Löschungsfristen, Löschungsanspruch, zu Missbrauchsfällen und zur Einsichtnahme zu regeln.

	<p>Zwingende Amts dauer von einem Jahr zu kurz: Führt u.U. zu Beeinträchtigung der Unabhängigkeit und der Handlungsfähigkeit. Die Regelung könnte den Handlungswillen gerade der kritischen, das Unternehmensinteresse in den Vordergrund stellenden VR-Mitglieder beeinträchtigen. Es genügt, dass die VR-Mitglieder trotz Amts dauer jederzeit abgewählt werden können.</p> <p>Eine Beschränkung der Amtszeit auf drei Jahre wäre zu begrüßen</p>
Beschlussfassung über Lagebericht und Konzernrechnung in der GV (VEOR 698 II Z 3)	<p>Wir verstehen nicht, warum die Aktionäre das Recht verlieren sollen, über den Lagebericht und die Konzernrechnung zu befinden. Nach unserer Auffassung ist der geltende Art. 698 al. 2 Ziff. 3 beizubehalten.</p>

IV. Klagerechte des Aktionärs

Rückerstattungsklage (VEOR 678)	<p>Bei der Rückerstattungsklage handelt es sich um einen Sonderfall der ungerechtfertigten Bereicherung. Daher erscheint es sinnvoll, wenn die Rückerstattungsklage im Grundsatz gleich wie die Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung ausgestaltet ist.</p> <p>In diesem Sinn begrüßen wir, dass das Erfordernis der Bösgläubigkeit gestrichen wird. Allerdings wird der böse Glaube zur Bestimmung der Bereicherung im Sinne von Art. 64 OR relevant sein.</p> <p>Die Ausweitung des Kreises der zur</p>
---------------------------------	---

	<p>Rückerstattung verpflichteten Personen auf die Mitglieder der Geschäftsleitung als materielle Organe der jeweiligen Gesellschaft ist sachgerecht.</p> <p>Die Rückerstattungsklage darf keinesfalls dazu führen, dass es zu richterlichen Überprüfungen von Ermessensentscheiden der jeweiligen Organe, im Besonderen zu richterlichen Lohnkontrollen, kommt. Für die Bejahung der Rückerstattungsklage muss unbedingt wie bisher ein sachlich nicht zu rechtfertigendes Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung bestehen. Durch das Adjektiv „offensichtlich“ oder durch die Bezeichnung des Ungleichgewichtes als „ungerechtfertigt“ wird dem Erfordernis des beträchtlichen Ungleichgewichts positiv-rechtlich Nachachtung verschafft; es trägt auch zur Rechtssicherheit bei. Diese Begriffe lassen es zu, in die Beurteilung eines Sachverhalts im Einzelfall auch die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft angemessen einzubeziehen; unter diesen Umständen ist es richtig, die explizite Erwähnung dieses Tatbestandselements im Gesetz zu streichen.</p> <p>Abs. 2 wäre damit wie folgt zu ergänzen:</p> <p style="padding-left: 40px;">„Sie sind auch zur Rückerstattung anderer (ungerechtfertigter) Leistungen der Gesellschaft verpflichtet, soweit diese in einem (offensichtlichen) Missverhältnis zu der von ihnen erbrachten Gegenleistung stehen.“</p>
--	--

	<p>Die Aktivlegitimation der Gläubiger zur Rückerstattungsklage ist abzulehnen. Einerseits ist sie systemwidrig, da ein Gläubiger bei einer aufrechtstehenden Gesellschaft kein Rechtsschutzinteresse an einem solchen Klagerecht hat. Andererseits ist auch kein ökonomischer Anreiz ersichtlich, welcher einen Gläubiger zur Ergreifung einer Klage auf Rückerstattung einer vermögenswerten Leistung an die Gesellschaft motivieren könnte.</p> <p>Sowohl die Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung als auch die Verantwortlichkeitsklage unterstehen einer relativen und einer absoluten Verjährungsfrist. Zudem ist eine Koordination mit einer allfälligen strafrechtlichen Verjährungsbestimmung sicherzustellen. In diesem Sinne wird folgende Verjährungsregelung vorgeschlagen:</p> <p>„Die Pflicht zur Rückerstattung verjährt mit Ablauf von fünf Jahren nach Kenntnis der ungerechtfertigten Leistung und der zur Rückerstattung verpflichteten Person, in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren nach Empfang der Leistung. Wird die Rückerstattungsklage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für die das Strafrecht eine längere Verjährung vorschreibt, so gilt diese auch für den Zivilanspruch.“</p>
Auflösungsklage (VEOR 736)	<p>Wir sind der Auffassung, dass die Herabsetzung der Schwellenwerte teilweise berechtigt ist, teilweise aber nicht. Diese Position hängt damit</p>

zusammen, dass die Weite des Ermessens, das dem Richter zusteht, ein Missverhältnis entstehen lässt. Wir begrüssen die Senkung der Schwellenwerte, sofern die Klage des Aktionärs nicht auf Auflösung sondern auf andere Massnahmen (Auskauf) gerichtet ist. Die eigentliche Auflösung der Gesellschaft, dagegen, ist der wohl schwerste Eingriff, der einzig als ultima ratio in Frage kommen sollte. Für diese eigentliche Auflösungsklage bleibt der geltende Schwellenwert von 10% an der unteren Grenze.

Diese Position setzt voraus, dass der Gesetzgeber die Schutzmechanismen neu überdenkt und die Auflösung von den übrigen Massnahmen trennt. Die Auflösungsklage könnte damit einem 10% des Kapitals überschreitenden Schwellenwert unterstellt werden und weiterhin an wichtige Gründe gebunden sein.

Für die weiteren Massnahmen ist unseres Erachtens zwischen kotierten und nicht kotierten Gesellschaften zu unterscheiden. Bei ersteren ist der Bedarf nicht vorhanden, kann doch der Aktionär durch Verkauf seiner Titel jederzeit aus der Gesellschaft austreten.

Für die nichtkotierte Gesellschaft sind verschiedene Möglichkeiten ins Auge zu fassen, die dem Aktionär den Ausstieg erlauben. Es wird vorgeschlagen, dem Aktionär eine Klage gegen die Gesellschaft auf Rückkauf seiner Aktien zuzustehen, wobei das Vorliegen bloss sachlicher

	<p>Gründe (im Gegensatz zu „wichtigen Gründen“) ausreicht. Analog zum neuen GmbH-Recht könnten dazu die Rückkaufsmöglichkeiten der Gesellschaft erweitert und Zahlungsmechanismen definiert werden.</p> <p>Alternativ, aber beschränkt auf Gesellschaften, die von einem Aktionär oder einer Aktionärsgruppe zu mindestens 90% beherrscht werden, wäre eine Klage gegen den beherrschenden Aktionär (oder die Aktionärsgruppe) auf Übernahme der Minderheitsaktien denkbar. Allerdings müssten diesfalls wichtige Gründe vorliegen, die im Verhalten des Beklagten begründet sind.</p> <p>Wird eine solche „Put-option“ bei Vorliegen wichtiger Gründe eingeführt, ist weiter zu fragen, ob dem 90% Aktionär (oder der Aktionärsgruppe) eine „call option“ zugestanden werden soll, den Minderheitsanteil zum wirklichen Wert zu übernehmen, abgesichert durch richterliche Kontrolle des Wertes. Unseres Erachtens ist ein vertieftes Eindringen in diese Problematik der Auflösungs- resp. Abfindungsklage sowie des Auskaufs notwendig. Der Vorentwurf geht in die richtige Richtung, bleibt aber auf halbem Weg stehen.</p>
Verantwortlichkeitsklage (VEOR 754 ff)	<p><u>Haftungslimitierung</u></p> <p>Die Verantwortlichkeit der Organe im schweizerischen Aktienrecht ist international betrachtet als streng zu beurteilen. Wenn es stimmt, dass immer mehr Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder sowie</p>

	<p>Revisionsstellen Mühe bekunden, für die Ausübung ihrer Tätigkeit eine adäquate Versicherungsdeckung zu erlangen, deutet dies auf ein Systemproblem hin - möglicherweise sind die totalen Risiken aller Verwaltungsräte und Revisionsstellen zusammen volkswirtschaftlich nicht mehr tragbar.</p> <p>Entgegen Art. 759 Abs. 1^{bis} VEOR erscheint es nicht gerechtfertigt, selektiv lediglich den Revisionsstellen eine Limitierung der Haftung zuzustehen. Vielmehr ist eine vernünftige Limitierung der Haftung aller Organe, einschliesslich des Verwaltungsrates, ernsthaft zu prüfen.</p> <p>Zwei Modelle einer Haftungslimitierung sind denkbar, eine summenmässige Limitierung, wie sie VEOR 759 für die Revisionsstellen vorsieht, oder eine Limitierung auf ein Mehrfaches des Entgelts. Letztere Variante scheint uns sinnvoller und der individuellen Situation besser Rechnung tragend.</p> <p><u>Gesetzliche Regelung der Business Judgment Rule</u></p> <p>Zur besseren Kalkulierbarkeit und Eingrenzung der Haftungsrisiken der Organe und im Interesse der Rechtssicherheit erscheint es zusätzlich angebracht, die in der schweizerischen Rechtspraxis mehr oder weniger eingeführte sog. Business Judgment Rule analog zum deutschen Recht (vgl. § 93</p>
--	--

	<p>Abs. 1 Satz 2 D-Akt in der Fassung vom 1.11.2005²) explizit gesetzlich zu regeln. Nach dem Konzept der aus dem amerikanischen Recht stammenden Business Judgment Rule wird unterschieden zwischen sog. unternehmerischen Entscheiden und rechtlich gebundenen Entscheiden der Organe. Die Business Judgment Rule beschlägt einzig den Bereich der nicht gesetzlich gebundenen Entscheidungen - also nicht gesetzwidrige Entscheide - und stellt sicher, dass unternehmerische (Fehl-)Entscheide nicht der richterlichen Überprüfung unterliegen, sofern das Verfahren der Entscheidfindung korrekt abgelaufen ist.</p> <p>Konkret könnte in Art. 754 OR ein neuer Abs. 1^{bis} mit folgendem Inhalt eingeführt werden:</p> <p>„Die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen begehen keine Pflichtverletzung, wenn sie bei einer unternehmerischen Entscheidung annehmen durften, auf der Grundlage angemessener Information und ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“</p>
Klagezulassungsverfahren zur	An Stelle der vorgeschlagenen

² § 93 Abs. 1 Satz 2 D-Akt: „Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“ Gemäss dem Verweis von § 116 D-AktG gilt die *Business Judgment Rule* auch für die Aufsichtsratsmitglieder.

<p>Eingrenzung des Kostenrisikos des Aktionärs bei verschiedenen Aktionärsklagen (Verantwortlichkeitsklage, Rückerstattungsklage, Anfechtungsklage, Überprüfungsklage nach FusG) (neu)</p>	<p>Prozesskostenregelung wird bezüglich des Entscheids über die Prozesskosten verschiedener Aktionärsklagen ein Klagezulassungsverfahren vorgeschlagen.</p> <p>Nach der klassischen Regelung in den kantonalen Zivilprozessordnungen und Art. 97 Abs. 1 VEZPO werden die Prozesskosten in der Regel der unterlegenen Partei auferlegt. Da der Kläger ex ante mit der Möglichkeit rechnen muss, die vollen Prozesskosten tragen zu müssen, wird er in den allermeisten Fällen allein aus diesem Grund auf die Ergreifung einer Aktionärsklage verzichten³. Der als lex specialis für die Verantwortlichkeitsklage anwendbare Art. 756 Abs. 2 OR sowie Art. 98 VEZPO erlauben im Interesse des klagenden Aktionärs eine Abkehr von der klassischen Regelung und eine Verteilung der Prozesskosten nach richterlichem Ermessen. Art. 105 Abs. 3 FusG hat nun</p>
--	--

³ Vgl. KALSS, Durchsetzung der Innenhaftung der Leitungsorgane von Aktiengesellschaften, ZSR 124 [2005] Band II, S. 683.

⁴ § 148 D-AktG regelt das Klagezulassungsverfahren, welches in Abs. 6 folgende (etwas komplizierte) Kostenregelung vorsieht: „Die Kosten des Zulassungsverfahrens hat der Antragsteller zu tragen, soweit sein Antrag abgewiesen wird. Beruht die Abweisung auf entgegenstehenden Gründen des Gesellschaftswohls, die die Gesellschaft vor Antragstellung hätte mitteilen können, aber nicht mitgeteilt hat, so hat sie dem Antragsteller die Kosten zu erstatten. Im Übrigen ist über die Kostentragung im Endurteil zu entscheiden. Erhebt die Gesellschaft selbst Klage oder übernimmt sie ein anhängiges Klageverfahren von Aktionären, so trägt sie etwaige bis zum Zeitpunkt ihrer Klageerhebung oder Übernahme des Verfahrens entstandene Kosten des Antragstellers und kann die Klage nur unter den Voraussetzungen des § 93 Abs. 4 Satz 3 und 4 mit Ausnahme der Sperrfrist zurücknehmen. Wird die Klage ganz oder teilweise abgewiesen, hat die Gesellschaft den Klägern die von diesen zu tragenden Kosten zu erstatten, sofern nicht die Kläger die Zulassung durch vorsätzlich oder grob fahrlässig unrichtigen Vortrag erwirkt haben. Gemeinsam als Antragsteller oder als Streitgenossen handelnde Aktionäre erhalten insgesamt nur die Kosten eines Bevollmächtigten erstattet, soweit nicht ein weiterer Bevollmächtigter zur Rechtsverfolgung unerlässlich war.“ Siehe allgemein zum Klagezulassungsverfahren statt aller KALSS, a.a.O., S. 680.

eine Regelung eingeführt, die praktisch zu einer „Gratisklage“ kommt.

Wir erachten diese Entwicklungen als ungesund, namentlich die letztgenannte Regel, aber wir haben Verständnis für die Bedürfnisse des Klägers nach Transparenz.

Im Sinne einer verbesserten Abschätzung des Prozesskostenrisikos für den klagenden Aktionär erscheint es uns deshalb prüfenswert, ähnlich wie im revidierten deutschen Aktiengesetz ein freiwilliges Klagezulassungsverfahren einzuführen⁴. Eine entsprechende Gesetzesbestimmung könnte wie folgt lauten:

„¹ Vor Anhebung einer Klage kann der Aktionär beim Gericht beantragen, dass deren Kosten von der Gesellschaft zu tragen sind.

² Der Aktionär hat dabei glaubhaft zu machen, dass der Anspruch der Klage wahrscheinlich als begründet erscheint.

³ Kommt das Gericht zum Schluss, der Anspruch der Klage sei begründet, hat die Gesellschaft die Kosten einer Klage zu tragen. Der Aktionär muss diese innert 3 Monaten nach rechtskräftigem Entscheid anheben.“

In einem solchen Klagezulassungsverfahren würde die wahrscheinliche Begründetheit einer Aktionärsklage analog zur

	<p>Hauptsachenprognose einer vorsorglichen Massnahme summarisch in einem rasch durchzuführenden Verfahren geprüft. Bei positiver Hauptsachenprognose würden die Kosten grundsätzlich von der Gesellschaft übernommen. Bei negativer Hauptsachenprognose würde dagegen der klagende Aktionär die (geringen) Kosten des Klagezulassungsverfahrens tragen, und die Kosten des Hauptprozesses würden nach der allgemeinen Regel des Zivilprozessrechts von der in diesem Prozess unterliegenden Partei getragen. Bei einem Verzicht des Aktionärs auf das freiwillige Klagezulassungsverfahren würden die Kosten im Prozess ebenfalls nach der allgemeinen Regel des Zivilprozessrechts von der in diesem Prozess unterliegenden Partei getragen.</p> <p>Bei Gutheissung des Antrags um Klagezulassung müsste die entsprechende Aktionärsklage innerhalb von drei Monaten vom klagenden Aktionär eingereicht werden.</p>
--	--

V. Vermögensmässige Rechte des Aktionärs

Bezugsrecht in nicht-kotierten Gesellschaften (VEOR 652b)	<p>Abs. 2: Festübernahme durch Bankinstitut:</p> <p>Diese neue Bestimmung entspricht einem sehr oft gewählten Vorgehen in der Praxis. Eine entsprechende gesetzliche Regelung ist zu begrüßen. Allerdings hegen wir gewisse Zweifel an der Regelung, dass eine Abgabe entgegen der von der Bank übernommenen Verpflichtung in jedem Falle nichtig ist. Der Gutglaubensschutz des Dritterwerbers in</p>
---	--

	<p>einer Folgetransaktion darf nicht ausser Acht gelassen werden. Es wäre zu prüfen, ob Schadenersatzansprüche gegen die Bank zum Rechtsschutz nicht ausreichen.</p> <p>Abs. 4:</p> <p>Diese Bestimmung ist selbstverständlich und trägt dem Grundsatz, dass es sich beim Bezugsrecht um ein wohlerworbenes Recht handelt, Rechnung.</p> <p>Abs. 5 und 6:</p> <p>Der durch diese Absätze erweiterte Minderheitenschutz ist grundsätzlich zu begrüssen. Unklar ist allerdings, was mit „unsachlich“ und „wesentlich“ gemeint ist. Diese Begriffe sollten präzisiert werden. Denkbar wäre auch, lediglich die Erschwerung auf unsachliche Weise generell zu verbieten. Der Begriff „wesentlich“ könnte gestrichen werden. Es ist schwer nachzuvollziehen, wie eine unsachliche Erschwerung noch wesentlich oder unwesentlich sein kann!</p> <p>Die Bestimmung in Abs. 6 will endlich die Pflicht zur schonenden Rechtsausübung im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung präzisieren. Allerdings geht der Vorentwurf zu weit. Neben der Handelbarkeit der Bezugsrechte sollten weitere Ausnahmen zulässig sein, namentlich in Fällen, in denen die Gesellschaft die Bezugsrechte der nicht zeichnungswilligen Aktionäre abgilt oder wenn die bestehenden Aktionäre oder Dritte</p>
--	--

	nicht bereit sind, die neuen Aktien zu einem höheren Preis zu zeichnen ⁵ .
--	---

VI. Corporate Governance und Verwaltungsrat

Organisationsreglement: Vorbehaltsgeschäfte (VEOR 716b II Z 4)	Die explizite Aufführung der Geschäfte, die der Genehmigung des VR bedürfen, im Organisationsreglement ist zu begrüßen.
Orientierung über Organisation (VEOR 716b IV)	<p>Es erscheint richtig, den VR zu verpflichten, die Aktionäre und - bei schutzwürdigem Interesse - die Gläubiger zur Orientierung über die Organisation der Geschäftsführung zu verpflichten.</p> <p>Und es erscheint richtig, den VR nicht zu zwingen, dies durch Offenlegung des Organisationsreglements zu tun. Gerade in kleinen AGs kommt es oft vor, dass Entscheidungen mit Organisationsreglementsqualität in Form von einfachen VR-Beschlüssen erfolgen und protokolliert werden.</p>
Interessenkonflikte in VR/GL (VEOR 717a)	<p>Regelung der Problematik zu begrüßen.</p> <p>Zu bedenken wäre, im Verantwortlichkeitsprozess die Beweislast umzukehren und damit das betroffene Organ zum Nachweis zu zwingen, das konfliktbelastete Handeln habe keine Schädigung der Gesellschaft zur Folge gehabt.</p>

⁵ vgl. P. Böckli, Revision des Aktien - und Rechnungslegungsrechts – Eine kritische Übersicht; Vortrag am Europa Institut der Universität Zürich, 22.03.2006, S. 24f

Anzeigepflicht VR/RS bei Überschuldung (VEOR 725)	<p>1. Überschuldung/Zahlungsunfähigkeit</p> <p>Es ist wenig angemessen und systematisch auch fragwürdig, die Zahlungsunfähigkeit der Überschuldung gleichzustellen. Die Zahlungsunfähigkeit ist die Materie des SchKG par excellence, die nicht im Aktienrecht unterlaufen werden sollte. Die Instrumente von Art. 725 sind denn auch für den Fall der Zahlungsunfähigkeit ungeeignet: Der Zwischenabschluss ist kein aktueller Status und sagt insofern auch über den Cash-Bestand zu wenig aus. Der Verwaltungsrat wie auch die Revisionsstelle als anzeigepflichtige Instanzen können sich nicht an die Stelle des Kassiers setzen und den Cash-Bestand permanent überwachen.</p> <p>Anderseits ist Zahlungsunfähigkeit ohne Überschuldung kein Fall, der per se zum Konkurs führen sollte. Denn:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Mittelfristig sollte der Aktivenüberschuss auch wieder zur Zahlungsfähigkeit führen. • Ist anderseits die Zahlungsunfähigkeit nachhaltig, so wird die Umstellung auf Veräußerungswerte erforderlich (unten Ziff. 2), was mit grosser Wahrscheinlichkeit die Überschuldung herbeiführt. <p>Aus diesen Gründen schlagen wir die Streichung des Tatbestands der Zahlungsunfähigkeit vor.</p>
---	--

2. Fortführungs-/Veräusserungswerte

Der VE behält die Formel des OR 1991 bei, dass die Überschuldung sowohl zu Fortführungs- wie zu Veräusserungswerten gegeben sein muss (kumulatives Doppelkriterium). Anderseits verdeutlicht und relativiert er aber das sog. „going concern“- Prinzip, d.h. die Fortführung des Unternehmens als Grundannahme, (VEOR 958a Abs. 2), indem festgehalten wird, dass Fortführungs値 nicht mehr angebracht sind, wenn die Einstellung der Unternehmenstätigkeit in den nächsten 12 Monaten beabsichtigt oder „voraussichtlich nicht abwendbar“ ist. Die Idee dahinter ist, dass nur die Schonung von fortführungswürdigen Unternehmen beabsichtigt ist.

Der Vorbehalt von Art VEOR 958a Abs.2 sollte in Art. 725 durch Formulierung oder Verweisung zum Ausdruck kommen. Eine Bewertung zu Fortführungs値en, wo die Fortführung nicht erwartet werden kann, ist in der Tat eine Lüge in sich selber.

3. Stille Reserven bei Anwendung von Veräusserungswerten

Es ist nicht einzusehen, weshalb stille Reserven, wie offenbar VEOR 725 Abs.3 Satz 2 es will, nur aufgerechnet werden können, wenn die Veräusserung in den nächsten 12 Monaten „voraussichtlich möglich“ ist. Je nach Objekt muss und darf, selbst bei einer Liquidation des Unternehmens, von wesentlich längeren Zeithorizonten

ausgegangen werden, ohne dass die Werte damit an Realität einbüßen müssen. Diese Bestimmung sollte gestrichen werden.

4. Fristen

VEOR 725 Abs. 5 sieht vor, dass die Anzeige bei Vorliegen der Überschuldung (bzw. Zahlungsunfähigkeit; s.o. oben Ziff.1) „unverzüglich“ erfolgt. Dahinter stehen indessen Abklärungsvorgänge, die auf jeden Fall einige Zeit brauchen. Die Klausel hätte darum vor allem die Wirkung eines „Angstmachers“ in bereits grösster Nervosität und würde die Sorgfalt der notwendigen Schritte vermutlich nur beeinträchtigen.

Hinsichtlich des Zeitbedarfs sind zu unterscheiden:

- Die Zeit für die Feststellung der Überschuldung (Frist 1)
- Die Zeit für Verhandlungen etc. im Hinblick auf die Beseitigung (Frist 2)
- Die Zeit für die Realisierung der Beseitigungsmassnahmen (Frist 3).

Auch Frist 1 ist für den Entscheid über Leben oder Tod eines nicht ganz kleinen Unternehmens keineswegs zu vernachlässigen. Indessen ist wohl zumutbar, dass schon im Zeitpunkt der „ernsten Besorgnis“ Frist 1 wie auch Frist 2 zu laufen beginnen und auf 60 Tage angesetzt werden. Frist 3 sollte hingegen nicht abgewartet werden müssen, d.h. wenn die Umsetzung der Massnahmen spätestens am Ende der 60

	<p>Tage konkret zu erwarten ist, müsste dies genügen.</p> <p>Um dieser Besorgnis Rechnung zu tragen, sollte VEOR 725 Abs. 5 neu formuliert werden.</p>
--	--

Revision Aktienrecht

Kapitalstrukturvorschriften

Aufhebung der Inhaberaktien (VEOR 622 I)	<p>Die Abschaffung der Inhaberaktien erfolgt nicht deshalb, weil dieses zirkulationsfähige Wertpapier zu Missbräuchen in der Schweiz Anlass gegeben hat, sondern wegen der Kritik aus dem anglo-amerikanischen Raum und von internationalen Organisationen (GAFI/FATF bzw. OECD). Anstoss genommen wird an den Inhaberaktien, weil sie Geldwäscherie und andere wirtschaftskriminelle Tätigkeiten erleichtern sollen; hingewiesen wird weiter auf steuerliche Verifizierungsmöglichkeiten.</p> <p>Der Entscheid, ob die Inhaberaktien erhalten bleiben bzw. ob deren Abschaffung als Alternative auf die börsenkotierten Gesellschaften beschränkt wird, ist letztlich (rechts-) politischer Natur. Die Rücksicht auf die Befindlichkeiten des Auslandes scheint deren Aufhebung zu legitimieren, das Fehlen von Missbräuchen in der Schweiz spricht dagegen für die Beibehaltung. Auch die Wirksamkeit der Abschaffung erscheint zumindest fraglich, jedenfalls solange treuhänderische Aktienbucheinträge möglich</p>
---	---

	sind und Dispoaktien weiter existieren.
Nennwert > 0 (Mindestnennwert) (VEOR 622 II)	<p>Im Laufe der letzten Jahrzehnte ist der vorgeschriebene Mindestnennwert von CHF 100.— (1936) auf CHF 10.— (1991) und schliesslich auf CHF 0,01.— (2001) herabgesetzt worden. Das Aktienkapital bezweckt zwar den Gläubigerschutz (Sperrfunktion); dieser Zielsetzung dient indessen das Mindestaktienkapital, nicht zwingend ein Mindestnennwert der einzelnen Aktien.</p> <p>In Übereinstimmung mit den Regelungen im europäischen Rechtsraum (anders: USA, Kanada, Japan) würde die Einführung echter nennwertloser Aktien dem Konzept der Definition des Aktienkapitals als Sperrquote widersprechen. Deshalb hält VEOR 622 II das bisherige System aufrecht, doch wird ganz auf einen Mindestnennwert verzichtet, der mithin beliebig klein angesetzt werden kann, nur Null übersteigen muss (und in den Statuten und auf den Aktientiteln zu vermerken ist). Dieser „Kompromiss“ erscheint als sinnvoll, denn für das Mass an Flexibilität der Kapitalstruktur ist die Frage des Nennwerts von geringer Bedeutung und der Anpassungsbedarf mit Bezug auf andere Bestimmungen, der sich im Falle des Verzichts auf einen Nennwert stellen würde, tritt nicht ein. Es obliegt den Gesellschaften, das Flexibilitätsbedürfnis gegen arithmetisch noch ausführbare Umtauschverhältnisse abzuwägen.</p>
Statuteninhalt (VEOR 627/628)	Die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen sind Klarstellungen bzw. bedingt durch besondere Kapitalstrukturvorschriften (bedingte Kapitalerhöhung, Kapitalband,

	Sanierung).
Mindestliberierungsquote (VEOR 632 I)	Die Erhöhung der Mindestliberierungsquote für Namenaktien von bisher 20% auf neu 25% des Nennwerts ist zu begrüßen, weil die Erschwerung für die Aktionäre marginal ist und damit eine Übereinstimmung mit dem EU-Recht erreicht wird (2. gesellschaftsrechtliche Richtlinie).
Liberierung in Fremdwährungen (VEOR 633 III)	Die Bestimmung, dass die Einlage einer frei konvertiblen Fremdwährung als Bar- und nicht als qualifizierte Liberierung gilt, entspricht der neueren Praxis des Eidg. Amtes für das Handelsregister und ist zu begrüßen.
Sacheinlage (VEOR 634) und Sachübernahme (VEOR 636)	Dass qualifizierte Liberierungsformen wie Sacheinlagen und Sachübernahmen in den Statuten nicht mehr zu erwähnen sind (Aufhebung von OR 628 I, II und IV), weil die Eintragung im Handelsregister und die Publikation im SHAB ausreichende Transparenz gewährleisten, ist zu begrüßen. Administrativer Aufwand wird erspart. Sinnvoll ist auch, dass die Voraussetzungen der Sacheinlagefähigkeit eines Gegenstandes gesetzlich geregelt werden (kumulativ aktivierbar bzw. bilanzierungsfähig, übertragbar, frei verfügbar und verwertbar), ebenso wie die Feststellung, dass nur sacheinlagefähige Gegenstände einer Sachübernahme zugänglich sind. Sacheinlagen und Sachübernahmen sind in das Handelsregister einzutragen; den Gesellschaften steht frei, weitere Rechtsgeschäfte mittels Handelsregistereintrag offen zu legen (VEOR 636 III). Selbstredend bleibt die im Rahmen der GmbH-Revision beschlossene

	<p>Einengung des Anwendungsbereichs der Sachübernahme (Vermögenswerte von Aktionären oder diesen nahe stehenden Personen) bestehen. Die Schutzregelung bleibt indessen wie bisher bei Übernahme nicht aktivierbarer und nicht verwertbarer Gegenstände (z.B. Domain Names) wirkungslos. Ein weiter gefasster Transparenzzwang wäre somit zu erwägen.</p>
Liberierung durch Verrechnung (VEOR 634a)	<p>Zu begrüßen ist, dass die Liberierung durch Verrechnung ausdrücklich gesetzlich geregelt wird und sie im Handelsregister einzutragen ist (VEOR 634a). Die Frage ist nach heutigem Recht sehr umstritten. Der Gesetzesvorschlag folgt der eher liberalen Auffassung (z.B. Forstmoser, Vogt; a.M. Böckli), die zwar verlangt, dass Forderungen aus Leistungen von Aktionären oder ihnen nahe stehenden Personen nur liberierungsfähig sind, wenn die Leistungen Gegenstand einer Bar- oder Sacheinlage sein können, dass aber einzig der Bestand der Forderung relevant ist, nicht deren Werthaltigkeit (der reale Wert der Forderung ist immerhin im Kapitalerhöhungsbericht zu beurteilen). Diese Lösung schützt die Gläubiger, die eine Verrechnungsliberation vorsehen, vor dem späteren Vorwurf, die zur Verrechnung gestellte Forderung sei nicht voll werthaltig gewesen, mit der Konsequenz, dass sie ihre mittels der Zeichnung begründete Liberierungspflicht erst zum Teil erfüllt hätten. U.E. ist dieser Gesetzesvorschlag zu begrüßen.</p> <p>Dennoch bleiben einige offene Fragen:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Warum gilt die Einschränkung der Sacheinlage- und Sachübernahmefähigkeit der Leistung nur für Aktionäre und nahe

	<p>stehende Personen, nicht aber für Dritte. Ist die Lohnforderung des Direktors verrechnungswürdiger als diejenige des Aktionärs? Was gilt wenn der Direktor auch Aktionär ist? Diese Bestimmung richtet sich gegen die Verrechnung fiktiver Forderungen. Eine solche ist unseres Erachtens in jedem Falle schädlich, unabhängig von der Eigenschaft des verrechnenden Zeichners.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Warum soll die Verrechnung im Sanierungsfall nur zulässig sein, sofern der Gesellschaft „Mittel in voller Höhe der Forderung“ zugeflossen sind? Handelt es sich hier um eine weitere Qualifikation der Verrechenbarkeit? Sind Zinsforderungen (kein direkter Mittelfluss) nicht verrechenbar? Sind scheinlagefähige Aktiven „Mittel“? Unseres Erachtens ist diese Einschränkung zu streichen. - Das gleiche gilt für den unechten Vorbehalt im letzten Satz des Abs.2. Er ist nicht verständlich und es entsteht letztlich der Eindruck, die Möglichkeiten, die im Abs.2 eröffnet werden, würden durch entsprechende Einschränkungen wieder ausgeschlossen.
Besondere Vorteile (VEOR 642)	Die Bestimmung, dass die durch besondere Vorteile begünstigten Personen in den Statuten mit Namen aufzuführen sind und der gewählte Vorteil nach Inhalt und Wert genau zu bezeichnen ist, sowie dass Inhalt und Wert besonderer Vorteile im Handelsregister eingetragen werden müssen, ist zu begrüßen.
Ordentliche Kapitalerhöhung	Die geringfügigen Modifikationen zum bisherigen Verfahren der ordentlichen

(VEOR 650)	Kapitalerhöhung, nämlich die Verlängerung der Gültigkeitsdauer des Kapitalerhöhungsbeschlusses und der Verbindlichkeit der Zeichnungsscheine von drei auf sechs Monate (VEOR 650 III und 652 III) sowie die Erwähnung der Liberierung durch Verrechnung als Einlage im Kapitalerhöhungsbeschluss (VEOR 650 II 6) sind zu begrüßen.
Genehmigte Kapitalerhöhung (OR 651/651a)	Alte Fassung aufgehoben wegen Neuregelung (dazu nachfolgend).
Präzisierungen beim Bezugsrecht (VEOR 652b)	<p>Die Präzisierungen sind zu begrüßen, weil sie Unklarheiten, die in der Praxis aufgetreten sind, beseitigen: Beim Festübernahmeverfahren gilt das Bezugsrecht als gewahrt (VEOR 652b II), wenn eine Festübernahme der gesamten Emission erfolgt, und zwar durch ein dem Bankengesetz unterstelltes Institut, und ein vertragliches Bezugsrecht den Aktionären eingeräumt wird (eine Abgabe von Aktien entgegen der vertraglichen Verpflichtung wäre nichtig).</p> <p>Zur Nichtigkeit der Verletzung der Abgabeverpflichtung und zur Bestimmung eines Ausgabepreises wesentlich unter dem wirklichen Wert siehe die Bemerkungen oben unter V.</p>
Bedingte Kapitalerhöhung (VEOR 653-653i)	Das Verfahren der bedingten Kapitalerhöhung erfährt punktuelle Änderungen bzw. Klarstellungen (z.B. zum Prüfungsbericht: VEOR 653f und 653g), die grundsätzlich als begrüssenswert erscheinen: Die Möglichkeit zur Ausgabe von sog. Gratis- bzw. Aktionärsoptionen im Rahmen einer bedingten Kapitalerhöhung wird ausdrücklich

	<p>gesetzlich verankert (VEOR 653 I und II), indessen die Vorschriften über das Bezugsrecht bei der ordentlichen Kapitalerhöhung für anwendbar erklärt (VEOR 653c I). Die Aufhebung bzw. Beschränkung des Vorwegzeichnungsrechts soll bei Publikumsgesellschaften auch ohne Vorliegen wichtiger Gründe zulässig sein, wenn die Aktionäre die entsprechenden Titel im ihnen zustehenden Umfang zu angemessenen Bedingungen an der Börse erwerben können (VEOR 653c III; gemäss Böckli „Entgiftung“ des Vorwegzeichnungsrechts).</p> <p>Übergangsrechtlich gilt zutreffend für vor Inkrafttreten der Revision beschlossene bedingte oder genehmigte Kapitalerhöhungen das bisherige Recht. Die übrigen Änderungen sind geringerer Natur.</p>
Kapitalherabsetzung (VEOR 653j-653q)	<p>Die ordentliche Kapitalherabsetzung wird — zutreffend — systematisch neu eingeordnet (bisher OR 732-735), und zwar zusammen mit den anderen Verfahren zur Änderung des Aktienkapitals. Einige Mängel des geltenden Rechts sollen zudem behoben werden: Der Gläubigerschutz wird zutreffend auf den Zeitraum <i>vor dem</i> Beschluss der GV verlagert und das Konzept dem Fusionsgesetz angeglichen (VEOR 653k und 653l). Zudem wird der Prüfungsbericht (neu: konkretisierende Regelung in VEOR 653m) nicht mehr wie heute vor der Aufforderung an die Gläubiger zur Forderungsanmeldung erstellt, sondern erst nachher, damit deren Ergebnis berücksichtigt werden kann.</p> <p>Ausdrücklich verankert wird die Möglichkeit der Deliberierung (d.h. einer Kapitalherabsetzung durch Herabsetzung des Liberierungsumfanges) (VEOR 653j I). Die im</p>

	<p>Rahmen der GmbH-Revision vom Dezember 2005 (in Abweichung von der bisherigen Bundesgerichtspraxis) beschlossene Regelung des sog. Kapitalschnitts (Kapitalherabsetzung auf Null mit gleichzeitiger Wiedererhöhung) wird in eine besondere Bestimmung überführt (VEOR 653o) und auf andere Fälle als Sanierungen ausgedehnt (VEOR 653p), was zu begrüßen ist. Nach dieser Regelung müssen die Aktien zwingend vernichtet werden, was zu einem Verlust der Mitgliedschaft führt, doch ist den bisherigen Aktionären im Gegenzug bei der Wiedererhöhung ein unentziehbares Bezugsrecht einzuräumen.</p>
Einführung eines Kapitalbandes (VEOR 653r-653y)	<p>Das Konzept des neu vorgeschlagenen Kapitalbandes will den Verwaltungsrat ermächtigen, für die Dauer von maximal fünf Jahren die Höhe (nach oben und nach unten) des ausgegebenen Aktienkapitals innerhalb einer bestimmten Spannbreite zu ändern. Das Kapitalband, das insbes. Aktienrückkäufe bzw. Kapitalrückzahlungen erlaubt, ist wohl die innovativste Neuerung der Revision und bringt den Vorteil der Flexibilisierung und der Vereinfachung der Aktienausgabe bzw. -rücknahme mit sich. Verbunden ist damit aber auch ein Machtzuwachs des Verwaltungsrates, weil die Aktionäre die Option zur Kapitalherauf- oder -herabsetzung während der vorgesehenen Frist von max. 5 Jahren dem Verwaltungsrat (ohne dass ein späterer Prüfungsbericht oder eine Gläubigeraufforderung nötig wäre) überlassen. Die Einführung des (flexiblen) Kapitalbandes entspricht den Erkenntnissen der modernen Finanzierungslehre.</p>

Das Kapitalband wird durch qualifizierten Beschluss der GV (OR 704) eingeführt; zur Klarstellung wird das bestehende Aktienkapital im Handelsregister als eingetragenes bzw. aktuell ausgegebenes Kapital bezeichnet (VEOR 653r). Das Kapitalband wird nach unten durch das sog. Basiskapital (höchstens Unterschreitung des eingetragenen Kapitals um die Hälfte und Beibehaltung des Mindestbetrages von CHF 100'000.—) und nach oben durch sog. Maximalkapital (höchstens Überschreitung des eingetragenen Kapitals um die Hälfte) begrenzt, was als sachgerecht erscheint. Der Erhöhungsbeschluss erfolgt mit dem qualifizierten Quorum von OR 704 in der Form der öffentlichen Beurkundung, die wesentlichen Punkte sind wie bisher bei der genehmigten Kapitalerhöhung vorgeschrieben; zudem kann die GV den Ermessensspielraum des VR beschränken (VEOR 653r III, 653s I 3). Die Voraussetzungen der Gewährung bzw. des Entzugs des Bezugsrechts sind detailliert geregelt (VEOR 653s I 7/8), ebenso wie die Durchführung von Kapitalveränderungen durch den Verwaltungsrat (VEOR 653t).

Von besonderer Bedeutung ist der Gläubigerschutz: Im Falle der Einführung des Kapitalbandes mit einem Basiskapital unter dem aktuell im Handelsregister eingetragenen Aktienkapital oder einer späteren Herabsetzung des Basiskapitals hat die AG eine Aufforderung an die Gläubiger zur Anmeldung ihrer Forderungen zu veröffentlichen und die Forderungen sind auf Verlangen der Gläubiger sicherzustellen oder zu befriedigen; zudem muss ein

	<p>Prüfungsbericht eines Revisionsexperten bestätigen, dass die Forderungen voll gedeckt wären (VEOR 653l und 653m). Bei Kapitalherabsetzungen innerhalb des Kapitalbandes sind diese Schutzmassnahmen zwar nicht erforderlich, doch darf der Verwaltungsrat die Herabsetzung nur durchführen, wenn dadurch die Forderungen der Gläubiger nicht gefährdet werden (VEOR 653v III). Weiter sind verschiedene Bestimmungen über die erforderliche Rechenschaftsablage und Transparenz (zum Schutze der Gläubiger) im Zusammenhang mit Kapitalveränderungen vorgesehen (VEOR 653x). Während der Dauer des Kapitalbandes kann die GV weiterhin das ausgegebene Kapital mittels einer ordentlichen Kapitalerhöhung oder - herabsetzung sowie einer bedingten Kapitalerhöhung verändern.</p> <p>Gesamthaft betrachtet erscheint der Regelungsvorschlag als innovativ, ohne angesichts der vorgesehenen Schutzmassnahmen die berechtigten Anliegen der Aktionäre und Gläubiger zu beeinträchtigen.</p>
Alternativvorschlag: Genehmigte Kapitalerhöhung und genehmigte Kapitalherabsetzung (VEOR 652i-652k und VEOR 653s-653u des Anhangs)	<p>Alternativ soll die bisherige genehmigte Kapitalerhöhung (OR 651/651a) mit gewissen Änderungen beibehalten werden (652i-652k), insbesondere der Verlängerung der Maximaldauer von zwei auf fünf Jahre und einer der Rechtsprechung angepassten Regelung des Entzugs des Bezugsrechts.</p> <p>Ergänzend ist als neues Institut die genehmigte Kapitalherabsetzung vorgesehen (VEOR 653s-653u des Anhangs): Die Regelung ist angelehnt an die heutigen</p>

	<p>Bestimmungen zur genehmigten Kapitalerhöhung und unterscheidet sich vom Kapitalband durch das Festhalten am bisherigen Konzept des Gläubigerschutzes bei Kapitalherabsetzungen, insbesondere durch die Notwendigkeit des Schuldenrufes.</p> <p>Genehmigte Kapitalerhöhungen und - herabsetzungen lassen sich kombinieren. Im Vergleich zum Kapitalband hat nicht das Basiskapital die Funktion einer formellen Sperrziffer, sondern das ausgegebene Aktienkapital, was bedeutet, dass der Gläubigerschutz bei der genehmigten Kapitalerhöhung nicht auf den Zeitpunkt vor dem GV-Beschluss vorverlegt wird; erst bei der Durchführung einer Kapitalherabsetzung ist somit eine Aufforderung an die Gläubiger zwecks Sicherstellung bzw. Befriedigung ihrer Forderung zu erlassen und ein Prüfungsbericht zu erstellen. Zudem ist nicht ausdrücklich vorgesehen, dass die GV die Ermächtigung an Bedingungen knüpfen oder einschränken kann.</p> <p>Das Kapitalband bietet somit höhere Flexibilität und ist administrativ einfacher handhabbar als die Kombination von genehmigter Kapitalerhöhung und - herabsetzung; denkbar wäre immerhin, dieses „Modell“ nicht als Alternative im Sinne des „entweder-oder“, sondern als zusätzliche Variante vorzusehen.</p>
Veränderungen beim Partizipationskapital (VEOR 656a/b)	Vorgesehen ist ein Verzicht auf die bisherige Obergrenze des Partizipationskapitals in Höhe des doppelten Aktienkapitals (Aufhebung von OR 656b I), mit der Konsequenz, dass das PS-Kapital bei der Berechnung der Höchstgrenze für den Rückkauf eigener Aktien nicht mehr zum

	<p>Aktienkapital gezählt wird und die Schwellenwerte für bestimmte Aktionärsrechte für Aktionäre und Partizipanten neu getrennt berechnet werden (Auflösungsklage, Einleitung Sonderprüfung). Diese Liberalisierung beim PS-Kapital vermag u.E. nicht zu überzeugen, denn dadurch kann es zu Gesellschaften kommen, in denen die fast ausschliesslich das Risiko tragenden Investoren nichts, die wenigen im Stimmrecht privilegierten Aktionäre aber alles zu sagen haben (Widerspruch zum internationalen Trend des „one share - one vote“). Diese Gefahr bestand vor dem revidierten OR 1991 und wurde durch die heute geltende Limite gebannt.</p> <p>Wir vertreten die Auffassung, dass das Gesetz einen Plafond vorsehen sollte und wir schlagen vor, diesen beim Faktor 1:10 festzulegen. Damit wäre eine Analogie zu den Stimmrechtsaktien hergestellt, die sich durch die Ähnlichkeit der Konzepte aufdrängt. Sollte diesem Gedanken gefolgt werden, so müsste auch überlegt werden ob der Faktor 1:10 für Stimmrechtsaktien und Partizipationsscheine individuell oder kumulativ anwendbar ist, wobei letzteres wohl den Vorzug verdient.</p> <p>Die Ausgabe von Inhaber-Partizipationsscheinen bleibt zulässig (VEOR 656a I), was im Lichte der Abschaffung der Inhaberaktien als widersprüchlich erscheint.</p>
--	---

Revision Aktienrecht

Rechnungslegungsvorschriften

Einleitung	<p>Der SAV nimmt zur Kenntnis, dass aus Gründen des Festhaltens am Massgeblichkeitsprinzip darauf verzichtet wurde, das Rechnungsrecht generell in Richtung einer „true and fair view“ zu modernisieren, wie dies mit dem VE RRG angestrebt wurde. Festgeschrieben wird der Zustand des heutigen Aktienrechts, der nicht nur keine true and fair view vorsieht, sondern sogar die Schaffung von gewillkürten Reserven erlaubt und lediglich deren Auflösung offenlegungspflichtig macht.</p> <p>In der sprachlichen Präzision bleibt der Vorentwurf wesentlich hinter dem VE RRG zurück.</p> <p>Unterstellt man aber, dass es nicht möglich ist, dass das Steuerrecht an eigene Bewertungen anknüpft (mithin am Massgeblichkeitsprinzip unbedingt festgehalten werden muss), ist der vorgelegte Vorschlag der wohl politisch richtige Kompromiss.</p> <p>Zu den Bestimmungen im Einzelnen:</p>
Aufhebung von OR 663h	Zu begrüßen
Beschränkung der Verwendbarkeit von Kapitalreserven (VEOR 671 II)	Die Regelung ist u.E. abzulehnen – die heutige Praxis (im Einklang mit dem Wortlaut des Gesetzes) hat das erlaubt und es sind keine Fälle bekannt, wo jemand wegen einer solchen Umwandlung zu Schaden kam. Die

	<p>Verwendung in der Praxis diente vor allem dazu, Aktienrückkäufe zu ermöglichen oder Spaltungen nach herkömmlichem Muster durchzuführen – aber selbst wenn das Geld ausgeschüttet würde, ist nicht ersichtlich, wer durch die Umwandlung geschädigt würde, denn der Rechtsverkehr hat nur ein Recht, auf die Sperrquote Aktienkapital zu vertrauen, nicht aber auf eine Sperrquote Aktienkapital plus Kapitalreserve (die ja so oder anders keine Sperrquote ist, darf sie doch zur Beseitigung eines Kapitalverlustes verwendet werden).</p> <p>Die Mehrheit der heutigen Lehre erlaubte die Umwandlung, wenn auch (richtigerweise) nur im Umfang von OR 671 III (für Holdinggesellschaften OR 671 IV)⁶. Diese Regelung ist beizubehalten. Will man an der Unterscheidung Kapital- und Gewinnreserve festhalten, ist zu präzisieren, wann die GV die Kapitalreserve umwandeln kann.</p> <p>Der in der Botschaft vorgeschlagene Umweg über Kapitalerhöhung und –herabsetzung ist nach gegenwärtiger Steuerpraxis nicht machbar (Gratissennwerterhöhung) und im übrigen unnötig kompliziert.</p>
Streichung von Art. 671a und 671b	Wird begrüßt
Verwendbarkeit gesetzlicher	Die Umformulierung des ganzen 672 ist

⁶ NEUHAUS, MARKUS/SCHÖNBÄCHLER, BRUNO, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. A., Basel 2002, Art. 671 N 36 (nachfolgend zitiert als BSK OR II-BEARBEITER, Art. N); FORSTMOSER, PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Band I/1, Zürich, 1981, § 9 N 54; a. M. BÖCKLI, PETER, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2004, § 8 N 271.

Reserven (VEOR 672 III)	<p>grundsätzlich zu begrüßen. Unklar bleibt, wie bisher, wie eigentlich vorzugehen ist bei „Massnahmen zur Weiterführung bei schlechtem Geschäftsgang“ und „Bekämpfung der Arbeitslosigkeit“ nach VEOR 672 III. Gemeint kann nur sein, dass solche Massnahmen zwar dennoch über die Erfolgsrechnung gebucht werden, dann aber der Verlust (oder verminderte Gewinn) über die Reserve ausgeglichen wird. Ob das sinnvoll ist, ist zu bezweifeln. Die Streichung dieser Bestimmung würde Sinn machen und die Rechtslage klären (namentlich klarstellen, dass keine direkte Verrechnung mit dem Eigenkapital möglich ist).</p> <p>Ein konkreter Hinweis der Wandelbarkeit der gesetzlichen Reserven, soweit sie über Abs. 1 hinausgehen, könnte sinnvoll sein, z.B. wenn das formelle Aktienkapital durch Herabsetzung vermindert wird.</p>
Weitere Reserven (VEOR 673)	<p>Es scheint, dass die (falsche) Vorstellung, dass Reserven „Separatkässeli“ sind, weiter vorherrscht: Die Reserve bewirkt ja nichts anderes als eine Ausschüttungssperre, die von der GV auch wieder aufgehoben werden kann (Abs. 2 VEOR). Bei ersatzloser Streichung des ganzen Artikels würde sich an der Rechtslage kaum etwas ändern. Sinnvoll wäre es allenfalls, zu erwähnen, dass die Statuten weitere Reserven vorsehen können – deren Zweck kann dann aber ohne Schaden offen bleiben.</p> <p>Falsch ist die Aussage im Bericht, dass durch die Zuweisung in eine „Dividendenreserve“ Aktionäre über den Geschäftsgang getäuscht würden (S. 61f.) – dies stimmt nur bei „stillen“ Reserven, der Geschäftsgang bei</p>

	offenen Reserven lässt sich aus der Erfolgsrechnung ohne weiteres ablesen.
Verrechnung mit Verlusten (VEOR 674)	Zu begrüßen. Wird der hier vertretenen Meinung gefolgt, dass auch die Kapitalreserve umgewandelt werden kann, ist diese Regelung anzupassen
Streichung der Aufwertungsmöglichkeit für Grundstücke und Beteiligungen (OR 670)	Zu begrüßen.
Buchführungspflicht (VEOR 957)	Zu begrüßen.
Buchführung (VEOR 957a)	Zu begrüßen
Rechnungslegung (VEOR 958)	Zu begrüßen, inkl. Unterzeichnungspflicht. Vom Parlament genauer zu analysieren ist aber, ob es nicht sinnvoll wäre, einen Lagebericht, der in narrativer Form den Geschäftsgang der Berichtsperiode zusammenfasst, von allen Gesellschaften zu verlangen (nicht nur von Grossgesellschaften gemäss Art. 961b VEOR), allenfalls mit Ausweitung des Prüfungsauftrages der Revisionsstelle?
Fortführungsannahme (VEOR 958a)	Diese Bestimmung hängt eng mit Art 725 OR (bzw. VEOR) zusammen; auf keinen Fall darf sie so interpretiert werden, dass die Liquidität für 12 Monate gesichert sein muss. Will man einen Unternehmesteil innert 12 Monaten verkaufen, ist die Umstellung auf Veräußerungswerte u.E. ferner auch nicht angebracht.
Rechnungslegungsgrundsätze (VEOR 958b)	Zu begrüßen

Darstellung, Währung, Sprache (VEOR 958c)	Zu begrüssen
Einsichtnahme und Offenlegung (VEOR 958d)	U.E. ist die Beschränkung auf Gläubiger mit einem schutzwürdigen Interesse zu präzisieren, damit langwierige Verfahren vermieden werden können. Denkbar wäre beispielsweise, dass (nicht abschliessend) jeder Gläubiger, dessen Forderung in Verzug ist oder dessen Forderung grösser ist als 1% des Eigenkapitals, gegenüber der fraglichen Gesellschaft einen Anspruch erhalten soll.
Aufbewahrung (VEOR 958e)	Zu begrüssen, insb. die Streichung der Korrespondenz
Jahresrechnung (VEOR 959)	Zu begrüssen
Mindestgliederung (VEOR 959a)	Zu begrüssen, gilt auch für die Behandlung eigener Aktien
Erfolgsrechnung (VEOR 959b)	Zu begrüssen (inkl. des Ausweises der Zuteilung von Optionen, auch wenn zu berücksichtigen ist, dass die Bewertung solcher Optionen eine schwierige Angelegenheit ist)
Anhang (VEOR 959c)	Inhaltlich zu begrüssen, sprachlich noch zu verbessern. Zu präzisieren ist namentlich, dass Abs. 1 nur eine Gliederungs- und nicht eine Inhaltsvorschrift ist (diese Bemerkung bezieht sich insbesondere auf Ziff. 1 von Abs. 1. Macht man nicht klar, dass es sich um eine blosse Gliederungsvorschrift handelt, könnte beispielsweise unter dieser Ziffer die Notwendigkeit einer Segmentsberichterstattung in den Gesetzestext hineingelesen werden). Besser wäre es, zunächst zu sagen, was der Anhang soll, dann was der Mindestinhalt ist und was

	<p>allenfalls zusätzlich noch zu sagen ist.</p> <p>Je nach konkreter Regelung der „Willkürreserven“ (vgl. insb. Art. 960e und die dortigen Anmerkungen) ist die jetzige Regelung des Aktienrechts betreffend Reserveauflösung wieder einzufügen.</p>
Bewertung (VEOR 960)	<p>Wir sind uns bewusst, dass die Fragen um die gewillkürten und die stillen Reserven zu den politisch brisantesten gehören. Wir wollen deshalb an dieser Stelle von einer grundsätzlichen Stellungnahme absehen und einzig auf einzelne Fragezeichen hinweisen.</p> <p>Abs. 2: Nicht recht verständlich ist es beispielsweise, weshalb der Bericht Einmalabschreibungen zulassen will (S. 105f.), da dies im Regelfall zu gewillkürten Reserven führt, was in Abs. 2 generell ausgeschlossen wird (vgl. auch Bemerkungen zu Art. 960e VEOR); berücksichtigt man den Umstand, dass allgemein die Schaffung von Willkürreserven ermöglicht wird, scheint der zweite Halbsatz von Abs. 2 ein reines „Windowdressing“ zu sein. Konsequenterweise müsste man ihn wohl streichen.</p> <p>Abs. 3 könnte man ohne Verlust streichen, da er eine Selbstverständlichkeit ausdrückt. Gefährlich könnte der Absatz aber sein, wenn er als Freipass für ein jährliches Abchecken aller Bilanzpositionen verstanden werden sollte.</p>
Aktiven (VEOR 960a)	Zu begrüßen
Forderungen und Aktien mit Börsenkurs (VEOR 960b)	Zu begrüßen

Vorräte und Dienstleistungen (VEOR 960c)	Zu begrüßen
Anlagen (VEOR 960d)	Zu begrüßen
Verbindlichkeiten (VEOR 960e)	<p>Abs. 1 bis 3 sind mit Ausnahme von Abs. 3 Ziff. 4 nicht zu beanstanden. Diese Ziff. 4 führt dagegen zurück in die Zeit der Willkürreserven die aus Transparenzgründen ausgeschlossen werden müssen, wie dies durch Art. 959 Abs. 4 und 960 Abs. 2 VEOR auch richtigerweise statuiert ist.</p> <p>Abzulehnen ist aus analogen Gründen Abs. 4 (Nichtnotwendigkeit, unnötige Rückstellungen aufzulösen) – auch diese Bestimmung erlaubt Willkürreserven und verstösst damit nicht nur gegen die vorgenannten Bestimmungen, sondern auch gegen den in Art. 958b VEOR richtigerweise niedergelegten Grundsatz der Periodengerechtigkeit.</p>
Verhältnis zum Steuerrecht (VEOR 960f)	<p>Das Verhältnis Rechnungslegung-Handelsrecht-Steuerrecht hat ausgeprägt politischen Charakter, weshalb wir davon absehen, das gewählte System grundsätzlich in Frage zu stellen.</p> <p>Nicht verständlich ist aber, weshalb die Korrekturen gemäss VEOR 960f erfolgsneutral gemacht werden sollten, wie der Bericht dies auf S. 107 festhält</p>
Grossunternehmen (VEOR 961)	Zu begrüßen
Cash-flow-statement (VEOR 961a)	<p>Zu begrüßen. Zu fragen ist,</p> <p>a. ob Bestandesänderungen im Umlaufvermögen nicht auch erfasst werden</p>

	<p>müssten und</p> <p>b. ob in Abs. 2 nicht gesagt werden müsste: „sofern eine Konzerngeldflussrechnung erstellt wird.“</p>
Lagebericht (VEOR 961b)	Zu begrüßen
Regelwerkabschluss (VEOR 962)	<p>Zu begrüßen. Eine sprachliche Anpassung wäre für den Begriff des „privaten“ Regelwerkes sinnvoll, der durch das „anerkannte“ Regelwerk (siehe VEOR 962a) zu ersetzen wäre (im VE-RRG gab es den Begriff des „allgemein anerkannten Regelwerkes“). Man denkt hier aber offenbar auch an lokale Standards (Bericht, 112), was zu einer Begriffsverkürzung führen muss). Vgl. hier auch die Wortwahl in Art. 962a Abs. 1 VEOR.</p> <p>Abs. 3: Hier wäre der Klarheit halber wie folgt zu formulieren: „<i>Absätze 1 und 2 finden keine Anwendung, wenn eine Konzernrechnung ...</i>“.</p> <p>Fraglich ist, ob die Schwellen nach Abs. 2 nicht zu tief angesetzt worden sind, dies namentlich unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Erstellung eines Abschlusses nach Regelwerk aufwendig und teuer (und zeitraubend) sein kann. Zu erwägen wäre, als Mittellösung für kleinere Aktionäre klarzustellen, dass im Rahmen des Fragerechtes des Aktionärs an der Generalversammlung einzelne Bilanzposten einer Kontrolle unterzogen werden können, dies bezogen auf ein von der Gesellschaft gewähltes, anerkanntes Regelwerk.</p> <p>Offen ist ferner, wer die Wahl zwischen mehreren anwendbaren Regelwerken treffen</p>

	darf; dies müsste u.E. der Gesellschaft (bzw. deren Verwaltungsrat) zustehen. Ebenso die Frage ob, unter welchen Umständen und auf wessen Beschluss das Regelwerk gewechselt werden kann.
Regelwerke (VEOR 962a)	Zu begrüßen. Wortlaut scheint aber unklar: was bedeutet „bestätigt“ gemäss VEOR 962a Abs. 2 Satz 2? Besser wäre „geprüft“. Gemäss Bericht, S. 113, bedarf ein Abschluss nach Regelwerk stets der ordentlichen Revision nach neuem Recht, was im Gesetzestext aber klarzustellen wäre.
Konzernrechnung (VEOR 963)	Zu begrüßen. Namentlich scheint es uns richtig, keine Grössenkriterien einzuführen und auf die „Kontrolle“ abzustellen.
Unterkonzern (VEOR 963a)	Zu begrüßen
Konsolidierungskreis (VEOR 963b)	Zu begrüßen. Ausnahmen von der Konsolidierungspflicht wären zu diskutieren, können zu einer erheblichen Einschränkung der Aussagefähigkeit der Konzernrechnung führen.
Regelwerke (VEOR 963c)	Zu begrüßen. Siehe Kommentar zu VEOR 962a
Übergangsbestimmungen Allgemeine Regel (VEÜB 1)	Zu begrüßen.
Anpassungsfrist (VEÜB 2)	Zu begrüßen, da zweijährige Anpassungsfrist als angemessen erscheint.
Inhaberaktien (VEÜB 3)	Siehe die oben eingenommenen Standpunkte.
Genehmigte und bedingte Kapitalerhöhung (VEÜB 4)	Zu begrüßen. Ev. Regelung vorsehen, dass genehmigte Kapitalerhöhung unter altem Recht automatisch ausser Kraft tritt, wenn

	Kapitalband mit Möglichkeit der Erhöhung nach oben (vgl. insb. VEOR 653r Abs. 3) eingeführt wird.
Rechnungslegung (VEÜB 5)	Zu begrüßen, insb. Verzicht auf „Restatement“ gemäss Abs. 4, um die Emittenten nicht übermäßig zu belasten.

Revision Aktienrecht Handelsregister und Firma

I. Handelsregister

Öffentlichkeit (VEOR 928 bis 943)	<p>Dass nebst den formellen Einträgen (Handelsregisterauszügen) zusätzlich auch die Statuten und Stiftungsurkunden im Abrufverfahren zugänglich sein sollen, ist sehr zu begrüßen und bringt dem Praktiker enorme Erleichterungen. Die Unentgeltlichkeit ist positiv, kann aber auf die reine Information beschränkt werden. Beglaubigte Dokumente können weiterhin fakturiert werden. Heute besteht in den Kantonen bezüglich der elektronischen Handelsregisterauszüge eine unterschiedliche Praxis. Verschiedene Kantone stellen die Auszüge unentgeltlich zur Verfügung, in anderen Kantonen können die Auszüge mit relativ einfachen Mitteln (über Kreditkarte) bezahlt werden.</p> <p>Zu begrüßen ist auch der Vorschlag, dass die elektronische Suche nach bestimmten Kriterien zulässig ist.</p> <p>Richtig und unabdingbar ist es, dass die Modalitäten vom Bund und nicht mehr von den Kantonen festgelegt werden.</p>
-----------------------------------	--

VEOR 928a	<p>Es ist sehr zu begrüßen, dass Tagebucheinträge innert einer bestimmten kurzen Frist nach der Genehmigung durch das eidgenössische Amt für das Handelsregister im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlicht werden. Die heutige sehr unterschiedliche Praxis der verschiedenen kantonalen Handelsregisterämter wird damit vereinheitlicht. Die umfassende Umgestaltung der Vorschriften über das SHAB liegt sehr im Interesse der Wirtschaft.</p> <p>Im Interesse der Transparenz und des Gläubigerschutzes wäre auch die Frage zu überlegen, ob ein effizienter elektronischer Zugriff auf das Schweizerische Handelsamtsblatt eingerichtet werden sollte. Andernfalls knüpft das Gesetz an die Publikationen im SHAB Vermutungen und Rechtswirkungen, die nicht dem Rechtsalltag entsprechen.</p>
VEOR 930a	<p>Es ist zu begrüßen, dass der Bund nicht nur Vorschriften über die Führung des Handelsregisters und den elektronischen Datenaustausch mit elektronischen Mitteln regelt, sondern auch die Entgegennahme elektronisch eingereichter Belege, die elektronische Erfassung von Belegen und elektronische Datenübermittlung plant. Allerdings muss die Sicherheit dieser elektronischen Übermittlungen gewährleistet sein (technisch lösbar, vgl. Projekt des Schweizerischen Bundesgerichtes bezüglich elektronischer Datenübermittlung).</p>
VEOR 931	<p>Die neue Bestimmung entspricht der heutigen Praxis der Handelsregisterbehörden. Diese Praxis</p>

	konnte sich bis anhin nur auf die Verordnung stützen.
VEOR 931a	Diese Bestimmung entspricht der geltenden Rechtspraxis und ist zu begrüßen.
VEOR 943a	<p>Die Haftungsbestimmung kodifiziert den Entscheid BGE 115 II 93 ff (gestützt auf die Verordnung über die Gebühren für das Handelsregister).</p> <p>Die Vorschrift geht zudem noch weiter, indem auch jene Personen solidarisch haften, die eine Anmeldung hätten einreichen müssen; sie umfasst zudem auch Mitglieder, welche aus der obersten Leitung einer Gesellschaft ausscheiden. Diese Ausweitung ist in keiner Weise gerechtfertigt.</p>

II. Firmenrecht

VEOR 944	<p>Bezüglich Firmenbildung sind zwei Elemente zentral: Das Interesse des Unternehmens auf Firmenwahl und Unterscheidbarkeit und das Interesse des Publikums auf Vermeidung von Täuschung und Verwechslung.</p> <p>Die Zulassung reiner Sachfirmen ohne jede Anforderung an eine Individualisierung monopolisiert Sachbezeichnungen, was nur schwer zu rechtfertigen ist. Im weiteren leidet der Schutz des Publikums gegen Täuschung, wenn praktisch gleich lautende Sachfirmen zugelassen werden. Aus diesem Grund erscheint die neue Regelung als gefährlich</p> <p>Hingegen sollte unbedingt die heutige</p>
----------	---

	unbefriedigende Praxis bezüglich Anforderungen an die deutliche Unterscheidbarkeit von Firmennamen, die aus Phantasiebezeichnungen bestehen, gemildert werden. Die jüngere Firma ist zwangsläufig sehr oft dem Risiko eines - erfolgreichen - Angriffs durch eine ältere Firma ausgesetzt.
--	--

Bern, 9. Juni 2006

Für den Schweizerischen Anwaltsverband

Dr. Alain Bruno Lévy
Präsident SAV

René Rall
Generalsekretär SAV

Herrn Bundesrat
Christoph Blocher
Vorsteher des Eidgenössischen
Justiz- und Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern

31. Mai 2006 Sc/ks

Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechtes

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben uns mit Schreiben vom 7. Dezember 2005 eingeladen, zur oben genannten Vorlage Stellung zu nehmen.

Aufgrund der internen Aufgabenteilung schliesst sich der Schweizerische Arbeitgeberverband den Stellungnahmen von economiesuisse an. Zusätzlich bitten wir Sie, im Bereich der Wohlfahrtsstiftungen usw. und der beruflichen Vorsorge den konkreten Anliegen des Schweizerischen Pensionskassenverbandes ASIP Rechnung zu tragen.

Mit freundlichen Grüßen

SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND

Der Vizedirektor



Dr. Hans Rudolf Schuppisser

Herrn
Bundesrat Christoph Blocher
Vorsteher des Eidg. Justiz-
und Polizeidepartements
Bundeshaus West
3003 Bern

Bern, 29. Mai 2006 Ne/by

Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 7. Dezember 2005 haben Sie uns eingeladen, uns zur oben erwähnten Vorlage vernehmen zu lassen. Für diese Gelegenheit zur Stellungnahme danken wir Ihnen bestens.

1. Vorbemerkungen

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Teilrevision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts halten wir für wichtig und nötig. Das umfassende Revisionsprojekt verfolgt vier Hauptziele: Die Verbesserung der Corporate Governance, eine Neuregelung der Kapitalstrukturen, die Anpassung der Regeln über die Generalversammlung an das digitale Zeitalter sowie eine rechtsformübergreifende Revision des Rechnungslegungsrechts.

Auch wenn wir die Vorlage insgesamt als relativ ausgewogen beurteilen, sind einzelne der vorgeschlagenen Änderungen abzulehnen. Insbesondere lehnen wir die Abschaffung der Inhaberaktie ab. Auch gehen einzelne neue Vorschriften, mit Bezug auf die KMU in ihrem Regelungsbereich zu weit.

Um den neuen Informationsbedürfnissen besser zu entsprechen und sich den internationalen Vorschriften besonders in Sachen Offenlegung der Rechnung anzugeleichen, ist diese Revision des schweizerischen Aktien- und Rechnungslegungsgesetzes sinnvoll. Verschiedene Vorschläge des Vorentwurfs sind jedoch zu stark geprägt vom regulatorischen Aktivismus, der im Nachgang zu spektakulären Firmenzusammenbrüchen in den letzten Jahren eingesetzt hat.

Gestützt auf die uns zugegangenen Stellungnahmen unserer Mitgliedorganisationen, nehmen wir nur zu einzelnen Punkten der Vorlage Stellung und lehnen uns im Wesentlichen an die umfangreiche Vernehmlassung des Schweizerischen Treuhänder-Verbands (STV/USF) an.

Wir vertreten insbesondere die Anliegen der KMU und stellen bei der Beurteilung der Vorlage deren Gesichtspunkte in den Vordergrund. Nachfolgend verstehen wir unter KMU Gesellschaften, welche gemäss neuem Revisionsgesetz der eingeschränkten Revision unterliegen.

2. Ausgangslage und Hintergrund

- Bekanntlich bestehen 98 % unserer Wirtschaft aus kleinen und mittelgrossen Unternehmen mit bis zu 250 Mitarbeitenden. Neue Vorschriften im Sinne dieses Gesetzes betreffen die KMU, weshalb ihre Anliegen besonders berücksichtigt werden müssen. Wir sind der Ansicht, dass die vorliegende Gesetzesreform die **Aspekte der KMU** in einzelnen Bereichen ungenügend berücksichtigt und schlagen deshalb vor, dass analog dem Fusionsgesetz und den neuen Revisionsvorschriften, **substanzielle Erleichterungen für KMU** im Gesetzesentwurf zwingend Beachtung finden müssen. Dabei erachten wir es als sinnvoll, die Abgrenzungskriterien zwischen KMU und grossen Unternehmen aus dem neuen Revisionsgesetz zu übernehmen (Bilanzsumme 10 Mio., Umsatzerlös 20 Mio. sowie 50 Vollzeitstellen).
- Eine angemessene Regelung der **Corporate Governance** ist im Grundsatz zu begrüssen. Wir sind jedoch der Ansicht, dass diesbezüglich bereits genügend Selbstregulierungsbestimmungen bestehen. In jedem Fall sind neue Bestimmungen auf Publikumsgesellschaften oder zumindest auf grosse Gesellschaften zu beschränken. Eine Ausweitung dieser Regelungen geht für KMU entschieden zu weit und ist strikte abzulehnen. Die Schweiz sollte sich grundsätzlich hüten, mit Regulierungen zu überborden und damit erhebliche Wettbewerbsnachteile gegenüber ausländischen Finanz- und Werkplätzen zu schaffen.
- Das **Auskunfts- und Einsichtsrechts** ist ebenfalls nur bei Publikumsgesellschaften und eventuell bei grösseren Gesellschaften auszuweiten. Das vorgeschlagene Auskunfts- und Einsichtsrecht der Gläubiger geht entschieden zu weit und ist in der vorgeschlagenen Form abzulehnen. Unser Wirtschaftssystem basiert auf einer **liberalen Grundordnung** und nicht auf einer Kontrollwirtschaft, wie sie mit solchen Bestimmungen schlechend eingeführt wird.
- Was die **Flexibilisierung der Kapitalstruktur** anbetrifft, begrüsst der SGV die Idee eines Kapitalbandes. Hingegen lehnen wir die Abschaffung der Inhaberaktien strikte ab. Dies umso mehr, als die Partizipationsscheine weiterhin auf den Inhaber lauten können und dabei sogar die Limitierung aufgehoben wird. Zudem erachten wir das bestehende „Geldwäscherei-Abwehrdispositiv“ als ausreichend. Auch mit Inhaberaktien sind die Ziele der Geldwäschereibekämpfung zu erreichen. Vor dem Hintergrund des Wettbewerbs der Finanz- und Kapitalmärkte ist jegliche unnötige Selbsteinschränkung entschieden abzulehnen.
- Die Aktualisierung der **Regelung der Generalversammlung** ist grundsätzlich zu begrüssen.

- Die rechtsformneutrale **Regelung der Rechnungslegung** ist zu begrüssen; ebenso die Unterscheidung nach Grössenkriterien analog des Revisionsrechtes. Allerdings müssen die minimal geltenden Bestimmungen KMU-tauglich sein. Für Mikrobetriebe ist die vereinfachte Buchführung (gemäss Art. 958 b neu) auf eine Umsatzgrösse von 200'000 CHF zu erhöhen. Der Anhang ist ebenfalls für KMU zu kürzen. Steuerrechtliche Vorschriften wie Art. 960 f sind zu eliminieren, da diese nicht in das Rechnungslegungsgesetz gehören. Im Weiteren sind KMU von der Konsolidierungspflicht explizit zu befreien.
- Die **Haftungsfrage** ist leider immer noch ungenügend gelöst. Wir erachten diesen Aspekt als wesentlichen Teil dieser Gesetzesreform. Es ist daran zu erinnern, dass in erster Linie der Verwaltungsrat die Oberaufsicht und die unternehmerische Verantwortung trägt und nicht die Revisionsstelle. Eine Begrenzung der Haftung für die Revisionsstelle ist zwingend. Wir schlagen deshalb vor, dass die Haftungssumme auf ein Zehnfaches des letzten Jahreshonorars der Revisionsstelle beschränkt wird. Es kann zudem nicht sein, dass eine Revisionsstelle, welche lediglich eingeschränkt prüft, den gleichen Haftungsbedingungen unterstellt ist, wie bei einer ordentlichen Prüfung. Aus unserer Sicht ist zu prüfen, ob für die eingeschränkte Revision nicht auch die Auftragshaftung für die Revisionsstelle genügend wäre. Es wäre zudem sinnvoll, für Verwaltungsräte eine obligatorische Haftpflichtversicherung einzuführen.

3. Bemerkungen zu den einzelnen Artikeln

Im Folgenden nehmen wir Stellung zu den einzelnen Gesetzesartikeln, mit welchen wir in der vorgeschlagenen Form **nicht** einverstanden sind:

ad Art. 622

Die Abschaffung der Inhaberaktien wird strikte abgelehnt. Die vorgebrachten Argumente erachten wir als nicht stichhaltig, können doch die Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten wie auch die Ziele der Geldwäschereibekämpfung auch mit Inhaberaktien erfüllt werden.

Antrag

Abs. 1

*Die Aktien lauten auf den Namen **oder auf den Inhaber**.*

Dadurch muss auch in den übrigen Artikeln, wo im Vorschlag die Inhaberaktie gestrichen wurde, diese wieder erwähnt werden (Art. 622 Abs. 2 und 3; Art. 626, 627, 628 etc.).

ad Art. 634

Nachdem in der HR-Verordnung das Vorhandensein des Gründungsberichts mit Prüfungsbestätigung geregelt ist, wird vorgeschlagen, dieses im Gesetz nicht mehr aufzuführen. Nach unserer Auffassung sind aber diese Unterlagen ein wesentlicher Bestandteil bei der Gründung. Im Sinne der Klarheit und Transparenz beantragen wir deshalb, dass das Erfordernis eines Gründungsberichts mit Prüfungsbestätigung weiterhin im Gesetz erwähnt wird.

Antrag

Abs. 1 Ziff. 5 (neu)

..ein Gründungsbericht mit Prüfungsbestätigung vorliegt.

ad Art. 650

Die Einführung eines Kapitalbandes erachten wir grundsätzlich als positiv. Damit erhält der Verwaltungsrat mehr Flexibilität, aber auch mehr Verantwortung.

ad Art. 671

Die Anpassung an internationale Gepflogenheiten und damit die Aufteilung in Kapitalreserven und Gewinnreserven erachten wir grundsätzlich als sinnvoll. Anderseits darf das Agio nicht mehr ausgeschüttet werden, da Kapitalreserven der Ausschüttungssperre unterstehen. Es ist fraglich, ob diese grundsätzliche Ausschüttungssperre notwendig ist. Die vorgeschlagene Lösung muss deshalb nochmals überdacht werden.

ad Art. 672

Die Unterscheidung zwischen Kapital- und Gewinnreserven bringt materiell unseres Erachtens keine Änderung. Eine Erhöhung der gesetzlichen Reserve auf 50% erachten wir als unnötig. Bei Sanierungen und schlechtem Geschäftsgang haben gesetzliche Reserven in der Vergangenheit nicht viel gebracht.

Antrag

Art. 672 alte Formulierung belassen.

ad Art. 678

Zwar begrüssen wir, dass der Kreis derjenigen, die ungerechtfertigte Leistungen zurückzuerstatten haben, auf die Mitglieder der Geschäftsleitung ausgedehnt wird. Die bisherige Formulierung von Art. 678 ist aber ausreichend, denn es könnte gerade bei Familien-AG/KMU problematisch werden, wenn Gläubiger klageberechtigt würden. Zudem besteht die Gefahr, dass vermehrt Unternehmensentscheide vor dem Richter gefällt werden müssten. Die Wirtschaft würde einen erheblichen Standortnachteil erfahren und unflexibler werden.

Antrag

Art. 678 alte Formulierung belassen.

ad Art. 689 c lit. b Gesellschaften mit nicht börsenkotierten Aktien

Der Schweizerische Gewerbeverband begrüßt ausdrücklich diese neue Regelung, berücksichtigt sie doch insbesondere die Anliegen der KMU.

ad Art. 697

Es ist nicht einsichtig, weshalb bei nicht börsenkotierten Gesellschaften die Gläubiger Einsicht in den Geschäfts- und Revisionsbericht nehmen dürfen. Wir erachten dies als KMU-feindlich und beantragen, entweder die alten Formulierungen zu belassen oder

das Einsichts- bzw. das Kontrollrecht auf börsenkotierte Gesellschaften zu beschränken. Dies gilt auch für die Herabsetzung der Schwellenwerte bei der Sonderuntersuchung, die ebenfalls nur für Publikumsgesellschaften vorgesehen werden sollte.

Eine jederzeitige Auskunftspflicht des Verwaltungsrates ist abzulehnen. Zumindest die KMU sollten von dieser Regelung ausgeschlossen werden. Die Frist von 60 Tagen ist in jedem Fall zu verlängern (z.B. auf 180 Tage).

Art. 697 b

Die Schwellenwerte für die Erzwingung einer Sonderprüfung sind auf den alten Beträgen zu belassen. Allenfalls können für börsenkotierte Gesellschaften die neuen, tieferen Werte gelten.

ad Art. 707 / 710

Die Möglichkeit, bei börsenkotierten Gesellschaften eine kreuzweise Einsitznahme in die verschiedenen verwaltungsrätlichen Vergütungsausschüssen auszuschliessen, wird begrüßt. Hingegen gehen eine generelle einjährige Amts dauer sowie das Verbot der Wahl in corpore unseres Erachtens zu weit. Gerade in KMU hat sich die bisherige Regelung mit einer dreijährigen Amts dauer bewährt und wir beantragen deshalb, dass die jährliche Neuwahl und die Wahl jedes einzelnen Amtsinhabers auf börsenkotierte Gesellschaften beschränkt werden.

ad Art. 725

Der Schweizerische Gewerbeverband begrüßt den Vorschlag, bei Kapitalverlust und Überschuldung dem Verwaltungsrat neu vorzuschreiben, auch bei Zahlungsunfähigkeit unverzüglich eine Zwischenbilanz zu erstellen und gegebenenfalls unverzüglich das Gericht zu benachrichtigen. Ebenfalls unterstützen wir die Klarstellung der Aufgabe des beigezogenen Revisors. Die Ausdehnung der Anzeigepflicht bei eingeschränkter Revision ist ersatzlos zu streichen. Es widerspricht der Konzeption des neuen Revisionsrechtes, wenn der Revisionsstelle dieselben Pflichten bei einer eingeschränkten Revision auferlegt werden wie bei einer ordentlichen Revision. Zudem ist die Anzeigepflicht des Verwaltungsrates (Absatz 5) der Anzeigepflicht des Revisors (Absatz 4) voranzustellen, denn primär liegt die Anzeigepflicht beim Verwaltungsrat und subsidiär bei der Revisionsstelle.

Antrag

Abs. 5:

Bei der ordentlichen Revision obliegen dem Revisor die Anzeigepflichten der Revisionsstelle.

ad Art. 728c

Abs. 3

Ist die Gesellschaft offensichtlich überschuldet oder offensichtlich zahlungsunfähig und unterlässt der Verwaltungsrat die Anzeige, so benachrichtigt die Revisionsstelle bei **Durchführung einer ordentlichen Revision** unverzüglich das Gericht.

ad Art. 759

Grundsätzlich unterstützen wir den Vorschlag, dass die Haftung der verschiedenen Organe differenziert betrachtet wird. Primär hat der Verwaltungsrat als handelndes Organ die Konsequenzen seines Handelns zu tragen, ist er doch für das Tagesgeschäft und die Strategie verantwortlich. Die Differenzierung nach Grösse und Bedeutung des Unternehmens ist zu begrüssen. Die Begrenzung der Haftung der Revisionsstelle bei leichtem Verschulden ist daher nur konsequent. Die Grenzwerte sind insbesondere bei der eingeschränkten Revision zu hoch; eine Begrenzung auf des 10-fache des letzten Revisionshonorars ist unseres Erachtens angemessen. Zusätzlich schlagen wir vor, dass bei der ordentlichen Revision eine Haftpflichtversicherung abschliessen ist.

ad Art. 944

Der Vorschlag, dass künftig eine Firma aus reinen Sachbezeichnungen gebildet werden darf, diese aber keinen Schutz gegenüber später im Handelsregister eingetragenen Firmen geniessen, führt unseres Erachtens zu Verwirrungen und sollte deshalb wieder gestrichen werden.

ad. Art. 957 – Art. 960

Wie eingangs erwähnt, begrüssen wir die rechtsformunabhängigen Vorschriften. Eine Ausweitung der Regelungsdichte auf alle KMU im Sinne des Entwurfs geht aber zu weit. Insbesondere die Vorschriften für den Anhang für Personengesellschaften (Einzelunternehmen) sind unnötig, da Personengesellschaften bereits einer verstärkten Haftung unterliegen und daher von gewissen Offenlegungspflichten gegenüber den Kapitalgesellschaften befreit werden sollten. Demnach ausdrücklich zu begrüssen ist Art. 957 Abs. 2.

ad Art. 958 b Abs. 3 neu

Es ist nicht einsichtig, weshalb man nun die Umsatzsumme auf Fr. 75'000.- senkt, wo doch bis anhin im Handelsregister Fr. 100'000.- gilt (Eintragungspflicht).

Wir beantragen, dass diese Summe zwingend auf 200'000 CHF erhöht und die Handelsregisterverordnung in Art. 54 entsprechend angepasst wird. Mit dieser Massnahme werden Kleinstgesellschaften bezüglich Buchführungs- und administrativen Pflichten angemessen entlastet (vereinfachte Buchführung nach diesem Gesetz).

Ad Art. 958c Abs. 3 neu

In der globalisierten Wirtschaft sollten die Buchführung sowie die Erstellung des Jahresabschlusses in CHF erfolgen, aber auch in USD und EUR gesetzlich erlaubt sein. Wir beantragen, dies im Gesetzesentwurf zu berücksichtigen.

ad Art. 958 d

Abs. 1

Die Einsichtnahme der Gläubiger in den Geschäftsbericht und Revisionsbericht geht zu weit; die Privatsphäre der Unternehmen wird damit weiter untergraben. Wir lehnen die Einsichtnahme durch die Gläubiger strikte ab.

Antrag

Ersatzlos streichen.

Art. 959c neu

Der Anhang wurde im Gesetzesentwurf wesentlich ausgebaut. Im Sinne der KMU-Verträglichkeit erachten wir es als unerlässlich, dass KMU diesen Anhang kürzen können. Dabei sollte auf Art. 959 c Abs. 2 Ziffer 4 bis 12 verzichtet werden können. Für Kleinstgesellschaften nach Art. 958 b Abs. 3 neu ist auf den Anhang gänzlich zu verzichten.

ad Art. 960 Abs. 2 neu

Im Sinne einer schlanken Gesetzgebung beantragen wir diesen Artikel wie folgt zu kürzen:

Antrag

..... muss vorsichtig erfolgen. Rest streichen.

Ebenso ist Abs. 3 zu streichen, da es sonst eine Wiederholung zu Abs. 2 wäre.

ad Art. 960 f

Steuerrechtliche Vorschriften dürfen nicht Bestandteil des Rechnungslegungsgesetzes werden.

Antrag

Ersatzlos Streichen

ad Art. 961 lit. A Abs. 2 Ziff. 2 und 4.

Die Offenlegung der Revisionshonorare geht bei nicht börsenkotierten Gesellschaften zu weit. Ebenso sind die Angaben über die Durchführung einer Risikobeurteilung sehr unpräzise und im Sinne der Verhinderung unnötiger administrativer Belastungen wegzulassen.

Antrag

Ersatzlos streichen.

ad. Art. 962 Abs. 2

Ein Abschluss nach Regelwerk sollte nur für Gesellschaften erzwungen werden können, wenn diese ordentlich geprüft werden müssen.

Antrag

Abs. 2 ergänzen:

... verlangen, falls von Gesetzes wegen eine ordentliche Revision durchgeführt werden muss:

ad. Art. 963

In jedem Fall ist die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung klarer einzugrenzen. Dabei eignen sich die Kriterien der ordentlichen Revision.

Antrag

Art. 963 Abs. 3 neu

Gesellschaften, welche von Gesetzes wegen nicht ordentlich geprüft werden, sind von der Pflicht zu Erstellung einer Konzernrechnung befreit.

Übergangsbestimmungen zum 26. und 32. Titel ad Art. 1-5

Die Absicht, die Übergangszeit auf 2 Jahre resp. 3 Jahre festzulegen, erachten wir als viel zu kurz. Bedenkt man die verschiedenen Vorschriften, welche Änderungen im Handelsregister bedingen, ist eine korrekte Umsetzung innerhalb von 2 Jahren gar nicht möglich.

Antrag

Übergangsfrist generell auf 5 Jahre festlegen.

Strafgesetzbuch ad Art. 326 quinques

Da Sanktionen bereits in der Handelsregisterverordnung vorgesehen sind, ist es unseres Erachtens viel zu weitgehend, wenn auch noch strafrechtliche Folgen eingebaut werden.

4. Schlussbemerkungen

Zusammenfassend müssen wir feststellen, dass die **Interessen der KMU** – einmal mehr – **zu wenig berücksichtigt** worden sind. Wir bitten Sie daher eindringlich, die von uns aufgeführten Punkte in der Weiterbearbeitung der Vorlage unbedingt einzubeziehen. Der vorliegende Vernehmlassungsentwurf führt zu einer weiteren (teilweise) unnötigen Regulierungsdichte. Wir beobachten diese Entwicklung, den Abbau unserer liberalen Wirtschaftsordnung in Raten, mit grosser Sorge.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen für ergänzende Ausführungen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen
SCHWEIZERISCHER GEWERBEVERBAND

Dr. P. Triponez Fürsprecher P. Neuhaus
Nationalrat, Direktor Mitglied der Geschäftsleitung

Herrn Bundesrat
Christoph Blocher
Vorsteher des EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

123 / 331.1 DL/js

Bern, 31. Mai 2006

Vernehmlassung über die Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht

Sehr geehrter Herr Bundesrat,
Sehr geehrte Damen und Herren

Besten Dank für Ihre Einladung zur Stellungnahme. Gerne möchten wir Ihnen unsere Bemerkungen zu den geplanten Änderungen mitteilen.

Der Schweizerische Gewerkschaftsbund (SGB) ist mit der Stossrichtung des Vorentwurfs des EJPD zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts grundsätzlich einverstanden. Es besteht Anlass zur Hoffnung, dass sich die Unternehmensaufsicht und -kontrolle in den Schweizer Aktiengesellschaften aufgrund der neuen Bestimmungen tendenziell verbessern wird, und das Management, welches in verschiedenen Unternehmen ausser Kontrolle geraten ist, wieder stärker in die Pflicht genommen werden kann. Dies ist für den SGB nicht zuletzt deshalb von grosser Bedeutung, als die Arbeitnehmenden über ihre Pensionskassen gewichtige Aktionärsinteressen haben. Ihre Altersvorsorge ist abhängig vom Geschäftsgang der Firmen. Namentlich im Bereich der Offenlegung der Vergütungen des obersten Managements und dessen Kontrolle durch die Aktionäre gehen die Vorschläge des EJPD für den SGB jedoch zu wenig weit.

Offenlegung der Vergütung an die Organe

Zwar wurde verschiedenen Forderungen nach Transparenz im Bereich der Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung durch den per 1. Januar 2007 in Kraft tretenden Art. 663b^{bis} im OR (Art. 697^{quater} im vorliegenden Entwurf) Rechnung getragen. Diese Transparenzbestimmungen betreffen aber nur Publikumsgesellschaften. Zudem wird eine individuelle Offenlegung nur im Fall der Mitglieder des Verwaltungsrates vorgesehen, nicht jedoch auch für die einzelnen Mitglieder der Geschäftsleitung. Aus der Sicht des SGB bleibt der Vorschlag deshalb auf halbem Weg stehen. Erstens müssen die individualisierten Angaben zu den Entschädigungen in beiden Gremien, Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, veröffentlicht werden. Zweitens hält der SGB die „kann“-Bestimmung für Gesellschaf-

ten mit nicht-kotierten Aktien im vorgeschlagenen Art 697^{quinquies} für nicht ausreichend. Es gibt in der Schweiz zahlreiche grosse Aktiengesellschaften, deren Aktien nicht an der Börse gehandelt werden. Auch diese Gesellschaften sollen grundsätzlich den Transparenzbestimmungen gemäss Art. 697^{quater} unterliegen. Davon ausgenommen werden können Unternehmen, welche gewisse Grösskriterien, wie sie beispielsweise von der Arbeitsgruppe „Corporate Governance“ vorgeschlagen wurden, nicht erfüllen. Die Argumentation des EJPD, aufgrund der im Vergleich zu kotierten Unternehmen grösseren Vertraulichkeit in diesen Gesellschaften sei eine Publikation der Vergütungen im Anhang nicht erforderlich, wird vom SGB nicht geteilt. Im Gegenteil kann sich die grössere Vertraulichkeit für die Aktionäre als Nachteil erweisen. Verlangt ein Aktionär Auskunft über die Bezüge von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, kann dies von diesen Führungsorganen als Ausdruck eines Misstrauens aufgefasst werden. Die zwischenmenschlichen Beziehungen zwischen Auskunft begehrendem Aktionär und den Führungsorganen können darunter leiden bzw. die Anfrage kann für den Aktionär nachteilige Konsequenzen haben, so dass er eine im Grunde berechtigte Anfrage in vielen Fällen unterlassen wird. Dazu kommt, dass die Aktionäre und Aktionärinnen in kleinen und mittleren Gesellschaften, wie im Bericht zum Vorentwurf erwähnt, im Vergleich zu den Eigentümern und Eigentümerinnen bei Publikumsgesellschaften tendenziell bereits schlechter gestellt sind (kein Markt für Minderheitsbeteiligungen an Privatgesellschaften usw.).

Weiter müssen Aktionärinnen und Aktionäre im Mindesten allgemeine Auskünfte über die Entschädigungspolitik (wie Optionspläne, Performancekriterien für die Gewährung des Bonus oder die Dauer der Arbeitsverträge) erhalten wie dies die „SWX-Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance“ in Punkt 5.1 erfordert. Nach Auffassung des SGB sollten Art. 697^{quater} resp. Art. 697^{quinquies} entsprechend ergänzt werden. Einer funktionierenden Unternehmenskontrolle besonders zuträglich wäre, wenn die Generalversammlung mit der Kompetenz für die Genehmigung der Entschädigungspolitik ausgestattet würde. Der SGB würde eine entsprechende Ergänzung von Art. 698 (Befugnisse der Generalversammlung) ausdrücklich begrüssen.

Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen

Der SGB befürwortet die Ausweitung der Rückerstattungspflicht missbräuchlicher Leistungen auf die Geschäftsleitung (Art. 678) sehr. Die Streichung des Bezugs auf die wirtschaftliche Lage des Unternehmens wird gutgeheissen.

Institutionelle Stimmrechtsvertretung

Die Aufhebung der Depot- und Organvertretung wird vom SGB unterstützt (Art. 689).

Auskunfts-/Einsichtsrecht, Einberufungs-/Traktandierungsrecht

Der SGB stimmt der Ausweitung des Auskunfts- und Einsichtsrechts (Art. 697) zu. Die Herabsetzung der Hürden für die Einberufung einer Generalversammlung bzw. für die Traktandierung (Art. 699) wird begrüsst. Allerdings stellt das Kriterium von 5% des Aktienkapitals unter dem Gesichtspunkt, die Ausübung des Traktandierungsrechts zu erleichtern, einen Rückschritt dar.

Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates

Der SGB hält die Bestimmung, dass jedes Mitglied des Verwaltungsrates von der Generalversammlung einzeln gewählt werden muss, für richtig (Art. 710). Das Erfordernis einer jährlichen Wiederwahl steht seiner Ansicht nach nicht im Widerspruch zu einer langfristig ausgerichteten Politik des Verwaltungsrates.

Das geltende Recht (Art. 712) sieht vor, dass der Verwaltungsrat den Präsidenten bestimmt, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen. In Anbetracht der Bedeutung der Aufgaben des Verwaltungsratspräsidenten ist der SGB aber der Ansicht, dass dessen Ernennung zwingend durch die Generalversammlung erfolgen muss. Damit könnten Aktionäre auch dezidiert und explizit zu den umstrittenen Doppelmandaten CEO-Verwaltungsratspräsident Stellung nehmen.

Für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme danken wir Ihnen bestens.

Mit freundlichen Grüßen

SCHWEIZERISCHER GEWERKSCHAFTSBUND

Der Präsident



Paul Rechsteiner

Der Zentralsekretär



Daniel Lampart



Gerechtigkeitsgasse 50/52
50
www.schweizernotare.ch
www.notaisvizzeri.ch

CH-3000 Bern 8

www.notairessuisses.ch

Telefon 031 310 58 40

Fax 031 310 58

Herr Bundesrat
Christoph Blocher
Eidgenössisches Justiz- und
Polizedepartementes
Bundeshaus West
3003 Bern

Bern, 31.05.2006

Revision Aktien- und Rechnungslegungsrecht

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Der Schweizerische Notarenverband dankt Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu den in Aussicht genommenen Änderungen.

Wie gewohnt äussert sich der Schweizerische Notarenverband nicht zur politischen Opportunität einer Revision oder einzelner Bestimmungen. Er beschränkt sich darauf, zu Sachfragen aufgrund des spezifischen Wissens, der Position und der Erfahrung der freiberuflichen Notare Stellung zu nehmen. Aus diesem Grund verzichtet er auch auf eine ausführliche Stellungnahme zu jenen Bestimmungen, mit denen der Notar bei der Ausübung seines Berufs kaum konfrontiert ist.

Generelles

Der SNV begrüsst die in Angriff genommene Revision, da sie in weiten Punkten einem effektiven Bedarf der Wirtschaft und eines breiten Publikums entspricht.

Immerhin ist zu befürchten, dass die Revision in einzelnen Punkten die verfolgten Ziele nicht erreicht, so etwa wenn eine Verbesserung der Information der Aktionäre durch die Erstellung eines Beschlussprotokolls (welches also nicht den gesamten Inhalt gemäss Art. 702 wider gibt) erreicht werden soll. Denn dieses Protokoll gibt doch in den meisten Fällen nur die gestellten Anträge wider.

Zu Art. 633 OR

Unseres Erachtens sollte nicht jede frei konvertible Geldwährung möglich sein. Denn damit würde die Kontrolle ungebührlich erschwert bzw. würde die damit angestrebte Garantie bezüglich Einlage aleatorisch, insbesondere bei Währungen mit hohen Kurschwankungen. Solche Kursschwankungen könnten u.U. dazu führen, dass wohl am Gründungstag, nicht jedoch am Tag der Handelsregisteranmeldung genügende Liberierung gegeben ist. Der Bedarf nach Liberierung in jeder frei konvertiblen Währung dürfte übrigens kaum besonders gross sein. Alternativ könnte eine fixe Summe in €, USD oder £ im Gesetz verankert werden, die ein gewisses Kursrisiko berücksichtigt, damit eine Bareinlage im Gegenwert von mindestens CHF 100'000.00 sichergestellt ist. Allerdings kann ein grösserer Kursvorteil bei Fremdwährungen nur vermieden werden, wenn diese Limiten bei Bedarf angepasst werden.

Zu Art. 634 OR

Die Erfahrung mit den entsprechenden fusionsrechtlichen Bestimmung zeigt, dass die Übertragungsurkunde, welche mehrere Grundstücke in verschiedenen Kantonen betrifft, weder bei den Gesellschaften, noch bei den Grundbuchämtern auf Begeisterung stösst. Je nach Sachlage funktioniert eine Übertragung durch mehrere, von lokalen Notaren erstellte Urkunden wesentlich besser. Sind nämlich die Eigentumsübertragungen nicht einfach mit einem einzigen Federstrich zu regeln, sondern braucht es bei den verschiedenen Grundstücken noch zusätzliche Regelungen über Ablösung oder Übertragung von Grundpfändern, Vorgehen bezüglich Dienstbarkeiten, Zustimmungen Dritter etc., dann ist ein am Sitz der Gesellschaft gefertigtes Dokument, welches schlicht die Eigentumsübertragung der diversen Grundstücke deklariert, kaum ein tauglicher Rechtsgrundausweis für die Eigentumsübertragung.

Zu Art. 634a OR

Eine Liberierung durch Verrechnung kann unseres Erachtens nur bei einer Kapitalerhöhung vorgenommen werden, da bei der Gründung noch keine Forderungen gegenüber der neuen Aktiengesellschaft bestehen können. Allfällige Forderungen der einzelnen Gründer gegenüber der einfachen (Gründer)gesellschaft sollten unseres Erachtens in der Form einer Sacheinlage eingebracht werden.

Eine zweite Änderung kann ebenfalls nicht positiv bewertet werden. Es soll in Zukunft die Liberierung nur durch Verrechnung mit solchen Forderungen erfolgen dürfen, die aus Leistungen entstanden sind, welche ihrerseits "Gegenstand einer Bareinlage oder einer Sacheinlage sein können". Verkauft man also der Gesellschaft eine Sache, welche den Bedingungen der Sacheinlage gerecht wird, dann darf man die offene Kaufpreisforderung später auf dem Verrechnungswege zur Liberierung von Aktien verwenden. Hingegen darf ein Rechtsanwalt, welcher der Gesellschaft Dienstleistungen erbracht hat, seine offene Honorarforderung nicht zur Liberierung neuer Aktien verwenden, denn anwaltliche Dienstleistungen sind nicht sacheinlagefähig. Wie soll nun aber der Notar bei einer Kapitalerhöhung herausfinden, dass und in welchem Umfang die zur Verrechnung gestellten Forderungen aus zulässigen Rechtsgründen stammen?

Die zur Verrechnung gestellten Forderungen sind ja möglicherweise alt und zusammengesetzt aus den Salden verschiedenster Konten, ohne dass mit Klarheit gesagt werden kann, welche Forderungsbestandteile worauf zurückgehen.

Zu Art. 652b Abs. 5 OR

Ob der Begriff „in unsachlicher Weise“ genügend klar und damit geeignet ist, Konflikte zu vermeiden, ist fraglich.

Zu Art. 653l Abs. 4 OR

Unseres Erachtens ist diese Bestimmung unnötig, da die Forderung durch Erfüllung untergeht, womit sich die Frage der Sicherstellung gar nicht mehr stellt.

Zu Art. 653r OR

Die Einführung eines Kapitalbands wird gutgeheissen. Allerdings sollte das Kapitalband nicht so festgesetzt werden können, dass auch eine Herabsetzung unter CHF 100'000.00 möglich würde (Basiskapital CHF 50'000.-). Das sollte an dieser Stelle vielleicht präzisiert werden.

Zu Art. 656a OR

Die Inhaberaktie soll wohl in erster Linie aufgrund der Forderung der FATF abgeschafft werden. Die Begründung ist allerdings kaum überzeugend. Denn wenn es darum geht, die Identität des wirtschaftlich Berechtigten transparent zu machen, so trifft man mit dieser Massnahme nur jene, welche nicht umständlichere Massnahmen zu treffen bereit oder fähig sind, um ihre Anonymität zu wahren. Im Übrigen ist nicht klar, weshalb gerade mit Geldern krimineller Herkunft Einflussnahme auf die Willensbildung einer Gesellschaft angestrebt werden soll. In den weitaus meisten Fällen geht es doch den (kriminellen oder nicht-kriminellen) Investoren nur um die möglichst profitable Anlage von flüssigen Geldern. Das ist aber selbstverständlich auch mit Partizipationspapieren möglich, die dessen ungeachtet weiterhin als Inhaberpapiere ausgestaltet werden können. Entweder setzt man hier einen richtigen Gedanken nicht konsequent um, oder aber man ist daran, sich schrittweise vorzutasten. Der SNV fragt sich allerdings, weshalb einmal mehr das Kind mit dem Bade ausgeleert werden soll. Für viele Firmen lohnt sich doch der Aufwand nicht, der mit der Nachführung des Aktiennregisters und der individuell adressierten Kommunikation zusammenhängt.

Zu Art. 678 Abs. 2 OR

Es dürfte schwierig sein, in diesem Bereich Rechtssicherheit zu schaffen. Aufgrund welcher Kriterien soll beurteilt werden, ob ein Missverhältnis zwischen den Bezügen und den erbrachten Leistungen besteht. Und je nach dem Zeitpunkt der Beurteilung (vor, während, nach der Dienstleistung) dürfte auch die Beurteilung anders ausfallen. Schliesslich muss man sich bewusst sein, dass damit das Kriterium der Marktkonformität wegfällt.

Zu Art. 689a Abs. 2 OR

Eine schriftliche Vollmacht kann nur durch Rückfrage beim Vollmachtgeber verifiziert werden. Eine Prüfung der Unterschrift durch Vergleich ist wohl kaum je möglich und auch nicht besonders sicher. Da erscheint die Variante einer elektronischen Vollmacht mit *qualifizierter elektronischer Signatur* wesentlich sicherer.

Zu Art. 689c Abs. 3,4 OR

Etwas unbefriedigend ist bei der Festsetzung der Frist von 10 bzw. 5 Tagen, dass die anderen Aktionäre wegen Zeitmangels kaum noch Zeit haben dürften, Instruktionen fristgerecht zu erteilen. Oft dürften sie auch ihre Instruktionen bereits erteilt haben.

Zu Art. 696 Abs. 2, 697 Abs. 1 OR

Es sollte auch eine Mitteilung per E-mail oder via andere elektronische Verfahren bzw. via die in den Statuten vorgesehenen Kommunikationswege möglich sein. Zumindest gegenüber jenen Aktionären sollte diesem Verfahren der Vorzug gegeben werden, welche sich mit ihrer E-mail-Adresse im Aktionärsregister eintragen lassen. Denn die Kommunikation via E-mail ist unkompliziert, kostengünstig und lässt sich auch während Abwesenheiten problemlos organisieren.

Zu Art. 699a, Abs. 2 OR

Es ist misslich, im Gesetz eine Frist vorzuschreiben, deren Beginn dem Aktionär unter Umständen nicht bekannt ist. Die gesetzliche Regelung würde bei privaten Aktiengesellschaften mit dissidenten Minderheiten den Missbrauch provozieren in dem Sinne, dass der Verwaltungsrat nach Eingang missliebiger Traktandierungsbegehren die Generalversammlung in vielen Fällen auf einen Termin festsetzen könnte, der die 40-Tages-Frist unterläuft. Müssten sich die solcherart geprellten Antragsteller bis zur

nächstjährigen Generalversammlung gedulden, so ist ihr Anliegen eventuell bereits gegenstandslos. Das Gesetz sollte nicht die Grundlage zu derartigen Manövern schaffen.

Zu Art. 701a, b OR

Es ist sicherzustellen, dass immer dann, wenn eine Urkunde zu erstellen ist, der Haupttagungsort in die Schweiz zu liegen kommt. Denn es wird wohl kaum eine nach ausländischem Recht zu erstellende Urkunde in Frage kommen. Es wäre dann nämlich kaum mit vernünftigem Aufwand möglich, zu prüfen, ob die im Ausland für die Erstellung einer Urkunde geltenden Verfahrensvorschriften beachtet wurden. Es wäre auch sehr umständlich, nachzuprüfen, ob die Person, welche die Urkunde im Ausland erstellt, effektiv ein Notar im Sinne unserer Gesetzgebung und im Besitz der nötigen Berufsausübungsbewilligung ist.

Zu Art. 701c OR

Beabsichtigt ist wohl, den zu Hause oder an einem anderen Ort am Bildschirm sitzenden Aktionäre die Möglichkeit zu geben, ihre Voten per E-mail, Telefon oder Internet abzugeben. Diese Form der Versammlungsteilnahme ist klarerweise auch für notariell beurkundete Versammlungen zugelassen. Es ist aber nicht klar, wie der Vorsitzende oder die Stimmenzähler die Einhaltung der Präsenzquoren, die Identität der Aktionäre bei Wortmeldungen und die freie Willensbildung der elektronisch zugeschalteten Aktionäre sollen prüfen sollen.

Übertragungsbedürftig ist gemäss dem Wortlaut der neuen Bestimmung ja nur die Versammlung, d.h. die Übertragung vom Versammlungslokal an die Orte, an denen sich die aus der Ferne teilnehmenden Aktionäre befinden. Die Aktionäre müssen offenbar nicht per Videokonferenz zugeschaltet sein, sondern müssen bloss der "elektronisch übertragenen Versammlung" irgendwie folgen können, damit sie dann ihre Aktionärsrechte (sprich: Voten) elektronisch ausüben können. Auf diese Weise besteht aber keine Kontrolle über die ununterbrochene Präsenz zur Einhaltung allfälliger Präsenzquoren. Auch sieht der Vorsitzende nicht - und kann der Notar nicht einmal ansatzweise erkennen -, ob die abwesenden Aktionäre wirklich selber an ihren Bildschirmen sitzen, oder ob dort Dritte manipulieren. Während weiter vorn für die elektronische Vollmacht die qualifizierte Signatur verlangt wurde, steht im Artikel 701 bei der elektronischen Generalversammlung kein solches Requisit. Eine Regelung, welche dem Sinn und Zweck der öffentlichen Beurkundung Rechnung trägt, sollte wohl zumindest bei den notariell protokollierten Generalversammlungen die Ausübung von Aktionärsrechten auf elektronischem Wege ausschliessen. Vgl. dazu auch die Bemerkungen zu Art. 701d Ziff. 2 OR.

Zu Art. 701d Ziff. 2 OR

Man kann sich fragen, ob die elektronische Generalversammlung wirklich ausgeschlossen sein soll, wenn eine öffentliche Urkunde aufzunehmen ist. Denn massgeb-

lich ist doch, ob der Notar im Stand ist, aufgrund eigener Wahrnehmung die Feststellungen zu treffen, welche er protokolliert. Auch bei einer Versammlung unter Anwesenden wird er nicht unbedingt selbst Stimmen zählen und hierauf das Resultat der Abstimmung protokollieren. Er wird in der Regel nicht einmal selbst feststellen, wer anwesend oder vertreten ist. Er protokolliert die diesbezüglichen Aussagen des Präsidenten oder der Stimmenzähler. Warum soll er dies nicht auch bei einer virtuellen Versammlung tun können? Es sollte doch genügen, dass er das, was er protokolliert, selbst wahrnimmt. Es gibt allerdings gewisse Probleme, welche sich bei virtuellen Versammlungen bzw. bei der Zuschaltung der Aktionäre via elektronische Mittel immer stellen werden:

- Wie soll man im Auge behalten können, ob jemand, welcher sich bei der Präsenzkontrolle gemeldet hat, nachher effektiv noch zugeschaltet ist (Frage des Quorums)?
- Was wird denn überhaupt übertragen, wenn gemäss Art. 701c neu „die Generalversammlung durch elektronische Mittel übertragen wird“? Der Präsident in Wort und Bild? Oder der jeweils Sprechende?
- Wie sorgt der Einzelne dafür, dass er zu Wort kommt? (Anders gesagt: wer sorgt dafür, dass der Präsident einen unbotmässigen Aktionär nicht zum Schweigen verurteilt?)
- Wo hat nun der Revisor anwesend zu sein?

Zu Art. 710 Abs. 1 OR

Diese Neuregelung wird begrüsst. Neben den im Begleitbericht erwähnten Gründen sprechen auch praktische Gründe für diese Regelung. Denn oft wird bei kleineren Gesellschaften vergessen, dass an einer bestimmten Generalversammlung Erneuerungs- bzw. Bestätigungswahlen zu traktandieren wären.

Zu Art. 736 OR

Die hier vorgesehene Regelung entspricht einem Bedürfnis. Allzu viele Minderheitsbeteiligungen an kleineren Gesellschaften bedeuten für den Aktionär eine Non-valeur, da er seine Aktien nur an den Mehrheitsaktionär verkaufen, dieser aber wegen ebendieser Machtposition den Preis diktieren kann.

Zu Art. 930a OR

Diese Bestimmung wird begrüsst. Allerdings muss man sich bewusst sein, dass die elektronische Einreichung von Belegen ein Verfahren zur Beglaubigung der elektronischen Kopie bzw. zur Erstellung einer elektronischen Ausfertigung der Urkunde voraussetzt. Dieses Verfahren muss aber, wenngleich diesbezüglich bundesrechtliche Regeln erwünscht sind, in den kantonalen Notariatsordnungen eingeführt werden.

Der Schweizerische Notarenverband hofft, Ihnen mit diesen Bemerkungen und Anregungen zu dienen. Er dankt Ihnen für die Kenntnisnahme und verbleibt

mit vorzüglicher Hochachtung
SCHWEIZERISCHER NOTARENVERBAND

Andreas B. Notter, Generalsekretär

Präsidentin Annegret Katzenstein, Oberrichterin, Obergericht, Hirschengraben 15, 8001 Zürich
Sekretariat Gerber Hans-Ulrich, Gerichtspräsident, Zivilabteilung, Amthaus, Hodlerstr. 7, 3011 Bern
hans-ulrich.gerber@qik.be.ch, info@svr-asm.ch, Q0316343224, www.svr-asm.ch

Eidgenössische - el -
ASM
nAmt für das Handelsregister

18. APR. 2006

|2-
Eidgenössisches Justiz-
und Polizeidepartement

3003 Bern

Bern, den 15. April 2006

**Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht
Vernehmlassungsverfahren**

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Sehr geehrter Herr Direktor

Sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben unsere Vereinigung zur Vernehmlassung in dem im Rubrum erwähnten Gesetzgebungsverfahren eingeladen. Dafür möchten wir uns herzlich bedanken.

Zumal die Vorlage unseres Erachtens die Judikative zur Zeit weder direkt noch indirekt betrifft, möchten wir auf eine Stellungnahme hierzu verzichten.

Mit freundlichen Grüßen

Der Sekretär:

Hans-Ulrich Gerber

STV|USF Postfach 8108 3001 Bern

Herrn Bundesrat
Christoph Blocher
Vorsteher des Eidg. Justiz-
und Polizeidepartementes
Bundeshaus
3003 Bern

Bern, 30. Mai 2006

Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht; Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 7. Dezember 2005 haben Sie uns eingeladen, zur obgenannten Vernehmlassung Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen für diese Möglichkeit und machen gerne davon Gebrauch. Als Dachverband der kleinen und mittleren Treuhandfirmen der Schweiz, welche in erster Linie kleine und mittelgrosse Unternehmen (KMU) und Privatpersonen betreuen, befasst sich der STV|USF mit allen Fragen, welche die Unternehmensführung generell und die Rechnungslegung im speziellen betreffen. Unsere Kommission „Fachfragen“ unter der Leitung von Herrn Daniel J. Egger, Genève, hat sich deshalb intensiv mit der Vorlage auseinandergesetzt und hält folgendes fest:

Einleitende Bemerkungen

Wie oben erwähnt, vertritt der Schweizerische Treuhänder-Verband STV|USF insbesondere die Anliegen der KMU und stellt bei der Beurteilung der Vorlage folgende Aspekte in den Vordergrund. Nachfolgend verstehen wir unter KMU Gesellschaften, welche gemäss neuem Revisionsgesetz der eingeschränkten Revision unterliegen:

- Bekanntlich bestehen 98 % unserer Wirtschaft aus kleinen und mittelgrossen Unternehmen bis zu 250 Mitarbeitenden. Neue Vorschriften i.S. dieses Gesetzes betreffen die KMU, weshalb ihre Anliegen besonders berücksichtigt werden müssen. Wir sind der Ansicht, dass die vorliegende Gesetzesreform die **Aspekte der KMU** zuwenig berücksichtigt und schlagen deshalb vor, dass analog dem Fusionsgesetz und den neuen Revisionsvorschriften **substanzielle Erleichterungen für KMU** im Gesetzesentwurf zwingend Berücksichtigung finden. Dabei erachten wir es als sinnvoll, die Abgrenzungskriterien zwischen KMU und grossen Unternehmen aus dem neuen Revisionsgesetz zu übernehmen (Bilanzsumme 10 Mio., Umsatzerlös 20 Mio. sowie 50 Vollzeitstellen).

- Eine angemessene Regelung der **Corporate Governance** ist im Grundsatz zu begrüssen. Wir sind jedoch der Ansicht, dass diesbezüglich bereits genügend Selbstregulierungsbestimmungen bestehen. In jedem Fall sind neue Bestimmungen auf Publikumsgesellschaften oder zumindest auf grosse Gesellschaften zu beschränken. Eine Ausweitung dieser Regelungen geht für KMU entschieden zu weit und ist strikte abzulehnen. Die Schweiz sollte sich grundsätzlich hüten, mit Regulierungen zu überborden und damit erhebliche Wettbewerbsnachteile gegenüber ausländischen Finanz- und Werkplätzen zu schaffen.
- Das **Auskunfts- und Einsichtsrechts** ist ebenfalls nur bei Publikumsgesellschaften und eventuell bei grösseren Gesellschaften auszuweiten. Das vorgeschlagene Auskunfts- und Einsichtsrecht der Gläubiger geht entschieden zu weit und ist abzulehnen. Unser Wirtschaftssystem basiert auf einer **liberalen Grundordnung** und nicht auf einer Kontrollwirtschaft, wie sie mit solchen Bestimmungen schlechend eingeführt wird.
- Was die **Flexibilisierung der Kapitalstruktur** anbetrifft, begrüsst der STV|USF die Idee eines Kapitalbandes. Hingegen lehnen wir die Abschaffung der Inhaberaktien strikte ab. Dies umso mehr, als die Partizipationsscheine weiterhin auf den Inhaber lauten können und dabei sogar die Limitierung aufgehoben wird. Zudem erachten wir das bestehende „Geldwäscherei-Abwehrdispositiv“ als ausreichend. Auch mit Inhaberaktien sind die Ziele der Geldwäschereibekämpfung zu erreichen. Vor dem Hintergrund des Wettbewerbs der Finanz- und Kapitalmärkte ist jegliche unnötige Selbsteinschränkung entschieden abzulehnen.
- Die Aktualisierung der **Regelung der Generalversammlung** ist grundsätzlich zu begrüssen.
- Die rechtsformneutrale **Regelung der Rechnungslegung** ist zu begrüssen; ebenso die Unterscheidung nach Grössenkriterien analog des Revisionsrechtes. Allerdings müssen die minimal geltenden Bestimmungen KMU-tauglich sein. Für Kleinst-KMU ist die vereinfachte Buchführung (gemäss Art. 958 b neu) auf eine Umsatzgrösse von 200'000 CHF zu erhöhen. Der Anhang ist ebenfalls für KMU zu kürzen. Steuerrechtliche Vorschriften wie Art. 960 f sind zu eliminieren, da diese nicht in das Rechnungslegungsgesetz gehören. Im weiteren sind KMU von der Konsolidierungspflicht explizit zu befreien.
- Die **Haftungsfrage** ist leider immer noch ungenügend gelöst. Wir erachten diesen Aspekt als wesentlichen Teil dieser Gesetzesreform. Es ist daran zu erinnern, dass in erster Linie der Verwaltungsrat die Oberaufsicht und die unternehmerische Verantwortung trägt und nicht die Revisionsstelle. Eine Begrenzung der Haftung für die Revisionsstelle ist zwingend. Wir schlagen deshalb vor, dass die Haftungssumme auf ein Zehnfaches des letzten Jahreshonorars der Revisionsstelle beschränkt wird. Es kann zudem nicht sein, dass eine Revisionsstelle, welche lediglich eingeschränkt prüft, den gleichen Haftungsbedingungen unterstellt ist, wie bei einer ordentlichen Prüfung. Aus unserer Sicht ist zu prüfen, ob für die eingeschränkte Revision nicht auch die Auftragshaftung für die Revisionsstelle genügend wäre. Es wäre sinnvoll, für Verwaltungsräte eine obligatorische Haftpflichtversicherung einzuführen.

Zu den einzelnen Artikeln

Im Folgenden nehmen wir Stellung zu den einzelnen Gesetzesartikeln, mit welchen wir in der vorgeschlagenen Form **nicht** einverstanden sind:

ad Art. 622

Die Abschaffung der Inhaberaktien wird strikte abgelehnt. Die vorgebrachten Argumente erachten wir als nicht stichhaltig, können doch die Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten wie auch die Ziele der Geldwäscheriebekämpfung auch mit Inhaberaktien erfüllt werden.

Antrag

Abs. 1

Die Aktien lauten auf den Namen oder auf den Inhaber.

Dadurch muss auch in den übrigen Artikeln, wo im Vorschlag die Inhaberaktie gestrichen wurde, diese wieder erwähnt werden (Art. 622 Abs. 2 und 3; Art. 626, 627, 628 etc).

ad Art. 634

Nachdem in der HR-Verordnung das Vorhandensein des Gründungsberichts mit Prüfungsbestätigung geregelt ist, wird vorgeschlagen, dieses im Gesetz nicht mehr aufzuführen. U.E. sind aber diese Unterlagen ein wesentlicher Bestandteil bei der Gründung. Im Sinne der Klarheit und Transparenz beantragen wir deshalb, dass das Erfordernis eines Gründungsberichts mit Prüfungsbestätigung weiterhin im Gesetz erwähnt wird.

Antrag

Abs. 1 Ziff. 5 (neu)

..ein Gründungsbericht mit Prüfungsbestätigung vorliegt.

ad Art. 650

Die Einführung eines Kapitalbandes erachten wir grundsätzlich als positiv. Damit erhält der Verwaltungsrat mehr Flexibilität, aber auch mehr Verantwortung.

ad Art. 671

Die Anpassung an internationale Gepflogenheiten und damit die Aufteilung in Kapitalreserven und Gewinnreserven erachten wir grundsätzlich als sinnvoll. Anderseits darf das Agio nicht mehr ausgeschüttet werden, da Kapitalreserven der Ausschüttungssperre unterstehen. Es ist fraglich, ob diese grundsätzliche Ausschüttungssperre notwendig ist. Die vorgeschlagene Lösung muss deshalb nochmals überdacht werden

ad Art. 678

Zwar begrüssen wir, dass der Kreis derjenigen, die ungerechtfertigte Leistungen zurückzuerstatten haben, auf die Mitglieder der Geschäftsleitung ausgedehnt wird. Die bisherige Formulierung von Art. 678 ist aber ausreichend, denn es könnte gerade bei Familien-AG/KMU problematisch werden, wenn Gläubiger klageberechtigt würden. Zudem besteht die Gefahr, dass vermehrt Unternehmensentscheide vor dem Richtertisch gefällt werden müssten. Die Wirtschaft würde einen erheblichen Standortnachteil erfahren und inflexibler werden.

Antrag

Art. 678 alte Formulierung belassen.

ad Art. 689 c lit. b Gesellschaften mit nicht börsenkotierten Aktien

Der STV|USF begrüßt ausdrücklich diese neue Regelung, berücksichtigt sie doch insbesondere die Anliegen der KMU.

ad Art. 697

Eine jederzeitige Auskunftspflicht des Verwaltungsrates gegenüber Aktionären ist abzulehnen. Zumindest die KMU sollten von dieser Regelung ausgeschlossen werden. Die Frist von 60 Tagen ist in jedem Fall zu verlängern (z.B. auf 180 Tage).

ad Art. 697 b

Die Schwellenwerte für die Erzwingung einer Sonderprüfung sind auf den alten Beträgen zu belassen. Allenfalls können für börsenkotierte Gesellschaften die neuen, tieferen Werte gelten.

ad Art. 707 / 710

Die Möglichkeit, bei börsenkotierten Gesellschaften eine kreuzweise Einsitznahme in den verschiedenen verwaltungsrätlichen Vergütungsausschüssen auszuschliessen, wird begrüßt. Hingegen geht eine generelle einjährige Amts dauer sowie das Verbot der Wahl in corpore u.E. zu weit. Gerade in KMU hat sich die bisherige Regelung mit einer dreijährigen Amts dauer bewährt und wir beantragen deshalb, dass die jährliche Neuwahl und die Wahl jedes einzelnen Amtsinhabers auf börsenkotierte Gesellschaften beschränkt werden.

ad Art. 725

Der STV|USF begrüßt den Vorschlag, bei Kapitalverlust und Überschuldung dem Verwaltungsrat neu vorzuschreiben, auch bei Zahlungsunfähigkeit unverzüglich eine Zwischenbilanz zu erstellen und gegebenenfalls unverzüglich das Gericht zu benachrichtigen. Ebenfalls unterstützen wir die Klarstellung der Aufgabe des beigezogenen Revisors. Die Ausdehnung der Anzeigepflicht bei eingeschränkter Revision ist ersatzlos zu streichen. Es widerspricht der Konzeption des neuen Revisionsrechtes, wenn der Revisionsstelle dieselben Pflichten bei einer eingeschränkten Revision auferlegt werden wie bei einer ordentlichen Revision. Zudem ist die Anzeigepflicht des Verwaltungsrates (Absatz 5) der Anzeigepflicht des Revisors (Absatz 4) voranzustellen, denn primär liegt die Anzeigepflicht beim Verwaltungsrat und subsidiär bei der Revisionsstelle.

Antrag

Abs. 5:

Bei der ordentlichen Revision obliegen dem Revisor die Anzeigepflichten der Revisionsstelle.

ad Art. 728c

Abs. 3

Ist die Gesellschaft offensichtlich überschuldet oder offensichtlich zahlungsunfähig und unterlässt der Verwaltungsrat die Anzeige, so benachrichtigt die Revisionsstelle bei **Durchführung einer ordentlichen Revision** unverzüglich das Gericht.

ad Art. 759

Grundsätzlich unterstützen wir den Vorschlag, dass die Haftung der verschiedenen Organe differenziert betrachtet wird. Primär hat der Verwaltungsrat als handelndes Organ die Konsequenzen seines Handelns zu tragen, ist er doch für das Tagesgeschäft und die Strategie verantwortlich. Die Differenzierung nach Grösse und Bedeutung des Unternehmens ist zu begrüßen. Die Begrenzung der Haftung der Revisionsstelle bei leichtem Verschulden ist daher nur konsequent. Die Grenzwerte sind insbesondere bei der eingeschränkten Revision zu hoch; eine Begrenzung auf das 10-fache des letzten Revisionshonorars ist u.E. angemessen. Zusätzlich schlagen wir vor, dass bei der ordentlichen Revision eine Haftpflichtversicherung abzuschliessen ist.

ad Art. 944

Der Vorschlag, dass künftig eine Firma aus reinen Sachbezeichnungen gebildet werden darf, diese aber keinen Schutz gegenüber später im Handelsregister eingetragenen Firmen geniessen, führt u.E. zu Verwirrungen und sollte deshalb wieder gestrichen werden.

ad. Art. 957 – Art. 960

Wie eingangs erwähnt, begrüssen wir die rechtsformunabhängigen Vorschriften. Eine Ausweitung der Regelungsdichte auf alle KMU im Sinne des Entwurfs geht aber zu weit. Insbesondere die Vorschriften für den Anhang für Personengesellschaften (Einzelunternehmen) sind unnötig, da Personengesellschaften bereits einer verstärkten Haftung unterliegen und daher von gewissen Offenlegungspflichten gegenüber den Kapitalgesellschaften befreit werden sollten. Demnach ausdrücklich zu begrüssen ist Art. 957 Abs. 2.

ad Art. 958 b Abs. 3 neu

Es ist nicht einsichtig, weshalb man nun die Umsatzsumme auf Fr. 75'000.- senkt, wo doch bis anhin im Handelsregister Fr. 100'000.- gilt (Eintragungspflicht).

Wir beantragen, dass diese Summe zwingend auf 200'000 CHF erhöht und die Handelsregisterverordnung in Art. 54 entsprechend angepasst wird. Mit dieser Massnahme werden Kleinstgesellschaften bezüglich Buchführungs- und administrativen Pflichten angemessen entlastet (vereinfachte Buchführung nach diesem Gesetz).

ad Art. 958c Abs. 3 neu

In der globalisierten Wirtschaft sollten die Buchführung sowie die Erstellung des Jahresabschlusses in CHF erfolgen, aber auch in USD und EUR gesetzlich erlaubt sein. Wir beantragen, dies im Gesetzesentwurf zu berücksichtigen.

ad Art. 958 d

Abs. 1

Die Einsichtnahme der Gläubiger in den Geschäfts- und Revisionsbericht geht zu weit, da die Privatsphäre der Unternehmen damit weiter untergraben wird. Es ist nicht einzusehen, weshalb bei nicht börsenkotierten Gesellschaften auch die Gläubiger Einsicht in den Geschäfts- und Revisionsbericht nehmen dürfen. Wir erachten dies als KMU-feindlich und beantragen, das Einsichts- bzw. das Kontrollrecht auf börsenkotierte Gesellschaften zu beschränken. Wir lehnen die Einsichtnahme durch die Gläubiger deshalb ab.

Antrag

Ersatzlos streichen.

Art. 959c neu

Der Anhang wurde im Gesetzesentwurf wesentlich ausgebaut. Wie oben bei Art. 957 – 960 erwähnt, ist auf den Anhang für Personengesellschaften zu verzichten. Das gleiche muss auch für Kleinstgesellschaften der übrigen Gesellschaftsformen nach Art. 958 b Abs. 3 neu gelten.

ad Art. 960 Abs. 2 neu

Im Sinne einer schlanken Gesetzgebung beantragen wir, diesen Artikel wie folgt zu kürzen:

Antrag

..... muss vorsichtig erfolgen. Rest streichen.

Ebenso ist die Präzisierung in Abs. 3 zu streichen, da der Grundsatz bereits in Abs. 2 enthalten ist.

ad Art. 960 f

Steuerrechtliche Vorschriften dürfen nicht Bestandteil des Rechnungslegungsgesetzes werden.

**Antrag
Ersatzlos Streichen**

ad Art. 961 lit. A Abs. 2 Ziff. 2 und 4.

Die Offenlegung der Revisionshonorare geht bei nicht börsenkotierten Gesellschaften zu weit. Ebenso sind die Angaben über die Durchführung einer Risikobeurteilung sehr unpräzise und im Sinne der Verhinderung weiterer Administration wegzulassen.

**Antrag:
Für nicht börsenkotierte Gesellschaften ersatzlos streichen.**

ad Art. 962 Abs. 2

Ein Abschluss nach Regelwerk sollte nur für Gesellschaften erzwungen werden können, wenn diese ordentlich geprüft werden müssen.

Antrag, Abs. 2 ergänzen:

... verlangen, falls eine ordentliche Revision durchgeführt werden muss:

ad Art. 963

In jedem Fall ist die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung klarer einzugrenzen. Dabei eignen sich die Kriterien der ordentlichen Revision.

Antrag Art. 963 Abs 3 neu

Gesellschaften, welche nicht ordentlich geprüft werden, sind von der Pflicht zu Erstellung einer Konzernrechnung befreit.

Übergangsbestimmungen zum 26. und 32. Titel ad Art. 1-5

Die Absicht, die Übergangszeit auf 2 Jahre resp. 3 Jahre festzulegen, erachten wir als viel zu kurz. Bedenkt man die verschiedenen Vorschriften, welche Änderungen im Handelsregister bedingen, ist eine korrekte Umsetzung innerhalb von 2 Jahren gar nicht möglich.

**Antrag
Übergangsfrist generell auf 5 Jahre festlegen.**

Strafgesetzbuch ad Art. 326 quinque

Da Sanktionen bereits in der Handelsregisterverordnung vorgesehen sind, ist es u.E. viel zu weitgehend, wenn auch noch strafrechtliche Folgen eingebaut werden.

Zusammenfassend müssen wir feststellen, dass die **Interessen der KMU** – einmal mehr – **zu wenig berücksichtigt** worden sind, und wir bitten Sie eindringlich, die von uns aufgeführten Punkte in der Weiterbearbeitung der Vorlage unbedingt einzubeziehen. Der vorliegende Vernehmlassungsentwurf führt zu einer weiteren (teilweise) unnötigen Regulierungsdichte. Wir beobachten diese Entwicklung, den Abbau unserer liberalen Wirtschaftsordnung in Raten, mit grosser Sorge.

In der Hoffnung dass Sie unsere Anliegen in der Weiterbehandlung aufnehmen werden, danken wir Ihnen nochmals für die Möglichkeit zur Stellungnahme und stehen für Fragen selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen
SCHWEIZERISCHER TREUHÄNDER-VERBAND STV|USF

Jürg Hagmann
Zentralpräsident

Daniel J. Egger
Präsident Kommission Fachfragen

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Bundeshaus West
Postfach
3003 Bern

Luzern, 23. Mai 2006

Vernehmlassung Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht

Sehr geehrter Herr Bundesrat Blocher
Sehr geehrte Damen und Herren

Zunächst danken wir Ihnen dafür, dass wir zum obigen Fragenkomplex Stellung beziehen können. Unser Verband repräsentiert gemeinnützige Wohnbaugenossenschaften mit einem halben Dutzend Mitgliedern bis hin zu Grossgenossenschaften mit über eintausend Mitgliedern.

Es versteht sich daher von selbst, dass deren Bedürfnisse und Möglichkeiten nicht die gleichen sind wie diejenigen einer Megagenossenschaft mit mehreren einhunderttausend Mitgliedern oder einer börsenkotierten Aktiengesellschaft.

Nachdem sich das Genossenschaftsrecht in zunehmendem Mass auch am Aktienrecht orientiert, kommen gesetzliche Anforderungen auf unsere Mitglieder zu, die sie entweder nicht oder nur mit unverhältnismässig grossem Aufwand erfüllen können.

Es wäre hingegen zu einfach, eine Revision grundsätzlich abzulehnen. Davon ausgehend, dass der Hauptgedanke hinter der Revision des Aktien- und Genossenschaftsrechts darin besteht, die Organe einer Gesellschaft zu verpflichten, die Geschäftstätigkeit unter dem Aspekt des „true and fair view“ zu betrachten, zu rapportieren, abzuschliessen und darüber zu informieren, **sind wir überzeugt, dass die vom Staat unterstützten und damit staatlich kontrollierten Wohnbaugenossenschaften dieser Zielsetzung längst nachgekommen sind ja nachkommen mussten.** Dies darum, weil sie sonst keine weitere Unterstützung wie z.B. die Einräumung von Baurechten, die verbilligte Finanzierung durch vom Bund abgesicherte Darlehen aus den Fonds de Roulement, der EGW usw. erhalten würden.

Im Interesse unserer Mitglieder und des gemeinnützigen Wohnungsbaus sind wir der Meinung, dass im zukünftigen Aktien- und Genossenschaftsrecht eine Ausnahmeregelung vorgesehen werden muss. Wir stellen uns dabei eine **Sonderregelung, analog derjenigen im Mietrecht bezüglich der Missbräuchlichkeit der Mietzinsen (Art. 253b OR)**, vor. Diese erlaubt dem Bundesrat, für die von den Behörden kontrollierten (Wohnbau)Genossenschaften in der Praxis einfach anzuwendende Vorschriften zu erlassen. Eine solche Regelung würde nicht nur der Infrastruktur, den Gegebenheiten und Anforderungen der Mitglieder der Wohnbaugenossenschaften

entsprechen sondern auch denjenigen von „true and fair view“. Missbräuche wären praktisch ausgeschlossen und die Kleingenossenschaften mit ihren wenigen Mitgliedern hätten nicht Auflagen zu erfüllen, welche für Konzerne und Grossgesellschaften angemessen und adäquat sind.

Wir danken Ihnen, wenn Sie diesen Einwand ernst nehmen und entsprechend in der Revision berücksichtigen.

Freundliche Grüsse

Schweiz. Verband für Wohnbau- und Eigentumsförderung SWE

Reinhard Häggi **Thomas Winiger**
Präsident **Geschäftsführer**

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Herrrn Bundesrat Dr. Christoph Blocher
Bundeshaus West
3003 Bern

Zürich, den 30. Mai 2006 / TW

Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 07. Dezember 2005 haben Sie uns eingeladen, zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht, Stellung zu nehmen. Gerne wollen wir diese Gelegenheit nutzen, um die Anliegen der Versicherungswirtschaft in dieser Revision vorzubringen.

Unsere Mitgliedsgesellschaften haben mit grossem Interesse vom umfangreichen und detaillierten Gesetzesentwurf Kenntnis genommen. Auch für die Privatversicherer sind diese Bestimmungen von zentraler Bedeutung und werden deren Tätigkeit nachhaltig beeinflussen. Entsprechend der grossen Bedeutung haben sich unsere Fachgremien intensiv mit der Vorlage auseinandergesetzt.

Bevor wir die Bestimmungen im Einzelnen erörtern, gestatten wir uns einige grundsätzliche Bemerkungen, die den Entwurf ganzheitlich betreffen oder für uns von zentraler Bedeutung sind.

Ein attraktiver Wirtschaftsstandort muss über ein modernes Gesellschaftsrecht verfügen. Bei einer Revision des Gesellschaftsrechts müssen daher sowohl die wirtschaftlichen Entwicklungen und Bedürfnisse, aber auch die Grenzen der Regulierung stets im Blickfeld der Bearbeitung stehen. Dies gilt umso mehr als gerade die Schweiz gegenüber ihren Nachbarländern schon aufgrund ihrer politischen Stellung eine Besonderheit darstellt. Im internationalen Standortwettbewerb ist es daher entscheidend, dass flexiblere und kostengünstigere Instrumente zur Verfügung gestellt werden.

In diesem Bezug begrüssen wir vor allem die Vorstellung des Amtes, die Kapitalstrukturen zu flexibilisieren, da hiermit die Handlungsmöglichkeiten für die Unternehmen erweitert werden und die bisherige Starrheit des Grundkapitals aufgelöst wird. Die Schweizer Unternehmen haben in diesem Bereich immer einen Wettbewerbsnachteil gegenüber ihrer internationalen Konkurrenz erfahren, der nun endlich der Vergangenheit angehören wird. Dennoch erlauben wir uns an entsprechender Stelle dieser Vernehmlassungsantwort, Ihnen eine kombinierte, sozusagen eine dritte Variante vorzuschlagen, die sämtlichen Bedürfnissen Rechnung tragen würde.

Unglücklich sind wir hingegen mit der Tatsache, dass der vorliegende Gesetzesentwurf nun aber auch Massnahmen enthält, die in vielen Teilbereichen zu weit gehen. Durch diese Anforderungen werden die Schweizer Unternehmen in ihrer unternehmerischen Freiheit und

ihren Handlungsmöglichkeiten zu sehr eingeschränkt und gegenüber ihrer internationalen Konkurrenz benachteiligt. So halten wir beispielsweise einen Eingriff in essentielle unternehmerische Entscheidungen oder Organisationsfragen für untragbar und fast für entmündigend. Aufgabe des Staates sollte es vielmehr sein, einen gewissen Rahmen des Möglichen zu geben, die konkrete Ausgestaltung unter Zuhilfenahme von verschiedenen Instrumenten aber den Unternehmen bzw. deren Aktionären zu überlassen.

In diesem Zusammenhang wollen wir insbesondere die verschärften Anforderungen der Gesetzesrevision im Bereich der Corporate Governance ansprechen, deren Bestimmungen wir als Überregulierung empfinden. Besondere Kritik wollen wir an der Schaffung des ständigen Auskunfts- und Informationsrechts der Aktionäre (Art. 679), die ausufernde Ausweitung der Rückerstattungsklage (Art. 678) und die Einschränkung der institutionellen Stimmrechtsvertretung (Art. 689c, 703) ausüben. Die hier in Erwägung gezogenen Vorschriften schränken die Unternehmen in ihrer unternehmerischen Entscheidungsfreiheit ein, die sachlich nicht zu rechtfertigen ist. Auch die Schwellenwerte, die für zahlreiche Rechte der Aktionäre massgebend sein sollen, liegen bei näherer Betrachtungsweise fern jeglicher Realität. Insbesondere für grosse Unternehmen steht zu befürchten, dass die Senkung der Schwellenwerte in unsachgemässer und sinnloser Weise ausgenutzt werden und die Unternehmen sogar lähmen können.

Auf grösste Bedenken stösst auch Art. 960 f, welcher in empfindlicher Weise das Massgeblichkeitsprinzip aushöhlt. Die steuerliche Aufrechnung künftig im Handelsrecht nachvollziehen zu müssen, widerspricht in vielen Belangen wirtschaftlichen und gesellschaftsrechtlichen Überlegungen, die wir näher dargelegt haben. Wir erlauben uns schon an dieser Stelle anzumerken, dass diese Bestimmung in dieser Form keinesfalls toleriert werden kann.

Anlass zur Kritik gibt auch die Forderung, künftig ausschliesslich die Einzelbewertung zulassen zu wollen (Art. 960). In bestimmten Fällen, die wir deutlich gemacht haben, macht diese Forderung keinen Sinn. Hier muss weiterhin eine Gruppenbewertung möglich sein.

Ferner bitten wir ein besonderes Augenmerk auf Art. 960 a zu legen, wonach die Auflösung von nicht begründeten Abschreibungen und Wertberichtigungen im Gesamtbetrag in der Erfolgsrechnung oder im Anhang ausgewiesen werden muss. Neben dem damit konstruierten Widerspruch zu Art. 960 e neu, ist diese Verschärfung auch sachlich durch nichts zu begründen.

Abschliessend wollen wir darauf hinweisen, dass sämtliche Artikel Angaben ohne nähere Bezeichnung solche der VE-OR sind.

Wir bitten Sie, unsere Stellungnahme bei der weiteren Behandlung der Revision zu berücksichtigen. Sofern ein Diskussionsbedarf zu einzelnen Fragestellungen besteht, sind wir gerne bereit, unsere Anliegen in einzelnen Gesprächen mit Ihnen zu diskutieren. Die Koordination dieses Projektes liegt weiterhin bei Frau Tanja Wilke (tanja.wilke@svv.ch).

Freundliche Grüsse
Schweizerischer Versicherungsverband

Lucius Dürr
Direktor

Bruno Zeltner
stellv. Vorsitzender der Geschäftsleitung

I. Bestimmungen des Aktienrechts

• Art. 622 VE-OR Ausgestaltung der Aktien

Grundsätzlich sind wir der Ansicht, dass die Möglichkeit, Inhaberaktien auszugeben, beibehalten werden sollte.

Als Grund für die Abschaffung der Inhaberaktie führt der erläuternde Bericht den Bedeutungsverlust in der Praxis und die mangelnde Identitätsfeststellung an. Diese Argumente können wir nicht vollumfänglich nachvollziehen.

Entgegen den Ausführungen im Begleitbericht gibt es noch heute eine bedeutende Anzahl kleiner, mittlerer und auch grösserer Aktiengesellschaften mit Inhaberaktien. Zwar mag es sein, dass einige Unternehmen keine Inhaberaktien ausgeben, diese Entscheidung durch Streichung einer im Gesetz vorgesehenen Möglichkeit allen Gesellschaften aufzuzwingen, ist aber nicht richtig. Vielmehr sollte es auch weiterhin die Entscheidung der einzelnen Gesellschaften sein, Inhaberaktien oder lediglich Namensaktien auszugeben.

Das Argument der mangelnden Identitätsfeststellung wollen wir wie folgt widerlegen:

Kotierte Publikumsgesellschaften unterstehen den Meldepflichten des Art. 20 BEHG so dass die Beherrschungsverhältnisse durch die Börsenaufsicht einwandfrei dokumentiert sind. So stellen die kotierten Publikumsgesellschaften heute ihre Inhaberaktien in Form von Globalurkunden auf Dauer aus und ein Transfer von Einzeltiteln findet nicht mehr statt. Dies bedingt die depotmässige Verwahrung der Titel in der Schweiz durch die Finanzintermediäre. Diese unterliegen jedoch den Sorgfaltspflichten des GwG, so dass die Inhaberaktionäre nach den Regeln des GwG identifiziert werden können. Die Vorgaben der FATF sind hier bereits vollständig umgesetzt.

Nicht kotierte Publikumsgesellschaften, die Inhaberaktien ausgeben, sind in der Schweiz entweder operative Gesellschaften oder Beteiligungsgesellschaften. Soweit *operative Gesellschaften* Inhaberaktien ausgeben, geht von ihnen kein erkennbares Risiko für Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung aus. Die Vorgaben der FATF (Empfehlung 33) verlangt, dass der Missbrauch von Gesellschaften, die Inhaberaktien ausgeben, für Zwecke der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung adäquat bekämpft wird. Es wird nicht verlangt, dass alle Gesellschaften, die Inhaberaktien ausgeben, im System der Geldwäschereiprävention und –Bekämpfung erfasst werden. Besteht somit keine entsprechende Bedrohungslage, wofür mit Bezug auf operative Publikumsgesellschaften weder den 40 Empfehlungen, noch dem Bericht der Arbeitsgruppe Anhaltspunkte entnommen werden können, gibt es auch keine Vorgaben der FATF umzusetzen.

Beteiligungsgesellschaften, welche Inhaberaktien ausgeben, sollen neu als Finanzintermediäre im GwG erfasst werden. Mit der zusätzlichen Schaffung von Pflichten im Aktienrecht werden gleiche Sachverhalte (Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusbekämpfung) gleich doppelt reguliert.

Weiter werden auch Domizilgesellschaften durch das geltende System der Geldwäschereiprävention und –Bekämpfung in der Schweiz hinreichend erfasst, da hier die Verwaltungsräte bereits nach dem geltenden GwG als Finanzintermediäre erfasst werden.

Auch das Argument, die Abschaffung der Inhaberaktien diene dem Schutz vor Geldwäscherei bzw. verhindere die Terrorismusfinanzierung, ist nicht haltbar, soweit weiterhin nominees ohne Offenlegung des wirtschaftlich Berechtigten zulässig bzw. sogar zur Stimmrechtsausübung zugelassen sind.

Darüber hinaus stellt sich dieses Problem auch mit den Dispoaktien, da viele kotierte Gesellschaften auch heute noch über solche verfügen. Bei solchen handelt es sich um kotierte Namensaktien, deren Eigentümer sich nach dem Erwerb über die Börse nicht im Aktienbuch eintragen lassen und damit ebenso wie bei den Inhaberaktien, für die Unternehmen selbst anonym sind. Sofern daher Ziel dieser Neuregelung die Identitätsergründung der Aktionäre sein soll, ist dieses durch die fehlende Lösung bezüglich der Dispoaktien nicht hinreichend gelöst worden. Der Bundesrat wird ersucht, im Rahmen der vorliegenden Revisionsarbeiten einen Lösungsvorschlag für den Problembereich der Dispoaktien zu erarbeiten.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die vorgeschlagene Teilrevision des Aktienrechts sich nicht auf die Empfehlungen der FATF abstützen lässt. Materiell sind die Vorgaben der 40 Empfehlungen in der Schweiz durch das bestehende System der Geldwäscherbekämpfung und Prävention bereits vollständig abgedeckt.

Wir beantragen daher, dass weiterhin die Ausgabe von Inhaberaktien gestattet bleibt.

- **Art. 627 VE-OR Weitere Bestimmungen**

Gemäss Art. 627 soll die Generalversammlung die Festlegung der konkreten Bezüge bestimmen. Dies ist realitätsfremd und widerspricht den Grundsätzen der Aufgabenteilung zwischen der Generalversammlung und dem Verwaltungsrat bzw. der Geschäftsleitung. Eine Alternative, die der vorgenannten Aufgabenteilung Rechnung trägt, ist in Anlehnung an das Vorgehen in UK, den Aktionären in dieser Hinsicht ein unverbindliches Meinungsäusserungsrecht an der Generalversammlung zu gewähren.

Weiter bestimmt Art. 627 Ziff. 16, dass auch die „Wahl des Präsidenten und die Beschlussfassung des Verwaltungsrates“ Inhalt der Statuten sein sollen, sofern von den gesetzlichen Vorschriften abgewichen wird.“ Im Hinblick auf die Regelung in Art. 712 und 713 OR, die bereits diese Tatbestände in gleicher Weise regeln und von dieser Gesetzesrevision nicht tangiert werden, ist diese Änderung in Art. 627 OR überflüssig.

Wir beantragen daher die Streichung der Ziffer 16.

- **Art. 634 VE-OR Einlagen - Sacheinlagen**

Gemäss Art. 634 gelten Sacheinlagen dann als Deckung, wenn sie durch Übertragung auf Dritte verwertet werden können. Analog dem Grundsatz von Fortführungswerten muss es indessen auch genügen, dass eine Sache für die Gesellschaft einen Ertragswert hat. Andernfalls müsste konsequenterweise bei Sacheinlagen und –übernahmen jeweils der Liquidationswert eingesetzt werden. Dies wäre aber dort nicht sinnvoll, wo die Einlage bzw. der zu übernehmende Wert spezifisch für die bestimmte Gesellschaft geschaffen worden ist und entsprechend im Zuge einer Verwertung kaum nennenswert wäre.

Wir beantragen daher, diese Ziffer insoweit zu ergänzen, dass Sacheinlagen als Deckung gelten, wenn diese einen entsprechenden Fortführungswert aufweisen.

- **Art. 650 ff VE-OR ordentliche Kapitalerhöhung**

Grundsätzlich begrüssen wir die Einführung des Kapitalbandes. Die bislang gegebene Starrheit des Grundkapitals stellt einen unnötigen Wettbewerbsnachteil für die Schweizer Unternehmen dar. Die vorgeschlagene Neuerung bietet demnach mehr Flexibilität.

Dennoch wäre eine weitere Flexibilisierung wünschenswert. Eine von uns favorisierte Lösung wäre beispielsweise, wenn der Gesetzesentwurf sowohl Vorschriften für ein Kapitalband und solche für genehmigte und bedingte Erhöhungen bzw. genehmigte und bedingte Herabsetzung des Kapitals, vorsehen würde. Nach unserer Ansicht spricht gegen die kumulative Möglichkeit des Kapitalbands neben der herkömmlichen Kapitalerhöhung bzw. –Herabsetzungsmöglichkeit rein faktisch nichts. Eine solche „Carte blanche“ würde die Bedürfnisse der Gesellschaften bei der Kapitalbeschaffung durch Änderung des Aktienkapitals besser abdecken und die Flexibilität erhöhen. Wir würden es daher begrüßen, wenn das OR diese kumulative Möglichkeit anbieten würde.

In diesem Zusammenhang möchten wir konkret zu folgenden Artikeln Stellung beziehen.

- **Art. 650, 653 und 653 r VE-OR Bedingte Kapitalerhöhung, Kapitalband**

Art. 650 Abs. 3 sieht bei einer ordentlichen Kapitalerhöhung vor, dass der Verwaltungsrat die Kapitalerhöhung innerhalb von sechs Monaten nach der Beschlussfassung der Generalversammlung beim Handelsregisteramt zum Eintrag anmelden muss. Unterlässt er dies, so fällt der Beschluss dahin. Insofern entspricht diese Vorschrift der heute geltenden Regelung. Neu hingegen ist die Verlängerung der Anmeldefrist um 3 Monate, was wir begrüßen.

Anders stellt sich für uns die Sachlage hinsichtlich der Bestimmungen der Art. 653 und 653 r dar. Beide Artikel sehen sowohl eine 30-tägige Anmeldefrist als auch die Hinfälligkeit des Beschlusses der Generalversammlung vor, sofern die fristgerechte Anmeldung beim Handelsregister unterblieben ist. Wir sind der Ansicht, dass die hier gewählte Rechtsfolge eine Falsche ist. Geht es um das beschlossene bedingte Aktienkapital bzw. um das Kapitalband, so besteht ein schützenswertes Rechtssicherheitsbedürfnis der Aktionäre. Ein solcher Beschluss muss aber bestandskräftig bleiben und nicht vom weiteren alleinigen Mitwirken des Verwaltungsrates abhängen. Im Prinzip könnte durch den Entschluss des Verwaltungsrates, die Anmeldung nicht vorzunehmen, der Beschluss der Generalversammlung hinfällig werden. Dies darf aber dann nicht sein, wenn ein schützenswertes Interesse der Aktionäre gegeben ist. In diesem Fall vertreten wir die Ansicht, dass der Aktionär gegen den Verwaltungsrat auf Umsetzung des Generalversammlungsbeschlusses klagen kann.

Zuletzt regen wir an, die Festlegung von konkreten Fristen in diesem Zusammenhang zu überdenken, um flexiblere Lösungen zu finden.

- **Art. 656 a und b VE-OR Partizipationsscheine**

Gemäss dem Vorentwurf soll die Schaffung von Partizipationsscheinen auch in Zukunft möglich sein. Nach der neuen Bestimmung soll die Obergrenze des Partizipationskapitals aufgehoben und das Verhältnis zwischen Aktien- und Partizipationsscheinen von den Unternehmen bedürfnis- und marktgerecht frei festgelegt werden können. Diese Erhöhung der Flexibilisierung begrüßen wir grundsätzlich. Dennoch sind wir der Ansicht, dass weiterhin eine obere Grenze nach oben resp. ein Maximalverhältnis zwischen den Partizipationskapital und dem Aktienkapital von 10:1 festgelegt werden sollte. Wird eine solche Grenze nicht bestimmt, so könnten stimmrechtslose Beteiligungen in beliebiger Höhe geschaffen werden und damit würde eine Limitierung der Stimmrechtsaktien wirkungslos werden.

Wir regen daher an, diese Bestimmung nochmals grundsätzlich zu überdenken.

- **Artikel 678 VE-OR Rückerstattung von Leistungen**

Art. 678 sieht eine Neuregelung der Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen vor. Unter anderem sollen neu auch die Mitglieder der Geschäftsleitung und diesen nahe stehende Personen von der Bestimmung erfasst werden. Wir können die ausufernde Regelung des Vorentwurfes in vielen Bereichen nicht nachvollziehen, überspannt sie doch erheblich den Bogen des Erforderlichen.

Zum einen sind auf die Kriterien der Offensichtlichkeit und der Bösgläubigkeit verzichtet worden, welche für uns zentrale und unverzichtbare Tatbestandsmerkmale darstellen. In diesem Zusammenhang möchten wir deutlich machen, dass die Rückerstattungsverpflichtung in einem derartigen Umfang nur dann gerechtfertigt erscheint, wenn ein subjektiv anstössiges Verhalten bei der betroffenen Person nachgewiesen werden kann. Ansonsten stellt sich die Frage, wer künftig entscheidet, welche Bezüge „ungerechtfertigt“ waren und welche nicht. Sind unternehmerische Entscheidungen, die sich eventuell erst nach ein paar Jahren als Fehler herausstellen etwa künftig ahndungswürdig? Wir wollen darauf aufmerksam machen, dass unternehmerische Entscheidungen in seltenen Fällen in allen Konsequenzen absehbar sind und auch nicht beeinflussbare Faktoren der Umwelt wesentlich dazu beitragen können, ob eine solche Entscheidung sich positiv oder negativ auf den weiteren unternehmerischen Verlauf auswirkt. Wer soll daher in Zukunft darüber befinden, welche unternehmerischen Entscheidungen eine Rückerstattung rechtfertigen? Letztendlich würde dies in der vorliegenden Form zu einer richterlichen Ermessensentscheidung führen, die in dieser Form nicht wirklich gewollt sein kann.

Auch halten wir die Ausdehnung auf den im Entwurf bezeichneten Personenkreis für zu weitreichend. Damit wird das geltende Verantwortlichkeitsprinzip ignoriert, welches es aber aufgrund des pönenal Charakters der Vorschrift zu beachten gilt.

Weiter sieht der Gesetzesentwurf eine Aktivlegitimation für die Gläubiger vor, die mit nichts zu rechtfertigen ist. Zum einen droht den Gläubigern kein Schaden, so dass bereits das Rechtsschutzinteresse fragwürdig ist. Die Gläubiger der Unternehmen sind hinreichend durch anderweitige Vorschriften geschützt. Ihre Interessen sind lediglich gefährdet, wenn das Haftungssubstrat nicht mehr vorhanden ist. Zeichnet sich aber eine Unterdeckung der Unternehmen ab, wird das Konkursamt zuständig für die Abwicklung der Geschäfte. Eine eigenständige Aktivlegitimation der Gläubiger einzuräumen ist somit nicht notwendig.

Abschliessend wollen wir noch darauf hinweisen, dass die im Entwurf vorgesehene Frist von 10 Jahren keineswegs akzeptiert werden kann. Die Hinter- bzw. Beweggründe für einzelne Entscheidungen können nach einer derart langen Frist nicht immer und wenn auch nur sehr schwierig nachvollzogen werden. Die Rückerstattung dann auch noch lediglich von einer richterlichen Ermessensentscheidung ohne subjektiven Schädigungsvorsatz der betroffenen Personen abhängig zu machen, lässt den Inhalt der Bestimmung noch fragwürdiger erscheinen. Letztendlich schafft diese Vorschrift eine für alle Beteiligten unklare Situation, die in diesem Umfang abzulehnen ist.

Wir beantragen daher zumindest

- die Tatbestandsmerkmale der Offensichtlichkeit und der Bösgläubigkeit wieder aufzunehmen,
- in Absatz 2 zudem die Rückersterstattung auf „ungerechtfertigte Leistungen, die in einem offensichtlichen Missverhältnis zueinander stehen zu begrenzen
- die Aktivlegitimation der Gläubiger zu streichen und zuletzt
- die Frist entsprechend dem geltenden Recht auf 5 Jahre zu reduzieren

- **Art. 689 d VE-OR Vertretung des Aktionärs – Depotvertreter**

Hinsichtlich dieser Bestimmung wollen wir vor allem auf die Rechtsfolge einer fehlenden Weisung des Aktionärs an den institutionellen Vertreter eingehen. Nach dem Vorschlag des Vorentwurfs könnten börsenkotierte Gesellschaften nur noch den unabhängigen Stimmrechtsvertreter als institutionellen Vertreter zur Verfügung stellen. Dieser hätte sich bei fehlender konkreter Weisung der Stimme zu enthalten. Wir halten diese Richtung für falsch, gibt sie doch die Realität nicht richtig wieder. Bei genauerer Betrachtungsweise kann beobachtet werden, dass Aktionäre, die von der Gesellschaft zur Stimmabgabe angeschrieben werden, zwar die Stimmrechtsunterlagen unterzeichnen, aber mehrheitlich keine weiteren konkreten Weisungen erteilen. Bislang galt bei einem solchen Vorgehen, die Zustimmung zum Verwaltungsratsbeschluss, woraufhin auch in den Unterlagen hingewiesen worden ist. Es muss wohl nicht näher darauf hingewiesen werden, dass es sehr schwer und vor allem eine lange Zeit dauern wird, bis sich die Aktionäre über eine allfällige Umkehr der Praxis bewusst sein werden, insbesondere da heute Klarheit über die Rechtsfolgen besteht. Sofern der Aktionär die Vertretung aktiv in die Wege leitet und die Vollmacht unterzeichnet, gibt er klar zu erkennen, dass er seine Stimme vertreten wissen will, und zwar im Sinne der Anträge des Verwaltungsrates. Ihm bei fehlender Weisung diese Vertretung und Willensäußerung abzusprechen, spiegelt keinesfalls den Willen des Aktionärs, der eine Vollmacht erteilt, wieder.

Zudem besteht die Gefahr, dass kleine Minderheiten, die in der Regel einen grösseren Aktivismus an den Tag legen als die „zufriedenen Aktionäre“, mit dieser Regelung ein überproportionales Gewicht erhalten und damit die Realität falsch wiedergegeben wird. Die Mehrheit, die keine konkrete Weisung erteilt, würde aufgrund der „Nichtvertretung“ nicht mehr zählen. Eine Manipulation der Generalversammlung ist damit eher möglich als heute. Insbesondere könnte eine an der Generalversammlung anwesende Minderheit mit speziellen Anträgen zu Traktanden sehr gravierende Folgen für die Gesellschaft und die „zufriedenen Aktionäre“ verursachen. Wir denken hier vor allem an Verwaltungsratswahlen oder Abwahlen im Zusammenhang mit „feindlichen Übernahmen“.

Da mit dieser Neuregelung keinerlei Verbesserungen, sondern lediglich eine grosse Unsicherheit bei den Aktionären geschaffen wird, beantragen wir, die heutige geltende Regelung zu belassen.

Abschliessend erlauben wir uns noch, die Abschaffung der Organ- und Depotvertretung zu kritisieren. Hauptsächlich wird die Abschaffung im Begleitbericht damit begründet, dass die Organvertretung in der Praxis nur eine geringe Bedeutung habe. Obgleich dieser behauptete Bedeutungsverlust auch hier kein Argument für die Abschaffung der Organvertretung ist, halten wir diese Aussage für falsch. Zur Begründung verweisen wir auf die Ausführungen einer Studie von Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, die sich mit dem Thema der Bedeutung der institutionellen Stimmrechtsvertretungen befasst. In dieser Studie kommt der Verfasser auf Seite 6 zur Ansicht, dass „*die Vertretung durch Organe der Gesellschaft und andere von ihr abhängige Personen von massgeblicher Bedeutung sein kann*“. Zumindest werden laut dieser Studie 4 % der Vollmachten an Depotvertreter und 23 % an Organvertreter erteilt, so dass nicht von einer Bedeutungslosigkeit der institutionellen Stimmrechtsvertretung gesprochen werden kann. Ziel der Gesetzesrevision sollte es nicht sein, „quasi“ bedeutungslosen Mitteln den rechtlichen Boden zu entziehen, sondern den möglichst unverfälschten Willen der Aktionäre zum Ausdruck zu bringen. Mit der Möglichkeit, die Vollmacht an den Organvertreter, den unabhängigen Stimmrechtsvertreter und an den Depotvertreter erteilen zu können, wird den verschiedenen Bedürfnissen der Aktionäre in weit besserem und auch kostengünstigerem Masse Rechnung getragen.

Wir beantragen daher, von der Abschaffung der Depot- und Organvertretung abzusehen.

- **Art. 697, 697^{bis} VE-OR Kontrollrechte der Aktionäre - Auskunft**

Art. 697 sieht vor, dass die Aktionäre jederzeit, d.h. auch ausserhalb der Generalversammlung ein schriftliches Auskunftsrechts haben sollen. Der Verwaltungsrat soll ausserdem innerhalb 60 Tagen dem Aktionär zu seinen Fragen schriftlich antworten und Stellung beziehen.

Grundsätzlich begrüssen wir die Stärkung des Auskunfts- und Informationsbegehrens, wir halten aber die Ausgestaltung des konkreten Auskunftsrechtes als übertrieben und realitätsfremd. Die vorgeschlagene Reaktionsverpflichtung des Verwaltungsrates ist unverhältnismässig und nicht durchführbar.

In diesem Zusammenhang erlauben wir uns darauf aufmerksam zu machen, dass börsenkotierte bzw. beaufsichtigte Gesellschaften schon aufgrund des Börsengesetzes, anderer spezialgesetzlicher Verpflichtungen (Versicherungsaufsichtsrecht) und / oder des „Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance“ bereits in weiten Teilen über die Angelegenheiten der Gesellschaften sehr transparent informieren.

Hält man sich vor Augen, dass Publikumsgesellschaften tausende von Aktionären zählen, erscheint es nicht fern jeglicher Wahrscheinlichkeit, dass dieses formalisierte Auskunftsrecht zu einem unverhältnismässig hohen administrativen Mehraufwand führen wird und die Gefahr besteht, dass das Auskunftsrecht pervertiert wird. Querulatorische Aktionäre werden es zu verstehen wissen, die Gesellschaften zu lämmen und über Gebühr zu beschäftigen. Außerdem stellen wir uns die Frage, welche rechtlichen Möglichkeiten die Gesellschaften haben, wenn solche Auskunftsbegehren offensichtlich missbraucht werden. Ist hierfür ausschliesslich ZGB 2 oder 27 heranzuziehen oder sollte nicht bereits die vorliegende Revision des OR diese Möglichkeit eingrenzen. Auch ist die hierfür gewährte Frist von 60 Tagen für umfangreiche Abklärungen viel zu kurz.

Hinsichtlich Art. 697^{bis} stellen wir uns zudem die Frage, warum der Verwaltungsrat den Entscheid schriftlich zu begründen hat, wenn die Generalversammlung die Einsichtnahme verweigert hat. Wir nehmen an, dass in diesem Fall der Verwaltungsrat die Gründe nicht unbedingt kennen muss bzw. nicht kennen kann.

Im Hinblick darauf beantragen wir, die Bestimmung auf das beschriebene Missbrauchspotential erneut zu überdenken.

- **Art. 697 b, 699 VE-OR Schwellenwerte und Börsenwerte**

Der neue Gesetzesentwurf sieht neu sowohl für die Einberufung einer Generalversammlung und die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes und die Einleitung einer Sonderuntersuchung gegen den Willen der Generalversammlung eine Senkung der bisherigen Schwellenwerte vor.

Sind heute für die Einleitung einer Sonderuntersuchung oder die Aufnahme von Traktanden 10 Prozent des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von 1 bzw. 2 (Sonderprüfung) Millionen CHF erforderlich, so sollen nunmehr lediglich 5 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen oder Aktien im Nennwert von einer Millionen CHF notwendig sein. Zusätzlich kann nun, was bislang nicht möglich war, auf ein Alternativkriterium gegriffen werden und Aktien im Börsenwert von 2 Millionen CHF ebenfalls zu diesen Möglichkeiten berechtigen.

Dem nicht genug, auch für die Einberufung einer Generalversammlung (Art. 699) gelten für das Aktienkapital 5 % und die Aktien im Nennwert von einer Millionen CHF dieselben reduzierten Schwellenwerte, für den Schwellenwert der Börsenkapitalisierung wird aber die Schwelle von Aktien im Börsenwert von fünf Millionen CHF gefordert.

Obgleich uns grundsätzlich die Herabsetzung der Schwellenwerte Sorgen bereitet, möchten wir vor allem auf die Bezugsgrösse Börsenwert, im Gesetz jeweils als Alternative unter Ziff. 3 aufgeführt, vertieft eingehen. Die Börsenkurse und daher der Börsenwert unterliegen erheblichen Schwankungen. Es liegt damit auf der Hand, dass dadurch schnell willkürliche und vor allem wenig verlässliche Ergebnisse entstehen können, was nicht im Sinne des Gesetzgebers sein kann.

Wir möchten festhalten, dass es grundsätzlich darum gehen muss, wie viel Aktienkapital benötigt bzw. verlangt werden soll, um derartige Rechte durchsetzen zu können, die bei der ausserordentlichen Generalversammlung und der Sonderuntersuchung für die Gesellschaften mit enormen Kosten verbunden sind. Die Schwellenwerte mit der Bezugsgrösse Börsenwert auf einen absoluten Frankenbetrag anzugeben, ist ein untaugliches Mittel, da die Marktkapitalisierung der börsenkotierten Gesellschaften unterschiedlich ist bzw. sein kann. Insbesondere für die grossen Gesellschaften sind die vorgeschlagenen Schwellenwerte viel zu tief und bergen die Gefahr in sich, dass die Rechte in schikanöser Weise ausgeübt werden. Wir sind der Ansicht, dass eine differenzierte Lösung gefunden werden muss, welche sich auf die Börsenkapitalisierung der betroffenen Gesellschaften bezieht. Wenn schon, dann müsste die Schwelle in einem bestimmten Verhältnis zur gesamten Marktkapitalisierung der börsenkotierten Gesellschaft stehen.

Wir schlagen daher vor, dass auf die Börsenkapitalisierung am ersten Tag eines jeweiligen Kalenderjahres Bezug genommen wird wobei je nach Unternehmensgrösse ein degressiver Prozentsatz gewählt werden könnte. Damit wäre ein einheitlicher Massstab der Mitbestimmungsrechte gewährleistet.

Zuletzt halten wir fest, dass die Frist von 30 Tagen für die Einberufung der Generalversammlung auf Begehren der Aktionäre viel zu kurz ist. Zwar haben wir Verständnis, dass die Einberufung einer Generalversammlung dringend sein kann. Bei einem solchen Anliegen müssen aber umfangreiche Sachabklärungen auf Unternehmensseite vorgenommen werden. Eine Frist von 30 Tagen erscheint hier sehr kurz zu sein. Die Forderung nach einer „angemessenen“ Frist würde daher dem Begehr des Anspruchsstellers angemessen Rechnung tragen, ohne die Bedürfnisse des Unternehmens zu ignorieren. Darüber hinaus sollte vorgesehen werden, dass die Einberufung nicht erfolgen muss, falls ohnehin in absehbarer Zeit, beispielsweise in drei Monaten, eine Generalversammlung stattfinden wird.

- **Art. 700 VE-OR Einberufung und Traktandierung der Generalversammlung - Form**

Zunächst möchten wir festhalten, dass die Aufnahme der heutigen technischen Möglichkeiten in den Gesetzesentwurf grundsätzlich begrüßt wird. Dennoch besteht gerade bei solchen Neuheiten auch viel Klärungsbedarf. So stellen wir uns beispielsweise die Frage, was unter den Begriff der „elektronischen Form“ in Art. 700 subsumiert werden soll und was nicht. Kann damit sowohl per E-mail, mit zertifizierter oder handschriftlicher Unterschrift die Mitteilung erfolgen? Eine Klarstellung würden wir sehr begrüssen

Ferner stellen wir den Sinngehalt von Art. 700 Abs.2 Ziff. 4 in Frage. Die vorliegende Bestimmung regelt, welche Informationen dem Aktionär zugestellt werden müssen und nimmt daher für sich in Anspruch festzulegen, welche Information einen entsprechend wichtigen Informationsgehalt aufweisen. Welchen Nutzen daher die Information über den prozentualen Anteil der vorhandenen Dispoaktien haben soll, entzieht sich unserer Kenntnis.

Wir beantragen daher die Streichung des Teilbereiches innerhalb der Ziffer 4, worin der „prozentuale Anteil der Dispoaktien am Aktienkapital“ bekannt zu geben ist.

- **Art. 701 d, Art. 701 e neu VE- OR Verwendung elektronische Mittel bei der Generalversammlung**

Art. 701 d nimmt die fortschrittlichen Möglichkeiten unseres Zeitalters auf und öffnet den Weg für die ausschliesslich elektronische Durchführung einer Generalversammlung. Gegen diese Idee können wir grundsätzlich nichts einwenden, doch sollte diese Möglichkeit auch realistisch durchführbar sein. Unsere Einwände beziehen sich daher hauptsächlich auf Bedenken, die auf die praktische Durchführbarkeit und einige Aspekte der Sicherheit Bezug nehmen.

So macht Art. 701 d zur Voraussetzung, dass sämtliche Eigentümer bzw. Vertreter der Aktien mit diesem Vorgehen einverstanden sind, was auch einleuchtend erscheint. In diesem Zusammenhang erlauben wir uns aber die Frage, wie dieses Einverständnis von sämtlichen Eigentümern bei Publikumsgesellschaften eingeholt werden soll. Ist hierfür eine schriftliche Zustimmung erforderlich, so muss nicht weiter ausgeholt werden, dass diese Möglichkeit fern jeglicher Realität bleiben wird.

Wir erlauben uns daher, Ihnen den Vorschlag zu unterbreiten, dass bei börsenkotierten Gesellschaften eine statutarische Verankerung der ausschliesslichen Durchführung der Generalversammlung bspw. via Internet bzw. die Festlegung dieser Möglichkeit vorgesehen werden kann. Allenfalls sollte eine solche Statutenbestimmung nur mit einem qualifizierten Mehr im Sinne von Art. 704 OR aufgenommen werden können.

Auch erscheint uns die technische Praktikabilität bei Publikumsgesellschaften schwierig zu sein, da wir ein beweisrechtliches Problem bei der Feststellung der eindeutigen Identität der Teilnehmer sehen, vgl. Art. 701 e.

Abschliessend sehen wir auch Klärungsbedarf hinsichtlich der Frage, ob für die Wiederholung der Generalversammlung gemäss Art. 701 f dieselben Publikationserfordernisse von Art. 700 OR gelten oder eventuell kürzere Fristen gelten können und ob die für das Protokoll in Art. 702 verlangten Informationen sich auch auf die in 701 e beziehen.

- **Art. 703 und 704 VE-OR Beschlussfassung und Wahlen**

Hinsichtlich der Unterscheidung zwischen den „abgegebenen“ und „anwesenden“ Stimmen, möchten wir grundsätzlich keine Kritik üben.

Wir machen jedoch darauf aufmerksam, dass sich ein anderer Blickwinkel dieser Bestimmungen ergeben wird, sofern unsere Bedenken bezüglich der weisungslosen Stimmen nicht geteilt werden.

- **Art. 710 VE-OR Wahl und Amts dauer des Verwaltungsrates**

Gemäss der neuen Regelung in Art. 710 werden die Mitglieder des Verwaltungsrats nicht mehr alle drei Jahre (oder gemäss Statuten), sondern jährlich gewählt. Dabei soll die Wahl für jedes Mitglied einzeln erfolgen.

Diese Forderung ist abzulehnen da sie nicht nur unzweckmässig, sondern auch kontraproduktiv ist. Wir möchten dies wie folgt begründen:

Zum einen kann bei Publikumsgesellschaften die Einarbeitungszeit eines neu gewählten Verwaltungsrates schon für sich betrachtet länger als ein Jahr betragen. In diesem Fall kann ein neuer Verwaltungsrat seiner Aufgabe schon fachlich im ersten Amtsjahr vielleicht nicht in der von ihm erwarteten Weise vollumfänglich nachkommen. Dazu kommt noch, dass er ge-

genüber der Geschäftsleitung eine schwache Position innehat, da er sich im Gegensatz zu dieser, ein Jahr später erneut der Wiederwahl stellen muss und sich daher in einem Art „Dauerwahlkampf“ befindet. Eine kritische Ausübung seiner Aufgabe wird wohl eher zögerlich ausfallen, schwebt doch immer der Gedanke an die Wiederwahl mit.

Auch besteht die Gefahr, dass der Verwaltungsrat sich künftig auf kurzfristige Erfolgsergebnisse konzentrieren wird, damit er in Erinnerung an diese, bei der Wiederwahl bestätigt wird. Für den langfristigen Erfolg der Unternehmen wird wenig Interesse bestehen, ernten diese Lorbeeren doch im Falle einer Abwahl andere. Das Signal, welches durch die einjährige Amtszeit gesetzt werden sollte, nämlich die Förderung der „Corporate Governance“ des Unternehmens, wird vielmehr unterwandert und sogar gefährdet. Fakt ist, dass ein Verwaltungsrat, der sich dieser anspruchvollen Aufgabe widmen soll, Zeit für die Einarbeitung braucht um das Geschäft mit all seinen Facetten verstehen zu lernen. Wenn aber die Wiederwahl im Zentrum der Gedanken steht, rücken andere, für das Unternehmen wichtigere Aufgaben in den Hintergrund (insbesondere die Überwachung der Geschäftsleitung).

Ausserdem halten wir eine solche Regelung auch für nicht notwendig, da eine Abwahl jederzeit möglich ist, sofern sie rechtsgenügend traktandiert wurde.

Die jährliche Wiederwahl erschwert damit die Schaffung von Kontinuität auf Stufe des Verwaltungsrates, was aber notwendig ist, um die Geschäftsleitung wirkungsvoll kontrollieren zu können.

Ausserdem kann die jährliche Wiederwahl des gesamten Verwaltungsrates auch zu sehr instabilen Verhältnissen führen, da ein Grossaktionär auf diese Weise rasch den gesamten Verwaltungsrat auswechseln und so faktisch die Kontrolle über eine Gesellschaft erlangen kann. Diese Problematik wiegt umso schwerer, da der Aktienrechtsentwurf das Problem der Dispo-Aktien nicht löst. Es ist nicht selten, dass nur 15% der Aktionäre von ihrem Stimmrecht überhaupt Gebrauch machen. Es kommt hinzu, dass ein Gegenantrag zum Traktandum "Wählen" erst an der Generalversammlung selbst offen gelegt werden muss. Ein Grossaktionär oder eine Gruppe, die sich zusammenschliesst, könnte an der Generalversammlung ihren Gegenvorschlag unterbreiten und die anderen Aktionäre „überrumpeln“. Eine solch instabile Situation kann nicht erwünscht sein.

Die gestaffelte Wiederwahl muss daher weiterhin möglich sein. Kapitalmarktrechtlich könnte sogar argumentiert werden, dass eine jährliche Wiederwahl den zwingenden Bestimmungen des Übernahmerechts widerspricht, da faktisch eine Kontrolle via Verwaltungsrat erreicht wird, ohne den Aktionären eine Übernahmeangebot zu machen

Wir beantragen daher, es bei der dreijährigen Amtszeit zu belassen.

- **Art. 725 VE-OR Kapitalverlust und Überschuldung – Anzeigepflicht des Verwaltungsrates**

Formal noch strenger als das geltende Recht verlangt der Gesetzesentwurf, dass im Falle einer Überschuldung der Richter unverzüglich benachrichtigt werden muss. Entgegen der bisherigen Praxis des Bundesgerichts, die einen kurzen Zeitraum für Rettungsversuche (herrschende Lehre 4-6 Wochen) zulässt, würden mit der neuen Regelung jegliche Sanierungsversuche verboten. Dies ist nicht im Interesse der Gläubiger. Diese Regelung sollte grundsätzlich überdacht und Sanierungsversuche erleichtert werden, nimmt man doch der Gesellschaft durch eine solche Vorgehensweise eine minimale Flexibilität.

Begrüssenswert wäre es beispielsweise, wenn sich der Gesetzgeber mit einer Bestimmung anfreunden könnte, die eine tatsächliche Sanierung realistisch erscheinen lassen würde,

beispielsweise entsprechend der amerikanischen Gesetzgebung des „Chapter 11“. Wir regen daher an, diese Bestimmung im Hinblick darauf erneut zu überdenken.

Darüber hinaus wäre diese Revision eine Gelegenheit, Art. 725 zu präzisieren. Im Zusammenhang mit OR 725 wird bei Gesellschaften mit grossen Kapitalreserven, die vor allem aus Erhöhungen des Aktienkapitals entstanden sind, ein viel höheres Limit für die Bestimmung des Kapitalverlustes bzw. für die Überschuldung festgelegt. Damit kann eine Ungleichbehandlung von unterschiedlichen kapitalisierten Gesellschaften entstehen. Bisher war es daher Praxis, dass 50 % des übersteigenden Teils der gesetzlichen Reserven via Beschluss der Generalversammlung in die freien Reserven überführt werden konnten. Diese Praxis hat sich bewährt und könnte daher im Rahmen dieser Revision ebenfalls aufgenommen werden.

II. Vorschriften der kaufmännischen Buchführung

- Art. 958 b VE-OR Grundsätze ordnungsgemässer Rechnungslegung**

Hinsichtlich Art. 958 b erlauben wir uns lediglich den Hinweis, dass sich das MwSt Gesetz momentan in der Revision befindet und der Ausgang in einigen Belangen sich noch nicht abzeichnen lässt. Sofern daher eine Kongruenz mit dem MwSt Gesetz angestrebt wird, gilt es die Entwicklungen in dieser Revision ebenfalls zu beachten.

- Art. 958c Abs. 3 VE-OR Darstellung, Währung und Sprache**

Art. 958c Abs. 3 enthält die Verpflichtung der Unternehmen, die Werte der Bilanz und der Erfolgsrechnung in der Landeswährung anzugeben. Grundsätzlich halten wir diese Regelung sinnvoll, fördert sie doch die Vergleichbarkeit der Unternehmen innerhalb der Schweiz. Dennoch würden wir es begrüssen, wenn es börsenkotierten Unternehmen gestattet wäre, ein Ausweis auch in Euro oder in USD vorzunehmen. Für diese Unternehmen ist ein Vergleich mit der internationalen Konkurrenz nur so möglich.

Zumindest sieht der Vorentwurf bezüglich der Sprache, eine liberale Regelung vor. So kann die Rechnungslegung in einer der Landessprachen oder mit Rücksicht auf die international tätigen Unternehmen, auch in Englisch verfasst werden. Das Ziel ist dabei dasselbe. Letztendlich geht es um die Schaffung von Transparenz und Vergleichbarkeit. Die Abbildung der börsenkotierten Unternehmen in Euro bzw. USD würde diesem Ziel auch Rechnung tragen und sollte daher ebenfalls als Möglichkeit in das Gesetz aufgenommen werden.

Weiter sieht Abs. 3 vor, dass die verwendeten Umrechnungskurse im Anhang offen zu legen sind ohne dies weiter zu definieren. Im Hinblick auf grosse international tätige Unternehmen, sollte diese Bestimmung aber pragmatisch betrachtet werden und nicht den Ausweis sämtlicher und unwesentlicher Umrechnungskurse verlangen. Wir bitten daher, den Absatz insoweit zu ergänzen, dass lediglich die wesentlichen Kurse anzugeben sind.

- Art. 959 VE-OR Bilanz**

Mit Erstaunen haben wir den Begriff der „fiktiven Verbindlichkeiten“ in Art. 959 Abs. 4 Satz 2 zur Kenntnis genommen. Wir machen darauf aufmerksam, dass dieser Begriff im Bereich der Rechnungslegung artfremd ist. Zudem entsteht der Eindruck, dass eine bewusste Differenzierung zu dem Begriff der insoweit bekannten „Eventualverbindlichkeiten“ gemacht werden sollte, deren Sinn uns nicht ganz klar ist.

Wir gehen daher davon aus, dass lediglich ein Synonym für die bereits bekannten „Eventualverbindlichkeiten“ verwendet wurde. Die Forderung, dass fiktive Verpflichtungen nicht bilanziert werden dürfen, ist grundsätzlich richtig, die explizite Benennung im Gesetz halten wir aber für überflüssig. Die Definition der bilanzierungsfähigen Verbindlichkeiten im vorangehenden Satz legt insoweit hinreichend fest, welche als solche zu klassifizieren sind und welche nicht. „Fiktive Verbindlichkeiten“ können nach dieser Definition nicht unter diese subsumiert werden. Zudem lässt diese explizite Forderung auch eine gewisse Unsicherheit bezüglich der Frage aufkommen, ob auch nicht aufgelöste und nicht mehr benötigte Rückstellungen als solche zu qualifizieren sind. In diesem Fall würde die Bestimmung Neuland betreten und zu einer Abweichung der heutigen Praxis führen. Denn nach heutigem Recht, müssen Rückstellungen, die betriebswirtschaftlich nicht mehr notwendig sind, handelsrechtlich nicht unbedingt aufgelöst werden. Es stellt sich daher auch die Frage, ob hiervon nun bewusst abgewichen werden soll!?

Aus all diesen Gründen beantragen wir daher die Streichung dieses letzten Satzes, Art. 959 Abs. 4 Satz 2.

- **Art. 959 b VE-OR Erfolgsrechnung**

Diesbezüglich erlauben wir uns lediglich den Hinweis, dass die Begriffe der Produktions- und Absatzerfolgsrechnung aus dem industriellen Rechnungswesen stammen und insoweit die Branche der Finanzdienstleistungsunternehmen nicht widerspiegeln. Wir würden es daher begrüssen, wenn es bei der Verwendung der allgemeinen Begriffe des „Gesamtkostenverfahrens“ und des Umsatzkostenverfahrens bleiben würde.

- **Art. 959 c VE-OR Anhang**

Gemäss Art. 959c Abs. 2 Ziff. 3 sollen Firma, Rechtsform und Sitz der Unternehmen, an denen direkte oder indirekte Beteiligungen bestehen, im Anhang angegeben werden.

Wir haben grundsätzlich Verständnis für die Benennung der direkten Beteiligungen, vermitteln doch diese ein umfassendes Bild des Unternehmens. Wir halten jedoch die Forderung, auch indirekte Beteiligungen diesen Pflichtangaben zu unterwerfen, für völlig unverhältnismässig. Gerade grosse und international tätige Unternehmen halten eine Vielzahl von Beteiligungen und sind durch diese auch wieder indirekt an deren Beteiligungen beteiligt. Im Extremfall würde diese Bestimmung die Benennung sämtlicher Beteiligungen fordern, so unwe sentlich sie auch sein mögen. Dies kann aber nicht tatsächlich gewollt sein, steht dieser durchzuführende Aufwand in keinem Verhältnis zu den redundanten Informationen, die daraus gewonnen werden können. Wir beantragen daher die Streichung der „indirekten Beteiligungen“ in Ziff. 3.

Eventualiter beantragen wir zumindest eine Beschränkung auf solche, die wesentlich für das Unternehmen sind und durch die Benennung ein besseres Bild des Unternehmens vermitteln. Zu denken wäre hier an eine bestimmte anteilmässige Beteiligung an anderen Unternehmen. In diesem Zusammenhang erlauben wir uns daran zu erinnern, dass auch gemäss heute gültigem Art. 663 b einzig Beteiligungen, die für die Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft wesentlich sind, im Anhang auszuweisen sind.

Weiter gehören gemäss Art. 959 c Abs. 2 Nr. 8 die derivativen Finanzinstrumente, Abnahme und Lieferverpflichtungen sowie ähnliche Positionen, zu den Pflichtangaben des Anhangs. Zum einen stellen wir uns die Frage, welchen Erklärungsgehalt die Angaben zu den derivativen Finanzinstrumenten haben sollen. Zum anderen entsteht durch die gemeinsame Benennung der derivativen Finanzinstrumente und der Abnahme und Lieferverpflichtungen der Eindruck, dass letztere lediglich die derivativen Finanzinstrumente konkretisieren sollen. Da wir nicht davon ausgehen, dass dies im Sinne des Gesetzgebers war, regen wir an, für die „Abnahme und Lieferverpflichtungen“ eine eigene Ziffer innerhalb des Art. 959 c zu bilden.

Zuletzt können wir das Erfordernis der Bezeichnung der „aussergewöhnlichen Risiken“ nicht nachvollziehen, Art. 959 c Abs. 2 Ziff. 9. Liegen solche vor, so müssen bereits Rückstellungen gebildet werden und sind daher bereits in der Bilanz vorhanden. Ziff. 9 kann daher ersatzlos gestrichen werden.

- **Artikel 960 D VE-OR Bewertung**

Artikel 960 D geht vom Grundsatz aus, dass sämtliche Aktiven und Passiven einzeln bewertet werden müssen. Auch wenn dieser Ansatz auf den ersten Blick nachvollziehbar ist, so lässt er doch die Realität und pragmatische Ansätze völlig ausser Acht. Die Bestimmung in dieser absoluten Form zu belassen, lehnen wir daher ab. Vielmehr sind wir der Ansicht, dass auch weiterhin die Möglichkeit der Verrechnung von Mehr- und Minderwerten bestehen sollte. Wir begründen dies wie folgt:

Aus Sicht von grossen Unternehmen ist es sinnvoll, wenn weiterhin der pragmatische Ansatz der so genannten Gruppenbewertung durchgeführt und eine Verrechnung zwischen Mehr- und Minderwerten auf einzelnen Positionen durchgeführt werden kann. In diesem Fall müssen Abschreibungen nur dann erfolgen, wenn der Gesamtwert des Portefeuilles unter den Buchwert fällt. Sinn macht diese Vorgehensweise vor allem beim Umgang mit Beteiligungen. Werden beispielsweise grosse Beteiligungen bewertet, so werden mehrere Unternehmensschätzverfahren angewendet um schliesslich zu einem Wert der Beteiligung zu gelangen. Aufgrund der Vielzahl der Bewertungsverfahren ist es aber dennoch schwierig, einen konkreten Wert für die Beteiligungen festzulegen, da es einen Markt hierfür nicht gibt. Mit der von uns gewünschten Gruppenbewertung gleichen sich allfällige Abweichungen, die hier nicht zu vermeiden sind, auf Stufe des Gesamtportefeuilles dann wieder aus.

Wir beantragen daher die Bestimmung mit einer entsprechenden „Kann-Regelung“ zu ergänzen.

Weiter verwirrt Art. 960 D in Abs. 1 Ziff. 2, da hier ein allgemeiner Grundsatz der Rechnungslegung mit einer konkreten Aufnahme der „gewillkürten Reserven“ verbunden wird und zudem einen Widerspruch zu Art. 960a Abs. 1 Ziff. 4 geschaffen wird. Während nach 960 Abs. 1 Ziff. 2 keine gewillkürten Reserven gebildet werden dürfen, erlaubt es Art. 960 a Abs. 4 dann doch.

Um Missverständnissen entgegen zu wirken, schlagen wir vor, den Absatz 2 gänzlich zu streichen.

- **Art. 960 a VE-OR neu Aktiven**

Gemäss Art. 960 a Zlff 5 ist für die Aktiven vorgesehen, dass die Auflösung von nicht begründeten Abschreibungen und Wertberichtigungen im Gesamtbetrag in der Erfolgsrechnung oder im Anhang ausgewiesen werden müssen. Zum einen ist dies eine Verschärfung der heutigen Bestimmungen, die so nicht erklärbar ist. Zum anderen steht sie im Widerspruch zu Art. 960 e neu Abs. 4, der im direkten Vergleich, lediglich dann einen Ausweis fordert, wenn die neu gebildeten Rückstellungen niedriger als die Auflösungen ausfallen. Da wir nicht nachvollziehen können, warum bei den Aktiven anders verfahren werden soll als bei den Passiven, beantragen wir mit Nachdruck, dieses Nettoprinzip auch im Rahmen des Art. 960 a Abs. 1 Ziff. 5 anzuwenden.

- **Art. 960 b neu VE-OR Forderungen und Aktiven mit Börsenkurs**

Art. 960 b neu Abs. 2 Ziff. 2 sieht vor, dass Aktiva mit Börsenkurs am Bilanzstichtag zum Börsenkurs bewertet werden dürfen, wenn dieser über dem Anschaffungswert liegt. Dies soll jedoch nicht für Finanzanlagen gelten. Warum diese von dieser Vorschrift nicht erfasst werden sollen, leuchtet uns nicht ein. Zudem werden Finanzanlagen in Ziff. 3 explizit den dort

bezeichneten Aktiva gleichgesetzt, so dass die Differenzierung in Ziff. 3 sehr fragwürdig erscheint.

- **Art. 960 d neu VE-OR Anlagen**

Wir stellen fest, dass Art. 960 d neu keine Konkretisierung für Finanzanlagen enthält und die immateriellen Anlagen ebenso in Vergessenheit geraten sind. Dadurch stellt sich die Frage, unter welche Bestimmung die Unternehmen ihre Wertschriften zu subsumieren und damit zu bilanzieren haben. Handelt es sich hier um die in Art. 960 b bezeichneten „Finanzanlagen“ oder als Anlagen, erfasst unter Art. 960 d neu.

Insofern erlauben wir uns den Hinweis auf Art. 959 a, der eine entsprechende Differenzierung vornimmt, welche auch hier übernommen werden könnte. Zudem sollte eine genaue Abstimmung mit Art. 960 b erfolgen.

Weiter gelten gemäss Art. 960 d Beteiligungen dann als Anlage, wenn mindestens 20 Prozent der Stimmrechte gehalten werden und müssen dementsprechend ausgewiesen werden. Wir halten die Limite von 20 Prozent für zu tief und regen an, diese auf 50 Prozent anzuheben. Bei einer Limite von 20 Prozent werden viele Beteiligungen betroffen sein, welche von den Gesellschaften de facto nicht kontrolliert werden und demzufolge eine Informationsbeschaffung unmöglich ist. Zudem müssen Beteiligungen ab einem Anteil von 50 Prozent konsolidiert werden, so dass dann eine umfassende Informationsbeschaffung gewährleistet ist. Ein Verweis auf den Konzernabschluss würde hier genügen, ein doppelter Ausweis ist nicht unbedingt notwendig.

- **Art. 960 e neu VE-OR Verbindlichkeiten**

Diesbezüglich möchten wir lediglich auf unsere Ausführungen in Art. 960 a Ziff. 5 und den hier bestehenden Widerspruch verweisen.

- **Art. 960 f VE-OR Verhältnis zum Steuerrecht**

Dem Massgeblichkeitsprinzip, welches gemäss den Ausführungen zur Botschaft grundsätzlich auch weiterhin Bestand haben soll, wird mit der vorliegenden Regelung in keiner Weise Rechnung getragen. Gemäss dem Maßgeblichkeitsprinzip müssen die Grundsätze der ordnungsgemässen Buchführung auch für die Aufstellung der Steuerbilanz gelten. Kann künftig die Steuerbehörde Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen nachträglich in ihrem Sinne ändern, entspricht dies inhaltlich einer Umkehrung des Massgeblichkeitsprinzips. Darüber hinaus ist die steuerliche Beurteilung der geschäftsmässigen Begründetheit von Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen als Vorgabe für die handelsrechtliche Sicht (Interesse der Gesellschaft und der Aktionäre) nicht bei allen Gesellschaften geeignet. Nicht umsonst werden diese Positionen auch von den Revisionsgesellschaften geprüft. In der Versicherungs- und weiteren Branchen sind zusätzlich aufsichtsrechtliche Aspekte zu beachten (beispielsweise die Interessen der Versicherten, siehe unten). Es ist nicht angebracht, die bisherige Flexibilität aufzugeben, welche im konkreten Fall unterschiedliche Sichtweisen von Steuerrecht und Handelsrecht zulässt.

Die Bestimmung ist zudem aus grundsätzlichen gesellschaftsrechtlichen Überlegungen abzulehnen: Das OR regelt die aktienrechtliche Verantwortlichkeiten für die Jahresrechnung. Mit dem vorgeschlagenen Art. 960f werden diese Verantwortlichkeiten untergraben. Falls die handelsrechtlich verantwortlichen Organe Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen für notwendig halten, müssen dieselben handelsrechtlich gebildet werden können.

Durch den Art. 960f werden die Verantwortungsträger in ihrer Handlungsfähigkeit eingeschränkt, und die aktienrechtliche Verantwortlichkeit wird ausgehöhlt.

Die Norm ist bei grenzüberschreitenden Sachverhalten nicht umsetzbar. Bei internationalen Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz werden die ausländischen Betriebsstätten basierend auf den lokalen ausländischen Gesetzen besteuert. Viele ausländische Staaten kennen das Massgeblichkeitsprinzip nicht und legen den steuerbaren Erfolg der Betriebsstätte losgelöst vom Einzelabschluss fest. Falls in solchen Fällen im Ausland eine steuerrechtliche Aufrechnung erfolgt, kann dieselbe im Einzelabschluss oft nicht nachvollzogen werden. Eine Transportierung der steuerrechtlichen Korrektur in den Einzelabschluss ist in diesen Fällen nicht möglich.

Weiter fällt auf, dass sich Art. 960f und Art. 960e Abs. 4 widersprechen: Gemäss den heute herrschenden steuerrechtlichen Grundsätzen müssen nicht mehr benötigte Rückstellungen steuerrechtlich aufgelöst werden (erfolgswirksame Korrektur in der Steuerbilanz). Mit Art. 960f wird die steuerrechtliche Aufrechnung automatisch im Handelsrecht nachvollzogen. Dadurch kann die Situation von Art. 960e Abs. 4, wonach nicht mehr begründete Rückstellungen handelsrechtlich nicht aufgelöst werden müssen, gar nicht eintreten.

Aus rein steuerrechtlicher Sicht ist anzufügen, dass sich Art. 960f nicht dazu äussert, welche Steuerbehörde für die handelsrechtliche Korrektur massgeblich ist. Grosse Gesellschaften sind in etlichen Kantonen tätig und unterstehen neben dem Bund somit einer Vielzahl von Steuerhoheiten (Steuerbehörden). Nicht selten beurteilen die einzelnen Steuerhoheiten denselben Einzelabschluss unterschiedlich. Zwischen den einzelnen Veranlagungen desselben Abschlusses durch die unterschiedlichen Steuerbehörden können Jahre liegen.

Im Hinblick auf die Versicherungswirtschaft ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass die Unternehmungen sich in einem streng regulierten Umfeld bewegen. In diesem Zusammenhang ist auch Art. 26 des Versicherungsaufsichtsgesetzes zu erwähnen, wonach die aktienrechtlichen Vorschriften über die Bildung und Auflösung stiller Reserven für versicherungstechnische Rückstellungen nicht gelten.

Im Weiteren verlangt beispielsweise Art. 54 der Aufsichtsverordnung ausdrücklich, dass eine Versicherungsunternehmung ausreichende versicherungstechnische Rückstellungen aufweisen muss. Die Art und der Umfang der versicherungstechnischen Rückstellungen werden durch die Aufsichtsbehörden zwingend geregelt. Gemäss Art. 24 des Versicherungsaufsichtsgesetzes ist der verantwortliche Aktuar für die Umsetzung der entsprechenden Reservierungspolitik verantwortlich. Art. 86 des Versicherungsaufsichtsgesetzes hält denn auch fest, dass sich eine Gesellschaft strafbar macht, wenn sie die aufsichtsrechtlich vorgeschriebenen Rückstellungen nicht bildet. Der verantwortliche Aktuar ist bei der Verletzung der entsprechenden Pflichten gemäss Art. 87 Versicherungsaufsichtsgesetz mit Gefängnis oder Busse bis zu CHF 1'000'000 zu bestrafen. Vor dem Hintergrund der aufsichtsrechtlichen Konzeption des Regulators ist ein Primat des Steuerrechts über das Handelsrecht und das Versicherungsaufsichtsrecht in keiner Weise akzeptabel.

Aus den dargelegten Gründen ist festzuhalten, dass Art. 960f von der Versicherungswirtschaft mit Nachdruck entschieden abgelehnt wird.

- **Art. 961, Art. 961 a und 961 b E-OR Rechnungslegung für grosse Unternehmen**

Anknüpfungspunkt dieser Vorschrift ist, wer gemäss dem RevisionsG zu einer ordentlichen Revision verpflichtet ist. Sofern jedoch bereits ein Konzernbericht vorliegt, würden wir es begrüssen, wenn eine Vereinfachung dieser Anforderungen in Betracht gezogen werden würde. Der Informationsbedarf kann durch den Konzern bzw. Lagebericht erheblich abgedeckt werden. Das gleiche gilt bei Artikel 961 a und b.

- **Art. 962 VE-OR neu Abschluss nach Regelwert – Im Allgemeinen**

Art. 962 gebraucht zum einen den Begriff der „privaten Regelwerke“ und zum anderen lediglich den Begriff „Regelwerke“. Grundsätzlich gehen wir davon aus, dass mit "privaten Regelwerke" solche nach IASB und FASB gemeint sind und für den ansonsten verwendeten Begriff der „Regelwerke“ kein eigenständiger Anwendungsbereich vorgesehen ist. Wir beantragen daher eine redaktionelle Anpassung dieser Begrifflichkeiten.

- **Art. 963 VE-OR Konzernrechnung – Pflicht zur Erstellung**

Art. 963 erweitert die Pflicht zur Erstellung einer konsolidierten Jahresrechnung und knüpft dabei an die Kontrolle einer juristischen Person an. Es stellt sich daher die Frage, was bei einer Firmengruppe gilt, die von einer natürlichen Person gehalten wird und damit faktisch ebenso ein Konzern besteht. Auch hier besteht dieselbe Interessenlage, Transparenz müsste aber dann nicht gewahrt werden. Wir würden es daher begrüßen, wenn auch hier die wirtschaftliche Bedeutung der Unternehmen als Anknüpfungspunkt genommen werden würde. Auch die Botschaft betont immer wieder, dass dieser Gedanke die zentrale Änderung des Gesetzes sei.

Zudem möchten wir Kritik an dem erweiterten Anwendungsbereich des Art. 963 üben und dies unter dem Blickwinkel von Genossenschaften näher erläutern. So erweitert Art. 963 die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung auf alle rechnungslegungspflichtigen juristischen Personen, die andere Unternehmen, Vereine oder Stiftungen beherrschen. Die Bestimmung geht somit über die 7. EU-Richtlinien auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts (Richtlinie 83 / 349 / EWG des Rates von dem 13. Juni 1983)), welche (nur) für die Aktiengesellschaft, die Kommandit-AG und die GmbH gilt, hinaus.

Gemäss S. 114 des Begleitberichts zum VE übernimmt Art. 963 VE die Bestimmungen aus dem geltenden Aktienrecht (Art. 663e). Die wesentliche bisherige Voraussetzung – die einheitliche Leitung der in einer Gesellschaft zusammengefassten weiteren Gesellschaft(en) durch die Muttergesellschaft – wurde in Art. 963 VE aber nicht übernommen bzw. mit dem gemäss Begleitbrief einfacheren Kriterium der Kontrolle ersetzt (vgl. S. 115 Begleitbericht).

Nach bisheriger Lehre zum schweizerischen Konzernrecht genügte die blosse Beherrschungsmöglichkeit für sich allein nicht für das Vorliegen eines Konzerns. Sie muss als Mittel auch tatsächlich eingesetzt werden. Kein Konzern liegt vor, wenn die herrschende Gesellschaft ihren Hauptzweck in der reinen Verwaltung der Beteiligung(en) sieht, ohne dass aktiv in die interne Geschäftspolitik der abhängigen Gesellschaft eingegriffen wird. Demnach ist auch die Beschränkung auf die Ausübung der Aktionärsrechte ohne den Willen einer einheitlichen Leitung möglich. Die herrschende Gesellschaft ist dann in der Position eines normalen Aktionärs, dessen Entscheide sich vorwiegend auf die Eigentümerstellung im Gegensatz zu den Geschäftsführungsfunktionen beschränken.

Mit Art. 963 VE und gleichzeitiger Aufhebung der Legaldefinition von Art. 663e OR wird ein neuer Konzernbegriff eingeführt, der dem geltenden Genossenschaftsrecht nicht Rechnung trägt. Wir lehnen die mit Art. 963 VE angestrebte Vereinfachung bez. Konsolidierungspflicht für Genossenschaften aus folgenden Gründen ab:

1. Im Gegensatz zum Aktienrecht kennt das Genossenschaftsrecht für den Verwaltungsrat keine unentziehbaren und undelegierbaren Aufgaben. Das Gesetz sieht sogar vor, dass die gesamte Vertretung und Geschäftsführung einer Genossenschaft an Dritte übertragen werden kann. Dem Verwaltungsrat der Genossenschaft verbleibt in diesem Fall im

Wesentlichen (nur) die Überwachungs- und Informationspflicht gemäss Art. 902 Abs. 2 Ziff. 2 OR.

Demnach ist möglich, dass eine Genossenschaft 100 % der Aktien an einer Holding AG hält, die ihrerseits Beteiligungen hält und diese unter einheitlicher Leitung zusammenfasst. Die Genossenschaft hätte zwar die Möglichkeit, eine einheitliche Leitung durchzusetzen, sie darf sich aber auch auf das Halten der Beteiligung(en) beschränken und auf gewerbliche Tätigkeiten verzichten. Beschränkt sich die Genossenschaft auf das Halten von Beteiligungen hat gestützt auf Art. 663e OR und der bisherigen Lehre zum Konzernrecht die Holding AG und nicht die Genossenschaft die Stellung der Konzernmuttergesellschaft inne. Der Verwaltungsrat der Genossenschaft muss sich in diesem Fall aus Haftungsgründen auf die statutarischen Aufgaben der Genossenschaft und auf die Ausübung der Aktionärsrechte der Genossenschaft beschränken und darf sich nicht direkt oder indirekt in die an die Holding AG (oder eine Managementgesellschaft) delegierte Verwaltung und Geschäftsführung einmischen.

Wenn sich der neue Konzernbegriff gemäss Art. 963 VE durchsetzen sollte, würde in oben geschilderter Konstellation die Genossenschaft zur Konzernmuttergesellschaft und die Beschränkung des Verwaltungsrates auf die Wahrnehmung der Überwachungs- und Informationspflichten sowie der Aktionärsrechte verunmöglich. Zumindest wäre die heute mögliche klare Trennung der Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortlichkeiten der Organe im Konzern mit einer Genossenschaft als Hauptaktionärin in Frage gestellt.

2. Die Einführung der Konsolidierungspflicht für Genossenschaften, die keine operative Geschäftstätigkeiten ausüben, sondern sich auf das (direkte oder indirekte) Halten von Beteiligungen zur Erfüllung des Genossenschaftszwecks beschränken, wird dem Anspruch des VE, im Rechnungslegungsrecht differenzierende Anforderungen je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Unternehmens zu schaffen, nicht gerecht und ist unnötig. Dies gilt insbesondere für Genossenschaften, die weder Anteilsscheine noch eine Nachschusspflicht der Genossenschafter kennen. Art. 727 E OR und Art. 962 VE stellen die nötige Transparenz auf Stufe Genossenschaft ausreichend sicher und mit der Konsolidierung auf Stufe Holding AG wird die Information über die wirtschaftliche Lage der Unternehmensgruppe sichergestellt.

Aus diesen Gründen muss für die Konsolidierungspflicht für Genossenschaften in Art 963 VE zusätzlich die Voraussetzung der einheitlichen Leitung der Konzerngesellschaften (und damit der tatsächlichen Ausübung eines beherrschenden Einflusses) aufgenommen werden.

- **Art. 963 b VE-OR neu Konsolidierungskreis**

Art. 963 b listet insbesondere die Ausnahmen auf, unter deren Voraussetzungen, kontrollierte Unternehmen in die Konzernrechnung nicht aufgenommen werden müssen. Grundsätzlich können wir diese Ausnahmen akzeptieren, regen aber an, zusätzlich noch eine Ausnahme für „artfremde oder unwesentliche“ Unternehmen aufzunehmen. So kann es beispielsweise sein, dass eine Versicherung eine Versuchsstätte für Autogaragen hält, diese aber natürlich völlig unwesentlich für die das Versicherungsunternehmen selbst ist. Nach dem nun vorliegenden Art. 963 b müsste diese Versuchsstätte aber nun auch konsolidiert werden. Dass dies nicht tatsächlich gewollt sein kann muss nicht weiter ausgeführt werden. Wir schlagen daher vor, einen zusätzlichen Ausnahmetatbestand für „artfremde oder unwesentliche Unternehmen“ aufzunehmen.

Übergangsbestimmungen

- **Art. 5 VE-OR**

Art. 5 Abs. 4 bestimmt, dass bei der ersten und zweiten Anwendung der Vorschriften zur Rechnungslegung auf die Nennung der Zahlen der Vorjahre verzichtet werden kann. Dies erscheint uns nicht ganz logisch zu sein, ist es doch ein Einfaches, bei der zweiten Anwendung die Vorjahreszahlen zu nennen. Wir bitten um entsprechende Anpassung.

Zürich, 30. Mai 2006

Schweizer Verband der Raiffeisenbanken

Schreinerstrasse 6
9001 St. Gallen
Telefon 071 225 84 94
Telefax 071 225 88 05
www.raiffeisen.ch
law@raiffeisen.ch

**Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement**
Herrn Bundesrat Christoph Blocher
Bundeshaus West
3003 Bern

Legal & Compliance:
lic.iur. Franziska Schwizer - 071 225 87 65

St. Gallen, 19. Mai 2006

Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht, Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrter Herr Bundesrat Blocher
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht Stellung nehmen zu können.

Als genossenschaftsrechtlich organisierte Bankengruppe sind wir insbesondere von den Bestimmungen betroffen, die

- einerseits mittels Verweis im Genossenschaftsrecht auf das Aktienrecht auch für Genossenschaften anwendbar werden und
- andererseits Themen betreffen, welche auch im Genossenschaftsrecht behandelt werden, jedoch unterschiedlich geregelt sind.

Wir haben uns deshalb in unserer Stellungnahme insbesondere auf diese Themenkreise konzentriert.

Zusammenfassung

Die Raiffeisen Gruppe lehnt die Revisionsvorschläge, soweit genossenschaftsrechtliche Regelungen betroffen sind, ab:

1. **Verbesserung Corporate Governance / Offenlegung der Vergütungen an die Organe**
Sowohl die Erweiterung der Offenlegungspflichten als auch die Einführung der Informationsrechte für Genossenschaften lehnen wir entschieden ab, weil
 - sich die Anforderungen von denen der Aktiengesellschaft wesentlich unterscheiden;
 - die gesellschafts- und sozialpolitischen Konsequenzen insbesondere in den ländlichen Gebieten nicht berücksichtigt werden;
 - die genossenschaftlich organisierten Banken im Vergleich zu anderen Marktteilnehmern gravierend benachteiligt würden.
2. **Neuregelung der Kapitalstrukturen**
Der Verweis auf das Aktienrecht in Art. 874 Abs. 2 OR soll gestrichen werden, da er in der neuen Form dem Grundsatz der offenen (genossenschaftlichen) Gesellschaft entgegensteht.

Die Aktualisierung der Regelungen der Generalversammlung soll auch für Genossenschaften eingeführt werden, da sich die Generalversammlungen von Genossenschaften in der Praxis nicht von denjenigen der Aktiengesellschaften unterscheiden.

Neuregelung der Rechnungslegung; kaufmännische Buchführung; Aufbewahrungspflicht:
Diese Neuregelung dient nicht der Rechtssicherheit, die bestehende unklare Regelung wird durch eine neue unklare Regelung ersetzt.

Kaufmännische Buchführung; Abschluss nach Regelwerk:
Die Einflussmöglichkeit von lediglich 10 % des Grundkapitals ist zu stark; zudem soll die Wahl des Regelwerkes beim Unternehmen verbleiben.

Vorbemerkung: Fragen des Genossenschaftsrechtes

Soweit genossenschaftsrechtliche Regelungen betroffen sind, lehnen wir die Revisionsvorschläge aus grundsätzlichen Überlegungen ab. Die unbesehene Übertragung einzelner Bestimmungen des Aktienrechts ins Genossenschaftsrecht erscheint uns zu kurzsichtig. Eine Aktiengesellschaft kann nur in sehr beschränkten Fragestellungen mit einer Genossenschaft verglichen werden, weshalb uns dieser Teil der Revision zu weit geht.

Ausnahme bildet die Durchführung der elektronischen Generalversammlung, welche im Entwurf gerade nicht auf die genossenschaftliche Generalversammlung ausgedehnt wird, aber unseres Erachtens auch dort einzuführen wäre.

Zu den einzelnen Revisionsthemen

1 Verbesserung Corporate Governance / Offenlegung der Vergütungen an die Organe

Mit der laufenden OR-Revision „Transparenz von Vergütungen“ wurde das Thema der Offenlegungspflicht von Vergütungen an die Organe bei börsenkotierten Aktiengesellschaften aufgenommen. In diesem Sinne ist eine erhöhte Transparenz für Publikumsgesellschaften, soweit diese nicht an der SWX kotiert sind, bereits in Arbeit. Für an der SWX kotierte Publikumsgesellschaften gilt bereits heute die Corporate-Governance-Richtlinie SWX, welche zur Offenlegung der Managementbezüge verpflichtet.

In der vorliegenden Revision geht der Gesetzgeber noch einen Schritt weiter und erweitert die Transparenz auf nicht börsenkotierte Aktiengesellschaften, indem die Aktionäre ein Informationsrecht erhalten, unter welchem Sie die Offenlegung im Einzelfall verlangen können, resp. gar eine aktive Informationspflicht der Gesellschaft statuiert wird.

Gleichzeitig werden die Genossenschaften in diese Bestimmungen miteinbezogen, und zwar

- für Genossenschaften mit mehr als 2000 Mitgliedern mit der Offenlegungspflicht analog den Publikumsgesellschaften und
- für Genossenschaften mit weniger als 2000 Mitgliedern mit den Informationsrechten analog den privaten Aktiengesellschaften.

Aus den nachstehenden Gründen lehnen wir sowohl die Erweiterung der Offenlegungspflicht als auch die Einführung der Informationsrechte für Genossenschaften ab.

a) Unterscheidung Genossenschaften / Aktiengesellschaften

Die Anwendung der aktienrechtlichen Offenlegungspflicht bzw. des Informationsrechtes auf das Genossenschaftsrecht erscheint uns abwegig. Schon die Ausrichtung dieser beiden Gesellschaftsformen ist in keiner Weise vergleichbar.

Die **Aktiengesellschaften** sind als Kapitalgesellschaften in erster Linie der Erzielung und Verteilung von Gewinnen (shareholder value) verpflichtet. Durch das Halten von grossen Aktienpaketen können einzelne Aktionäre starken Einfluss auf eine Aktiengesellschaft gewinnen und Aktionäre mit kleinen Aktienpaketen können wenig oder keinen Einfluss ausüben; dies selbst dann nicht, wenn sie sich mit anderen Kleinaktionären zusammentun. Zudem besteht bei Aktiengesellschaften eine – für die vorliegenden Diskussionspunkte sehr bedeutende – Praxis, ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit Aktien des eigenen Unternehmens zu entlönen.

Die **Genossenschaften** als personenbezogene Gesellschaften verfolgen in erster Linie den Zweck der unmittelbaren Förderung wirtschaftlicher Interessen in gemeinsamer Selbsthilfe. Zudem sind die folgenden wesentlichen Merkmale zu erwähnen, welche sie klar von den Aktiengesellschaften unterscheidet:

- Die persönliche Beziehung zwischen dem Genossenschafter und der Genossenschaft steht im Vordergrund, diese basiert auf einem umfassenden Vertrauensverhältnis, welches beispielsweise – wie in der Raiffeisen Gruppe – in einer beschränkten Nachschusspflicht zum Ausdruck kommt.
- Ein Genossenschaftsanteil kann nicht ohne weiteres auf eine andere Person übertragen werden, dazu braucht es im Normalfall vorgängig einen Aufnahmebeschluss (Art. 849 OR).
- Das Genossenschaftsrecht beinhaltet in Art. 853 OR die – bei den Raiffeisenbanken eingeführte – Möglichkeit, die Genossenschaftsanteile pro Genossenschafter mittels Statuten auf eine Höchstzahl zu beschränken.
- Das Stimmrecht bei Genossenschaften in Art. 885 OR wird auf eine Stimme pro Genossenschafter festgesetzt, unabhängig von den gehaltenen Anteilen.
- Die Haftung des Genossenschafter bleibt unter bestimmten Umständen über den Zeitpunkt des Austrittes hinaus bestehen.
- Die Möglichkeit, ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit Anteilsscheinen des eigenen Unternehmens zu entlönen, steht Genossenschaften nicht offen.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen deutlich, dass das Verhältnis zwischen Genossenschafter und Genossenschaft in keiner Weise mit dem Verhältnis zwischen Aktionär und Aktiengesellschaft verglichen werden kann. Die Sozialkontrolle in der Genossenschaft ist aufgrund der starken Bindung der Genossenschafter zur „ihrer“ Genossenschaft bedeutend grösser. Auch das genossenschaftliche Gedankengut verhindert die Gefahr der Ausrichtung von überhöhten Bezügen an die Organe.

Deshalb unterscheiden sich auch die Anforderungen an die Informationsrechte und Offenlegungspflichten grundlegend von denen der Aktiengesellschaft.

b) Die Raiffeisen Gruppe als genossenschaftlich organisierte Bankengruppe

Gerade in der Raiffeisen Gruppe, welche durch die Verankerung der einzelnen Raiffeisenbanken in den ländlichen Regionen eine starke Beziehung zu den Mitgliedern pflegt, ist die Einführung von Informationsrechten oder einer Offenlegungspflicht der Managementbezüge nicht vorstellbar und aus gesellschafts- und sozialpolitischen Überlegungen geradezu paradox. Die Offenlegung führt zu Diskussionen in den kleinräumigen Einzugsgebieten der einzelnen Banken. Dies war mit Sicherheit nicht die von der Aktienrechtsrevision beabsichtigte Intention. Solche Diskussionen führen erfahrungsgemäss zu keinen nutzenbringenden Resultaten, können aber für die Betroffenen und ihre Angehörigen mit sehr unangenehmen Folgen verbunden sein.

Bei einer Offenlegung der Bezüge von Bankleitung und Verwaltungsrat, von der gegen 300 (Tendenz steigend) der insgesamt 420 Raiffeisenbanken betroffen wären, weil sie mehr als 2000 Mitglieder zählen, besteht die Gefahr, dass diese Offenlegung zu sozialer Unzufriedenheit in der Region führt. Aber auch die übrigen rund 100 Banken müssten gewärtigen, dass an den Generalversammlungen ein Genossenschafter von seinem Informationsrecht Gebrauch machen wird. Die gesellschaftlichen und sozialpolitischen Konsequenzen unterscheiden sich nicht, unabhängig davon, ob das Auskunftsrecht oder die Offenlegungspflicht zur Anwendung kommt.

Dies hätte zur Folge, dass

- bei einem Durchschnitt von 5 bis 6 Verwaltungsräten pro Bank insgesamt gegen **2500 Verwaltungsräte** der Raiffeisen Gruppe ihre Bezüge offen legen müssten und
- in den Bankleitungen noch einmal **420 Vorsitzende der Bankleitung bzw. Bankleiter** ihre Bezüge offen zu legen hätten.

Insgesamt müssten somit gegen 3000 Personen (!) der Raiffeisen Gruppe in der Schweiz ihre Bezüge offen legen; Personen, die vorwiegend in ländlichen Gegenden leben und arbeiten, in welchen sie sich mit ihren Freunden und Bekannten aus beruflichen Engagements und Freizeitaktivitäten somit gezwungenermassen über die Höhe ihres Gehaltes unterhalten müssten. Dieses Thema würde mit Bestimmtheit über die Generalversammlung hinaus in die weiteren beruflichen und freizeitlichen Aktivitäten der Betroffenen getragen. Und es ist nicht auszuschliessen, dass plötzlich auch deren Kinder in der Schule mit dem Thema konfrontiert wären. Neid und Missgunst, aber auch Hilflosigkeit und Beschämung wären die Folgen.

Ganz abgesehen von den Begehrlichkeiten, die aufgrund der Offenlegung in der Bevölkerung geweckt würden, ist es die Pflicht des Gesetzgebers und verlangt es die in Art. 328 des Obligationenrechts verankerte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, das soziale Umfeld der Bankleiter und Verwaltungsratspräsidenten, und insbesondere ihre Persönlichkeit und ihre Familien, zu schützen. Wie sollen sich die Betroffenen in Vereinen und Gemeinschaften, in denen sie Zeit ihres Lebens eingebunden waren, zukünftig verhalten? Jeder in ihrem Umfeld würde ihren Lohn und somit ihre finanziellen Möglichkeiten kennen, die Betroffenen andererseits aber hätten kein – gesetzlich verankertes – Recht, gleiche Informationen über ihre Freunde und Bekannten zu erhalten.

In der genossenschaftlich organisierten Bankengruppe von Raiffeisen werden keine Bezüge ausbezahlt, die im Fokus der vorliegenden Auskunftsrechte resp. Offenlegungspflichten stehen. Ein paar Zahlen (vertraulich) mögen aufzeigen, dass nicht die Höhe der Entschädigungen als Grund für unsere Ablehnung gegenüber dieser Gesetzesänderung entscheidend ist:

- Im Durchschnitt liegen die Bezüge über alle Banken gesamtschweizerisch bei etwa CHF 160'000 pro Jahr für das Mitglied in der Bankleitung mit dem höchsten Bezug.
- Für Verwaltungsräte von Raiffeisenbanken ist es nicht üblich, einen Lohn zu beziehen. Vielmehr erhalten sie lediglich eine Spesen- und Sitzungsentschädigung für die Ausübung ihres Amtes. Entsprechend liegt der durchschnittliche Bezug eines Verwaltungsratspräsidenten gesamtschweizerisch bei etwa CHF 30'000 pro Jahr.

Es ist im Zusammenhang mit den vorstehenden Zahlen auch festzuhalten, dass ungebührlich hohe Bezüge des obersten Managements und der Verwaltungsräte in den Grössenverhältnissen, wie sie bei den Raiffeisenbanken anzutreffen sind, bereits in der aktuell gültigen und transparenten Jahresrechnung auffallen würden. Dies allein gibt den Genossenschaftern die Sicherheit, dass kein Missbrauch betrieben werden kann.

Entsprechend sind keine weiteren Schutzmassnahmen für Genossenschaften notwendig.

Abschliessend möchten wir darauf hinweisen, dass die Ungleichbehandlung der verschiedenen – in etwa gleich grossen – Banken in den entsprechenden ländlichen Regionen zu einer offensichtlichen Benachteiligung der Raiffeisen Gruppe im Markt führen würde. Weder die regionalen Filialen der Grossbanken noch die Filialen der Kantonalbanken und schon gar nicht die Privatbanken werden zu einer analogen Offenlegung verpflichtet: Die einen, weil sie ein Filialsystem betreiben und entsprechend nur die Organe der Gesamtgesellschaft zur Offenlegung verpflichtet werden (z.B. Kantonalbanken, Grossbanken); die anderen, weil sie aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Struktur (meist Kollektivgesellschaften) von der Offenlegungspflicht nicht miteinbezogen werden.

Dies führt unseres Erachtens insbesondere zu den zwei folgenden gravierenden Nachteilen, mit denen sich die Raiffeisen Gruppe konfrontiert sähe:

1. Es wird schwierig sein, zukünftig Verwaltungsräte und Bankleitungsmitglieder für Raiffeisenbanken zu rekrutieren, da sich niemand mehr freiwillig in dieser Art und Weise exponieren wird. Vielmehr müsste mit einer grossen Zahl von Rücktritten und Kündigungen gerechnet werden. Dies kann nicht die Absicht der Aktienrechtsrevision in der vorliegenden Form sein.

2. Die Genossenschafter hätten trotz Offenlegung der Managementbezüge keine Vergleichsmöglichkeit in der Branche, weil die anderen Banken in der Region als Filialen von Gross- und Kantonallbanken bzw. als Privatbanken dieser Offenlegungspflicht nicht unterworfen sind. Damit ist eine Beurteilung der Genossenschafter über die Angemessenheit der Bezüge faktisch gar nicht möglich.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Schutz des Aktionärs einer Grossunternehmung vor einem allfällig überrissenen Lohnbezug des VRP oder CEO in keiner Art und Weise vergleichbar ist mit der Situation eines Genossenschafters gegenüber dem nebenamtlichen VRP oder „seinem“ Bankleiter der ländlich geprägten Raiffeisenbank.

c) **Privatrechtliche Aktiengesellschaften**

Das Schutzbedürfnis der Aktionäre in privaten Aktiengesellschaften ist nicht zu vergleichen mit demjenigen in Publikumsgesellschaften. Zum einen ist der Einfluss einzelner Aktionäre bei den privaten Aktiengesellschaften wesentlich grösser, zum anderen sind sich Aktionäre bewusst, dass der Schutz des investierten Kapitals nicht gleich hoch ist wie bei Publikumsgesellschaften.

In diesem Sinne sollte weiterhin an die Eigenverantwortung der Aktionäre bei ihren Investitionsentscheiden appelliert und nicht mittels Verschärfung der Gesetzesbestimmungen zusätzlicher, aber unnötiger Schutz geboten werden.

2 Neuregelung der Kapitalstrukturen; Kapitalband / Kapitalherauf- und -herabsetzung

Die Anwendung der Kapitalherabsetzungsbestimmungen des Aktienrechts auf das Genossenschaftsrecht mittels Verweis in Art. 874 Abs. 2 OR ist von der Neuregelung der Kapitalstrukturen ebenfalls betroffen.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, inwieweit dieser Verweis unter der Neuregelung noch bestehen bleiben soll und kann. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass die Kapitalheraufsetzung sowie das Kapitalband in der Genossenschaft keine Anwendung finden dürfen, da andernfalls der Grundsatz der offenen Gesellschaft (freie Ein- und Austritte, variables Genossenschaftskapital) indirekt aufgehoben würde.

Damit ginge ein wesentliches Merkmal der Genossenschaft verloren, weshalb wir diesen Verweis als unsinnig erachten und der unseres Erachtens gestrichen werden müsste.

3 Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung

Wir begrüssen die Möglichkeit, zukünftig elektronische Kommunikationsmittel für die Vorbereitung und Durchführung der Generalversammlung einzusetzen zu können. Wir sind der Meinung, dass diese neuen Bestimmungen auch für die Genossenschaften bzw. die Generalversammlungen von Genossenschaften anwendbar erklärt werden müssen, da sich die Durchführung von Generalversammlungen von Genossenschaften in der Praxis nicht von denjenigen von Aktiengesellschaften unterscheidet.

4 Neuregelung der Rechnungslegung; kaufmännische Buchführung; Aufbewahrungspflicht

In Art. 962 OR wird die Aufbewahrungspflicht von Geschäftsbüchern, Geschäftskorrespondenz und Buchungsbelegen geregelt. Nun soll diese Regelung, welche auch in der Vergangenheit viele Fragen aufgeworfen und viele Unklarheiten in sich geborgen hat, durch eine neue Regelung ersetzt werden. Die neue Regelung hält fest, dass lediglich die Buchungsbelege aufzubewahren sind, wobei als Buchungsbelege all diejenigen Schriftstücke zu verstehen sind, welche notwendig sind, den einer Buchung zugrunde liegenden Geschäftsvorfall oder Sachverhalt nachzuvollziehen.

Unseres Erachtens wird mit dieser Neuregelung weder eine bis anhin nicht vorhandene Rechtssicherheit geschaffen, noch bringt sie für die Aufbewahrungspflicht eine Erleichterung. Vielmehr wird eine bestehende unklare Regelung durch eine neue unklare Regelung ersetzt. Zudem wird mit dem Wegfall der Pflicht zur Aufbewahrung der Geschäftskorrespondenz aus Sicht der Beweispflicht eine fragwürdige Regelung getroffen.

Wir schlagen vor, entweder die bestehende Regelung beizubehalten oder eine neue Regelung zu formulieren, welche abschliessend festhält, was aus Gründen der Buchführung ebenso wie der Beweisbarkeit aufzubewahren ist.

5 Die kaufmännische Buchführung; Abschluss nach Regelwerk

Gemäss Art. 962 Abs. 2 OR soll neu die Möglichkeit geschaffen werden, dass Vertreter von 10 % des Grundkapitals einen Abschluss nach einem Regelwerk verlangen können. Zum einen erscheint uns das Erfordernis von lediglich 10 % des Grundkapitals zu tief, hier wird eine zu kleine Minderheit zu stark geschützt. Zum anderen ist keine Einschränkung vorgesehen, dass die Unternehmung selber die Art des Regelwerkes bestimmt. Damit ist es Vertretern von lediglich 10 % des Grundkapitals möglich, beispielsweise für ein rein schweizerisches Unternehmen einen Abschluss nach US-GAAP zu verlangen. Dieser Misstand muss durch eine klare Einschränkung oder noch besser durch die Streichung von Abs. 2 behoben werden.

Für die wohlwollende Prüfung unserer Ausführungen danken wir Ihnen im voraus bestens. Für Fragen oder ergänzende Informationen steht Ihnen Franziska Schwizer (Tel. 071 225 87 65 / franziska.schwizer@raiffeisen.ch) gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Schweizer Verband der Raiffeisenbanken

Roland Schaub
Leiter Legal & Compliance

Franziska Schwizer
Leiterin Compliance

Schweizerischer
Gemeindeverband

Association des
Communes Suisses

Associazione dei
Comuni Svizzeri

Associazion da las
Vischnancas Svizras

3322 Urtenen-Schönbühl
Postfach
Solothurnstrasse 22
Tel. 031 858 31 16
Fax 031 858 31 15
MWST-Nr. 344 307

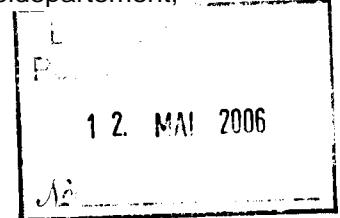
Eidgenössisches
Amt für das Handelsregister

=i 15. MAI 2006

No.

Jedg. Justiz- und Polizeidepartement,

undeshaus
003 Bern



12. MAI 2006

plus an: ehra@bj.admin.ch
mit Stichwort «Aktienrechtsrevision»

Urtenen-Schönbühl, 10.5.2006 rug

Vernehmlassung: Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts

im Obligationenrecht

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben den Schweizerischen Gemeindeverband mit Schreiben vom 7. Dezember 2005 zu obgenannter Vernehmlassung eingeladen, wofür wir Ihnen bestens danken.

Zu den uns zugestellten Unterlagen haben wir aus der Sicht der Gemeinden keine Bemerkungen anzubringen.

Wir bitten Sie um Kenntnisnahme und verbleiben

mit freundlichen Grüßen

SCHWEIZERISCHER GEMEINDEVERBAND

Der Direktor:

Sigisbert Lutz



Herr
Bundesrat
Christoph Blocher
Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
3003 Bern

Bern, 26. Mai 2006
N:\Benutzer\bebs\V\N\Revision OR

Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Der durch das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement ausgearbeitete Vorentwurf verdient grundsätzlich Zustimmung. Den vier Hauptzielen (Verbesserung der Corporate Governance, Neuregelung der Kapitalstrukturen, Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung, Neuregelung der Rechnungslegung) wird im Vorentwurf angemessen Rechnung getragen. Der Vorentwurf wird einerseits den Anliegen des Wirtschaftsstandorts Schweiz gerecht und geht andererseits auch bezüglich der Stärkung der Stellung der Aktionärinnen und Aktionäre in die richtige Richtung.

Bemerkungen zu ausgewählten Hauptzielen

Corporate Governance

Das Recht auf Auskunft über die Höhe der Vergütungen des obersten Managements ist ein zentrales Element moderner Corporate Governance und trägt auch der gesellschaftlichen Bedeutung dieses Themas Rechnung. Dass die Offenlegungspflicht nun auch auf nicht kotierte Unternehmungen ausgeweitet werden soll, ist nur konsequent und unterstützt auch entsprechende Bestrebungen im Bereich der öffentlichen Unternehmungen, die überwiegend ebenfalls nicht börsenkotiert sind, deren Umgang mit der Entschädigung des Verwaltungsrats und der obersten Kader indessen nicht zuletzt politisch von hoher Brisanz ist.

Ein gewisser Erklärungsbedarf löst die vorgesehene Limitierung der Haftung der Revisionsstelle aus. Namentlich aus grundsätzlichen bzw. präjudiziellen Gründen erscheint fragwürdig, eine solche, für das schweizerische Haftungsrecht eher singuläre Haftungsbeschränkung einzuführen, solange diese bloss durch faktische Umstände begründet ist. Zwar ist dem Anliegen, die Haftung des Verwaltungsrats und der geschäftsführenden Organe nicht allein aus Solvenzgründen auf die Revisionsstellen abschieben zu können, Verständnis entgegenzubringen, doch sollten die

grundsätzlichen Auswirkungen für die Systematik des Haftungsrechts zumindest sorgfältig geprüft werden.

Neuregelung der Kapitalstrukturen

Auch hier sind die vorgeschlagenen Neuerungen zu begrüßen, so insbesondere die Abschaffung des Depotstimmrechts. Der Verzicht auf die Festsetzung eines Mindestnennwerts erhöht die Handelbarkeit der Aktien.

Die Abschaffung der Inhaberaktie macht Sinn, nicht nur ihrer abnehmenden Bedeutung wegen, sondern auch aus Gründen der Rechtssicherheit und Transparenz.

Durch das „Kapitalband“ verfügt der Verwaltungsrat über ein Instrument, um flexibel auf wirtschaftliche Gegebenheiten reagieren zu können, wobei die Generalversammlung diesen Handlungsspielraum auch wieder beschränken kann, was wiederum als Sicherheitsventil seitens des Aktionärs zu begrüßen ist.

Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung

Dieser Themenbereich wird mit der üblichen Kritik im Bereich der elektronischen Kommunikation zu kämpfen haben (Stichworte: Sicherheit, Beweisbarkeit, Kontrolle), ist jedoch grundsätzlich zu begrüßen, zumal diese Kommunikationsform von der Zustimmung der Aktionärinnen und Aktionäre abhängig ist. Die Möglichkeit des E-Voting ist zu begrüßen.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der präsentierte Vorentwurf seinen Hauptzielen in zeitgemässer Art und Weise gerecht wird. Transparente Unternehmensstrukturen, welche durch den Vorentwurf zweifelsohne angestrebt werden, sind aus wirtschaftlicher, aber auch aus ethischer Sicht auf Seiten des Aktionariats sowie auch der Unternehmung für eine funktionierende Wirtschaft unabdingbar. Zudem helfen transparente Unternehmensstrukturen auch die Gefahr der Strafbarkeit von Unternehmen (Artikel 100^{quater} und 100^{quinquies} StGB) zu minimieren. Wie praktikabel die vorgeschlagenen Neuerungen sind, wird sich erst in der Zukunft zeigen können.

Bedauerlich ist, dass der Begleitbericht zum Vorentwurf in sprachlicher Hinsicht konsequent auch Frauen anspricht, im vorgeschlagenen Gesetzestext jedoch nach alter Sitte ausschliesslich von „Aktionär“, „Partizipanten“ und „Arbeitnehmern“ die Rede ist.

Wir danken Ihnen für Ihre Kenntnisnahme und die Aufnahme unserer Anliegen.

Mit freundlichen Grüßen

SCHWEIZERISCHER STÄDTEVERBAND
Präsident Direktor

Dr. Marcel Guignard Dr. U. Geissmann
Stadtpräsident Aarau

Mail to ehra@bi-admin.ch

Kopie Schweizerischer Gemeindeverband, Schönbühl

Herrn
Bunderat Ch. Blocher
Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
3003 Bern

Zürich, 15. Juni 2006

Nordstrasse 15
Postfach
CH-8035 Zürich
Telefon ++41 44 368 17 20
Fax ++41 44 368 17 21
beat.moser@sgci.ch
www.sgci.ch

**Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht
Stellungnahme von SGCI Chemie Pharma Schweiz**

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Im Dezember 2005 hat der Bundesrat den Vorentwurf für ein revidiertes Aktien- und Rechnungslegungsrecht (im Folgenden „VE“ genannt) in Vernehmlassung gegeben. Gerne nehmen wir dazu wie folgt Stellung:

1. Vorbemerkung

Als zentrale Zielsetzungen des VE werden im Begleitbericht die Verbesserung der *Corporate Governance*, die Neuregelung der Kapitalstrukturen, die Aktualisierung der Bestimmungen über die Generalversammlung sowie eine Neuregelung der Rechnungslegung angegeben. Der Begleitbericht begründet das Revisionsprojekt mit dem seit der letzten Aktienrechtsrevision im Jahre 1991 veränderten Umfeld in Wirtschaft und Politik, das von zunehmender Internationalität und Dynamik geprägt sei, sowie mit einem neueren Unternehmensverständnis, das Gesichtspunkte des *Shareholder Value* und der *Corporate Governance* stärker gewichte.

Die genannten Themen sind für Wirtschaft und Gesellschaft zweifellos von grosser Bedeutung, und in der Tat rechtfertigen die Entwicklungen in den vergangenen 15 Jahren gewisse Anpassungen des schweizerischen Gesellschaftsrechts. Es sei aber an dieser Stelle auch darauf hingewiesen, dass sich die Schweizer Publikumsgesellschaften auf dem internationalen Kapitalmarkt ausserordentlich gut haben behaupten können. Im Jahre 1985 befand sich nur eine Schweizer Gesellschaft unter den grössten 10 Gesellschaften des *MSCI Europe* (ex *UK Index*) mit einem Anteil von 1,7 %, während es 2005 vier Gesellschaften mit einem Anteil von 10,36 % waren.¹ Dies zeigt, dass die Schweizer Publikumsgesellschaften auf dem internationalen Kapitalmarkt ein hohes Ansehen geniessen und nach Ansicht internationaler Investoren den *Shareholder Value*-Gedanken erfolgreich umsetzen und den Grundsätzen einer guten Unternehmensführung gerecht werden.

¹ Fidelity Investment Ltd., in NZZ 2005, Nr. 295, S. 31.

Diese günstige Ausgangslage der Schweizer Publikumsgesellschaften, die im Begleitbericht keine Erwähnung findet, ist bei der Beurteilung des Revisionsvorhabens im Auge zu behalten. Zu beachten ist bei der Würdigung der Revisionsvorschläge auch, dass die Publikumsgesellschaften aufgrund der in- und ausländischen Finanzmarkt- und Börsenvorschriften sowie der Erwartungen der Investorenengemeinde bereits heute unter starkem Druck stehen, Transparenz herzustellen und die Standards der *Good Corporate Governance* einzuhalten. Dieses Umfeld und die jeweils vorherrschenden Standards sind von grosser Dynamik geprägt. Es ist deshalb zu vermeiden, dass den schweizerischen Publikumsgesellschaften durch zu detaillierte gesetzliche Regelungen unnötige Schranken auferlegt werden. Wie zu zeigen sein wird, gehen die Revisionsvorschläge gerade vor diesem Hintergrund teilweise zu weit und reflektieren eher politische Postulate als die Leitideen von *Shareholder Value* und *Good Corporate Governance*.

Die Gestaltungsmöglichkeiten der Gesellschaften – und damit ja auch der Aktionärinnen und Aktionäre – werden zum Teil massiv beschnitten, indem zusätzliche Punkte einer gesetzlichen Regelung zugeführt und damit dem Entscheid der Gesellschaftsorgane, insbesondere der Generalversammlung, entzogen werden.

2. Allgemeine Beurteilung des Vorentwurfs

Aus Sicht der chemischen und pharmazeutischen Industrie ist der VE grundsätzlich positiv zu werten; er bringt zahlreiche willkommene Modernisierungsvorschläge. So steht SGCI Chemie Pharma Schweiz insbesondere den Vorschlägen zum Kapitalband, zum Verzicht auf einen Mindestnennwert, zum Partizipationskapital sowie zu der vorgeschlagenen Neuregelung der Generalversammlung sehr positiv gegenüber. Diese Punkte werden in der Stellungnahme nicht mehr kommentiert, da sie aus unserer Sicht eher technisch-organisatorischer Natur und weitgehend unproblematisch sind.

In zahlreichen Punkten geht der VE nach unserer Auffassung aber zu weit und schränkt den Spielraum der Gesellschaften zum Teil unnötigerweise ein. SGCI Chemie Pharma Schweiz steht deshalb dem VE in wesentlichen Punkten skeptisch bis ablehnend gegenüber. Dies betrifft insbesondere die Vorschläge für die Abschaffung der Inhaberaktien, die Festlegung der Amtsduer für Verwaltungsräte, die Ausweitung der Auskunfts-, Einberufungs- und Traktandierungsrechte, die Revisionsvorschläge im Bereich der institutionellen Stimmrechtsvertretung sowie die Ausdehnung der Rückerstattungspflicht gemäss Art. 678 OR.

Im Folgenden werden diejenigen Revisionspunkte detaillierter kommentiert, welche *Corporate Governance*-Themen betreffen, und denen wir skeptisch gegenüber stehen. Dabei geht es SGCI Chemie Pharma Schweiz darum, ihre Sicht in die *Corporate Governance*-Debatte einzubringen und insbesondere auf die praktischen Folgen der Vorschläge hinzuweisen. Wo sinnvoll, werden auch Alternativvorschläge unterbreitet. Nicht kommentiert wird an dieser Stelle das im selben VE vorgelegte Projekt für ein neues Rechnungslegungsrecht. Dieses ist zwar ebenfalls von grosser Bedeutung für die schweizerischen Unternehmen, für die Beurteilung der darin vorgeschlagenen Änderungen verweisen wir auf die Stellungnahme der Industrie-Holding.

3. Stellungnahme zu einzelnen Revisionspunkten im Bereich der *Corporate Governance*

3.1 Auskunfts- und Einsichtsrecht der Aktionäre (Art. 697 ff. VE)

Mit Art. 697 VE soll das Auskunfts- und Einsichtsrecht der Aktionärinnen und Aktionäre gestärkt werden. Dies ist grundsätzlich positiv zu würdigen. Die vorgeschlagene Regelung ist für Publikumsgesellschaften jedoch unpraktikabel und angesichts der bestehenden börsenrechtlichen Publizitätspflichten unnötig.

Das im VE vorgeschlagene Auskunftsrecht der Aktionäre geht deutlich weiter als der *Expertenbericht der Arbeitsgruppe „Corporate Governance“ zur Teilrevision des Aktienrechts von BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET*. Gemäss diesem Vorschlag hat die Gesellschaft die Wahl, schriftliche Begehren um Auskunft entweder mit der Einberufung der Generalversammlung schriftlich zu beantworten oder die verlangte Auskunft zu Beginn der Generalversammlung aufzulegen. Ein ganzjähriges Auskunftsrecht mit einer 60-tägigen Frist zur Beantwortung ist im Bericht nicht vorgesehen. Schriftliche Gesuche um Auskunftserteilung müssen zudem nur beantwortet werden, wenn sie bis spätestens 6 Wochen vor dem bekannt gegebenen Versammlungstermin der Gesellschaft zugehen. Die unmittelbare Fragestellung an der Generalversammlung bleibt bestehen.

Der Swiss *Code of Best Practice* lehnt sich an die bestehende Gesetzgebung an, welche ein Auskunftsrecht lediglich an der Generalversammlung vorsieht. Komplexe Fragen sollen im Vorfeld der Generalversammlung dem Verwaltungsrat schriftlich vorgelegt werden, damit dieser eine Antwort bereitstellen kann (Ziffer 6). Zudem sieht Ziffer 8 des *Code* vor, dass der Verwaltungsrat die Aktionäre auch während des Geschäftsjahres über die Entwicklung der Gesellschaft informiert.

Der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Ausübung der Stimmrechte durch die Aktionäre von Gesellschaften, die ihren eingetragenen Sitz in einem Mitgliedstaat haben und deren Aktien zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, sowie zur Änderung der Richtlinie 2004/109/EG sieht in Art. 9 ein Auskunftsrecht des Aktionärs vor, gestützt auf welches dieser entweder an der Generalversammlung in mündlicher oder vor der Generalversammlung in schriftlicher Form Fragen stellen kann. Für die schriftliche Eingabe der Fragen ist zur Zeit keine Frist vorgesehen. Die Gesellschaft kann die Anfragen entweder an der Generalversammlung oder auf ihrer Website beantworten. Die mündlich erteilten Auskünfte müssen dort allen Aktionären in schriftlicher Form zugänglich gemacht werden.

Das im VE vorgeschlagene Auskunftsrecht des Aktionärs wird für börsenkotierte Gesellschaften abgelehnt. Weder der Vorschlag der Expertengruppe, noch der Entwurf der EU-Richtlinie noch der *Swiss Code of Best Practice* sehen ein derart weitgehendes Auskunftsrecht vor. Angesichts der börsenrechtlichen Publizitätsvorschriften, insbesondere der Verpflichtung zur *ad hoc* Publizität und zur Gleichbehandlung der Aktionäre erscheint der Vorschlag für börsenkotierte Gesellschaften als unnötig und problematisch. Zu beachten ist auch der erhebliche Mehraufwand, der dadurch entstünde.

Generell sollte eine flexible Lösung angestrebt werden, welche den Gesellschaften genügend Raum lässt, das Auskunftsrecht der Aktionäre angemessen in den Statuten zu regeln und die Möglichkeit einer kontinuierlichen Information der Aktionäre über die Entwicklung der Gesellschaft durch verschiedene Kanäle wie insbesondere das Internet voll auszuschöpfen und damit die Empfehlung in Ziffer 8 des *Swiss Code of Best Practice* weiterhin umzusetzen.

Falls eine Ausweitung des Auskunftsrechts der Aktionäre bei Publikumsgesellschaften als notwendig erachtet wird, so wäre aus Sicht von SGCI Chemie Pharma Schweiz der Vorschlag des *Expertenberichts der Arbeitsgruppe „Corporate Governance“* aufzunehmen (schriftliche Anfragen sind bis 6 Wochen vor der Generalversammlung einzureichen und an dieser zu beantworten), wobei es der Gesellschaft überlassen sein sollte, wie sie dem Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre Rechnung trägt, ob sie also die Auskünfte an der Generalversammlung offen legen oder auf ihrer Website veröffentlichen will.

SGCI Chemie Pharma Schweiz geht davon aus, dass die Beantwortung von Auskunftsbegehren durch den Verwaltungsrat delegiert werden kann. Eine Beantwortung durch den Verwaltungsrat selbst innerhalb der vorgeschlagenen 60-tägigen Frist wäre unrealistisch.

3.2 Herabsetzung von Schwellenwerten für die Ausübung von Aktionärsrechten (Art. 697a ff. und 699 ff. VE)

Die Einführung des Börsenwerts als neuer Schwellenwert für die Ausübung des Einberufungs- und Traktandierungsrechts an der Generalversammlung sowie zur Einleitung einer Sonderuntersuchung wird abgelehnt. Ein Verweis auf den Börsenwert in diesem Zusammenhang wäre nicht EU-kompatibel und würde unter Umständen zu Unsicherheiten führen, da der Börsenwert einer Unternehmung stark schwankend sein kann. Zudem ist die vorgeschlagene Formulierung angesichts ihrer Unbestimmtheit mit einer gewissen Rechtsunsicherheit verbunden. Die Unbestimmtheit des Börsenwerts könnte zwar durch eine Präzisierung beseitigt werden, wonach der Börsenwert z.B. am Ende des letzten Kalender- oder ev. Rechnungsjahres der Gesellschaft zu bemessen wäre. Infolge der Schwankung des Börsenkurses bliebe jedoch auch dann eine gewisse Zufälligkeit bestehen. So wäre es möglich, dass ein Aktionär im einen Jahr zur Ausübung des Einberufungsrechts befugt wäre, dieses Recht jedoch im darauf folgenden Jahr allein wegen Kursverlusten und ohne eigenes Zutun nicht mehr ausüben dürfte.

Die vorgeschlagenen Schwellen bewirken bei Grossgesellschaften zudem eine ganz massive Senkung der geltenden Schwellen. So könnte z.B. bei einer Gesellschaft mit einer Börsenkapitalisierung von ca. CHF 40 Mrd. (entsprechend der aktuellen durchschnittlichen Börsenkapitalisierung der 26 SMI-Emittenten) nach dem VE eine Einberufung der Generalversammlung mit CHF 5 Mio. Börsenwert, d.h. 0,0125% des Aktienkapitals verlangt werden.

Auch der Nennwert, der teilweise bereits im geltenden Gesetz und in der Praxis als Schwellenwert besteht, hat ein zufälliges Element. Dies zeigen nicht zuletzt die Nennwertherabsetzungen durch *Splits* oder Nennwertrückzahlung der letzten Jahre. Als sinnvollster Schwellenwert erscheint folglich die prozentuale Beteiligung am nominalen Aktienkapital.

Die Schwellenwerte sollen eine wirksame Ausübung der Aktionärsrechte ermöglichen, anderseits aber auch die Gesellschaft vor übermässiger administrativer Belastung oder gar Querulantenschützen sowie praktikabel sein. Sie sind folglich je nach Bedeutung der Rechte und Belastung der Gesellschaft zu differenzieren. Für das Traktandierungsrecht erscheinen relativ tiefe Schwellenwerte als angebracht, da der damit verbundene Aufwand massvoll ist.

Für das Einberufungsrecht und das Recht, eine Sonderuntersuchung zu beantragen, müssen die anwendbaren Schwellenwerte höher sein, da mit diesen Instrumenten ein massiver Aufwand und folgenreiche Eingriffe in die Geschäfte der Gesellschaft verbunden sein können. Da bei der Sonderuntersuchung nicht allein die Schwellenwerte für deren Anordnung genügen, sondern der Richter aufgrund einer Glaubhaftmachung der Schädigung der Gesellschaft oder Aktionäre infolge einer Verletzung von Gesetz oder Statuten entscheidet, erscheint es als plausibel, dass die Schwellenwerte für diesen stärksten Eingriff nicht höher sind als für die Einberufung der Generalversammlung. Im Übrigen erscheint die Umbenennung der Sonderprüfung nach bisherigem Recht in Sonderuntersuchung als sprachlich nicht nachvollziehbar, unter anderem weil es im OR keine „ordentliche Untersuchung“ gibt.

Aufgrund dieser Überlegungen vertritt SGCI Chemie Pharma Schweiz die Ansicht, dass die Schwellenwerte wie folgt festgelegt werden sollten: 5 % des nominellen Aktienkapitals oder der Stimmen für das Traktandierungsrecht, 10 % des nominellen Aktienkapitals oder der Stimmen für das Einberufungsrecht, und ebenfalls 10 % des nominellen Aktienkapitals oder der Stimmen für die Sonderuntersuchung.

Die Frist von 30 Tagen für die Einberufung einer Generalversammlung durch den Verwaltungsrat auf Verlangen von Aktionären (Art. 699 Abs. 5 VE) ist unrealistisch, jedenfalls für grosse Gesellschaften. Letztere sind praktisch nicht in der Lage, innert dieser Frist einen Versammlungssaal zu finden. Ebenso ist die Organisation einer Generalversammlung (Einladung, Beschlussfassung durch den Verwaltungsrat, Stimmenzählung, Sicherheit etc.) innert dieser Zeit häufig nicht praktikabel. Das Gesetz sollte deshalb die Frist ins Ermessen des Richters stellen mit der Formulierung „innert einer nach den Umständen angemessenen Frist“ oder *eventualiter* nach Grösse der Gesellschaft differenzieren. Unter die genannten Umstände fallen sowohl die Wichtigkeit und Dringlichkeit der Aktionärsbegehren wie auch

die praktischen und organisatorischen Aspekte der Durchführung einer Generalversammlung. Alternativ könnten diese Fristen auch in den Statuten festgelegt werden.

Die Frist für die Einreichung von Traktandierungsbegehren (Art. 699a Abs. 2 VE) von 40 Tagen ist zu kurz angesichts der 20-tägigen Einladungsfrist und der Notwendigkeit einer vorherigen sorgfältigen Willensbildung des Verwaltungsrats. Angemessen erscheinen 60 Tage. Zusätzlich könnte vorgeschlagen werden, dass die Gesellschaft das Datum der nächsten Generalversammlung rechtzeitig für die Einreichung von Traktandierungsbegehren bekannt zu geben hat, z.B. durch Publikation, Information auf ihrer Website, ev. Bekanntgabe an der letzten Generalversammlung oder auf Anfrage von Aktionären.

3.3 Wahl und Amtsdauer des VR (Art. 710 VE)

Die Einzelwahl der Mitglieder des Verwaltungsrates ist heute bei Publikumsgesellschaften bereits die Regel. Ein Verbot der Globalwahl erscheint deshalb als vertretbar, obwohl ein derartiger Eingriff in die Organisationsautonomie der Gesellschaften nicht zwingend ist.

Demgegenüber wird die Beschränkung der Amtsdauer der Mitglieder des Verwaltungsrats auf ein Jahr, d.h. die Pflicht zur jährlichen Wiederwahl, abgelehnt. Eine zwangsweise Verkürzung der Amtsdauer auf ein Jahr würde dem Erfordernis einer genügenden Professionalität, was auch Erfahrung beinhaltet, sowie dem Ziel der Kontinuität in der Unternehmensführung diametral zuwiderlaufen.

Die Gesellschaften sind, im Interesse ihres Aktionariats und ihrer *Stakeholders*, auf eine professionelle Leitung ihrer Geschäfte angewiesen. Bei komplexen Verhältnissen benötigt bereits eine gründliche Einarbeitung mehrere Monate. Kaum eingearbeitet, müsste sich das im Vorjahr gewählte Verwaltungsratsmitglied bereits einer Wiederwahl stellen. Dies erscheint nicht als sachgerecht und wird auch in öffentlichen Ämtern nicht so gehandhabt. Die Verkürzung der Amtsdauer könnte auch dazu führen, dass auf Kosten einer langfristigen Strategie kurzfristige Ziele verfolgt bzw. höher gewichtet werden, was offensichtlich nicht im Interesse der Gesellschaften, der Aktionäre und der Schweizer Wirtschaft insgesamt liegen würde.

Durch eine Verkürzung der Amtsdauer auf ein Jahr würde die heute vielfach übliche Staffelung der Amtsperioden verunmöglich. Diese ist aber unter Kontinuitätsgesichtspunkten von entscheidender Bedeutung und stellt auch eine der ganz wenigen Abwehrmassnahmen gegen Übernahmen dar, die nicht unbedacht und ohne gewisse Kompensation aufgehoben werden sollte.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Generalversammlung bereits nach heute geltendem Recht sämtliche Verwaltungsräte grundsätzlich jederzeit abberufen kann. Zu beachten ist auch, dass die Empfehlung des *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance* breit befolgt wird, wonach die Amtsperioden von Verwaltungsräten in der Regel nicht mehr als 4 Jahre betragen dürfen. 4 Jahre entsprechen auch der in der Schweiz üblichen Amtsdauer für öffentliche Ämter, und es ist nicht einzusehen, weshalb sich für Aktiengesellschaften weitergehende Einschränkungen aufdrängen sollen.

3.4 Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen (Art. 678 VE)

Der Zweck von Art. 678 OR ist es, Mittel an die Gesellschaft zurückzuführen, die ungerechtfertigt an Aktionäre, Verwaltungsräte und diesen nahe stehenden Personen geflossen sind. Geschützt werden primär Personen mit Minderheitsbeteiligungen gegen materiell (z.B. Ausschüttung eines Scheingewinns) oder formell (z.B. Ausschüttung einer Dividende, obwohl keine revidierte Bilanz vorliegt) nicht gerechtfertigte Leistungen an Mehrheitsaktionäre.

Der Vorentwurf regelt die Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen neu und weitet die Rückerstattungspflicht sowie den Kreis der Betroffenen wesentlich aus. Gegen

eine Revision von Art. 678 OR, um den ursprünglichen Zweck der Norm besser durchsetzen zu können, ist nichts einzuwenden: Dies dient dem Schutz von Minderheitsaktionären gegen ungerechtfertigte Leistungen an Mehrheitsaktionäre. Ein Schutzbedürfnis besteht diesbezüglich vorwiegend in kleinen und mittleren Aktiengesellschaften, weniger jedoch in grossen Publikumsgesellschaften, welche bereits weitreichende Rechnungslegungs-, Transparenz- und *Corporate Governance*-Vorschriften enthalten müssen.

Die Neufassung von Art. 678 Abs. 1 OR gemäss VE ist für Publikumsgesellschaften kaum von praktischer Relevanz, denn eine ungerechtfertigte und formell als Gewinnausschüttung (z.B. Dividende) deklarierte Leistung an Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder ist angesichts der Rechnungslegungsvorschriften und der Genehmigung durch die Generalversammlung schwer denkbar (z.B. die Ausschüttung einer Dividende, obwohl keine revidierte Bilanz vorhanden ist).

Demgegenüber ist die vorgeschlagene Fassung von Art. 678 Abs. 2 OR problematisch, weil dadurch der Diskussion um Entschädigungen von Verwaltungsräten und Mitgliedern der Geschäftsleitung ein weiteres juristisches Feld geöffnet wird. Typischerweise sind die Entschädigungen von exekutiven Verwaltungsräten und Geschäftsleitungsmitgliedern in Publikumsgesellschaften zu einem wesentlichen Teil variabel ausgestaltet, d.h. vom Geschäftsergebnis der Gesellschaft abhängig. Bei einer weiten Auslegung von Art. 678 Abs. 2 VE könnten Aktionäre und Gläubiger nun geltend machen, dass die gewinnabhängigen Lohnbestandteile in einem Missverhältnis zur Gegenleistung durch die Verwaltungsräte und die Geschäftsleitungsmitglieder stehen. Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder müssten bis zu 10 Jahren nach Auszahlung noch mit Rückforderungsklagen in Bezug auf Bonuszahlungen rechnen. Bei einer noch weiteren Auslegung könnte eine Überprüfung der gesamten Entschädigungen verlangt werden. Die Beurteilung von Vergütungen an Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder würde in den Ermessensspielraum der Gerichte fallen. Die Einführung der gerichtlichen Überprüfung von gewinnabhängigen Bonuszahlungen oder von Gesamtentschädigungen an exekutive Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder in Rahmen von Entschädigungsplänen, die vom Verwaltungsrat oder einem dafür verantwortlichen Ausschuss genehmigt und im *Corporate Governance*-Bericht offengelegt wurden, kann aber auf keinen Fall Zweck der Revision sein. Dies muss durch das Gesetz in aller Deutlichkeit ausgeschlossen werden. Insoweit ist die vorgelegte Fassung von Art. 678 Abs. 2 zu überarbeiten.

Weitere Korrekturen scheinen geboten. So ist die Ausweitung der passivlegitimierten Personen auf Mitglieder der Geschäftsleitung nicht präzis genug. Mangels Kriterien ist nicht ersichtlich, bis auf welche Stufe des Managements der Begriff der Geschäftsleitung greift. Diesbezüglich ist eine klarere Umschreibung des betroffenen Personenkreises zu fordern. Dies gilt auch bezüglich der bereits vom heutigen Gesetzestext erfassten „nahe stehenden Personen“, deren Einbezug angesichts der vorgeschlagenen Ausdehnung des Personenkreises als problematisch erscheint und im Interesse der Übersichtlichkeit und Verhältnismässigkeit zu überdenken wäre.

Demgegenüber ist der Verzicht auf das Erfordernis des offensichtlichen Missverhältnisses einer ungerechtfertigten Leistung zur wirtschaftlichen Lage des Unternehmens zu begrüssen. Eine ungerechtfertigte Leistung sollte auch dann zurückgefördert werden können, wenn es der Gesellschaft finanziell gut geht.

3.5 Institutionelle Stimmrechtsvertretung (Art. 689c f. VE)

Der Revisionsentwurf der Verwaltung beinhaltet die Abschaffung des Depot- und Organstimmrechts (Art. 689c, 689d Abs. 1 VE). Zudem soll sich der Unabhängige Stimmrechtsvertreter der Stimme enthalten müssen, wenn er keine Weisungen hat (Art. 689d Abs. 2 VE). SGCI Chemie Pharma Schweiz erachtet die Abschaffung der Depot- und Organvertretung sowie die zwingende Enthaltung des Stimmrechtsvertreters bei fehlenden Weisungen als falsch – aus folgenden Überlegungen:

Eine grosse Anzahl von Aktionären ist heute nicht bereit oder in der Lage, an der Generalversammlung teilzunehmen und dort die Stimmrechte auszuüben bzw. durch einen Vertreter ausüben zu lassen. Präsenzen von 30-35% gemessen am gesamten ausgegebenen und stimmberechtigten Aktienkapital sind die Regel. Damit haben Aktionäre, die zusammen nur 15-20% aller Aktienstimmen vertreten, an der Generalversammlung bereits die absolute Mehrheit.

Aus Sicht der Gesellschaften und ihrer Aktionäre muss im Sinne einer Stärkung der „Aktionärsdemokratie“, zur Verhinderung von Zufallsmehrheiten an der Generalversammlung oder der Dominanz einer Gruppierung von Minderheitsaktionären eine möglichst hohe Präsenz von Aktionären erwünscht sein, die ihre Mitwirkungsrechte wahrnehmen. Es gilt, die Interessen der Mehrheit der Aktionäre und insbesondere auch jene der grossen Mehrheit der schweigenden Aktionäre, d.h. an der Generalversammlung nicht vertretenen Aktionäre zu schützen. Bei diesen handelt es sich zu einem grossen Teil um mit der Gesellschaft und ihrem Verwaltungsrat zufriedene Aktionäre, die deshalb keinen Anlass sehen, „aktiv“ zu werden. Diese würden durch die vorgeschlagene Neuregelung erheblich benachteiligt.

Die Abschaffung des Organ- und Depotstimmrechts (zusammen mit der Regelung, wonach der Stimmrechtsvertreter sich mangels Weisungen der Stimme enthält) ist einer wohlverstandenen „Aktionärsdemokratie“ nicht förderlich. Der Aktionär soll, neben der Bestimmung eines individuellen Vertreters, weiterhin die Wahl zwischen dem Organvertreter und einem unabhängigen Stimmrechtsvertreter haben. Dabei ist zentral, dass dem Aktionär die Möglichkeit gegeben wird, auf einfache Weise differenzierte Weisungen zu erteilen (durch entsprechende Gestaltung der schriftlichen Abstimmungsunterlagen, welche den Aktionären zugestellt werden). Dies entspricht bereits der Praxis zahlreicher Publikumsgesellschaften. Entsprechende Regelungen wären gegebenenfalls ein Thema für *Best Practice Codes*, aber nicht für unter Umständen zu starre und künftige Entwicklungen behindernde gesetzliche Vorschriften.

Die Stellung des Organvertreters wird im Revisionsentwurf aus unserer Sicht unrichtig dargestellt. Aktionäre beauftragen diesen bewusst, wenn sie den Anträgen des Verwaltungsrates folgen möchten, während Aktionäre, welche mit den Anträgen des Verwaltungsrates nicht einverstanden sind, den unabhängigen Stimmrechtsvertreter bevollmächtigen. Bei einer Abschaffung der Organvertretung würden wiederum die mit der Gesellschaft zufriedenen Aktionäre zu Gunsten derjenigen, die gegen die Anträge des Verwaltungsrates stimmen wollen, benachteiligt. Entgegen der dem VE zugrunde liegenden Einschätzung hat die Organvertretung nach wie vor eine grosse Bedeutung. So wurden an der diesjährigen Generalversammlung der Ciba Spezialitätenchemie AG 22 % der Stimmen durch Organvertreter ausgeübt. Eine Abschaffung lässt sich folglich nicht mit dem Argument verschwindender praktischer Bedeutung begründen.

Die Bevollmächtigung durch den Depotvertreter ist ebenfalls besonders einfach und kostengünstig und entspricht deshalb weiterhin einem praktischen Bedürfnis vieler Aktionäre. Gerade weil diese Form der Vertretung an der Generalversammlung so einfach und „ohne Mühe“ möglich ist, wird sie von vielen Aktionären geschätzt und benutzt. Die Behauptung, der Aktionär sei sich seines in den AGB der Bank erteilten Auftrages zur Depotvertretung später nicht mehr bewusst, ist in dieser allgemeinen Form nicht zutreffend. Schliesslich muss die Bank den Aktionär vor jeder Generalversammlung um Weisungen ersuchen. Gerade weil der Aktionär, wenn er die Depotvertretung einmal erteilt hat, danach nichts mehr unternehmen

muss, wünscht er oft diese Form der Vertretung. Er wird der Bank erst dann Weisungenerteilen, wenn er mit der Gesellschaft und ihrem Verwaltungsrat nicht mehr zufrieden ist. Schweigt er, darf daraus geschlossen werden, dass er wünscht, es sei im Sinne der Anträge des Verwaltungsrates zu stimmen. Eine Abschaffung des Depotstimmrechtes würde deshalb die mit der Gesellschaft zufriedenen Aktionäre zu Gunsten derjenigen benachteiligen, die gegen die Anträge des Verwaltungsrates stimmen wollen.

Was den Vorschlag in Art. 689d Abs. 2 VE anbelangt, wonach sich der Unabhängige Stimmrechtsvertreter der Stimme enthalten müsse, wenn er keine Weisungen hat, ist klarzustellen, dass die Gesellschaft die Möglichkeit hat, in den Stimmmaterialien explizit und ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass dem Stimmrechtsvertreter mangels spezifischer Weisungen die Weisung erteilt wird, es sei im Sinne der Anträge des VR zu stimmen. Auch diese neu vorgeschlagene Bestimmung benachteiligt diejenigen Aktionäre, die mit der Gesellschaft zufrieden sind und keine Weisung erteilen.

Falls im Bereich der Stimmrechtsvertretung Reformen als notwendig angesehen werden, wäre darauf hinzuwirken, dass die Gesellschaft dem Aktionär die Erteilung von Weisungen an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter vereinfacht und ausdrücklich klarstellt, dass der unabhängige Stimmrechtsvertreter im Sinne der Anträge des Verwaltungsrates stimmt, wenn er keine anderslautenden Weisungen erhalten hat.

3.6 Organhaftung, insbes. Beschränkung der Revisorenhaftung (Art. 755, 756 und 759 VE)

Der Bundesrat schlägt vor, die Haftpflicht der Revisionsstelle zu beschränken. Im Kontext des Gesellschaftsrechts muss dazu wie folgt Stellung genommen werden: Das moderne Aktienrecht beruht, ähnlich wie das Gewaltenteilungsprinzip im öffentlichen Recht, auf einer funktionalen Aufgabenteilung und einem System von *Checks and Balances*. Im Rahmen dieses Systems gibt es unter anderem eine klare Funktionsteilung zwischen dem Verwaltungsrat und der Revisionsstelle. Es ist nicht einsichtig, weshalb innerhalb dieses Systems der Verwaltungsrat voll haftbar sein, die Revisionsstelle jedoch privilegiert behandelt werden soll.

In einer praktisch orientierten Betrachtung ist zudem zu beachten, dass namentlich die grossen, international tätigen Revisionshäuser ihr Haftungsrisiko gegenüber den sie mandatierenden Gesellschaften schon heute sehr weitgehend einschränken, indem sie in *Engagement Letters*, *Representation Letters* und ähnlichen Schreiben sehr weitgehende Richtigkeits- und Vollständigkeitszusicherungen verlangen und regelmässig auch erhalten.

3.7 Abschaffung der Inhaberaktie (Art. 622 VE)

Die Abschaffung der Inhaberaktie wird abgelehnt. Die dafür angeführten Gründe sind nicht stichhaltig. Der Vorschlag wäre ein unnötiger und ungerechtfertigter Eingriff in die Organisationsautonomie der Gesellschaften sowie die schweizerische Rechtstradition. In der Schweiz ist die Inhaberaktie weiterhin in Gebrauch und entspricht einem Bedürfnis, auch für grosse Gesellschaften wie namentlich Roche. Auch andere kontinentaleuropäische Länder wie zum Beispiel Deutschland, Frankreich und Italien kennen die Inhaberaktie.

Die Inhaberaktie hat gewichtige Vorteile. So entfällt insbesondere die Pflicht zur Führung eines Aktienbuchs, wodurch die damit verbundenen Kosten für die Gesellschaft und die Investoren eingespart werden können. Die Übertragung von Inhaberaktien ist leichter, was ebenfalls Kostenreduktionen bringt. Mit der Ausgestaltung als Inhaberaktien wird auch von vorneherein klargestellt, dass diese Aktien keinerlei Übertragungsbeschränkungen unterliegen.

Der seitens von Organisationen wie GAFI/FATF und OECD an den Inhaberaktien geäußerten Kritik könnte mit weniger einschneidenden Mitteln als der Abschaffung der Inhaberaktien – mit der damit verbundenen Aufgabe ihrer Vorteile – Rechnung getragen werden. Letztlich

geht es (nur) darum, dass die Kontrolle über oder die Mitgliedschaftsrechte an einer Gesellschaft nicht anonym ausgeübt werden können. Es geht also um Fragen der gesellschaftsrechtlichen Mitwirkung und nicht um Kapitalmarktfragen. Ansonsten wäre die Kritik im Übrigen völlig unberechtigt, da weltweit Inhaberpapiere laufend und in grosser Zahl ausgegeben werden, gerade durch Körperschaften des öffentlichen Rechts.

Bezüglich Transparenz der Kontroll- und Stimmrechtsverhältnisse besteht bei Publikumsgesellschaften bereits heute kein Handlungsbedarf, weil die entsprechende Transparenz bereits durch die Pflicht zur Offenlegung von Beteiligungen nach BEHG gewährleistet ist. Soll trotzdem durch das OR für mehr Transparenz gesorgt werden, was insbesondere mit Blick auf die nichtkotierten Aktiengesellschaften ein legitimes Anliegen ist, so wäre im OR vorzuschreiben, dass Mitgliedschaftsrechte aus Inhaberaktien nur ausgeübt werden können, wenn deren Besitz nachgewiesen und Name und Adresse der Gesellschaft bekannt gegeben werden. Für die Ausübung der mit höheren Beteiligungen verbundenen Rechte (z.B. vom mind. 10%) könnten gegebenenfalls weitere Angaben verlangt werden. Ergänzend wäre dann die Gesellschaft zu verpflichten, die entsprechenden Angaben der Aktionäre aufzubewahren. Mit diesen Anpassungen könnten die Anliegen von GAFI/FATF in gebührender Art vollumfänglich erfüllt werden, ohne dass die Inhaberaktie abgeschafft werden müsste.

Mit einer Abschaffung der Inhaberaktie hingegen würde den aus dem Ausland erhobenen Vorwürfen ohne sorgfältige Abwägung der schweizerischen Situation nachgegeben. Die Nachteile müssten Schweizer Unternehmen und deren Investoren tragen, ohne dass ein Vorteil für die Schweiz erkennbar wäre, der nicht auf eine bessere Art ebenfalls erreicht werden könnte.

4. Stellungnahme zu weiteren Einzelpunkten

Wie bereits eingangs dargelegt, sollen die nicht unmittelbar *Corporate Governance*-relevanten Revisionspunkte des VE nicht umfassend kommentiert werden. Es ist uns jedoch ein Anliegen, zu folgenden Punkten einige wenige Bemerkungen anzubringen.

Elektronische Kommunikationsmittel; Generalversammlung: SGCI Chemie Pharma Schweiz begrüßt die erweiterten Möglichkeiten der elektronischen Kommunikation. Es wird angeregt, weitere Schritte in diese Richtung zu prüfen. Möglicherweise werden schon in wenigen Jahren die technischen Voraussetzungen dafür gegeben sein, dass sämtliche Mitteilungen zwischen den Aktionären und der Gesellschaft sowie die Abhaltung von Generalversammlungen elektronisch erfolgen könnten. Zu beachten ist, dass diese Entwicklungen den Gesellschaften und ihren Aktionären nicht aufgezwungen werden dürfen.

Rechnungslegung; Lagebericht (Art. 961b VE): Es wird vorgeschlagen, dass grössere Unternehmen (d.h. solche, die von Gesetzes wegen zu einer ordentlichen Revision verpflichtet sind) in einem Lagebericht unter anderem Aussagen über die Zukunftsaussichten machen müssen (Art. 961b Abs. 2 Ziff. 5 VE). Dies darf nach unserer Ansicht nicht zu einem Haftungsrisiko für Zukunftsaussagen führen. Auf alle Fälle ist sicherzustellen, dass derartige Zukunftsaussichten mit einem entsprechenden *Disclaimer* versehen werden dürfen.

5. Schlussbemerkungen

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und würden uns freuen, wenn unsere Bemerkungen und Vorschläge berücksichtigt würden.

Fragen der *Corporate Governance* sind von grosser Bedeutung für das Ansehen, die Attraktivität und den nachhaltigen Erfolg der Schweizer Unternehmen. Dabei gilt es eine Balance zu finden zwischen legitimen Interessen einzelner (Minderheiten-) Aktionäre sowie dem Bedürfnis der Gesellschaften als solchen nach praktikablen und effizienten Gesellschaftsabläufen. Wie den vorstehend erläuterten Kommentaren zu entnehmen ist, sind wir der Auffas-

sung, dass dies im Vorentwurf teilweise nicht gegückt ist. Einige Vorschläge gehen in der Betonung der individuellen Aktionärsrechte zu weit, belasten die Gesellschaften mit aufwändigen Abläufen und schränken den Spielraum für autonome Regelungen durch die Statuten unnötig ein. SGCI Chemie Pharma Schweiz erwartet deshalb, dass die Revisionsvorschläge diesbezüglich überprüft und angepasst werden.

Mit freundlichen Grüßen
SGCI Chemie Pharma Schweiz
Schweizerische Gesellschaft für Chemische Industrie

Dr. Beat Moser
Direktor

Dr. Dieter Grauer
Stv. Direktor



Herrn Bundesrat
Dr. Christoph Blocher
Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Bundeshaus
3003 Bern

St. Gallen, 31. Mai 2006
6329_004.doc/Sm/dn

Stellungnahme zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 22. Dezember haben Sie die Schweizer Industrie- und Handelskammern (SIHK) eingeladen, zum Vorentwurf betreffend Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts Stellung zu nehmen.

In Absprache mit economiesuisse äussern wir uns nicht zur Revision des Aktienrechts – welche aus der Optik der KMU nicht tragbar ist und einer grundlegenden Überarbeitung bedarf -, sondern beschränken uns auf eine Stellungnahme zur vorgeschlagenen Revision der Rechnungslegungsvorschriften.

I. Grundsätzliche Bemerkungen

Der Vorentwurf des Bundesrates zur Revision der Bestimmungen über „die kaufmännische Buchführung“ (Art. 957 – 963c OR) stellt eine Verbesserung gegenüber dem von uns seinerzeit hart kritisierten Vorentwurf der Expertenkommission „Rechnungslegungsrecht“ zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung aus dem Jahre 1998 dar. Wir begrüssen die Ziele, welche mit der Neuregelung der Rechnungslegung verfolgt werden:

- 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)

Unseres Erachtens geht jedoch die Differenzierung der Vorschriften nach Grossunternehmen und börsenkotierten Publikumsgesellschaften einerseits und KMU (Betriebe mit weniger als 250 Beschäftigten) anderseits viel zu wenig weit. Der von den KMU künftig zu leistende Mehr-Aufwand für die Erstellung des Geschäftsberichts (Bilanz und Erfolgsrechnung), insbesondere des Anhangs, sowie die sich daraus ergebenden Mehrkosten für die Revision des

Geschäftsberichts inkl. Anhang sind schlicht untragbar. Sie stehen bei den KMU in einem krassen Missverhältnis zu den Gefahren, die durch ihre Rechnungslegung auf die Gläubiger und Minderheitsaktionäre ausgehen. Der Begleitbericht führt denn auch in keiner Weise an, aus welchen Gründen für KMU-Betriebe, welche einer ordentlichen Revision unterliegen, eine solche massive Verschärfung der Vorschriften nötig ist. Das EU-Recht, generelle Transparenz-Gebote oder der Schutz der Minderheitsaktionäre vermögen die erhöhten Anforderungen an die Rechnungslegung der KMU nicht zu rechtfertigen.

Gemäss den Schätzungen der kantonalen Steuerverwaltung wären allein im Kanton St.Gallen aufgrund der beiden Kriterien – Jahresumsatz von mindestens Fr. 20 Mio und Bilanzsumme von Fr. 10 Mio – rd. 1000 Unternehmen von den neuen, einen erheblichen Mehraufwand auslösenden „Rechnungslegungsvorschriften für grosse Unternehmen“ betroffen. Weil es aber im Kanton St.Gallen tatsächlich nur rd. 500 Unternehmen mit über 50 Beschäftigten, davon 50 grosse mit über 250 Beschäftigten gibt, hat dies zur Folge, dass künftig nicht nur diese, sondern auch weitere rd. 500 eigentliche Kleinbetriebe (10 – 50 Beschäftigte) vom Rechnungslegungsrecht als wirtschaftlich bedeutsam qualifiziert werden und die weiteren, aufwändigen Anforderungen an den Geschäftsbericht zu erfüllen haben.

Völlig missglückt ist der versuchte Spagat zwischen Beibehaltung des Massgeblichkeitsprinzips und des Prinzips von true and fair view. Wir stellen daher den

Antrag:

Der Vorentwurf sei zwecks konsequenterer Differenzierung der Rechnungslegungsvorschriften nach börsenkotierten und wirklichen Gross-Unternehmen einerseits und Kleinen Unternehmen anderseits zu überarbeiten. Dabei sei dem nachstehenden Kommentar Rechnung zu tragen.

II. Kommentar zu einzelnen Bestimmungen des Rechnungslegungsrechts

Art. 957a neu (Buchführung)

Abs. 3:

Wir beantragen Streichung der Bestimmung, wonach „*als Buchungsbeleg alle Schriftstücke gelten, die notwendig sind, um den einer Buchung zugrunde liegenden Geschäftsvorfall oder Sachverhalt nachvollziehen zu können.*“ Der Versuch, den Ordnungsmässigkeits-Grundsatz zu konkretisieren ist unnötig. So ist nicht klar, ob eine Einschränkung auf „Schriftstücke“ nötig ist und wie die Anforderung „nachvollziehen können“ auszulegen ist.

Abs. 4:

Wir beantragen die Streichung der unklaren Bestimmung (*„Die Buchführung ist der Art und Grösse des Unternehmens anzupassen.“*). Durch die Verpflichtung auf den Grundsatz der Ordnungsmässigkeit ist alles Erforderliche eingefordert. Der Unternehmer soll frei sein, auf welche Weise er dieser Forderung gerecht werden will. Sehr kleine Betriebe sollten auch in Zukunft eine offene Posten-Buchhaltung führen können (Verbuchung von Einnahmen und Ausgaben und Abgrenzung Ende Jahr).

Abs. 5:

Sicherzustellen ist, dass die Sozialversicherungseinrichtungen (AHV, IV etc.) sowie die Steuerverwaltungen nicht darauf bestehen, dass die Buchführung in einer Landessprache erfolgt, wenn sich das Unternehmen für Englisch entschieden hat.

Art. 958 (Rechnungslegung)Abs. 3:

Neu soll neben dem Vorsitzenden des obersten Leitungs- oder Verwaltungorgans auch die „*innerhalb des Unternehmens für die Rechnungslegung zuständige Person*“ den Geschäftsbericht unterzeichnen müssen. Diese Vorschrift ist nicht praktikabel, weil sie den Finanzchef in einen schweren Konflikt bringen kann. Der Finanzchef handelt weisungsgebunden. Weigert er sich, den gegen aussen verbindlichen Geschäftsbericht mit zu unterzeichnen, weil eine vom Firmeninhaber oder vom VR-Präsidenten angeordnete Abschlussbuchung im Widerspruch zu einem zwingenden Rechnungslegungsgrundsatz steht, wird er wohl seine Stelle verlieren. Der Finanzchef soll den Geschäftsbericht nicht mitunterzeichnen, sondern lediglich gegenüber dem Leitungsorgan die Ordnungsmässigkeit der Rechnung bestätigen oder die Vorbehalte begründen müssen. Damit soll er sich der haftpflichtrechtlichen Verantwortung entziehen können.

Art. 958a neu (Annahme der Fortführung)

Wir beantragen die Streichung der Abs. 2 und 3. Bereits nach der heutigen Regelung ist die Fortführung („going concern“) nach den Grundsätzen der ordnungsgemässen Rechnungslegung zu prüfen. Ob „*die Einstellung der Tätigkeit oder von Teilen davon..in den nächsten 12 Monaten voraussichtlich nicht abwendbar ist..*“ lässt sich in stark volatilen Geschäften nur sehr schwer auf eine so lange Frist hinaus voraussehen. Zudem ist eine fixe Frist von 12 Monaten zu starr und mit einer solchen Offenlegung der Bewertungsänderung müssten finanzielle Probleme oder strategische Entscheide offen gelegt werden, was den betroffenen Unternehmen erhebliche Probleme verursachen kann. Man beachte, dass diese Vorkehr künftig für alle Unternehmen gilt, also auch für sog. Kleinst-Unternehmen.

Art. 958b neu (Grundsätze ordnungsmässiger Rechnungslegung)

Wir beantragen in Abs. 3 eine Anhebung der *Limite von Fr. 75'000 auf Fr. 100'000* bis zu welcher auf die periodengerechte Zuordnung von Aufwand und Ertrag verzichtet werden kann. Dies als Entgegenkommen an die Tausenden von Kleinstbetrieben in der Schweiz.

Art. 958d neu (Einsichtnahme und Offenlegung)

Inakzeptabel ist der Vorschlag, dass alle Unternehmen – nicht nur wie bisher die Aktiengesellschaften - „*Gläubigern, die ein schutzwürdiges Interesse*“ nachweisen, Einsicht in den Geschäftsbericht (d.h. Bilanz- und Erfolgsrechnung, inkl. Anhang) und den Revisionsbericht zu gewähren haben. Wer glaubt, ein berechtigtes Interesse daran zu haben, wie z.B. Banken oder grosse Gläubiger, sollen dies in Berücksichtigung der Marktverhältnisse, vertraglich durchsetzen müssen. Eine gesetzliche Pflicht geht zu weit. Im Übrigen: Wem ist ein „schutzwürdiges Interesse“ zuzubilligen, jedem Lieferanten, auch jenen, die Mitbewerber sind?

Art. 959 (Jahresrechnung, Bilanz)

Abs. 2 schreibt vor, dass „*Vermögenswerte als Aktiven bilanziert werden müssen, wenn auf Grund vergangener Ereignisse über sie verfügt werden kann, ein Mittelzufluss wahrscheinlich ist und ihr Wert verlässlich geschätzt werden kann*“. Unseres Erachtens sollte man es beim ersten Halbsatz bewenden lassen. Alles übrige ergibt sich aus dem Grundsatz der Ordnungsmässigkeit bzw. der unbestrittenen Grundsätze in Art. 958 Abs. 1 Ziffer 1 – 5. Im Übrigen: Wann ist ein Mittelzufluss „*wahrscheinlich*“, und wann kann ihr Wert als „*verlässlich*“ geschätzt gelten?

Nicht befriedigen kann auch die Definition des „*Umlaufvermögens*“ in Abs. 3 sowie der „*Verbindlichkeiten*“ in Abs. 4. Solche kommentarähnliche Belehrungen gehören nicht ins Gesetz, und schon gar nicht Selbstverständlichkeiten wie: „*Fiktive Verbindlichkeiten dürfen nicht bilanziert werden.*“ (Abs. 4) Weiter erfordert diese Bestimmung eine Aufteilung von verschiedenen Bilanzpositionen (Anfangene Arbeiten, Debitoren und Vorräte etc.) in Umlauf- und Anlagevermögen, was in vielen Fällen nur mit grossem Aufwand möglich ist. Zudem kann die Jahresfrist für die Abgrenzung in einzelnen Fällen nicht sachgerecht sein.

Art. 959a neu (Bilanz, Mindestgliederung)

Wir verstehen nicht, warum in Abs. 2 Ziffer 1 und Ziffer 2 auf die *Verzinslichkeit* der Verbindlichkeiten abgestellt wird, zumal sich das im Zeitverlauf ändern kann, z.B. bei Aktionärs-Darlehen mit Rangrücktritt, welche bei gutem Geschäftsgang ordentlich verzinst werden, bei schlechtem hingegen nicht.

Art. 959b neu (Erfolgsrechnung)

Gemäss Abs. 2 Ziffer 2 muss in der Produktionserfolgsrechnung mindestens folgende Position einzeln ausgewiesen werden: „*Materialaufwand einschliesslich Bestandesänderungen an unfertigen und fertigen Erzeugnissen sowie an nicht fakturierten Dienstleistungen*“. Wir sind der Auffassung, dass dies gegen alle Lehrbücher verstösst, auch gegen Art. 19 Abs. 2 des Expertenvorschlags aus dem Jahr 1998, dem wir den Vorzug geben. Wir schlagen vor, „*Bestandesänderungen an unfertigen und fertigen Erzeugnissen sowie an unverrechneten Leistungen*“ unter Ziffer 1 „*Nettoerlös aus Lieferungen und Leistungen*“ aufzuführen.

Statt gemäss Ziffer 6 die Delkredere unter „*Abschreibungen und Wertberichtigungen*“ aufzuführen, schlagen wir vor, Debitorenverluste und Delkredereveränderungen als Erlösminde rungen zu buchen.

Art. 959c neu (Anhang)

Ganz generell ist der Anhang viel zu umfangreich, jedenfalls für Klein-Unternehmen. Er wird diesen einen unverhältnismässigen Aufwand verursachen. Wir stellen folgende Anträge:

- Abs. 1, Ziffer 1 - 3: Streichung, da unnötige Angaben
- Abs. 2, Ziffer 2: Streichung. In Branchen mit starken saisonalen Schwankungen der Beschäftigten (Bau, Gastgewerbe) ist die Erhebung der „*Anzahl der Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt*“ sehr aufwändig. Es ist auch nicht erkennbar, welche Gläubiger-Interessen durch die fehlende Angabe der Anzahl Beschäftigten tangiert werden.

- Abs. 2, Ziffer 5: man sollte sich auf die Angabe der *Verbindlichkeiten aus Investitions-Leasinggeschäften* beschränken
- Abs. 2, Ziffer 8: Antrag auf Verzicht der Angabe der „*Abnahme- und Lieferverpflichtungen*“, dies in einem Geschäftsbericht, der quasi publik ist. Die Mitbewerber werden sich auf diese Informationen ihrer Konkurrenten freuen.
- Abs. 2, Ziffer 9: Streichung der Darstellung der „*aussergewöhnlichen Risiken*“. Liegen solche vor, sind Rückstellungen zu bilden; eine weitergehende Kommentierung erübrigt sich.
- Abs. 2, Ziffer 10: Streichung des Erfordernisses, „*Erläuterungen zu weiteren bedeutenden oder aussergewöhnlichen Einflüsse auf die Jahresrechnung*“ abgeben zu müssen. Was soll unter diesem Titel ein Klein-Unternehmen berichten?
- Abs. 2, Ziffer 12: Streichung „*allenfalls die Gründe, die zum vorzeitigen Rücktritt der Revisionsstelle geführt haben*“. An dieser Information besteht kein legitimes Interesse der Gläubiger; sie kann allenfalls rufschädigend für die Revisionsstelle sein.

Art. 960 (Bewertung)

Abs. 1: Wir halten die Forderung, künftig die *Aktiven einzeln bewerten* zu müssen nicht für gerechtfertigt. Löst auch einen zu grossen Aufwand aus, man denke nur an ein stark diversifiziertes Warenlager. Antrag: Bewertung nach „*Aktiven-Gruppe*“, wie in der Vergangenheit.

Abs. 2: Streichung des zweiten Halbsatzes: „*Die Bewertung muss vorsichtig erfolgen, darf aber nicht zur Bildung von gewillkürten Reserven führen.*“

Art. 960a (Aktiven)

Hier tut sich ein grundsätzlicher Widerspruch auf. Gemäss Art. 960 Ziff. 1 Abs. 2 sowie Art. 960a Ziff. 1 Abs. 3 ist die Bildung von gewillkürten Reserven grundsätzlich ausgeschlossen, um dann in Art. 960a Ziff. 1 Abs. 2 zusätzlichen Abschreibungen und Rückstellungen als zulässig zu erklären, sofern sie Wiederbeschaffungszwecken oder der Sicherung des dauernden Gedeihens des Unternehmens dienen.

In Art. 960a ist für die Aktiven vorgesehen, dass die Auflösung von nicht begründeten Abschreibungen und Wertberichtigungen im Gesamtbetrag in der Erfolgsrechnung oder im Anhang ausgewiesen werden. Dies ist eine massive Verschärfung zur heutigen Pflicht zum *Ausweis des Nettobetrages der Auflösung*. Es ist daher, wie für die Verbindlichkeiten (Art. 960e Abs. 4), nur der Ausweis des Nettobetrages vorzuschreiben.

960d neu (Anlagen)

„*Als Anlagen gelten Werte, die in der Absicht langfristiger Nutzung gehalten werden.*“ Sind diese Werte ins Umlaufvermögen umzuschichten, wenn z.B. die Absicht besteht die Maschinen binnen sechs Monaten zu veräußern?

960f neu (Verhältnis zum Steuerrecht)

Antrag auf Streichung. Diese Bestimmung ist unnötig und trägt nur zur Verwirrung bei. Das Steuerrecht und das Handelsrecht haben unterschiedliche Rechtsquellen. Kommt hinzu, dass aussenstehende Dritte nicht durch Einblick in den Anhang Kenntnis über die Auflösung der Rückstellungen erhalten sollen.

Unklar ist überdies, ob die Auflösung mit der erfolgten Aufrechnung im Steuerveranlagungsverfahren begründet werden muss und wie die Auflösung bei einem zwischenzeitlich verkauften Objekt erfolgen soll.

Art. 961 (Rechnungslegung für grosse Unternehmen; zusätzliche Anforderungen an den Geschäftsbericht)

Zusätzliche Anforderungen an den Geschäftsbericht haben jene Unternehmen zu erfüllen, die „*von Gesetzes wegen zu einer ordentlichen Revision verpflichtet sind, müssen*“. Gemäss dem Bundesgesetz über die Revision muss von Gesetzes wegen eine ordentliche Revision durchführen, wer als wirtschaftlich bedeutendes Unternehmen gilt. Es sind dies neben den Publikumsgesellschaften, *wirtschaftlich bedeutende Rechtsträger*, welche zwei der *drei Grössenkriterien 10 Mio Franken Bilanzsumme, 20 Mio Franken Umsatzerlös und 50 Vollzeitstellen* im Jahresdurchschnitt in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren erfüllen, sowie Rechtsträger, die eine Konzernrechnung erstellen müssen. Unternehmen, welche diese Kriterien nicht erfüllen, müssen die in Art. 961 aufgeführten zusätzlichen Anforderungen nicht erfüllen.

Wir haben an sich Verständnis für die Auffassung des Bundesrates, dass sich *unterschiedliche Grenzwerte für die Revision der Jahresrechnung und für die Rechnungslegung sachlich nicht begründen lassen*. Doch kann nicht übersehen werden, dass echte KMU die Interessen der Gläubigerinnen und Gläubiger sowie die Personen mit Minderheitsbeteiligungen nicht im gleichen Massen gefährden, wie Publikumsgesellschaften oder Grossunternehmen, die eine Konzernrechnung erstellen müssen. Das Schutzbedürfnis ist unterschiedlich. Die neuen Rechnungslegungsvorschriften sollten sich an diesen übergeordneten Zielsetzungen orientieren und verhältnismässig sein.

Unseres Erachtens tragen die im Vorentwurf aufgeführten Vorschriften über die zusätzlichen Anforderungen an den Geschäftsbericht den unterschiedlichen Schutzziehen bei Publikumsgesellschaften und grossen Unternehmen einerseits sowie bei KMU anderseits, zu wenig Rechnung. Der Schutz der Gläubiger und der Minderheitsaktionäre wird nicht besser, wenn die KMU, welche zwei der drei Kriterien - 50 Beschäftigte, Umsatz von 20 Mio Fr., Bilanzsumme von Fr. 10 Mio - erfüllen, folgende Berichte erstellen:

- *Geldflussrechnung*
- *Lagebericht: Bestellungs- und Auftragslage, Forschungs- und Entwicklungstätigkeit, Stand und Entwicklung wichtiger Sparten, aussergewöhnliche Ereignisse, die Zukunftsaussichten (961b)*
- *Angaben zur Durchführung einer Risikobeurteilung*
- *Gesamtbezüge der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans (Art. 697quater und quinques)*

und den Gläubigern und Minderheitsaktionären Einsicht gewähren. Im letztern Fall, muss der oberste Leiter des Unternehmens, in dessen Alleineigentum sich dieses befindet, seine Bezüge offen legen. Der durch diese zusätzlichen Angaben und Berichte verursachte administrative Mehraufwand und die damit ausgelösten massiv höheren Revisionskosten, sind für KMU nicht zu verantworten.

Antrag:

Erhöhung der Kriterien auf Fr. 40 Mio Umsatz und Fr. 20 Mio Bilanzsumme sowie 250 Beschäftigten eventualiter Streichung nachstehender Erfordernisse:

- die Geldflussrechnung, weil sie im Zeitpunkt der Revision nicht mehr aktuell ist,
- die ergänzenden Angaben im Lagebericht gemäss Art. 961b Abs. 2
- die Angaben zur Durchführung einer Risikobeurteilung
- die Gesamtbezüge der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans

Art. 962 (Abschluss nach Regelwerk)

Wir beantragen Streichung von Abs. 2: Dass Gesellschafter, die lediglich *10 Prozent des Grundkapitals* vertreten, einen Abschluss nach Regelwerk verlangen können, ist ein unverhältnismässiger Minderheitenschutz; dies ebenso bei Vereinen. Das generelle Recht eines jeden Gesellschafters mit einer Nachschusspflicht, einen Abschluss nach Regelwerk zu verlangen, kann im Einzelfall, wenn die Nachschusspflicht relativ klein ist, zu weit gehen.

Art. 963 (Konzernrechnung, Pflicht zur Erstellung)

In sehr kleinen Verhältnissen sollten die Unternehmen von der Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung entbunden werden, analog zu Art. 663e OR. Dies ist vor allem darum wichtig, da alle Gesellschaften, die zur Erstellung einer Konzernrechnung verpflichtet sind, der ordentlichen Revision unterliegen (Art. 727 Abs. 1 Ziffer 3 neu OR) und somit die zusätzlichen Angaben gemäss Art. 961 OR machen müssen.

Wir bitten Sie um Kenntnisnahme und verbleiben

mit vorzüglicher Hochachtung

**Schweizer Industrie- und
Handelskammern**

Dr. Hubertus Schmid
Präsident

Kopie z.K. Mitglieder der SIHK

Bundesamt für Justiz
Hauptabteilung Privatrecht
Abt. Gesetzgebungsprojekte
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 31. Mai 2006
Wb/540

VERNEHMLASSUNG **Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts**

Sehr geehrter Herr Direktor
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf den auf Ihrer Website vorgestellten Vorentwurf samt Begleitbericht und erlauben uns, Ihnen folgende Stellungnahme zukommen zu lassen.

Allgemeines

1. Die SUISA ist eine im Handelsregister eingetragene Genossenschaft gemäss Art. 828 ff. OR ohne Anteilscheinkapital (Art. 853 OR) sowie ohne persönliche Haftung und ohne Nachschusspflicht der Genossenschafter (Art. 869 – 871 OR). Sie zählte 2005 rund 7'700 Genossenschafter, erzielte eine Bilanzsumme von rund CHF 149 Mio. sowie einen Umsatz von rund CHF 137 Mio. und beschäftigte 192 Mitarbeiter (Vollzeitstellen). Neben den Genossenschaftern sind der SUISA weitere rund 14'500 Rechtsinhaber auf rein vertraglicher Basis angeschlossen; sie betreibt also in bedeutendem Umfang auch ein Nichtmitgliedergeschäft.

Nach ihrem statutarischen Zweck widmet sich die SUISA als Selbsthilfeorganisation der Rechtsinhaber der kollektiven Wahrnehmung von Urheberrechten an nicht theatralischen Musikwerken. Sie ist mit Bewilligung des Eidgenössischen Instituts für geistiges Eigentum (IGE) tätig und untersteht der Bundesaufsicht gemäss Art. 40-60 URG. Obwohl rein privatrechtlich inkorporiert und organisiert sowie im Rahmen des Privatrechts agierend ist sie – anders als „gewöhnliche“ Unternehmen – einer umfassenden staatlichen Administrativeraufsicht durch die Aufsichtsbehörde, das IGE, unterworfen (Art. 52-54 URG). Ausserdem verfügt sie über eine Monopolstellung und ist nicht gewinnstrebig – ja die Gewinnstrebigkeit ist ihr gesetzlich verboten (Art. 45 Abs. 3 URG).

2. Gegen die Ziele und die Stossrichtung der vorgeschlagenen Revision ist aus unserer Sicht nichts Grundsätzliches einzuwenden.
3. Das vorgeschlagene neue Rechnungslegungsrecht, der Bereich der Revision, von dem die SUISA zur Hauptsache betroffen sein wird, zeichnet sich durch eine ungenügende Differenzierung und daraus folgend durch eine Fehl- und Überregulierung aus und wird deshalb von uns abgelehnt. Näheres dazu in den nachfolgenden Ausführungen.

Bemerkungen zu einzelnen Teilen und Bestimmungen des Vorentwurfs

4. **Zusätzliche Anforderungen an den Geschäftsbericht und Abschluss nach Regelwerk (Art. 961 – 962a VE)**
 - a) Die rechtsformneutrale Ausgestaltung ist zwar durchaus sinnvoll und begrüssenswert. Die Vorlage ist jedoch allzu sehr auf die Zielgrössen der gewinnstrebigen, im Wettbewerb stehenden und im wesentlichen unreguliert tätigen Publikumsgesellschaft sowie des im Rechnungswesen bewanderten privaten oder institutionellen Investors ausgerichtet. Damit in den gleichen Topf geworfen werden Unternehmen, die nicht gewinnstrebig sind oder sein dürfen, nicht im Wettbewerb stehen, weitgehend staatlich reguliert sind oder in anderer Hinsicht von der Regel abweichen. Allen diesen „Spezialfällen“ sollen Vorschriften auferlegt werden, die sie teilweise gar nicht erfüllen können und die ihnen auf jedem Fall einen massiven Mehraufwand verursachen würden, der einerseits letztlich zu Lasten der Gesellschafter geht und anderseits in keinem vernünftigen Verhältnis zur (lediglich theoretisch) verbesserten Transparenz steht. Infolge der geforderten enormen Komplexität der Abschlüsse steht zu befürchten, dass die Transparenz leidet. Diese Einwände seien in bezug auf die SUISA nachfolgend noch weiter konkretisiert.
 - b) Das wesentliche Mittel der Kontrolle der Geschäftstätigkeit für die Rechtsinhaber und SUISA-Mitglieder sind die Abrechnungen. Daraus ersieht das einzelne Mitglied z.B. wieviele CD's mit seinen Werken verkauft, welche Konzerte, Sendungen usw. lizenziert und abgerechnet worden sind etc. Anhand der Abrechnungen kann er beurteilen, ob die SUISA ihre Aufgabe der Erhebung von Lizenzvergütungen und deren Verteilung an die Rechtsinhaber (Wahrnehmung von Urheberrechten) korrekt erfüllt hat. Der Jahresrechnung kommt dabei lediglich sekundäre Bedeutung zu.

Zweites Hauptinteresse der Rechtsinhaber ist, dass die SUISA ihre Aufgabe kostengünstig und effizient erfüllt. Da die Aufwendungen der Wahrnehmung durch einen Abzug von den gesamthaft eingenommenen Lizenzvergütungen gedeckt werden, bedeutet Effizienz einen geringen Kostensatz. Dieser Kostensatz wird mit Hilfe der Rechnungslegung bzw. als ein Ergebnis der Jahresrechnung ermittelt. Dazu sind die allgemeinen Bestimmungen zu Buchführung und Rechnungslegung (Art. 957a – 960f VE) ausreichend. Die „Zusätzlichen Anforderungen an den Geschäftsbericht“ und der „Abschluss nach Regelwerk“ tragen dazu nicht das geringste bei, behindern im Gegenteil die korrekte und stetige Ermittlung des Kostensatzes (siehe weiteres dazu unter 5).

Wie erwähnt untersteht die SUISA einer umfassenden staatlichen Administrativaufsicht. Jedes SUISA-Mitglied und jeder sonstwie Interessierte kann jederzeit Aufsichtsbeschwerde erheben. Die SUISA ist umfassend auskunftspflichtig (Art. 50 URG). Die Aufsichtsbehörde prüft und genehmigt den Geschäftsbericht (Art. 53 Abs. 1 URG). Durch diese staatliche Regulierung wird das Schutzbedürfnis der Rechtsinhaber und der weiteren Öffentlichkeit weitgehend abgedeckt und die Rechnungslegung tritt in den Hintergrund.

Die Rechtsinhaber und Mitglieder der SUISA sind Musikschaflende (Komponisten und Textautoren) und Musikverleger; es sind keine privaten oder institutionellen Anleger mit den entsprechenden Kenntnissen des Finanzwesens. Ihnen geht in der weit überwiegenden Mehrzahl das nötige Wissen ab, um z.B. eine Geldflussrechnung interpretieren (Art. 961a VE) oder die richtigen Schlüsse aus der Aufteilung nach Fälligkeiten der langfristigen verzinslichen Verbindlichkeiten (Art. 961 Abs. 2 Ziff. 1 VE) ziehen, geschweige denn die hochkomplizierten Darstellungen der einschlägigen Regelwerke verstehen zu können. Die vom Vorentwurf geforderte Komplexität führt nicht zu mehr, sondern zu weniger Transparenz.

Die vorgeschlagenen Verschärfungen der Rechnungslegung werden – nicht nur bei der SUISA – einen massiven höheren Aufwand im Finanz- und Rechnungswesen zur Folge haben. Dieser Aufwand wird bei der SUISA wie erwähnt durch einen Abzug von den eingenommenen Lizenzvergütungen gedeckt, was einen Anstieg des Kostensatzes zur Folge haben wird. Der Zusatzaufwand geht mit anderen Worten auf Kosten der Rechtsinhaber, ohne dass für diese ein ins Gewicht fallender Nutzen ersichtlich wäre.

Durch die Monopolstellung der SUISA entfällt die Funktion der Rechnungslegung als Instrument des Vergleichs zwischen mehreren miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen. Als Korrektiv hat der Gesetzgeber die Verwertungsgesellschaften einer umfassenden staatlichen Administrativaufsicht unterstellt. Parallel dazu noch die Rechnungslegung massiv zu verschärfen erzeugt lediglich nutzlose Redundanzen.

Die SUISA agiert nicht am Kapitalmarkt, so dass die Rechnungslegung nicht die Funktion des Informationsmittels des Investors im Anlageprozess zu erfüllen hat.

Verwertungsgesellschaften sind keine Anlagevehikel, sondern Selbsthilfeorganisationen der Rechtsinhaber.

- c) Vor diesem Hintergrund sind die vorgeschlagenen Schwellenwerte, bei deren Erreichen zusätzliche Anforderungen an den Geschäftsbericht gestellt werden bzw. ein Abschluss nach Regelwerk zu erstellen ist (Art. 961 Abs. 1 Ingress bzw. 962 Abs. 1 VE), einerseits zu undifferenziert, indem sie nur auf „Unternehmensgrösse“ abstellen, und anderseits viel zu tief angesetzt. Wurden die Schwellenwerte für die ordentliche Revision in Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 nOR bereits recht tief, aber noch vertretbar angesetzt, erweisen sie sich als Grenze für die „Rechnungslegung für grosse Unternehmen“ (Art. 961 Abs. 1 Ingress VE) als unangemessen tief. Geradezu absurd ist es, beim Schwellenwert für den Abschluss nach Regelwerk alle Genossenschaften mit mindestens 2000 Mitgliedern den börsenkotierten Publikumsaktiengesellschaften gleichzustellen (Art. 962 Abs. 1 VE). Dass ein öffentliches Interesse besteht, Riesen-genossenschaften wie Migros oder Coop zu einem Regelwerk-Abschluss zu verpflichten (Bericht S. 111), sei nicht bestritten. Die Grenze von 2000 Mitgliedern ist jedoch viel zu tief angesetzt bzw. zu undifferenziert. Mit ihr werden viele Genossenschaften unterstellt, die nicht das geringste mit den anvisierten Riesenunternehmen zu tun haben.
- d) Den geschilderten Abweichungen vom Regelfall kann auf grundsätzlich zwei Arten Rechnung getragen werden: Durch Nachvollzug der gegebenen Differenzen und durch Abgrenzung aufgrund einfacher Grenzwerte der Unternehmensgrösse. Ersterer Weg ist an sich vorzuziehen, allerdings infolge der Vielgestaltigkeit des Wirtschaftslebens nur schwer in generell-abstrakte Normen umzusetzen.

Wir regen daher folgende **Modifikationen** an, um die festgestellten Mängel des Vorentwurfs zu entschärfen:

Die Bestimmungen über Rechnungslegung für grosse Unternehmen und Abschluss nach Regelwerk gelten nur für Genossenschaften mit Anteilscheinkapital.

Alternativ: Die Schwellenwerte gemäss Art. 961 Abs. 1 Ingress VE i.V.m. Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 nOR sind wesentlich zu erhöhen (auf Bilanzsumme/Umsatz von mehreren hundert Mio. Franken und mind. 300 Vollzeitstellen).

Alternativ: Art. 962 Abs. 1 Ziff. 2 VE ist zu streichen oder auf Genossenschaften mit Anteilscheinkapital zu beschränken. Die Interessen der Genossenschafter werden mit Abs. 2 dieses Artikels ausreichend gewahrt.

Alternativ: Dem Bundesrat ist die Kompetenz einzuräumen, in begründeten Fällen auf dem Verordnungsweg von den Vorschriften gemäss Art. 961 Abs. 1 und 962 Abs. 1 VE abzuweichen.

5. Abschluss nach Regelwerk (Art. 962 und 962a VE)

Zusätzlich zu den vorstehenden Ausführungen ist im Zusammenhang mit dem Abschluss nach Regelwerk noch auf zwei weitere Punkte hinzuweisen:

Die Besonderheiten des Geschäfts der kollektiven Verwertung sind mit den bisher bekannten Regelwerken nicht kompatibel. Diese sind auf gewinnorientierte Unternehmen und nicht auf Selbsthilfeorganisationen zugeschnitten. Es wird daher unumgänglich sein, diese Regelwerke den Realitäten anzupassen. Damit geht jedoch ihr eigentlicher Sinn und die mit ihnen angestrebte true and fair view verloren, so dass nur noch Aufwand und kein Nutzen mehr übrigbleibt.

Die Bilanzierung der SUISA ist seit jeher darauf ausgerichtet, Bewertungsschwankungen und damit Schwankungen des Kostensatzes von Jahr zu Jahr möglichst zu vermeiden. Dies dient dazu, die Ausschüttungen an die Rechtsinhaber (bei gleichbleibendem Lizenzentrag) zumindest vom Kostensatz her möglichst konstant zu halten und Einkommensschwankungen abzudämpfen. Die Verteilung darf und soll den allenfalls unterschiedlichen Erfolg der Werke widerspiegeln, nicht jedoch externe wirtschaftliche Einflüsse. Die Rechnungslegung nach Regelwerk würde diesem Bemühen diametral zuwiderlaufen, indem diese die Abbildung von Bewertungsschwankungen gerade verlangt und eine ausgleichende Bilanzierung verunmöglicht. Das Argument, der Kostensatz könne immer noch aufgrund eines parallelen Abschlusses nach OR ermittelt werden, geht fehl: Die Erstellung und Publikation zweier unterschiedlicher Abschlüsse würde die Rechtsinhaber und die Öffentlichkeit nur verwirren und ist vom Aufwand her unzumutbar.

6. Eigenkapital (Art. 959 und 959a VE)

Neu besteht eine allgemeine Pflicht zur Ausweisung von Eigenkapital. Wenn jedoch ein Unternehmen wie die SUISA weder ein Grund- noch ein Anteilscheinkapital hat und keine Gewinne erwirtschaften darf, stellt sich die Frage, wie Eigenkapital gebildet werden soll. Dieser Punkt ist nochmals zu **überdenken**, das heisst zu **flexibilisieren**.

7. Offenlegung und Auskunfterteilung betreffend Vergütungen für die Verwaltung (Art. 857 Abs. 2^{bis} VE)

Die unter obiger Ziffer 4 vorgebrachten Einwände gelten sinngemäss auch in bezug auf die Regelung über die Offenlegung der Vergütungen. Es erscheint unverhältnismässig, jegliche Genossenschaft mit über 2000 Mitgliedern den börsenkotierten Publikumsaktiengesellschaften gleichzustellen. Auch hier ist daran zu erinnern, dass Verwertungsgesellschaften wie die SUISA nicht auf dem Kapitalmarkt agieren und einer umfassenden staatlichen Aufsicht unterstehen. Das Auskunftsrecht gemäss Art. 697^{quinquies} genügt vollauf.

Wir fordern deshalb, **Art. 857 Abs. 2^{bis} Satz 2 VE zu streichen oder auf Genossenschaften mit Anteilscheinkapital zu beschränken**.

Abschliessend danken wir Ihnen für die unseren Ausführungen entgegengebrachte Aufmerksamkeit und bitten Sie um wohlwollende Berücksichtigung unserer Anliegen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

SUISA

Dr. Alfred Meyer
Generaldirektor

Dr. Bernhard Wittweiler
Leiter Rechtsdienst

cc: ProLitteris, Suissimage, SSA, Swissperform
IGE

**SVSA**

Bergstrasse 21 Postfach 662
CH-8044 Zürich
Tel 043 499 99 33
Fax 043 499 99 85
www.svsa.ch/ info@svsa.ch

EINSCHREIBEN

An das
Eidg. Justizdepartement
Bundeshaus
3001 Bern

Vernehmlassung zur Aktienrechtsreform

Sehr geehrter Herr Bundesrat Dr. Blocher

Sehr geehrte Damen und Herren

Als Schutzvereinigung Schweizer Anleger mit mittlerweile reicher fünfjähriger Erfahrung bei der aktiven Begleitung von Schweizer Publikumsgesellschaften, welche zeitweise von einer existentiellen Krise erfasst waren wie SAirGroup/ Swissair, Swiss, ABB, Rentenanstalt/ SwissLife, Zürich Financial Services, Jomed, Credit Suisse u.a.m. erlauben wir uns innert Frist zur anstehenden Aktienrechtsrevision wie folgt vernehmen zu lassen und aus der Praxis gewachsene Anregungen einzubringen, wobei wir uns auf jene Fragen beschränken, welche die Anleger, insbesondere die Privat-/ Kleinaktionäre bewegen:

I. Inhaberaktien

Die Abschaffung d.h. bei einigen Publikumsgesellschaften faktisch die Liquidation der Inhaberaktien ist nicht unbedenklich.

Einerseits haben Aktionäre, welche heute Inhaberaktien halten, einen grossen Kurssturz mit Vermögensverlust zu befürchten, anderseits werden bei grossen Publikumsgesellschaften wie bspw. Grossbanken die Namenaktien faktisch wie Inhaberaktien behandelt, denn ein immer grösserer Teil der Aktien wird anonym gehalten d.h. die Halter sind nicht im Aktienregister eingetragen (bspw. UBS AG > 50%!).

Anregung

Sollte an der Abschaffung der Inhaberaktien festgehalten werden, ist unbedingt eine die Anleger schützende Übergangsbestimmung mit angemessener Frist zwecks Umwandlung vorzusehen. Zudem ist im Rahmen der Aktienrechtsrevision zu prüfen, ob der bedenkliche Missstand, wonach > 50% der Namenaktien nicht mehr im Akteinregister eingetragen sind, was heute dank EDV nicht etwa aufwändig ist, so belassen werden kann.

II. Nennwert

Neu sollen auch Nennwerte mit einem Bruchteil eines Rappens möglich sein. Diese Entwicklung macht weder ökonomisch noch administrativ Sinn, denn bei kleinen Aktienpaketen (in der Praxis insbesondere Aktien mit kleinem Nennwert aber deutlich höherem Börsenkurs) bewegen sich die Dividenden schon heute in einem Bereich, wo die Bankgebühren höher sind als die Dividende. Zudem muss auf solcherart kleinen Werten die Verrechnungssteuer in Abzug gebracht und nachher bei Steuererklärung und Eidg. Steuerverwaltung minutiös administriert werden. Dieser Aufwand ist unverhältnismässig und mit dem Gebot der Deregulierung unvereinbar.

Anregung: Nennwert von 1 Rappen beibehalten

III. Traktandierungsantrag (Art. 699a neu)

Die Generalversammlung stellt die Kommunikationsplattform zwischen Aktionären und Verwaltungsrat dar, was auch der Swiss Code of Best Practise ausdrücklich so sieht. Also gilt es diese Kommunikationsplattform für die Aktionäre attraktiv zu machen, wozu auch die Möglichkeit der Einbringung eines Traktandums gehört. Die heutige Hürde dazu ist zu hoch; auch die im Gesetzesentwurf vorgesehene Hürde von einer Million Franken ist unangemessen, dies insbesondere im Vergleich zu den Bedingungen bei Sonderuntersuchung und Einberufung einer Generalversammlung, wo dasselbe Nennwertsquorum vorgesehen ist, obwohl es sich dort um Anträge von viel grösserer Tragweite handelt.

Anregung

Wir schlagen daher vor, dass das nötige Nominalwertquorum für die Einbringung eines Traktandums neu auf CHF 500'000.00 gesetzt wird, was im Übrigen gemessen an der erneuten Verringerung des Nominalwerts nur logische Folge sein müsste, denn die immer tieferen Nominalwerte erschweren den Privat-/ Kleinaktionären a priori die Einbringung von Anträgen auf Traktanden, Einberufung ausserordentliche Generalversammlung oder Sonderuntersuchung.

In diesem Zusammenhang möchten wir weiter anregen, dass es den Unternehmen nicht länger erlaubt sein soll, weitere erschwerende Voraussetzungen dazu in den Statuten zu formulieren wie bspw. bei der Credit Suisse, wo die Aktien für die Dauer von einem Monat bis einen Tag nach der Generalversammlung zu sperren sind und mit Einreichung des Traktandenantrags je Aktionär ein entsprechender Nachweis beizubringen ist.

Erfahrungsgemäss fürchten viele Aktionäre solcherart Aktiensperrung, denn die Börse ist gegenüber früher bedeutend unberechenbarer geworden, was denn auch die Motivation zu einem Traktandumsantrag massgeblich minderte, wie wir bei der Credit Suisse aus aktuellem Traktandumsantrag aus unseren Kreisen (Abwahl VRP/ CEO Lukas Mühlemann) erleben mussten.

Denkbar wäre eine Lösung zur Güte dergestalt, dass ein Minimum von bspw. 20 % des bisher gehaltenen Bestands an zu sperrenden Aktien vorzusehen wäre, um so verhindern zu können, dass böswillig traktandierende Aktionäre ihre Aktien hernach rechtsmissbräuchlich auf den Markt werfen.

IV. Déchargeerteilung (Art. 698 Ziff. 5 i.V. m. Art. 710)

Neu sollen die Verwaltungsräte verbindlich einzeln zur Wahl gestellt werden.

Anregung

In Analogie dazu regen wir an, dass auch bei der Décharge den Verwaltungsräten verbindlich einzeln Entlastung zu erteilen und dies im Gesetz auch so festzuschreiben sei.

V. Antrag auf Einberufung Generalsversammlung (Art. 699 Abs. 3)

Bislang heisst es: „... kann auch von einem oder mehreren Aktionären...“, neu indes nur noch: „Aktionäre können...“.

Dies hiesse, dass ein einzelner Aktionär und halte er noch so viele Aktien, ausgeschlossen wäre. Ist dies gewollt, was wir nicht glauben können, oder vielmehr eine unklare zu verbessernde Formulierung ?

Anregung

„Aktionäre, auch ein einzelner Aktionäre können...“

VI. Lohntransparenz

Die Diskussion über die hohen Manager- und Verwaltungsratsentschädigungen ist erst so richtig angelaufen. Eine Volksinitiative dazu scheint ernsthaft in Vorbereitung.

Anregung

Unsere Kreise würden es begrüssen, wenn den Aktionären nicht nur ein Informationsrecht, sondern auch ein gewisses Mitspracherecht bei den Manager- sowie Verwaltungsratsentschädigung zustünde.

Dies insbesondere bei ausserordentlichen Boni, Abgangsentschädigungen, Gehälter die ein gewisses Mass in Relation zum tiefsten Lohn ein einem Unternehmen überschreiten und dgl., wo eine Antragspflicht des Verwaltungsrats an die Generalversammlung denkbar und praktisch auch machbar wäre.

VII. Unabhängiger Stimmrechtsvertreter (Art. 689d)

Wir begrüssen ausdrücklich die neue Regelung laut Art. 689d lit. c Abs. 2, denn heute ist unbefriedigend, dass unklar ist, wie sich der unabhängige Stimmrechtsvertreter bei in der Generalversammlung eingebrachten Anträgen (wie Sonderprüfung oder Einberufung einer GV) tatsächlich verhält.

Nun wird der Unabhängige Stimmrechtsvertreter vom Verwaltungsrat bestimmt, was wohl praktikabel aber nicht unbedenklich ist. Es zeigt sich nämlich heute wie bspw. bei der Credit Suisse, dass über viele Jahre hinweg in der Person von Rechtsanwalt Dr. Reinhart stets dieselbe Person diese Funktion ausübt, was dessen Unabhängigkeit in Frage stellen kann.

Anregung:

Die Gesellschaften sollen verpflichtet sein, jedes Jahr einen andern Unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu bestimmen, wobei dieselbe Person insgesamt höchstens drei Mal diese Funktion ausüben dürfen soll.

Zudem soll im Gesetz sichergestellt werden, dass der Aktionär seine Weisungen direkt an den Unabhängigen Stimmrechtsvertreter an diesen einreichen kann, was heute beileibe nicht bei allen Gesellschaften gewährleistet ist, womit das Stimmgeheimnis nicht gewahr ist.

VIII. Sonderuntersuchung (Art. 687)

Anregung

Art. 687 Ziff. 1 Abs. 1 sei zu ergänzen: „... *ausgeübt hat oder ihm dasselbe aktenkundig verweigert wurde.*“

Wir bitten um Vormerknahme und wohlwollende Prüfung unserer aus der Praxis gewachsenen Anregungen, welche zum Ziel haben, die Anlage in Aktien für Privat-/Kleinaktionäre in Zukunft wieder attraktiver zu machen, denn interessierte und motivierte Privat-/Kleinanleger sind für eine in der Bevölkerung breit abgestützte, gesunde Volkswirtschaft von wirtschafts- und ebenso sehr gesellschaftspolitischer Bedeutung unserer direkte Demokratie! Dies ist sozialer Kontrolle gleichzustellen.

Im Übrigen begrüssen wir selbstredend die generelle Stossrichtung der Reform zwecks Stärkung der Aktionärsrechte und Vereinfachung zur Durchsetzung derselben.

Mit freundlichen Grüßen

SVSA

i.A.

sig. Hans-Jacob Heitz, Präsident

Im Doppel

cc an: ehra@bj.admin.ch

Herrn Bundesrat
Christoph Blocher
Vorsteher des Eidg. Justiz- und Polizei-
departement
Bundeshaus
3003 Bern

Zürich, 30. Mai 2006

Vernehmlassung zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts

Sehr geehrter Herr Bundesrat Blocher

SWICO ist der Schweizerische Wirtschaftsverband der Informations-, Kommunikations- und Organisationstechnik. Im SWICO sind über 400 Anbieter und Hersteller der ICT/CE-Branche organisiert, die mit ihren 34'000 Angestellten einen Umsatz von CHF 19 Milliarden erwirtschaften. SWICO setzt sich für eine liberale, kundenbezogene und ökologisch verantwortungsbewusste Entwicklung des ICT/CE Marktes in der Schweiz ein.

Für den SWICO als Wirtschaftsverband der auf dem Gebiet der Informations- und Kommunikationstechnologie tätigen Anbieter ist die zur Vernehmlassung vorgelegte Revision des Aktienrechtes aus folgenden Gründen bedeutsam:

(1) Beim Grossteil der im SWICO vertretenen Unternehmen handelt es sich um kleine und mittlere Unternehmen („KMU“), welche z.B. auf dem Gebiet der Beratung, Ausbildung, Lösungs-Entwicklung und -Einführung tätig und mehrheitlich als Aktiengesellschaften konstituiert sind. Daneben bevorzugen auch viele bedeutende internationale Unternehmen der ICT/CE Branche für ihre in der Schweiz tätigen Konzerngesellschaften die Rechtsform der Aktiengesellschaft. Die Revision des Aktienrechtes sollte daher neben den Publikumsgesellschaften auch den Anforderungen an die für den Wirtschaftsstandort Schweiz wichtigen Erscheinungsformen der Aktiengesellschaft mit einem beschränkten Aktionärskreis Rechnung tragen.

(2) Als Verband der ICT/CE Branche bringt der SWICO jenen Bestimmungen des Gesellschaftsrechtes besonderes Interesse entgegen, welche sich mit dem Einsatz der Mittel der modernen Informations- und Kommunikationstechnologie bei der Verwaltung von Gesellschaften befassen.

(3) Der SWICO hat sich seit Ende der Achtzigerjahre in einem Teilbereich des von der Revision betroffenen Handelsrechts, nämlich den Buchführungs- und Aufbewahrungsvorschriften, aktiv eingesetzt. Aus seiner Fachkommission „IT-Recht“ ist die Expertenkommision der Wirtschaft für die Erarbeitung der Entwürfe bei der letzten Revision des Buchführungs- und Aufbewahrungsrechts hervorgegangen. Die Kommission IT-Recht des SWICO war auch massgeblich an der Redaktion der Geschäftsbücherverordnung (SR 221.431) beteiligt.

Aus diesem Grunde konzentriert sich unsere Stellungnahme auf die vorstehend umschriebenen Interessenbereiche.

1. Auswirkungen Revision des Aktienrechts auf kleine und mittlere Unternehmen

1.1 Grundsätzlich begrüßt der SWICO eine erhöhte Transparenz und Rechtssicherheit im Bereich des Aktienrechts. Aus Sicht der KMU wäre es jedoch wünschenswert, wenn gleichzeitig eine **Vereinfachung des Aktienrechts** erreicht werden könnte.

Auch wenn ein angemessener Anleger- und Gläubigerschutz ein wichtiges Ziel für eine Revision darstellt, sollten damit Aktiengesellschaften mit einer einfachen, überblickbaren Struktur des Aktionariates (wie z.B. junge Unternehmen zu Beginn ihrer Entwicklung; Familiengesellschaften; Schweizer Niederlassungen internationaler Konzerne) nicht überreguliert werden.

Gerade in einem innovativen, sich rasch entwickelnden Markt wie der ICT/CE Branche sollte es möglich sein, dass Jung-Unternehmer rasch, ohne grossen finanziellen Aufwand und mit einem Minimum von institutionellen Kontrollen, ein Unternehmen gründen können, welches günstige Voraussetzungen für die Beteiligung Dritter mit Risikokapital schafft. **Insoweit leistet das Aktienrecht einen wichtigen Beitrag an die Entwicklung des Wirtschaftsstandortes Schweiz.**

Wir befürchten, dass aufgrund von einzelnen bedauernswerten Vorkommnissen in der Schweizer Wirtschaft, wie sie auch im Begleitbericht genannt werden, sowie unter dem falsch verstandenen Einfluss amerikanischer Kontrollmechanismen eine Regulierungsdichte angestrebt wird, welche nur für Gross-Aktiengesellschaften erträglich ist. Damit würde der Hauptharst von Aktiengesellschaften in der Schweiz wegen einiger weniger Grossfirmen „bestraft“. U.E. sind **Flexibilität und Organisations-Autonomie der kleinen und mittleren Aktiengesellschaften mit einem überblickbaren Aktionärskreis, welche das Rückgrat der schweizerischen Wirtschaft ausmachen, zu erhalten und wo immer möglich zu fördern.**

- 1.2 Wir gelangen deshalb zur Empfehlung, die umfangreichen Schutzbestimmungen zu entflechten und das Aktienrecht so zu gliedern, dass ein Kern von Bestimmungen für eine „einfache AG“ herausgeschält wird und sämtliche Sonder- und Schutzbestimmungen für Gross-AGs und insbesondere auch für börsenkotierte AGs in einen separaten Teil ausgegliedert wird.
- 1.3 Nur im Sinne des Beispiels von Vorschriften, welche bei einem einfachen, überblickbaren Aktionärskreis zu einer „Über-Regulierung“ führen könnten und daher in Bezug auf ihre praktische Notwendigkeit und die Erhaltung von Flexibilität und Organisations-Autonomie unserer kleinen und mittleren Aktiengesellschaften zu überdenken wären, sei auf folgende Bestimmungen der Revisionsvorlage hingewiesen:
 - **Art. 622 Abs. 2 revOR:** Die wirtschaftlichen Auswirkungen der Aufhebung der Kategorie der „Inhaberaktien“ auf die Möglichkeit der (anonymen) Beschaffung von Risikokapital bei jungen Unternehmen wäre kritisch zu prüfen; ebenso wäre zu klären, ob und in welchem Umfange internationale Konzerne bei der Gründung von Schweizer Tochtergesellschaft der Namen- oder doch noch der Inhaberaktie den Vorzug geben.
 - **Art. 652b revOR:** Sehr detaillierte Regelung des Bezugsrechtes mit zweifelhafter praktischer Bedeutung für kleine und mittlere Aktiengesellschaften.
 - **Art. 653 ff revOR:** Umfangreiche Regelungen über die „Bedingte Kapitalerhöhung“.
 - **Art. 653r ff revOR:** Das „Kapitalband“ dürfte für Klein-Aktiengesellschaft kaum praktische Bedeutung erhalten.
 - **Art. 689c revOR:** Die Bestimmung über das Verfahren für die Vertretung des nicht persönlich an der Generalversammlung erscheinenden Aktionärs durch einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter erscheint bei Gesellschaften mit nicht börsenkotierten Aktien und einem überblickbaren Aktionärskreis reichlich komplex.
 - **Art. 697-697^{ter} revOR:** Die erhöhten, formalisierten Anforderungen über die Erteilung schriftlicher Auskünfte betreffend Angelegenheiten der Gesellschaft kann für den in der Regel nebenamtlich tätigen Verwaltungsrat von kleinen und mittleren Aktiengesellschaft zu einer erheblichen Belastung führen.

- **Art. 697^{quinquies} OR:** Es stellt sich die Frage, ob es sachlich gerechtfertigt ist, jedem einzelnen Aktionär einer Gesellschaft mit nicht börsenkotierten Aktien ein voraussetzungsloses Auskunftsrecht in Bezug auf die von der Gesellschaft ausgerichteten Vergütungen im gleichen Umfange wie bei den an der Börse kotierten Gesellschaften zu gewähren.
- **Art. 697b Abs. 1 revOR:** Die Einräumung des Rechts auf Anordnung einer Sonderuntersuchung an Aktionäre, die über lediglich 5% der Aktien oder der Stimmen verfügen, kann bei kleinen Aktiengesellschaften zu einem Aufwand führen, der mit dem Wert des vom Gesuchsteller gehaltenen Kapitalanteils in keinem ausgewogenen Verhältnis steht, v.a. weil gemäss Art. 697g OR die Kosten der Untersuchung nun ausnahmslos von der Gesellschaft zu tragen sind.
- **Art. 701a revOR:** Die für alle Aktiengesellschaften zugelassene Durchführung der Generalversammlung an verschiedenen Orten unter simultaner Ton- und Bildübertragung der Voten dürfte für nicht börsenkotierte Gesellschaften kaum praktisch anwendbar sein.
- **Art. 716b Abs. 2 revOR:** Es stellt sich die Frage, ob in einfachen Verhältnissen kleiner Aktiengesellschaften die Anforderungen an den notwendigen Inhalt des Organisationsreglementes nicht zu detailliert umschrieben worden ist.

2. Anwendung elektronischer und anderer technischer Mittel

Zu der neu eingeführten Möglichkeit der Anwendung elektronischer und anderer technischer Mittel im Gesellschaftsrecht haben wir folgende Überlegungen angestellt:

- **Art. 689a Abs. 2 revOR:** Es ist nicht recht einzusehen, weshalb der Verwaltungsrat in überblickbaren Verhältnissen neben der Schriftlichkeit gemäss Art. 11 - 14 OR nicht auch eine andere Form der Vollmachterteilung zulassen kann als die in der realen Wirtschaft bisher kaum je angewandte elektronische Vollmacht mit qualifizierter elektronischer Signatur, nachdem z.B. das Gerichtsstandsgesetz (SR 272) oder dem sog. „Lugano-Übereinkommen“ (SR 0.275.11) bei der Vereinbarung eines Gerichtsstandes erheblich grosszügiger verfährt und Telex, Telefax oder E-Mail zulässt (Art. 9 GeStG), bzw. die Form internationaler Handelsbräuche zulässt (Art. 17 LugÜ). Die Bestimmung in ihrer jetzigen Form mit der abschliessenden Regelung der Form der Vollmachterteilung erscheint uns als ein zu weitgehender Eingriff in die Organisationsautonomie der Gesellschaft.

- **Art. 700 Abs. 1 OR:** Es ist uns nicht ganz klar, wie die Zustimmung der einzelnen Aktionäre zur elektronischen Zustellung der Einladung zu einer Generalversammlung eingeholt werden kann.
- **Art. 701c ff revOR - elektronische Generalversammlung:** Bei der Durchführung der Generalversammlung unter Einsatz elektronischer Mittel sind aus unserer Sicht mindestens folgende Fälle zu unterscheiden (a) Elektronische Stimmabgabe / Auszählung physisch anwesender Teilnehmer – wie bereits bei grossen, börsenkotierten Gesellschaften praktisch angewendet; (b) Elektronische Durchführung (an einem oder verschiedenen Orten) wenn die ganze Versammlung den (physisch anwesenden) Teilnehmern übertragen wird – auch diese Art von Generalversammlungen wird von grossen Publikumsgesellschaften schon heute praktisch durchgeführt; und (c) volle elektronische Durchführung ohne physische Anwesenheit der Aktionäre oder deren Vertreter an einem Ort. Das Gesetz sollte jeder dieser Arten der Durchführung Rechnung tragen, wobei der Gesetzgeber u.E. angesichts der raschen technischen Entwicklung und im Sinne der Organisationsautonomie der Gesellschaften von allzu detaillierten und auf den heutigen Stand der Technik bezogenen Bestimmungen Abstand nehmen sollte.
- **Art. 701c revOR:** Es ist nicht ganz klar, weshalb die Ausübung der Aktionärsrechte mit Hilfe der Elektronik (d.h. elektronische Abstimmungen) nur zugelassen werden soll, wenn die betreffende Generalversammlung durch elektronische Mittel übertragen wird: Die elektronische Ausübung der Aktionärsrechte (durch elektronische Abstimmung) und die elektronische Übertragung der Generalversammlung sind nach unserer Ansicht nicht zwingend voneinander abhängig.
- **Art. 701d revOR:** Die Durchführung einer elektronischen Generalversammlung unter Voraussetzung der Zustimmung sämtlicher Aktionäre wird praktisch nur in kleinsten Verhältnissen möglich sein: Gerade in solchen Verhältnissen aber wird man kaum je eine elektronische Generalversammlung durchführen.
- **Art. 702 Abs. 2 und 3 revOR:** Das Protokoll mit den Auskunftsbegehren und den erteilten Antworten (Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 revOR) unterliegt offenbar wie bisher dem Einsichtsrecht am Sitz der Gesellschaft nach Art. 702 Abs. 3 Satz 1 revOR. Zusätzlich soll neu ein „Beschlussprotokoll“ geschaffen werden, welches den Aktionären auf elektronischem Weg zugänglich zu machen oder jedem Aktionär auf dessen Wunsch in einer Ausfertigung zuzustellen ist. Vom Nutzen und der Praktikabilität dieser zusätzlichen Bestimmung sind wir nicht überzeugt.

3. Revision der Buchführungs- und Aufbewahrungsvorschriften

Zu den revidierten Buchführungs- und Aufbewahrungsvorschriften können wir wie folgt Stellung nehmen:

3.1 Definition der aufzubewahrenden Unterlagen

- 3.1.1 Die Aufteilung und Verschiebung der Bestimmungen des geltenden Art. 957 OR ist aus unserer Sicht grundsätzlich möglich. Die Neufassung von Art. 957 a Abs. 3 revOR stellt hingegen redaktionell aus folgenden Gründen einen Rückschritt zum bestehenden Recht nach OR und GeBÜV dar.
- 3.1.2 Der Begriff „Schriftstücke“ lässt den Schluss zu, dass nicht in einem „Schriftstück“ enthaltene textliche Meldungen, wie z.B. Meldungen des elektronischen Geschäftsverkehrs („electronic data interchange, EDI“ bzw. „XML, extended markup language“) oder andere in elektronischer Form ausgetauschten und/oder aufbewahrten, als Text lesbare Meldungen nicht die Qualität eines Buchungsbeleges aufweisen können, was sicher falsch ist.
- 3.1.3 Wenn man etwa die Begriffe der „Urkunde“, wie er in Art. 110 Ziff. 5 des Strafgesetzbuches definiert ist oder der „Schriftlichkeit“, wie er etwa in Art. 9 des Gerichtsstandsgesetzes umschrieben ist, betrachtet („Einer schriftlichen Vereinbarung gleichgestellt sind Formen der Übermittlung, die den Nachweis durch Text ermöglichen, wie namentlich Telex, Telefax und e-Mail“), muss dieser Begriff sicher noch einmal überdacht werden.
- 3.1.4 Die Beschränkung der aufzubewahrenden Unterlagen auf die „Belege“, d.h. dem Grundsatz, dass nicht sowohl die Buchungsbelege wie auch die gesamte Geschäftskorrespondenz (somit nicht jede von einem buchführungspflichtigen Unternehmen abgegebene oder empfangene Nachricht) aufzubewahren ist, können wir auf jeden Fall zustimmen. Bereits in dem mit unserer Unterstützung verfassten Vorentwurf zur Geschäftsbücherverordnung hatten wir diesbezüglich einen Artikel 18 vorgesehen, welcher das Belegprinzip wie folgt ausgedrückt hatte:

„Artikel 18, Vorrang des Belegs vor der Geschäftskorrespondenz

Soweit ein verbuchter Geschäftsvorfall durch einen Buchungsbeleg nachgewiesen ist, ist jene Geschäftskorrespondenz, die allein diesen Sachverhalt gleichwertig nachweist, nicht aufbewahrungspflichtig.“

- 3.1.5 Hingegen haben wir Bedenken, dass aus dem vollständigen Wegfall der Erwähnung der Geschäftskorrespondenz in den revidierten Buchführungsvorschriften von Art. 957a revOR der Eindruck entstehen könnte, die Geschäftskorrespondenz als solche falle nicht mehr unter die Aufbewahrungspflicht. Dass dem natürlich nicht so ist, sondern je nach Umständen Belege auch Teile der Geschäftskorrespondenz erfassen können, wie dies der Begleitbericht auf Seite 102 zutreffend festgehalten wird, sollte unseres Erachtens auch im Gesetzestext in angemessener Art und Weise zum Ausdruck kommen. Nach unserem Verständnis umfassen die „Buchungsbelege“ auch die Geschäftskorrespondenz, soweit diese zum Nachweis der Begründung, Änderung oder Aufhebung buchungsrelevanter Rechten oder Pflichten des buchführungs-pflichtigen Unternehmens geeignet sind.
- 3.1.6 Zur näheren Klärung des Begriffs der aufzubewahrenden Buchungsbelege unter Ein-beziehung qualifizierter Teile der Geschäftskorrespondenz schlagen wir eine Definiti-on vor, welche in Übereinstimmung mit der geltenden Praxis festhält, dass es sich hierbei um Belege handelt, welche zum Nachweis der Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten der Unternehmung dienen und damit zu ei-nem buchungsrelevanten Geschäftsvorfall oder Sachverhalt führen.
- 3.1.7 Als Ergänzung und Präzisierung zum vorgeschlagenen Art. 957 a Abs. 3 revOR schlagen wir, in Anlehnung an die Definition der „Urkunde“ nach Art. 110 Ziff. 5 StGB sowie der Textform von Vereinbarungen nach Art. 9 GeStG folgende Formulierung vor:

„Als Buchungsbelege gelten alle Aufzeichnungen in Textform, welche notwendig sind, um den einer Buchung zugrunde liegenden Geschäftsvorfall nachvollziehen zu können, d.h. einen Sachverhalt, durch welchen Rechte oder Pflichten für das Unternehmen begründet, geändert oder aufgehoben werden.“

Eine entsprechende Präzisierung könnte aus unserer Sicht im Gesetz oder in der si-cherlich nachzuführenden Geschäftsbücherordnung vorgenommen werden.

3.2 Ausführungsvorschriften

Art. 958e revOr (Aufbewahrung) widerspiegelt im Kontext der weiteren neuen Art. 958 a-d geltendes Recht und Praxis und ist zu begrüssen. Hingegen sollte in Abs. 4 von Art. 958e OR unbedingt festgehalten werden, dass bei dieser sehr technologiebehafteten Materie analog zur Lösung wie sie Art. 13 der Verordnung des EFD über elektronisch übermittelte Daten und Informationen (ELDI-V- SR 641.201.1) vorsieht, sichergestellt wird, dass die entsprechende Verordnung in jedem Fall in enger Konsultation mit der Wirtschaft ausgearbeitet wird.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und die entsprechende Berücksichtigung unserer Vorbringen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

SWICO

gez.

Jürg W. Stutz
Präsident

gez.

Dr. Peter K. Neuenschwander
Vorsitzender Kommission IT-Recht

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Bundeshaus West
CH-3003 Bern

ehra@bj.admin.ch

Basel, 19. Juni 2006

J-2 CWI/FBI/ABA

Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im OR

Sehr geehrter Herr Bundesrat Blocher
Sehr geehrte Damen und Herren

Am 2. Dezember 2005 haben Sie das Vernehmlassungsverfahren über die Aktienrechtsrevision eröffnet. Wir bedanken uns für die Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen, und äussern uns nachstehend, soweit Anliegen der Finanzwirtschaft betroffen oder gesamtwirtschaftliche Ziele geltend zu machen sind. Für Ihre Bereitschaft, uns eine kurze Fristüberschreitung zu erlauben, sind wir Ihnen dankbar. Dadurch konnten wir die Stellungnahme unserem Verwaltungsratsausschuss unterbreiten.

Zusammenfassung

Die Schweizerische Bankiervereinigung begrüßt die Modernisierung des Aktienrechts,

- v.a. die Möglichkeit, eine Generalversammlung dezentral und elektronisch durchzuführen,
 - aber auch die beweglichere Ordnung der Kapitalstruktur (Verzicht auf einen Mindestnennwert und Einführung des Kapitalbandes).

Zur Gewährleistung der Rechtssicherheit ist eine Schlussbestimmung beizufügen, die den Vorbehalt der Spezialgesetze des Finanzmarktrechts, insbesondere des Banken- und des Börsengesetzes umschreibt.

Schliesslich bedarf die Vorlage in gewissen Teilen der Verbesserung:

- So ist dem freiheitlichen Grundzug des bisherigen Rechts mehr Sorge zu tragen. Spielräume unternehmerischer Selbstbestimmung und Selbstverantwortung sind zu wahren. Dabei gilt es nicht zuletzt, den heute schon bestehenden Anreizen zur unternehmerischen Selbstdisziplin und den vorhandenen Selbstregulierungen Rechnung zu tragen.

- **Denn zu den Vorzügen des heutigen Rechts gehört die Möglichkeit der starken, handlungsfähigen Unternehmensleitung. Sie gilt es zu wahren und weiterzuentwickeln. Eine zu weitgehende Schwächung des Verwaltungsrates gegenüber den Aktionären könnte die erfolgreiche Unternehmensführung beeinträchtigen und ist daher zu vermeiden (z.B. das Erfordernis einer jährlichen Wiederwahl, der Ausschluss von Depot- und Organvertretungen, die zu niederschwelligen Auskunfts- und Klagegerechte).**
- **Der XXXII. Titel über die Rechnungslegung bedarf der nochmaligen, grundlegenden Überarbeitung.**
- **Zum Spielraum unternehmerischer Selbstbestimmung, den es zu bewahren gilt, gehört auch die Möglichkeit, zwischen Inhaber- und Namenaktien zu wählen.**
- **Rechtspolitisch unvertretbar und somit abzulehnen ist die einseitige Haftungsbeschränkung für die Revisoren.**
- **Als zum grossen Teil sinnwidrig abzulehnen ist schliesslich auch die unbesehene Übernahme zahlreicher Bestimmungen über die AG in das Genossenschaftsrecht, dessen anderer Ausrichtung und Zielsetzung sie nicht entsprechen.**

1. Aktienrecht

1.1 Einleitendes und Grundsätzliches (mit Beispielen)

Das Aktienrecht bildet die „Unternehmensverfassung“ für einen Grossteil der Schweizer Wirtschaft, auch der in unserer Vereinigung zusammengeschlossenen Banken und Effektenhändler. Eine Ausnahme sind die Privatbankiers, die dem Schweizer Verband der Raiffeisenbanken zugehörigen Institute und etliche Kantonalbanken. Auf deren besondere Anliegen verweisen wir im jeweiligen Zusammenhang (s. zu den besonderen Fragen des Genossenschaftsrechts hinten 1.8).

Wir begrüssen die Revision als fällige Modernisierung des geltenden Rechts (so die Möglichkeit, eine Generalversammlung dezentral und mit elektronischen Mitteln durchzuführen [Art. 700-701f VE], aber auch die flexiblere Ausgestaltung der Kapitalstruktur [Verzicht auf den Mindestnennwert: Art. 622 Abs. 4 VE, Kapitalband: Art. 653r-653s VE]).

In verschiedenen Bereichen ist jedoch darauf zu achten, dass der freiheitliche Grundzug des geltenden Rechts nicht gefährdet, sondern bewahrt und weiterentwickelt wird. Das - von uns mitgetragene - Anliegen der Rechtssicherheit (Begleitbericht, S. 3) darf und muss keinen Abbau unternehmerischen Handlungsspielraums zur Folge haben. Wir halten es für eine irrite, verkürzte Sicht der Dinge, dass Neuerungen „zwingend zu einer gewissen Rechtsunsicherheit“ führen müssten (Begleitbericht, a.a.O.). Auch eine freiheitliche Neuordnung kann die Rechtssicherheit verbessern, wenn die nötigen Abgrenzungen, Begriffe und Verantwortlichkeiten klar umschrieben sind.

Dazu gehört die Abgrenzung zu den Spezialgesetzen im Finanzmarktbereich (Banken-, Börsen- und Versicherungsaufsichtsgesetz). Um die Rechtssicherheit v.a. bei der

Rechnungslegung sicherzustellen, schlagen wir eine Schlussbestimmung vor, die den Vorrang der Sondergesetze festhält (s. nachstehend 2.1 und 3.19).

Fragwürdig an der Vorlage scheint uns die unangemessene strukturelle Schwächung des Verwaltungsrates im Verhältnis zu den Aktionärinnen und Aktionären (Beispiele: jährliche Wiederwahl [Art. 710 Abs. 1 VE], Neuregelung der Stimmrechtsvertretung [Begleitbericht, S. 67-68], zu niederschwellige in die Organisationsstruktur eingreifende Aktionärsrechte [Art. 697, 697a-697g VE]). Mit solchen Massnahmen wird nicht das Aktionariat gestärkt - was unter Gesichtspunkten der Corporate Governance erwünscht wäre -, sondern der Verwaltungsrat und mit ihm die Handlungsfähigkeit des Unternehmens geschwächt, was nicht im Interesse der Aktionärinnen und Aktionäre liegt. So wächst das Risiko, dass die Unternehmensführung in heiklen Situationen von ihrer Aufgabe abgelenkt, u.U. sogar gelähmt werden kann. Der Verwaltungsrat als Träger unentziehbarer Führungsaufgaben (Art. 716a OR bzw. VE) und der entsprechenden Verantwortlichkeit (Art. 754 OR) muss ggf. unabhängig auch vom Aktionariat handeln können. Diese Stärke - heute ein Standortvorteil der Schweiz - würde durch die erwähnten Änderungsvorschläge empfindlich in Frage gestellt.

Zudem hätte bei den gesetzlichen Schwellenwerten das - wahlweise - Abstellen auf den „Börsenwert“ hohe Rechtsunsicherheit zur Folge. Welcher Kurs zu welchem Zeitpunkt an welcher Börse ist gemeint (Traktandierungsrecht: Art. 699a Abs. 1 Ziff. 3 VE, Begehren um Sonderuntersuchung: Art. 697b Abs. 1 Ziff. 3 VE)?

Zu erwähnen ist schliesslich der unverständliche Vorschlag einer einseitigen Haftungsbeschränkung zugunsten der Revisoren (Art. 759 Abs. 1^{bis} VE). Er ist unter Gesichtspunkten der rechtspolitischen Fairness unvertretbar.

1.2 Zeitgemässe Ausgestaltung des Aktienrechts

Unterstützung verdienen zunächst die Vorschläge zu einer der heutigen Zeitangemessenen Ausgestaltung der Organisations- und Kapitalstruktur.

- **Dezentrale und elektronische Durchführung der Generalversammlung.** Wir begrüssen die Vorschläge des Vorentwurfes bezüglich der Aktualisierung der Regelungen der Generalversammlung (Art. 700-701f VE). Durch die Anpassung der Regeln an das Informatikzeitalter wird auch der Internationalisierung der Kapitalmärkte Rechnung getragen.
- **Flexibilisierung der Kapitalstruktur.** Die Anpassung und Neuerung der Kapitalstrukturen ist begrüssenswert. Wir unterstützen insbesondere die Einführung eines Kapitalbandes (Art. 653r-653t VE). Das Kapitalband eröffnet dem Verwaltungsrat einen grossen Spielraum, das Aktienkapital innert einer Dauer von maximal fünf Jahren innerhalb der definierten Spannbreite zu ändern. Dies erlaubt einen flexiblen Umgang mit den Eigenmitteln unter gleichzeitiger Wahrung des Gläubigerschutzes. Ebenfalls erachten wird den Verzicht auf einen gesetzlichen Mindestnennwert unter Beibehaltung des Nennwertsystems als sinnvoll (Art. 622 Abs. 4). Die Möglichkeit der Annäherung des Nennwertes beliebig Null gewährt zusätzliche Flexibilität.

1.3 Unerwünschte Abschaffung der Organ- und Depotvertretung

Nach heutigem Recht kann sich der Aktionär an der Generalversammlung durch ein Organ der Gesellschaft oder die Bank, bei der seine Aktien deponiert sind, vertreten lassen (Art. 689c-689d OR). Im zweitgenannten Fall ersucht die Bank den Aktionär „vor jeder Generalversammlung um Weisungen für die Stimmabgabe“; sind diese „nicht rechtzeitig erhältlich“, folgt sie seiner „allgemeinen Weisung“, und fehlt auch diese, folgt sie „den Anträgen des Verwaltungsrats“ (Art. 689d Abs. 1 OR).

Mithin geht das heutige Recht von der Vermutung aus, der schweigende Aktionär sei mit dem Verwaltungsrat zufrieden. Das rechtfertigt sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung: Nicht wer zufrieden, sondern wer unzufrieden ist, meldet sich zu Wort. So- dann ist wegen der kapitalbezogenen Struktur der AG der durchschnittliche Aktionär v.a. an einer prosperierenden Gesellschaft und der entsprechenden Performance der Aktien interessiert, nicht an organisatorischen Fragen, welche die Generalversammlung zu beschliessen hat, und meldet sich (nur) dann zu Wort, wenn gemäss Traktandenliste Entscheide anstehen, welche seinen Interessen zu wider laufen. Wir beurteilen somit die geltende Regelung als bewährt, richtig und bewahrenswert. Dass sie „sachlich unbefriedigend“ sei (Begleitbericht, S. 17, auch 68), ist weder belegt noch begründet. Die Kundinnen und Kunden erteilen ihrer Bank nicht nur in den AGB oder dem De- potreglement eine Vertretungsvollmacht; sie werden „vor jeder Generalversammlung um Weisungen für die Stimmabgabe“ ersucht (Art. 689d Abs. 1 OR). Nur im ausblei- benden Rücklauf schon einen Missstand zu sehen, ist unzutreffend. Vielmehr gilt auf- grund der Lebenserfahrung das Gegenteil: Die Aktionärinnen und Aktionäre verhalten sich als Investoren, die am finanziellen Geschäftsergebnis und nicht an der aktiven Mitwirkung interessiert sind.

Zudem erscheint die vorgeschlagene Neuregelung problematisch, weil sie den schwei- genden Aktionär kurzerhand vom zustimmenden „Lager“ in jenes der Enthaltungen verschiebt. Zwar sollen Enthaltungen künftig „als nicht abgegebene Aktienstimmen“ gelten (Art. 703 Abs. 2 VE) und so die Beschlussfähigkeit der Generalversammlung sichergestellt bleiben. Aber durch den Wegfall der Zustimmungspräsumtion erfährt die zustimmende Mehrheit der Investoren eine Schwächung und jene der aktivistischen Minderheit eine Stärkung. Das liegt nicht auf der Linie wohlverstandener Corporate Governance, die auf das Leitbild des kritischen, nicht des negativen Aktionärs abstellen sollte. Auch wird so letztlich die Gefahr der Manipulierbarkeit der Generalversammlung erhöht.

Schliesslich bedingt die Beibehaltung der Inhaberaktie, für die wir uns aussprechen (s. nachstehend 1.4), das Fortbestehen eines Depotstimmrechts der Banken.

Eine Regelung des Abstimmungsverhaltens eines Organvertreters, wenn es um seine Entlastung geht, erschiene aber wünschbar (z.B. entsprechende Grundsätze und Aus- standsregeln).

Im Übrigen steht die Abschaffung der Organ- und Depotvertretung unseres Erachtens grundsätzlich einer wünschbaren organisatorischen Modernisierung der Generalver- sammlung entgegen. Die Entwicklung sollte vielmehr in die Richtung einer Flexibilisie- rung der Organisation gehen. In einem kürzlich erschienen Beitrag von Karl Hofstetter finden sich konkrete Vorschläge einer solchen Modernisierung. So wird beispielsweise

vorgeschlagen, der Gesellschaft die Möglichkeit der Organisation der Generalversammlung nach dem amerikanischen Proxy-System zu geben (Stimmabgabe über die Erteilung von Vollmachten, vgl. dazu Karl Hofstetter in der NZZ vom 19./30. April 2006, S. 15). Wir sind grundsätzlich der Meinung, dass die in diesem Beitrag aufgeführten Ansätze weiter verfolgt werden sollten.

1.4 Unerwünschte Abschaffung der Inhaberaktie

Wir sprechen uns gegen die Abschaffung der Inhaberaktie in Art. 622 Abs. 1 OR aus, denn sie beschränkte grundlos und unverhältnismässig die Freiheit der Unternehmen, ihre Kapitalstruktur nach dem individuellen Bedürfnis zu ordnen. Schliesslich ist in der jüngeren Wirtschaftsgeschichte der Schweiz kein einziger Missbrauchsfall bekannt und auch international kein Trend zu ihrer Abschaffung zu beobachten. Der Vorschlag, Art. 622 Abs. 1 OR zu streichen, erscheint unverhältnismässig und sachlich unbegründet. Zahlreiche Schweizer Unternehmen sind am bewährten Kapitalmarktinstrument der Inhaberaktie weiterhin interessiert.

Im Einzelnen gilt es festzuhalten:

- Die FATF-Empfehlungen verlangen keine Abschaffung der Inhaberaktie, sondern lediglich den Ausschluss von Missbräuchen durch eine verbesserte Transparenz.
- Durch die Abschaffung der Inhaberaktie kann aber eine Rechtsumgehung, z.B. das Vorschieben von Strohmännern als Namenaktionäre, nicht verhindert werden.
- Auch die Dritte Geldwässcherichtlinie der EU sieht eine Pflicht vor, substanzell beteiligte Aktionäre (ab 25 %) zu identifizieren, aber kein Verbot der Inhaberaktie.
- Geltendes Recht verhindert bereits heute in der Schweiz einen Missbrauch des Instruments der Inhaberaktie, so z.B. durch die Sorgfaltspflichtvereinbarung der Banken.

Nachdem zahlreiche Unternehmen an der Inhaberaktie als bewährtem Kapitalmarkttitel festhalten wollen, ersuchen wir Sie, auf diesen unverhältnismässigen, in der Sache unbegründeten und unnötigen Vorschlag zu verzichten.

1.5 Dispoaktien - Verzicht auf eine gesetzliche Regelung?

Im bundesrätlichen Vorentwurf wird auf den Vorschlag einer Regelung für Dispoaktien verzichtet. Das ist verständlich, insoweit bisher kein überzeugender Lösungsvorschlag gefunden werden konnte. Wir bedauern es trotzdem, weil wir das Anliegen grundsätzlich teilen, den Unternehmen eine bessere Kenntnis ihres Aktionariats und eine höhere Teilnahmequote an der Generalversammlung zu sichern. Zwar lässt sich ein gewisser Teil dieser Ziele schon gestützt auf bestehendes Recht erreichen, und wo sich die Aktionäre auf die Performance ihrer Aktien konzentrieren, fehlt ihnen zunächst das Interesse zur Ausübung ihrer Mitwirkungsrechte. Dieser Ausgangslage muss ein Lösungsvorschlag Rechnung tragen.

Derzeit führen wir im Rahmen von economiesuisse Gespräche, um einen Lösungsvorschlag zu finden, der auf breite Unterstützung der Wirtschaft zählen könnte. Wir hoffen, Ihnen gemeinsam einen solchen Vorschlag nachreichen zu können.

1.6 Problematische Schwächung der Unternehmensführung

Wie erwähnt (s. vorstehend 1.3), schwächt bereits die aus Banksicht zu kritisierende Abschaffung der Depotvertretung tendenziell die Unternehmensführung.

Die Wahrnehmung eigener Verantwortung setzt den Spielraum zu entsprechendem Handeln voraus. Eine zu dichte Regulierung dieses Handlungsspielraums durch ungeeignete Aktionärsinstrumente beeinträchtigt so in letzter Konsequenz die Verantwortlichkeit der Unternehmensführung, insbesondere des Verwaltungsrates.

Auch ist - im Sinn einer praxisfreundlichen Regelung - vor einer Bürokratisierung des Unternehmensrechts zu warnen.

Deshalb stehen wir einigen Vorschlägen des Bundesrates kritisch gegenüber, wie nachfolgend aufgezeigt sei:

- **Jährliche Wiederwahl des Verwaltungsrates** (Art. 710 Abs. 1 VE). Dadurch verliert der Verwaltungsrat einen Teil seiner Eigenständigkeit, die er um seiner Verantwortung willen braucht. Während die Aktien im Markt zirkulieren und sich das Aktionariat ständig wandelt, muss der Verwaltungsrat im Interesse des Unternehmens für Stabilität sorgen. Das ist mit längeren, evtl. auch gestaffelten Amtsperioden eher möglich als mit der jährlichen Auswechselbarkeit aller Mitglieder des Gremiums. Ebenfalls könnte die jährliche Wiederwahl den Verwaltungsrat daran hindern, sich mit langfristigen strategischen Fragen der Unternehmensführung auseinanderzusetzen, und ihn stattdessen dazu verleiten, auf eine kurzfristig gute Performance hinzuwirken, um sich seine Wiederwahl zu sichern. Endlich sollte der Entscheid über die optimale Regelung der Amtsperiode den einzelnen Gesellschaften überlassen bleiben. Dann entscheiden die Aktionärinnen und Aktionäre über die aus ihrer Sicht angemessene Ausgestaltung der Statuten.
- **Anspruch jedes Aktionärs auf schriftliche Auskunft innert 60 Tagen** (Art. 697 VE). Dieser Anspruch ist nicht in der Sache, wohl aber in seiner Auswirkung problematisch. Gerät das Unternehmen in die Schlagzeilen, können sich die Anfragen häufen und den Verwaltungsrat in hohem Ausmass beschäftigen. Dadurch ergibt sich für die Unternehmensführung eine ungesunde Bürokratisierung ihres Verhältnisses zum Aktionariat. Hinzu kommt, dass die schriftlich erteilten Auskünfte jeweils an der nächsten Generalversammlung aufzulegen und folglich so gut wie öffentlich sind. Also können sie nur wenig Substanzielles beinhalten, als über die sonstigen Informationskanäle des Unternehmens auch erhältlich ist (Geschäftsbericht, Website u.a.). Dann jedoch fragt sich, mit welchem Resultat die aufwändige Prozedur überhaupt gerechtfertigt werden kann. Im Übrigen ist die für kotierte Gesellschaften zwingend anwendbare Richtlinie der SWX Swiss Exchange über die Information zur Corporate Governance völlig ausreichend, um die für den Aktionär nötige

Transparenz zu schaffen. Ergänzend setzt der Swiss Code of Best Practice von economiesuisse entsprechende Standards.

Auch stehen solche Einzelauskünfte dem Grundsatz entgegen, wonach sämtliche Aktionärinnen und Aktionäre einen Anspruch auf Gleichbehandlung haben.

- **Begehren um Einleitung einer Sonderuntersuchung gegen den Willen der Generalversammlung** (Art. 697b VE). Bisher waren Aktien mit Stimmrechten von mindestens 10 % oder Nennwerten von CHF 2 Mio. erforderlich. Nun soll die Quote auf 5 % bzw. CHF 1 Mio. halbiert werden, was auf der von uns beanstandeten, unerwünschten Tendenz liegt. Zudem sieht der Vorschlag alternativ zum Nennwert „Aktien im Börsenwert von zwei Millionen Franken“ vor (Art. 697b Abs. 1 Ziff. 3 VE). Dieses Kriterium entbehrt der juristischen Klarheit, denn es sagt insbesondere nicht, an welcher Börse und zu welchem Zeitpunkt der Kurs genommen werden muss. Die Anknüpfung an den Börsenwert würde sodann zum paradoxen Resultat führen, dass Aktionäre einer prosperierenden AG einfacher und rascher zu ihrem Recht auf Sonderuntersuchung kämen als Aktionäre einer AG mit schlechtem Geschäftsgang oder in Turbulenzen, obwohl bei letzteren eine Sonderuntersuchung wohl eher angezeigt wäre. Wir schlagen vor, stattdessen die Schwellenwerte des heutigen Art. 697b OR beizubehalten. Die gleichen Überlegungen bezüglich des Börsenwertes gelten für die Einberufung der Generalversammlung und die Traktandierung von Verhandlungsgegenständen, wo ebenfalls alternativ auf den Börsenwert abgestellt wird (vgl. Art. 699 Abs. 3 Ziff. 3 und Art. 699a Abs. 1 Ziff. 3 VE).
- **Allfällige Zuständigkeit der Generalversammlung zur Festlegung der Bezüge von Mitgliedern des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung** (Art. 627 Ziff. 4 VE). Zwar ist eine solche Zuständigkeit weder zwingend noch als Auffangregel vorgeschlagen, sondern lediglich in dem Sinn erwähnt, als sie ggf. einer statutarischen Verankerung bedürfte. Gleichwohl möchten wir von dieser Formulierung abraten, weil sie auf einen fragwürdigen Weg führt. Grundsätze der Aufgaben- und Verantwortlichkeitsverteilung im Unternehmen stehen der Übertragung solcher Zuständigkeiten an die Generalversammlung entgegen. Auch ist es aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes heikel, darüber in der Öffentlichkeit befinden zu lassen. Schliesslich verfügt dieses Gremium i.d.R. nicht über das entsprechende Know-how in Personalfragen.

Ein von der Generalversammlung zu tief angesetztes Honorar, das nicht mehr der weitgehenden Verantwortlichkeit von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung entspricht, kann sodann Rekrutierungsprobleme ergeben, welche die AG im Ergebnis handlungsunfähig machen. Schliesslich ergeben sich praktische Hürden, wenn z.B. ein Geschäftsleitungsmitglied kurzfristig angestellt werden muss, ohne dass die Generalversammlung rechtzeitig entscheiden könnte. Mit der Neuregelung vom 7. Oktober 2005 für kotierte Gesellschaften (Begleitbericht, S. 13) ist das Nötige vorgekehrt. Darüber hinauszugehen, namentlich auch für nicht kotierte Unternehmen, wäre unverhältnismässig, und einen Grund dafür sehen wir nicht.

Wir könnten uns höchstens vorstellen, dem entsprechenden Anliegen mit einer Formulierung gerecht zu werden, die auch den geäusserten Bedenken Rechnung trägt und die Verantwortung des Verwaltungsrats für die Bestellung der Geschäftsleitung unberührt lässt, beispielsweise wie folgt:

„4. die Zuständigkeit der Generalversammlung zum Erlass von Grundsätzen für die Festlegung der Bezüge der Mitglieder des Verwaltungsrats.“

Mit „Grundsätzen“ ist klargestellt, dass der Entscheid im Einzelfall mit seinen Persönlichkeits- und Wettbewerbsbezügen immer noch klar dem Verwaltungsrat obliegt, der für die Unternehmensführung verantwortlich bleibt. So hätten wir denn auch Bedenken etwa gegen die Wahl von Mitgliedern des Compensation Committee durch die Generalversammlung. Damit und mit vergleichbaren Massnahmen griffe die Generalversammlung zu stark in den Verantwortungsbereich des Verwaltungsrates ein. Soll dieser seine Aufgabe im Interesse des Unternehmens wahrnehmen können, muss er - im Rahmen der Statuten und Generalversammlungsbeschlüsse - über dazu den nötigen Handlungsspielraum verfügen.

- **Analoge Zuständigkeitsregelung über die „Ausrichtung von Mitarbeiteroptionen“** (a.a.O.). Aus denselben Gründen wie die Regelung der Bezüge der Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder gehört auch die Entlohnung der Mitarbeitenden nicht in die Zuständigkeit der Generalversammlung. So dann bildet die Einräumung von Optionen stets nur einen Teil der Entlohnung und ist im Gesamtzusammenhang zu beurteilen. Diese Beurteilung obliegt aber klarerweise dem Verwaltungsrat, der Geschäftsleitung und der Personalabteilung und nicht der Generalversammlung. Die Generalversammlung ist somit nicht das geeignete Organ um über die Ausrichtung von Mitarbeiteroptionen zu entscheiden - auch nicht im Grundsatz. Das führt wiederum zu unserem Vorschlag, Art. 627 Ziff. 4 VE zu streichen bzw. durch die oben vorgeschlagene Lösung zu ersetzen.

1.7 Abzulehnende, weil einseitige Haftungsbeschränkung für die Revisoren

Die in Art. 759 Abs. 1^{bis} VE vorgesehene Haftungsbeschränkung einzig für die Revisoren muss als unausgewogene Privilegierung angesehen werden und ist grundsätzlich abzulehnen. Denn die bewährte Regel der differenzierten Solidarität erlaubt schon im geltenden Recht eine Abstufung der Haftungsanteile nach dem Verschuldensgrad. Insofern ist kein Handlungsbedarf ausgewiesen und jedenfalls die einseitige Berücksichtigung von unbegründeten Partikularinteressen der Revisoren abzulehnen. Auch erweist sich das schweizerische Recht hier im internationalen Vergleich als überaus streng. Zum gleichen Ergebnis kommt *Hans Caspar von der Crone* in seinem kürzlich veröffentlichten Aufsatz. Er hält darin explizit fest, dass die „geltende Regelung des Verhältnisses unter einer Mehrheit von Haftpflichtigen im schweizerischen Aktienrecht [...] adäquat und nicht revisionsbedürftig [scheint]“ (vgl. *Hans Caspar von der Crone*, Haftung und Haftungsbeschränkungen in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 1/2006, S. 13).

Zudem kann man sich ernsthaft fragen, was eine Haftungsbeschränkung bloss für leichte Fahrlässigkeit bringt. Zumindest grössere Fehler von erheblicher Tragweite sollten einer sorgfältigen Revisionsstelle als Fachexperte auffallen, ansonsten sie wohl per definitionem zumindest grobfahrlässig handeln dürfte. Gerade bei grösseren Fällen käme demzufolge die Haftungsbeschränkung kaum je zum Tragen. Im Gegenteil könnte sich die vorgeschlagene Haftungsbeschränkung sogar als Bumerang erweisen, denn die Gerichte wären häufiger als bisher gezwungen, ausdrücklich zur Frage Stellung zu nehmen, ob im konkreten Fall bloss leichte oder bereits grobe Fahrlässigkeit vorliegt. Aus den eingangs genannten Gründen würden die Gerichte womöglich sogar häufiger als bisher einen Fall ausdrücklich als grobfahrlässig qualifizieren. Als Folge davon könnten die Versicherungen gestützt auf ihre AVB häufiger als bisher ihre Versicherungsleistungen kürzen oder sogar verweigern. Im Ergebnis stünden die Revisionsfirmen trotz vordergründiger Haftungsbegrenzung möglicherweise häufig schlechter da als heute.

Sollte die Organhaftung trotzdem in die Revision einbezogen werden, müsste sie ganzheitlich überdacht werden, auch für den Verwaltungsrat.

Als Ansatzpunkt könnte hier die im erwähnten Aufsatz *von der Crones* vertretene Lösung dienen. Um die aktienrechtliche Verantwortlichkeit an den ökonomischen Realitäten zu orientieren, schlägt dieser eine Beschränkung der Haftung der Verwaltungsräte, Geschäftsleitungsmitglieder sowie Revisionstellen für leichte Fahrlässigkeit auf eine klar begrenzte Haftungsobergrenze vor. Gemäss *von der Crone* könnte eine solche Haftungsbeschränkung „einen positiven Beitrag zu einem effizienten Aktienrecht leisten; zum Nutzen der Aktionäre, der Gläubiger und der weiteren Stakeholder“ (vgl. *Hans Caspar von der Crone*, Haftung und Haftungsbeschränkungen in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 1/2006, S. 19).

Ein anderer Ansatz könnte derjenige sein, die Haftung dahingehend einzuschränken, als für Entscheide, welche von Ausschüssen oder als Einzelpersonen Delegierte getroffen werden (vgl. Art. 716a Abs. 2 OR), auch diese allein haften.

1.8 Fragen des Genossenschaftsrechts

1.8.1 Vorbemerkungen

Soweit genossenschaftsrechtliche Regelungen betroffen sind, lehnen wir die Revisionsvorschläge aus grundsätzlichen Überlegungen ab. Die unbesehene Übertragung einzelner Bestimmungen des Aktienrechts ins Genossenschaftsrecht erscheint uns zu kurzsichtig. Denn eine Genossenschaft kann nur sehr beschränkt mit einer AG verglichen werden.

Eine Ausnahme gilt für die Modernisierung der Generalversammlung, die nach dem Entwurf gerade nicht auf die Genossenschaft ausgedehnt werden soll, aber dort sehr wohl ihre Berechtigung hätte.

1.8.2 Verbesserung Corporate Governance, Offenlegung der Vergütungen an die Organe

Mit der laufenden OR-Revision „Transparenz von Vergütungen“ wurde die Offenlegung von Vergütungen an die Organe börsenkotierter Aktiengesellschaften geregelt. In diesem Sinne ist ein Mehr an Transparenz für Publikumsgesellschaften, soweit diese nicht an der SWX kotiert sind, bereits in Arbeit. Für an der SWX kotierte Publikumsgesellschaften gilt schon heute die Corporate-Governance-Richtlinie der SWX, welche die Unternehmen zur Offenlegung der Managementbezüge verpflichtet.

In der vorliegenden Revision geht der Gesetzgeber einen fragwürdigen Schritt weiter und erweitert die Transparenz auf nicht börsenkotierte Aktiengesellschaften, indem deren Aktionäre ein Informationsrecht erhalten, unter dem Sie die Offenlegung im Einzelfall verlangen können bzw. eine aktive Informationspflicht der Gesellschaft vorgeschrieben wird. Gleichzeitig werden die Genossenschaften in diese Bestimmungen miteinbezogen, und zwar

- für Genossenschaften mit mehr als 2000 Mitgliedern mit der Offenlegungspflicht analog den Publikumsgesellschaften und
- für Genossenschaften mit weniger als 2000 Mitgliedern mit den Informationsrechten analog den privaten Aktiengesellschaften.

Wir lehnen sowohl die Erweiterung der Offenlegungspflicht als auch die Einführung der Informationsrechte für Genossenschaften ab. Die Anwendung der aktienrechtlichen Offenlegungspflicht bzw. des Informationsrechts auf Genossenschaften scheint uns abwegig. Schon die Ausrichtung dieser beiden Gesellschaftsformen ist in keiner Weise vergleichbar.

Die Genossenschaften als personenbezogene Gesellschaften verfolgen in erster Linie den Zweck der unmittelbaren Förderung wirtschaftlicher Interessen in gemeinsamer Selbsthilfe. Zudem sind die folgenden wesentlichen Merkmale zu erwähnen, welche sie klar von den Aktiengesellschaften unterscheidet:

- Die persönliche Beziehung zwischen dem Genossenschafter und der Genossenschaft steht im Vordergrund. Sie basiert auf einem umfassenden Vertrauensverhältnis, das beispielsweise - wie in der Raiffeisen Gruppe - in einer beschränkten Nachschusspflicht zum Ausdruck kommt.
- Ein Genossenschaftsanteil ist nicht ohne Weiteres auf andere Personen übertragbar. Dazu braucht es i.d.R. vorher einen Aufnahmebeschluss (Art. 849 OR).
- Das Genossenschaftsrecht beinhaltet in Art. 853 OR die - bei den Raiffeisenbanken eingeführte - Möglichkeit, die Genossenschaftsanteile pro Genossenschafter mittels Statuten auf eine Höchstzahl zu beschränken.
- Das Stimmrecht bei Genossenschaften in Art. 885 OR wird auf eine Stimme pro Genossenschafter festgesetzt, unabhängig von den gehaltenen Anteilen.

- Die Haftung des Genossenschafters bleibt unter bestimmten Umständen über den Zeitpunkt des Austrittes hinaus bestehen.
- Die Möglichkeit, ihre Angestellten mit Beteiligungsrechten des eigenen Unternehmens zu entlönen, steht Genossenschaften nicht offen.

So lässt sich das Verhältnis zwischen Genossenschafter und Genossenschaft in keiner Weise mit dem Verhältnis zwischen Aktionär und Aktiengesellschaft vergleichen. Die Sozialkontrolle in der Genossenschaft ist aufgrund der starken Bindung der Genossenschafter zur „ihrer“ Genossenschaft bedeutend grösser als bei der weitgehend anonymen Publikumsgesellschaft.

Gerade das Beispiel der Raiffeisen-Gruppe zeigt, zu welch paradoxen Ergebnissen die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen führen können. Auch andere Banken und zahlreiche weitere Unternehmungen ausserhalb der Bankenbranche wären mit analogen Problemen konfrontiert.

So wäre in der Raiffeisen Gruppe, welche durch die Verankerung der einzelnen Raiffeisenbanken in den ländlichen Regionen eine starke Beziehung zu den Mitgliedern pflegt, die Einführung von Informationsrechten oder einer Offenlegungspflicht der Managementbezüge nicht vorstellbar und aus sozialpolitischen Überlegungen geradezu paradox.

Bei einer Offenlegung der Bezüge von Bankleitung und Verwaltungsrat, von der gegen 300 (Tendenz steigend) der insgesamt 420 Raiffeisenbanken betroffen wären, weil sie mehr als 2000 Mitglieder zählen, besteht die Gefahr, dass diese Offenlegung zu bürokratischen Umtrieben und sozialer Unzufriedenheit in der Region führt. Aber auch die übrigen rund 100 Banken müssten gewärtigen, dass an den Generalversammlungen Genossenschafter von ihren Informationsrechten Gebrauch machen.

Gesamthaft wäre die Folge, dass

- bei einem Durchschnitt von 5 bis 6 Verwaltungsräten pro Bank insgesamt gegen 2500 Verwaltungsräte der Raiffeisen Gruppe ihre Bezüge offen legen müssten und
- in den Bankleitungen noch einmal 420 Vorsitzende der Bankleitung bzw. Bankleiter ihre Bezüge offen zu legen hätten.

1.8.3 Neuregelung der Kapitalstrukturen; Kapitalband bzw. Kapitalherauf- und -herabsetzung

Die Anwendung der Kapitalherabsetzungsbestimmungen des Aktienrechts auf die Genossenschaften ist über den Verweis in Art. 874 Abs. 2 OR von der Neuregelung der Kapitalstrukturen ebenfalls betroffen. Hier stellt sich die Frage, inwieweit dieser Verweis unter der Neuregelung noch bestehen bleiben soll. Zu beachten ist v.a., dass die Kapitalheraufsetzung und das Kapitalband in der Genossenschaft keine Anwendung finden dürfen, da sonst der Grundsatz der offenen Gesellschaft (freie Ein- und Austritte, variables Genossenschaftskapital) indirekt aufgehoben würde. Damit ginge ein we-

sentliches Merkmal der Genossenschaft verloren, weshalb uns dieser Verweis unsinnig erscheint und er gestrichen werden sollte.

1.8.4 Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung

Wir begrüssen die Möglichkeit, künftig elektronische Kommunikationsmittel für die Vorbereitung und Durchführung der Generalversammlung einsetzen zu können. Wir sind der Meinung, dass diese neuen Bestimmungen auch für die Genossenschaften bzw. die Generalversammlungen von Genossenschaften anwendbar erklärt werden müssen, da sich die Durchführung von Generalversammlungen von Genossenschaften in der Praxis nicht von denjenigen von Aktiengesellschaften unterscheidet.

2. Rechnungslegungsrecht

Zunächst verweisen wir an dieser Stelle auf unseren Vorschlag einer Schlussbestimmung zum Vorrang der Spezialgesetze im Finanzmarktbereich, namentlich des Banken-, Börsen- und Versicherungsaufsichtsgesetzes (s. nachstehend 3.19). Er ist für die Rechnungslegung der Banken von spezieller Bedeutung, worauf zurückzukommen sein wird (s. nachstehend 2.1).

2.1 Allgemeines und Grundsätzliches

- **Notwendigkeit einer nochmaligen, grundlegenden Überarbeitung des XXXII. Titels.** Nach einlässlicher Prüfung dieses Teils der Vorlage durch Experten der Rechnungslegung und des Steuerrechts halten wir die Neubearbeitung des XXXII. Titels für unerlässlich. Wir schlagen vor, hiezu eine besondere Expertengruppe mit Spezialisten des Rechnungswesens und Steuerrechts einzusetzen. Dabei wären folgende Ziele anzustreben: erstens eine bessere Systematik und Terminologie unter Ausgliederung der Buchführung i.e.S., zweitens die Formulierung von Minimalstandards für Unternehmen, die nach OR abrechnen, und 3. ein genereller Vorrang nicht nur der Sondergesetze, sondern auch der zugelassenen „Regelwerke“ im Sinn von Art. 962-962a VE. Ein Abschluss nach Regelwerk muss die Jahresrechnung nach OR vollgültig ersetzen, nicht nur „zusätzlich“ neben sie treten.
- **Wahrung des Massgeblichkeitsprinzips** (Art. 960f VE). Das heute in der Steuerpraxis übliche und bewährte Massgeblichkeitsprinzip hält fest, dass die Steuerveranlagung beim handelsrechtlichen Abschluss anknüpft. Ein besonderer „Steuerabschluss“ des Unternehmens erübrigt sich dadurch, was einer informativen, transparenten, unbürokratischen Rechnungslegung dient. Steuerliche Anpassungen (z.B. Aufrechnungen) wirken so nicht auf den handelsrechtlichen Abschluss zurück. Diese überzeugende Regelung ist beizubehalten und der vorgeschlagene Art. 960f VE abzulehnen (Übernahme steuerlicher Anpassungen in den handelsrechtlichen Abschluss, umgekehrte Massgeblichkeit). Eine Korrektur des Unternehmensabschlusses „im Geschäftsjahr, in dem die Veranlagung rechtskräftig wird“ (Art. 960f Satz 2 VE), wäre aus verschiedenen Gründen äußerst fragwürdig. Einmal ist über die

Wahrnehmung gesetzlicher Beurteilungsspielräume bei der Rechnungslegung geschäftspolitisch zu entscheiden und nicht durch die Steuerbehörde. Sodann werden entsprechende Anpassungen bzw. Aufrechnungen oft erst nach Jahren auf dem Rechtsweg verbindlich. Eine so späte Korrektur des Unternehmensabschlusses verfälscht aber dessen Informationsgehalt. Gegen die vorschlagene Regelung sind ordnungs-, staats- und wirtschaftspolitische Gründe ins Feld zu führen.

- **Möglichkeit des Unternehmensabschlusses nach internationalen Standards** (Art. 962-962a VE, „Abschluss nach Regelwerk“). Es muss den Unternehmen erlaubt werden, den Einzelabschluss nach Standards wie FER, IFRS oder US GAAP zu erstellen. Die entsprechenden Regelwerke haben sich im globalen Bankgeschäft bewährt. Für Wirtschaftszweige ohne sondergesetzliche Aufsicht und Regelung ist mit der bundesrätlichen Zulassung des entsprechenden Regelwerks (Art. 962a Abs. 1 VE) eine missbräuchliche Arbitrage ausgeschlossen. Der zulässige Abschluss „nach Regelwerk“ muss aber sinnvollerweise zugleich als „Jahresrechnung nach Obligationenrecht“ anerkannt und nicht nur „zusätzlich“ vorgesehen sein. Art. 961 Abs. 1 VE ist entsprechend anzupassen. Ein Einzelabschluss nach international anerkannten Standards für die Rechnungslegung soll also anerkannt werden, auch als Basis der Steuerveranlagung. Für die Steuerveranlagung dürfen Unternehmen, die den Einzelabschluss nach Regelwerk erstellen, Bilanzpositionen nach den Vorschriften des OR bewerten, damit die Steuerneutralität gewahrt werden kann. Unternehmen, die den Einzelabschluss nach Regelwerk erstellen, sollen steuerlich jenen Unternehmen, die ihre Jahresrechnung nach OR erstellen, gleichgestellt bleiben. Für die Steuerbilanz darf ein Unternehmen daher jene Bilanzpositionen, deren Bewertung gemäss Regelwerk aus steuerlicher Sicht unvorteilhaft ist, gemäss den Vorschriften des OR bewerten. Dies schliesst die Möglichkeit der Bildung stiller Reserven im gesetzlich zulässigen Rahmen mit ein.
- **Klarer Spezialitätsvorbehalt für Spezialgesetze wie v.a. das Bankengesetz** (s. nachstehend 3.19). Die entsprechende Regelung des Vorentwurfs nur für „strengere“ Sonderbestimmungen (Art. 957 Abs. 3 VE) genügt nicht und führt zu Rechtsunsicherheit: Muss jeweils der einzelne Artikel oder die gesamte Regulierung strenger sein, und was heisst überhaupt „strenger“? Gerade im Rechnungslegungsbereich ist eine Sonderregelung gesamthaft umzusetzen und darf nicht mit Unsicherheit über ihren Anwendungsbereich behaftet sein. Das gilt sowohl für Regelwerke im Sinn von Art. 962-962a VE als auch - und das bereits heute - z.B. für die Rechnungslegungsvorschriften des Bankengesetzes (vgl. auch Art. 23-27 der Bankenverordnung und die Richtlinien der EBK vom 14. Dezember 1994 zu den Rechnungslegungsvorschriften [RRV-EBK]). So verlöre das breit angelegte, mit Umsicht geführte Projekt der Arbeitsgruppe „Rechnungslegung: Globalkonzept“ der EBK mit dem vorgeschlagenen Art. 957 Abs. 3 VE einen Teil seiner Grundlage. Dies wäre nicht im Interesse eines differenzierenden, international abgestimmten Rechnungslegungsrechts.

2.2 Ausgewählte Problemhinweise und Korrekturvorschläge

Im Folgenden haben wir - beispielhaft - ausgewählte Vorschläge zur Verbesserung des Entwurfs zusammengestellt (s. vorstehend 2.1, Lemma 1). Die Liste ist aber nicht komplett und soll bzw. kann den Überarbeitungsbedarf nicht erfüllen, sondern erst andeuten.

2.2.1 Art. 957a Abs. 3 VE

Der in Art. 957a Abs. 3 VE verwendete Begriff der „Schriftstücke“ sollte durch einen neutraleren Begriff wie z.B. „Informationen“ ersetzt werden.

2.2.2. Art. 958 Abs. 3 VE

Die in Art. 958 Abs. 3 VE vorgesehene sechsmonatige Frist ist zu kurz und angemessen zu verlängern.

2.2.3 Art. 958a Abs. 1 und 2 VE

In Art. 958a Abs. 1 und 2 VE werden zu unbestimmte Begriffe verwendet.

- So ist unklar, welche Zeitspanne der Begriff in Abs. 1 auf „absehbare Zeit“ umfasst.
- Ebenso unbestimmt ist die in Abs. 2 verwendete Formulierung „voraussichtlich nicht abwendbar“. Sodann empfehlen wir, Abs. 2 an internationale Standards anzupassen und den ersten Satz der Bestimmung wie folgt zu ergänzen:
„.... Veräusserungswerte zugrunde zu legen, sofern diese nicht höher als der aktuelle Buchwert sind.“

2.2.4 Art. 958b Abs. 1 VE

Gemäss Begleitbericht ist die Aufzählung der Grundsätze zur ordnungsmässigen Rechnungslegung im Art. 958b nicht abschliessend und lässt Raum für künftige Entwicklungen (Begleitbericht, S. 100). Es ist unklar, inwiefern diese Aufzählung noch ergänzt werden sollte, bzw. was mit dem Raum für künftige Entwicklungen gemeint ist. Der Verweis im Begleitbericht auf Ziff. 2.5 schafft diesbezüglich keine Klärung.

Ziff. 5 enthält ein absolutes Verbot der Verrechnung von Aktiven und Passiven sowie von Aufwand und Ertrag. Diese Absolutheit ist unangebracht und daher zu korrigieren. Es gibt durchaus Sachverhalte, bei denen der Nettoausweis das wirtschaftlich richtige Bild ergibt während der Bruttoausweis irreführend ist.

2.2.5 Art. 958c Abs. 3 VE

Wir empfehlen, diesen Absatz an die übliche Praxis, d.h. Nominal-/Sachwert-Methode bezüglich Fremdwährungsumrechnung anzupassen.

2.2.6 Art. 958d Abs. 2 VE

Die in Art. 958d Abs. 2 VE vorgesehene Pflicht, Geschäfts- und Revisionsberichte dem Handelsregister einzureichen, ist unnötig und für die Praxis zu aufwändig. Einerseits entsteht dadurch sowohl beim Unternehmen als auch beim Handelsregisteramt ein unnötigen Administrationsaufwand. Zum andern erhält schon heute jedermann, auch ein Nicht-Aktionär, auf Anfrage von einer Publikumsgesellschaft den Geschäftsbericht. Manche Gesellschaften dokumentieren ihre Aktionäre sogar ungefragt mit dem jeweils aktuellen Geschäftsbericht.

2.2.7 Art. 959 Abs. 4 VE

Es ist unklar, ob auch nicht aufgelöste und nicht mehr benötigte Rückstellungen als „fiktive“ Verpflichtungen zu qualifizieren wären und so dieser Satz zu einer Abweichung von der bisherigen Praxis bei den Rückstellungen führt. Wenn neu unnötige Rückstellungen zwingend aufgelöst werden müssten, wäre die im Entwurf propagierte Steuerneutralität nicht mehr gewährleistet.

In Absatz 2 und 4 wird sodann eine Definition von Aktiven und Passiven aufgeführt. Gemäss Begleitbericht soll mit dieser Definition eine bestehende Lücke des geltenden Rechts geschlossen werden (Begleitbericht, S. 102).

Unseres Erachtens ist eine solche Definition wünschenswert, jedoch sollte sie nicht zu einschränkend formuliert sein. Wir schlagen deshalb vor, Abs. 2 und 4 wie folgt zu ändern:

- Abs. 2: „Grundsätzlich müssen Vermögenswerte als Aktiven ...“
- Abs. 4: „Grundsätzlich müssen Verpflichtungen als Verbindlichkeiten ...“

Art 959 Abs. 6 und Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Die Bestimmungen zum Eigenkapital sind ungenügend und enthalten keine Hinweise, wie Derivate auf Eigenkapital zu behandeln sind, d.h. ob sie als Eigenkapitalinstrumente gelten oder ob sie als Verbindlichkeiten zu behandeln sind. Die Abgrenzung zwischen Eigenkapital und Verbindlichkeiten ist zu präzisieren.

2.2.8 Art. 959b Abs. 4

Art. 959b Abs. 4 VE verlangt, dass Optionen an Mitarbeitende und Führungsorgane der Gesellschaft als Personalaufwand zu verbuchen seien. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen, aber wie bei den Vorschriften zum Eigenkapital erscheinen die Ausführungen so rudimentär, dass sie praktisch inoperabel sind. So stellen sich z.B. die Fragen:

- zu welchem Wertansatz Mitarbeiteroptionen zu verbuchen sind (Fair Value oder innerer Wert),
- zu welchem Zeitpunkt der Wert zu bestimmen ist,
- über welche Periode die Optionen verbucht werden müssen, wenn sie erst nach einer bestimmten Zeitdauer endgültig erworben sind,
- ob zwischen Optionen, die physisch oder in bar erfüllt werden können (auch wahlweise Erfüllung in bar), differenziert werden soll,
- welche Konsequenzen Modifikationen der Optionsbedingungen während der Laufzeit haben,
- wie Optionen zu verbuchen sind (Eigenkapitalinstrument oder Verbindlichkeit).

2.2.9 Art. 959c VE

Wir empfehlen die Einführung eines Konsolidierungsrabattes, d.h. im Fall eines Konzernabschlusses oder Abschlusses nach Regelwerk sollten diese Veröffentlichungserfordernisse grundsätzlich entfallen (s. nachstehend 2.2.16).

Wir schlagen sodann vor, die im Anhang vorgesehene Angabe über die Anzahl der Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt zu streichen, da die Erhebung dieser Angaben für die Gesellschaften viel zu aufwändig und kompliziert sind (vgl. Art. 959c Abs. 2 Ziff. 2 VE).

Im Weiteren ist der in Art. 959c Abs. 2 Ziff. 8 VE verwendete unbestimmte Begriff der „ähnlichen Position“ und der in Art. 959c Abs. 2 Ziff. 9 VE verwendete unbestimmte Begriff der „aussergewöhnlichen Risiken“ zu definieren.

Schlussendlich ist an der Offenlegung der Auflösung stiller Reserven festzuhalten, wenn durch die Auflösung das erwirtschaftete Ergebnis wesentlich günstiger dargestellt wird.

2.2.10 Art. 960 Abs. 1 und 2 VE

Die Frage der Bewertung von Aktiven und Passiven stellt eine wesentliche Änderung gegenüber dem status quo dar, bei dem sich auch die Praxis der Gesamtbewertung ausgewiesener Posten etabliert hat. Die vorliegende Regelung kann bei Unternehmen zu erheblichem Abschreibungsbedarf beispielsweise auf Beteiligungen führen.

Wir schlagen vor, diesen Absatz zu streichen, da die Methode der Einzelbewertung zu einer wesentlichen Praxisänderung führt.

Sollten Aktiven und Passiven einzeln bewertet werden müssen, ist es notwendig eine klare Übergangsregelung im Gesetz zu verankern. Die neue Regelung sollte z.B. nur

Positionen betreffen, die nach in Kraft treten der neuen OR Bestimmungen erworben worden sind.

Sodann sollte das in Art. 960 Abs. 2 VE vorgesehene Verbot der Bildung von gewillkürten Reserven gestrichen werden.

2.2.11 Art. 960a Abs. 1 und Abs. 4 VE

Die in Absatz 1 aufgeführten Anschaffungskosten können insbesondere bei Unternehmensübernahmen Probleme verursachen.

In Art. 960a Abs. 4 VE ist sodann für die Aktiven vorgesehen, dass die Auflösung von nicht begründeten Abschreibungen und Wertberichtigungen im Gesamtbetrag in der Erfolgsrechnung oder im Anhang ausgewiesen werden. Dies stellt eine unbegründete Verschärfung der heutigen Pflicht zum Ausweis des Nettobetrags der Auflösung dar. Demgegenüber ist u.E., wie für die Verbindlichkeiten (Art. 960e Abs. 4 VE), nur der Ausweis des Nettobetrags vorzuschreiben.

2.2.12 Art. 960b Abs. 1 und 2 VE

Wir empfehlen, die Abs. 1 und 2 grundsätzlich zu überarbeiten. Eine Unterscheidung zwischen Forderungen und Aktiven mit Börsenkursen erscheint uns nicht sinnvoll.

Im weiteren ist ein Börsenkurs alleine keine ausreichende Voraussetzung für einen korrekten Fair Value (Verkehrswert). Wir empfehlen deshalb, den Begriff Börsenkurs mit Verkehrswert zu ersetzen.

Anzumerken ist ebenfalls, dass es gängige Rechnungslegungspraxis ist, dass Aktiven zu Anschaffungskosten in die Bilanz aufgenommen werden und nicht zum Nominalwert.

2.2.13 Art. 960d Abs. 2 VE

Die Nennung einer exakten Zeitperiode ist unseres Erachtens nicht notwendig. Wir empfehlen deshalb, Abs. 2 ersetzt zu streichen.

2.2.14 Art. 960e Abs. 2 VE

Die in Abs. 2 Satz 2 verwendete Formulierung „Ist der Betrag nicht verlässlich abschätzbar ...“ ist zu unbestimmt und präzisierungsbedürftig.

2.2.15 Art. 261 ff. VE (Rechnungslegung für grosse Unternehmen)

Der Begriff „Anhang“ scheint in zweifacher Bedeutung verwendet zu werden. Es wäre klarer, zwei verschiedene Begriffe zu verwenden.

Im weiteren sollte klar gestellt werden, dass Gesellschaften, welche eine Konzernrechnung erstellen, von diesen Zusatzangaben auf Einzelstufe befreit sind.

Zusätzlich ist unseres Erachtens festzuhalten, dass anderweitige spezialgesetzliche Bestimmungen diese Regelungen ersetzen können. Beispielsweise ist ein Lagebericht mit den aufgeführten Mindestinhaltvorschriften wenig sinnvoll für eine Bank.

2.2.16 Art. 961b Abs. 2 Ziff. 3 und Abs. 3 VE

Es ist unklar, was mit den in Abs. 2 Ziff. 3 aufgeführten „wichtigen Sparten“ gemeint ist. Auch diesbezüglich besteht Präzisierungsbedarf.

Sodann besteht für Abs. 3 keine Notwendigkeit, weshalb er zu streichen ist.

2.2.17 Art. 962 VE

In Abs. 1 ist das Wort „zusätzlich“ und Abs. 4 gänzlich zu streichen. Gemäss unseren Ausführungen unter 2.1 sollte ein Abschluss nach Regelwerk die Jahresrechnung nach OR vollgültig ersetzen, nicht nur „zusätzlich“ neben sie treten.

Ziff. 1 in Abs. 1 ist zu streichen, da der Verweis auf die Börse überflüssig ist.

Wir sprechen uns sodann für eine Streichung von Abs. 2 aus. Dass Gesellschafter, die lediglich 10% des Grundkapitals vertreten, einen Abschluss nach Regelwerk verlangen können, ist ein unverhältnismässiger Minderheitenschutz. Gleches gilt für die in Genossenschaften und Vereinen vorgesehene Regelung. Das generelle Recht eines jeden Gesellschafters mit einer Nachschusspflicht, einen Abschluss nach Regelwerk zu verlangen, kann im Einzelfall zu weit gehen, insbesondere wenn die Nachschusspflicht relativ klein ist.

2.2.18 Art. 962a Abs. 1 VE

Wir erachten es als unbedingt notwendig, dass IFRS, US GAAP und FER bereits explizit aufzuführen. Weitere Regelwerke werden vom Bundesrat bezeichnet. Darüber hinaus ist unklar, was unter „Anforderungen“ zu verstehen ist.

3. Weitere Anregungen

3.1 Art. 652a Abs. 1 Ziff. 5 OR (Emissionsprospekt)

Unter Berücksichtigung der in der Lehre vertretenen Meinung und aus Gründen der Rechtsicherheit sollte Art. 652a Abs. 1 Ziff. 5 OR dahingehend geändert werden, dass ein Emissionsprospekt über die Zwischenabschlüsse lediglich dann Aufschluss zu geben hat, wenn der Bilanzstichtag *neun* Monate zurückliegt.

3.2 Art. 652b VE (Bezugsrecht)

Der letzte Satz von Abs. 2 ist zu streichen. Die darin vorgesehene Nichtigkeit der Abgabe der Aktien bewirkt eine Rechtsunsicherheit beim Erwerb von Aktien. Insbesondere sind keine Gründe ersichtlich, weshalb der wertpapierrechtliche Gutglaubensschutz hinter den Anspruch der Aktionäre zurückzutreten hat. Der durch die Vertragsverletzung der Bank geschädigte bezugsberechtigte Aktionär kann - da es sich um einen echten Vertrag zugunsten Dritter handelt - gegenüber der Bank entsprechende Schadenersatzansprüche geltend machen.

Sodann ist Abs. 5 zu streichen. Gemäss Begleitbericht soll diese Bestimmung die Minderheitsaktionäre davor schützen, dass sie das Bezugsrecht z.B. aufgrund fehlender Mittel nicht ausüben können, sofern die Kapitalerhöhung bewusst in diesem Zeitpunkt angesetzt wird (Begleitbericht, S. 36). Es bleibt aufgrund der Gesetzesbestimmung und dem Begleitbericht aber unklar, was unter „bewusst“ zu verstehen ist. Müsste beispielsweise in Zukunft die finanzielle Lage der Minderheitsaktionäre von der Gesellschaft vorgängig geprüft werden, damit sie sich nicht einem solchen Vorwurf aussetzt? Die vorgesehene Regelung ist in der Praxis nicht umsetzbar. Sodann ist unklar, wie die benachteiligten Minderheitsaktionäre ihre Rechte geltend zu machen hätten.

3.3 Art 653c Abs. 3 Satz 2 VE (Schutz der Aktionäre)

Die Praktikabilität dieser Ergänzung ist fraglich, dürfte doch in den meisten Fällen im Zeitpunkt, zu dem das Vorwegzeichnungsrecht aufgehoben oder beschränkt wird, noch nicht absehbar sein, ob die neu ausgegebenen Titel durch die Aktionäre auf dem Markt zu angemessenen Konditionen erworben werden können. Im Übrigen wäre ohnehin fraglich, weshalb die Bedingungen nur „angemessen“ und nicht wie bei Optionsrechten „gleich“ sein sollen. Bloss "angemessene" Bedingungen lassen Raum für eine unsachliche Schlechterstellung der bisherigen Aktionäre. Die bisherige Formulierung war deutlich und gab weniger Probleme auf als die neu vorgeschlagene. Satz 2 von Art. 653c Abs. 3 VE ist ersatzlos zu streichen.

3.4 Art. 673 Abs. 2 VE (Weitere Reserven)

Art. 673 Abs. 2 VE lässt offen, ob es sich nur um Reserven nach OR oder auch gemäss Spezialgesetzen bzw. internationalen Standards handelt. Grundsätzlich dürften wohl sämtliche Reserven gemeint sein. Es ist aber nicht praktikabel, wenn die Generalversammlung über Reserven z.B. für allgemeine Bankrisiken gemäss Bankengesetzgebung zu befinden hat. Solches muss vielmehr dem Verwaltungsrat bzw. der Geschäftsleitung vorbehalten sein.

3.5 Art. 678 VE (Rückerstattung von Leistungen)

Nicht zuletzt im Interesse der Rechtssicherheit sprechen wir uns gegen die vorgeschlagene Regelung der Rückforderung ungerechtfertigter Leistungen aus (Art. 678 VE). Wir sind der Meinung, dass an den Erfordernissen der Bösgläubigkeit und der Offensichtlichkeit des Missverhältnisses festzuhalten ist. Insoweit teilen wir die im Be-

gleitbericht geäusserte Meinung nicht, dass Bösgläubigkeit im Normalfall gegeben und lediglich vor Gericht schwer nachzuweisen sei (vgl. Begleitbericht, S. 64 f.). Gerade im Zusammenhang mit ungerechtfertigten Dividendenzahlungen kann nicht davon ausgegangen werden, dass die begünstigen Aktionärinnen und Aktionäre in jedem Fall bösgläubig waren.

Mit dem Wegfall des Bezuges zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft in Abs. 2 eröffnet sich sodann ein Spektrum willkürlicher Klagen, was letztlich zur verpönten richterlichen Ermessensüberprüfung von unternehmerischen Entscheiden inklusive der Entschädigung von Mitgliedern des Verwaltungsrates führt.

Ebenfalls ist unseres Erachtens das in Abs. 3 festgehaltene Klagerecht der Gläubiger ausserhalb des Konkurse nicht gerechtfertigt und steht im Widerspruch zu den Regelungen im Verantwortlichkeitsrecht.

Der Einführung einer zehnjährigen Verjährungsfrist in Abs. 4 stehen wir ebenfalls negativ gegenüber. Sie würde bedeuten, dass Forderungen aus ungerechtfertigter Leistung später als allfällige Verantwortlichkeitsklagen verjähren würden, was zu stossenden Ergebnissen führen könnte in Fällen, bei denen die Verantwortlichkeitsklagen gegen die pflichtwidrig handelnden Verwaltungsräte bereits verjährt sind, die ahnungslosen Aktionäre aber trotzdem zur Rückerstattung verpflichtet wären. Im Übrigen müsste bei der Verankerung einer zehnjährigen Verjährungsfrist unter Bezugnahme auf das Bereicherungsrecht ebenfalls die im Bereicherungsrecht existierende relative einjährige Verjährungsfrist ab Kenntnis des Empfangs der unberechtigten Leistung eingeführt werden.

3.6 Art. 680 Abs. 3 VE (Leistungspflicht des Aktionärs)

Die Formulierung ist in dieser absoluten Form falsch und gibt den wahren Sinn unzutreffend wieder. Der Aktionär soll selbstverständlich auch unter neuem Recht nicht berechtigt sein, den von ihm einbezahlten Betrag zurück zu fordern. Hingegen soll es der Gesellschaft unter gewissen Voraussetzungen wie bisher möglich sein, den vom Aktionär einbezahlten Betrag ganz oder teilweise zurück zu erstatten, z.B. auf dem Weg einer Kapitalherabsetzung. Demzufolge wird besser an der bisherigen Formulierung von Art. 680 OR festgehalten.

3.7 Art. 689 Abs. 1 u. Art. 962a Abs. 3 VE

Der Geschäftsbericht ist künftig nicht mehr durch die GV zu genehmigen (vgl. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 VE). Demzufolge sollte es in Art. 689 Abs. 1 VE statt „Abnahme des Geschäftsberichts“ besser „Abnahme der Jahresrechnung“ und in Art. 962a Abs. 3 VE statt „Genehmigung des Geschäftsberichts“ besser „Genehmigung der Jahresrechnung“ heißen.

Aus Gründen der Einheitlichkeit sollte dieselbe Terminologie auch bei Art. 559 VE und bei Art. 856 VE betr. Kollektivgesellschaften und Genossenschaften Anwendung finden.

3.8 Art. 689a Abs. 2 VE (Berechtigung gegenüber der Gesellschaft)

Gemäss Art. 14 Abs. 2^{bis} OR ist die qualifizierte Signatur der eigenhändigen Unterschrift gleich gestellt und erfüllt somit das Schriftlichkeitserfordernis gemäss Art. 12 ff. OR. Demzufolge dürfte der Verwaltungsrat nicht berechtigt sein, eine elektronische Vollmacht mit qualifizierter Signatur zurückzuweisen. Jedenfalls gibt die gewählte Formulierung die Rechtslage missverständlich wieder, weshalb die Aussage anzupassen oder besser ganz zu streichen ist.

3.9 Art. 693 Abs. 3 Ziff. 3-5 VE (Stimmrechtsaktien)

Die Beschlussfassung über die Einleitung eines Verfahrens ist nicht identisch mit der effektiven Einleitung des Verfahrens. Auch sind für die zwei Schritte unterschiedliche Gremien bzw. Personen zuständig. In Art. 693 Abs. 3 Ziff. 3-5 VE geht es um die Bemessung des Stimmrechts in der Generalversammlung betr. Beschlüsse über die Einleitung von Sonderuntersuchungen, Verantwortlichkeitsklagen und Klagen auf Rückerstattung. Es wird deshalb besser die Formulierung gemäss bisheriger Regelung (Art. 693 Abs. 3 Ziff. 3 und 4: „die Beschlussfassung über ...“) verwendet.

3.10 Art. 696 Abs. 3 VE (Kontrollrechte der Aktionäre)

Die Generalversammlung beschliesst i.d.R. nicht über die „Form“ des Geschäftsberichts. Die Formulierung ist deshalb unnötig und ergibt keinen Sinn. Der Zusatz „in der von der Generalversammlung genehmigten Form“ ist daher generell zu streichen. Die Streichung hat aber auch zu erfolgen, weil die Generalversammlung ohnehin nicht mehr zur Genehmigung des Geschäftsberichts zuständig sein soll (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 VE und vorstehend 3.7).

3.11 Art. 697^{bis} Abs. 1 VE (Einsicht)

Der Klarheit halber wird die Bestimmung am besten dahingehend ergänzt, dass Geschäftsbücher und Korrespondenzen „von jedem Aktionär“ eingesehen werden können. Mit dieser Ergänzung korrespondiert die Bestimmung auch besser mit Art. 397 VE, der ebenfalls „jeden Aktionär“ für berechtigt erklärt.

3.12 Art. 697b Abs. 2 VE

Die Sonderuntersuchung hat sich wie bisher auf Inhalte zu beschränken, welche für die Ausübung der Aktionärsrechte nötig sind und weder Geschäftsgeheimnisse noch andere vorrangige Interessen gefährden (Art. 697a Abs. 1 VE). Dabei handelt es sich um wichtige Schranken der Wahrnehmung von Aktionärsrechten. Es ist demzufolge nicht plausibel, weshalb die Sonderuntersuchung auf Fragen ausgeweitet werden soll, welche „in der Diskussion des Antrags ... zur Sprache kamen“ (Art. 697b Abs. 2 VE). Mit dieser Formulierung hätten es Aktionäre in der Hand, durch gezielte Fragestellungen und Diskussionsbeiträge die Sonderuntersuchung auf Themen auszudehnen, welche zur Ausübung der Aktionärsrechte nicht erforderlich und/oder die durch Geschäftsgeheimnisse oder andere vorrangige

Interessen geschützt sind. Der letzte Teilsatz von Art. 697b Abs. 2 VE („oder die in der Diskussion ... zur Sprache kamen“) ist deshalb ersatzlos zu streichen.

3.13 Art. 697e Abs. 2 VE

Entsprechend der Regelung des Auskunfts- und Einsichtsrechts sind Stellen des Berichts den Gesuchstellern nicht vorzulegen, wenn sie irgendwelche vorrangigen Interessen verletzen. Die Einschränkung auf „der Gesellschaft“ ist demzufolge zu streichen, entsprechend den Regelungen in Art. 697 Abs. 3 VE und in Art. 697^{bis} Abs. 2 VE.

3.14 Art. 702 Abs. 3 VE

Die Frist von 20 Tagen zur Zugänglichmachung bzw. Zustellung des Beschlussprotokolls der Generalversammlung ist zu kurz, insbesondere weil der Verwaltungsrat das Protokoll noch zu genehmigen hat, bevor es zugänglich hgemacht werden kann. Eine Frist von 60 Tagen wäre der Problematik eher angemessen. Ueberlegenswert ist, ob das Gesetz nicht besser auf die Anordnung einer verbindlichen Frist verzichten und die Regelung nicht besser der einzelnen Gesellschaft überlassen soll.

3.15 Art. 717a Abs. 1 VE (Interessenkonflikte beim Verwaltungsrat)

Der Wortlaut der Bestimmung lässt offen, ob Mitglieder der Geschäftsleitung ihre Meldung an den Vorsitzenden der Geschäftsleitung oder des Verwaltungsrates erstatten müssen. Gemäss Begleitbericht sollen auch die Mitglieder der Geschäftsleitung dem Vorsitzenden des Verwaltungsrates Interessenkonflikte anzeigen (Begleitbericht, S. 83). Angesichts der Aufgaben des Verwaltungsrates drängt sich dies indessen nicht auf und ist auch nicht effizient. Der Einfachheit halber sollte demzufolge vorgesehen werden, dass über Interessenkonflikte der Vorsitzende des betreffenden Gremiums entscheidet.

3.16 Art. 930 VE (Verordnung des Bundesrates)

Der in Art. 930 Abs. 2 VE verwendetet Begriff der „Einheit“ ist unglücklich, da er unklar ist. Es sollte besser die bisherige in Art. 929 Abs. 2 OR verwendete Formulierung „Unternehmen“ beibehalten werden.

3.17 Art. 931a Abs. 3 VE (Anmeldung)

Für die allzu strenge Regel von Art. 931a Abs. 3 VE besteht keine Notwendigkeit. Die weit reichenden Konsequenzen, die mit einer verspäteten Anmeldung verbunden sind, stehen in keinem vernünftigen Verhältnis zur noch fehlenden Einreichung allfälliger untergeordneter Belege (vgl. z.B. Art. 650 Abs. 3 oder Art. 653 Abs. 2 OR). Eine solche Regelung wäre die Kodifizierung von verpönten überspitzten Formalismus. Besser wäre z.B. folgende Formulierung:

„Eine Anmeldung gilt als nicht eingereicht, wenn auch binnen einer vom Handelsregisteramt im Einzelfall anzusetzenden Nachfrist von mindestens 20 Tagen nicht sämtliche erforderlichen Unterlagen vorgelegt werden.“

derlichen Belege beigelegt sind oder die Anmeldung oder Belege den rechtlichen Anforderungen in anderer Weise nicht genügen.“

3.18 Art. 943a Abs. 2 VE (Haftung für Gebühren und Auslagen)

Die Haftungsbestimmungen von Art. 943a Abs. 2 VE erscheinen als überaus rigide und hart. Eine persönliche Haftung ausserhalb der Gesellschaft stehender Dritter wie Notare, Rechtsanwälte u.a. ist aus rechtssystematischen Gründen abzulehnen, denn diese handeln im Allgemeinen gestützt auf entsprechende vertragliche Abmachungen als direkte Stellvertreter der Auftraggeber. Die geltende Verordnung über die Handelsregistergebühren kennt zwar teilweise bereits entsprechende Regelungen, der neue Vorschlag geht nun aber noch darüber hinaus. Rechtlich nicht begründbar ist auch die Haftung von aus der Gesellschaft austretenden Mitgliedern von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung für Gebühren, welche erst nach ihrem Ausscheiden anfallen. Diese Personen dürfen regelmässig gar keine Kenntnis von solchen Gebühren haben. Die Inkennisssetzung dieser Personen durch die Gesellschaft scheitert an den allgemeinen Regeln (Geheimhaltungspflichten, Gleichbehandlung der Aktionäre u.a.), da diese Personen nach ihrem Ausscheiden höchstens noch Aktionäre sind und deshalb bestenfalls über die allgemeinen Einsichts- und Auskunftsrechte eines Aktionärs verfügen. Eine solche Haftung für Gebühren käme einer rechtlich unhaltbaren Kausalhaftung gleich. Die Haftungsregelung ist demzufolge zu begrenzen und sachlogisch auf den Rechtsträger einzuschränken. Abs. 2 ist daher ersatzlos zu streichen.

3.19 Schluss- und Übergangsbestimmungen

Wie einleitend und bei den Rechnungslegungsvorschriften erwähnt (s. vorstehend 1.1 und 2.1), halten wir zur Gewährleistung der Rechtssicherheit eine klare Abgrenzung zu den Spezialregelungen der Finanzmarktgesetze für geboten (analog den Schluss- und Übergangsbestimmungen zu den Titeln XXIV-XXXIII vom 18. Dezember 1936). Ihr Platz wäre sinnvollerweise in den Übergangsbestimmungen zum XXVI. und XXXII. Titel, die folglich neu als „Schluss- und Übergangsbestimmungen“ zu betiteln wären.

- **Vorrang der Spezialgesetze im Finanzmarktbereich** (neuer Art. 1 Abs. 3 VE-UeBest). Ein entsprechender Vorbehalt war bereits in den Schluss- und Übergangsbestimmungen zu den Titeln XXIV-XXXIII vom 18. Dezember 1936 enthalten, fehlte aber in den Schlussbestimmungen zum XXVI. Titel vom 4. Oktober 1991. Das führte zu Auslegungsproblemen, die durch Praxis und Literatur gelöst werden mussten (zum Bankengesetz: Beat Kleiner, in: Bodmer/Kleiner/Lutz [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Lieferung 1999, Art. 3 N 10 ff.; Christoph Winzeler, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzeler [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bankengesetz, Art. 3 N 3; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Aktienrecht, Bern 1996, § 61 Rz 58; Peter Nobel, Aktienrechtsreform und Banken, in: Gehrig/Schwander [Hrsg.], Banken und Bankrecht im Wandel, Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, S. 170 ff.). Entsprechend hielt die EBK im Jahr 1993 zum geltenden Recht fest: „[D]er Vorbehalt zugunsten des Bankengesetzes in Art. 16 der Schluss- und Übergangsbestimmungen des OR vom 18. Dezember 1936 gilt auch gegenüber dem revidierten Aktienrecht“ (EBK-Rundschreiben 93/1, Rz 3, Grundsatz des Vorrangs der „lex specialis“).

Wir schlagen im Sinn eines Optimums an Rechtssicherheit vor, Art. 1 VE-UeBest wie folgt durch einen Abs. 3 zu ergänzen:

„Soweit ein besonderes Gesetz wie namentlich das Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz), das Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz) oder das Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz) bzw. darauf gestütztes Verordnungsrecht den Bestimmungen des XXVI. Titels dieses Gesetzes (Art. 620-761) widerspricht, geht es diesen vor.“

Nur der Vollständigkeit halber möchten wir darauf hinweisen, dass selbstverständlich nach auch das Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG) nach seinem Inkrafttreten als Spezialgesetz zu erwähnen sein wird.

- **Übergangsfrist** (Art. 2 Abs. 1 VE-UeBest). Die vorgesehene Übergangsfrist von zwei Jahren erscheint uns zu kurz. Eine Verlängerung dieser Frist auf drei Jahre scheint uns zwingend notwendig, damit die Gesellschaften genügend Zeit haben, ihre Statuten und Reglemente an die neuen Bestimmungen anzupassen.

Freundliche Grüsse
Schweizerische Bankiervereinigung



Urs Roth

Christoph Winzeler

SWISS RETAIL FEDERATION

Eidgenc-gi: i...
Am, für t;u u;u, "cr

- 1. JUNI 2006

leider kann ich

Sehr geehrte Damen und Herren

Eidg. Justiz- und
Polizeidepartement
Herrn Bundesrat
Dr. Christoph Blocher
Bundeshaus-West
3003 Bern

Bern, 30. Mai 2006

Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts
im Obligationenrecht, Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen, dass Sie uns die Unterlagen zum obgenannten Revisionspaket zur Stellungnahme zugestellt haben.

Angesichts der Komplexität und des Umfangs der Materie und ihres branchenübergreifenden Charakters haben wir an der Vorbereitung der Eingaben der economiesuisse und der Industrieholding (Vereinigung Schweiz. Industrie-Holdinggesellschaften) Anteil genommen.

Wir unterstützen deshalb die Eingaben dieser beiden Organisationen vollumfänglich. Insbesondere weisen wir darauf hin, dass sich ein übertriebener Schutz der Minderheitsaktionäre nicht zum Vorteil des Gesamt-Unternehmens ausnimmt. Überhaupt sollte man die vorgeschlagene Revision nicht primär als Antwort auf gewisse aktuelle Exzesse und Rechtsverletzungen sehen, sondern ihr einen langjährigen, tragfähigen Gehalt geben. Eine solche Sicht hilft mit, massvoll und auf eine gute Praxis ausgerichtet zu legiferieren.

Mit best m Dank für die Kenntnisnahme und mit freundlichen Grüßen

Brurio Frick, Ständerat
Präsident

Verein der Vergabestiftungen in der Schweiz
Association des fondations donatrices en Suisse
Associazione delle fondazioni donatrici in Svizzera
Association of Grantmaking Foundations in Switzerland

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
3003 Bern

Zürich, 31. Mai 2006

Vernehmlassung zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechtes im Obligationenrecht

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 07.12.2005 haben Sie die politischen Parteien, die Dachverbände der Gemeinden, Städte und Bergebiete sowie Wirtschaftsorganisationen und weitere interessierte Kreise gebeten, zur vorerwähnten Revision Stellung zu nehmen. Gerne machen wir von dieser Möglichkeit Gebrauch und lassen Ihnen hiermit unsere Vernehmlassung zukommen, welche wir Ihnen gleichzeitig auch elektronisch zustellen werden.

Die als Verein organisierte SwissFoundations ist ein Zusammenschluss von heute 39 Schweizer Förderstiftungen. Die einzelnen Mitgliederstiftungen verfügen alle über ein – zum Teil erhebliches – Vermögen bzw. Erträge daraus, die sie zur Unterstützung von gemeinnützigen eigenen Projekten oder Projekten Dritter einsetzen. SwissFoundations engagiert sich insbesondere für Transparenz, Professionalität und einen wirkungsvollen Einsatz von Stiftungsmitteln im Stiftungswesen.

Vorbemerkungen:

Als Dachorganisation von Förderstiftungen haben wir uns in unserer Vernehmlassung vornehmlich auf die Neuregelung der Rechnungslegung, Art. 957 ff VE-OR, konzentriert. Generell begrüssen wir es, dass im Rahmen der vorliegenden Revision des Aktienrechtes auch das Rechnungslegungsrecht überarbeitet worden ist, nachdem bereits 1993 die Schaffung eines speziellen Rechnungslegungs- und Publizitätsgesetzes angeregt, jedoch in der Folge nicht realisiert worden war.

Die revidierten Bestimmungen bringen mehr Transparenz in die Jahresrechnungen und tragen damit wesentlich zur Verbesserung der Foundation Governance bei. Weiterhin erachten wir es als richtig, dass die neuen Rechnungslegungsvorschriften unabhängig von der Rechtsform auf alle juristischen Personen anwendbar sind, jedoch zum Teil nach Unternehmensgrösse differenzieren.

Zu einzelnen Punkten äussern wir uns wie folgt:

1. Begrüssenswerte Änderungen

a) Art. 958 Abs. 3 VE-OR

Wir erachten die klare Regelung, wonach der Geschäftsbericht binnen 6 Monaten erstellt und vorgelegt werden muss, als vernünftig.

- b) Art. 958c VE-OR
 Die neu geschaffene Flexibilität betreffend Sprache (Landessprache oder englisch) ist in einem immer internationaler werdenden Geschäftskontext als positiv zu werten.
- c) Art. 959 VE-OR
 Dieser Artikel enthält detaillierte Vorschriften betreffend Mindestgliederung von Bilanz und Erfolgsrechnung, was eine klare Verbesserung gegenüber den heutigen Regelungen bedeutet. Er orientiert sich nicht mehr an den europäischen Richtlinien, sondern am verkürzten Konzept der International Financial Reporting Standards (IFRS), was uns als angebracht erscheint. Die Vorschriften bezüglich Inhalt und Ausgestaltung des Anhangs tragen dazu bei, dass die Jahresrechnung insgesamt aussagekräftiger wird.
- d) Art. 2 Übergangsbestimmungen VE-OR
 Die Anpassungsfrist von 2 Jahren ist zu begrüssen. Die seinerzeitige Aktienrechtsrevision sah eine Übergangsfrist von 5 Jahren vor, was sich in der Praxis als viel zu lang erwies.

2. Fragliche Änderungen

- a) Art. 960b VE-OR in Verbindung mit Art. 83a VE-ZGB
 Dieser Artikel regelt die Abweichung vom Prinzip der Bewertung zu Anschaffungskosten bei Aktiven mit Börsenkurs. Neu soll die Bewertung zum Kurs am Bilanzstichtag zulässig sein, auch wenn dieser über dem Anschaffungswert liegt. Werden Aktiven zum Kurswert gebucht, so dürfen Schwankungsreserven gebildet werden, um dem Kursverlauf Rechnung zu tragen. Die vorerwähnte Abweichung vom Prinzip des Anschaffungswerts gilt jedoch nicht bei Finanzanlagen, welche gemäss Art. 959a VE-OR im Anlagevermögen auszuweisen sind.

Während diese Differenzierung bei Aktiengesellschaften und insbesondere bei operativ tätigen Unternehmen Sinn machen mag, ist sie bei Vergabestiftungen definitiv fehl am Platz. Gerade Förderstiftungen verfügen meist über erhebliche Vermögen, welche zum grossen Teil längerfristig in börsenkotierten Anlagen angelegt sind. Die Bilanz sollte jedoch die tatsächlichen Werte ausweisen. Werden die börsengängigen Anlagen zum Anschaffungswert verbucht und während Jahren mit diesen Werten geführt, so werden stille Reserven aufgebaut, was nicht mehr den neuen Transparenzvorschriften entspricht. Zudem liegt es auch im Interesse von Stiftungen, Netto-Kurserfolge in der Erfolgsrechnung ausweisen zu können.

Die neue Regelung würde im Extremfall dazu führen, dass bei den Portefeuilles zu unterscheiden wäre zwischen Liquiditätsreserven, welche im Umlaufvermögen verbucht werden, und langfristigen Anlagen, welche als Anlagevermögen gelten. Und die Wertschriftenbuchhaltung wäre entsprechend anzupassen, was die Administration unnötig verkomplizieren würde.

Deshalb ist in Art. 83a ZGB vorzusehen, dass die Einschränkung von Art. 960b VE-OR für Stiftungen nicht gilt, sondern dass Stiftungen börsenkotierte Anlagen zwingend zu Marktwerten bilanzieren müssen, so wie dies Personalvorsorgeeinrichtungen gemäss dem Standard von Swiss GAAP FER 26 schon heute tun.

b) Art. 759 Abs. 1 bis VE-OR

Der Entwurf sieht vor, die solidarische Haftung der Revisionsstelle summenmässig zu begrenzen, sofern die Haftung nur auf einem leichten Verschulden beruht.

Das Schweizer Recht sieht für Organe von juristischen Personen ein im internationalen Vergleich ausserordentlich strenges Haftungsregime vor. So versichern nur noch wenige Versicherungsgesellschaften derartige Risiken gegen entsprechend hohe Prämien. Dies deutet wohl darauf hin, dass die Haftpflicht zu streng ist. Die Frage der Limitierung der Haftung der Organe muss jedoch in einem ganzheitlichen Kontext betrachtet werden. Die Haftung des Verwaltungsrats und auch des Stiftungsrats ist in eine Neuregelung einzubeziehen. Deshalb finden wir es nicht richtig, in der vorliegenden Revision lediglich die Limitierung der Haftung der Kontrollstelle isoliert zu regeln.

3. Schlussbemerkungen

Aus der Sicht von SwissFoundations gibt es zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechtes nur wenige Kommentare zur Rechnungslegung und unsere generelle Bemerkung zur Haftungsfrage (Art. 759 Abs. 1 bis VE-OR) Trotzdem hoffen wir, dass unsere Anregungen ihren Niederschlag in der definitiven Ausformulierung des Gesetzes finden werden.

Mit freundlichen Grüßen



Doris Russi Schurter
Geschäftsleiterin ART MENTOR
FOUNDATION LUCERNE /
Mitglied SwissFoundations



Beate Eckhardt
Geschäftsführerin SwissFoundations

Wirtschaft und Recht

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
Herr BR Christoph Blocher
Postfach
3003 Bern

Urs Meier
Ressortleiter

Kirchenweg 4
Postfach
CH-8032 Zürich
Tel. ++41 (0)1 384 48 10
Fax ++41 (0)1 384 48 43
www.swissmem.ch
u.meier@swissmem.ch

Zürich, 15. Mai 2006 Zy/UM – 21.1

**Vernehmlassungsverfahren: Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im
Obligationenrecht**

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Wir beziehen uns auf Ihre Einladung zur Stellungnahme vom 7. Dezember 2005 in rubrizierter Sache und danken Ihnen dafür bestens.

1. Einleitung

Auslöser der vorliegenden Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts sind gemäss Begleitbericht verschiedene Ereignisse in der Wirtschaft, welche gezeigt hätten, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen für Unternehmen nicht überall optimal ausgestaltet sind. Im Bereich der Maschinen-, Elektro- und Metall-Industrie sind uns Fälle, in welchen sich die geltenden Bestimmungen als zu wenig oder nicht griffig herausgestellt haben, nicht bekannt. Swissmem ordnet daher keinen Bedarf für die vorliegenden Gesetzesänderungen. Die gegenwärtig feststellbare Tendenz zur Einzelfall-Legiferierung lehnen wir ab. Im weitaus überwiegenden Teil der Fälle hat sich das geltende Aktienrecht bewährt.

Die Revision macht deutlich, dass die Interessen und Schutzbedürfnisse der Aktionäre von KMU einerseits und grossen, meist börsenkotierten Gesellschaften andererseits nur schwer in Einklang zu bringen sind. Die Vorlage geht sodann auch zu wenig auf die Verschiedenartigkeit der Aktiengesellschaften ein. Gesellschaften, deren Aktien von Privaten (z.B. Familien) gehalten werden, dürfen nicht denselben Schutzbestimmungen ausgesetzt werden wie börsenkotierte Gesellschaften. Insbesondere bei Familien-Aktiengesellschaften darf die Privatautonomie nicht ohne Not beschränkt werden. Für diese KMU, welche das Rückgrat der Maschinen-, Elektro- und Metall-Industrie darstellen, birgt die Gesetzesvorlage die Gefahr, dass sie mit Formalien und

Mehraufwand belastet werden, ohne dass für die Aktionäre oder für den einen Hauptaktionär ein Mehrwert resultiert. Dies muss auf jeden Fall verhindert werden. Die Vorlage widerspricht in diesem Punkt den gegenwärtigen Bemühungen, die KMU zu entlasten. Beim Ausbau von Aktionärsrechten, welcher mit Mehraufwand verbunden ist, sollte demzufolge nach Grösse, Struktur und Schutzbedürftigkeit des Aktionariats differenziert werden.

Obwohl wir für die Maschinen-, Elektro- und Metall-Industrie keinen Bedarf für eine Revision erkennen, äussern wir uns nachfolgend (sofern nicht anders vermerkt) **im Hinblick auf grosse, börsenkotierte Unternehmen** zu jenen Punkten des Revisionsvorschlags, welche uns für den Industriestandort Schweiz besonders wichtig erscheinen.

2. Verbesserung der Corporate Governance

a.) Zur Neugestaltung und Ausdehnung der Klage auf Rückerstattung (nArt. 678 OR)

Auch Swissmem stösst sich an Machenschaften von Unternehmensführern, welche auf blosse persönliche Bereicherung hinauslaufen, mögen diese formaljuristisch auch Gesetz und Statuten entsprechen. Dies rechtfertigt jedoch nicht, dass unilateral und pauschal die Leitung aller Aktiengesellschaften a priori kriminalisiert werden. Diesen Effekt hat die geplante neue Formulierung des Art. 678 OR. Der Begründung im Begleitbericht (S. 64/65), dass auf das Erfordernis des bösen Glaubens verzichtet werden soll, weil dieses im Normalfall vorliege und vor Gericht schwierig nachzuweisen sei, wird der Komplexität der Praxis nicht gerecht. Das ursprüngliche Ziel des Art. 678 OR bestand darin, den Griff nach Vermögenswerten wie im Selbstbedienungsladen auf gerichtlichem Weg rückgängig machen zu können. Diesem Zweck wird die bisherige Form durchaus gerecht. Der nArt. 678 OR führt hingegen zu einer Einschränkung der Entscheidungsfähigkeit eines Unternehmens. In einem Unternehmen sind laufend Entscheide zu fällen, deren Grundlagen sehr oft auf Annahmen (z.B. bezüglich der künftigen Entwicklung der Märkte) beruhen müssen. Deshalb wäre es eine Verkennung der Realität, von der Möglichkeit auszugehen, **nur** richtige Entscheide zu treffen. Wenn Verwaltungsrat und Geschäftsleitung permanent unter dem Damoklesschwert stehen, dass Entscheide während bis zu zehn Jahren im Rahmen von Rückerstattungsklagen (ob begründet oder nicht) von potenziellen Klägern in Frage gestellt werden können, werden sie einem Klima ausgesetzt, das die Entscheidungsfreudigkeit hemmt und im schlimmsten Fall dazu führt, dass vor allem strategische Entscheide, welche naturgemäß am stärksten auf der Basis von Annahmen gefällt werden müssen, aufgeschoben werden. Dies ist diejenige Variante, welche sämtlichen Stakeholdern und der Volkswirtschaft am wenigsten nützt.

Die neue Bestimmung schwächt die Oberaufsicht des Verwaltungsrates über die Geschäftsleitung und führt geradezu zu einem Systemwechsel in der Rollenverteilung der beiden Organe. Wenn der Gesetzgeber Verwaltungsrat und Geschäftsleitung gleich behandelt bzw. beide in gleicher Weise in die rechtliche Verantwortung nimmt, schwächt er die vom Verwaltungsrat auszuübende Oberaufsicht. Denn dieser muss nun gleich detailliert informiert sein wie die Geschäftsleitung, um bei einer Klage auf Rückerstattung nicht schlechter gestellt zu

sein als diese. Es ist indessen dem heute geltenden Aktienrecht immanent, dass der Verwaltungsrat über weniger Detailinformationen als das operative Management verfügt. Das entspricht auch der Praxis und ist im Sinne der stufengerechten Information sogar notwendig. Der Blick des Verwaltungsrates auf das Wesentliche soll nicht durch die Überfülle an Informationen verstellt werden. Vor Gericht wird sich derselbe Sachverhalt in Zusammenhang mit einer Rückerstattungsklage anders lesen, mit dem Resultat, dass die vorgesehene Revision die Oberaufsicht schwächt.

Eine zehnjährige Rückerstattungspflicht ist zu lang. Es wird den Gerichten nicht leicht fallen, auf Jahre zurück die Zusammenhänge zu beurteilen und zu entscheiden, wann ein Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung gegeben war. Mit der Fünfjahresfrist ist berechtigten Ansprüchen Rechnung getragen und unberechtigten Ansprüchen Einhalt geboten. Dies führt für sämtliche Stakeholder zu mehr Rechtssicherheit.

Insbesondere Abs. 2 zu nArt. 678 enthält weitere Unsicherheitsfaktoren. Wann ist ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung gegeben? Muss eine Unternehmensleitung, welche unter Einhaltung sämtlicher betriebsinterner und gesetzlicher Bestimmungen eine Entscheidung getroffen hat, welche sich Jahre später als falsch herausstellt, ihre Gehaltszahlungen zurückerstatten? Diese Fragen dürfen ohne Zweifel die Gerichte beschäftigen und erst nach vielen Jahren aufwendiger Prozessführung letztinstanzlich entschieden werden.

Ausserdem regelt Art. 754 der geltenden Gesetzgebung die Verantwortlichkeit auch von mit der Geschäftsleitung befassten Personen. Wenn diese also absichtlich oder fahrlässig ihre Pflichten verletzen, besteht eine Schadenersatzpflicht nicht nur einzelnen Aktionären und der Gesellschaft, sondern auch den Gesellschaftsgläubigern gegenüber. Die Ausdehnung des Anwendungsbereichs von Art. 678, welche übrigens die Abgrenzung zwischen den beiden Tatbeständen verwischt, erscheint auch aus diesem Grund unnötig zu sein. Wenn die Voraussetzungen des bestehenden Art. 678 als lex specialis nicht erfüllt sind, haben Klageberechtigte zudem die Möglichkeit, ungerechtfertigte Bezüge über OR 62ff. geltend zu machen.

Gesamtwirtschaftlich betrachtet erscheint uns der Schaden dieser Änderung grösser als deren Nutzen. Das vorsätzliche Ausnützen des unternehmerischen Spielraums zur Verfolgung von Eigeninteressen wird nicht durch die pauschale Verschärfung der Rückerstattungspflichten aller Leitungsorgane verhindert. Die damit bewirkte Einschränkung der unternehmerischen Freiheit und des geschäftlichen Ermessens dürfte die potenzielle Verhinderung von Missbräuchen übertreffen. Diese Bestimmung stimmt ausserdem auf ein allzu klagefreundliches Klima ein und ermöglicht, die von Beginn weg den Beteiligten bekannten und eingegangenen Risiken eines Aktienkaufs nachträglich auf andere abzuwälzen. Deshalb wenden wir uns gegen die Revision von Art. 678 OR, welche nicht im Interesse des Werk- und Denkplatzes Schweiz sein kann.

b.) Zur Abschaffung der Organvertretung (nArt. 689d)

Die nArt. 689c und nArt. 689d differenzieren zwischen Gesellschaften mit börsenkotierten und nicht börsenkotierten Aktien, was zwecks Akzentsetzung grundsätzlich zu begrüßen ist.

Die Abschaffung der Organvertretung, die Beschränkung auf eine unabhängige Person und die Einschränkung deren Vollmacht erscheinen uns jedoch unnötig und problematisch. Die Stimmrechtsausübung der Konzernmuttergesellschaft an der Generalversammlung der Konzerntochtergesellschaft dürfte durch die Abschaffung der Organvertretung zu unnötigem administrativen Mehraufwand und zu Mehrkosten führen, ohne dass für die Muttergesellschaft als Aktionärin ein Mehrwert resultieren würde. Die Muttergesellschaft könnte sich nämlich nur noch durch eine Person vertreten lassen, welche nicht Organ der Tochtergesellschaft ist. Dies erweist sich jedoch als praxisfern, da sehr oft die Organfunktionen von Mutter- und Tochtergesellschaft in Personalunion ausgeübt werden.

Auch bei Unternehmen, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, erweist sich die Abschaffung der Organvertretung als unbefriedigend und letztlich als Strafe für ein Unternehmen, welches zufriedene Aktionäre aufweist. Dem Management eines Unternehmens, das erfolgreich gewirtschaftet hat, gestehen die Aktionäre einen Vertrauensbonus zu. Dieser äussert sich dadurch, dass die Aktionäre den Anträgen des Verwaltungsrates zustimmen und sich daher ohne weiteres auch von diesem an der GV vertreten lassen können. Die grosse Mehrheit von zufriedenen Aktionären verhält sich in diesem Sinne passiv. Durch die vorgeschlagene Änderung wird den aktivistisch-unzufriedenen Aktionären ein unverhältnismässiges Gewicht zugetragen. Dies schadet letztlich einem Unternehmen, welches gut gearbeitet hat. Im Bereich der Stimmrechtsvertretung ist dem Schutz des Aktionärs mit der bestehenden Regelung hinreichend Rechnung getragen. Denn dieser hat es auch unter der geltenden Regelung in der Hand, sich durch eine unabhängige Person an der GV vertreten zu lassen. Die Stimmrechtsausübung gemäss seinen Interessen ist somit gewährleistet. Die Neuerung führt zu einer Schlechterstellung der Unternehmen, ohne dass dies für den Aktionär Mehrwert schafft. Sie ist deshalb zurückzuweisen.

c.) Zur Abschaffung der Depotvertretung

Die Abschaffung der Depotvertretung befürworten wir hingegen ausdrücklich.

d.) Zur Ausweitung der Auskunftspflicht (nArt. 697 OR)

Wir erachten die heutige Auskunftspflicht gegenüber dem Aktionär einer börsenkotierten Gesellschaft als ausreichend. Bei diesen Gesellschaften mit mehreren tausend Aktionären stellen sich für ein Unternehmen in der Praxis erhebliche Probleme. Die Gleichbehandlung aller Aktionäre ist bei grossen kotierten Gesellschaften bereits heute eine anspruchsvolle Aufgabe.

Ausserdem ist vorauszusehen, dass ein börsenkotiertes Unternehmen während eines Jahres von Anfragen überschwemmt würde. Solche Anfragen dürften ohnehin vor allem Informationen betreffen, welche vom Unternehmen auf der Homepage, in Jahresberichten usw. publiziert worden sind oder welche Geschäftsgeheimnisse betreffen. Trotzdem müssten diese innert 60 Tagen schriftlich beantwortet werden. Dass dies nur mit erheblich finanziellem und personellem Aufwand möglich ist, liegt auf der Hand. Dabei stehen die Kosten in keinem Verhältnis zum Mehrwert, den diese Anfragen generieren. Letztlich müssen wiederum die Aktionäre (insbesondere auch jene, die sich die Informationen selber beschaffen) diesen Aufwand tragen. Wir lehnen deshalb diese Bestimmung für börsenkotierte Gesellschaften ab.

**e.) Zur Offenlegung von Managemententschädigungen bei kotierten Gesellschaften
(nArt. 697^{quater} OR)**

Gemäss dem Begleitbericht (S. 73) entspricht nArt. 697^{quater} dem von den Räten bereits verabschiedeten Art. 663b^{bis} der Transparenzvorlage, ohne dass sich inhaltlich etwas ändert. Wir haben uns anlässlich der Vernehmlassung zur Transparenzvorlage geäussert. Deshalb kann auf eine Stellungnahme hierzu verzichtet werden.

f.) Zur Einleitung einer Sonderuntersuchung (nArt. 697b)

Die vorgeschlagene Gesetzesbestimmung regelt die Schwellenwerte für die gerichtliche Anordnung einer Sonderuntersuchung neu. Einerseits werden die bestehenden Quoten halbiert und andererseits wird ein neuer Schwellenwert eingeführt.

Swissmem hat Verständnis für die Anliegen von Minderheitsaktionären. Wir erachten jedoch die Bestimmung von nArt. 697b Abs. 1 Ziff. 3, wonach ein Aktionär Aktien im Wert von lediglich CHF 2 Mio. des Börsenwertes halten muss, damit er gerichtlich eine Sonderuntersuchung beantragen kann, als missbrauchsgefährlich. Namentlich einem potenziellen Wettbewerber dürfte es nicht schwer fallen, sich diese Aktien zu beschaffen und ein Unternehmen sodann mit entsprechenden Verfahren einzudecken. Der damit verursachte Bearbeitungs- und Kostenaufwand dürfte erheblich sein. Deshalb ist die vorgesehene Schwelle für börsenkotierte Gesellschaften abzulehnen. Auch bezüglich Halbierung der bereits bestehenden Schwellen sind wir kritisch. Wir erachten das Missbrauchspotenzial für querulatorische Aktionäre als grösser gegenüber einem möglichen Gewinn an Aktionärsrechten.

g.) Zur Einberufung der Generalversammlung durch Aktionäre (nArt. 699 OR)

Für die Senkung der Schwellenwerte zur Einberufung einer GV haben wir im Wesentlichen die gleichen Bedenken, wie für die Senkung zur Einleitung einer Sonderuntersuchung. Vor allem bei kotierten Gesellschaften kann dies vermehrt zu Missbräuchen führen.

h.) Zur Traktandierung (nArt. 699a OR)

Auch der vorgesehenen Herabsetzung für die Schwellenwerte zur Traktandierung von Verhandlungsgegenständen stehen wir kritisch gegenüber. Diese Herabsetzung führt zu unnötigen Behinderungen und Belastungen der Generalversammlung, wenn Traktanden von Minderheitsaktionären behandelt werden müssen, die von Anfang an keine Aussicht auf Mehrheitsfähigkeit haben. Die Schwellenwerte erfüllen gerade den Zweck einer ersten Triage und sollten deshalb nicht gesenkt werden.

i.) Zum Verbot der gegenseitigen Einflussnahme auf die Festsetzung der Honorare (nArt. 707 Abs. 3 OR)

Swissmem unterstützt Bestrebungen, welche sachlich nicht begründbare Vergütungen verhindern. Daher unterstützen wir die neue Bestimmung in Art. 707 Abs. 3 des vorliegenden Entwurfs, welche die gegenseitige Abhängigkeit bei der Festsetzung der Entschädigungen verhindert.

j.) Zur jährlichen Wahl des Verwaltungsrats und zur Einzelwahl (nArt. Art. 710 Abs. 1 OR)

Die vorgeschlagene Regelung, dass sich der Verwaltungsrat jährlich der Wiederwahl stellen muss, wirkt nur auf den ersten Blick für die Aktionärsrechte förderlich. Die Vorteile der Kontinuität in der Unternehmensführung werden dabei völlig ausser Acht gelassen. Dies leistet u. U. dem kurzfristigen Gewinnstreben Vorschub, was nicht dem Sinn der Revisionsvorlage entspricht.

Wer in einem Unternehmen eine Führungs- oder Aufsichtsfunktion übernimmt, braucht mehrere Jahre, um umfassende Kenntnisse über die Gesellschaft zu erwerben. Eine gewisse Kontinuität in der Führung ist eine wichtige Voraussetzung für eine gedeihliche Zusammenarbeit der leitenden Organe. Je grösser ein Unternehmen ist, desto wichtiger ist – auch aus volkswirtschaftlicher Sicht – dessen langfristige Perspektive. Der Zwang zur jährlichen Wahl des Verwaltungsrates fördert die Kurzfristigkeit und mindert im Einzelfall den Mut zu Entscheidungen, welche kurzfristig den Ertrag schmälern, aus mittel- und langfristiger Sicht für das Gedeihen der Unternehmung aber notwendig sind. Die Vorschrift schafft zudem eine

generelle Unsicherheit im Unternehmen, die niemandem Vorteile bringt. Gerade die industriell tätigen Unternehmen sind auf Kontinuität und langfristige Perspektiven angewiesen. Dies gilt ganz besonders für die Strategie und deren Umsetzung. Ohne Kontinuität in den Führungsorganen ist dies nicht möglich. Der Gesetzgeber sollte unseres Erachtens das Interesse an den auf Langfristigkeit und Nachhaltigkeit ausgerichteten Unternehmen nur schon aus volkswirtschaftlichen Überlegungen höher gewichten als die Erweiterung der rechtlichen Optionen für kurzfristig realisierbare Wechsel in der Besetzung des Verwaltungsrates. Diese gehen, wie jüngste Beispiele in der Schweiz zeigen, allzu oft von Aktionären aus, die nur kurzfristige Gewinnsteigerungen im Auge haben.

Indessen weisen wir darauf hin, dass wir mit der Einzelwahl der Verwaltungsratsmitglieder – auch bei privaten Aktiengesellschaften - einverstanden sind. Wir sind der Meinung, dass dadurch berechtigten Aktionärsanliegen besser Rechnung getragen werden kann als mit einer jährlichen Wahl. So haben die Aktionäre nach Ablauf der Amtszeit die Möglichkeit, die Tätigkeit eines Mitglieds zu beurteilen und wenn nötig eine Korrektur vorzunehmen.

k.) Zur Regelung von Interessenskonflikten (nArt. 717a OR)

Die vorgeschlagene Regelung zum Vorgehen bei Interessenskonflikten erachten wir als geeignet zur Verhinderung von Missbräuchen einer bestimmten Funktion und befürworten diese sowohl für kotierte Gesellschaften als auch für private Aktiengesellschaften.

I.) Zur Organhaftung der Revisionsstelle (nArt. 759 Abs. 1bis OR)

Wir sind der Meinung, dass die in der geltenden Gesetzgebung vorgesehene «differenzierte Solidarität» der Problematik, wie im Begleitbericht beschrieben, volumäglich Rechnung trägt. Immerhin handelt es sich bereits um eine Aufweichung der sonst üblichen Solidarhaftung. Es entspricht ja gerade dem Ziel und Zweck der Solidarhaftung, dass der Solidargläubiger bevorzugt behandelt wird und der Solidarschuldner das Risiko des fehlgeschlagenen Regresses trägt. Aus unserer Sicht bestehen keine überzeugenden Gründe, die solidarische Organhaftung zu Gunsten der Revisionsstelle und zu Lasten des Geschädigten noch mehr aufzuweichen. Zu betonen ist, dass diese Änderung zu Lasten der Aktionäre gehen würde, deren Rechte durch die vorliegende Vorlage gestärkt werden sollten. Den Schutz des Aktionärs erachten wir vor allem bei Verletzung von Verantwortlichkeiten als schützenswerter als die Interessen der Revisionsstelle.

3. Neuregelung der Kapitalstruktur

a.) Zur Abschaffung der Inhaberaktie (nArt. 622 OR; Art. 2 und 3 Übest)

Swissmem erachtet die Entscheidung eines Unternehmens über die Art der herauszugebenden Aktien als wesentlichen Bestandteil der unternehmerischen Freiheit. Die gesetzliche Verpflichtung der Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien hat für die betroffenen Unternehmen, insbesondere wenn sie an der Börse kotiert sind, erhebliche Auswirkungen. Art. 3 Abs. 3 der Übergangsbestimmungen hält fest, dass der Verwaltungsrat umgehend nach der Umwandlung die «erforderlichen Massnahmen» für den Umtausch treffen müsse. Bezogen auf börsenkotierte Gesellschaften bedeutet dies, dass für den Ausbau und die Führung des Aktienregisters mehrere Personen neu beschäftigt werden müssten. Dies ist wiederum mit erheblichen Ausgaben verbunden und widerstrebt den gegenwärtigen Bemühungen, Unternehmen von regulatorischen Kosten zu entlasten.

Im Bereich von privaten Aktiengesellschaften dürfen die Vorteile der Inhaberaktie als zirkulationsfähiges Wertpapier nicht unterschätzt werden. Der Hinweis im Begleitbericht (S. 27) auf den angloamerikanischen Raum, in welchem die Inhaberaktie weitgehend unbekannt sei, ist deshalb irreführend, weil dort die Übertragung von Namenaktien anderen Regeln folgt als im Schweizerischen Recht. Obwohl die Zielsetzung der Empfehlung des GAFI verständlich ist, bleibt zu betonen, dass es auch legitime Interessen gibt, als Investor anonym zu bleiben: Gläubiger, Kunden oder gar Konkurrenten wollen nicht, dass die Gesellschaft von ihrer Aktionärseigenschaft Kenntnis bekommt. Sie wünschen aber auf diesem Weg einen Einblick in die Belange der betreffenden Aktiengesellschaft zu erhalten. Aufgrund der Anonymität erhöhen Inhaberaktien auch die Bereitschaft, in Venture-Gesellschaften zu investieren, ohne dass der betreffende Geldgeber um seine kaufmännische Reputation bangen muss. Aus diesen Gründen wenden wir uns gegen die Abschaffung der Inhaberaktie.

b.) Zur Einführung des Kapitalbandes (nArt. 653r und 653s OR)

Swissmem begrüßt Institute, welche die unternehmerische Freiheit garantieren und die Verfahren zur Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung flexibilisieren. Deshalb begrüßen wir die Möglichkeit für kotierte und nicht-kotierte Unternehmen, ein Kapitalband einzuführen und bevorzugen somit die auch vom Bundesrat befürwortete Hauptvariante.

Wir bitten Sie höflich um Kenntnisnahme und verbleiben
mit freundlichen Grüßen

sig.

Thomas Daum
Direktor

sig.

RA Urs Meier
Rechtskonsulent

Herrn
Bundesrat Dr. Christoph Blocher
Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements
Bundeshaus West
3003 Bern

Zürich, 31. Mai 2006
Unsere Referenz: SWX-SWX-COR-20060524/D

Vernehmlassung Revision Aktien- und Rechnungslegungsrecht

Hochgeachteter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 7. Dezember 2005 haben Sie uns freundlicherweise eingeladen, zum Entwurf der Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts vernehmlassend Stellung zu nehmen. Für die Gelegenheit zur Meinungsäußerung danken wir Ihnen bestens.

Die SWX Swiss Exchange unterstützt die Absicht, mittels einer Stärkung der Eigentumsrechte den Interessen der Aktionäre auch bei den börsenkotierten Unternehmen besser Rechnung zu tragen. Ange- sichts der zunehmenden Bedeutung und Verflechtung der internationalen Kapitalmärkte sind dabei auch internationale Entwicklungen gebührend zu berücksichtigen.

Der Fokus auf Massnahmen zur Stärkung der Corporate Governance muss jedoch gleichzeitig auch den flexiblen Mechanismen der Selbstregulierung genügend Raum belassen. Dies ist der SWX Swiss Exchange ein besonderes Anliegen, sind uns doch durch das Börsengesetz weitgehende Kompetenzen und regulatorische Pflichten im Hinblick auf die kotierten Gesellschaften übertragen worden.

Vor diesem Hintergrund möchten wir namentlich zu den nachstehend aufgeführten Punkten der Revision kritische Bemerkungen anbringen. Dabei haben wir uns auf Themen konzentriert, welche für die Börse als Betreiber der zentralen Handelsinfrastruktur bzw. als Regulator von unmittelbarer Bedeutung sind.

Corporate Governance

Gemäss Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG) legt die SWX Swiss Exchange fest, welche Informationen zu veröffentlichen sind, damit die Anleger die Eigenschaften der Effekten und die Qualität des Emittenten beurteilen können. Die Börse hat dabei international anerkannten Standards Rechnung zu tragen (Art. 8 BEHG). Zu diesen, im Kotierungsregelement der SWX (KR) im einzelnen aufgelisteten Informationen, gehören Angaben über die Führung und Kontrolle auf oberster Unternehmensebene des Emittenten (Corporate Governance).

Gestützt auf diese börsengesetzliche Kompetenz zur Selbstregulierung hat die SWX Swiss Exchange am 1. Juli 2002 die Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance (RLCG) erlassen. Die RLCG verpflichtet die Emittenten, deren Beteiligungspapiere an der SWX kotiert sind, zur Offenlegung kapitalmarktrelevanter Schlüsselinformationen. Massgebend ist hierbei das Prinzip „Comply or explain“. Die

Revisionsvorlage sieht im Rahmen der Ausweitung der Corporate Governance vor, die Stellung der Generalversammlung zu stärken und die Effizienz der Kontroll- und Mitwirkungsrechte der Aktionäre zu verbessern. Im Einzelnen ist zu bemerken:

Jederzeitiges Auskunftsrecht (Art. 697 VE-OR)

Gegenüber dem geltenden Recht sollen neu die Aktionäre ihr Auskunftsrecht nicht nur *an der GV*, sondern *jederzeit* geltend machen können, wobei die Gesellschaft innerhalb von 60 Tagen schriftlich Auskunft zu erteilen hat. Sämtliche Auskünfte, die das Unternehmen während eines Geschäftsjahres gegeben hat, müssen an der nächsten GV zur Einsichtnahme aufgelegt werden.

Die Auskunftspflicht kann mitunter kursrelevante Tatsachen im Sinne von Art. 72 KR betreffen. Eine solche Auskunftserteilung an einen einzelnen Aktionär stellt eine unter Umständen unzulässige selektive Information dar und kann daher gegen Art. 72 KR i.V. mit Rz. 6 der SWX Richtlinie betr. die Ad hoc-Publizität (RLAhP) verstossen. Daran ändert auch die Verpflichtung nichts, die anderen Aktionäre anlässlich der nächsten GV über die erteilte Auskunft zu orientieren; das Gebot der Gleichbehandlung der Marktteilnehmer verlangt nämlich, dass alle aktuellen und potentiellen Marktteilnehmer *zeitgleich* über potentiell kursrelevante Tatsachen informiert werden. Zukünftig werden die börsenkotierten Gesellschaften – soweit es sich um Ad hoc-relevante Auskünfte handelt und kein Verweigerungsgrund gegeben ist – wohl zeitgleich mit dem anfragenden Aktionär die Öffentlichkeit über die Anfrage informieren müssen. Dies kann unter Umständen von anfragenden Aktionären instrumentalisiert werden.

Elektronische Verfügbarkeit Geschäfts- und Revisionsbericht (Art. 958d Abs. 2 VE-OR)

Der Vorentwurf verlangt, dass die Geschäfts- und Revisionsberichte börsenkotierter Unternehmen beim Handelsregisteramt einzureichen und von diesem auf elektronischem Weg zu veröffentlichen sind. Die Notwendigkeit dieser Pflicht ist vor dem Hintergrund von Art. 696 Abs. 3 OR und aufgrund der heute in der Praxis von den börsenkotierten Gesellschaften genutzten informationstechnischen Möglichkeiten (Internet) nicht ersichtlich. Zudem haben börsenkotierte Unternehmen die Pflicht, im Rahmen der jährlichen Berichterstattung ihren Geschäfts- und Revisionsbericht zu veröffentlichen (Art. 64 KR).

Dispo-Aktien

Der Revisionsentwurf verzichtet auf Bestimmungen betr. Dispo-Aktien, obwohl es sich dabei nach einhelliger Auffassung um ein für die Unternehmen brennendes Problem handelt. Sollte die mit den Dispo-Aktien verbundene Frage der Eintragung in das Aktienregister im Rahmen der weiteren Behandlung der Vorlage thematisiert werden, ist bei allfälligen Lösungsansätzen die SWX Richtlinie betr. Handelbarkeit von Namenaktien zu berücksichtigen, welche das Eintragungsverfahren beim Erwerb von Namenaktien bereits jetzt wesentlich erleichtert.

Rechnungslegung

Das Rechnungslegungsrecht ist über das Transparenzgebot mit den Bestimmungen zur Corporate Governance verknüpft. Die Neuregelung des Rechnungslegungsrechts soll mithin dem Anspruch genügen, dass die zu veröffentlichten Informationen einer sachgerechten und verständlichen Darstellung verpflichtet sind und das für den Investor Wesentliche beinhalten. Folgende Bemerkungen drängen sich in diesem Kontext auf:

Revisionsbericht (Art. 728b VE-OR)

Der Revisionsbericht sollte bei Unternehmen, die von Gesetzes wegen zu einer ordentlichen Revision verpflichtet sind (Art. 961 VE-OR), aus Gründen der Vollständigkeit Bestandteil des Geschäftsberichts sein. Eine Aufteilung in Geschäfts- und Revisionsbericht macht wenig Sinn und entspricht nicht der gelebten Praxis.

Währung Rechnungslegung (Art. 958c VE-OR)

Bereits heute erstellen verschiedene an der SWX kotierte Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz die Konzernbilanz in einer ausländischen Währung. Im Rahmen der Rechnungslegung sollte deshalb neben der Landeswährung generell auch die Verwendung einer international üblichen, frei konvertierbaren Währung zugelassen werden. Die Pflicht zur Bilanzierung in der Landeswährung entspricht nicht der internationalen Ausrichtung grosser börsenkotierter Gesellschaften.

Abschluss nach Regelwerk (Art. 962a VE-OR)

Gemäss Vorentwurf soll der Bundesrat die anwendbaren Regelwerke bezeichnen und bestimmen, welche Anforderungen bei der Wahl des Regelwerks zu beachten sind. Gestützt auf Art. 8 BEHG obliegt den Börsen im Rahmen ihrer Selbstregulierungspflicht die Aufgabe, internationale Rechnungslegungsstandards zu berücksichtigen (vgl. Art. 70 KR). Die Zulassungsstelle der SWX hat denn auch entsprechende Rechnungslegungsstandards, wie Swiss GAAP FER, US GAAP und IFRS (vormals IAS), welche auf dem Grundsatz „true and fair view“ bzw. „fair presentation“ beruhen, für anwendbar erklärt. Wird in diesem Zusammenhang die Kompetenz des Bundesrates bezüglich der Publikumsgesellschaften nicht einschränkend geregelt, riskiert der Bundesgesetzgeber eine Kompetenzkollision, indem zwischen dem BEHG und dem revidierten Aktienrecht ein Normenkonflikt in Kauf genommen wird. Wir würden es vorziehen, wenn die gegebene Kompetenzordnung belassen und folglich weiterhin die Börse selbst festlegen würde, welche Regelwerke für kotierte Gesellschaften als verbindlich erklärt werden können. Diese Regelwerke sollten zudem für börsenkotierte Unternehmungen nicht kumulativ gelten, sondern *aus-schliessliche* Geltung beanspruchen. Eine Regelung, welche den Börsen entsprechenden Gestaltungsspielraum - gerade auch im Zusammenhang mit ausländischen Emittenten - lässt, ist im Sinne der Flexibilität geboten und hat sich zudem in der Praxis bereits bewährt. Wir ersuchen Sie daher, mittels eines Vorbehaltes zu Gunsten der Spezialgesetzgebung im Finanzmarktbereich (BEHG) bzw. zu Gunsten der Selbstregulierungskompetenzen der Börsen die notwendige Klarheit zu schaffen.

Abnahme Konzernrechnung (Art. 962a Abs. 2 VE-OR)

Gemäss Art. 962a Abs. 2 VE-OR kann die Übereinstimmung der Konzernrechnung mit dem Regelwerk entweder durch die Revisionsstelle oder durch einen beauftragten Revisionsexperten festgestellt werden. Die Revisionsstelle wird nach wie vor von der GV gewählt, der beauftragte Revisionsexperte kann auch vom VR bestimmt werden. Gleichzeitig entfällt die Genehmigung bzw. Zurückweisung der Konzernrechnung durch die GV, da Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 OR aufgehoben wird. Zusätzlich nimmt der Vorentwurf der GV die Möglichkeit, den Konzernrechnungsprüfer zu wählen. Diese Änderungen müssen als Rückschritt in der Corporate Governance betrachtet werden. Die Verpflichtung in Art. 962a Abs. 3 VE-OR, der GV den Konzernabschluss vorzulegen, ohne ihn genehmigen zu lassen, wiegt diese Nachteile nicht auf.

Konsolidierungskreis (Art. 963b VE-OR)

Unternehmen, welche eine Konzernrechnung zu erstellen haben, sind aufgrund von Art. 963c VE-OR verpflichtet, den Abschluss gemäss einem internationalen Regelwerk vorzunehmen. Diese Regelwerke enthalten Konsolidierungsvorschriften und werden fortlaufend weiterentwickelt. Durch die Regelung des

Konsolidierungskreises im Gesetz geht die in diesem Zusammenhang notwendige Flexibilität verloren. Die Regelwerke sind einem raschen Wandel unterworfen, eine Gesetzesrevision braucht ein Mehrfaches an Zeit. Der Konsolidierungskreis ist daher nicht im OR, sondern durch das anwendbare Regelwerk festzulegen. Andernfalls entstehen unter Umständen Widersprüche, insbesondere bezüglich nicht zu konsolidierender Unternehmen.

Honorar Revisionsstelle/Konzernprüfer (Art. 961 Abs. 2 Ziff. 4 VE-OR)

Es erscheint wenig sinnvoll, lediglich das Honorar der Revisionsstelle aus Prüfung und anderen Dienstleistungen offen zu legen. Von grösserer Bedeutung sind die entsprechenden Angaben über den Konzernprüfer. Da der Konzernprüfer nicht mehr zwingend gleichzeitig als Revisionsstelle amtet, sollte dieser gesondert Erwähnung finden.

Abschliessend ist im Lichte des Obstehenden darauf hinzuweisen, dass einer freiheitlichen Ausgestaltung des Aktienrechts Sorge zu tragen ist, welche den Selbstregulierungskompetenzen genügend Raum bietet und der unternehmerischen Selbstdisziplin notwendige Anreize schafft.

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

SWX Swiss Exchange

Prof. Peter Gomez
Präsident des Verwaltungsrates

Dr. Heinrich Henckel
CEO SWX Swiss Exchange

TREUHAND-KAMMER

Zürich, 28.5.2006

Herrn Bundesrat
Dr. Christoph Blocher
Vorsteher EJPD
Bundeshaus
3003 Bern

**Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht,
Vernehmlassungsantwort**

Sehr geehrter Herr Bundesrat
sehr geehrte Damen und Herren

Die Treuhand-Kammer als Standesorganisation der diplomierten Wirtschaftsprüfer, Steuer- und Treuhänderxperten begrüßt die in die Vernehmlassung gegebene Vorlage und nimmt gerne zu den darin aufgeworfenen Themen Stellung. Unser Gesellschaftsrecht ist für die schweizerischen Unternehmen von zentraler Bedeutung, es ist ein wichtiger Faktor im internationalen Standortwettbewerb und setzt wesentliche Rahmenbedingungen. Seiner Ausgestaltung im Sinne einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung unter Betonung und Stärkung der Eigenverantwortlichkeit muss eine hohe Beachtung geschenkt werden. Die Vernehmlassungsbotschaft bringt dies in ihren Zielsetzungen zum Ausdruck, doch muss bei der konkreten Ausgestaltung und Umsetzung der neuen Regelungen in der Praxis darauf geachtet werden, dass die Gestaltungsfreiheit der einzelnen Unternehmen und ihre Handlungsmöglichkeiten nicht unnötig eingeschränkt werden.

Die Treuhand-Kammer beantragt Ihnen, folgende Bereiche der Vorlage nochmals zu überdenken und zu überarbeiten und erlaubt sich gleichzeitig, dazu konkrete Vorschläge zu unterbreiten.

1. Begrenzung der Haftung der Revisionsstelle
2. Anzeige bei Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit, Klärung des Mechanismus
3. Kapitalstruktur
4. Generalversammlung
5. Prüfung der Konzernrechnung
6. Rechnungslegung
7. Steuerliche Anliegen

1. Begrenzung der Haftung der Revisionsstelle

1.1. Grundsätzliches

Die Vernehmlassungsvorlage thematisiert zu Recht die Frage der Haftung der Revisionsstelle und schlägt eine Zweiteilung der Haftung vor: Die Haftungssumme für Publikumsgesellschaften und volkswirtschaftlich bedeutende Gesellschaften soll bei leichter Fahrlässigkeit auf CHF 25 Mio. und bei allen anderen Gesellschaften auf CHF 10 Mio. begrenzt werden.

Die Treuhand-Kammer begrüßt und unterstützt den Vorschlag des Bundesrates, eine Haftungsbegrenzung der Revisionsstelle bei leichter Fahrlässigkeit einzuführen, weil damit ein akutes Problem aufgegriffen und einer Lösung zugeführt wird, das in den letzten Jahren für die Branche existenzbedrohende Formen angenommen hat.

Weil in den Verantwortlichkeitsprozessen der letzten Jahren aus Opportunitätsgründen vorab die unbegrenzt und solidarisch als Gesellschaftsorgan haftenden Revisionsstellen ins Recht gefasst worden sind, hat dies - entgegen den Zielen der Aktienrechtsreform von 1991 - zu einer faktischen Verlagerung der Verantwortlichkeit von den geschäftsführenden Organen zur Revisionsstelle geführt. Dies ist rechtspolitisch gerade dann fragwürdig, wenn Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung ein grobes Verschulden trifft, während der Revisionsstelle in der Regel nur eine leichte Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann. Der ursächliche Schaden wird ja stets von den geschäftsführenden Organen angerichtet, während die Revisionsstelle allenfalls eine im nachhinein erfolgte Fehlbeurteilung zu verantworten hat, die ihrerseits zu einer Schadensvermehrung beitrug.

Diese in der Vernehmlassungsvorlage korrekt wieder gegebene Situation muss und kann verbessert werden durch eine Begrenzung der Haftung der Revisionsstelle, die im Sinne der Corporate Governance ein besseres Gleichgewicht zwischen den Organen bezüglich ihrer Verantwortlichkeit bringt. Da die Revisionsgesellschaften zunehmend Mühe haben, sich gegen die Risiken aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit angemessen zu versichern, können umfangreiche Schadenersatzklagen die Existenz der Revisionsgesellschaft und mithin der Branche in Frage stellen. Schon heute ist die Zahl der Revisionsunternehmen an einer Hand abzuzählen, die überhaupt für grosse internationale Unternehmen als Konzernprüfer in Frage kommen. Andrerseits versichern lediglich zwei schweizerische Versicherer überhaupt noch die Haftpflichtrisiken grösserer Revisionsunternehmen.

Aus diesen Gründen ist die Haftungsbegrenzung für die Revisionsstelle zu trennen von der allgemeinen Frage der Organhaftung, die zu einer erheblichen Ausweitung des Problemfeldes führen und vertiefte Abklärungen notwendig machen würde, die mit dem Zeitplan der anvisierten Aktienrechtsreform kollidieren. Es wären Fragen wie die Qualifikation der Verwaltungsräte oder eine Versicherungspflicht für die geschäftsführenden Gesellschaftsorgane zu klären - ein weites und heikles Problemfeld, das eben im Bereich der Revisionsstelle mit dem Revisionsaufsichtsgesetz und der Neuregelung der Revision im Gesellschaftsrecht rechtlich bereits geklärt werden konnte.

Für die Treuhand-Kammer und die gesamte Revisionsbranche ist deshalb zentral, dass die Haftung der Revisionsstelle als ein Kernelement der Vernehmlassungsvorlage auch in die bevorstehende Botschaft zur Aktienrechtsrevision Eingang finden wird. Diese Frage muss vordringlich angegangen und gelöst werden. Eine spätere umfassende Überprüfung der Haftpflichtregelung für alle Gesellschaftsorgane wird damit nicht präjudiziert.

1.2. Konkreter Vorschlag: Dreiteilung der Haftungsbegrenzung

Was die konkrete Lösung zur Begrenzung der Revisionshaftung anbetrifft, sieht die Treuhand-Kammer im bundesrätlichen Vorschlag einen guten, aber noch verbesserungsfähigen Ansatz. Materiell ist unseres Erachtens eine Dreiteilung der Haftungsbegrenzung vorzusehen, formell ist die Haftungsbeschränkung in Art. 755 OR einzufügen.

Statt einer rein nach der Grösse der zu revidierenden Gesellschaft differenzierenden Regelung sollte eine Lösung getroffen werden, die auch auf das qualitative Element der Revision Rücksicht nimmt. Die Haftung der Revisionsstelle wird zwangsläufig eine andere sein, ob eine Gesellschaft einer ordentlichen Revision oder eben einer eingeschränkten Revision unterzogen wird.

Wir schlagen dem Bundesrat daher vor, eine Dreiteilung betreffend der Haftungslimiten zu wählen:

1. für die Publikumsgesellschaften (inklusive z.B. Grossgenossenschaften) eine auch im internationalen Vergleich sehr hohe Haftungssumme von beispielsweise CHF 25 Mio.;
2. für die übrigen volkswirtschaftlich bedeutenden Gesellschaften eine Haftungssumme von beispielsweise CHF 10 Mio. und
3. für die einer eingeschränkten Revision unterliegenden KMU eine wesentlich tiefere Limite, die auch in einem ausgewogenen Verhältnis zu den effektiven Revisionshonoraren stehen sollte.

Statt einer fixen maximalen Haftungssumme sollte aus Gründen der Verhältnismässigkeit auch eine Lösung zumindest für den Bereich der eingeschränkten Revision geprüft werden, die von einem Multiple des Revisionshonorars (beispielsweise des zehnfachen Betrages des Revisionshonorars des letzten Geschäftsjahres) ausgeht. Die im Vernehmlassungsentwurf vorgeschlagene maximale Haftungssumme von CHF 10 Mio. stellt in einem weiten Bereich der KMU bzw. deren Revisionsstellen faktisch gar keine Haftungsbeschränkung dar.

Gesetzestechisch weisen wir darauf hin, dass die Revisionshaftung in Art. 755 OR ("Revisionshaftung") begründet wird und Art. 759 OR ("Solidarität und Rückgriff") lediglich eine Schadensverteilungsnorm enthält, die eine Mehrheit von Haftpflichtigen voraussetzt. Eine Haftungsbeschränkung der Revisionsstelle ist generell vorzusehen, unabhängig von der Frage, ob die Revisionsstelle allein oder zusammen mit andern Organen zur Verantwortung gezogen wird. Darum muss die Regelung über die

Haftungsbegrenzung bei Art. 755 OR (bzw. Art. 108 Fusionsgesetz) eingefügt werden.

2. Anzeige bei Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit, Klärung des Mechanismus bzw. der Verantwortlichkeiten

2.1. Beurteilung der Situation

Seit der Einführung der Prüfungspflicht der vom Verwaltungsrat zu veranlassenden Zwischenbilanz gem. Art. 725 (und damit verbunden der subsidiären Anzeigepflicht der Revisionsstelle gemäss Art. 729b Abs. 2) anlässlich der OR Revision 1992 sind die Revisionsstellen regelmässig mit der Anwendung dieser Bestimmung konfrontiert.

Der einfache und klare Begriff der Überschuldung hat sich bewährt, während der Begriff der Offensichtlichkeit nach wie vor nicht geklärt ist und vor allem zu einer Verschärfung der Haftung der Revisionsstelle geführt hat.

In der Praxis wurde der Revisionsstelle in der Regel eine Frist von 60 Tagen zugestanden, um - anstelle des Verwaltungsrates bzw. infolge dessen Untätigkeit - den Richter zu benachrichtigen. Sie setzt also gegenüber dem Verwaltungsrat eine solche Frist, ansonsten benachrichtigt sie den Richter. Sie muss dabei allerdings genauestens abwägen, ob sie eine allenfalls überlebensfähige Gesellschaft in den Konkurs treibt. Da sie heute einer unbegrenzten und solidarischen Organhaftung unterliegt, muss sie aber auch ihre eigenen Risiken bedenken und wird tendenziell zu grosser Vorsicht neigen. Ein solcher Zeitablauf bzw. Mechanismus für die Benachrichtigung des Richters durch die Organe ist im Gesetz indessen nicht klar vorgegeben und sollte für die Zukunft geklärt werden (vgl. Abschnitt 2.2).

Bei der Neuregelung der Revision und der Einführung der ordentlichen bzw. der eingeschränkten Revision wurde für beide Revisionsformen dieselbe Formulierung gewählt für die Anzeigepflicht der Revisionsstelle im Falle der offensichtlichen Überschuldung: *"Ist die Gesellschaft offensichtlich überschuldet und unterlässt der Verwaltungsrat die Anzeige, so benachrichtigt die Revisionsstelle das Gericht."*

Nachdem die Feststellung der "offensichtlichen Überschuldung" bereits in einer ordentlichen Revision ein schwieriges und heikles Unterfangen darstellt, weil die unternehmerischen Zukunftschancen und -risiken zu beurteilen und zu quantifizieren sind, hat sich diese Problematik im Falle der eingeschränkten Revision noch verstärkt. Unsere Bedenken sind in der parlamentarischen Beratung in diesem Punkt nicht berücksichtigt worden. Es wird seitens der Treuhand-Kammer angestrebt, in den entsprechenden Prüfungsstandards einen gangbaren Weg aufzuzeigen, damit in der Praxis nicht Arbeitsplätze gefährdet werden müssen wegen allenfalls zu hoher von den Revisionsstellen zu tragenden Risiken.

Mit den in der Vernehmlassungsvorlage vorgeschlagenen Gesetzesänderungen wird die gesamte Problematik aber nochmals dramatisch verschärft:

Für die **ordentliche Revision** bestimmt der neue Art. 728c Abs. 3:

"Ist die Gesellschaft offensichtlich überschuldet **oder offensichtlich zahlungsunfähig** und unterlässt der Verwaltungsrat die Anzeige, so benachrichtigt die Revisionsstelle **unverzüglich** das Gericht."

Für die **eingeschränkte Revision** lautet der neue Art. 729c identisch:
 "Ist die Gesellschaft offensichtlich überschuldet **oder offensichtlich zahlungsunfähig** und unterlässt der Verwaltungsrat die Anzeige, so benachrichtigt die Revisionsstelle **unverzüglich** das Gericht."

Zur offensichtlichen Überschuldung hinzu kommt nach der Vernehmlassungsvorlage neu noch der Tatbestand der "offensichtlichen Zahlungsunfähigkeit". Um diesen Tatbestand festzustellen, müsste die (gesetzlich nicht vorgeschriebene) Liquiditätsplanung überprüft und die Tresorerie eines Unternehmens überwacht werden. Das stellt die Revisionsstelle bereits bei der ordentlichen Revision vor grosse und noch ungelöste Probleme, bei einer eingeschränkten Revision aber wird die Revisionsstelle unweigerlich überfordert. Sie hat weder ein entsprechendes Mandat noch das Instrumentarium, um eine solche Aufgabe zu erfüllen. An die Stelle einer periodischen Review müsste faktisch eine permanente Überwachung der eingeschränkt zu prüfenden Gesellschaft treten.

2.2. Antrag auf Streichung von Art. 729c (Anzeigepflicht bei eingeschränkter Revision) und Vorschlag für eine bessere Aufgabenabstimmung zwischen Verwaltungsrat und Revisionsstelle

Die Treuhand-Kammer beantragt daher mit allem Nachdruck, die Anzeigepflicht der Revisionsstelle nochmals grundsätzlich zu überprüfen. Bei der eingeschränkten Revision ist die Revisionsstelle von dieser Anzeigepflicht zu entbinden, was durch die **Streichung von Art. 729c** erreicht werden kann.

Falls die aus unserer Sicht unumgängliche Streichung von Art. 729c nicht erfolgt, müsste unter allen Umständen davon abgesehen werden, der Revisionsstelle bei der eingeschränkten Revision eine **Anzeigepflicht im Falle der offensichtlichen Zahlungsunfähigkeit** zu überbinden, weil die dafür notwendigen Prüfungen den gesetzlichen Auftrag der eingeschränkten Prüfung völlig sprengen und faktisch zu einer vom Gesetzgeber bestimmt nicht gewollten "ordentlichen Revision durch die Hintertür" führen würden.

Mit der Streichung von Art. 729c noch nicht gelöst ist die Kollision der Aufgaben und Verantwortlichkeiten, die gemäss der Vernehmlassungsvorlage einerseits vom Verwaltungsrat und andererseits von der Revisionsstelle wahrzunehmen sind. Die Treuhand-Kammer schlägt vor, dass der gesamte **Mechanismus im Bereich der Überschuldung, Zahlungsunfähigkeit und Anzeigepflichten (Art. 725 und 728c insbesondere)** nochmals grundlegend hinterfragt wird. Das erscheint uns zwingend notwendig vor allem mit Blick auf die Anzeigepflicht bei der ordentlichen Revision und ganz besonders für den Fall, dass die Anzeigepflicht entgegen unserer Überzeugung auch bei der eingeschränkten Revision beibehalten würde. Nach Art. 725 muss der Verwaltungsrat bei begründeter Besorgnis nämlich "unverzüglich" Zwischenbilanzen erstellen und bei festgestellter Überschuldung "unverzüglich" das Gericht benachrichtigen. Unterlässt der Verwaltungsrat die Anzeige, so

benachrichtigt gem. Art. 728c die Revisionsstelle wiederum "unverzüglich" das Gericht. Dieses dreimalige "unverzüglich" ist nicht praktikabel.

Anzustreben ist eine Lösung, die Klarheit schafft: Falls der Verwaltungsrat selbst zur Überzeugung gelangt, dass die Gesellschaft überschuldet oder illiquid ist bzw. nächstens wird, so sollte er die Zwischenbilanzen nicht vorweg einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorlegen müssen. Er soll vielmehr direkt den Richter anrufen können. Die Revisionsstelle wiederum soll dem Verwaltungsrat - so er nicht von sich aus handelt - eine Frist setzen können (aufgrund der Praxis von z.B. 60 Tagen), um eine Überschuldung oder eine Zahlungsunfähigkeit abzuwenden bzw. andernfalls den Richter anzurufen. Eine solche Lösung ist dringlich und zwingend, wenn der Gesetzgeber für die betroffenen Unternehmen wie die Revisoren eine klare Aufgabenteilung und Verantwortlichkeit schaffen will. Dies liegt im vitalen Interesse aller Unternehmen wie unserer gesamten Volkswirtschaft.

3. Kapitalstruktur

Die Treuhand-Kammer äussert sich zu den Vorschlägen zur Neuregelung der Kapitalstrukturen lediglich insoweit, als sie die Rolle der Revisionsstelle betreffen.

In der Frage "Kapitalband" oder "Genehmigte Kapitalherabsetzung" erscheint die Einführung eines Kapitalband die für die Unternehmen attraktivere Regelung, doch ist dabei die Rolle der Revisionsstelle nochmals zu überprüfen. Art. 653v verlangt einen Prüfungsbericht und zwar analog der Kapitalherabsetzung nach Art. 653m. Das Problem des Prüfers liegt im Umstand, dass der Verwaltungsrat mit den Bestimmungen zum Kapitalband ermächtigt wird, das Kapital innert einer Frist von fünf Jahren herabzusetzen. Der zugelassene Revisionsexperte ist jedoch nicht in der Lage zu bestätigen, dass die Forderungen der Gläubiger in der gesamten in der Zukunft liegenden Zeitspanne gedeckt sein werden.

Aus diesen Gründen schlagen wir vor,

- Art. 653v Abs. 1 Ziff. 2 sowie Abs. 2 zu streichen oder dann
- Art. 653v Abs. 1 Ziff. 2 wie folgt zu fassen:

"2. ein zugelassener Revisionsexperte bestätigt, dass die Forderungen der Gläubiger im Zeitpunkt des Beschlusses der Generalversammlung unter Berücksichtigung der beantragten Kapitalherabsetzung vollständig gedeckt sind."

4. Generalversammlung

Die Treuhand-Kammer ist mit der Neuregelung der Generalversammlung grundsätzlich einverstanden. Allerdings weisen wir darauf hin, dass die angestrebte absolute Liberalisierung der Generalversammlung nicht zu Missbrauchsmöglichkeiten seitens ausländischer Aktionäre bzw. ausländischer Behörden zum Schaden der schweizerischen Unternehmen führen darf.

Mögliche Schwierigkeiten könnten sich ergeben bei einem ausländischen Tagungsort und bei der elektronischen Generalversammlung im Zusammenhang mit der Revisionsaufsicht und dem Revisionsgeheimnis. So könnte eine ausländische Revisionsaufsichtsbehörde die Durchführung einer Generalversammlung einer schweizerischen Tochtergesellschaft eines ausländischen Konzerns im Ausland verlangen, um so die Rechtshilfebestimmungen zu umgehen. Dieselbe Problematik besteht bei einer elektronischen Generalversammlung.

Wichtig ist der neue Art. 701a Abs. 4 Ziff. 3, wonach der Haupttagungsort für die Anwesenheit des Revisors massgebend ist. Wir schlagen zur Präzisierung vor, Art. 701b (Ausländischer Tagungsort) und 701d (Elektronische Generalversammlung) je mit einer neuen Ziff. 3 zu ergänzen:

"3. auf die Anwesenheit der Revisionsstelle verzichtet wird."

5. Prüfung der Konzernrechnung und des Abschlusses nach Regelwerk

In Art. 728a, der die Aufgaben der Revisionsstelle regelt, wird in Abs. 1 Ziff. 1 der Hinweis auf die Prüfung der Konzernrechnung gestrichen. Gemäss Art. 962a Abs. 2 in Verbindung mit Art. 963c soll die Prüfung der Konzernrechnung künftig "wahlweise durch die Revisionsstelle oder durch eine andere Revisorin bzw. einen anderen Revisor aufgrund eines Auftragsverhältnisses erfolgen" können (Vernehmlassungsvorlage S. 86). Diese Wahlfreiheit ist unseres Erachtens nicht zweckmässig, da sie zu einer unterschiedlichen Haftungssituation für den Konzernprüfer führt. Als Revisionsstelle und damit Organ der Gesellschaft untersteht der Konzernprüfer der Haftungsbegrenzung gem. Art. 759 (bzw. Art. 755), als Revisorin/Revisor der Auftragshaftung, obwohl die Funktion des Konzernprüfers in beiden Fällen dieselbe ist. Falls die Regelung beibehalten wird, müsste jedenfalls klargestellt werden, dass die Revisionshaftung in gleicher Weise besteht, unabhängig von der Frage, ob der Konzernprüfer als Organ der Gesellschaft oder als deren Auftragnehmer handelt.

Den vorgeschlagenen Gesetzesbestimmungen lässt sich nicht konkret entnehmen, wer für die Wahl des beauftragten Konzernprüfers zuständig ist. Nachdem es sich aber rechtlich um ein Auftragsverhältnis handelt, wäre demzufolge für die Wahl nicht mehr die Generalversammlung, sondern der Verwaltungsrat zuständig. Unseres Erachtens muss diese Frage im Gesetz selbst geklärt werden. Die oben zitierte Wahlfreiheit bzw. unterschiedliche Haftungsregelung würde nach der Vernehmlassungsvorlage auch für einen Abschluss nach Regelwerk (Art. 962 und 962a) gelten; auch hier besteht Klärungsbedarf.

6. Rechnungslegung

Die Treuhand-Kammer hat die neuen Vorschriften zur Rechnungslegung geprüft und begrüsst grundsätzlich die vorgesehene Neuordnung. Zahlreiche Fragen und Anregungen ergeben sich aus der Praxis, die jedoch den Rahmen einer Vernehmlassungsantwort sprengen und auch zu sehr ins Detail gehen würden. Exponenten der Treuhand-Kammer werden sich erlauben, mit Ihren Sachbearbeitern entsprechende Gespräche zu führen und Anregungen direkt einzugeben.

Eine auch politisch stark beachtete Frage betrifft die Transparenz bzw. Offenlegung der Verwaltungsratsbezüge und parallel dazu der Revisions- und Beratungshonorare. Aus der Sicht der Treuhand-Kammer steht einer verstärkten Transparenz grundsätzlich nichts im Wege. Allerdings sind dazu zwei kritische Bemerkungen anzubringen. Zum einen stehen die VR-Bezüge und die Revisions- bzw. Beratungshonorare nicht auf derselben Stufe, weil es sich im ersten Fall um (Brutto-)Einkommen, im zweiten Fall jedoch um Geschäftsumsätze handelt, denen ein entsprechender Aufwand gegenübersteht. Auf dieselbe Stufe wie die Revisions- und Beratungshonorare wären grundsätzlich auch alle Anwaltshonorare und übrigen Beratungsmandate zu stellen, insbesondere wenn es sich um dem Verwaltungsrat nahestehende Anwaltskanzleien und Beraterfirmen handelt. Auch diese Mandate haben einen engen Bezug zur Corporate Governance.

7. Steuerliche Anliegen

Die Treuhand-Kammer unterstützt das gewählte Konzept. Der Vernehmlassungsentwurf statuiert für den Einzelabschluss ausdrücklich Bewertungsregeln, wie sie bisher in der Praxis angewendet wurden. Diese Klärung wird begrüßt. Damit wird insbesondere ein Bekenntnis zu stillen Reserven ausgesprochen. Dies ist die Voraussetzung, dass die Reform steuerneutral durchgeführt werden kann. Die Prämissen der Steuerneutralität muss auch Massstab für die Beurteilung verschiedener Einzelbestimmungen sein. Diesbezüglich ist denn auch festzuhalten und sicherzustellen, dass die heute kantonal unterschiedlichen Regelungen etwa zu Abschreibungen und Rückstellungen auch in Zukunft fortgeführt werden können und dass somit keine interkantonale Harmonisierung dieser unterschiedlichen Bewertungspraxen angestrebt oder vorgegeben wird.

Die Einführung einer Kapitalreserve nach Art. 671 wird grundsätzlich begrüßt. Die Konzeption des Entwurfs würde zweifelsohne jedoch zu einem erheblichen Verlust an Flexibilität in der Verwendung des Eigenkapitals führen, da eine Rückführung des Agios an die Anteilsinhaber nicht mehr direkt, sondern nur über eine vorgängige Umwandlung in Aktienkapital erfolgen könnte. Eine sachliche Begründung ist dem Vernehmlassungsbericht nicht zu entnehmen, und in der Literatur ist diese Frage strittig. Eine Einschränkung der Verwendungsmöglichkeiten des Agios wäre vor allem aus steuerplanerischer Sicht, gerade auch mit Blick auf das Kapitaleinlageprinzip gemäss Unternehmenssteuerreform II, der Attraktivität des Wirtschaftsstandortes Schweiz abträglich und darum zu bedauern und wird unsererseits abgelehnt.

Im Zusammenhang mit den steuerlichen Folgen sowie der Umsetzung der in der Vorlage vorgesehenen Neuregelungen ergeben sich verschiedene technische Fragen, von deren Darlegung in der vorliegenden Vernehmlassungsantwort abgesehen wird. Wir werden uns jedoch erlauben, unsere Anliegen an Ihre Experten zu adressieren, um mit diesen die entsprechenden Fragen direkt auf fachtechnischer Ebene zu erläutern.

Schlussbemerkung

Gerne hoffen wir, sehr geehrter Herr Bundesrat, sehr geehrte Damen und Herren, dass Sie unsere Überlegungen kritisch prüfen und unsere Vorschläge in die

kommende Botschaft zur Aktienrechtsreform aufnehmen werden. Wir sehen ihr mit grossem Interesse entgegen und verbleiben

mit vorzüglicher Hochachtung

TREUHAND-KAMMER

Prof. Dr. Giorgio Behr
Präsident

Albert Guntli
Direktor

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Herr Bundesrat Dr. Christoph Blocher
Bundeshaus West
3003 Bern

Zürich, 22. Mai 2006

Vernehmlassung «Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht»

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Der **veb.ch** vertritt als grösster Schweizer Verband für Rechnungslegung und Controlling rund 5000 Mitglieder aus der gesamten Schweiz. veb.ch ist für das Finanz- und Rechnungswesen sowie Controlling in der Berufsbildung die zuständige Organisation der Arbeitswelt gemäss Bundesgesetz über die Berufsbildung vom 13. Dezember 2002. Der Verband besteht seit 1936 und ist unter anderem Mitträger der Prüfungen der beiden eidgenössisch anerkannten Prüfungen in seinem Fachbereich. Expertinnen/Experten in Rechnungslegung und Controlling sowie Inhaberinnen/Inhaber des Fachausweises im Finanz- und Rechnungswesen sind heute in der schweizerischen Wirtschaft die anerkannten, hoch qualifizierten Fachleute.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, zum oben erwähnten Entwurf Stellung zu nehmen. Mit dem vorliegenden Entwurf verfolgt der Bundesrat vier Hauptziele, im Einzelnen die Verbesserung der Corporate Governance, die Neuregelung der Kapitalstrukturen, die Aktualisierung der Regelungen der Generalversammlung sowie die Neuregelung der Rechnungslegung. Unsere Stellungnahme bezieht sich vor allem auf die Rechnungslegung, geht aber dort, wo Verbindungen zu den anderen Bereichen bestehen, auch darüber hinaus. Wir begrüssen ausdrücklich den Versuch, eine einheitliche Ordnung für alle Rechtsformen des Privatrechts zu schaffen, die Anforderungen an die Rechnungslegung je nach der wirtschaftlichen Bedeutung der Unternehmen zu differenzieren, die Transparenz zu verbessern sowie die Konzernrechnung nach einem anerkannten Regelwerk auf ein festes Fundament zu stellen. Ob

die Rechnungslegung im Rahmen eines separaten Gesetzes oder wie bisher als Teil des OR behandelt wird, spielt aus unserer Sicht keine Rolle. Teilweise ist der Bundesrat allerdings zu Bestimmungen gelangt, denen wir nicht zustimmen können oder bei denen wir Präzisierungsbedarf sehen. Im Einzelnen haben wir hierzu die folgenden Kommentare.

ANMERKUNGEN ZUR RECHNUNGSLEGUNG

1. Art. 957: *Pflicht zur Buchführung und Rechnungslegung*

Der neu gefasste Art. 957 enthält keine Ausführungen zur einfachen Gesellschaft. In BGE 125 IV 17 oder BGE 91 IV 188 finden sich im Zusammenhang mit strafrechtlichen Urteilen Ausführungen des Bundesgerichts zum Thema Buchführung in einfachen Gesellschaften.

Des Weiteren können einfache Gesellschaften z.B. mehrwertsteuerpflichtig sein und müssen somit über Aufzeichnungen verfügen, die den Anforderungen des Art. 58 MWSTG entsprechen. Es wäre daher wünschenswert, wenn sich der Gesetzgeber zur Buchführung und Rechnungslegung von einfachen Gesellschaften äussern würde.

Dies gilt umso mehr, als die Grenze zwischen Kollektivgesellschaft und einfacher Gesellschaft (z.B. bei Anwaltskanzleien, Gemeinschaftspraxen von Ärzten) nicht immer klar verläuft und einfache Gesellschaften (ARGE im Bau) sehr grosse Umsätze ausweisen können.

2. Art. 958: *I. Zweck und Bestandteile der Rechnungslegung*

In Abs. 1 heisst es, dass die Rechnungslegung die wirtschaftliche Lage des Unternehmens so darstellen soll, dass sich Dritte ein zuverlässiges Urteil bilden können.

Dies deutet vor allem auf die *Informationsfunktion* der Rechnungslegung hin, lässt aber offen, wer Hauptadressat der Rechnungslegung ist und was mit den Informationen geschehen soll. Beides hat aber Auswirkungen auf die Rechnungslegung und damit die Darstellung der Rechnungslegung: Steht z.B. der Investor eines Unternehmens im Vordergrund, stellt sich die Frage, ob die Rechnungslegung die wirtschaftliche Lage so darstellen soll, dass sie gute Schätzungen für den Wert des Unternehmens in statischer Weise (Substanzwert) oder aber gute Schätzer für die zukünftigen Cashflows liefern soll. Darüber hinaus verfolgt die Rechnungslegung gemäss Obligationenrecht eine gesellschaftsrechtliche Vermögens- und Gewinnverteilung und beeinflusst über das Massgeblichkeitsprinzip die Ermittlung von Steuerbemessungsgrundlagen. Beide Zwecke stellen aber grundsätzlich andere Anforderungen an die Rechnungslegung als die Informationsfunktion. Letztlich, und dies erscheint unbefriedigend, bleiben damit die Zwecke der Rechnungslegung gemäss Obligationenrecht im Dunkeln. Art. 958 sollte

daher bezüglich der Zwecke präzisiert werden. Besonders die Bewertungsvorschriften in Art. 960a bis f sind ausgeprägt steuerlich motiviert und beeinträchtigen gravierend die Möglichkeit Dritter, sich ein verlässliches Urteil über die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage bilden zu können. Auf diesen Mangel des Vorentwurfs wird nachfolgend noch ausführlicher einzugehen sein.

3. Art. 958a: *II. Annahme der Fortführung*

Die Pflicht zur Führung einer Bilanz zu Liquidationswerten könnte bei einem Konkurs zu Haftungsklagen gegenüber den Unternehmern führen, die im guten Glauben daran, dass sie das Unternehmen über die Runden bringen, keine Bilanzierung zu Liquidationswerten vorgenommen haben. Nach Eröffnung eines Konkurses könnte leicht festgestellt werden, dass dies bereits 12 Monate zuvor ein klarer Fall war.

Auch die geplante Beendigung eines Geschäftsbetriebs, welche zumindest dem Buchhalter gegenüber 12 Monate im Voraus mitgeteilt werden müsste, dürfte kaum korrekt befolgt werden. Je nach Betrieb könnte dies zu vorzeitigen Kündigungen von Mitarbeitern führen, ganz zu schweigen von den Folgen, falls dieses Vorhaben allenfalls zu früh den Kunden oder Lieferanten bekannt wird.

4. Art. 958b: *III. Grundsätze ordnungsmässiger Rechnungslegung*

Die in Absatz 1 genannten Grundsätze 1. bis 5. sind unsystematisch gewählt. So gehört die periodengerechte Zuordnung von Aufwand und Ertrag inhaltlich zur Basisannahme der Fortführung des Unternehmens und sollte daher unter Art. 958a Abs. 1 eingefügt werden. Periodengerechte Zuordnung und Unternehmensfortführung bedingen sich gegenseitig.

Vollständigkeit ist hingegen ein Unterpunkt von Verlässlichkeit. Verlässlichkeit und Wesentlichkeit sind unterschiedliche Grundsätze und sollten daher auch eigenständig aufgeführt werden. Insgesamt schlagen wir folgende Systematisierung vor:

„Für die Rechnungslegung sind namentlich die folgenden Grundsätze massgebend:

- 1. Verlässlichkeit (wobei insbesondere auf Vollständigkeit, wirtschaftliche Betrachtung und Neutralität zu achten ist)*
- 2. Wesentlichkeit*
- 3. Vergleichbarkeit (insbesondere Stetigkeit der Darstellung und der Bewertung)*

4. Verständlichkeit (insbesondere Unzulässigkeit der Verrechnung von Aktiven und Passiven sowie von Aufwand und Ertrag).“

Der Begleitbericht führt auf S. 98 aus: „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.“

Im Strafrecht entschied das Bundesgericht mehrfach, dass Gesellschaften, die ohne eine gesetzliche Pflicht zur Buchführung eine Buchhaltung führen, mindestens die Anforderungen von OR 957 ff. erfüllen müssen. In diesen Entscheiden ging es zwar um einfache Gesellschaften, welche sich nicht im Handelregister eintragen können. Da aber auch einfache Gesellschaften für eine nicht korrekt geführte Buchhaltung bestraft werden können, gilt dies erst recht für eine im Handelsregister (auch freiwillig) eingetragene Unternehmung. Dies bedeutet, dass jede Art von Aufzeichnung, die einen „Buchhaltungscharakter“ hat, den Regeln von Art. 957 ff. entsprechen muss.

5. Art. 958b Abs. 1 Ziff. 3: Periodengerechte Zuordnung

Rechnungslegungsregelwerke wie IAS/IFRS gehen generell nicht von einem *Jahresabschluss*, sondern von einem *Abschluss* aus. Weiterhin ist in diesen Regelwerken auch nicht von einem *Geschäftsjahr*, sondern von einer *Periode* oder *Berichtsperiode* die Rede. In Swiss GAAP FER 14 findet sich z.B. der Begriff *Geschäftsperiode (Geschäftsjahr)*, beim Thema Zwischenberichterstattung der Begriff *Berichtszeitraum*. Dies bedeutet für den vorliegenden Gesetzesentwurf, dass der Begriff „periodengerechte Zuordnung“ zu präzisieren ist.

Art. 958b meint wohl einen auf den *Jahresabschluss* hin periodengerecht abgegrenzten Abschluss. Andernfalls bestünde aufgrund der möglichen Auslegung (Umkehrschluss aus Art. 958b heisst, dass alle anderen Firmen periodengerecht abgrenzen müssen) die Gefahr, dass bei einer Steuereinschätzung, z.B. in einem Gastronomiebetrieb, eine Abgrenzung auf einzelne Perioden wie Sommer-Saison und Winter-Saison verlangt würde, u.a. auch mit Blick auf die derzeitige Formulierung in Art. 1 Ge-BÜV, die eine fortlaufende Führung der Warenbuchhaltung verlangt. Deshalb ist wünschenswert, dass der Gesetzgeber klar definiert, welche Periode gemeint ist.

6. Art. 959: I. *Definition der Bilanzpositionen*

Der in Art. 959 Abs. 3 und Abs. 5 genannte Jahreszeitraum zur Abgrenzung von Anlage- und Umlaufvermögen sowie von kurz- und langfristigen Verbindlichkeiten ist bereits seit längerem in der Lehre sowie auch im kürzlich in Kraft getretenen Swiss GAAP FER Framework enthalten. Dabei handelt es sich aber nur um eine mögliche Operationalisierung. Die tatsächliche Präzisierung hängt u.a. vom normalen Geschäftsbetrieb ab. Eine gesetzliche Regelung ist daher abzulehnen, zumal die in Art. 959a genannten Begriffe Ordnungsmässigkeit, Wahrheit und Klarheit hinreichende Leitplanken zu setzen scheinen.

Darüber hinaus ist auch eine etwaige Aufteilung von Positionen, z.B. die der Debitoren, von der Wesentlichkeit des Betrages sowie der gesamten Aussagekraft in der Bilanz abhängig. Die gesetzliche Fixierung einer Frist würde daher zu unnötigen Diskussionen und bei KMUs zu vermehrten Buchhaltungskosten führen. Abs. 3 und Abs. 5 sind deshalb zu streichen.

7. Art. 959a II. Abs. 2 Ziff. 2 lit. b: *Rückstellungen sowie vom Gesetz vorgesehene Rücklagen oder ähnliche Positionen*

In einer Reihe von Fällen lässt das Gesetz die Bildung von Rücklagen aus dem noch unversteuerten Gewinn zu, z.B. bei den Rücklagen für Forschung und Entwicklung, für Betriebsumstellungen und -umstrukturierungen. Solche Rücklagen mindern den zu versteuernden Gewinn und damit die Gewinnsteuer im Jahr der Rücklagenzuführung. Sind die Rücklagen nicht mehr begründet, so sind sie gewinnerhöhend aufzulösen und zu versteuern. Daraus resultiert, dass diese Positionen sowohl den Charakter von Eigenkapital als auch den von Steuerrückstellungen haben. Werden nun derartige Rücklagen zusammen mit Rückstellungen unter Verbindlichkeiten ausgewiesen, kann dies das sichere Urteil von Dritten in die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage stark beeinträchtigen. *Wir empfehlen daher, diese Rücklagen in einer separaten Position zwischen Verbindlichkeiten und Eigenkapital auszuweisen.*

Weiterhin erfordert unseres Erachtens der sichere Einblick in die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage *Rückstellungen und Verbindlichkeiten klar zu trennen*. Verbindlichkeiten sind rechtliche Verpflichtungen zur Übertragung von Gütern, insbesondere von Zahlungsmitteln, an Dritte. Wenn hingegen Höhe oder Zeitpunkt des Güterabflusses unsicher ist, ist eine Rückstellung zu bilden. Verwirrung könnte auch stiftend, dass der Vorentwurf nur Rückstellungen unter langfristigen Verbindlichkeiten vorsieht. Rück-

stellungen können aber auch kurzfristiger Natur sein. Weiterhin ist die Systematik mit einer Unterscheidung in Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen, übrige kurzfristige Verbindlichkeiten und kurzfristige verzinsliche Verbindlichkeiten nicht sachlogisch. Im Einzelnen schlagen wir daher folgende Mindestgliederung der Passivseite vor:

1. *kurzfristige Verbindlichkeiten:*
 - a. Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen
 - b. Verbindlichkeiten gegenüber Kreditinstituten
 - c. sonstige Verbindlichkeiten
 - d. passive Rechnungsabgrenzungen
 2. *langfristige Verbindlichkeiten*
 - a. langfristige, verzinsliche Verbindlichkeiten
 - b. übrige langfristige Verbindlichkeiten
 3. *Rückstellungen*
 4. *Vom Gesetz vorgesehene Rücklagen oder ähnliche Positionen*
 5. *Eigenkapital:*
 - a. bis d. unverändert
8. Art. 959c: *C. Anhang*

Wir regen an, dass der Anhang Kleinst-KMU-Personengesellschaften (z.B. Einzelfirmen mit weniger als 10 Vollzeitstellen) nicht in dieser ausführlichen Form als Pflicht auferlegt wird. Nutzen und Kosten dieser Regelung stehen für diese Gesellschaften in keinem angemessenen Verhältnis.

9. Art. 960 bis Art. 960f: *D. Bewertung*

Grundsätzliche Anmerkung

Eine der Kernfragen in der Rechnungslegung ist die der Bewertung. Deshalb erstaunt es umso mehr, als der Vorentwurf weitgehend konzeptionslos und widersprüchlich Fragen der Bewertung regelt. *Ein grosser Teil der Widersprüche röhrt vermutlich daher, dass im Vorentwurf versucht wird, zwei unvereinbare Ziele gleichzeitig zu erreichen: Verbesserung der Transparenz und steuerneutrale Neuregelung. Letztlich wird man sich aber für eines der beiden Ziele entscheiden müssen.*

Die folgenden Beispiele dienen der Veranschaulichung dieser These. Die zum Abbau der Widersprüche gemachten Vorschläge orientieren sich dabei an dem Ziel der Verbesserung der Transparenz, die Steuerneutralität wird bewusst in den Hintergrund geschoben. Will man demgegenüber das Pramat der Steuerneutralität, muss man den

Vorentwurf ebenfalls korrigieren, dann jedoch überall dort, wo der Aufbau von Willkürreserven verboten wird (so z.B. in Art. 960 Abs. 2).

(Ein formaler Hinweis: In Art. 960 unmittelbar unter D. Bewertung muss es römisch eins („I. Grundsätze“) und nicht arabisch eins („1. Grundsätze“) heißen).

Art. 960: I. Grundsätze

Art. 960 enthält streng genommen nur zwei Grundsätze, den Einzelbewertungsgrundsatz sowie das Vorsichtsprinzip. *Die Nennung weiterer wichtiger Bewertungsgrundsätze ist denkbar und wünschenswert, zuvorderst:*

Bilanzidentitätsprinzip (die Wertansätze in der Eröffnungsbilanz müssen mit denen der Schlussbilanz des vorhergehenden Geschäftsjahrs übereinstimmen),

Stichtagsprinzip (das den Zeitpunkt des Ansatzes und der Bewertung von Vermögensgegenständen und Schulden festlegt und wonach die Verhältnisse am Abschlussstichtag die Bewertung prägen),

Periodisierungsprinzip (Aufwendungen und Erträge sind unabhängig von den Zeitpunkten der entsprechenden Zahlungen zu berücksichtigen),

Bewertungsmethodenstetigkeit (verlangt, dass die auf den vorhergehenden Jahresabschluss angewandten Bewertungsmethoden beibehalten werden sollen)

Objektivierungsprinzip (die Bewertung sollte intersubjektiv nachprüfbar und willkürlich frei erfolgen), wobei das Objektivierungsprinzip bereits zum Teil in Abs. 2 enthalten ist, allerdings nur in der downside-Dimension.

Art. 960a: II. Bewertung von Aktiven

Abs. 4 (Zusätzliche Abschreibungen zu Wiederbeschaffungszwecken sowie zur Sicherung des dauernden Gedeihens) widerspricht Art. 960 Abs. 2 (Verbot der Bildung von Willkürreserven) und ist daher ersatzlos zu streichen.

Darüber hinaus ist anzumerken, dass die Sicherung des dauernden Gedeihens des Unternehmens sowie der Wiederbeschaffung von Aktiven nicht Gegenstand der Gewinnermittlung sein kann und sein darf. Beide Zwecke sind Gegenstand der Gewinnverteilung, setzen also erst nach Feststellung des Reingewinns an. Vermutlich ist die Möglichkeit zur Bildung zusätzlicher Abschreibungen dem Ziel der Steuerneutralität des Vorentwurfs geschuldet. In diesem Fall sollte man dies aber auch besonders kenntlich machen, z.B. in einem Artikel über die Bildung steuerrechtlicher Abschreibungen.

bungen. Weiterhin ist zu kritisieren, dass der Ausdruck „Abschreibungen zu Wiederbeschaffungszwecken“ etwa auch die aus der Kostenrechnung bekannte „Unter-Null-Abschreibung“ sowie Abschreibungen aufgrund von Wiederbeschaffungskosten zulässt. Beide Verfahren verstossen gegen das international in der externen Rechnungslegung dominierende clean-surplus-Prinzip (pagatorische Prinzip), nach dem die Summe aller in den Einzelperioden erfassten Erfolge als Differenz zwischen Erträgen und Aufwendungen eines Vermögensgegenstandes der Differenz aus Totaleinzahlungen und -auszahlungen für die gesamte Lebensdauer entsprechen muss. *Verlässt man diese gesicherte Basis der Ein- und Auszahlungen, öffnet man einer nicht tolerierbaren Willkür Tür und Tor.*

Art. 960b: Bewertung von Aktiven mit Börsenkurs

Die Bilanzierung zum Kurs am Bilanzstichtag ist zu eng gefasst. Probleme sind insbesondere dann zu erwarten, wenn

- der Bilanzstichtag auf einen Feiertag fällt, an dem kein Börsenhandel stattfindet, oder
- in engen Märkten mit einer Kursmanipulation Einfluss auf die Bewertung genommen werden kann.

In diesen Fällen scheint uns der Durchschnittskurs des letzten Monats aussagekräftiger. Allenfalls wäre zu prüfen, ob der Stichtagskurs anzuwenden ist, wenn dieser unter dem Durchschnittskurs liegt.

Art. 960e: III. Bewertung von Verbindlichkeiten

Die in Abs. 3 Ziff. 4 gewährte Möglichkeit zur Bildung von Rückstellungen für die Sicherung des dauernden Gedeihens des Unternehmens kann zu Willkürreserven führen, welche Art. 960 Abs. 2 explizit verbietet. *Art. 960e Abs. 3 Ziff. 4 ist daher ersatzlos zu streichen.*

Im übertragenen Sinne gilt dies auch für Abs. 4: „Nicht mehr begründete Rückstellungen müssen nicht aufgelöst werden“. *Abs. 4 ist daher mit Art. 960 nicht vereinbar und ersatzlos zu streichen.*

In Art. 63 Abs. 2 DBG wird festgehalten, dass geschäftsmässig nicht mehr begründete Rückstellungen erfolgswirksam aufzulösen seien.

Art. 960f: IV. Verhältnis zum Steuerrecht

Wenn man dem Verhältnis zum Steuerrecht einen hohen Stellenwert einräumt, müsste die Beziehung zwischen Steuer- und Handelsbilanz detaillierter geregelt werden. Im Einzelnen müsste man auf die Massgeblichkeit der Handels- für die Steuerbilanz, aber auch auf die „umgekehrte“ Massgeblichkeit der Steuer- für die Handelsbilanz eingehen. Im Gegensatz dazu regelt Art. 960f lediglich die Auflösung von Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen, wenn sie von den Steuerbehörden nicht anerkannt werden. Dass die Auflösung nur als Gesamtbetrag im Anhang offen gelegt und nicht erfolgswirksam verrechnet werden muss, beeinträchtigt das zuverlässige Urteil Dritter über die wirtschaftliche Lage unverhältnismässig und ist daher abzulehnen. Darüber hinaus eröffnet diese Vorschrift den Bilanzierenden grosse Willkürfreiheiten, die wiederum vor dem Hintergrund von Art. 960 nicht tolerierbar sind. Art. 960f ist daher in der gegenwärtigen Fassung zu streichen und **durch eine differenziertere Beschreibung des Verhältnisses von Handels- und Steuerrecht bezüglich der Rechnungsleitung (Massgeblichkeit und umgekehrte Massgeblichkeit) zu ersetzen.**

Der Entwurf sieht weiterhin vor, die Handelsbilanz sei nach Vorlage einer rechtskräftigen Steuereinschätzung den Steuerzahlen anzupassen. D.h. es müssten im Jahr, in welchem die Steuereinschätzung rechtskräftig wird, die entsprechenden Buchungen vorgenommen werden. Diese Regelung könnte es mit sich bringen, dass eine vor fünf Jahren vorgenommene überhöhte Abschreibung in einem aktuellen Geschäftsjahr korrigiert werden müsste.

Eine solche Regelung kann zu Unsicherheiten in der Aussagekraft von Zahlen führen. Zum Beispiel könnte das betreffende Anlagegut inzwischen verkauft worden sein, d.h. eine früher vorgenommene überhöhte Abschreibung hat sich bei einem späteren Verkauf, der noch nicht Teil einer definitiven Steuereinschätzung ist, bereits wieder (via Konto Ertrag aus Verkauf von Anlagevermögen) korrigiert. Der Entwurf geht auch nicht darauf ein, ob sich die Anpassung an die Einschätzung der Bundessteuer oder an die Einschätzung gemäss Kantonssteuer halten soll. Die Bundessteuer lässt z.B. lediglich 5% bzw. 10% Delkredere zu (auf diese Werte wird auch im Begleitbericht Bezug genommen), im Kanton Bern lässt die Abschreibungs-Verordnung (661.312.59) in Art. 16 bei der Kantonssteuer je nach Fall hingegen ein pauschales Delkredere von 15% zu. Diese Verordnung hält in Art. 15 zudem ausdrücklich fest, dass lediglich Rückstellungen gemäss derzeit geltendem OR 669 Abs. 1 akzeptiert würden, d.h. die bereits heute im OR 669 Abs. 2 genannten stillen Reserven sind steuerlich nicht zulässig.

Zudem stellt sich die Frage, wer die Verantwortung trägt, falls aufgrund einer steuerlichen Bewertung, die höher ausfällt als die von der Geschäftsführung vorgenommene, eine Gewinnausschüttung erfolgt: Was geschieht, wenn sich später herausstellt, dass die tiefe Bewertung der Geschäftsführung doch korrekt war und der vermeintliche Gewinn auf Antrag der Aktionäre bereits ausgeschüttet wurde? Wer haftet, wenn diese nach der Ausschüttung fehlenden Mittel in der Gesellschaft zu einem negativen Eigenkapital führen? Das folgende Beispiel verdeutlicht die Zusammenhänge.

	Variante 1 ohne Aufrechnung	Variante 2 mit Aufrechnung ge- mäss Art. 960f	Variante 2 mit Zuweisung von 5% des aufge- rechneten Be- trages an Ge- winnreserve	Aktionäre ver- langen höchst- mögliche Aus- schüttung	Es stellt sich heraus, dass die Aufrechnung des Steueramts zu unrecht erfolgte und das Aktivum lediglich 20'000 stille Reserven enthalten hatte
Aktienkapital	100'000	100'000	100'000	100'000	100'000
Kapitalreserven	10'000	10'000	10'000	10'000	10'000
andere Reserven	1'000	1'000	8'500	8'500	6'000
Bilanzgewinn	10'000	160'000	152'500	0	-130'000
Total Eigenkapital	121'000	271'000	271'000	118'500	-14'000
Vom Steueramt vermutete stille Reserven	150'000				

10. Art. 961-961b: *Rechnungslegung für grosse Unternehmen*

Verkürzung der Aufstellungsfrist

Der dritte Abschnitt „Rechnungslegung für grosse Unternehmen“ sollte nicht nur zusätzliche Anforderungen an den Geschäftsbericht sowie die Erstellung einer Geldflussrechnung und eines Lageberichts vorsehen, sondern auch die Frist zur Erstellung des Geschäftsberichts reduzieren. Gut geführte grosse Unternehmen sollten aufgrund moderner Abschlusstechnologie problemlos und ohne bedeutende Mehrbelastung in der Lage sein, den Geschäftsbericht innerhalb von 3 Monaten vorzulegen.

Die 6-Monatsfrist widerspricht im Übrigen auch der Pflicht der Aktiengesellschaft, die Generalversammlung innert 6 Monaten nach Abschluss abzuhalten. Die Frist für die Einladung zur Generalversammlung sowie die für das Erstellen des Revisionsberichts benötigte Zeit verlangen, dass ein Abschluss je nach Grösse der Unternehmung bereits 1 bis 2 Monate vor dem Generalversammlungstermin erstellt sein müsste. Die

Formulierung im Gesetz sollte deshalb die Fristen detaillierter regeln, z.B. durch Trennung nach Rechtsformen: 6 Monate erscheinen für natürliche Personen angemessen, während bei juristischen Personen der Abschluss so rechtzeitig fertig gestellt werden muss, dass die Generalversammlung innert der gesetzlichen oder statutarischen Frist abgehalten werden kann.

Art. 961b: C. Lagebericht

Die in Abs. 2 geforderten Angaben können in Ausnahmefällen dazu geeignet sein, der Gesellschaft Schaden zuzufügen. Wir halten es daher für angemessen, Abs. 2 wie folgt zu ergänzen:

„Die Angaben können nach Abs. 2 Nr. 1-5 unterbleiben, soweit sie nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung geeignet sind, dem zur Publizität verpflichteten Unternehmen einen erheblichen Nachteil zuzufügen.“

11. Art. 962-962a: *Abschluss nach Regelwerk*

veb.ch begrüßt ausdrücklich den Abschluss nach Regelwerk für Publikumsgesellschaften, Genossenschaften sowie Vereine und Stiftungen, wenn bestimmte Kriterien dies erfordern. Im Falle von Swiss GAAP FER halten wir es aber für dringend erforderlich, dass die FER-Stiftung sowie ihre ausführenden Organe auf ein breiteres, neutrales Fundament gestellt werden. Konkret bedeutet dies, dass neben der Treuhänderkammer verstärkt auch veb.ch in den entsprechenden Organen sowie im Standardsetting-Prozess angemessen vertreten sein sollte.

12. Art. 963-963c: *Konzernrechnung*

Gliederung im Gesetz

Die Konsolidierung ist nicht von einer bestimmten Unternehmensgrösse abhängig. Es wäre deshalb konsequent, wenn die Konsolidierung vor den zusätzlichen Regelungen für grosse Unternehmen aufgeführt würde.

Grundsätzliche Konsolidierungspflicht

veb.ch begrüßt ausdrücklich die Erweiterung der Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung auf alle rechnungslegungspflichtigen juristischen Personen, die andere Unternehmen, Vereine oder Stiftungen beherrschen (Art. 963).

Konsolidierungs- und Bewertungsgrundsätze

Im geltenden Aktienrecht kann die konsolidierungspflichtige Muttergesellschaft ihre eigenen Konsolidierungs- und Bewertungsgrundsätze aufstellen (Art. 663g OR) und somit standard picking sowie eigene Lösungen betreiben. Dass die Konzernrechnung neu zwingend nach anerkannten Normen (Swiss GAAP FER, IFRS, US-GAAP) erfolgen muss, erschliesst sich nur aus dem Begleitbericht, nicht aber aus dem Vorentwurf selbst, in dem es in Art. 963c lapidar heisst: „Für die Anwendung der Regelwerke zur Konzernrechnung ist Artikel 962a anwendbar“. Art. 962a steht aber im vierten Abschnitt (Abschluss nach Regelwerk), der sich ausschliesslich auf den Einzelabschluss bezieht. Auch Art. 962 Abs. 3 löst das Problem nicht, da eine Konzernrechnung nur nach den „Bestimmungen dieses Gesetzes“ aufgestellt sein muss. Art. 962a seinerseits, auf den sich Art. 963c explizit bezieht, regelt ausschliesslich die ganzheitliche Anwendung, deren Kennzeichnung sowie die Frage, wer die zulässigen Regelwerke bestimmt. Art. 963c ist daher wie folgt zu präzisieren:

„Die Konzernrechnung muss zwingend nach einem privaten Regelwerk aufgestellt werden. Art. 962a gilt analog.“ (Der alte Wortlaut im Vorentwurf ist zu streichen).

Konsolidierungskreis

Da die Konzernrechnung neu zwingend nach einem privaten Regelwerk (Swiss GAAP FER, IFRS, US-GAAP) erfolgen muss und Fragen des Konsolidierungskreises bereits Gegenstand dieser Regelwerke sind, *sollte Art. 963b ersatzlos gestrichen werden*. Dies gilt umso mehr, als Abs. 1 Nr. 1 Unternehmen eine elegante Möglichkeit an die Hand geben würde, den Konsolidierungskreis willkürlich zu gestalten. Ausserdem ergäbe sich in Konfliktfällen die Frage, ob die Regelung in Art. 963b OR oder das anzuwendende private Regelwerk Vorrang hat.

Änderungen bei bestehenden Verordnungen

Der Entwurf sieht lediglich bei der Aufbewahrung und bei der Frage, welche Rechnungslegungsnorm zugelassen wird, eine Verordnung vor. Die Art. 1 und 2 der Geschäftsbücherverordnung (GeBÜV) wären demnach hinfällig, da für Fragen der Buchführung keine Delegationsnorm mehr besteht. Bei einer Überarbeitung der GeBÜV wäre eine realitätsnahe, KMU-taugliche Version des Artikels 8 wünschenswert.

ANMERKUNGEN ZUM AKTIENRECHT

1. Art. 622: *Arten von Aktien*

Die Abschaffung von Inhaberaktien bedeutet für KMU-AG's wohl implizit die Pflicht, ein Aktienbuch zu führen. Damit können aber nicht vernachlässigbare Kosten verbunden sein, zumal bei revisionspflichtigen Gesellschaften das Vorhandensein eines Aktienbuches auch geprüft werden muss.

Darüber hinaus ist bekannt, dass bei börsenkotierten Gesellschaften ein hoher Anteil der Namen-Aktionäre sich nicht korrekt eintragen lässt (Dispo Aktien). Hier würde nun den KMU-AG's eine Pflicht auferlegt, die bei grossen Gesellschaften bereits heute nicht immer formgerecht erfolgt. Da der Gesetzesentwurf weiterhin die Möglichkeit für Inhaber-PS vorsieht, macht es wenig Sinn, wenn unter dem Oberbegriff „Geldwäscherei“ oder „Terrorbekämpfung“ lediglich die Inhaberaktien abgeschafft werden.

2. Art. 627 Ziff. 4: *Weitere Bestimmungen zu den Statuten*

Die Formulierung „*ihnen nahe stehender Personen*“ suggeriert, dass solchen Personen geldwerte Vorteile eingeräumt werden könnten. Dies kollidiert mit steuerrechtlichen Aspekten (z.B. verdeckte Gewinnausschüttung) wie auch mit strafrechtlichen Normen (ungetreue Geschäftsbesorgung).

3. Art. 633: *Leistung der Einlagen*

Mit dem neuen Absatz 3 wird die Barliberierung durch Einzahlung in einer Fremdwährung explizit ermöglicht. Der Begleitbericht verweist hierzu auf einen Beitrag in Reprax 2003. In jenem Beitrag wird jedoch aufgezeigt, wann eine Regelung erwünscht wäre, nämlich dann (z.B. auf Seite 35), „wenn die Modalitäten zur Überprüfung von Wechselkursen für die einzelnen Handelsregister generell festgelegt würden“.

Im zitierten Artikel wird auch festgehalten, dass mögliche Kursschwankungen vom Moment der Einzahlung bis zum Moment des für die Umrechnung gültigen Zeitpunkts der Eintragung ins Handelsregister mit einer Sicherheitsmarge, d.h. mit zu viel einbezahlten Mitteln in Fremdwährung, aufgefangen werden können. U.a. wird ausgeführt, dass dabei Kursgewinne möglich sind, die als stille Reserven betrachtet werden könnten. Im Lichte der Ausführungen zum Thema stille Reserven bei den neuen Buchführ-

rungsregeln in Art. 960 ff. des Gesetzentwurfs sollte vom Gesetzgeber für den gesamten Ablauf einer Liberierung mit Fremdwährung eine klare Regelung geschaffen werden. Dabei ist auch die im genannten Beitrag (Reprax 2003) aufgestellte Forderung zu berücksichtigen, wonach eine Rückführung von nicht benötigten, d.h. auf das Sperrkonto zu viel einbezahlten Mitteln in Fremdwährung nicht ohne spezielle Vereinbarungen möglich sein sollte.

4. Art. 653f bis 653y: *Prüfungsbericht bei Änderungen des Grundkapitals*

Mit Blick auf das RAG und die Optionsmöglichkeiten der Organisation (mit Ausnahme bei einem Verzicht auf eine Revisionsstelle) sollte zusätzlich auch der zugelassene Revisor den Prüfungsbericht vorlegen können. Ansonsten folgt aus OR 653f bis 653y, dass eine zusätzliche Revisionsstelle beigezogen werden müsste, wenn die Gesellschaftsgröße eine eingeschränkte Prüfung zulässt. Dies führt zu Mehrkosten.

5. Art. 656a: *Partizipationsscheine*

Es ist inkonsistent, weiterhin PS auf Inhaber zuzulassen, wenn gleichzeitig die Inhaberaktie abgeschafft werden soll (siehe bereits die Anmerkung zu OR 622).

6. Art. 672 und Art. 673: *II. Gewinnreserven*

Die Generalversammlung stimmt über die Gewinnverwendung und damit auch darüber ab, in welcher Höhe die Reservenzuweisung zu erfolgen habe.

Im Gesetz ist aber nicht vorgesehen, dass die Generalversammlung über die Verrechnung von Verlusten mit den Reserven abstimmen soll. Es bleibt dem Verwaltungsrat überlassen, wann ein Bilanzverlust mit Reserven verrechnet wird. Dies gibt dem Verwaltungsrat die Möglichkeit, darüber zu bestimmen, ob eine Generalversammlung unverzüglich einzuberufen ist oder nicht.

Das nachfolgende Beispiel zeigt, dass bei identischem Aktienkapital und identischem Gesamteigenkapital je nach Buchungsart eine Generalversammlung einberufen werden muss oder nicht.

	Variante 1 ohne Verrechnung	Variante 2 mit Verrechnung von anderen Reserven	Variante 3 mit Verrechnung aller Reserven
Aktienkapital	100'000	100'000	100'000

Kapitalreserve	9'000	9'000	0	
andere Reserven	6'000	0	0	
Bilanzverlust	-60'000	-54'000	-45'000	
Total Eigenkapital	55'000	55'000	55'000	
Folgen	GV mit Sanierungsmaßnahmen Verlust > 50% von AK + Reserven			
Total AK + Reserven	115'000	109'000	100'000	
Verlust in %	52.17%	49.54%	45.00%	

Da die Generalversammlung über die Speisung der Reserven abstimmt, wäre es folgerichtig, dass auch die Generalversammlung über die Verrechnung von Verlusten mit den Reserven befinden kann. Das Beispiel zeigt, dass sonst mit rein buchhalterischen Vorkehrungen eine notwendige Sanierung hinausgeschoben werden kann.

7. Art. 678: *Rückerstattung von Leistungen*

Die Formulierung „bezogen“ lässt vermuten, es gehe um eine Auszahlung. Falls jedoch einer dieser Begünstigten in der Buchhaltung z.B. auf der Aktivseite der Bilanz als Darlehensschuldner der Firma gegenüber erscheint, könnte die Tantieme dieses Darlehen lediglich mittels einer Buchung reduzieren; ein Bezug findet also nicht statt. Gemeint ist jedoch jede Art von Gutschrift, ob nun in Form eines Bezugs oder mittels einer Buchung auf einem Konto in der Finanzbuchhaltung.

Weiterhin bleibt unklar, ob sich der Begriff „nahestehende Personen“ nur auf die Geschäftsleitung oder auch auf den Verwaltungsrat und die Aktionäre bezieht. Wir schlagen daher vor, das Wort „diese“ im Text zu streichen. Der Begriff „Nahestehende“ wird in verschiedenen Gesetzen (Handelsrecht, DBG, MWST) wie auch in Rechnungslegungsnormen verwendet, der Inhalt dieses Ausdruckes ist jedoch nicht gesetzlich geregelt.

8. Art. 716a: *Unübertragbare Aufgaben des Verwaltungsrats*

Die Formulierung „sofern für die Gesellschaft notwendig ist“ sollte ergänzt werden mit dem Zusatz „je nach Art und Umfang des Geschäfts“. Dies entspricht den Ausführungen zu den Hilfsbuchhaltungen, wie sie zur Zeit in Art. 1 GeBÜV verwendet werden.

9. Art. 725 Abs. 3: *Zugelassener Revisor*

Falls in der Überarbeitung nicht auf unsere Vorschläge unter Ziffer 4 zum Art. 653f bis 653y eingegangen wird, müsste jedoch der Vorentwurf zum Art. 725 Abs. 3 angepasst werden. Die vorgelegte Regelung stellt zurzeit einen Systembruch im Vergleich zu den Vorschriften dar, in denen bei Gründung mit Sacheinlage oder Sachübernahme ein Revisionsexperte beigezogen werden muss. Deshalb sollte sonst auch hier der Bezug eines Revisionsexperten Pflicht sein.

10. Art. 725 Abs. 3: *Aufwertung bei Kapitalverlust und Überschuldung*

Die Streichung von Art. 670 und damit die Unmöglichkeit, mittels Aufwertung von Immobilien oder Beteiligungen ein Bilanzbild mit Kapitalverlust zu korrigieren, wird dazu führen, dass – wie vor der Änderung des Aktienrechts – Aufwertungen dennoch vorgenommen werden und, falls eine Revisionsstelle vorhanden ist, mit einem entsprechenden Vorbehalt im Bericht sanktioniert werden. Zudem besteht die Möglichkeit, über den Einsatz einer Rechnungslegungsnorm ein Aktivum auf einen „aktuellen Wert“ anzuheben.

Der Satzteil „sofern die Veräusserung der entsprechenden Vermögenswerte innert 12 Monaten beabsichtigt und voraussichtlich möglich ist“ sollte deshalb gestrichen werden; ansonsten besteht die Gefahr von negativer Sachverhaltsgestaltung (Notverkäufe oder simulierte Verkäufe wie z.B. Sale- und Leaseback).

11. Art. 759: *Solidarität und Rückgriff im Haftungsfall*

Diese Vorschrift sendet ein falsches Signal an die nun gemäss RAG vermehrt in die berufliche Pflicht genommenen Revisoren. Eine Haftungsbeschränkung ist bei pflichtgemäßem Vorgehen einer Revisionsstelle nicht notwendig. Ansonsten wäre konsequenterweise auch eine Haftungsbeschränkung bei anderen Organen wie z.B. dem Verwaltungsrat vorzusehen.

Wir hoffen, dass unsere Anmerkungen für die weiteren Beratungen zweckdienlich sind, und stehen Ihnen selbstverständlich auch gerne für Rückfragen zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Herbert Mattle
Präsident veb.ch



Prof. Dr. Dieter Pfaff
Vorstandsmitglied veb.ch

Geschäftsstelle

Wallstrasse 8
Postfach
CH-4002 Basel

Telefon 061 206 66 66
Telefax 061 206 66 67
E-Mail vskbüavskb.ch

Eidgenössisches
Amt für das Handelsexister

- 2. JUNI 2006

No.

Verband Schweizerischer Kantonalbanken
Union des Banques Cantonales Suisses
Unione delle Banche Cantonali Svizzere

PC

- 2. JGN'I 2CG5

Eidgenössisches Justiz-
und Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern

Datum EJPD br290506
31. Mai 2006
Unsere Referenz HPH/TB

Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im OR

Sehr geehrte Damen und Herren

Anfang Dezember 2005 haben Sie das Vernehmlassungsverfahren zu einer vorgeschlagenen Revision von obligationenrechtlichen Bestimmungen zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht eröffnet. In der Folge haben wir uns in unserem Verband mit diesen Vorschlägen auseinandergesetzt. Unsere Überlegungen und Bemerkungen sind über Spezialisten aus unserer Bankengruppe in die entsprechenden Gremien der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg), welche eine ausführliche Stellungnahme aus Sicht der Finanzwirtschaft erarbeitet, eingeflossen.

Wir können uns somit grundsätzlich der Stellungnahme der SBVg, die Ihnen separat noch zugehen wird, anschliessen und verweisen auf die dort aufgeführten Ausführungen und Verbesserungsvorschläge.

Die Kantonalbanken haben als kleinere und mittelgroße Institute ein besonderes Interesse daran, dass mit der Aktienrechtsreform weder für sie selbst noch für ihre Kundschaft ein unnötiger Aufwand verursacht wird, sei es dadurch, dass Bewährtes ohne Not fallen gelassen oder neu geregelt wird, sei es, dass gemessen an einer verfolgten Zielsetzung unnötige formale Hürden aufgerichtet werden. An dieser Richtschnur gilt es die weitere Bearbeitung des Revisionvorhabens zu messen.

Aus der Optik und Interessenlage unserer Bankengruppe als kleine und mittlere, primär inlandorientierte Unternehmen wie auch der von ihr betreuten Kundschaft möchten wir ergänzend anregen, dass die Aktienrechtsrevision zum Anlass genommen wird, die leichte Handelbarkeit aller Aktien, also nicht nur der kotierten, sicher zu stellen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Überlegungen.

Freundliche Grüsse

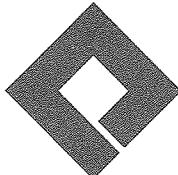
Verband Schweizerischer Kantonalbanken



Carlo Mati



Hanspeter Hess



Vereinigung der Privaten Aktiengesellschaften
Association des sociétés anonymes privées
The Swiss Association of Privately Held Companies

Herrn Bundesrat
Dr. Christoph Blocher
Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Bundeshaus
3003 Bern

sowie via E-Mail:
ehra@bj.admin.ch

Basel, 31. Mai 2006 PAZ/ak
peter.andreas.zahn@vpag.ch

**Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechtes im Obligationenrecht
Vernehmlassungsantwort der Vereinigung der Privaten Aktiengesellschaften**

Sehr geehrter Herr Bundesrat Blocher,
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen unter Bezugnahme auf Ihr Schreiben vom 7. Dezember 2005 für die Möglichkeit, uns direkt zur Vernehmlassungsvorlage des Vorentwurfes der Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechtes zu äussern. Damit wird der Vereinigung der Privaten Aktiengesellschaften (VPAG), der gesamtschweizerisch gegen 1000 Mitgliederfirmen angehören, die Möglichkeit gegeben, zu Ihren Vorschlägen Stellung zu nehmen.

Der Vorstand unserer Vereinigung hat ihren Vorentwurf beraten und die Geschäftsstelle hat die Meinung verschiedener Mitgliedfirmen diesbezüglich stichprobenweise eingeholt.

I. Grundsätzliche Bemerkungen

1.1.

Die VPAG tritt auf den Vorentwurf ein und anerkennt grundsätzlich die Bedeutung der 4 Hauptziele, nämlich Verbesserungen bei der Corporate Governance, Flexibilisierung der Regeln der Kapitalstrukturen, Aktualisierung der Ordnung der Generalversammlung und eine Erneuerung des Rechnungslegungsrechtes auch für mittelständische Unternehmen.

1.2.

Sie unterstützt die Vorschläge jedoch nur dann, wenn daraus für Familienaktiengesellschaften und die KMU im Rahmen des nationalen und internationalen Wettbewerbes administrative Erleichterungen resultieren. Sämtliche Vorschriften, die zu einer Verschärfung und Komplizierung des administrativen, kostensteigernden und nicht nutzbringenden Aufwandes führen, werden bereits an dieser Stelle zurückgewiesen. Leider sind auch in diesem Vorentwurf erstaunlicherweise Vorschläge zu finden, die von einem (einmal mehr) extensiven regulatorischen Aktivismus oder auch übertriebenen "swiss finish" zeugen.

1.3.

Unbefriedigend ist die Tatsache, dass die Differenzierung der Vorschriften nach wirtschaftlich bedeutenden Unternehmen resp. börsenkotierten Publikumsgesellschaften (Schwellenwerte: CHF 10 Mio. Bilanzsumme; CHF 20 Mio. Umsatzerlös und 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt in zwei aufeinanderfolgenden Jahren) einerseits und KMU resp. privaten Aktiengesellschaften andererseits aus unserer Sicht sehr unbefriedigend ist. Wissend, dass im Kapitel der Corporate Governance Vorschläge einfließen, die nur als Reaktion auf zugegebenermaßen unschöne Ereignisse im Bereich der wirtschaftlich bedeutenden Unternehmen resp. börsenkotierten Publikumsgesellschaften aufgetaucht sind, bleibt das Grundproblem, dass viele der vorgeschlagenen Vorschriften für private Unternehmungen/KMU nicht dieselbe Relevanz haben und für deren Aktionärskreis unnötige, kostentreibende und somit unerwünschte Folgen haben.

Im Übrigen müssen wir bei der neueren eidgenössischen Gesetzgebung feststellen, dass in verschiedenen Gesetzeserlassen der Begriff der "Kleinen und mittleren Unternehmung/KMU" nicht überall gleich definiert worden ist. So sieht bekanntlich das Fusionsgesetz gemäss Art. 2 die Definition der "Kleinen und mittleren Unternehmen (KMU)" wie folgt vor: "Gesellschaften, die keine Anleihen oder Obligationen ausstehend haben, deren Anteile nicht an der Börse kotiert sind und die überdies 2 der nachfolgenden Grössen nicht in den zwei letzten Fusions-, Spaltungs- oder dem Umwandlungsbeschluss vorangegangenen Geschäftsjahren überschreiten:

1. Bilanzsumme von 20 Millionen Franken
2. Umsatzerlös von 40 Millionen Franken
3. 200 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt"

Im vorliegenden Entwurf jedoch werden die KMU indirekt definiert als Unternehmen, die nicht die Kriterien des "wirtschaftlich bedeutenden Unternehmens" mit den Schwellenwerten 10-20-50 überschreiten: also eine Negativformulierung (vgl. Art. 727 Abs.1 Ziff. 2/Neues Revisionsrecht). In der damaligen Botschaft wurde in diesem Zusammenhang geschrieben und dies trifft auch im Rahmen verschiedener nachfolgender vorgeschlagener Artikel in der vorliegenden Aktien- und Rechnungslegungsrevision zu: "Die Schutzbedürfnisse sind daher bei KMU anderer Natur und weniger absolut als bei grösseren Unternehmen. Umgekehrt wirkt sich die durch eine Revision entstehende Belastung an Aufwand und Kosten der kleinen

Unternehmen proportional stärker aus als in grösseren Gesellschaften" (vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechtes (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juli 2004, S. 3992).

Lange Zeit hat es der Gesetzgeber bewusst unterlassen, zwischen verschiedenen Unternehmensgrössen zu unterscheiden. Uns scheint jedoch, dass jetzt der Zeitpunkt gekommen ist, dass man an der "Einheitlichkeit des Aktienrechtes" nicht mehr festhalten kann und somit auch bei den vorgeschlagenen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen jetzt klare Unterscheidungen vorgenommen werden müssten, da die Interessenlage der einzelnen Gesellschaften einerseits und der Öffentlichkeit andererseits diametral entgegengesetzt sein können.

Antrag VPAG: **Der Bundesrat möge bei der Überarbeitung der vorliegenden Gesetzesrevision präziser und wirtschaftsfreundlicher die verschiedenen Größenordnungen der Gesellschaften unterscheiden und auch entsprechend der wirtschaftlichen Realität angepasste neue Vorschläge resp. Formulierungen vorsehen.**

In einer freiheitlichen Ordnung soll es doch so sein, dass der private Unternehmer in "seinem" privaten Unternehmen möglichst selber über die Ausgestaltung "seiner" Unternehmensorganisation bestimmen kann. Der Gesetzgeber hat hier folglich nur die Grundstrukturen zur Verfügung zu stellen und gleichzeitig die flexiblen Mechanismen der Selbstregulierung und damit auch des Marktes spielen zu lassen.

Seit Jahren äussern sich verschiedene Mitglieder des Bundesrates in Interviews, schriftlichen Stellungnahmen und auch Vorträgen ständig dahingehend, dass den KMU's im administrativen Bereich mehr Freiheiten zu gewähren seien. Diese Äusserungen werden teilweise im vorliegenden Entwurf wieder zurückgenommen!

1.4.

Die VPAG nimmt im Folgenden ausschliesslich nur zu denjenigen vorgeschlagenen Gesetzesartikeln des OR Stellung, die die privaten Aktiengesellschaften direkt betreffen und verzichtet bewusst auf all die Vorschläge, die die börsenkotierten Gesellschaften angehen. Die Stellungnahme folgt der Struktur des Vorentwurfes.

II. Stellungnahme VPAG

Teil 1: Aktienrecht

A. Verbesserung der Corporate Governance

Art. 627 Ziff. 4 VE OR

Statutarische Zuständigkeit der Generalversammlung betreffend die Entschädigung von Mitgliedern der Geschäftsleitung

Diese zusätzlichen Vorschriften, die neu in die Statuten einer Gesellschaft aufgenommen werden müssen, sind für nichtkotierte private Aktiengesellschaften/KMU nicht relevant. Diese Vorschläge fallen in die Kompetenzen des Verwaltungsrates (Art. 716 ff OR) und verstossen gegen Grundsätze des Aktienrechtes, indem der Verwaltungsrat auch nach geltendem Recht für die Ernennung der Geschäftsleitung und deren Entlohnung zuständig ist. Alternativ könnte hier eine Unterscheidung in wirtschaftlich bedeutende Unternehmen/börsenkotierte Aktiengesellschaften einerseits und private Aktiengesellschaften (KMU) vorgesehen werden.

Antrag VPAG: **Art. 627 Ziff. 4 VE-OR ist aus der Sicht der kleinen und mittleren Unternehmen ersatzlos zu streichen, allenfalls wären für die wirtschaftlich bedeutenden Unternehmen/Publikumsgesellschaften andere Lösungen vorzusehen.**

Art. 697 und 697 bis VE-OR

Schaffung eines ständigen Auskunfts- und Einsichtrechtes

Auch hier besteht die Differenz zwischen möglicherweise geltend zu machenden Aktionärsrechten bei den börsenkotierten Publikumsgesellschaften und KMU. Der Vorschlag, dass Aktionäre "jederzeit", d.h. auch ausserhalb der Generalversammlung ein schriftliches Auskunftsrecht haben sollen, welches zudem den Verwaltungsrat verpflichtet, eine verlangte Auskunft innert 60 Tagen(!) schriftlich zu erteilen oder eine allfällige Verweigerung der Auskunft zu begründen, ist für den Aktionärskreis einer privaten Aktiengesellschaft in technischer und auch finanzieller Hinsicht kaum durchführbar und für einen Familienunternehmer im Sinne der Praktikabilität des daraus verbundenen administrativen Mehraufwandes nicht sinnvoll. Um die für die privaten Aktiengesellschaften notwendige Flexibilität beizubehalten, liesse sich, statt von einer zwingenden Gesetzesbestimmung auszugehen, denken, eine dispositive Lösung einzuführen. So könnte vorgesehen werden, dass für die wirtschaftlich bedeutenden Unternehmen halbjährlich durch den Verwaltungsrat informiert werden könnte oder dass die Statuten nähere Bestimmungen darüber enthalten

könnten, wie Aktionäre ausserhalb der Generalversammlung Auskunft über die Angelegenheiten ihrer Gesellschaft verlangen können.

Im Zusammenhang mit dem Vorschlag des Vorentwurfes ist auf den rechtlich sehr fraglichen Umstand hinzuweisen, dass mit der vorgeschlagenen Vorschrift der Auskunftserteilung an einzelne Aktionäre der Gleichheitsgrundsatz (Art. 717 Abs. 2 OR) verletzt wird. Erhält nämlich ein Aktionär während des Geschäftsjahres Antworten über interne Angelegenheiten der Gesellschaft und der Verwaltungsrat stellt diese Antworten auch nicht gleichzeitig allen übrigen Aktionären der Gesellschaft zu, so würde der Verwaltungsrat eben nicht alle Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich behandeln. Die Auskunftsrechte für Aktionäre sollen auch künftig ausschliesslich an der Generalversammlung geltend gemacht werden können. Die selben Überlegungen gelten für das Einsichtsrecht gemäss Art. 697^{bis} VE-OR.

Antrag VPAG: Art. 697 Ziff.2 und Art. 697^{bis} sind aus Sicht der kleinen und mittleren Unternehmen ersatzlos zu streichen, allenfalls wären für die wirtschaftlich bedeutenden Unternehmen/Publikumsgesellschaften andere Lösungen vorzusehen.

Art. 697b VE-OR

Sonderuntersuchung

Dass vorgeschlagen wird, die Hürden für die Einleitung einer Sonderuntersuchung (bisher Sonderprüfung) zu reduzieren und die entsprechenden Schwellenwerte von bisher 10% auf 5% des Aktienkapitals oder der Stimmen, den Aktiennennwert auf 1 Mio. Franken (bisher 2 Mio. Franken) oder Aktien im Börsenwert von neu 2 Mio. Franken herabzusetzen, ist für die privaten Aktiengesellschaften, was die ersten beiden Schwellenwerte betrifft, unbrauchbar und dient nicht einem echten Minderheitenschutz. Im Kreis von privaten Aktiengesellschaften würde mehrheitlich nur dem "Querulantensrecht" Vorschub geleistet werden. Die bisherigen Schwellenwerte haben sich weitgehend bewährt, zumal sich das Instrument der bisherigen Sonderprüfung faktisch in den meisten vor Gericht behandelten Fällen als wenig griffig erwiesen hat. Eine künftige Prozessflut ist auf alle Fälle zu vermeiden.

Abgelehnt wird auch die an sich unauffällige Neuerung, dass im Gegensatz zum geltenden Recht für die Anordnung einer Sonderuntersuchung nicht mehr verlangt wird, dass glaubhaft gemacht werden muss, bei der Gesellschaft oder dem Aktionär sei ein Schaden eingetreten. Neu soll jedoch bereits genügen, dass der die Sonderuntersuchung beantragende Aktionär glaubhaft macht, dass eine Verletzung der Statuten durch Gründer oder Gesellschaftsorgane die Gesellschaft oder Aktionäre schädigen kann.

Antrag VPAG: Art. 697b VE-OR ist ersatzlos zu streichen, resp. das geltende Recht kann beibehalten werden.

Art. 697quinquies b VE-OR**Zwingende Offenlegung der Vergütung an die Organe von nichtkotierten Aktiengesellschaften auf Verlangen eines Aktionärs**

Der Vorschlag, dass künftig auch bei KMU/privaten Aktiengesellschaften jeder Aktionär Auskunft verlangen kann über Vergütungen, Darlehen und Kredite an die gegenwärtigen Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung oder von Beiräten resp. an frühere Mitglieder der obgenannten Gremien, sofern ein Zusammenhang mit der früheren Tätigkeit besteht oder die Vergütungen, Darlehen und Kredite nicht marktüblich sind etc., ist als zwingende Gesetzesbestimmungen unnötig und "Gift" für den Frieden in einer Familienunternehmung! So könnte u.a. ein Mitarbeiter in Erfahrung bringen, wie viel der Hauptaktionär resp. sein Patron verdient. Ist das wirklich so gewollt?

Diese zwingende Vorschrift nützt der allgemeinen Verbesserung der Transparenz in privaten Aktiengesellschaften nicht und trägt die Gefahr in sich, dass zudem auch Kadermitglieder von KMU, welche eine geschäftsleitende Funktion ausüben, ihre Vertraulichkeit verlieren resp. sogar deren Persönlichkeitsrechte verletzt werden.

Allenfalls liesse sich vorstellen, dass in die Statuten von privaten Aktiengesellschaften dispositiv derartige Bestimmungen aufgenommen werden könnten.

Antrag VPAG: Art. 697quinquies b ist ersatzlos zu streichen.

Art. 710 Ziff.3 VE-OR**Verwaltungsrat: Wahl und Amts dauer: Gesetzlicher Zwang zu einer einjährigen Amtszeit des Verwaltungsrates**

Der Entwurf sieht vor, dass nebst den wirtschaftlich bedeutenden Unternehmen/börsenkotierten Publikumsgesellschaften auch die privaten Aktiengesellschaften zwingend die Einzelwahl aller Mitglieder ihres Verwaltungsrates auf eine Amts dauer von 1 Jahr vornehmen müssen. Das geltende Recht ist viel praxisnaher, als es eine dispositivo freiwillige dreijährige Amtszeit vorsieht. Jeder AG resp. jeder Generalversammlung bleibt es unbenommen unter heutigem Recht, eine kürzere, z.B. eine einjährige oder auch eine längere Amtszeit für ihre Verwaltungsräte festzulegen. Dieses System hat sich bei den privaten Aktiengesellschaften resp. deren Aktionären bislang sehr bewährt. Auf alle Fälle wird mit diesem Vorschlag die Corporate Governance auf KMU-Ebene nicht verbessert, da gerade in einem privaten Unternehmen eine längere Amtszeit je nach Firmenkultur und Altersstruktur der Eignerfamilie und unter dem Gesichtspunkt der Kontinuität und Stabilität sehr sinnvoll sein kann. Es bleibt den einzelnen Aktiengesellschaften unbenommen, die mehrjährigen Amtszeiten im Verwaltungsrat so zu staffeln, damit beispielsweise die Stellung und Autorität der einzelnen Verwaltungsräte

gegenüber dem Management nicht untergraben werden. Dieser Vorschlag ist aus vielen Gründen für private Aktiengesellschaften untauglich und sehr unnötig.

Antrag VPAG: Ersatzlos streichen.

Art. 678 VE-OR

Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen

Die Erweiterung gegenüber dem bisherigen Recht der Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen macht für private Aktiengesellschaften keinen Sinn. Die Ausdehnung des Kreises der Rückleistungspflichtigen, nämlich auf die Mitglieder der Geschäftsleitung und diesen nahe stehenden Personen geht zu weit. Unverständlich ist, dass zudem das heutige Erfordernis der "Bösgläubigkeit" des Empfängers gestrichen werden soll wie auch dasjenige der "Offensichtlichkeit des Missverhältnisses zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft". Abgelehnt wird entschieden, die neu einzuführende Klagelegitimation der Gläubiger der Gesellschaft. Für private Aktiengesellschaften bringt der Vorschlag einer Verlängerung der Verjährungsfrist von heute 5 auf 10 Jahre unter dem Aspekt der Rechte der Minderheitsaktionäre nichts. Es werden für den Unternehmer damit einmal mehr zusätzliche Unsicherheiten eingeführt, die es aus Sicht der jetzigen Gerichtspraxis auch nicht braucht. Die geltenden Bestimmungen im OR sind völlig genügend. Falls in irgend einer Art und Weise an diesem Vorschlag festgehalten werden sollte, muss unbedingt am Kriterium der "Bösgläubigkeit" festgehalten werden. Gleichzeitig müsste legiferiert sein, dass nur Leistungen der Gesellschaft zurückgefördert werden können, die weiterhin in einem "offensichtlichen Missverhältnis" zur Gegenleistung des Beklagten stehen.

Antrag VPAG: Art. 678 VE-OR ist aus der Sicht der kleinen und mittleren Unternehmen ersatzlos zu streichen, allenfalls wären für die wirtschaftlich bedeutenden Unternehmen/Publikumsgesellschaften andere Lösungen vorzusehen.

Art. 759 Abs. 1^{bis} OR-VE

Haftungslimitierung für die Revisionsstelle

Irgendwie aus der Luft gegriffen und aus dem Zusammenhang gerissen und unnötig ist die vorgeschlagene Idee, dass die solidarische Haftung der Revisionsstelle summenmäßig zu begrenzen wäre, wenn die Haftung nur auf einem leichten Verschulden beruht. Wenn schon das Obligationenrecht im Rahmen der Verantwortlichkeit Haftungsbeschränkungen einzuführen gedenkt, dann müsste konsequenterweise überprüft werden, ob auch bei KMU-Betrieben die Haftung der weiteren Organe im Einklang mit der Haftungseinschränkung der Revisionsstelle ebenfalls limitiert werden sollte.

An dieser Stelle sei zudem die Bemerkung angebracht, dass die festzustellende Tendenz bei Gesetzesrevisionen, absolute Frankenbeträge ins Gesetz aufzunehmen, unter verschiedenen Aspekten falsch ist und unter der langfristigen Wirkung und Rechtssicherheit eines Gesetzes zu möglichen Verzerrungen (u.a. Inflation etc.) führen kann.

Antrag VPAG: Art. 759 Abs. 1^{bis} ist aus der Sicht der kleinen und mittleren Unternehmen ersatzlos zu streichen, allenfalls wären für die wirtschaftlich bedeutenden Unternehmen/Publikumsgesellschaften andere Lösungen vorzusehen.

B. Änderung der Kapitalstrukturen

Art. 620 VE-OR

Unnötige Abschaffung der Inhaberaktie

Aus Sicht von privaten Aktiengesellschaften macht die vorgeschlagene Abschaffung von Inhaberaktien wenig Sinn, wenn auch die privaten Aktiengesellschaften heute mehrheitlich über ein Aktienkapital mit Namenaktien verfügen. Denn Inhaberaktien sind immer ein mögliches zusätzliches Instrument der Gestaltung in der Kapitalstruktur. Sie können beispielsweise besser verwertet werden als Namenaktien und werden damit im Rahmen der Kapitalbeschaffung höher bewertet. Würde das Instrument der Inhaberaktien abgeschafft, wird dies zweifellos zu einer Erschwerung der Finanzierung von Eigenkapital bei privaten Aktiengesellschaften führen. Damit würde dem privaten Unternehmer einmal mehr ein Instrument der Flexibilität in der Kapitalbeschaffung, welches für sein Unternehmen in bestimmten Situationen zwingend notwendig wäre, ohne Not entzogen.

Diese Bemerkung sei auch aus der Überlegung gemacht, da ein privater Unternehmer in seinem Familienunternehmen "seine Aktionäre" (auch Inhaberaktinäre) mindestens an der jährlichen ordentlichen Generalversammlung identifizieren will. Damit besteht keine Gefahr, dass – vielleicht im Gegensatz zu börsenkotierten Gesellschaften – sich Inhaberaktionäre unter der unerwünschten Anonymität verstecken. Zudem liegt es in der Verantwortung des Verwaltungsrates, dass er die die Aktiengesellschaft kontrollierenden Personen identifiziert.

Antrag VPAG: Ersatzlose Streichung.

Art. 634 ff VE-OR**Sacheinlagen und Sachübernahmen**

Für die Deckung der Sacheinlage muss es genügen, dass eine Sache nach dem Grundsatz des Fortführungswertes für die Gesellschaft einen Wert hat. Wird, wie in Art. 634 Ziff. 4 VE-OR vorgesehen ist, nur auf die Verwertbarkeit im Sinne der Übertragung auf einen Dritten abgestellt, müssten konsequenterweise bei Sacheinlagen- und Übernahmen jeweils die Liquidationswerte eingesetzt werden. Dies ist absurd, wenn die Einlage resp. der zu übernehmende Wert spezifisch für die Gesellschaft erschaffen wurde.

Antrag VPAG: Ersatzlose Streichung.

Art. 653 r VE-OR**Kapitalband mit Einbezug von bedingtem Kapital**

Die vorgeschlagene Variante der Einführung eines Kapitalbandes ist attraktiv, da sie der Aktiengesellschaft, den Aktionären und dem Verwaltungsrat grösseren Spielraum und mehr Flexibilität einräumt.

Antrag VPAG: Dieser Vorschlag wird befürwortet.

Art. 656b Abs. 1 VE-OR**Partizipationskapital**

Der Vorentwurf schlägt vor, dass die bestehende Obergrenze des Partizipationskapitals (nicht mehr als das Doppelte des Aktienkapitals) zu streichen ist, womit auch den privaten Gesellschaften zusätzlichen Spielraum bei der Ausgestaltung ihrer Kapitalstrukturen gegeben wird (zusätzlich zur Namen- und Inhaberaktie!).

Antrag VPAG: Dieser Vorschlag wird befürwortet.

C. Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung

Art. 701 ff VE-OR

Diese Vorschläge machen für die eine oder andere private Aktiengesellschaft zweifellos auch Sinn und liberalisieren im Sinne der geforderten steten Flexibilisierung und Vereinfachung im Rahmen der Durchführung der Generalversammlung zweifellos.

Antrag VPAG: Im Grundsatz wird dieser Vorschlag befürwortet mit der Bemerkung, dass für private Aktiengesellschaften Bestimmungen der Regelung der Abläufe etc. in der Generalversammlung stets auf freiwilliger Basis zu erfolgen haben und dass sie diese in ihre Gesellschaftsstatuten aufnehmen können.

Teil 2: Neuregelung der Rechnungslegung

Der Vorentwurf betreffend die Bestimmungen über die kaufmännische Buchführung (Art. 957 bis 963c OR) stellt eine Verbesserung gegenüber dem Vorentwurf der Expertenkommission "Rechnungslegungsrecht" von 1998 dar. Die Grundsatzziele, nämlich einer einheitlichen Ordnung für alle Rechtsformen des Privatrechtes und der differenzierten Anforderungen je nach wirtschaftlichen Bedeutungen der Unternehmen kann positiv vermerkt werden. Jedoch geht die Differenzierung der Vorschriften nach Grossunternehmen und börsenkotierten Publikumsgesellschaften einerseits (diese richten sich nach den neuen Revisionspflichtbestimmungen im Obligationenrecht mit den Schwellenwerten Bilanzsumme 10 Mio. Franken, Jahresumsatz 20 Mio. Franken und 50 Mitarbeitern) und KMU andererseits zu wenig weit. Der von den mittleren Unternehmen und privaten Aktiengesellschaften künftig zu leistende Mehraufwand für die Erstellung des Geschäftsberichtes (Bilanz und Erfolgsrechnung) insbesondere des Anhangs sowie die sich daraus ergebenden Mehrkosten für die Revision des Geschäftsberichtes inkl. Anhang sind nicht tragbar (Rahmenbedingungen werden einmal mehr erschwert!). Es ist nicht einzusehen, weshalb für KMU-Unternehmungen, welche einer ordentlichen Revision unterliegen, solche massiven Verschärfungen der Vorschriften überhaupt notwendig sind.

Antrag VPAG: Der Teil "Bestimmungen des Rechnungslegungsrechtes" sei an den Bundesrat zurückzuweisen, um die neuen Rechnungslegungsvorschriften zwischen wirtschaftlich bedeutenden Unternehmen resp. börsenkotierten Publikumsgesellschaften einerseits und den übrigen privaten mittelständischen Unternehmen (KMU) andererseits sorgfältiger und besser zu unterscheiden und abzugrenzen. Es kann nicht angehen, dass den KMU, die die 10-20-50 Schwellen überschreiten, zusätzliche Pflichten

und Auflagen mit unnötiger, teilweise massiver Kostenfolge aufgebürdet werden, ohne dass ein betrieblicher Zusatznutzen entsteht.

Darunter fallen u. a. folgende kritische Artikel im Vorentwurf:

- **Art. 957a VE-OR: Buchführung**
- **Art. 958 VE-OR: Rechnungslegung**
- **Art. 958a Abs. 2 VE-OR: Annahme der Fortführung**
- **Art. 958b Abs. 1 Ziff. 5 VE-OR: Grundsätze ordnungsmässiger Rechnungslegung**
- **Art. 958d Abs. 3 VE-OR: Einsichtnahme und Offenlegung**
- **Art. 959 VE-OR: Jahresrechnung, Bilanz**
- **Art. 959a VE-OR: Bilanz, Mindestgliederung**
- **Art. 959b VE-OR: Erfolgsrechnung**
- **Art. 959c VE-OR: Anhang**
- **Art. 960 VE-OR: Bewertung**
- **Art. 960f VE-OR: Verhältnis zum Steuerrecht:**

Grundsätzlich sollte die Massgeblichkeit des handelsrechtlichen Abschlusses für die steuerliche Bemessung beibehalten werden. Die vorgeschlagene Einführung der umgekehrten Massgeblichkeit, wonach in den Bereichen Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen die steuerrechtlichen Vorgaben ausschlaggebend sind, ist abzulehnen. Die vom Gesetz avisierte Einführung eines handelsrechtlichen Abschlusses nach dem Prinzip des "true and fair view" ist nicht vereinbar mit steuerrechtlichen Maximen. In wirtschaftspolitischer Hinsicht wäre es ein Fehler, auf der einen Seite stark erhöhte Anforderungen an die Rechnungslegung und Berichterstattung der Unternehmen zu stellen, gleichzeitig aber die betriebswirtschaftliche Aussagekraft der präsentierten Zahlen massiv zu beeinträchtigen.

- **Art. 961 VE-OR: Rechnungslegung für grosse Unternehmen; zusätzliche Anforderungen an den Geschäftsbericht**
- **Art. 962 VE-OR: Abschluss nach Regelwert**
- **Art. 963: Konzernrechnung, Pflicht zur Erstellung**

Teil 3: Schlussbemerkung

Wir hoffen, sehr geehrter Herr Bundesrat, dass unsere Vorstellungen in Ihre Überlegungen einfließen werden und dass bei der Gesetzesrevision vor allem auch stets unterschieden wird, dass nicht Bestimmungen, die für wirtschaftlich bedeutende Unternehmen resp. börsenkotierte Publikumsgesellschaften ihre Berechtigung haben mögen, auch für die kleinen und mittleren Betriebe und damit Familienaktiengesellschaften sinnvoll sind. Hier ist unseres Erachtens im Interesse unserer Volkswirtschaft noch zwingend Handlungsbedarf gegeben.

Wir danken Ihnen für die Aufmerksamkeit, die Sie der VPAG schenken.

Mit vorzüglicher Hochachtung

VEREINIGUNG DER PRIVATEN
AKTIENGESELLSCHAFTEN

sig.

Rudolf Hug
Präsident

sig.

lic. iur. Peter Andreas Zahn
Advokat/Geschäftsführer

Herrn
Bundesrat Christoph Blocher
Vorsteher des
Eidgenössischen Justiz- und
Polizeidepartements
Bundeshaus
3003 Bern

Zürich, den 16. Mai 2006

**Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht
Vernehmlassungsverfahren**

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen, dass Sie uns Gelegenheit geben, im oben aufgeführten Vernehmlassungsverfahren Stellung zu nehmen und reichen innert Frist die nachfolgenden Bemerkungen ein.

Vorbemerkung

Der Verband Schweizerischer Elektro-Installationsfirmen (VSEI) ist der Interessenvertreter von rund 2'000 Mitgliedern, welche fast ausschliesslich KMU sind. Die Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Geschäftstätigkeit der KMU, wobei administrative Erleichterungen eine ganz wesentliche Rolle spielen, ist eines der zentralen Anliegen des Verbandes. Die Stellungnahme des VSEI wird daher im Wesentlichen aus der Sicht der KMU und der vom Bund ihnen immer wieder zugesagten Entlastung im administrativen Bereich erfolgen.

I. ALLGEMEINES

Unsere Wirtschaft besteht zu 98 % aus kleinen und mittelgrossen Unternehmen bis zu 250 Mitarbeitenden. Neue Vorschriften im Sinne dieses Gesetzes betreffen die KMU, weshalb ihre Anliegen besonders berücksichtigt werden müssen.

Der VSEI ist der Ansicht, dass die vorliegende Gesetzesreform die Aspekte der KMU zuwenig beachtet und beantragt daher, dass analog dem Fusionsgesetz und den neuen Revisionsvorschriften substantielle Erleichterungen für KMU im Gesetzesentwurf zwingend Berücksichtigung finden. Dabei erachten wir es als sinnvoll, die Abgrenzungskriterien zwischen KMU und grossen Unternehmen aus dem neuen Revisionsgesetz zu übernehmen (Bilanzsumme 10 Mio., Umsatzerlös 20 Mio. sowie 50 Vollzeitstellen).

Der Verband für Stark- und Schwachstrominstallationen, Telekommunikation, IT- und Sicherheitsinstallationen, Anlagenbau, Gebäudetechnik
L'union pour les installations à courant fort et courant faible, la télécommunication, les installations de sécurité et IT, les installations industrielles, la technique du bâtiment
L'unione per impianti a corrente forte e corrente debole, telecomunicazioni, impianti di sicurezza e IT, installazioni degli impianti, tecnica dell'edilizia

Eine angemessene Regelung der Corporate Governance ist zu begrüssen. Der VSEI ist jedoch der Ansicht, dass diesbezüglich bereits genügend Selbstregulierungsbestimmungen bestehen. Auf jeden

Fall sind neue Bestimmungen auf Publikumsgesellschaften oder zumindest auf grosse Gesellschaften zu beschränken. Eine Ausweitung dieser Regelungen geht für KMU zu weit und ist abzulehnen. Die Schweiz sollte sich grundsätzlich hüten, mit Regulierungen zu überborden und damit erhebliche Wettbewerbsnachteile gegenüber ausländischen Finanz- und Werkplätzen zu schaffen.

Das Auskunfts- und Einsichtsrechts ist nur bei Publikumsgesellschaften und eventuell bei grösseren Gesellschaften auszuweiten. Das vorgeschlagene Auskunfts- und Einsichtsrecht der Gläubiger geht zu weit und ist abzulehnen.

Was die Flexibilisierung der Kapitalstruktur anbetrifft, begrüsst der VSEI die Idee eines Kapitalbades. Hingegen lehnt der Verband die Abschaffung der Inhaberaktien ab. Dies umso mehr, als die Partizipationsscheine weiterhin auf den Inhaber lauten können und dabei sogar die Limitierung aufgehoben wird. Wir erachten das bestehende Instrumentarium zur Bekämpfung der Geldwäscherie als ausreichend. Auch mit Inhaberaktien kann die Geldwäscherie erfolgreich bekämpft werden. Vor dem Hintergrund des Wettbewerbs der Finanz- und Kapitalmärkte ist jegliche unnötige Selbsteinschränkung entschieden abzulehnen.

Die Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung ist grundsätzlich zu begrüssen.

Die rechtsformneutrale Regelung der Rechnungslegung ist zu begrüssen; ebenso die Unterscheidung nach Grössenkriterien analog des Revisionsrechtes. Allerdings müssen die minimal geltenden Bestimmungen KMU-tauglich sein. Bei den kleinsten KMU ist für die vereinfachte Buchführung gemäss neuem Art. 958 b die Umsatzgrösse auf 200'000 CHF zu erhöhen. Ebenfalls ist der Anhang gemäss neuem Art. 959 c für KMU zu reduzieren.

Steuerrechtliche Vorschriften wie Art. 960 f gehören nicht in das Obligationenrecht. Im Weiteren sind KMU von der Konsolidierungspflicht explizit zu befreien.

Der VSEI unterstützt den Vorschlag, dass die Haftung der verschiedenen Organe differenziert betrachtet wird. Primär hat der Verwaltungsrat als handelndes Organ die Konsequenzen seines Handelns zu tragen, ist er doch für das Tagesgeschäft und die Strategie verantwortlich. Zusätzlich schlagen wir vor, die Einführung einer obligatorischen Haftpflichtversicherung für Verwaltungsräte und Revisionsgesellschaften zu prüfen.

II. ZU DEN EINZELNEN ARTIKELN

Art. 622 Abs. 1

Der VSEI lehnt die Abschaffung der Inhaberaktien ab. Die vorgebrachten Argumente sind nicht stichhaltig. Die Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten, die Bekämpfung der Geldwäscherie etc. werden durch die Herausgabe von Inhaberaktien nicht verunmöglich.

Antrag

Neuformulierung: „Die Aktien lauten auf den Namen oder auf den Inhaber.“

Dadurch muss auch in allen anderen Artikeln, in denen im Entwurf die Inhaberaktie gestrichen wurde, diese wieder eingefügt werden.

Art. 634

Nachdem in der HR-Verordnung das Vorhandensein des Gründungsberichts mit Prüfungsbestätigung geregelt ist, wird vorgeschlagen, dies im Gesetz nicht mehr zu erwähnen. Diese Unterlagen sind ein wesentlicher Bestandteil bei der Gründung. Im Sinne der Klarheit und Transparenz soll da-

her das Erfordernis eines Gründungsberichts mit Prüfungsbestätigung weiterhin im Gesetz verankert sein.

Antrag

Abs. 1 Ziff. 5 (neu): „ ein Gründungsbericht mit Prüfungsbestätigung vorliegt.“

Art. 650 ff.

Die Einführung eines Kapitalbandes erachtet der VSEI grundsätzlich positiv. Damit erhält der Verwaltungsrat mehr Flexibilität, aber auch mehr Verantwortung.

Art. 671

Die Anpassung an internationale Gepflogenheiten und damit die Aufteilung in Kapitalreserven und Gewinnreserven hält der VSEI grundsätzlich für richtig. Allerdings darf das Agio nicht mehr ausgeschüttet werden, da Kapitalreserven der Ausschüttungssperre unterstehen. Es ist fraglich, ob diese grundsätzliche Ausschüttungssperre notwendig ist.

Antrag

Nochmalige Prüfung der vorgeschlagenen Lösung.

ad Art. 672

Die Unterscheidung zwischen Kapital- und Gewinnreserven bringt materiell keine Änderung. Eine Erhöhung der gesetzlichen Reserve auf 50% ist unnötig. Die Vergangenheit hat gezeigt, dass gesetzliche Reserven bei Sanierungen und schlechtem Geschäftsgang nicht viel gebracht haben.

Antrag

Beibehalten der bisherigen Formulierung dieses Artikels.

Art. 678

Der VSEI unterstützt vorbehaltlos, dass der Kreis derjenigen, die ungerechtfertigte Leistungen zurückzuerstatten haben, auf die Mitglieder der Geschäftsleitung ausgedehnt wird. Die bisherige Formulierung von Art. 678 genügt diesem Ansinnen. Es könnte bei KMU (Familien - AG) problematisch werden, wenn Gläubiger klageberechtigt würden. Zudem besteht die Gefahr, dass vermehrt Unternehmensentscheide vom Richter gefällt werden müssten. Die Wirtschaft würde dadurch inflexibler werden und einen erheblichen Standortnachteil erfahren.

Antrag

Beibehalten der bisherigen Formulierung dieses Artikels.

Art. 689 c lit. b

Der VSEI begrüßt ausdrücklich diese neue Regelung betreffend die Gesellschaften mit nicht börsenkotierten Aktien, berücksichtigt sie doch insbesondere die Anliegen der KMU.

Art. 697, 697 a - q

Es ist nicht ersichtlich, weshalb auch bei nicht börsenkotierten Gesellschaften die Gläubiger Einsicht in den Geschäfts- und Revisionsbericht nehmen dürfen. Dies ist KMU-feindlich. Eine jederzeitige Auskunftspflicht des Verwaltungsrates ist abzulehnen. Zumindest die KMU sollten von dieser Regelung ausgeschlossen werden. Die Frist von 60 Tagen ist in jedem Fall zu verlängern (z.B. auf 180 Tage)

Auch die Herabsetzung der Schwellenwerte bei der Sonderuntersuchung ist KMU-feindlich. Sie sollte ebenfalls nur für Publikumsgesellschaften vorgesehen werden. Die Schwellenwerte für die Erzwingung einer Sonderprüfung sind auf den alten Beträgen zu belassen. Allenfalls könnten ausschließlich für börsenkotierte Gesellschaften die neuen, tieferen Werte gelten.

Antrag

Beibehalten der bisherigen Formulierung dieser Bestimmungen.

Eventualantrag

Beschränkung des Einsichts- bzw. des Kontrollrechts sowie der Herabsetzung der Schwellenwerte auf börsenkotierte Gesellschaften.

ad Art. 707 / 710

Die Möglichkeit, bei börsenkotierten Gesellschaften eine kreuzweise Einsitznahme in die verschiedenen verwaltungsrätlichen Vergütungsausschüssen auszuschliessen, wird begrüßt. Hingegen geht eine generelle einjährige Amtszeit sowie das Verbot der Wahl in corpore zu weit. Gerade in KMU hat sich die bisherige Regelung mit einer dreijährigen Amtszeit bewährt.

Antrag

Beschränkung der jährlichen Neuwahl und der Wahl jedes einzelnen Amtsinhabers auf börsenkotierte Gesellschaften.

Art. 725

Der VSEI begrüßt den Vorschlag, bei Kapitalverlust und Überschuldung den Verwaltungsrat neu zu verpflichten, auch bei Zahlungsunfähigkeit unverzüglich eine Zwischenbilanz zu erstellen und gegebenenfalls unverzüglich das Gericht zu benachrichtigen. Ebenfalls unterstützen wir die Klarstellung der Aufgabe des beigezogenen Revisors.

Dagegen ist die Ausdehnung der Anzeigepflicht bei eingeschränkter Revision ersatzlos zu streichen. Es widerspricht der Konzeption des neuen Revisionsrechtes, wenn der Revisionsstelle dieselben Pflichten bei einer eingeschränkten Revision auferlegt werden wie bei einer ordentlichen Revision. Zudem ist die Anzeigepflicht des Verwaltungsrates (Abs. 5) der Anzeigepflicht des Revisors (Abs. 4) voranzustellen, denn primär liegt die Anzeigepflicht beim Verwaltungsrat und subsidiär bei der Revisionsstelle.

Antrag

Neuformulierung im Sinne der oben stehenden Ausführungen.

Art. 728c Abs. 3

Trotz der Offensichtlichkeit ist es möglich, dass die Revisionsstelle davon keine Kenntnisse hat, z.B. bei einem Wechsel der Revisionsstelle.

Antrag

Neuformulierung: "..., so benachrichtigt die Revisionsstelle bei Durchführung einer ordentlichen Revision unverzüglich das Gericht."

Art. 944

Der Vorschlag, dass künftig eine Firma aus reinen Sachbezeichnungen gebildet werden darf, diese aber keinen Schutz gegenüber später im Handelsregister eingetragenen Firmen geniessen, führt zu Verwirrungen.

Antrag

Ersatzloses Streichen dieser Bestimmung.

Art. 957 – Art. 960 (Einleitende Bemerkungen)

Wie eingangs erwähnt, begrüßt der VSEI die rechtsformunabhängigen Vorschriften. Eine Ausweitung der Regelungsdichte auf alle KMU im Sinne des Entwurfs geht aber zu weit. Insbesondere die Vorschriften für den Anhang für Personengesellschaften (Einzelunternehmen) sind unnötig, da Per-

sonengesellschaften bereits einer verstärkten Haftung unterliegen und daher von gewissen Offenlegungspflichten gegenüber den Kapitalgesellschaften befreit werden sollten.
Ausdrücklich zu begrüssen ist daher Art. 957 Abs. 2.

Art. 958 b Abs. 3 neu

Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Umsatzsumme auf Fr. 75'000.- gesenkt werden soll, gilt doch bis anhin im Handelsregister Fr. 100'000.- für die Eintragspflicht.

Antrag

Die Umsatzsumme ist zwingend auf 200'000 CHF zu erhöhen und die Handelsregisterverordnung in Art. 54 entsprechend anzupassen. Mit dieser Massnahme werden Kleinstgesellschaften bezüglich Buchführungs- und administrativen Pflichten angemessen entlastet (vereinfachte Buchführung nach diesem Gesetz).

Art. 958c Abs. 3 neu

In der globalisierten Wirtschaft sollten die Buchführung sowie die Erstellung des Jahresabschlusses in CHF erfolgen, aber auch in USD und EUR gesetzlich erlaubt sein.

Antrag

Neuformulierung im Sinne der oben stehenden Ausführungen.

Art. 958 d Abs. 1

Die Einsichtnahme der Gläubiger in den Geschäftsbericht und Revisionsbericht geht zu weit; die Privatsphäre der Unternehmen wird damit weiter untergraben. Wir lehnen die Einsichtnahme durch die Gläubiger strikte ab.

Antrag

Ersatzloses Streichen dieser Bestimmung.

Art. 959c neu

Der Anhang wurde im Gesetzesentwurf wesentlich ausgebaut. Im Sinne der KMU-Verträglichkeit erachten wir es als unerlässlich, dass KMU diesen Anhang kürzen können. Dabei sollte auf Art. 959 c Abs. 2 Ziffer 4 bis 12 verzichtet werden können. Für Kleinstgesellschaften nach Art. 958 b Abs. 3 neu ist auf den Anhang gänzlich zu verzichten.

Antrag

Neuformulierung im Sinne der oben stehenden Ausführungen.

Art. 960 Abs. 2 und Abs. 3 neu

Dieser Artikel ist auslegungsbedürftig. Insbesondere die zweite Satzhälfte führt zu Auslegungsproblemen. Sind solche von Anfang an ersichtlich, müssen sie eliminiert werden.

Abs.3 ist eine Wiederholung von Abs. 2.

Anträge

- Neuformulierung von Abs. 2: „..... muss vorsichtig erfolgen.“ Die zweite Satzhälfte ist ersatzlos zu streichen.
- Abs. 3 ist ersatzlos zu streichen.

Art. 960 f

Steuerrechtliche Vorschriften dürfen nicht Bestandteil des Rechnungslegungsgesetzes werden.

Antrag

Diese Bestimmung ist ersatzlos zu streichen.

Art. 961 A Abs. 2 Ziff. 2 und Ziff. 4

Die Offenlegung der Revisionshonorare geht bei *nicht börsenkotierten* Gesellschaften zu weit. Ebenso sind die Angaben über die Durchführung einer Risikobeurteilung sehr unpräzise und im Sinne der Verhinderung weiterer Administration wegzulassen.

Antrag

Diese Bestimmung ist ersatzlos zu streichen.

Art. 962 A Abs. 2

Ein Abschluss nach Regelwerk sollte nur für Gesellschaften erzwungen werden können, die der ordentlichen Prüfung unterliegen.

Antrag

Neuformulierung (Ergänzung): „... verlangen, falls von Gesetzes wegen eine ordentliche Revision durchgeführt werden muss.“

Art. 963

Die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung ist klarer einzugrenzen. Dabei eignen sich die Kriterien der ordentlichen Revision.

Antrag

Ergänzung Art. 963 Abs. 3 neu: „Gesellschaften, welche von Gesetzes wegen nicht ordentlich geprüft werden, sind von der Pflicht zu Erstellung einer Konzernrechnung befreit.“

Übergangsbestimmungen des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 Übergangsbestimmungen zum 26. und 32. Titel

Art. 1 - 5

Die Übergangszeit auf 2 Jahre resp. 3 Jahre festzulegen, ist zu kurz. Bedenkt man die verschiedenen Vorschriften, welche Änderungen im Handelsregister erfordern, ist eine korrekte Umsetzung innerhalb von 2 Jahren nicht möglich.

Antrag

Verlängerung der Übergangsfrist auf 5 Jahre.

Änderungen des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB)

Art. 326 quinques

Da Sanktionen (Bussen) bereits in der Handelsregisterverordnung vorgesehen sind, ist es nicht nötig, entsprechende Strafbestimmungen ins StGB aufzunehmen. Das Verhältnis der Sanktionen zu einander ist nicht klar, und es entsteht zudem die Gefahr, dass gegen das Verbot „Ne bis in idem“ verstossen wird.

Antrag

Diese Bestimmung ist ersatzlos zu streichen.

Wir bitten Sie höflich, sehr geehrter Herr Bundesrat, sehr geehrte Damen und Herren, auf Grund der grossen Tragweite der vorgeschlagenen Gesetzesrevision, unserer Eingabe die nötige Beachtung schenken zu wollen und unsere Anträge bei der weiteren Behandlung dieses Geschäfts zu berücksichtigen.

Mit freundlichen Grüßen

VSEI Zentralsekretariat

H.-P. In-Albon
Direktor

Dr. M. Heierle
Leiterin Rechtsdienst

- Original an EJPD
- Elektronische Übermittlung an ehra@bj.admin.ch, „Aktienrechtsrevision“

Kopie: Schweizerischer Gewerbeverband 3001 Bern