

Peter Forstmoser / Marcel Küchler

Schweizerische Aktienrechtsreform: Die Schlussrunde ist eingeläutet!

Die Aktienrechtsreform ist seit über einem Jahrzehnt in den politischen Gremien der Schweiz unterwegs. Jetzt befindet sie sich in der Schlussrunde der Differenzbereinigung zwischen National- und Ständerat. Der Beitrag zeigt, was heute bereits feststeht, und welche Fragen noch offen sind. Er nimmt eine vorläufige Würdigung des Gesamteindrucks der Reform vor. Ein Exkurs geht auf den Stand der Beratungen zur sog. Konzernverantwortungsinitiative ein.

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge
Rechtsgebiete: Aktienrecht; Politische Rechte

Zitiervorschlag: Peter Forstmoser / Marcel Küchler, Schweizerische Aktienrechtsreform: Die Schlussrunde ist eingeläutet!, in: Jusletter 10. Februar 2020

Inhaltsübersicht

1. Was steht fest?
 - 1.1. Begriff der Aktiengesellschaft, Gründung und Statuten
 - 1.2. Flexibilisierung der Kapitalbasis
 - 1.2.1. Einführung eines Kapitalbandes
 - 1.2.2. Der Mindestnennwert einer Aktie muss «grösser als null» sein
 - 1.2.3. Weitere Erleichterungen gegenüber dem geltenden Recht sowie Klarstellungen und Präzisierungen
 - 1.3. Neuer Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit und Verbesserung der Sanierungschancen
 - 1.3.1. Drohende Zahlungsunfähigkeit
 - 1.3.2. Kapitalverlust
 - 1.3.3. Überschuldung
 - 1.4. Stärkung der Aktionärsrechte und des Minderheitenschutzes
 - 1.4.1. Erweiterung der Kompetenzen der Generalversammlung
 - 1.4.2. Modernisierung und massvolle Erweiterung der Minderheitenrechte
 - 1.4.3. Rückerstattung zu Unrecht bezogener Leistungen
 - 1.4.4. Neuordnung der Stimmrechtsvertretung
 - 1.5. Neuerungen im Bereich der Durchführung der Generalversammlung
 - 1.5.1. Modernisierungen und Flexibilisierungen
 - 1.5.2. Das geltende dispositive Quorum für die Beschlussfassung bleibt
 - 1.6. Änderungen für den Verwaltungsrat
 - 1.6.1. Änderungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften
 - 1.6.2. Änderungen bei den nicht börsenkotierten Aktiengesellschaften
 - 1.6.3. Neuerungen für die Beschlussfassung im Verwaltungsrat
 - 1.7. Änderungen für die Revisionsstelle und im Revisionsrecht
 - 1.8. Einzelfragen und Klärungen
 - 1.9. Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 der Bundesverfassung (Lex Minder)
 - 1.10. Neuerungen gesellschaftspolitischer Art
 - 1.10.1. Geschlechterrichtwerte für Verwaltungsrat und Geschäftsleitung
 - 1.10.2. Transparenzvorschriften für Unternehmen im Rohstoffbereich
2. Was ist aus Abschied und Traktanden gefallen?
 - 2.1. Bereits vom Bundesrat verworfene Reformvorschläge
 - 2.2. Vom Parlament verworfene Reformvorschläge
3. Was ist noch offen?
4. Exkurs: Die so genannte Konzernverantwortungsinitiative
 - 4.1. Einreichung und Inhalt der Volksinitiative
 - 4.2. Indirekter Gegenvorschlag des Nationalrats im Rahmen der Aktienrechtsreform
 - 4.3. Nichteintreten im Ständerat und neue Vorschläge von RK-S und Bundesrat
 - 4.4. Erneute Beratung im Ständerat und Einschwenken auf den bundesrätlichen Vorschlag
 - 4.5. Fazit
5. Änderungen des Aktienrechts ausserhalb der Aktienrechtsvorlage
 - 5.1. Änderungen zwischen 1991 und 2020
 - 5.1.1. Reform des Rechnungslegungsrechts
 - 5.1.2. Änderungen im Rahmen der Reform des GmbH-Rechts
 - 5.1.3. Weitere Reformen mit aktienrechtlichem Inhalt
 - 5.2. Künftige Änderungen in der Pipeline des Gesetzgebers
6. Ausblick und vorläufige Würdigung
 - 6.1. Ausblick
 - 6.2. Vorläufige Würdigung – Eine gelungene «grosse» Aktienrechtsreform?
 - 6.3. Fazit

[1] Seit über einem Jahrzehnt¹ ist die *Reform des Aktienrechts* in den politischen Gremien der Schweiz unterwegs. Sie durchlief nach einem ruhigen Start *zahlreiche Irrungen und Wirrungen*, ausgelöst durch die Versuche der politischen Akteure, eine angemessene Antwort auf die zwischenzeitlich eingereichte Initiative «gegen die Abzockerei»² zu finden. Und sie erlebte sogar einen zunächst schleichenden, dann auch formellen Unterbruch am Anfang des letzten Jahrzehnts³ und einen Neustart Ende November 2014 mit einem bundesrätlichen Vorentwurf und dem Entwurf vom 23. November 2016.⁴

[2] Im Juni 2018 hat sich der Nationalrat der neu aufgegleisten Aktienrechtsreform als Erstrat angenommen.⁵ Er folgte dabei in weiten Teilen den Anträgen des Bundesrates und seiner Rechtskommission (RK-N).⁶ Ein gutes Jahr später, am 19. Juni 2019, befasste sich der Ständerat ein erstes Mal mit der Detailberatung der Reform.⁷

[3] Am 19. Dezember 2019 hat sich der Nationalrat nun ein erstes Mal mit den verbleibenden Differenzen zum Ständerat befasst.⁸ Damit ist die *Schlussrunde der Reform eingeläutet*. Die Differenzen sind zwar zahlreich, denn der Nationalrat ist hartnäckig bei den meisten seiner Positionen geblieben und ist dem Ständerat nur in wenigen Punkten entgegengekommen.⁹ Aber es finden sich darunter *nur noch wenige Grundsatzfragen*.

[4] Zum heutigen Zeitpunkt steht damit fest, was *definitiv beschlossen* ist (Ziff. 1), aber auch, was nicht Gegenstand der laufenden Reform sein wird (Ziff. 2), und schliesslich, in welcher Bandbreite die Räte noch *zu offenen Fragen* eine Entscheidung werden treffen müssen (Ziff. 3). Die Ausführungen hierzu werden im Folgenden ergänzt durch eine Skizze der sog. Konzernverantwortungsinitiative, die das Aktienrecht in absehbarer Zeit ebenfalls beeinflussen dürfte (Ziff. 4), und schliesslich durch einen Hinweis darauf, dass das Aktienrecht in den letzten zwei Jahrzeh-

¹ Je nach Zählweise seit 2005 (Vorentwurf des Bundesrates vom 2. Dezember 2005) oder seit 2007 (bundesrätliche Botschaft und Entwurf vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts [Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht], BBl 2008 1589 ff. bzw. 1751 ff.). Erste Expertenberichte gab das Bundesamt für Justiz bereits kurz nach 2000 in Auftrag.

² BBl 2009 341 f.

³ Mitte 2013 wies das Parlament (Amtl. Bull. 2013 N 884 ff. und S 568 ff.) die seit Herbst 2010 sistierte Reform an den Bundesrat zurück. Es wies ihn an, die Bestimmungen zur Umsetzung der Lex Minder in die Reform aufzunehmen. – Siehe dazu die Ausführungen in der Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 399 ff., 409 ff.

⁴ Vorentwurf vom 28. November 2014 (abrufbar auf <https://www.bj.admin.ch>) und Entwurf vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 683 ff. – Zum Ganzen PETER FORSTMOSER/MARCEL KÜCHLER, Die Aktienrechtsreform vor der letzten Etappe? SJZ 2017, 73 ff. und 153 ff., 73 ff.

⁵ Amtl. Bull. 2018 N 1054 ff., 1089 ff. und 1136 ff.

⁶ Beschluss des Nationalrates vom 15. Juni 2018 (Fahne vom 18. Juni 2018, Gesch.-Nr. 16.077).

⁷ Amtl. Bull. 2019 S 489 ff. – In einem ersten Anlauf hatte die Rechtskommission des Ständerates (RK-S) fast den Totalabsturz der Aktienrechtsreform riskiert, weil sie – man konnte darin unschwer die Handschrift ihres Mitglieds THOMAS MINDER, des Initiators der Initiative «gegen die Abzockerei», erkennen – im Bereich der Umsetzung der besagten Initiative einschneidende Verschärfungen vorgesehen hatte. Der Ständerat wies darauf die Vorlage an die RK-S zurück mit dem Auftrag, diese wirtschaftsverträglich auszugestalten: «Ausgehend vom Entwurf des Bundesrates und den Beratungen im Erstrat soll die Vorlage insbesondere: die Führung von Gesellschaften erleichtern und auf unnötige bürokratische Belastung, insbesondere von KMU, verzichten; Artikel 95 Absatz 3 der Bundesverfassung möglichst nahe an der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften umsetzen und namentlich für die Gesellschaften keine obligatorische Statutenänderung bewirken» (Antrag CARONI, Amtl. Bull. 2018 S 995).

⁸ Amtl. Bull. 2019 N 2381 ff.

⁹ Medienmitteilungen RK-N vom 5. Juli 2019 und vom 30. August 2019; Beschluss des Nationalrates vom 19. Dezember 2019 (Fahne vom 20. Dezember 2019, Gesch.-Nr. 16.077).

ten eine ganze Reihe von Änderungen erfahren hat und dass für die absehbare Zukunft weitere Änderungen ausserhalb des Pakets «Aktienrechtsreform» anstehen (Ziff. 5). Zum Schluss wagen die Autoren eine kurze Prognose zum weiteren Verlauf der Reformarbeiten und eine vorläufige Würdigung (Ziff. 6).

1. Was steht fest?

[5] Für die Aktienrechtsreform insgesamt *steht nun dreierlei fest*:

- Die Reform wird zu einem *positiven Abschluss* kommen – und das in absehbarer Zeit.¹⁰
- Der *Charakter und die Grundzüge* der Reform sind bestimmt. Überraschungen sind kaum mehr zu erwarten.
- Fest steht schliesslich auch, *welche Themen* entweder gar *nicht aufgegriffen* worden oder im Laufe der Reformarbeiten *auf der Strecke geblieben* sind, obwohl man hätte erwarten können, dass sie im Kontext einer Modernisierung des Aktienrechts diskutiert und geregelt würden.

[6] Des Weiteren sind wichtige Eckwerte und zahlreiche Einzelfragen entschieden:

1.1. Begriff der Aktiengesellschaft, Gründung und Statuten

[7] Die Reform aktualisiert den *Begriff der Aktiengesellschaft* (nArt. 620)¹¹ und räumt Doppelspurigkeiten aus. Auf eine Doppelung will das Parlament allerdings nicht verzichten: Es hat den Gesetzestext wieder um die Bestimmung des geltenden Art. 620 Abs. 2 OR ergänzt, wonach «die Aktionäre ... nur zu den statutarischen Leistungen verpflichtet [sind]», obwohl sich dies bereits aus dem unverändert bleibenden Art. 680 OR ergibt.

[8] *Aufgehoben* wird die Bestimmung zu den weiteren notwendigen *Statuteninhalten* (Art. 627 OR), weil diese schon aus den jeweiligen Sachbestimmungen folgen. Zudem werden diese Inhalte auch in der Handelsregisterverordnung aufgezählt (Art. 45 HRegV) und können dort einfacher nachgeführt werden.¹²

[9] *Abgelehnt* haben es die Räte, neben natürlichen und juristischen Personen und Handelsgesellschaften auch bloss *Rechtsgemeinschaften* (wie die einfache Gesellschaft) als Gründerinnen der Aktiengesellschaft zuzulassen. Dieser Entscheid leuchtet nicht ein, denn Rechtsgemeinschaften können schon heute unmittelbar nach der Gründung ohne Weiteres Aktionärinnen werden, allerdings nur auf dem Umweg über eine Gründung durch natürliche Personen mit anschliessender Übertragung der Aktien auf die Rechtsgemeinschaft. Diese Möglichkeit bleibt bestehen.

¹⁰ Dazu hinten, Rz. 82 f.

¹¹ Die Zählung der revidierten Artikel (nArt.) folgt dem bundesrätlichen Entwurf (Fn. 4) sowie den parlamentarischen Gesetzesfahnen. Die Bereinigung der Vorlage durch die Redaktionskommission nach Abschluss der Beratungen kann zu einzelnen Verschiebungen führen.

¹² Botschaft 2016 (Fn. 3), 486 f.

1.2. Flexibilisierung der Kapitalbasis

[10] Nicht gerüttelt wird am Konzept der Aktiengesellschaft als einer *Gesellschaft mit einem festen und nur in einem formellen Verfahren abänderlichen Grundkapital*. Die Kapitalbasis wird jedoch flexibler ausgestaltet, in Einzelheiten modernisiert, und es wird gleichzeitig der Schutz bei drohendem Kapitalzerfall¹³ verstärkt.

[11] Der Übersichtlichkeit der Gesetzessystematik dient, dass die *Bestimmungen für Kapitalveränderungen*, also sowohl für die *Erhöhung* als auch für die *Herabsetzung*, künftig *im Gesetz an einem einzigen Ort zusammengefasst* werden (nArt. 650 ff.). Der bisherige Abschnitt über die Herabsetzung des Aktienkapitals (Art. 732 ff. OR) entfällt. Damit wird Platz für die Bestimmungen zur Umsetzung der Lex Minder geschaffen.¹⁴

[12] Hervorzuheben sind die folgenden Neuerungen:

1.2.1. Einführung eines Kapitalbandes

[13] Sowohl der National- als auch der Ständerat haben sich nun definitiv für die *Einführung des Konzepts eines Kapitalbandes* ausgesprochen (nArt. 653s ff.), auch wenn die RK-S davon zunächst nichts hatte wissen wollen.¹⁵

[14] Darauf gestützt wird der *Verwaltungsrat* künftig durch die Generalversammlung ermächtigt werden können, den Entscheid über die Durchführung, den Zeitpunkt, die Bedingungen und den Umfang sowohl einer Kapitalerhöhung (wie bisher schon mit dem Institut des genehmigten Kapitals) als auch einer Kapitalherabsetzung innerhalb einer vorbestimmten Bandbreite *in eigener Kompetenz zu fällen*. Der Spielraum ist grosszügig: Der Verwaltungsrat kann ermächtigt werden, das Aktienkapital bis zu 50% zu erhöhen oder es im gleichen Umfang herabzusetzen.¹⁶ Statt der bisher für das genehmigte Kapital geltenden Befristung auf zwei Jahre kann die Ermächtigung für bis zu fünf Jahre eingeräumt werden.¹⁷

[15] Wird das Aktienkapital innerhalb des Kapitalbands herabgesetzt, sind zu diesem Zeitpunkt die Bestimmungen zur Sicherstellung von Forderungen, zum Zwischenabschluss und zur Prüfungsbestätigung bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung sinngemäss anzuwenden.¹⁸

[16] Wie weit die Kompetenzen im konkreten Fall gehen, liegt in der Hand der Generalversammlung. Der Spielraum kann enger gefasst werden und die Ermächtigung kann auch nur für eine Erhöhung (entsprechend dem bisherigen genehmigten Kapital) oder eine Herabsetzung erteilt werden. Auch kann die Generalversammlung die erteilten Kompetenzen jederzeit zurücknehmen (auch etwa dadurch, dass sie einen eigenen Beschluss zur Kapitalveränderung fasst).

¹³ Dazu hinten, Rz. 20 ff.

¹⁴ «Lex Minder» meint in diesem Beitrag die durch die Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» per 3. März 2013 als Art. 95 Abs. 3 in die Bundesverfassung eingefügten Bestimmungen (AS 2013 1303 f.).

¹⁵ Medienmitteilung RK-S vom 7. November 2018.

¹⁶ Dies geht nach unten sehr weit, denn 50 von 100 und 50 in 100 sind nicht dasselbe.

¹⁷ Eine Ermächtigung für fünf Jahre ist u.E. etwas gar grosszügig und letztlich deshalb nicht nötig, weil jedes Jahr eine Generalversammlung stattzufinden hat, die eine Ermächtigungsklausel erneuern kann. Die Aktionäre haben es aber in der Hand, statutarisch eine kürzere Frist vorzusehen.

¹⁸ Nach dem ursprünglichen Vorschlag des Bundesrates hätte der Gläubigerschutz zeitlich vor den Ermächtigungsbeschluss der Generalversammlung gelegt werden sollen. Dies hätte wenig Sinn ergeben, kann sich doch die finanzielle Lage einer Gesellschaft im Verlauf der Jahre grundlegend ändern.

[17] Mit dem Kapitalband wird zwar nicht die Anpassungsfähigkeit des amerikanischen Kapitalkonzepts erreicht, aber doch eine willkommene Flexibilisierung, die mit keinen Nachteilen verbunden ist. Ob allerdings die genehmigte Kapitalherabsetzung einem Bedürfnis entspricht, wird sich weisen.

1.2.2. Der Mindestnennwert einer Aktie muss «grösser als null» sein

[18] Aktien müssen zwar auch künftig einen *Nennwert* aufweisen, doch muss dieser einfach «grösser als null» sein (nArt. 622 Abs. 4). Ohne das System des festen Grundkapitals aufgeben zu müssen, erlaubt dies beliebige Aktiensplittings.¹⁹ Es resultiert daraus eine Flexibilität, wie sie mit nennwertlosen Aktien verbunden wäre.

1.2.3. Weitere Erleichterungen gegenüber dem geltenden Recht sowie Klarstellungen und Präzisierungen

[19] Eine ganze Reihe weiterer Erleichterungen, Klarstellungen und Präzisierungen sei hier nur stichwortartig aufgelistet:

- Die Anforderungen an eine *Sacheinlage* werden gemäss Handelsregisterpraxis kodifiziert (nArt. 634).²⁰
- Die Zulässigkeit der *Verrechnungslibrierung* wird im Sinne der herrschenden Lehre geregelt, wonach die Verrechnung mit einer Forderung auch dann als Deckung gilt, wenn diese nicht mehr durch Aktiven gedeckt ist (Sanierungsverrechnung) (nArt. 634a).
- Das künftige Recht *verzichtet auf* den Tatbestand der (beabsichtigten) *Sachübernahme*. Dies ist insofern sinnvoll, als erfahrungsgemäss oft nicht klar ist, ob dieser Tatbestand erfüllt ist, wobei die Missachtung drastische Folgen haben könnte: Das Bundesgericht hat nämlich in einem älteren Entscheid²¹ erklärt, eine Missachtung der Sachübernahmevorschriften habe die Nichtigkeit der Gründung zur Folge. Missbräuchen kann mithilfe der verbleibenden Bestimmungen – insbesondere derjenigen zur Sacheinlage – begegnet werden.²²
- Die Frist für die Durchführung einer ordentlichen Kapitalerhöhung wird *von drei auf sechs Monate verlängert*. Für die Einhaltung der Frist ist sodann nicht mehr wie nach dem geltenden Gesetzeswortlaut der Eintrag im Handelsregister massgebend, sondern die Anmeldung beim Handelsregisteramt (nArt. 650 Abs. 3).
- Bei der *konstitutiven Kapitalherabsetzung* (Kapitalherabsetzung mit Mittelabfluss) genügt ein *einmaliger Schuldeneruf*, und die Frist für die Anmeldung von Forderungen wird von zwei Monaten *auf 30 Tage verkürzt*. Forderungen müssen nur noch in dem Umfang sichergestellt werden, in dem die bisherige *Deckung* durch die Kapitalherabsetzung *vermindert* wird (nArt. 653k).

¹⁹ Damit muss künftig nicht jedes Mal das Gesetz geändert werden, wenn sich das Bedürfnis nach einem kleineren Mindestnennwert zeigt, wie dies bisher wiederholt der Fall war: 1991 von CHF 100 auf CHF 10 und 2001 von CHF 10 auf einen Rappen.

²⁰ Die Verfasser hätten zwar eine etwas andere Regelung bevorzugt (siehe PETER FORSTMOSER/GAUDENZ ZINDEL, Sacheinlagefähigkeit von Transferwerten im Berufssport. Neuausrichtung der Sacheinlagekriterien, REPRAX 2/2001, 1 ff.), aber eine klare gesetzliche Regelung ist der heutigen Ungewissheit vorzuziehen.

²¹ BGE 83 II 284 E. 4.

²² Botschaft 2016 (Fn. 3), 433 ff.

- Das Gesetz bestätigt künftig explizit, dass die Kapitalherabsetzungsvorschriften bezüglich Gläubigerschutz bei gleichzeitiger Herabsetzung und Wiedererhöhung des Aktienkapitals («*Harmonika*») *keine Anwendung* finden (nArt. 653q). Auch muss in diesem Fall – im Gegensatz zum geltenden Recht – nicht mehr zwingend voll liberiert werden (nArt. 653q Abs. 2 und 3).
- Bei nicht börsenkotierten Gesellschaften darf das *Partizipationskapital* – wie bisher – das Doppelte des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals nicht übersteigen. Bei börsenkotierten Gesellschaften hingegen ist nun ein Partizipationskapital bis zum Zehnfachen des Aktienkapitals erlaubt (nArt. 656b Abs. 1).²³
- Die *Reserven* werden neu strukturiert und die Rangfolge ihrer Auflösung zur Verlusttragung wird präzisiert (nArt. 671 ff.).
- Gesetzlich fixiert werden schliesslich die Voraussetzungen für die Ausschüttungen von *Zwischendividenden* (nArt. 675a).²⁴ – Strittig ist zwischen den Räten noch, ob auf eine Prüfung des Zwischenabschlusses durch die Revisionsstelle verzichtet werden kann, sofern sämtliche Aktionäre der Ausrichtung der Zwischendividende zustimmen.

1.3. Neuer Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit und Verbesserung der Sanierungschancen

[20] Das künftige Recht sieht im Bereich der Kapitalschutzvorschriften einzelne Neuerungen vor und es werden generell die aktienrechtlichen Bestimmungen zur Sanierung besser mit dem Sanierungsrecht des SchKG abgestimmt.²⁵ Im Einzelnen:

1.3.1. Drohende Zahlungsunfähigkeit

[21] Zur Stärkung des Kapitalschutzes sollen *Sanierungsschritte möglichst früh veranlasst werden*.²⁶ Neben den bestehenden Tatbeständen des Kapitalverlustes (nArt. 725a) und der Überschuldung (nArt. 725b) sieht die Reform deshalb neu den Tatbestand der *drohenden Zahlungsunfähigkeit* vor (nArt. 725). Dies ist sinnvoll, denn Illiquidität führt erfahrungsgemäss häufiger zum Zusammenbruch eines Unternehmens als eine (vorübergehende) Überschuldung.

[22] Droht Zahlungsunfähigkeit, muss der Verwaltungsrat die erforderlichen Massnahmen treffen, um die Zahlungsfähigkeit sicherzustellen (nArt. 725 Abs. 1^{bis}). Auf die ausdrückliche Nennung eines Liquiditätsplanes haben National- und Ständerat entgegen dem Vorschlag des Bundesrates verzichtet. Ebenfalls verzichtet haben sie auf die vom Nationalrat vorgeschlagene Verpflichtung des Verwaltungsrates, die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft nicht nur zu überwachen, sondern auch zu *gewährleisten*. Beide Korrekturen sind zu begrüssen, denn ersteres ist

²³ Der Bundesrat hatte für börsenkotierte Gesellschaften gar ein Partizipationskapital in unbeschränkter Höhe vorgeschlagen (Botschaft 2016 [Fn. 3], 518), was die Räte zu Recht abgelehnt haben.

²⁴ PETER FORSTMOSER/GAUDENZ ZINDEL/VALERIE MEYER BAHAR, Zulässigkeit der Interimsdividende im schweizerischen Recht, SJZ 2009, 205 ff.

²⁵ Botschaft 2016 (Fn. 3), 462 ff.; Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), Änderung vom 21. Juni 2013 (AS 2013 4111 ff.).

²⁶ Botschaft 2016 (Fn. 3), 462 ff.

selbstverständlich und eine Gewährleistungspflicht hätte als Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrats aus einer Art Garantenstellung missverstanden werden können.

1.3.2. Kapitalverlust

[23] Der Bundesrat hatte vorgeschlagen, dass ein *Kapitalverlust* bereits dann vorliegen soll, wenn die Verbindlichkeiten zwei Drittel der Summe des Aktienkapitals und gewisser Reserven nicht mehr decken statt, wie bisher, die Hälfte. Dies hätte noch öfter dazu führen können, dass sich neu gegründete Gesellschaften – falls sie den Wortlaut des Gesetzes ernst nähmen – schon kurz nach ihrer Entstehung mit (unnötigen) Sanierungsmassnahmen befassen müssten, da erfahrungsgemäss zu Beginn einer Geschäftstätigkeit zunächst vor allem Aufwand anfällt, während sich der Ertrag meist erst später einstellt. National- und Ständerat haben nun entschieden, bei der Hälfte zu bleiben (nArt. 725a Abs. 1).

1.3.3. Überschuldung

[24] Wenn eine Gesellschaft überschuldet ist, muss das Gericht benachrichtigt werden. Nach der Praxis ist es jedoch zulässig, die Benachrichtigung aufzuschieben, um Erfolg versprechende Sanierungshandlungen zu ermöglichen.

[25] Die Dauer des Aufschubs ist – wie der Aufschub selbst – nicht gesetzlich geregelt.²⁷ Das künftige Recht spricht dies nun an: Trotz *Überschuldung* soll mit dem *Gang ans Gericht zugewartet* werden können, wenn «*begründete Aussicht besteht*», dass die Überschuldung behoben werden kann. Allerdings haben die Räte in zwei wichtigen Punkten noch keine Einigung erzielt:

[26] Zunächst in Bezug auf die Dauer des Aufschubs. Während der Ständerat (wie der Bundesrat) einen Aufschub von maximal 90 Tagen zulassen will, möchte der Nationalrat eine «kurze, den Umständen angemessene Frist» vorsehen (nArt. 725b Abs. 4 Ziff. 2). Sinnvoller als diese beiden Lösungen wäre es u.E., Sanierungsbemühungen solange zuzulassen, als die Chancen einer Sanierung die Risiken eines Zusammenbruchs übersteigen.²⁸

[27] Nach dem Vorschlag des Bundesrates (dem der Ständerat ebenfalls gefolgt ist) darf sich in der Sanierungsphase die Überschuldung «nicht wesentlich [erhöhen]»; gemäss Nationalrat dürfen während der Sanierungsbemühungen «die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden». Besonders die Vorgabe des Nationalrates erscheint unrealistisch, machen doch Unternehmen in einer Sanierungsphase häufig zunächst weitere Verluste. Auch hier müssen sich die Räte noch einigen.

²⁷ Lehre und Praxis gehen – in Anlehnung an Gerichtsentscheide – oft von einer Frist von vier bis sechs Wochen aus, was freilich für eine Sanierung meist nicht ausreicht.

²⁸ In diesem Sinne HGer ZH HG100052 vom 7. März 2013 (E. 3.4); auch PETER FORSTMOSER, Der Richter als Krisenmanager? Überlegungen zu Art. 725 f. OR, in: Forstmoser *et al.* (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis. Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht, Festschrift für HANS PETER WALTER, Bern 2005, 263 ff., sowie neuestens PETER R. ISLER, Die Abwägung von Chancen und Risiken bei der Beurteilung von Geschäftsentscheiden, in: Portmann *et al.* (Hrsg.), Gedenkschrift für CLAIRE HUGUENIN, Zürich 2019, 203 ff., insb. 208 ff.

1.4. Stärkung der Aktionärsrechte und des Minderheitenschutzes

[28] Die Botschaft von 2007 nennt als eines der Hauptziele der Aktienrechtsreform die Stärkung der «Stellung der Aktionärinnen und Aktionäre» als Eigentümerinnen und Eigentümer der Gesellschaft.²⁹ Auch die Lex Minder, deren Umsetzung ein Schwerpunkt der aktuellen Reform ist, sieht eine Kernaufgabe «im Schutz der Aktionärinnen und Aktionäre».³⁰ Dieses Ziel sollte zum einen durch eine Erweiterung der Kompetenzen der Generalversammlung, zum anderen durch eine Verstärkung der Minderheitenrechte erreicht werden:

1.4.1. Erweiterung der Kompetenzen der Generalversammlung

[29] Bei den börsenkotierten Gesellschaften ist eine Verschiebung von Kompetenzen vom Verwaltungsrat zur Generalversammlung bereits mit dem Inkrafttreten der *Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV)*³¹ (als provisorischer Umsetzung der Lex Minder) erfolgt. Der Generalversammlung wurde durch die VegüV zugewiesen:

- die Festlegung der Saläre für Verwaltungsrat, Geschäftsleitung (und allenfalls Beirat);
- die Wahl des Verwaltungsratspräsidenten;
- die Wahl des Vergütungsausschusses; und
- die Wahl des unabhängigen Stimmrechtsvertreters.

[30] Daran wird sich mit der Verankerung der Lex Minder auf Gesetzesstufe nichts ändern (nArt. 698 Abs. 3).

[31] Das künftige Recht sieht zusätzliche Kompetenzen der Generalversammlung (oder zumindest Klarstellungen) vor:

- Sie entscheidet über die Dekotierung (nArt. 698 Abs. 2 Ziff. 8).
- Sie kann die Anhebung von Verantwortlichkeits- und von Rückerstattungsklagen beschliessen (nArt. 678 Abs. 5 und nArt. 756 Abs. 2).

1.4.2. Modernisierung und massvolle Erweiterung der Minderheitenrechte

[32] Ganz allgemein werden die Bestimmungen zur Sonderuntersuchung (nArt. 697c ff.), zum Einsichts- und Auskunftsrecht (nArt. 697 ff.) und zum Traktandierungs- und Antragsrecht (nArt. 699b) redaktionell *modernisiert* und an die *Möglichkeiten elektronischer Publikation* angepasst. Die Schwellenwerte für das Geltendmachen dieser Minderheitenrechte werden sodann teils herabgesetzt und für börsenkotierte und nicht börsenkotierte Gesellschaften weiter ausdifferenziert:

²⁹ Botschaft 2007 (Fn. 1), 1591.

³⁰ Art. 95 Abs. 3 BV.

³¹ Verordnung vom 13. November 2013 (SR 221.331).

- Die gerichtliche Anordnung einer *Sonderuntersuchung* (bisher: Sonderprüfung) können bei einer börsenkotierten Gesellschaft Aktionäre verlangen, die zusammen über 5 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen verfügen, bei nicht börsenkotierten Gesellschaften Aktionäre die über 10 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen verfügen (nArt. 697d) (heute generell 10 Prozent des Aktienkapitals).
Offen ist zwischen den Räten, ob es genügt, dass «die Gesuchsteller glaubhaft machen, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt haben und die Verletzung geeignet ist, die Gesellschaft oder die Aktionäre zu schädigen» (Vorschlag des Bundesrates, vom Ständerat unterstützt) oder ob die Gesuchsteller glaubhaft zu machen haben, dass bei gleichen übrigen Voraussetzungen die Gründer oder Organe «die Gesellschaft oder die Aktionäre [bereits] geschädigt haben» (bisheriger Wortlaut, vom Nationalrat favorisiert) (nArt. 697d Abs. 3). Dies könnte massgeblich beeinflussen, ob die Sonderuntersuchung ein Papiertiger bleibt.
- Das *Traktandierungs- und Antragsrecht* ausüben können künftig bei einer börsenkotierten Gesellschaft Aktionäre, die zusammen über 0,5 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen verfügen, bei nicht börsenkotierten Gesellschaften Aktionäre, die über 5 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen verfügen (nArt. 699b) (heute generell 10 Prozent).
- Zusätzlich zum bereits heute bestehenden *Auskunftsrecht* an der Generalversammlung (Art. 697 OR) «können Aktionäre, die zusammen mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen vertreten, vom Verwaltungsrat schriftlich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen». Die Auskunft ist innert vier Monaten zu erteilen und an der nächsten Generalversammlung für alle Aktionäre aufzulegen (nArt. 697). Den schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft kommt wie bisher ein Vorrang zu.
- *Einsicht in Geschäftsbücher und Akten* ist neu jenen Aktionären zu gewähren, die allein oder zusammen mindestens 5 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen vertreten (nArt. 697a). Unter geltendem Recht kann zwar jeder einzelne Aktionär dies beantragen, doch bedarf die Einsichtnahme der Zustimmung der Generalversammlung oder des Verwaltungsrates (Art. 697 Abs. 3 OR). Es wird sich weisen, ob die Ablösung dieses Individualrechts durch ein Minderheitenrecht in der Praxis eine Erschwerung oder eine Erleichterung darstellt.
- Aktionäre können die Zustellung von *Geschäfts- und Revisionsberichten* auf Papier nur dann verlangen, wenn ihnen diese Unterlagen nicht elektronisch zugänglich gemacht werden (nArt. 699a).

1.4.3. Rückerstattung zu Unrecht bezogener Leistungen

[33] Die Bestimmungen zur *Rückerstattung zu Unrecht bezogener Leistungen* (nArt. 678 f.) werden redaktionell angepasst und inhaltlich leicht erweitert: In der Aufzählung der verpflichteten Personen sind nun auch ausdrücklich die *mit der Geschäftsführung betrauten Personen* genannt. Sodann *verzichtet* das neue Recht auf die Voraussetzung, dass der unrechtmässige Bezug in *bösem Glauben* zu erfolgen hatte (Abs. 1), und in Bezug auf sonstige Rechtsgeschäfte darauf, dass neben einem offensichtlichen Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung auch eine *Notlage der Gesellschaft* gegeben sein musste (Abs. 2).

[34] Abgelehnt hat das Parlament – zu Recht – den Vorschlag des Bundesrates, wonach bei einer «Leistung zugunsten einer Gesellschaft des gleichen Konzerns» auch den Gläubigern ein Klage-recht hätte zustehen sollen. Dies wäre systemwidrig gewesen, denn klageberechtigt gegen Organe der Gesellschaft sollen die Gläubiger erst im Konkursfall sein (vgl. Art. 757 Abs. 1 OR).

1.4.4. Neuordnung der Stimmrechtsvertretung

[35] Schliesslich wird die *Stimmrechtsvertretung* in der Generalversammlung neu geordnet und eingeschränkt (nArt. 689b ff.):

- Schon aus der Umsetzung der Lex Minder ergibt sich bei *börsenkotierten Gesellschaften* die Abschaffung der Depot- und Organstimmrechtsvertretung. Dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter wird dadurch ein grösseres Gewicht zugemessen (nArt. 689c f.), da er die einzige Möglichkeit der institutionellen Stimmrechtsvertretung bleibt. Noch offen ist, ob für den unabhängigen Stimmrechtsvertreter ein (wenn auch abgeschwächtes) Stimmgeheimnis eingeführt werden soll (nArt. 689c Abs. 4^{bis}).
- Zwischen den Räten hängig ist die Frage, ob die Organstimmrechtsvertretung auch bei den *nicht börsenkotierten* Gesellschaften untersagt werden soll (der Ständerat hat sich für ein Verbot ausgesprochen, während der Nationalrat an der Zulässigkeit festhalten will).

1.5. Neuerungen im Bereich der Durchführung der Generalversammlung

1.5.1. Modernisierungen und Flexibilisierungen

[36] Die Bestimmungen zu *Einberufung und Durchführung der Generalversammlung* (nArt. 699 ff.) werden vor allem insofern modernisiert und flexibilisiert, als an verschiedenen Stellen ausdrücklich auf die Möglichkeit der *Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel* hingewiesen wird:

- Die *Verhandlungsgegenstände* dürfen *in der Einberufung* bloss summarisch dargestellt werden, wenn den Aktionären weiterführende Informationen «auf anderem Weg» bzw. «auf geeignetem Weg» zugänglich gemacht werden (nArt. 700 Abs. 4), was in der Regel einem elektronischen Zugang zu den Informationen entsprechen dürfte. – Die Räte sind sich über den genauen Wortlaut noch uneins.
- Aktionäre können die Zustellung von *Geschäfts- und Revisionsberichten* auf Papier nur dann verlangen, wenn ihnen diese Unterlagen nicht elektronisch zugänglich gemacht werden (nArt. 699a).
- Die *Beschlussfassung im Rahmen einer Universalversammlung* ist neu auch auf schriftlichem und elektronischem Weg möglich (nArt. 701 Abs. 3).
- Die *Teilnahme an der Generalversammlung* kann auf *elektronischem* Weg ermöglicht werden (nArt. 701c) und es kann die *Generalversammlung insgesamt* auf *elektronischem* Weg abgehalten werden (virtuelle Generalversammlung) (nArt. 701d).
- *Technische Probleme* können unter Umständen zu einer (teilweisen) Wiederholung der Generalversammlung führen (nArt. 701f).

- Die Generalversammlung kann an *mehreren Tagungsorten* gleichzeitig abgehalten werden («die Voten der Teilnehmer müssen in diesem Fall unmittelbar in Bild und Ton an sämtliche Tagungsorte übertragen werden») (nArt. 701a Abs. 2).
- Zwischen den Räten noch umstritten ist, ob es genügt, wenn das *Protokoll der Generalversammlung* den Aktionären elektronisch zugänglich gemacht wird (nArt. 702 Abs. 4).

[37] Die Verwendung *elektronischer Kommunikationsmittel* wird *nicht zwingend vorgeschrieben*, mit Ausnahme der Bestimmungen zur elektronischen Vollmachts- und Weisungserteilung an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter in börsenkotierten Gesellschaften (nArt. 689c Abs. 5), die sich aus der Umsetzung der *Lex Minder* ergeben. Ob die vorgeschlagenen Neuerungen tatsächlich genutzt und ob sie Erleichterungen bringen werden, wird sich in der Praxis zeigen.

[38] Strittig zwischen den Räten ist, ob die *Möglichkeit eines ausländischen Tagungsortes* (nArt. 701b) ausdrücklich im Gesetz geregelt werden soll. Unter geltendem Recht wird mehrheitlich davon ausgegangen, dass ein ausländischer Tagungsort zulässig ist, soweit dies für die Aktionäre keine unverhältnismässige Erschwernis mit sich bringt. Sollte das Parlament zum Schluss kommen, auch künftig auf eine ausdrückliche Regelung zu verzichten, dürfte dies jedenfalls nicht als Einschränkung im Sinne eines Verbots ausländischer Tagungsorte zu verstehen sein. Denn es wäre widersprüchlich, die virtuelle Generalversammlung ohne Tagungsort zuzulassen, eine mit ausländischem Tagungsort dagegen zu verbieten.³²

1.5.2. Das geltende dispositive Quorum für die Beschlussfassung bleibt

[39] Der Bundesrat hatte vorgeschlagen, bei der Beschlussfassung in der Generalversammlung entgegen der geltenden dispositiven Ordnung von Art. 703 OR nur noch auf die Ja- und Nein-Stimmen abzustellen und die Stimmenthaltungen nicht mehr mitzuzählen (relative Mehrheit). Er wollte dies sogar zwingend verstanden wissen.³³ Dies hätte – besonders bei Publikumsgesellschaften – vermehrt zu Zufallsmehrheiten führen können.

[40] National und Ständerat halten nun an der Beschlussfassung mit der absoluten Mehrheit der an der Generalversammlung vertretenen Stimmen fest (nArt. 703). Damit wirken sich Stimmenthaltungen weiterhin wie Nein-Stimmen aus und erlauben so eine «höfliche Art des Neinsagens».

1.6. Änderungen für den Verwaltungsrat

1.6.1. Änderungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften

[41] Auch im Bereich des Verwaltungsrates haben sich für börsenkotierte Gesellschaften bereits durch die provisorische *Umsetzung der Lex Minder* in der VegüV zahlreiche Änderungen ergeben:

- eine zwingende *einjährige Amtszeit* für die Mitglieder;
- deren zwingende *Einzelwahl*;

³² Die Generalversammlung der Schweizer Tochtergesellschaft einer ausländischen Konzernmutter könnte damit zwar virtuell, aber nicht physisch an deren ausländischem Sitz stattfinden.

³³ Botschaft 2016 (Fn. 3), 563.

- die zwingende Wahl des *Verwaltungsratspräsidenten* durch die Generalversammlung;
- die zwingende Einführung eines *Vergütungsausschusses* sowie die Wahl seiner Mitglieder durch die Generalversammlung; und
- die unübertragbare und unentziehbare Pflicht des Verwaltungsrates für die Erstellung eines *Vergütungsberichts*.

[42] An diesen Bestimmungen wird sich materiell mit der definitiven Umsetzung und Verankerung der Lex Minder im Aktienrecht nichts ändern (nArt. 707 ff.).

1.6.2. Änderungen bei den nicht börsenkotierten Aktiengesellschaften

[43] Für die nicht börsenkotierten Gesellschaften sieht das neue Recht *keine wesentlichen Änderungen* vor. Wählbarkeit und Amtsdauer der Mitglieder des Verwaltungsrats bleiben gleich (nArt. 707, 710 und 712). Im Sinne einer Klärung wird bei einzelnen Bestimmungen sodann neu ausdrücklich festgehalten, dass die Statuten eine andere Regelung vorsehen können (z.B. bezüglich der Wahl des Präsidenten, nArt. 712 Abs. 2). Sodann sieht das künftige Recht vor, dass auch bei den nicht börsenkotierten Gesellschaften die *Einzelwahl der Mitglieder* des Verwaltungsrates der gesetzliche *Standard* sein soll, wovon nur durch die Statuten oder mit Einverständnis aller Aktionäre abgewichen werden kann (nArt. 710 Abs. 2).³⁴

1.6.3. Neuerungen für die Beschlussfassung im Verwaltungsrat

[44] Wie für die Generalversammlung sieht das neue Recht auch für den Verwaltungsrat die Möglichkeit der – freiwilligen – *Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel* vor. Das Gesetz verweist dabei auf die Bestimmungen für die Generalversammlung, die sinngemäss Anwendung finden sollen (nArt. 713).

[45] In den Bereich der Beschlussfassung gehört auch die Frage, wie die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung mit *Interessenkonflikten* umgehen sollen. Einzelne Grundsätze dazu lassen sich aus der allgemeinen Interessenwahrungspflicht von Art. 717 OR ableiten (die von der Reform nicht berührt wird). Zu erinnern ist sodann an das seit 2008 geltende Schriftformerfordernis im Falle des Selbstkontrahierens (Art. 718b OR).³⁵ Das neue Recht sieht nun allgemein und konkretisierend vor, dass im Falle eines Interessenkonflikts der Verwaltungsrat «unverzüglich und vollständig» zu informieren ist. Der Verwaltungsrat ergreift sodann «die Massnahmen, die zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft nötig sind» (nArt. 717a). Diese Formulierung belässt einen grossen Ermessensspielraum.

³⁴ In der heutigen Praxis dürfte häufig *in globo* gewählt werden, wobei jedoch u.E. jeder Aktionär das Recht hat, eine Einzelwahl zu verlangen, um so seine Meinung differenziert äussern zu können.

³⁵ AS 2007 4791 ff., 4827.

1.7. Änderungen für die Revisionsstelle und im Revisionsrecht

[46] Für die *Revisionsstelle und das Revisionsrecht* sind in der laufenden Reform keine wesentlichen Änderungen vorgesehen. Dieser Teil des Aktienrechts hat bereits im Rahmen der GmbH-Reform eine grundlegende Überarbeitung erfahren.³⁶

[47] Doch hat der Bundesrat im Jahr 2015 – aufgrund mehrerer parlamentarischer Vorstösse – einen Bericht in Auftrag gegeben, um zu klären, ob und inwiefern auch für die Revisionsstelle und das Revisionsrecht weiterer Reformbedarf besteht. Der Bericht kommt zum Schluss, dass «das seit zehn Jahren geltende Revisions- und Revisionsaufsichtsrecht von der breiten Öffentlichkeit als zufriedenstellend wahrgenommen wird und keiner umfassenden Überarbeitung bedarf». Trotzdem will der Bundesrat einzelne Punkte vertieft prüfen lassen. Er hat deshalb weitere Expertenberichte in Auftrag gegeben, die noch pendent sind.³⁷

[48] Neu wird bestimmt, dass die Revisionsstelle «*nur aus wichtigen Gründen*» durch die *Generalversammlung abberufen* werden kann (nArt. 730a Abs. 4). Die Gründe für die Abberufung sollen im Anhang der Jahresrechnung offengelegt werden (nArt. 959c Abs. 2 Ziff. 14). Rätselhaft ist freilich, wie der Verwaltungsrat die einem Abberufungsbeschluss zugrunde liegenden Erwägungen (der einzelnen Aktionäre) feststellen können soll. Er wird sich mit der Wiedergabe der Begründung zum Abberufungsantrag begnügen müssen.

[49] Im Zusammenhang mit Änderungen anderer Bestimmungen ergeben sich für die Revisionsstelle *neue Prüfungsaufgaben*:

- die *Prüfung von Zwischenabschlüssen*³⁸ bei der konstitutiven Kapitalherabsetzung (nArt. 653l), bei der Herabsetzung innerhalb des Kapitalbandes (nArt. 653u Abs. 2^{bis}) und bei der Ausschüttung von Zwischendividenden (nArt. 675a); und
- die *Prüfung des Vergütungsberichts* bei börsenkotierten Gesellschaften (nArt. 728a Abs. 1 Ziff. 4).

[50] Offen ist zurzeit noch die für die Revisionsstelle wichtigste Frage: Soll die Solidarität der Revisionsstelle mit den Mitgliedern von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht künftig entfallen?³⁹

1.8. Einzelfragen und Klärungen

[51] In zahlreichen weiteren Punkten bringt die Aktienrechtsreform teils Anpassungen (allenfalls nur redaktioneller Art) und teils Klärungen, darunter die Folgenden:

- Börsenkotierte Gesellschaften müssen sicherstellen, dass Eigentümer oder Nutzniesser das Gesuch um *Eintragung in das Aktienbuch auch auf elektronischem Weg* stellen können (nArt. 686 Abs. 2^{bis}).

³⁶ AS 2007 4791 ff.

³⁷ Medienmitteilung BR vom 9. November 2017; Expertenbericht vom 20. Juli 2017 über den allfälligen Handlungsbedarf im allgemeinen Revisions- und Revisionsaufsichtsrecht (abrufbar auf <https://www.bj.admin.ch>).

³⁸ Der Zwischenabschluss wird im Rechnungslegungsrecht in einer neuen Bestimmung geregelt (nArt. 960f).

³⁹ Dazu hinten, Rz. 61 (3. Lemma).

- *Statutarische Schiedsklauseln*, welche die Gesellschaft, die Organmitglieder und die Aktionäre binden, sind zulässig (nArt. 697n). Die Statuten müssen jedoch sicherstellen, dass «Personen, die [ohne Partei des Verfahrens zu sein] von den Rechtswirkungen des Schiedsspruchs direkt betroffen sein können, über die Einleitung und die Beendigung des Verfahrens informiert werden und sich bei der Bestellung des Schiedsgerichts und als Intervenienten am Verfahren beteiligen können».
- Nach geltendem Recht kann der Verwaltungsrat die *Geschäftsführung* dann an einzelne Mitglieder oder Dritte nur *übertragen*, wenn dies in den Statuten vorgesehen ist.⁴⁰ Neu soll, gerade umgekehrt, die Übertragung der Geschäftsführung möglich sein, wenn die Statuten nichts anderes vorsehen (Art. 716b Abs. 1 OR).
- Des Weiteren haben die Räte den durchgängigen *Ersatz von Ausdrücken* innerhalb des Gesellschaftsrechts beschlossen: «Richter» wird durch «Gericht» ersetzt,⁴¹ «Reinertrag» (ein Begriff des Genossenschaftsrechts) durch «Jahresgewinn» und «Zwischenbilanz» durch «Zwischenabschluss».

1.9. Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 der Bundesverfassung (Lex Minder)

[52] Dem Bundesrat war es 2013 mit der VegüV gelungen, für die (provisorische) Umsetzung der Lex Minder eine Lösung zu finden, welche die Verfassungsvorgaben korrekt und zugleich praktikabel umsetzt. Er hat sich deshalb in der Aktienrechtsreform – auch aufgrund der Stellungnahmen der betroffenen Gesellschaften – eng an die Vorgaben der VegüV angelehnt.⁴² Sowohl National- als auch Ständerat sind ihm darin gefolgt,⁴³ womit die definitive Umsetzung der Lex Minder auf Gesetzesstufe insgesamt nahe an der bestehenden Ordnung bleibt.

[53] In den folgenden Fragen bestehen zwischen den Räten noch Differenzen:

- Offen ist, ob *Vergütungen an frühere Mitglieder* des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats, die nicht marktüblich sind, nur im Vergütungsbericht anzugeben sind (nArt. 734a), wie dies die VegüV vorsieht, oder ob sie als unzulässige Vergütungen qualifiziert werden sollen (nArt. 735c), wie dies der Bundesrat in einer Verschärfung gegenüber der VegüV vorschlägt.
- Uneinig sind sich die Räte sodann in der Frage, ob *Tätigkeiten* der Gesellschaftsorgane *bei anderen Unternehmen* im Vergütungsbericht transparent gemacht werden müssen (nArt. 734e), auch dies eine Bestimmung, die der Bundesrat über die VegüV hinausgehend vorgeschlagen hat.
- Im Zusammenhang mit dem allfälligen *Zusatzbetrag für die Geschäftsleitung* (nArt. 735a) ist umstritten, ob dieser nur dazu verwendet werden darf, neue Mitglieder der Geschäftsleitung zu entschädigen (wenn der prospektiv beschlossene Gesamtbetrag der Vergütungen

⁴⁰ In den Statuten der allermeisten Gesellschaften ist diese Kompetenz standardmässig verankert.

⁴¹ Überwiegend wurde diese terminologische Anpassung schon durch die bereits beschlossene Reform des Handelsregisterrechts vorweggenommen (Obligationenrecht [Handelsregisterrecht], Änderung vom 17. März 2017, BBl 2017 2433 ff., 2440).

⁴² Botschaft 2016 (Fn. 3), 447 ff.

⁴³ Der Ständerat allerdings erst im zweiten Anlauf (siehe vorne, Fn. 7).

bis zur nächsten Generalversammlung nicht ausreicht), oder ob er auch für die Erhöhung von Vergütungen bei Funktionswechseln bisheriger Geschäftsleitungsmitglieder eingesetzt werden darf. Die Möglichkeit, den Zusatzbetrag auch bei Funktionswechseln nutzbar zu machen, wäre eine vom Nationalrat vorgeschlagene Lockerung gegenüber der VegüV.

- Der Ständerat möchte Entschädigungen für den Fall eines *Kontrollwechsels* und solche im Rahmen von *Aufhebungsvereinbarungen* in den Katalog der unzulässigen Vergütungen aufnehmen, der Nationalrat hat dies bisher abgelehnt (nArt. 735c).
- Der Ständerat hat sich gegen die Strafbarkeit (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren!) des *Einsetzens* einer für börsenkotierte Gesellschaften *verbotenen Organ- oder Depotstimmrechtsvertretung* ausgesprochen, während der Nationalrat daran festhalten möchte (nArt. 154 Abs. 2 Ziff. 2 StGB).

1.10. Neuerungen gesellschaftspolitischer Art

[54] Neben den Topsalären in Publikumsgesellschaften spricht die Aktienrechtsreform zwei weitere, weniger aktienrechtliche als gesellschaftspolitische Themen an, deren Regelung anfänglich heftig umstritten war:

1.10.1. Geschlechterraichtwerte für Verwaltungsrat und Geschäftsleitung

[55] Die meisten Diskussionen (und die grösste mediale Aufmerksamkeit) in der ganzen Aktienrechtsreform verursachte der Vorschlag, *Geschlechterraichtwerte für Verwaltungsrat und Geschäftsleitung in Publikumsgesellschaften* einzuführen (nArt. 734f). Das Parlament hat sich nach langen Debatten schliesslich für den Vorschlag des Bundesrates entschieden: In börsenkotierten Gesellschaften, welche die Schwellenwerte von Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR überschreiten, soll jedes Geschlecht im Verwaltungsrat zu mindestens 30 Prozent und in der Geschäftsleitung zu mindestens 20 Prozent vertreten sein. Eine Sanktion ist bei Nichterreichen der Richtwerte nicht vorgesehen, doch müssen im Vergütungsbericht «die Gründe [angegeben werden], weshalb die Geschlechter nicht wie vorgesehen vertreten sind; und ... die Massnahmen zur Förderung des weniger stark vertretenen Geschlechts». Die Pflicht, das Nichterreichen der Richtwerte erklären zu müssen, soll für den Verwaltungsrat fünf Jahre und für die Geschäftsleitung erst zehn Jahre nach Inkrafttreten der Reform einsetzen. Dies könnte – je nach Zeitpunkt des Inkrafttretens der Reform – für den Verwaltungsrat ab 2027 und für die Geschäftsleitung gar erst ab 2032 der Fall sein. Die Geschlechterraichtwerte dürften deshalb vor allem psychologische Wirkung entfalten und gesellschaftlichen Druck erzeugen. Es bedarf keiner hellseherischen Fähigkeiten, um vorauszusehen, dass es für eine Verschärfung dieser Bestimmungen (vor allem derjenigen für die Geschäftsleitung) noch vor ihrer Verbindlichkeit politischen Druck geben wird.

1.10.2. Transparenzvorschriften für Unternehmen im Rohstoffbereich

[56] Ein weiteres, nur am Rande aktienrechtliches Thema sind die *Transparenzbestimmungen für Unternehmen im Rohstoffbereich*, wobei davon vorerst nur Rohstoff fördernde Unternehmen betroffen sein werden (nArt. 964a ff.): Inhaltlich geht es insbesondere darum, dass die betreffenden

Unternehmen in einem Bericht ihre Zahlungen an staatliche und staatsnahe Stellen offenlegen müssen, wobei die Schwelle bei CHF 100 000 pro Geschäftsjahr liegt.

[57] Das Parlament hat ergänzend entschieden, den Bundesrat zu ermächtigen, «im Rahmen eines international abgestimmten Vorgehens» den Anwendungsbereich dieser Transparenzvorschriften auch auf Unternehmen des Rohstoffhandels auszudehnen (nArt. 964f). Diese Möglichkeit hatte ursprünglich bereits der Bundesrat ins Auge gefasst, sich dann jedoch in letzter Minute entschieden, sie nicht in den Entwurf 2016 aufzunehmen.⁴⁴

2. Was ist aus Abschied und Traktanden gefallen?

2.1. Bereits vom Bundesrat verworfene Reformvorschläge

[58] In der Vernehmlassungsvorlage⁴⁵ hatte der Bundesrat eine ganze Reihe von Bestimmungen vorgeschlagen, auf deren Übernahme in den definitiven Entwurf er schliesslich verzichtete.⁴⁶ Dazu gehören u.a. die folgenden Punkte:

- die *Abschaffung der Teilliberierung*, wie sie der Bundesrat im Vorentwurf vorgeschlagen hatte;⁴⁷
- die Einführung einer *Prüfpflicht für die Rückzahlung gesetzlicher Reserven*;⁴⁸
- die *Abschaffung der Buchwertkonsolidierung*;⁴⁹
- eine gesetzliche *Regelung* für die bei börsenkotierten Gesellschaften übliche Kapitalerhöhung mit *Festübernahme*;⁵⁰
- die Ausdehnung der *Organhaftung auf den unabhängigen Stimmrechtsvertreter*;⁵¹
- ein *elektronisches Aktionärsforum* (das den Aktionären börsenkotierter Gesellschaften den Meinungs austausch vor der Generalversammlung hätte ermöglichen sollen);⁵²
- die Erhebung von *Rückerstattungs- und Verantwortlichkeitsklagen* durch Aktionäre *auf Kosten der Gesellschaft*.⁵³ (Immerhin wird die Zivilprozessordnung künftig vorsehen, dass «das Gericht ... die Prozesskosten bei Abweisung gesellschaftsrechtlicher Klagen, die auf Leistung an die Gesellschaft lauten, nach Ermessen auf die Gesellschaft und die klagende Partei aufteilen» kann [nArt. 107 Abs. 1^{bis} ZPO]);⁵⁴

⁴⁴ Vorentwurf 2014 (Fn. 4), nArt. 964f.

⁴⁵ Vorentwurf 2014 (Fn. 4).

⁴⁶ Botschaft 2016 (Fn. 3), 424 ff.

⁴⁷ Botschaft 2016 (Fn. 3), 424.

⁴⁸ Botschaft 2016 (Fn. 3), 425.

⁴⁹ Botschaft 2016 (Fn. 3), 425.

⁵⁰ Botschaft 2016 (Fn. 3), 499.

⁵¹ Botschaft 2016 (Fn. 3), 427.

⁵² Botschaft 2016 (Fn. 3), 427 f.

⁵³ Botschaft 2016 (Fn. 3), 428.

⁵⁴ Diese Bestimmung hat das Parlament im Rahmen der Reform des Handelsregisterrechts bereits am 17. März 2017 verabschiedet (BB1 2017 2433 ff., 2444), sie ist jedoch noch nicht in Kraft; dazu auch PETER FORSTMOSER, Was bringt die Aktienrechtsreform im Verantwortlichkeitsrecht? in: Sethe/Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich 2016, 183 ff., 197 ff.

- die Möglichkeit eines *Genehmigungsvorbehalts* zugunsten der Generalversammlung für gewisse Beschlüsse des Verwaltungsrates (analog zu Art. 811 OR des Rechts der GmbH);⁵⁵ und
- eine Lösung für das Problem der *Dispoaktien*.⁵⁶

[59] Der Bundesrat nahm auch die in Deutschland aufgekommene, so genannte «Heuschreckendebatte» um negative Auswirkungen der Aktivitäten von *Beteiligungs- und Private-Equity-Unternehmen* auf, wobei er zusätzliche gesetzliche Bestimmungen ablehnte.⁵⁷ Im Gefolge des Übernahmekampfes um das Unternehmen Sika diskutierte er sodann, ob das *Instrument der Stimmrechtsaktien* noch angebracht sei.⁵⁸ Die Regelung der Stimmrechtsaktien bleibt indes unverändert; im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen nimmt ihre Bedeutung sogar zu, so bei den Schwellenwerten, wo künftig generell auf einen Prozentanteil «des Aktienkapitals oder der Stimmen» abgestellt werden soll.

2.2. Vom Parlament verworfene Reformvorschläge

[60] Erst im Verlauf der parlamentarischen Beratungen wurde eine Reihe weiterer Reformvorschläge verworfen:

- Nach kontroverser Debatte lehnte das Parlament den vom Bundesrat vorgeschlagenen *Verzicht auf die öffentliche Beurkundung* bei einfachen Gründungs-, Kapitalveränderungs- und Beendigungsvorgängen ab.
- Ebenso wird es in der laufenden Reform keine Bestimmung bezüglich der *Dienstleistungen von Stimmrechtsberatern* geben, obwohl eine solche sowohl im National- als auch im Ständerat in die Beratung eingebracht worden war. – Immerhin ist das Thema nicht vom Tisch: In der Form einer Motion hat der Ständerat in der Wintersession 2019 einen entsprechenden Gesetzgebungsauftrag an den Bundesrat verabschiedet.⁵⁹
- Kurzzeitig zur Diskussion stand ein aus der RK-S kommender Vorschlag, der börsenkotierte Gesellschaften zur Offenlegung von Zuwendungen an politische Parteien und Kampagnen im Betrag von mehr als CHF 10'000 im Vergütungsbericht verpflichtet hätte. Die entsprechende Regelung wurde jedoch bereits im Ständerat verworfen.⁶⁰

⁵⁵ Botschaft 2016 (Fn. 3), 456.

⁵⁶ Botschaft 2016 (Fn. 3), 440 ff.

⁵⁷ Botschaft 2016 (Fn. 3), 437 ff.

⁵⁸ Botschaft 2016 (Fn. 3), 460 ff.

⁵⁹ Dazu hinten, Rz. 80 (3. Lemma).

⁶⁰ Amtl. Bull. 2019 S 516 ff.

3. Was ist noch offen?

[61] Eine Reihe von Differenzen zwischen den Räten wurde bereits im Kontext der thematisch zugehörigen beschlossenen Bestimmungen genannt. Die folgenden Fragen sind ebenfalls noch offen:⁶¹

- Noch nicht entschieden ist, ob künftig ein *Aktienkapital in ausländischer Währung* möglich sein wird (nArt. 621 Abs. 2 und 3). Der Nationalrat hat sich jeweils dafür ausgesprochen, während der Ständerat diese Möglichkeit ablehnt.
- Umstritten ist, ob es künftig möglich sein soll, statutarisch vorzusehen, dass für *Aktien, die seit mindestens zwei Jahren für den gleichen Aktionär im Aktienbuch eingetragen sind*, bei der Ausschüttung von Dividenden oder beim Bezug neuer Aktien ein *Privileg* in der Höhe von bis zu 20 Prozent eingeräumt wird (sog. Loyalitätsaktien). Ein entsprechender Vorschlag wurde im Nationalrat eingebracht und angenommen.⁶² Der Ständerat lehnte ihn ohne Gegenantrag ab,⁶³ während der Nationalrat mit 150 zu 32 Stimmen (bei 5 Enthaltungen) weiterhin daran festgehalten hat.⁶⁴
- Eine weitere zentrale Differenz besteht im Bereich des *Verantwortlichkeitsrechts*: Unter geltendem Recht werden die Mitglieder von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung einerseits und die Revisionsstelle andererseits wegen der übergreifenden Solidarität (Art. 759 Abs. 1 OR) haftungsmässig in den gleichen Topf geworfen, oft mit unfairen Resultaten für die Revisionsstelle, auf die sich die Gläubiger konzentrieren, weil sie die einzige potentiell Haftpflichtige ist, bei der erhebliche Mittel und eine Versicherungsdeckung erwartet werden.⁶⁵ Nach dem seit 2007 unveränderten Vorschlag des Bundesrates sollte die *Revisionsstelle künftig bei Fahrlässigkeit* nur noch bis zu dem Betrag haften müssen, «für den sie zufolge Rückgriffs aufkommen müsste». Faktisch würde damit bei blosser Fahrlässigkeit die *Solidarität mit den Mitgliedern von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung aufgehoben* und durch eine bloss anteilige Haftung ersetzt. Der Nationalrat hat diesen bis anhin unbestrittenen Vorschlag in der Erstberatung überraschend und diskussionslos abgelehnt,⁶⁶ während der Ständerat sich anschliessend dafür aussprach.⁶⁷ Am 19. Dezember 2019 hielt der Nationalrat – wiederum ohne Debatte – an der Streichung fest.⁶⁸
- Ebenfalls in den Zusammenhang des Verantwortlichkeitsrechts gehört der Vorschlag des Bundesrates, bei der Berechnung des Schadens *die mit einem Rangrücktritt versehenen For-*

⁶¹ Daran hat im Wesentlichen auch die Beratung in der RK-S vom 16. Januar 2020 nichts geändert, sie will insbesondere an den Differenzen in den Bereichen Aktienkapital in Fremdwährung, Loyalitätsaktien und ausländischer Tagungsort festhalten (Medienmitteilung RK-S vom 17. Januar 2020).

⁶² Medienmitteilung RK-N vom 4. Mai 2018; Amtl. Bull. 2018 N 1056 ff. und 1119 ff. – Der Begriff «Loyalitätsaktien» ist an sich nicht richtig, weil es sich nicht um eine besondere Kategorie von Aktien handelt. Vielmehr kann mit jeder Aktie das Privileg erlangt werden, wenn sie genügend lange vom gleichen Berechtigten gehalten wird und für ihn im Aktienbuch eingetragen ist. – Auch der vom Nationalrat eingeführte Begriff der «Vorzugsrechte» ist indes nicht ganz glücklich, weil er zu Verwechslungen mit den Vorzugsaktien führen könnte.

⁶³ Amtl. Bull. 2019 S 496 ff.

⁶⁴ Amtl. Bull. 2019 N 2385 ff.

⁶⁵ PETER FORSTMOSER, Den Letzten beißen die Hunde. Zur Haftung der Revisionsstelle aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit, in: Ackermann *et al.* (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht. Festschrift für NIKLAUS SCHMID zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, 483 ff.

⁶⁶ Amtl. Bull. 2018 N 1148.

⁶⁷ Amtl. Bull. 2019 S 532 f.

⁶⁸ Amtl. Bull. 2019 N 2402.

derungen nicht mit einzubeziehen (nArt. 757 Abs. 4). Dogmatisch ist die vorgeschlagene Regelung zwar nicht korrekt, denn eine Forderung geht trotz Rangrücktritts nicht unter, sie ist daher im Konkursfall weiterhin Teil des Schadens. Es geht hier aber darum, ob die verantwortlichen Organpersonen im Konkurs für diesen Schaden in die Pflicht genommen werden sollen oder nicht, und es wäre sinnvoll, dies entsprechend der allgemeinen Erwartung zu verneinen und so die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu korrigieren. – Die Räte sind sich noch nicht einig.

[62] Weitere, kleinere Differenzen, die zu erwähnen sind:

- Bei den *Voraussetzungen für die Ablehnung eines Aktienerwerbers* (nArt. 685d Abs. 2) ist noch offen, ob die Gesellschaft nur verlangen kann, dass der Erwerber «ausdrücklich erklärt, dass er die Aktien im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erworben hat und dass keine Vereinbarung über die Rücknahme oder die Rückgabe entsprechender Aktien besteht», oder ob sie zusätzlich vom Erwerber die Zusicherung einfordern kann, dass er «das mit den Aktien verbundene wirtschaftliche Risiko trägt».
- Gemäss Vorschlag des Bundesrates hat der Verwaltungsrat sicherzustellen, dass «die Verhandlungsgegenstände [der Generalversammlung] die Einheit der Materie wahren» (nArt. 700 Abs. 3). Der Nationalrat ist dem Bundesrat gefolgt, der Ständerat lehnt diese Pflicht (bzw. ihre explizite Erwähnung im Gesetz) ab.
- In Bezug auf die Übertragung der Geschäftsführung (nArt. 716b Abs. 1) besteht eine Differenz in der Frage, ob die Geschäftsführung (mit Ausnahme der Vermögensverwaltung) auch bei nicht börsenkotierten Gesellschaften nur «einzelnen Mitgliedern oder anderen natürlichen Personen» übertragen werden kann, oder ob bei diesen weitergehend die Übertragung an «Dritte», d.h. auch an juristische Personen, in Frage kommt.

4. Exkurs: Die so genannte Konzernverantwortungsinitiative

4.1. Einreichung und Inhalt der Volksinitiative

[63] Der Aktienrechtsreform schien nach 2016 wegen der *Volksinitiative «für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt»* (der so genannten Konzernverantwortungsinitiative)⁶⁹ ein ähnliches Schicksal zu drohen wie dem Reformvorschlag von 2007 wegen der Volksinitiative «gegen die Abzockerei».⁷⁰ Doch wurde die Behandlung der Konzernverantwortungsinitiative rechtzeitig von der Aktienrechtsreform abgekoppelt; sie wird nun in den Räten als selbständige Vorlage behandelt.⁷¹ Wegen der engen sachlichen Verknüpfung mit dem Aktienrecht soll hier dennoch auf den Stand der Beratungen eingegangen werden.

[64] Die Konzernverantwortungsinitiative wurde am 10. Oktober 2016 eingereicht. Sie verlangt von Unternehmen mit Sitz in der Schweiz, dafür zu sorgen, dass *Menschenrechte und internationa-*

⁶⁹ BBl 2015 3245 ff.

⁷⁰ Dazu vorne, Rz. 1.

⁷¹ Dazu hinten, Rz. 67 ff.

le Umweltstandards auch von ihren Tochtergesellschaften und Zulieferern im Ausland eingehalten werden. Dafür sollen die Unternehmen entsprechende *Sorgfaltsprüfungen* durchführen müssen und vor Schweizer Gerichten für Schaden haftbar gemacht werden können, den ihre Tochtergesellschaften im Ausland durch Verletzung von Menschenrechten und Umweltstandards verursachen. Die Initiative wird breit getragen von zahlreichen Personen und Organisationen wie Hilfswerken, Menschenrechts- und Umweltorganisationen, kirchlichen und gewerkschaftlichen Vereinigungen sowie Aktionärsverbänden.⁷²

4.2. Indirekter Gegenvorschlag des Nationalrats im Rahmen der Aktienrechtsreform

[65] Am 15. September 2017 beantragte der Bundesrat dem Parlament – obwohl er «die Kernanliegen der Initiative und einen Handlungsbedarf in den Bereichen Wirtschaft, Menschenrechte und Umweltschutz» anerkennt –, die Volksinitiative Volk und Ständen ohne Gegenvorschlag zur Ablehnung zu empfehlen. Dem Bundesrat gingen insbesondere die Berichterstattungspflicht und die Haftungsregeln zulasten der Unternehmen zu weit.⁷³

[66] Hingegen wollten die parlamentarischen Rechtskommissionen⁷⁴ der Volksinitiative einen indirekten Gegenvorschlag gegenüberstellen. Die RK-N verabschiedete schliesslich einen in die Aktienrechtsreform integrierten Gegenvorschlag,⁷⁵ der die wesentlichen Elemente der Volksinitiative in abgeschwächter Form aufnahm und sowohl eine *Sorgfaltsprüfungspflicht* als auch *Haftungsbestimmungen* enthielt. Die erklärte Absicht war es, den Initianten soweit entgegenzukommen, dass diese ihre Initiative zurückziehen würden,⁷⁶ was diese auch zugesagt hatten.

[67] Am 14. Juni 2018 stimmte der Nationalrat dem indirekten Gegenvorschlag seiner Kommission zu⁷⁷ und entschied zugleich, die Bestimmungen des Gegenvorschlags aus der Aktienrechtsreform in eine separate Vorlage auszugliedern.⁷⁸

4.3. Nichteintreten im Ständerat und neue Vorschläge von RK-S und Bundesrat

[68] Die RK-S schlug gegenüber der Fassung des Nationalrates verschiedene Änderungen vor. Insbesondere sollten potentielle Kläger, soweit zumutbar, zunächst vor eigenen Gerichten gegen

⁷² Website des Komitees (<https://konzern-initiative.ch>). – Zum Ganzen siehe PETRU EMANUEL ZLTESCU, Die Konzernverantwortungsinitiative im internationalen Kontext, in: Jusletter 20. Januar 2020.

⁷³ Botschaft vom 15. September 2017 zur Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt», BBl 2017 6335, 6336 f.

⁷⁴ Medienmitteilung RK-S vom 14. November 2017; Kommissionsinitiative «Indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt» vom 13. November 2017 (Gesch.-Nr. 17.498); Medienmitteilung RK-N vom 23. Februar 2018; Votum VOGLER (Amtl. Bull. 2018 N 1071).

⁷⁵ Anträge der RK-N vom 3. Mai 2018 (Fahne vom 24. Mai 2018, Gesch.-Nr. 16.077).

⁷⁶ Medienmitteilung RK-N vom 20. April 2018; Zusatzbericht der Kommission für Rechtsfragen vom 18. Mai 2018 zu den Anträgen der Kommission für einen indirekten Gegenentwurf zur Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt» im Rahmen der Revision des Aktienrechts (Gesch.-Nr. 16.077).

⁷⁷ Amtl. Bull. 2018 N 1068 ff.

⁷⁸ Amtl. Bull. 2018 N 1076 ff.; Beschluss des Nationalrates vom 14. Juni 2018 (Entwurf 2) (Fahne vom 18. Juni 2018, Gesch.-Nr. 16.077).

diejenige Tochtergesellschaft vorgehen müssen, welche die Menschenrechts- oder Umweltrechtsverletzung begangen hatte (*Subsidiaritätsregel*).⁷⁹ Der Gesamtrat trat am 12. März 2019 mit 22 zu 20 Stimmen aber gar nicht erst auf die Vorlage ein.⁸⁰ Dagegen hielt der Nationalrat an ihr fest, weshalb das Geschäft nochmal im Ständerat zu traktandieren war.

[69] Noch bevor sich der Ständerat erneut mit dem indirekten Gegenvorschlag befassen konnte, machte im Sommer 2019 der Bundesrat einen eigenen Vorschlag, welcher der EU-Richtlinie 2014/95/EU (CSR-Richtlinie) entsprechen sollte: Dieser beinhaltete die Pflicht zur *Nachhaltigkeitsberichterstattung* über die Achtung der Menschenrechte und den Umweltschutz, jedoch *keine neuen Haftungsregeln*.⁸¹

[70] In der Folge änderte die RK-S ebenfalls ihre Anträge: Statt einer Subsidiaritätsregelung wurde neu ein *Sonderschlichtungsverfahren* vorgesehen, das einem ordentlichen Verfahren vorausgehen sollte. Zuständige Sonderschlichtungsstelle sollte der *Nationale Kontaktpunkt (NKP)*⁸² sein.⁸³ Statt aber auf die Vorlage einzutreten, vertagte der Ständerat mit 24 zu 20 Stimmen (bei einer Enthaltung) die Behandlung auf die Wintersession 2019, um es der RK-S ermöglichen, auch noch die Vorschläge des Bundesrates zu prüfen und allenfalls zu übernehmen.⁸⁴

4.4. Erneute Beratung im Ständerat und Einschwenken auf den bundesrätlichen Vorschlag

[71] Am 18. Dezember 2019 befasste sich der Ständerat zum dritten Mal mit dem indirekten Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative. Diesmal trat der Rat in die Detailberatung ein, wobei sich nun drei Konzepte gegenüberstanden:⁸⁵

- der indirekte Gegenvorschlag mit *Sorgfaltsprüfungspflicht und Haftungsbestimmungen*, wie er vom Nationalrat verabschiedet⁸⁶ und in der RK-S verfeinert und um ein Sonderschlichtungsverfahren⁸⁷ ergänzt worden war (als Antrag der Mehrheit der RK-S);
- das Konzept des Mehrheitsantrages, jedoch *ohne Haftungsbestimmungen* (Minderheitsantrag);⁸⁸
- und schliesslich das vom Bundesrat neu eingebrachte Konzept einer *erweiterten Berichterstattungspflicht* in nichtfinanziellen Belangen für «Gesellschaften des öffentlichen Interesses» gemäss Revisionsaufsichtsgesetz (nArt. 964^{bis} ff.) und einer *Sorgfaltsprüfungspflicht*, be-

⁷⁹ Medienmitteilung RK-S vom 20. Februar 2019; Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 19. Februar 2019 (Gesch.-Nr. 16.077), 2.

⁸⁰ Amtl. Bull. 2019 S 123 ff.

⁸¹ Medienmitteilung BR vom 14. August 2019.

⁸² Nationaler Kontaktpunkt (NKP) für die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen (https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/NKP.html).

⁸³ Medienmitteilungen RK-S vom 14. August 2019 und 4. September 2019; Zusatzbericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 3. September 2019 (Gesch.-Nr. 16.077).

⁸⁴ Amtl. Bull. 2019 S 964 ff.

⁸⁵ Amtl. Bull. 2019 S 1212 ff.; Anträge der RK-S vom 21. November 2019 (Entwurf 2) (Fahne vom 28. November 2019, Gesch.-Nr. 16.077).

⁸⁶ Dazu vorne, Rz. 66 f.

⁸⁷ Dazu vorne, Rz. 70.

⁸⁸ Votum HEFTI (Amtl. Bull. 2019 S 1215).

schränkt auf die Bereiche «*Konfliktmineralien*» (in Anlehnung an die Verordnung 2017/821/EU) und «*Kinderarbeit*» (in Anlehnung an die Child Labor Due Diligence der Niederlande) (nArt. 964g ff.).⁸⁹ Systematisch soll die Regelung in das Rechnungslegungsrecht, bei den Bestimmungen zur Transparenz im Rohstoffbereich,⁹⁰ eingefügt werden (Minderheitsantrag).⁹¹

[72] Das bundesrätliche Konzept obsiegte schliesslich in der Debatte und wurde in der Gesamtabstimmung mit 39 zu 3 Stimmen (bei einer Enthaltung) unterstützt.⁹² Der Ball liegt damit wieder beim Nationalrat, der sich mit dem Gegenvorschlag in der Frühjahrsession 2020 befassen wird. Bereits am 31. Januar 2020 hat die RK-N mit 14 zu 5 Stimmen (bei 6 Enthaltungen) beschlossen, ihrem Rat grundsätzlich das Festhalten am nationalrätlichen Konzept zu beantragen.

4.5. Fazit

[73] Es ist unwahrscheinlich, dass der indirekte Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative, wie er nun vom Ständerat verabschiedet worden ist, zu einem Rückzug der Initiative führen wird. Denn eine blosser Pflicht zur Berichterstattung und eine begrenzte Sorgfaltsprüfungspflicht ohne Haftungsbestimmungen dürfte den Initianten nicht verbindlich genug sein. Dies hatte bereits die RK-S zu bedenken gegeben.⁹³

[74] Zudem ist fraglich, ob ein indirekter Gegenvorschlag überhaupt noch rechtzeitig zustande kommen kann, um einen Rückzug der Initiative zu bewirken. Die Behandlungsfrist für die Initiative läuft am 10. April 2020 aus und kann nicht mehr erstreckt werden.⁹⁴ Nach deren Ablauf muss die Initiative definitiv im Verlauf des Jahres 2020 Volk und Ständen zur Abstimmung vorgelegt werden. Ein allfälliger indirekter Gegenvorschlag dürfte daher nur noch als Argument im Abstimmungskampf dienen.

5. Änderungen des Aktienrechts ausserhalb der Aktienrechtsvorlage

[75] Beim Fokus auf die nun dem Ende zugehende Reform des Aktienrechts sollte nicht übersehen werden, dass der Gesetzgeber seit der letzten umfassenden Reform von 1968/1991 keineswegs untätig geblieben ist. Vielmehr sind zwischenzeitlich eine ganze Reihe kleinerer und grösserer Änderungen vollzogen worden (Ziff. 5.1). Weitere Änderungen sind in naher Zukunft absehbar (Ziff. 5.2).

⁸⁹ Art. 2 lit. c RAG.

⁹⁰ Dazu vorne, Rz. 56 ff.

⁹¹ Votum RIEDER (Amtl. Bull. 2019 S 1213 ff.; Beschluss des Nationalrates vom 18. Dezember 2019 (Entwurf 2) (Fahne vom 19. Dezember 2019, Gesch.-Nr. 16.077).

⁹² Amtl. Bull. 2019 S 1236.

⁹³ Medienmitteilung RK-S vom 22. November 2019.

⁹⁴ Art. 100 und 105 f. ParlG.

5.1. Änderungen zwischen 1991 und 2020

5.1.1. Reform des Rechnungslegungsrechts

[76] An erster Stelle ist die *Neuregelung des Rechnungslegungsrechts* zu nennen. Sie war ursprünglich Teil des bundesrätlichen Reformvorschlags von 2007, wurde dann aber vom Aktienrecht abgekoppelt, separat vom Parlament beraten und 2011 verabschiedet.⁹⁵ Das neue Rechnungslegungsrecht ist am 1. Januar 2013 in Kraft getreten und seit dem Geschäftsjahr 2015 (bzw. 2016 bezüglich der Bestimmungen zur Konzernrechnungslegung) verbindlich.⁹⁶

5.1.2. Änderungen im Rahmen der Reform des GmbH-Rechts

[77] Die Reform des GmbH-Rechts von 2005 (mit Inkrafttreten am 1. Januar 2008) wurde zum Anlass genommen, auch im Aktienrecht zahlreiche, teils wesentliche Änderungen vorzunehmen:

- Zulassung der *Einpersonengründung* (Art. 625 OR);
- Verzicht auf *Nationalitäts- und Wohnsitzerfordernisse* für Verwaltungsratsmitglieder (Art. 708 aOR);
- Verzicht auf das *Aktionärerfordernis für Verwaltungsratsmitglieder* (Art. 707 OR);
- Einführung eines *Formerfordernisses für das Selbst- und Doppelkontrahieren* (Art. 718b OR);
- Regelung der Konsequenzen von *Organisationsmängeln* (Art. 731b OR); und
- rechtsformübergreifende Neukonzeption des *Revisionsrechts und* Erlass des *Revisionsaufsichtsgesetzes* (Art. 727 ff. OR und RAG).

5.1.3. Weitere Reformen mit aktienrechtlichem Inhalt

[78] Von den weiteren Reformen mit Auswirkungen auf das Aktienrecht seien erwähnt:

- Änderung des *Mindestnennwertes* von Aktien (2000);⁹⁷
- Ersatz der aktienrechtlichen *Bestimmungen zur Fusion* durch das rechtsformübergreifende Fusionsgesetz (2003);⁹⁸
- Einführung von *Transparenzvorschriften zu den Salären* der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung börsenkotierter Gesellschaften (Art. 663b^{bis} OR) (inzwischen abgelöst durch die VegüV) (2005);⁹⁹
- Erhöhung der Schwellenwerte für die *ordentliche Revision* (2011);¹⁰⁰

⁹⁵ Siehe dazu FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 4), 73 ff.; Botschaft 2016 (Fn. 3), 409. – Die Abspaltung erfolgte aus Furcht davor, die Reform des Aktienrechts könnte durch das Rechnungslegungsrecht zeitlich verzögert werden!

⁹⁶ AS 2012 6679 ff.

⁹⁷ AS 2001 1047. – In Klammer jeweils das Jahr des Inkrafttretens.

⁹⁸ AS 2004 2655 f.

⁹⁹ AS 2006 2629 ff.

¹⁰⁰ AS 2011 5863.

- weitgehende Abschaffung der *Anonymität der Inhaberaktien* durch das Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) (2015);¹⁰¹
- Reform des *Handelsregisterrechts* (und in deren Gefolge Reform der Handelsregisterverordnung),¹⁰² wobei beide zurzeit noch nicht in Kraft sind (Inkraftsetzung voraussichtlich im Verlauf des Jahres 2020);
- faktische *Abschaffung privater Inhaberaktien* durch das Bundesgesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke (2019) (Inhaberaktien sind nur noch bei einer Börsenkotierung oder als Bucheffekten zulässig und müssen andernfalls innerhalb von 18 Monaten ab Inkrafttreten der Vorlage am 1. November 2019 in Namenaktien umgewandelt werden);¹⁰³
- Aufhebung der Bestimmungen zu *Prospekt und Prospekthaftung* im Aktienrecht und Ersatz durch das Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) (2020);¹⁰⁴ und
- Reform des *Verjährungsrechts* (2020).¹⁰⁵

[79] Zahlreiche weitere Gesetzesrevisionen der letzten zwei Jahrzehnte waren für die Aktiengesellschaft zumindest auch relevant, etwa der Erlass des *Börsengesetzes* (1997; AS 1997 68 ff.), die Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes (2004; AS 2005 5299 ff.), der Erlass des *Kollektivanlagengesetzes* (2006; AS 2006 5379 ff.), der Erlass des *Bucheffektengesetzes* (2008; AS 2009 3592 ff.), der Erlass der Schweizerischen *Zivilprozessordnung* (2008; AS 2010 1842 ff.), die Reform der Erlasse über den öffentlichen Verkehr (2009; AS 2009 5598 ff.), der Erlass der *Too-big-to-fail*-Gesetzgebung im Bankenbereich (2011; AS 2012 819 ff.), die Reform des *Sanierungsrechts* im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (2013; AS 2013 4126 ff.); der Erlass des *Finanzmarktinfrastrukturgesetzes* (2015; AS 2015 5339 ff.); der Erlass des *Finanzinstitutsgesetzes* (2020; AS 2019 4631) und bereits die Total- bzw. Teilrevision der *Handelsregisterverordnung* vom 17. Oktober 2007 (AS 2007 4851 ff.) bzw. 23. September 2011 (AS 2011 4712 ff.).

5.2. Künftige Änderungen in der Pipeline des Gesetzgebers

[80] Noch vor dem Abschluss der laufenden Aktienrechtsreform sind bereits weitere Änderungen im Aktienrecht absehbar:

- Im Rahmen einer Vorlage zur Verhinderung missbräuchlicher Konkurse schlägt der Bundesrat die Kodifizierung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum *Verbot des Mantelhandels* vor.¹⁰⁶

¹⁰¹ AS 2015 1389 ff.

¹⁰² Obligationenrecht (Handelsregisterrecht), Änderung vom 17. März 2017, BBl 2017 2433 ff.

¹⁰³ AS 2019 3161 ff.

¹⁰⁴ AS 2019 4451.

¹⁰⁵ AS 2018 5345.

¹⁰⁶ Botschaft vom 26. Juni 2019 zum Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses (Änderung, des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, des Obligationenrechts, des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes und des Strafregistergesetzes), BBl 2019 5193 ff., 5204 ff. Die Übertragung von Aktien soll nichtig sein, wenn die Gesellschaft ohne vorgängige Auflösung faktisch liquidiert und aufgegeben, aber nicht im Handelsregister gelöscht wurde (Art. 684a E-OR).

- Am 27. November 2019 hat der Bundesrat dem Parlament eine Vorlage zur Anpassung des Rechts an die *Blockchain-Technologie* zugeleitet. Künftig soll es möglich sein, Aktien als so genannte Registerwertrechte auszugeben (Art. 622 Abs. 1 E-OR).¹⁰⁷
- Zwar haben sowohl der National- als auch der Ständerat eine gesetzliche Regelung der *Dienstleistungen von Stimmrechtsberatern* abgelehnt,¹⁰⁸ doch ist das Thema nicht vom Tisch: Am 18. Dezember hat der Ständerat eine Motion angenommen, die den Bundesrat beauftragt, «eine Gesetzesänderung (bspw. des Finanzmarktinfrastukturgesetzes) vorzulegen, um die Interessenkonflikte der Stimmrechtsberater (Proxy Advisors) bei börsenkotierten Aktiengesellschaften offenzulegen und zu vermeiden. Er berücksichtigt dabei die internationale Entwicklung».¹⁰⁹
- Sollte sich in Bezug auf *Vorzugsrechte für längerfristig im Aktienregister eingetragene Aktionäre*¹¹⁰ die ablehnende Haltung des Ständerates durchsetzen und keine entsprechende Regelung zustande kommen, bleibt ein ständerätliches Postulat hängig, das den Bundesrat beauftragt, «in einem Bericht die möglichen Vor- und Nachteile und die Auswirkungen von sogenannten Loyalitätsaktien aufzuzeigen».¹¹¹
- Die *Revisionsstelle und das Revisionsrecht* wurden wie erwähnt in der laufenden Reform weitgehend ausgeklammert. Der Bundesrat lässt jedoch einzelne Punkte durch Experten vertieft auf einen allfälligen Reformbedarf prüfen.¹¹²

6. Ausblick und vorläufige Würdigung

6.1. Ausblick

[81] Reformen des Aktienrechts sind – wie ganz generell umfangreiche Gesetzgebungsprojekte – in der Schweiz meist eine langwierige Angelegenheit: Die letzte Reform – die erste von Belang seit dem Inkrafttreten des geltenden Aktienrechts im Jahr 1936 – dauerte 23 Jahre. Immerhin scheint es, die laufende Reform werde bis zu ihrem Abschluss – trotz aller Umwege – nicht ganz so viel Zeit in Anspruch nehmen.¹¹³

[82] Falls sich das Parlament für die Bereinigung der noch bestehenden Differenzen¹¹⁴ einen straffen Zeitplan auferlegte, wäre theoretisch ein Abschluss der Reformarbeiten noch in der kommenden Frühjahrssession nicht ausgeschlossen. Wahrscheinlicher jedoch ist ein Abschluss in der Sommersession mit den Schlussabstimmungen am 19. Juni 2020.

[83] Mit dem Inkrafttreten könnte frühestens auf den 1. Januar 2021 gerechnet werden. Wiederum wahrscheinlicher – und sinnvoll – wäre ein Inkrafttreten im Verlauf des Jahres 2021 oder auf

¹⁰⁷ Botschaft vom 27. November 2019 zum Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register, BBl 2020 233 ff., 261 f. und 274 f.

¹⁰⁸ Dazu vorne, Rz. 60 (2. Lemma).

¹⁰⁹ Motion vom 23. September 2019 «Stimmrechtsberater und börsenkotierte Aktiengesellschaften. Interessenkonflikte offenlegen und vermeiden.» (Gesch.-Nr. 19.4122).

¹¹⁰ Dazu vorne, Rz. 61 (2. Lemma).

¹¹¹ Postulat vom 16. Oktober 2018 «Auswirkungen von Loyalitätsaktien» (Gesch.-Nr. 18.4092).

¹¹² Dazu vorne, Rz. 46 f.

¹¹³ Dazu vorne, Rz. 1.

¹¹⁴ Dazu vorne, Rz. 61 ff.

den 1. Januar 2022. So hätten Anwälte, Unternehmensjuristen, Treuhänder und alle Übrigen, die professionell mit dem Aktienrecht befasst sind, ausreichend Zeit, um sich mit dem neuen Recht vertraut zu machen. Auch den Gesellschaften würde genügend Zeit zur Verfügung stehen, um die notwendigen Anpassungen an das neue Recht vorzunehmen. Aufwändig sollten diese indes nicht sein, da das neue Recht die bestehenden Gesellschaften ausdrücklich nicht zu Statutenänderungen zwingen soll.¹¹⁵ Die in den Übergangsbestimmungen (nArt. 2) vorgesehene zweijährige Übergangsfrist ist – soweit überhaupt notwendig – u.E. ausreichend; die fünfjährige Umstellungsfrist, die bei der letzten Reform vorgesehen war, hat sich jedenfalls als unnötig lang erwiesen.

6.2. Vorläufige Würdigung – Eine gelungene «grosse» Aktienrechtsreform?

[84] Das künftige Aktienrecht eingehend zu würdigen, dafür ist es zweifellos zu früh. Gestatten möchten wir uns immerhin einige Stichworte zum *Gesamteindruck* (*wobei wir uns vorbehalten, künftig in diesem oder jenem Punkt klüger zu werden*):

- Im Rahmen des *klassischen Aktienrechts* ist eine *Reihe von sinnvollen Verbesserungen und Neuerungen* – durchwegs als Freiräume und nicht als Zwang konzipiert – positiv zu vermerken, etwa die Öffnung für die Möglichkeiten der Digitalisierung, aber auch die Klärung einer Reihe umstrittener Fragen und die vereinzelt Korrektur einer verfehlten Gerichtspraxis. Davon profitieren sämtliche Aktiengesellschaften – sowohl die grossen Publikumsgesellschaften als auch die kleinen und kleinsten Gesellschaften mit privatem Aktionärskreis.
- An der *Einheit des Aktienrechts* wurde zu Recht festgehalten; eine zwischendurch angedachte Zweiteilung wurde nicht weiterverfolgt.¹¹⁶ Zu begrüßen ist aber, dass gleichzeitig da und dort noch vermehrt zwischen börsenkotierten und nicht börsenkotierten Gesellschaften differenziert wird, so insbesondere bei Schwellenwerten und Quorumsvorschriften.
- Die *börsenkotierten Gesellschaften* werden mit Befriedigung zur Kenntnis nehmen, dass die *Umsetzung der Lex Minder* im Wesentlichen den Regeln der VegüV folgt¹¹⁷ und dass daher die Festsetzung der Saläre von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung in der bewährten Form weitergeführt werden kann.
- *KMU* profitieren insgesamt von *Erleichterungen*, auch wenn ihnen der Gang zum Notar bei einfachen Gründungs-, Kapitalveränderungs- und Beendigungsvorgängen auch künftig nicht erspart bleibt.¹¹⁸ Gewisse strengere Massnahmen zur Verhinderung von Zusammenbrüchen liegen im Interesse der Allgemeinheit, aber letztlich auch der Unternehmen und der an ihnen Beteiligten – der Mitarbeitenden, der Aktionäre und der auch künftig einer strengen persönlichen Verantwortung unterworfenen Mitglieder von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung.
- Die in das Aktienrecht eingefügten *gesellschaftspolitischen Regelungen* – Geschlechterrichtwerte und Transparenzvorschriften für Rohstoff fördernde Unternehmen – dürften auch für deren Gegner akzeptabel sein. Die Quotenregelung ist derart zahnlos umgesetzt, dass sie kein Unternehmen zu fürchten braucht, und Transparenzvorschriften für die Rohstoff

¹¹⁵ Dazu vorne, Fn. 7; Amtl. Bull. 2018 S 995.

¹¹⁶ Botschaft 2016 (Fn. 3), 411 und 422 f.

¹¹⁷ Dazu vorne, Rz. 52.

¹¹⁸ Dazu vorne, Rz. 60 (1. Lemma).

fördernde Industrie wird man schlucken müssen, wenn die Schweiz nicht erneut auf grauen oder schwarzen Listen landen soll.

6.3. Fazit

[85] Auch diese Reform – wie die vor bald dreissig Jahren verabschiedete Reform von 1968/1991 – wird man nicht als «grosse» Aktienrechtsreform bezeichnen können (wie dies gelegentlich getan wurde).¹¹⁹ Die Reform ist kein kühner Wurf, keine Totalrevision, mit der das Schweizer Aktienrecht zu neuen Ufern aufbrechen würde. Aber sie vollzieht – schweizerischem Pragmatismus entsprechend – eine erwünschte *Aktualisierung und Modernisierung*, welche die schweizerische Aktiengesellschaft wieder *fit for purpose* machen wird, anpassungsfähig, aktionärsfreundlich und auf der Höhe der Zeit.

Prof. Dr. em. PETER FORSTMOSER, LL.M. (Harvard), Rechtsanwalt, Partner bei Niederer Kraft Frey AG.

lic. iur. MARCEL KÜCHLER, Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Mitarbeiter.

¹¹⁹ Etwa mit der Sondernummer der Zeitschrift GesKR, Die grosse Aktienrechtsrevision, Zürich 2008 oder mit dem von ROLF WATTER herausgegebenen Sammelband, Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision. Eine Standortbestimmung per Ende 2010, Zürich 2010 (= SSHW 300).