

Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2012/2013

Baker & McKenzie, Zürich (Hrsg.)

Dr. Matthias Courvoisier, MSc in Finance

Robert Desax, LL.M., dipl. Steuerexperte

Angela Durrer

Dr. oec. HSG Alexander Fischer

Prof. Dr. Joachim Frick, LL.M./J.S.D.

Dr. Marcel Giger, M.C.J.

Prof. Dr. Lukas Glanzmann, LL.M.

Michael Gusterer, dipl. Steuerexperte

Petra Hanselmann, LL.M.

Theodor Härtsch

Dr. iur. Petra Hauser

Joachim Huber

Maria Iskic

Nina Keller

Jan Nussbaumer

Kilian Perroulaz, dipl. Steuerexperte

Philippe M. Reich, LL.M.

Dr. Peter Reinert, LL.M.

Eva-Maria Strobel, EMLE

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2013
ISBN 978-3-7255-6820-8

www.schulthess.com

Vorwort

Der vorliegende Band der «Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht» ist der 14. Band der mit dem Jahr 1999/2000 begonnenen Reihe, welche Juristen und Nichtjuristen einen Überblick über die neusten Entwicklungen in den wichtigsten Gebieten des schweizerischen Wirtschaftsrechts verschaffen soll. Wiederum werden in knapper Form die Entwicklungen des letzten Jahres, wie sie sich aus Gesetzgebung und Rechtsprechung ergeben, zusammengefasst und zum Teil mit einem Ausblick über zu erwartende Rechtsänderungen ergänzt.

Dies ist ein Gemeinschaftswerk der nachfolgend aufgeführten Anwälte und Steuerexperten der Kanzlei Baker & McKenzie Zurich. Die abschliessenden Redaktionsarbeiten übernahmen Joachim Frick und Rebecca Wyniger. Erfasst wurden die folgenden Gebiete:

- 1. Gesellschaftsrecht**
 - 1.1 Aktienrecht (Lukas Glanzmann)
 - 1.2 Übriges Gesellschaftsrecht (Kilian Perroulaz)
- 2. Banken- und Börsenrecht, Recht der kollektiven Kapitalanlagen**
(Marcel Giger/Theodor Härtsch)
- 3. Arbeits- und Sozialversicherungsrecht**
 - 3.1 Arbeitsrecht (Petra Hanselmann)
 - 3.2 Sozialversicherungsrecht (Alexander Fischer/Joachim Huber)
- 4. Steuerrecht** (Robert Desax/Michael Gusterer/Nina Keller)
- 5. Immaterialgüterrecht**
 - 5.1 Marken- und Patentrecht (Angela Durrer/Maria Iskic)
 - 5.2 Urheber- und Designrecht (Eva-Maria Strobel)
- 6. Wettbewerbsrecht**
 - 6.1 Unlauterer Wettbewerb (Jan Nussbaumer)
 - 6.2 Kartelle und Wettbewerbsbeschränkungen (Peter Reinert)
 - 6.3 Submissionsrecht (Petra Hauser)
- 7. Aussenhandelsrecht** (Philippe M. Reich)
- 8. Schiedsgerichtsbarkeit** (Joachim Frick)
- 9. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht** (Matthias Courvoisier)

Die vorliegende Ausgabe beschäftigt sich zur Hauptsache mit den Gerichtsentscheiden, die zwischen 1. Januar und 31. Dezember 2012 publiziert worden sind; sie befasst sich wie in den Vorjahren aber in einzelnen Kapiteln auch mit einem Ausblick auf künftige Entwicklungen, soweit entsprechende Vorhaben des Gesetzgebers bekannt sind. Die Autoren

StHG	Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (SR 642.14)
SUISA	Schweizer Genossenschaft der Urheber und Verleger von Musik
SVKG	Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, KG-Sanktionsverordnung (SR 251.5)
SWX	SWX Swiss Exchange
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
UEK	Übernahmekommission
UEV	Verordnung der Übernahmekommission vom 21. August 2008 über öffentliche Kaufangebote, (SR 954.195.1)
URG	Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz (SR 231.1)
USD	US-Dollar
UVEK	Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
UWG	Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 über den unlauteren Wettbewerb (SR 241)
vgl.	vergleiche
VStG	Bundesgesetz vom 13. Oktober 1965 über die Verrechnungssteuer (SR 642.21)
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021)
WML	Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO (gültig ab 1. Januar 2013)
WTO	World Trade Organization (deutsch: Welthandelsorganisation)
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer(n)
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)

Teil 1 Gesellschaftsrecht

1.1 Aktienrecht*

A. Die «Abzocker-Initiative»¹

1. Inkrafttreten und Umsetzung

a) Die neue Verfassungsbestimmung

Am 3. März 2013 haben Volk und Stände die eidgenössische Volksinitiative gegen die «Abzockerei» (sog. «Abzocker-Initiative») angenommen. Die Schweizer Bundesverfassung enthält somit folgende neue Bestimmung²:

Art. 95 Abs. 3 (neu)

³ Zum Schutz der Volkswirtschaft, des Privateigentums und der Aktionärinnen und Aktionäre sowie im Sinne einer nachhaltigen Unternehmensführung regelt das Gesetz die im In- oder Ausland kotierten Schweizer Aktiengesellschaften nach folgenden Grundsätzen:

a. Die Generalversammlung stimmt jährlich über die Gesamtsumme aller Vergütungen (Geld und Wert der Sachleistungen) des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates ab. Sie wählt jährlich die Verwaltungsratspräsidentin oder den Verwaltungsratspräsidenten und einzeln die Mitglieder des Verwaltungsrates und des Vergütungsausschusses sowie die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder den unabhängigen Stimmrechtsvertreter. Die Pensionskassen stimmen im Interesse ihrer Versicherten ab und legen offen, wie sie gestimmt haben.

* Bearbeitet von Prof. Dr. Lukas Glanzmann, LL.M. Die Ausführungen unter «Rechtsprechung» lehnen sich stark an den Text der entsprechenden Entscheide an. Aufgrund der besseren Lesbarkeit wird darauf verzichtet, wörtliche Zitate als solche zu kennzeichnen. Der Autor dankt RA Jean-Daniel Schmid, M.A. HSG (Rechtswissenschaft), für die Mitarbeit.

¹ Eine weitgehend identische Fassung des Beitrags ist unter dem Titel «Die Abzocker-Initiative und ihre Folgen» bereits erschienen als GesKR Online Beitrag 1/2013, abrufbar unter <<http://www.geskr.ch/geskr-online>> (letztmals abgerufen am 5. April 2013).

² Daneben wurde auch eine neue Übergangsbestimmung (Art. 197 Ziff. 10 BV) beschlossen; vgl. dazu unten A.1.b.

Die Aktionärinnen und Aktionäre können elektronisch fernabstimmen; die Organ- und Depotstimmrechtsvertretung ist untersagt.

- b. Die Organmitglieder erhalten keine Abgangs- oder andere Entschädigung, keine Vergütung im Voraus, keine Prämie für Firmenkäufe und -verkäufe und keinen zusätzlichen Berater- oder Arbeitsvertrag von einer anderen Gesellschaft der Gruppe. Die Führung der Gesellschaft kann nicht an eine juristische Person delegiert werden.*
- c. Die Statuten regeln die Höhe der Kredite, Darlehen und Renten an die Organmitglieder, deren Erfolgs- und Beteiligungspläne und deren Anzahl Mandate ausserhalb des Konzerns sowie die Dauer der Arbeitsverträge der Geschäftsleitungsmitglieder.*
- d. Widerhandlung gegen die Bestimmungen nach den Buchstaben a–c wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen bestraft.*

Diese neue Verfassungsnorm besteht aus 24 Detailbestimmungen, die vorgeben, wie das Aktien- und Strafrecht zu ändern sind. Damit wird der Schutz der Volkswirtschaft, des Privateigentums und der Aktionäre sowie die Sicherstellung einer nachhaltigen Unternehmensführung bezweckt (Art. 95 Abs. 3 Satz 1 BV). Aus den nachfolgenden Ausführungen wird ersichtlich, dass die einzelnen, detaillierten Vorgaben keineswegs verfassungswürdig sind.

b) Umsetzung und Rückwirkungsverbot

Obwohl die neue Verfassungsbestimmung eine Vielzahl von detaillierten Einzelforderungen enthält, sind diese – wie noch zu zeigen sein wird – konkretisierungsbedürftig.³ Schon dies macht eine Umsetzung der Initiative in einem Gesetz (oder vorübergehend in einer Verordnung) notwendig.⁴ Die Notwendigkeit einer Umsetzung ergibt sich aber auch direkt aus Art. 95 Abs. 3 Satz 1 BV, wonach «das Gesetz» die betrof-

fenen Gesellschaften entsprechend den in der Verfassungsbestimmung enthaltenen Grundsätzen regelt.⁵ Schliesslich geht auch die im Rahmen der Abstimmung über die Abzocker-Initiative beschlossene neue Übergangsbestimmung (Art. 197 Ziff. 10 BV) von der Notwendigkeit einer Umsetzung in einem Gesetz aus. Nach dieser Bestimmung muss nämlich der Bundesrat innerhalb eines Jahres, d.h. bis zum 3. März 2014, die bis zum Inkrafttreten der gesetzlichen Bestimmungen erforderlichen Ausführungsbestimmungen erlassen. Wären die in Art. 95 Abs. 3 Bst. a–d BV stipulierten Einzelforderungen bzw. Grundsätze unmittelbar anwendbar, so würden sich derartige Ausführungsbestimmungen erübrigen. Art. 95 Abs. 3 BV wird somit solange keine Anwendung finden, als nicht der Bundesrat eine Ausführungsverordnung bzw. das Parlament ein Ausführungsgesetz erlassen hat.⁶

Weil eine Rückwirkung im Privatrecht grundsätzlich unzulässig ist,⁷ und da die neuen Verfassungsbestimmungen keine gegenteiligen Vorgaben machen, werden die Ausführungsbestimmungen nur auf Sachverhalte anwendbar sein, die nach deren Inkrafttreten eintreten. Da die neue Verfassungsbestimmung zudem nicht um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen erlassen worden ist, rechtfertigt sich auch keine Rückwirkung im Einzelfall.⁸

Ob die Ausführungsbestimmungen unmittelbar mit ihrem Inkrafttreten zur Anwendung gelangen oder eine Übergangsfrist gilt, hängt von deren Ausgestaltung ab. Den Verfassungsbestimmungen lassen sich in dieser Hinsicht keine unmittelbaren Vorgaben entnehmen. Damit stehen sie der Einführung von Übergangsfristen nicht entgegen. Im Hinblick auf die Strafbewehrung der Missachtung der neu einzuführenden Vorschriften erscheint es angebracht, allfällige Übergangsfristen nicht allzu kurz zu bemessen. Auf weitere übergangsrechtliche Fragestellungen wird nachfolgend bei den einzelnen zu behandelnden Themenkomplexen eingegangen.

³ DANIEL M. HÄUSERMANN, Aktienrechtliche Umsetzung der «Abzocker»-Initiative: Spielraum und Rechtstechniken, SJZ 108 (2012), 537–545, passim.

⁴ HÄUSERMANN (Fn. 3), passim; DANIEL M. HÄUSERMANN, Strafrechtliche Konsequenzen der Abzocker-INITIATIVE, Jusletter vom 11. Februar 2013, Rz. 4–6. Neben den Initianten (vgl. BRIGITTA MOSER-HARDER, Abzocker-Initiative liegt im internationalen Trend, Jusletter vom 14. Januar 2013, Rz. 10) vertritt namentlich die Literatur regelmässig eine andere Ansicht, siehe z.B. LUKAS HANDSCHIN, «Abzocker-Initiative» ist rechtlich fragwürdig, Finanz und Wirtschaft vom 12. Mai 2010, 25 sowie (weniger deutlich) LUKAS HANDSCHIN, «Schädliche Folgen der Abzockerinitiative», Finanz und Wirtschaft vom 13. November 2010,

19 (implizit und jeweils in Bezug auf die Forderung der Bestrafung von Zuwiderhandlungen).

⁵ Vgl. zum zweitgenannten Aspekt HÄUSERMANN (Fn. 3), 539.

⁶ Im Ergebnis ebenso CHRISTOPH B. BÜHLER, Showdown in der Vergütungsfrage: Volksinitiative «gegen die Abzockerei» oder indirekter Gegenentwurf des Parlaments, GesKR Online Beitrag 1/2012, abrufbar unter <<http://www.geskr.ch/geskr-online>> (letztmals abgerufen am 5. April 2013), 14.

⁷ Art. 1 SchlT ZGB.

⁸ Art. 2 Abs. 1 SchlT ZGB.

Der vom Parlament am 16. März 2012 verabschiedete und der Abzocker-Initiative gegenübergestellte indirekte Gegenvorschlag⁹ wird in der heutigen Form nicht in Kraft treten. Dieser hätte zahlreiche Anliegen der Initiative aufgenommen und auf Gesetzesstufe geregelt. Inwieweit einzelne Bestimmungen des indirekten Gegenvorschlags in die Ausführungsbestimmungen zur Abzocker-Initiative einfließen werden, ist im heutigen Zeitpunkt noch nicht absehbar. Allerdings wird es sich aufdrängen, zumindest jene Normen des indirekten Gegenvorschlags zu übernehmen, die selbst nach Ansicht des Initiativkomitees die Anliegen der Initiative umgesetzt hätten.¹⁰

2. Anwendungsbereich

Nach dem Wortlaut der Verfassungsbestimmung sollen nur die im In- oder Ausland kotierten Schweizer Aktiengesellschaften den neuen Bestimmungen unterworfen werden. Somit sollen die neuen Normen nur für Gesellschaften gelten, die nach Schweizer Recht als Aktiengesellschaft bestehen, d.h. unter dieser Rechtsform in einem kantonalen Handelsregister eingetragen sind. Bei spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften¹¹ ist im Einzelfall aufgrund des Spezialgesetzes zu entscheiden, ob die entsprechenden Vorschriften anwendbar sind. Von vornherein nicht in den Anwendungsbereich der neuen Regelungen fallen hingegen ausländische Gesellschaften sowie Gesellschaften, die nicht als Aktiengesellschaften bestehen.¹² Deshalb ist bei der Redaktion der Ausführungsbestimmungen Vorsicht geboten, dass nicht versehentlich Änderungen im Aktienrecht aufgrund eines dynamischen Verweises z.B. ins Recht der GmbH importiert werden.

⁹ Definitive Fassung des indirekten Gegenvorschlags vom 16. März 2012 (Geschäftsnummer 10.443) (abrufbar unter <<http://www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgeseite/2010/20100443/Schlussabstimmungstext%201%20NS%20D.pdf>>; letztmals abgerufen am 20. Februar 2013). Die entsprechenden Bestimmungen werden nachfolgend als «revOR» zitiert.

¹⁰ Nach Ansicht des Initiativkomitees hat der indirekte Gegenvorschlag weniger als 40% der 24 Anliegen übernommen; vgl. <http://www.abzockerinitiativeja.ch/wp-content/uploads/Synopsis_Ggv.pdf> sowie <<http://www.abzockerinitiativeja.ch/vergleich-gegenvorschlag/>> (jeweils letztmals abgerufen am 20. Februar 2013).

¹¹ Vgl. z.B. die Swisscom AG, die eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss TUG ist.

¹² Bei diesen Gesellschaften wird es regelmässig schon an der Fähigkeit zur Börsenkotierung fehlen.

Weiter sollen die neuen Vorschriften nur auf jene Schweizer Aktiengesellschaften anwendbar sein, die an einer in- oder ausländischen Börse kotiert sind. Damit stellt sich die Frage, wann eine relevante Kotierung vorliegt. Dazu ist einmal erforderlich, dass die Papiere an einer Börse kotiert sind. Als Börse gelten die in der Schweiz zugelassenen Börsen und börsenähnlichen Einrichtungen¹³ sowie ausländische Börsen, die als analoge Einrichtungen zu betrachten sind.¹⁴ In der Schweiz sind momentan die SIX Swiss Exchange AG, die EUREX Zürich AG und die Scoach Schweiz AG als Börsen zugelassen. Als börsenähnliche Einrichtung bewilligt sind die BX Berne eXchange, der Berner Börsenverein und die ICMA International Capital Market Association.¹⁵ Reine Handelsplattformen, bei denen Papiere ohne Zutun der Gesellschaft gehandelt werden, gelten hingegen nicht als Börsen.¹⁶ Eine solche Handelsplattform ist z.B. die elektronische Handelsplattform der Berner Kantonalbank.

Schliesslich stellt sich die Frage, welche Art von Papieren an einer Börse kotiert sein müssen, damit eine Kotierung im Sinne von Art. 95 Abs. 3 BV vorliegt. Infrage kommen insbesondere Aktien, Partizipationsscheine oder Anleiheobligationen. Weil die vorliegenden Bestimmungen primär eine Stärkung des Aktionariats bezwecken, sollten nach der hier vertretenen Auffassung die neuen Regelungen nur zur Anwendung kommen, wenn (auch) stimmberechtigte Beteiligungspapiere – also Aktien – kotiert sind. Hingegen sollten sie keine Anwendung finden auf Gesellschaften, die ausschliesslich Partizipationsscheine oder Anleiheobligationen kotiert haben. Diese Auslegung stimmt z.B. mit der Offenlegungsvorschrift gemäss Art. 663b^{bis} OR überein, welche explizit die Kotierung von Aktien voraussetzt.

¹³ Vgl. Art. 2 Bst. b BEHG und Art. 3 BEHG.

¹⁴ LUKAS GLANZMANN/JEAN NICOLAS DRUEY, in: Jean Nicolas Druey, Gesellschafts- und Handelsrecht, Zürich 2010, § 16 N 5 sowie daneben PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 6 N 53 und 53a; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 44 N 186; ROLF WATTER/KARIM MAIZAR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel/Genf/München 2012, Art. 663b^{bis} N 10.

¹⁵ Vgl. <http://www.finma.ch/institute/pdf_d/dbourses.pdf> (letztmals abgerufen am 20. Februar 2013).

¹⁶ GLANZMANN/Druey (Fn. 14), § 16 N 5 sowie BÖCKLI (Fn. 14), § 6 N 52; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 14), § 44 N 186; WATTER/MAIZAR (Fn. 14), Art. 727 N 9.

3. Entschädigungen

a) Vergütungen

i. Erfasste Vergütungen

Wie schon ihr Name vermuten lässt, sind die Entschädigungen der zentrale Regelungsgegenstand der Abzocker-Initiative. Art. 95 Abs. 3 BV regelt deshalb verschiedene Aspekte der Entschädigung der Organmitglieder. So wird einmal verlangt, dass die Generalversammlung jährlich über die Gesamtsumme aller Vergütungen (Geld und Wert der Sachleistungen) des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirates abstimmt (Art. 95 Abs. 3 Bst. a Satz 1 BV).

Vorab kann festgestellt werden, dass die Initiative explizit nur eine Abstimmung über die Gesamtsumme aller Vergütungen des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirates verlangt. Dies bedeutet, dass keine Genehmigung einzelner Bezüge notwendig sein wird. Es muss also auch in Zukunft nicht separat über das Honorar des Verwaltungsratspräsidenten oder des CEO abgestimmt werden, sondern nur über die Gesamtsumme der an den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung bzw. den Beirat ausgerichteten Vergütung.

Klar dürfte sein, dass der Begriff «aller Vergütungen» umfassend zu verstehen ist, d.h. sämtliche Leistungen der Gesellschaft umfasst. Der indirekte Gegenvorschlag verstand darunter (i) Honorare, Löhne, Bonifikationen und Gutschriften; (ii) Tantiemen, Beteiligungen am Umsatz und andere Beteiligungen am Geschäftsergebnis; (iii) Sachleistungen; (iv) die Zuteilung von Beteiligungen, Wandel- und Optionsrechten; (v) Abgangsschädigungen und Antrittsprämien; (vi) Bürgschaften, Garantieverpflichtungen, Pfandbestellungen zu Gunsten Dritter und andere Sicherheiten; (vii) der Verzicht auf Forderungen; (viii) Aufwendungen, die Ansprüche auf Vorsorgeleistungen begründen oder erhöhen; sowie (ix) sämtliche Leistungen für zusätzliche Arbeiten.¹⁷

ii. Vergütung des Verwaltungsrats

Aus einer rein rechtlichen Sicht ist nicht zu beanstanden, dass die Generalversammlung über die Gesamtvergütung des Verwaltungsrats be-

¹⁷ Art. 731f Abs. 2 revOR. Die Offenlegungsnorm nach Art. 663b^{bis} Abs. 2 OR enthält die gleiche Definition, ausser dass die Antrittsprämien nicht ausdrücklich erwähnt werden.

schliessen muss.¹⁸ Die Generalversammlung ist das einzige Organ, das diesbezüglich keinen Interessenkonflikt aufweist.¹⁹ Dies bedeutet aber noch nicht, dass eine entsprechende Regelung auch sinnvoll umgesetzt werden kann. Der indirekte Gegenvorschlag hatte dieses Anliegen ebenfalls aufgenommen und eine entsprechende Regelung enthalten. Danach hätte die Generalversammlung jährlich über den Gesamtbetrag (i) der Grundvergütung für die Dauer bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung sowie (ii) der zusätzlichen Vergütung für das abgeschlossene Geschäftsjahr beschliessen müssen.²⁰

In der Praxis wird diese Genehmigungskompetenz bedeutende strukturelle Nachteile haben: Lehnt die Generalversammlung die Grundvergütung ab, so können Personen, die noch nicht gewählt sind, ihre Kandidatur zurückziehen oder eine bereits erfolgte Wahl ablehnen. In den Folgejahren müsste ein Verwaltungsratsmitglied allenfalls seinen Rücktritt erklären, wenn die Generalversammlung die von ihm geforderte Grundvergütung verweigert. Schlichtweg der Willkür der Generalversammlung ausgesetzt ist der Verwaltungsrat zudem bezüglich der zusätzlichen Vergütung für das abgelaufene Geschäftsjahr, denn die Gesellschaft kann sich nicht gültig verpflichten, eine solche auszurichten; die Generalversammlung hat immer die Möglichkeit, ihre Genehmigung zu verweigern. Doch selbst wenn die Generalversammlung eine Vergütung genehmigt, hat jeder Aktionär das Recht, den Generalversammlungsbeschluss während zwei Monaten anzufechten.²¹ Damit besteht das Risiko, dass selbst ein zustimmender Generalversammlungsbeschluss nie in Kraft treten wird. Die Verwaltungsratsmitglieder müssen deshalb im Falle einer Anfechtung entscheiden, ob sie zurücktreten oder das für die Dauer des Anfechtungsverfahrens anhaltende Risiko eingehen wollen, dass sie die zugesprochene Vergütung nie erhalten werden. In der Regel dürfte eine solche Anfechtung, wie auch ein etwaiger Rücktritt von Verwaltungsratsmitgliedern, negative Auswirkungen auf die Gesellschaft haben.

¹⁸ Bemerkenswert ist, dass bei der GmbH die Festsetzung der Entschädigung der Geschäftsführer schon bis anhin eine unübertragbare Befugnis der Gesellschafterversammlung war (Art. 804 Abs. 2 Ziff. 6 OR).

¹⁹ Der Verwaltungsrat befände sich demgegenüber in einer ähnlichen Konstellation wie bei einer Selbstkontrahierung (statt vieler BÜHLER (Fn. 6), 5).

²⁰ Art. 731j Abs. 1 revOR. Diese Regelung des indirekten Gegenvorschlags wurde vom Initiativkomitee als voll befriedigend beurteilt (vgl. die Quellen in Fn. 10).

²¹ Art. 706 f. OR.

iii. Vergütung der Geschäftsleitung

Nicht sachgerecht ist, dass die Generalversammlung über die Vergütung der Geschäftsleitung befinden soll. Diese gehört zur ureigensten Organisationspflicht des Verwaltungsrats, weil er das vorgesetzte Organ der Geschäftsleitung ist und diesbezüglich auch nicht systematisch über Interessenkonflikte verfügt.²² Auch wenn es in der Vergangenheit zu viele Beispiele gab, bei denen dieses Hierarchieverhältnis nicht wirklich erkennbar war, ist bedauerlich, dass nun sprichwörtlich das Kind mit dem Bade ausgeschüttet worden ist. Die strukturellen Probleme dieser Genehmigungskompetenz sind noch grösser als diejenigen bei der Vergütung des Verwaltungsrats. Unklar erscheint z.B., wie zu verfahren ist, wenn während des Jahres die Summe der Gesamtvergütung der Geschäftsleitung erhöht werden muss, weil diese mit neuen Mitgliedern ergänzt wird oder ein neuer CEO bestellt werden muss, der nur zu einem höheren Salär erhältlich ist. Man wird wohl nicht darum herumkommen, in diesem Fall eine Generalversammlung einzuberufen, ausser der Verwaltungsrat hätte sich das entsprechende zusätzliche Salär auf Vorrat genehmigen lassen. Eine weitere Frage ist, wie sich die Genehmigungskompetenz der Generalversammlung im Verhältnis zu etwaigen arbeitsrechtlichen Ansprüchen verhält. Diesbezüglich ist davon auszugehen, dass der Verwaltungsrat wegen fehlender Vertretungsmacht keine der Genehmigungskompetenz entgegenlaufenden Verträge abschliessen kann. Damit kann kein entsprechender Vertrag zustande kommen und das Geschäftsleitungsmitglied kann auch keine Ansprüche geltend machen. Dies zeigt aber auch, dass eine Schweizer Publikumsgesellschaft durch die neuen Regelungen nicht an Attraktivität als Arbeitgeber gewinnen wird;²³ leider wird dies auch für die grosse Mehrheit der betroffenen Gesellschaften gelten, bei denen «Abzockerei» überhaupt kein Thema ist.

iv. Vergütung des Beirats

Die Genehmigung der Gesamtvergütung des Beirats wird von kleiner praktischer Relevanz sein, weil dieses «Organ» wenig verbreitet ist. Durch die separate Regelung ist immerhin klargestellt, dass die Vergütungsbestimmungen des Verwaltungsrats nicht durch die Bestellung eines Beirats umgangen werden können.

²² Vgl. BÜHLER (Fn. 6), 5 f.

²³ Gl.M. zu den vorgenannten Aspekten BÜHLER (Fn. 6), 6.

v. Übergangsrecht

Bei den Vergütungen ist in übergangsrechtlicher Hinsicht zu unterscheiden, ob die Vergütungen vor oder nach dem Inkrafttreten der neuen Ausführungsbestimmungen²⁴ begründet werden.

Auf Vergütungen, die nach Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen begründet werden, können die neuen Regelungen ohne Weiteres angewendet werden. Zu beachten ist aber, dass die entsprechenden Regelungen erst nach einer angemessenen Übergangsfrist anwendbar sein sollten, weil die Gesellschaft eine gewisse Zeit für die Vorbereitung der Beschlussfassung benötigen wird. Dabei kann auf die Übergangsbestimmungen des indirekten Gegenvorschlags zurückgegriffen werden. Deren Art. 3 Abs. 1 stipulierte, dass die Vorschriften zur Genehmigung des Gesamtbetrags der Grundvergütung der Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates spätestens an der ersten ordentlichen Generalversammlung, die mindestens sechs Monate nach dem Inkrafttreten der neuen Bestimmungen stattfindet, Anwendung finden.

Fraglich ist demgegenüber, wie diejenigen Vergütungen zu behandeln sind, die bereits vor Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen begründet worden sind. Da eine Rückwirkung vorliegend ausgeschlossen wird,²⁵ müssen entsprechende Verträge grundsätzlich gültig bleiben und sind von der Gesellschaft auch nach Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen zu erfüllen.

b) Unzulässige Leistungen

i. Im Allgemeinen

Art. 95 Abs. 3 Bst. b Satz 1 BV enthält eine Liste von Leistungen, die nicht an Organmitglieder ausgerichtet werden dürfen. So dürfen Organmitglieder keine Abgangs- oder andere Entschädigung, keine Vergütung im Voraus, keine Prämie für Firmenkäufe und -verkäufe und keinen zusätzlichen Berater- oder Arbeitsvertrag von einer anderen Gesellschaft der Gruppe erhalten.

²⁴ Vgl. dazu oben A.1.b.

²⁵ Vgl. oben A.1.b.

ii. Betroffene Organmitglieder

Vorab stellt sich die Frage, wer alles Organmitglied ist. Aufgrund der Struktur von Art. 95 Abs. 3 BV ist davon auszugehen, dass nicht nur die Mitglieder des Verwaltungsrats, sondern auch jene der Geschäftsleitung und des Beirats als Organmitglieder zu gelten haben. An anderer Stelle nimmt nämlich die Verfassungsbestimmung ausdrücklich auf diese drei Organe Bezug.²⁶ Zudem werden auch in der Lehre die Organe in formelle und materielle Organe unterteilt, wobei als formelle Organe die Verwaltungsratsmitglieder und als materielle Organe die Geschäftsleitungsmitglieder gemeint sind.²⁷ Nicht unter diese Bestimmung fallen dürften hingegen faktische Organe. Es kann nicht sein, dass ein Berater, der in einem späteren Verantwortlichkeitsprozess als faktisches Organ qualifiziert wird, sein Honorar zurückgeben muss, weil sein Beratervertrag ungültig war. Selbstverständlich gilt dies nur solange, als nicht eine Umgehung der fraglichen Normen beabsichtigt wird; es wäre natürlich nicht zulässig, sich nicht in den Verwaltungsrat oder die Geschäftsleitung wählen zu lassen, aber dennoch die Geschäfte zu führen, bloss um nicht in den Anwendungsbereich dieser Bestimmungen zu fallen.

iii. Abgangs- und andere Entschädigungen

Beim Verbot von Abgangs- und anderen Entschädigungen stellt sich weiter die Frage, was alles «andere Entschädigungen» sind. Damit kann sicher nicht gemeint sein, dass sämtliche Entschädigungen unzulässig sind, sondern es muss sich um Entschädigungen handeln, die Abgangsent-schädigungen ähnlich sind. Der Wortlaut der Bestimmung müsste deshalb korrekterweise «Abgangs- und ähnliche Entschädigungen» lauten.

Leider haben Abgangsent-schädigungen in jüngster Zeit wieder negative Schlagzeilen gemacht. Grundsätzlich ist zu beachten, dass Abgangsent-schädigungen auch unter bisherigem Recht nur zulässig waren, wenn sie im Interesse der Gesellschaft ausgerichtet worden sind.²⁸ In welchen Fäl-

²⁶ Vgl. Art. 95 Abs. 3 Bst. a Satz 1 BV und oben A.3.a.i.

²⁷ Siehe z.B. ALEXANDER VOGEL, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft, Diss. St. Gallen, Bern 1997, 261. Die Terminologie ist indes uneinheitlich (siehe die Übersicht bei STEFAN KNOBLOCH, Die zivilrechtlichen Risiken der Banken in der sanierungsbedürftigen Unternehmung, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2006, 166–168).

²⁸ BÖCKLI (Fn. 14), § 13 N 250.

len diese Voraussetzungen erfüllt waren, kann dahingestellt bleiben.²⁹ Es ist bedauerlich, dass die Gerichte nie Gelegenheit hatten, die Rechtmässigkeit ausgerichteter Abgangsent-schädigungen zu beurteilen. Denn wenn der Zulässigkeit von Abgangsent-schädigungen schon früher klare Grenzen gesetzt worden wären, hätte dies vielleicht nicht zum jetzigen totalen Verbot geführt. Dieses absolute Verbot auf Verfassungsstufe, das nach der Umsetzung zudem noch strafbewehrt sein wird, ist nämlich unter keinem Titel vertretbar, denn es sind durchaus Fälle denkbar, in denen die Ausrichtung einer Abgangsent-schädigung berechtigt sein kann.³⁰

Auch die Umgehung der Abgangsent-schädigung durch «nachvertragliche Konkurrenzverbote» oder andere Konstrukte dürfte unter dem neuen Regime schwierig sein.³¹ Wird die Verfassungsbestimmung ihrem Wortlaut gemäss umgesetzt,³² dann ist zu beachten, dass sich die verantwortlichen Personen strafbar machen können, wenn ein Gericht zum Schluss gelangt, dass es sich dabei um eine «andere Entschädigung» handelt.

iv. Vergütungen im Voraus

Das Verbot von Vergütungen im Voraus erfasst insbesondere die Vorauszahlung von Lohn. Diese Art von Vorausvergütung ist in der Praxis eher unüblich und hat insbesondere im Fall von Herrn Corti, welcher

²⁹ Kritisch zum Bestehen eines derartigen Interesses etwa ROLAND MÜLLER, Honorierung von Verwaltungsräten aus rechtlicher Sicht, ZBJV 147 (2011), 113–144, 126 f.

³⁰ GL.M. CHRISTOPH B. BÜHLER, Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und Gegenentwürfe, in: Rolf Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, eine Standortbestimmung per Ende 2010, Zürich/St. Gallen 2010, 247–283, 276 und DANIEL M. HÄUSERMANN, Auf dem Weg zur Aktionärsbürokratie?, Eine kritische Analyse des indirekten Gegenvorschlags zur «Abzocker»-Initiative, Jusletter vom 19. März 2012, Rz. 7.

³¹ In der Presse wird demgegenüber unter Bezugnahme auf nicht namentlich genannte Juristen eine andere Ansicht vertreten. Siehe NZZ Online, Könnte die Minder-Initiative das «Vasella-Konstrukt» verhindern?, abrufbar unter <<http://www.nzz.ch/aktuell/wirtschaft/wirtschaftsnachrichten/koennte-die-minder-initiative-das-vasella-konstrukt-verhindern-1.18004900>> (letztmals abgerufen am 20. Februar 2013).

³² Vgl. zur Umsetzung oben A.1.b.

unter anderem als Auslöser für die Abzocker-Initiative gilt³³, für öffentliche Irritation gesorgt.³⁴

Fraglich ist, ob beim sog. «Sign-up Bonus» ebenfalls eine Vorausvergütung vorliegt, denn dieser ist eine Entschädigung für den Stellenantritt.³⁵ Es geht dabei darum, das neu angestellte Organmitglied für etwas zu entschädigen, das es beim bisherigen Arbeitgeber aufgrund des Stellenwechsels aufgibt. In der Regel werden dadurch Ansprüche aus einem Beteiligungsprogramm oder auf einen Bonus abgegolten, die aufgrund des Stellenwechsels nicht mehr realisiert werden können.³⁶ Sofern eine solche Antrittsprämie mit dem Stellenantritt fällig wird, kann mit guten Gründen die Ansicht vertreten werden, dass es sich dabei um keine Vorausvergütung handelt. In diesem Sinne hat der indirekte Gegenvorschlag zwischen Vorausvergütung und Antrittsprämie differenziert.³⁷ Kritisch wird es hingegen, wenn eine Antrittsprämie eine Zeitkomponente beinhaltet, indem sie z.B. bei Beendigung des Arbeitsvertrags rückzahlbar ist, wobei der geschuldete Rückzahlungsbetrag mit der Dauer des Arbeitsvertrages abnimmt. Was man einem Unternehmen aber wohl zugestehen muss, ist, dass die Antrittsprämie nur fällig wird, wenn das entsprechende Organ mindestens eine bestimmte Zeit gearbeitet hat. Selbstverständlich handelt es sich aber auch bei der Antrittsprämie um eine genehmigungspflichtige Vergütung.

v. Transaktionsprämien

Auch das Verbot von Transaktionsprämien ist in der beschlossenen Absolutheit nicht nachvollziehbar. Insbesondere ist nur schwer verständlich, weshalb beim Verkauf eines Unternehmensteils kein Anreiz für die verantwortlichen Personen geschaffen werden darf.³⁸ Es ist leicht nachvollziehbar, dass z.B. ein Geschäftsleitungsmitglied, das seinen eigenen Be-

³³ Siehe das Interview mit Herrn Ständerat Minder, dem Initianten der Abzocker-Initiative («Ich habe schon eine halbe Million Franken in die Initiative investiert», Berner Zeitung vom 25. Januar 2013, 12).

³⁴ Vgl. statt vieler: Wann ist ein Manager-Salär unanständig?, Finanz und Wirtschaft vom 20. März 2002, 28; Corti kassierte 12 Millionen, Sonntags-Zeitung vom 27. Januar 2002, 1.

³⁵ Vgl. BBl 2010 8253, 8278 (Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates).

³⁶ Vgl. HÄUSERMANN (Fn. 30), Rz. 10.

³⁷ Siehe Art. 731l Abs. 1 Ziff. 2 revOR vs. Art. 731f Abs. 2 Ziff. 5 revOR und BBl 2010 8253, 8278 (Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates).

³⁸ Gl.M. HÄUSERMANN (Fn. 30), Rz. 11.

reich verkaufen muss, nur mässig motiviert sein dürfte. Deshalb könnte ein Anreiz in Form einer Prämie für diese Person durchaus im Interesse der Gesellschaft – und damit auch der Aktionäre – liegen, wenn dadurch ein besseres Verkaufsergebnis erzielt werden kann.

vi. Berater- oder Arbeitsverträge mit anderen Gruppengesellschaften

Schliesslich will die Verfassungsbestimmung auch unterbinden, dass Organmitglieder einen Berater- oder Arbeitsvertrag mit einer anderen Gruppengesellschaft abschliessen dürfen. Der Zweck dieser Bestimmung besteht vermutlich darin, dass ein Organmitglied keine Vergütungen erhält, die nicht von der Generalversammlung als Teil der «Gesamtsumme aller Vergütungen» genehmigt wurden. Leider hat diese Bestimmung aber primär einen erheblichen Einfluss auf die Organisationsfreiheit im Konzern. Die Organe sind nun nicht mehr frei, mit welchen Gesellschaften sie einen Arbeitsvertrag abschliessen. So soll es nicht mehr möglich sein, dass der Delegierte des Verwaltungsrats gleichzeitig einen Arbeitsvertrag mit der Managementgesellschaft hat. Und der CEO darf nicht mehr gleichzeitig von zwei operativen Gesellschaften angestellt sein. Diese Beschränkung der Organisationsfreiheit ist nicht nachvollziehbar, insbesondere weil das Problem anders gelöst werden könnte. In den Ausführungsbestimmungen sollte aus diesem Grund klargestellt werden, dass die Generalversammlung über sämtliche direkten oder indirekten Vergütungen zu beschliessen hat. Damit könnte auf das heikle Verbot der zusätzlichen Arbeits- und Beraterverträge mit anderen Gruppengesellschaften verzichtet werden, ohne dadurch zusätzliche Zahlungen, die nicht von der Generalversammlung genehmigt werden, zu ermöglichen. Dies wäre namentlich ein Gewinn für die Organisationsfreiheit im Konzern.

vii. Übergangsrecht

Hinsichtlich des Übergangsrechts kann auf die bereits gemachten Ausführungen zu den zulässigen Vergütungen verwiesen werden.³⁹

³⁹ Vgl. oben A.3.a.v.

c) Kredite, Darlehen und Renten

In der Verfassungsbestimmung wird weiter verlangt, dass die Statuten die Höhe der Kredite, Darlehen und Renten an die Organmitglieder sowie deren Erfolgs- und Beteiligungspläne regeln (Art. 95 Abs. 3 Bst. c BV).

Die statutarische Regelung von Krediten und Darlehen dürfte wohl eher unproblematisch sein, da solche Geschäfte in der Praxis selten vorkommen. Mehr als seltsam mutet hingegen an, dass die Renten sowie die Erfolgs- und Beteiligungspläne in den Statuten geregelt werden müssen. Dabei kann wohl nicht beabsichtigt sein, dass ganze Rentenreglemente in die Statuten aufzunehmen sind. Es muss genügen, wenn die Kriterien für die Ausrichtung sowie die Grundsätze für die Festlegung der Höhe von Renten in den Statuten festgeschrieben werden.⁴⁰ Das Gleiche muss für die Erfolgs- und Beteiligungspläne gelten. Solche Pläne zeichnen sich üblicherweise durch eine gewisse Komplexität und damit auch durch einen gewissen Umfang aus. Aus diesem Grund muss es genügen, wenn die Eckwerte eines Beteiligungsprogramms in den Statuten enthalten sind, während die Details in einem separaten Reglement geregelt werden können. Es ist klar, dass jede noch so geringfügige Änderung dieser Pläne, welche die Statuten betreffen, eine von der Generalversammlung zu beschliessende und öffentlich zu beurkundende Statutenänderung nach sich zieht; ob dies dem Schutz der Aktionäre und einer nachhaltigen Unternehmensführung dient, darf bezweifelt werden.⁴¹

Übergangsrechtlich kann auf die Ausführungen im Zusammenhang mit den Vergütungen verwiesen werden.⁴²

4. Wahlen und Abstimmungen

a) Jährliche Wahlen

Die neue Verfassungsbestimmung verlangt, dass die Generalversammlung jährlich den Verwaltungsratspräsidenten und einzeln die Mitglieder des Verwaltungsrats und des Vergütungsausschusses sowie den unabhängigen Stimmrechtsvertreter wählt (Art. 95 Abs. 3 Bst. a BV).

⁴⁰ Im indirekten Gegenvorschlag wäre dies im Vergütungsreglement geregelt worden. Vgl. Art. 731d Abs. 2 Ziff. 5 revOR.

⁴¹ Kritisch zum Ganzen auch BÜHLER (Fn. 6), 7.

⁴² Vgl. oben A.3.a.v.

Die Regelung, dass der Verwaltungsratspräsident und die Mitglieder des Verwaltungsrats einzeln zu wählen sind, ist wenig problematisch. Will sich ein Verwaltungsrat nur in globo wählen lassen, dann haben die einzelnen Mitglieder die Möglichkeit, ihre Wahlannahme von der Wahl der übrigen Mitglieder abhängig zu machen.

Die Pflicht, jährlich zu wählen, bedeutet nicht, dass die Amtsdauer jeweils nur ein Kalenderjahr dauert. Vielmehr muss eine Wahl an der jeweiligen ordentlichen Generalversammlung ausreichend sein. Weil die Generalversammlung innerhalb von sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres durchzuführen ist,⁴³ kann eine Amtsdauer also auch länger als zwölf Monate dauern. Die Verfassungsbestimmung zielt somit nicht darauf ab, mittelbar eine feste Periodizität der ordentlichen Generalversammlung im Sinne einer Maximalfrist von einem Jahr einzuführen. Würde eine solche Zielsetzung verfolgt, so hätte die Verfassungsbestimmung einen anderen Wortlaut aufweisen müssen. Sollte eine Gesellschaft das Ende ihres Geschäftsjahres z.B. vom Juni oder September auf den Dezember verlegen und in der Übergangsphase ein sog. Langjahr haben, dann ist es auch in Zukunft zulässig, dass in einem Kalenderjahr keine ordentliche Generalversammlung und damit auch keine Wahlen stattfinden.

Die starre Regelung der jährlichen Wahl ist hingegen zu bedauern. Eine Amtszeitbeschränkung auf ein Jahr liegt zwar im Trend,⁴⁴ jedoch nicht Interesse der Gesellschaft.⁴⁵ Einerseits können Verwaltungsratsmitglieder durch die Generalversammlung jederzeit abberufen werden.⁴⁶ Die Generalversammlung kann also ihr Kontrollrecht jederzeit durch Abwahl wahrnehmen und muss nicht auf die Möglichkeit einer Nicht-Wiederwahl warten. Andererseits ist zu beachten, dass gerade in Krisensituationen eine Kontinuität der Mandatsträger wünschenswert sein kann. Ein Rücktritt zur Unzeit wird gemeinhin sogar als Haftungsgrund angenommen. Läuft nun ein Mandat am Ende einer einjährigen Periode aus, so kann nicht von einem Rücktritt zur Unzeit die Rede sein, wenn sich ein Mitglied nicht mehr wählen lässt. Auch könnte es einem Verwaltungsratsmitglied schwerlich als sorgfaltspflichtwidriges Verhalten ange-

⁴³ Art. 699 Abs. 2 OR.

⁴⁴ Schon der Entwurf der grossen Aktienrechtsrevision (vgl. BBl 2008 1751–1818) hat eine einjährige Amtsdauer vorgeschlagen (vgl. Art. 710 Abs. 1 E-OR).

⁴⁵ Die Literatur steht der Bestimmung ebenfalls kritisch gegenüber. Siehe statt vieler BÜHLER (Fn. 30), 267 f.; BÜHLER (Fn. 6), 8 f. sowie PETER BÖCKLI, Aktienrechtsrevision: Die Zwangsjacke wird enger geschnürt, GesKR 2011, 8–13, 10.

⁴⁶ Art. 705 Abs. 1 OR.

lastet werden, wenn es sich für eine Wiederwahl nicht zur Verfügung stellt. Somit wird es den Verwaltungsratsmitgliedern in rein faktischer Hinsicht erleichtert, sich in Zeiten der Krise von der Gesellschaft zu verabschieden.⁴⁷ Unter diesem Aspekt wäre eine sog. «*Staggered-board*»-Struktur, bei der jedes Jahr ein Drittel der Verwaltungsratsmitglieder für eine Periode von drei Jahren neu gewählt wird, am vorteilhaftesten. Diese verbreitete Struktur dürfte in Zukunft jedoch unzulässig sein.⁴⁸ Es erscheint naheliegend, dass damit auch nicht ein langfristiges Denken der Verwaltungsratsmitglieder gefördert wird.

Ebenfalls infrage zu stellen ist die Pflicht, die Mitglieder des Vergütungsausschusses von der Generalversammlung wählen zu lassen. Dazu muss vorab festgehalten werden, dass aus dieser Bestimmung keine Pflicht zur Bestellung eines Vergütungsausschusses abgeleitet werden darf. Grundsätzlich steht es einer Gesellschaft nämlich frei, wie sie sich organisieren will. Sofern eine Gesellschaft jedoch einen Vergütungsausschuss hat, wird sie dessen Mitglieder in Zukunft von der Generalversammlung wählen lassen müssen. Diese Vorgabe ist ein unnötiger Eingriff in die Organisationsfreiheit des Verwaltungsrats.⁴⁹ Fraglich ist zudem, ob eine Wahl durch die Generalversammlung auch notwendig sein wird, wenn die klassischen Aufgaben des Vergütungsausschusses einem anderen Verwaltungsratsausschuss zugewiesen sind. Es gibt zahlreiche Gesellschaften, bei denen dies schon lange so ist.

Schliesslich muss die Generalversammlung in Zukunft auch jährlich den unabhängigen Stimmrechtsvertreter wählen. Üblicherweise dürfte dieser vom Verwaltungsrat zur Wahl vorgeschlagen werden.

Übergangsrechtlich ist zwischen der Wahl von Personen, deren Amtsperiode innert eines Jahres nach dem Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen abläuft und den übrigen Personen zu unterscheiden. Hinsichtlich der erstgenannten Kategorie ergeben sich keine besonderen übergangsrechtlichen Fragestellungen, da in keine bestehende Rechtsposition eingegriffen wird. Anders ist die Lage bei den übrigen betroffenen Personen zu beurteilen. Aufgrund der Unzulässigkeit der Rückwirkung⁵⁰ sollten deren Amtsperioden – auch wenn diese noch mehrere

⁴⁷ PETER FORSTMOSER, «Say-on-Pay»: Volksinitiative und Gegenvorschlag, SJZ 108 (2012), 337–350, 345.

⁴⁸ Vgl. EMANUEL SCHIWOW/HANS-UELI VOGT/KARIN WIEDMER, Die Aktienrechtsrevision unter Corporate-Governance-Aspekten, AJP 2009, 1359–1388, 1373.

⁴⁹ Gl.M. BÜHLER (Fn. 30), 266.

⁵⁰ Vgl. oben A.1.b.

Jahre dauern – ordentlich zu Ende laufen und nicht etwa mit Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen einfach auf ein Jahr gekürzt werden.

Für die erstmalige Wahl der Mitglieder des Vergütungsausschusses sowie des unabhängigen Stimmrechtsvertreters sollte zudem der Gesellschaft eine genügende Vorlaufzeit gewährt werden, damit sie die Generalversammlung entsprechend vorbereiten kann.

b) Stimmrechtsvertretung

Art. 95 Abs. 3 Bst. a letzter Halbsatz BV untersagt die Organ- und Depotstimmrechtsvertretung. In Zukunft wird es also nur noch den unabhängigen Stimmrechtsvertreter⁵¹ oder die Vertretung durch einen Dritten geben. Bemerkenswert ist, dass die Verfassungsbestimmung im Gegensatz zum indirekten Gegenvorschlag⁵² das Instruktionsverfahren des unabhängigen Stimmrechtsvertreters nicht regelt. Ebenso wenig enthält sie ein Verbot, die Vertretung an der Generalversammlung auf andere Aktionäre zu beschränken.⁵³ Allerdings ist davon auszugehen, dass die Ausführungsgesetzgebung die detaillierten Regelungen zur Stimmrechtsvertretung des indirekten Gegenvorschlags zumindest teilweise übernehmen wird.

Nach der hier vertretenen Meinung ist die Abschaffung des Organvertreters wenig einschneidend, denn ob ein Aktionär seine Stimminstruktionen dem Organvertreter oder dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter sendet, macht für ihn keinen Unterschied. Der Verzicht auf die Depotstimmrechtsvertretung dürfte ebenfalls keine grossen Folgen haben, denn ausser bei Banken hat die Relevanz dieser Art von Stimmrechtsvertretung in den letzten Jahren stark abgenommen.

Übergangsrechtlich ist zu beachten, dass diese Regelung stufenweise angewandt werden sollte: Die Aufhebung der Organ- sowie der Depotvertretung kann nach einer angemessenen Übergangsfrist ohne Weiteres in Kraft treten. Der unabhängige Stimmrechtsvertreter kann hingegen sein Amt erst nach der ordentlichen Generalversammlung, an der er gewählt wird, ausüben.⁵⁴ Deshalb muss der Verwaltungsrat für jede vorher stattfindende Generalversammlung einen unabhängigen Stimmrechtsvertre-

⁵¹ Zu dessen Wahl vgl. oben A.4.a.

⁵² Vgl. Art. 689c revOR.

⁵³ Vgl. Art. 689 Abs. 2 OR.

⁵⁴ Vgl. dazu oben A.4.a.

ter benennen, sofern die Generalversammlung nicht schon früher einen solchen gewählt hat. Diese Regelung entspricht Art. 4 der Übergangsbestimmungen des indirekten Gegenvorschlags.

c) *Elektronische Fernabstimmung*

Die neue Verfassungsbestimmung verlangt, dass die Aktionäre elektronisch fernabstimmen können (Art. 95 Abs. 3 Bst. a Satz 4 erster Halbsatz BV).

Bereits der indirekte Gegenvorschlag hat dieses Anliegen zu einem Teil aufgenommen. Dabei hat er dieses aber wohl zu Recht skeptisch beurteilt und die elektronische Fernabstimmung an zahlreiche Vorgaben geknüpft.⁵⁵ Meines Erachtens könnte zwar auf die im indirekten Gegenvorschlag enthaltene Bedingung, dass die Voten der fernabstimmenden Aktionäre durch elektronische Mittel am Tagungsort übertragen werden können,⁵⁶ verzichtet werden. Hingegen wird sich die Frage stellen, wer für das Funktionieren der Fernabstimmung verantwortlich ist und welches die Folgen eines Ausfalls dieser Systeme sind. Der indirekte Gegenvorschlag sah diesbezüglich richtigerweise vor, dass die Generalversammlung wiederholt werden muss, wenn sie aufgrund technischer Probleme nicht nach Massgabe des Gesetzes und der Statuten durchgeführt werden kann.⁵⁷ Schliesslich wird sich auch die Frage stellen, wie die Teilnehmer identifiziert werden sollen und ob die elektronische Fernabstimmung auch bei Beschlüssen, die notariell beglaubigt werden müssen, zulässig sein soll.

Es ist nicht zu verkennen, dass eine zwangsweise Einführung der elektronischen Fernabstimmung für zahlreiche Gesellschaften zu erheblichen Mehrkosten bei der Durchführung der Generalversammlung führen wird. Gleichzeitig ist es insbesondere bei kleineren Gesellschaften fraglich, welchen Mehrwert diese Form der Durchführung der Generalversammlung hat. Dies gilt umso mehr, wenn eine Gesellschaft über einen Mehrheitsaktionär verfügt. Aus diesem Grund sollte das Gesetz zwar ermöglichen, dass die Aktionäre elektronisch fernabstimmen können; es sollte dies jedoch nicht zur Pflicht machen, denn bei vielen Ge-

⁵⁵ Vgl. Art. 701a revOR.

⁵⁶ Art. 701a Ziff. 3 revOR.

⁵⁷ Art. 701d revOR.

sellschaften wird der damit verbundene Aufwand in keinem Verhältnis zum erreichten Nutzen stehen.

Die erstmalige Ermöglichung der elektronischen Fernabstimmung dürfte aufseiten der Gesellschaft einen nicht unerheblichen zeitlichen Aufwand verursachen. Es erscheint aus diesem Grund angezeigt, dass die Ausführungsbestimmungen eine angemessene Übergangsfrist gewähren.

d) *Abstimmung durch die Pensionskassen*

i. *Betroffene Pensionskassen*

Schliesslich stipuliert Art. 95 Abs. 3 Bst. a Satz 4 BV, dass die Pensionskassen im Interesse ihrer Versicherten abstimmen und offenlegen, wie sie gestimmt haben.

Vorab stellt sich die Frage, welche Pensionskassen überhaupt von dieser Vorschrift erfasst werden sollen. Ein Regelungsbedarf lässt sich eigentlich nur für die Pensionskasse des jeweiligen Unternehmens ausmachen.⁵⁸ In diesem Fall besteht tatsächlich das Risiko, dass die Pensionskasse ihr Stimmrecht nicht im Interesse ihrer Versicherten ausübt.⁵⁹ Allerdings dürfte es nicht die Meinung der Initiative sein, nur die jeweils eigene Pensionskasse den neuen Regelungen zu unterwerfen. Deshalb werden die entsprechenden Pflichten von allen Pensionskassen zu beachten sein. Als Pensionskasse sind dabei Vorsorgeeinrichtungen und Anlagestiftungen gemäss BVG zu verstehen,⁶⁰ hingegen nicht z.B. ausländische Einrichtungen, die nicht dem BVG unterstehen. Dies ergibt sich daraus, dass die neuen Normen primär die Destinatäre der Pensionskasse schützen sollen⁶¹ und es nicht im Interesse der Schweiz liegen kann, die Destinatäre ausländischer Pensionskassen zu schützen. Abgesehen davon stellte sich auch in besonderem Mass noch die Frage, wie die entsprechenden Normen gegenüber solchen Pensionskassen durchgesetzt werden könnten.

⁵⁸ Vgl. zu Anlagen beim Arbeitgeber Art. 57 BVV2. Ob solche Anlagen aus rechtspolitischer und ökonomischer Sicht überhaupt zulässig sein sollten, darffüglich bezweifelt werden.

⁵⁹ A.M. HÄUSERMANN (Fn. 30), Rz. 61, nach dem kaum derartige Interessenkonflikte auszumachen sind.

⁶⁰ Vgl. HÄUSERMANN (Fn. 4), Rz. 12 und Fn. 30.

⁶¹ Vgl. sogleich unten.

Weil es bei der betreffenden Verfassungsbestimmung offenkundig um den Schutz der Versicherten geht, sollten auch all jene Vorsorgeeinrichtungen, die definitionsgemäss über keine eigentlichen Versicherten verfügen, nicht den neuen Pflichten unterliegen. Dies gilt für rein patronale Vorsorgeeinrichtungen, deren Vermögen ausschliesslich durch den Arbeitgeber geäufnet wurde (z.B. patronale Wohlfahrtsfonds).

Nicht von der Verfassungsbestimmung erfasst werden dürfte der AHV-Ausgleichsfonds, da er sich nicht unmittelbar unter den Begriff der Pensionskasse subsumieren lässt.⁶²

ii. Neue Pflichten

In der Diskussion zur Abzocker-Initiative wurde oft die Auffassung vertreten, dass die Pensionskassen in Zukunft eine Stimmpflicht hätten.⁶³ Meines Erachtens kann dies zumindest aufgrund des Wortlauts der neuen Verfassungsbestimmung nicht zwingend gefolgert werden. Sollte die Norm eine Stimmpflicht begründen, so hätte dies z.B. mit folgendem Wortlaut ausgedrückt werden müssen: «Die Pensionskassen sind verpflichtet, ihr Stimmrecht an der Generalversammlung auszuüben, wobei sie im Interesse ihrer Versicherten abstimmen und ...». Nach der hier vertretenen Meinung verlangt also die von Volk und Ständen beschlossene Bestimmung einzig, dass die Pensionskassen, wenn sie abstimmen, ihr Stimmrecht im Interesse ihrer Versicherten – also der Destinatäre – ausüben müssen. Eine Stimmpflicht ergibt sich dann einzig, wenn Stimmabstinenz die Interessen der Versicherten verletzen würde. Diese Pflicht ergibt sich allerdings schon aus dem geltenden Recht.⁶⁴

In der Praxis dürfte sich auch die Frage stellen, wer sich auf die neuen Pflichten der Pensionskassen berufen kann. Aufgrund des Wortlauts der Bestimmung soll die neue Norm die Interessen der Versicherten, also

⁶² Gl.M. (implizit) HÄUSERMANN (Fn. 4), Rz. 12 und Fn. 30. Eine andere Ansicht vertritt das Initiativkomitee (vgl. <<http://www.abzockerinitiativeja.ch/wp-content/uploads/Die-24-Forderungen-der-Eidg.pdf>>, letztmals abgerufen am 25. Februar 2013) sowie HERBERT WOHLMANN/PHILIPPINE BOSSY, Zum vorgeschlagenen Stimmzwang der Pensionskassen in den Generalversammlungen börsenkotierter Unternehmen, Jusletter vom 1. Oktober 2012, Rz. 1.

⁶³ Hiervon geht neben dem Bundesrat (vgl. die Medienmitteilung vom 18. Dezember 2012, abrufbar unter <<http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2012/2012-12-18.html>>, letztmals abgerufen am 20. Februar 2013) auch die Mehrheit der Literatur aus: Siehe z.B. BÜHLER (Fn. 6), 10 und 13; HÄUSERMANN (Fn. 30), Rz. 60. Offen dagegen HANDSCHIN (Fn. 4), 25.

⁶⁴ Gl.M. HÄUSERMANN (Fn. 30), Rz. 61.

der Desinatäre wahren. Aus diesem Grund werden gestützt auf die neue Regelung auch nur die Versicherten Rechte ausüben können. Dies bedeutet, dass weder die Gesellschaft selber noch die anderen Aktionäre ein rechtlich geschütztes Interesse geltend machen können, wenn eine Pensionskasse ihre diesbezüglichen Pflichten verletzt. Der entsprechende Generalversammlungsbeschluss ist also nicht anfechtbar⁶⁵ und schon gar nicht nichtig.⁶⁶ Eine andere Auslegung bedeutete einen Einbruch in das System des Aktienrechts, da den Aktionär grundsätzlich ausschliesslich die Pflicht zur Liberierung trifft.⁶⁷

Dass die Pensionskassen offenlegen müssen, wie sie abgestimmt haben, ist nicht weiter zu beanstanden. Allerdings sollte auch diese Offenlegungspflicht nur gegenüber den Destinatären bestehen.⁶⁸

Sofern den Pensionskassen eine Stimmpflicht auferlegt werden sollte, ist zu bedenken, dass diese kaum die Möglichkeit haben werden, sich über jedes Traktandum jeder Generalversammlung selber zu informieren.⁶⁹ Sie werden sich deshalb vermehrt an die Empfehlungen von unabhängigen Stimmrechtsvertretern (sog. «*proxy advisors*») halten. Ein solches Stimmverhalten hat für die Pensionskasse gleichzeitig den Vorteil, dass es schwieriger sein dürfte, ihr den Vorwurf zu machen, sie hätte nicht im Interesse ihrer Versicherten gestimmt.⁷⁰ Damit stellt sich aber auch die Frage, ob und wie diese unabhängigen Stimmrechtsvertreter zu regulieren sind. Denn diese gewinnen durch eine entsprechende Abstimmungspflicht eine noch grössere Macht als sie heute schon haben, ohne dafür irgendjemandem gegenüber verantwortlich zu sein.⁷¹

iii. Übergangsrecht

Übergangsrechtlich steht einer sofortigen Anwendbarkeit der entsprechenden Ausführungsbestimmungen grundsätzlich nichts im Weg. Anders kann es sich jedoch dann verhalten, wenn hinsichtlich der Of-

⁶⁵ A.M. WOHLMANN/BOSSY (Fn. 62), Rz. 60.

⁶⁶ Gl.M. WOHLMANN/BOSSY (Fn. 62), Rz. 60.

⁶⁷ Art. 680 Abs. 1 OR. Vorbehalten bleiben daneben börsenrechtliche Melde- und Angebotspflichten. Kritisch hierzu auch BÜHLER (Fn. 6), 10.

⁶⁸ Weitergehend WOHLMANN/BOSSY (Fn. 62), Rz. 47, wonach auch die Publikation auf der Internetseite der Pensionskasse in Erwägung zu ziehen sei.

⁶⁹ Kritisch zu den diesbezüglich entstehenden Kosten WOHLMANN/BOSSY (Fn. 62), Rz. 23.

⁷⁰ Vgl. aus strafrechtlicher Perspektive HÄUSERMANN (Fn. 4), Rz. 43.

⁷¹ Siehe ferner zur Problematik der proxy advisors im vorliegenden Kontext FORSTMOSER (Fn. 47), 347 und daneben WOHLMANN/BOSSY (Fn. 62), Rz. 16.

fenlegung spezifische Vorgaben gemacht werden, die aufseiten der Pensionskasse einen besonderen (erstmaligen) zeitlichen Umsetzungsaufwand hervorrufen. In diesem Fall wäre eine angemessene Übergangsfrist zu befürworten.

5. *Delegation der Geschäftsführung sowie Regelung von VR-Mandaten und Arbeitsverträgen*

a) *Delegation der Geschäftsführung*

Die neue Verfassungsbestimmung verlangt, dass die Führung der Gesellschaft nicht an eine juristische Person delegiert werden kann (Art. 95 Abs. 3 Bst. b Satz 2 BV).

Die Umsetzung dieser Forderung wird nur zu einer Verdeutlichung der geltenden Rechtslage führen. Nach herrschender Lehre ist bei Aktiengesellschaften eine Delegation der Geschäftsführung an eine juristische Person schon unter geltendem Recht unzulässig.⁷² Dies gilt zumindest im Verhältnis gegenüber Dritten. In welchem Umfang die Delegation der Geschäftsführung an eine andere Konzerngesellschaft zulässig ist, ist umstritten.⁷³

Übergangsrechtlich dürften sich bereits mangels Praxisrelevanz keine besonderen Probleme stellen.

b) *Regelung von VR-Mandaten und Arbeitsverträgen*

Schliesslich müssen die Statuten die Anzahl Mandate der Organmitglieder ausserhalb des Konzerns sowie die Dauer der Arbeitsverträge der Geschäftsleitungsmitglieder regeln (Art. 95 Abs. 3 Bst. c BV).

Eine statutarische Regelung der Dauer der Arbeitsverträge der Geschäftsleitungsmitglieder ist wiederum eine schwerfällige Regelung, denn jede Änderung bedarf einer öffentlich zu beurkundenden Statutenänderung. Der indirekte Gegenvorschlag hatte deshalb vorgesehen, diese Angaben im Vergütungsreglement zu regeln.⁷⁴

⁷² BÖCKLI (Fn. 14), § 13 N 559.

⁷³ Die Zulässigkeit bejahend BÜHLER (Fn. 6), 11.

⁷⁴ Art. 731d Abs. 2 Ziff. 4 revOR.

Die Vorschrift, dass die Statuten die Anzahl Mandate der Organmitglieder ausserhalb des Konzerns regeln müssen, ist eine weitere unklare Bestimmung. Klar ist einzig, dass nicht jede Mandatsbeziehung gemeint sein kann. Vielmehr dürfte es sich um die Anzahl Verwaltungsratsmandate in anderen Gesellschaften handeln. Fraglich ist dabei, ob nur Publikumsgesellschaften oder auch private Gesellschaften relevant sind. Weiter stellt sich die Frage, ob die Stellungen als Geschäftsführer einer GmbH, als Vorstandsmitglied eines Vereins oder als Stiftungsrat ebenfalls darunter fallen. Nicht mehr in den Anwendungsbereich der Bestimmung fallen dürfte hingegen die Gesellschafterstellung in einer Personengesellschaft, da es sich dabei nicht um ein Mandat handelt. Nach der hier vertretenen Ansicht muss es zulässig sein, dass die Statuten dem Verwaltungsrat eine Genehmigungskompetenz für solche Mandate übertragen.

Aus den gleichen Überlegungen wie bei den Vergütungen⁷⁵ ist diese Regelung nicht auf bestehende Mandats- und Vertragsverhältnisse anwendbar. Für die Einführung der entsprechenden Statutenbestimmungen ist sodann eine angemessene Übergangsfrist vorzusehen, weil die Generalversammlungen entsprechend vorbereitet werden müssen.

6. *Strafbestimmung*

Die neue Verfassungsbestimmung verlangt, dass Widerhandlungen gegen die Bestimmungen von Art. 95 Abs. 3 Bst. a–c BV mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen bestraft werden (Art. 95 Abs. 3 Bst. d BV).

Das von der Initiative geforderte Strafmass scheint aus einer Schweizer Optik drakonisch.⁷⁶ Bei der Umsetzung der Strafnorm wird der Gesetzgeber besonders gefordert sein, denn während man sich insbesondere im Gesellschaftsrecht den Umgang mit unbestimmten Rechtsbegriffen gewohnt ist,⁷⁷ muss das Strafrecht dem Bestimmtheitsgebot genügen.⁷⁸

⁷⁵ Vgl. oben A.3.a.v.

⁷⁶ Vgl. auch BÜHLER (Fn. 30), 281 f. Siehe zu weiteren Nachweisen insb. HAUSER-MANN (Fn. 4), Rz. 1 und Fn. 3.

⁷⁷ Beispiel: Gemäss Art. 717 Abs. 1 OR ist bei der Geschäftsführung «alle Sorgfalt» anzuwenden und es sind die Interessen «in guten Treuen» zu wahren.

⁷⁸ Art. 1 StGB.

Bei der Umsetzung der Strafbestimmung ist zu beachten, dass insbesondere die vermögensrechtlichen Tatbestände bereits vom geltenden Strafrecht erfasst werden.⁷⁹ Deren Umsetzung kann demnach weitgehend ohne neue Strafbestimmungen im geltenden Strafrecht erfolgen.⁸⁰ Anders als in Deutschland hatten die Schweizer Gerichte, soweit ersichtlich, nie Gelegenheit, sich zur strafrechtlichen Relevanz exzessiver Entschädigungen zu äussern. In Zukunft dürfte dies anders sein, wobei teilweise auch die gesetzlichen Verhaltensvorgaben bestimmter sein werden. Während bis anhin umstritten war, wann eine Abgangsentschädigung den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB erfüllt, dürfte in Zukunft eine entsprechende Subsumption einfacher sein, da Abgangsentschädigungen generell verboten sind.⁸¹

Neue Tatbestände wird es wohl bei der Umsetzung der organisationsrechtlichen Vorschriften brauchen. So wird sich der Gesetzgeber überlegen müssen, wie er den Pensionskassenverwalter bestrafen will, der nicht im Interesse der Versicherten stimmt.⁸² Die gleiche Frage stellt sich, je nach Umsetzung der entsprechenden Norm, wenn der Verwaltungsrat keine elektronische Fernabstimmung ermöglicht.⁸³

Obwohl die Verfassungsbestimmung keine Ausnahmen vorsieht, erscheint es bei gewissen neuen Regelungen fraglich, ob sie strafbewehrt sein müssen. Die Vorschrift, dass die Wahlen jährlich stattzufinden haben,⁸⁴ könnte bei ihrer Verletzung dazu führen, dass die Amtsdauer an der Generalversammlung, an der die Wahlen hätten stattfinden sollen, abläuft. Dies ist dann der Fall, wenn die Generalversammlung die Verwaltungsratsmitglieder gar nicht länger als für ein Jahr wählen *kann*. Die Folge wäre dann, dass die Gesellschaft keine Organe mehr hat. Für die Behebung solcher Mängel gibt es primär das Organisationsmängelverfahren nach Art. 731b OR.

Einer sofortigen Anwendbarkeit der Strafbestimmungen steht mit Einführung der Ausführungsbestimmungen nichts im Weg. Aufgrund des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots⁸⁵ sind aber die Straftatbestände einzig auf Sachverhalte anzuwenden, die sich ab diesem Zeitpunkt er-

eignen. Zu beachten ist zudem, dass die jeweilige materiellrechtliche Bestimmung, deren Verletzung strafbewehrt ist, auch bereits anwendbar sein muss.

7. Schlussbemerkungen

Die in der neuen Verfassungsbestimmung angesprochenen verpönten Handlungen gleichen einer Auslese medienwirksamer Vergütungen der letzten 15 Jahre, angefangen bei den Pensionskassenleistungen zugunsten von Herrn Barnevik über die Vorauszahlung eines Fünfjahressalärs für Herrn Corti bis zu diversen Abgangsentschädigungen.⁸⁶ Vor diesem Hintergrund versucht nun die neue Verfassungsbestimmung, Organmitglieder von Schweizer Publikumsgesellschaften zu disziplinieren. Das Mittel dazu soll die Einführung flächendeckend anwendbarer, zwingender Vorschriften sowie einer drakonischen Strafbestimmung sein. Für die überwiegende Mehrheit der nach der Umsetzung von den neuen Regeln betroffenen Gesellschaften besteht aber überhaupt kein Handlungsbedarf, weil in der Vergangenheit keine irgendwie geartete «Abzockerei» betrieben worden ist. Leider werden aber auch solche Gesellschaften in Zukunft zahlreiche neue Vorschriften beachten müssen. Ihre Organe werden dabei Gefahr laufen, sich bei deren Missachtung strafbar zu machen. Dabei ist zu konstatieren, dass einige dieser neuen Bestimmungen geradezu dem Gesellschaftsinteresse widersprechen dürften, wie z.B. die einjährige Amtsperiode des Verwaltungsrats. Andere Vorgaben werden vor allem viel Aufwand verursachen, wie z.B. die Genehmigung der Vergütungen des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung durch die Generalversammlung. Dabei ist erst noch zu befürchten, dass der erhoffte, mässige Effekt auf die Höhe der Vergütungen ausbleiben wird. Die Erfahrung zeigt nämlich, dass auch die vor einigen Jahren eingeführten Offenlegungsvorschriften keinen mässigen Einfluss auf die Höhe der Vergütungen hatten. Zudem muss erwartet werden, dass sich die Organmitglieder das mit den neuen Bestimmungen einhergehende, höhere Risiko mit höheren Entschädigungen abgelden lassen. Schliesslich ist zu beachten, dass der Genehmigungsprozess zu einem Ritual verkommen könnte, das einmal im Jahr zu durchlaufen ist. Der Verwaltungsrat wird dann allzu leicht eine «Check-the-box»-Mentalität einnehmen und die Vergütungen absegnen, sofern sie den formellen Anforderungen genü-

⁷⁹ Vgl. dazu HÄUSERMANN (Fn. 4), passim. Zustimmend BÜHLER (Fn. 6), 13.

⁸⁰ Vgl. HÄUSERMANN (Fn. 4), Rz. 25 und Rz. 45–47.

⁸¹ Vgl. HÄUSERMANN (Fn. 4), Rz. 17 f.

⁸² Vgl. dazu oben A.4.d.

⁸³ Vgl. dazu oben A.4.c.

⁸⁴ Vgl. dazu oben A.4.a.

⁸⁵ Art. 2 Abs. 1 StGB.

⁸⁶ Vgl. für eine Übersicht über eine Reihe derartiger medienwirksamer Vergütungen: Eine Debatte ohne Ende, NZZ am Sonntag vom 13. Januar 2013, 24.

gen; inhaltlich wird er sich in vielen Fällen nicht mehr dafür verantwortlich fühlen, da ja die Generalversammlung darüber beschliessen muss. Weil mit der Abzocker-Initiative das grundlegende Problem der *collective action* in der Generalversammlung⁸⁷ nicht behoben wird, darf auch nicht erwartet werden, dass diese einen massigenden Einfluss auf die Vergütungen ausüben wird.

B. Übrige Gesetzgebung

1. Buchführungs- und Rechnungslegungsrecht

Am 1. Januar 2013 ist das neue Buchführungs- und Rechnungslegungsrecht in Kraft getreten.⁸⁸ Die neuen Bestimmungen sind nicht in einem eigenständigen Gesetz enthalten, sondern bilden den 32. Titel des Obligationenrechts. Dieser regelt die Buchführung und Rechnungslegung nach dem Grundsatz «*same size, same rules*» einheitlich und rechtsformübergreifend für sämtliche Unternehmensformen.

Gemäss den Übergangsbestimmungen sind die neuen Bestimmungen erstmals auf das Geschäftsjahr, das am oder nach dem 1. Januar 2015 beginnt, anzuwenden. Aufgrund der klaren Stellungnahme in der Botschaft sind Unternehmen jedoch befugt, bereits ab dem 1. Januar 2013 ihre Rechnungslegung den neuen Bestimmungen zu unterwerfen. Allerdings wird davon ausgegangen, dass zumindest dem Grundsatz nach vollumfänglich entweder das bisherige oder das neue Recht zur Anwendung gelangen muss, d.h., ein sog. «*Cherry Picking*» unzulässig ist.

Soweit ein Unternehmen die neuen Rechnungslegungsvorschriften nicht freiwillig vorzeitig anwendet, sind die bisherigen Bestimmungen grundsätzlich noch auf jedes vor dem 1. Januar 2015 beginnende Geschäftsjahr anzuwenden, obwohl sie mit Inkrafttreten des neuen Rechts am 1. Januar 2013 förmlich aufgehoben worden sind.

⁸⁷ Vgl. dazu LUKAS GLANZMANN, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten, ZSR 119 (2000) II, 135–193, 146.

⁸⁸ Eine ausführliche Darstellung des neuen Rechnungslegungsrechts findet sich bei LUKAS GLANZMANN, Das neue Rechnungslegungsrecht, in: Peter V. Kunz/Florian Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII, Bern 2013 (im Druck).

Die Übergangsbestimmungen enthalten eine separate Regelung für die Konzernrechnungslegung. Die entsprechenden Vorschriften betreffen hauptsächlich die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung und den darauf anzuwendenden Rechnungslegungsstandard. Diese Bestimmungen finden erstmals Anwendung auf das Geschäftsjahr, das am oder nach dem 1. Januar 2016 beginnt. Auch hier gilt, dass bis zu diesem Datum die Konsolidierung grundsätzlich nach den bisherigen Vorschriften durchgeführt werden muss.

Wenn ein Unternehmen nach dem neuen Rechnungslegungsrecht keinen Konzernabschluss mehr erstellen muss, dann entfällt die Konsolidierungspflicht schon für jedes ab dem 1. Januar 2013 beginnende Geschäftsjahr. Dies gilt nach der hier vertretenen Ansicht selbst dann, wenn das Unternehmen unter bisherigem Recht konsolidierungspflichtig ist und die neuen Rechnungslegungsvorschriften ansonsten nicht vorzeitig anwendet.

2. Fusionsgesetz

Im Zusammenhang mit dem neuen Buchführungs- und Rechnungslegungsrecht wurde die KMU-Schwelle in Art. 2 lit. e FusG dem Rechnungslegungs- und Revisionsrecht angepasst. Sie beträgt jetzt in allen drei Rechtsgebieten CHF 20 Mio. Bilanzsumme, Fr. 40 Mio. Umsatz und 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt, wobei jeweils zwei der drei Grenzwerte in den letzten beiden Geschäftsjahren nicht überschritten sein dürfen.

C. Rechtsprechung

1. Sonderprüfung

Das Bundesgericht hat in der Berichtsperiode zwei Entscheidungen zur Sonderprüfung gefällt.

Im ersten Fall, BGE 138 III 246, geht es um die Frage, ob eine Sonderprüfung auch dann zwingend an einer Generalversammlung zu beantragen sei, wenn der Verwaltungsrat dem Begehren eines Aktionärs um Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung nicht entspricht. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz bejaht das Bundesge-

richt diese Frage, weil das Gesetz für die Einberufung einer Generalversammlung eine 10%-Hürde vorsieht (Art. 699 Abs. 3 OR), während der Antrag an der Generalversammlung auf Durchführung einer Sonderprüfung ein Individualrecht ist (Art. 697a Abs. 1 OR). Deswegen nimmt der Gesetzgeber mit dieser Regelung in Kauf, dass der Aktionär, der das Beteiligungserfordernis zur Einberufung einer Generalversammlung nicht erfüllt, mit seinem Antrag auf Sonderprüfung bis zur ordentlichen Generalversammlung zuwarten oder sich mit anderen Aktionären zusammenschliessen muss, mit denen er die 10%-Hürde erreicht, um die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung zu verlangen und nötigenfalls zu erzwingen. Diese Regelung indiziert nach Auffassung des Bundesgerichts auch nicht, dass bei verweigerter Einberufung einer Generalversammlung auf das Erfordernis des Antrags auf Sonderprüfung in einer Generalversammlung verzichtet werden kann. Vielmehr muss der betreffende Aktionär die beantragte, aber nicht erfolgte Einberufung einer ordentlichen Generalversammlung gerichtlich durchsetzen.⁸⁹ Ein Verzicht auf den Antrag in der Generalversammlung widerspräche nach Auffassung des Bundesgerichts dem zentralen Gewicht, das dem Einbezug der Generalversammlung im Verfahren der Sonderprüfung zukommt. So ist die Generalversammlung das Forum, an dem das vorgängig wahrzunehmende Auskunftsrecht ausgeübt wird, das schliesslich den Gegenstand der Sonderprüfung determiniert. Zudem besteht auch Gelegenheit für eine einvernehmliche Lösung, in deren Folge die Gerichte entlastet werden. Schliesslich kann die Weigerung des Verwaltungsrats, einem Begehren um Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung stattzugeben, nicht der Ablehnung eines Antrags auf Sonderprüfung durch die Generalversammlung gleichgesetzt werden.⁹⁰

Im zweiten Entscheid, BGE 138 III 252, geht es um die Frage, wann ein Gesuchsteller ausreichend glaubhaft macht, dass die Organe das Gesetz oder die Statuten verletzt haben und dadurch der Gesellschaft oder den Aktionären einen Schaden entstanden ist. Der Gesuchsteller muss dies nämlich glaubhaft machen, damit das Gericht eine Sonderprüfung anordnet (Art. 697b Abs. 2 OR). Um zu beurteilen, ob der Gesuchsteller eine solche Verletzung glaubhaft gemacht hat, muss zuerst bestimmt werden, worin die zu prüfende Verletzung besteht. Der Gesuchsteller kann nicht, in der Hoffnung eine Verletzung in Erfahrung zu bringen,

⁸⁹ BGE 138 III 246, E. 4.3.

⁹⁰ E. 4.3.

von der er keine Kenntnis hat, eine Sonderprüfung zu reinen Ausforschungszwecken verlangen. Zudem ist es auch nicht ausreichend, glaubhaft zu machen, dass die Organe gegen bestimmte Aussagen in einem Kotierungsprospekt oder einer internen Richtlinie verstossen haben.⁹¹

Im konkreten Fall rügt der Gesuchsteller vor Bundesgericht im Wesentlichen, dass der Verwaltungsrat die liquiden Mittel für den Kauf von Obligationen verwendet hat, obwohl, gemäss dem Kotierungsprospekt und den internen Richtlinien, die Mittel hauptsächlich in nicht kotierte Unternehmen der GUS und den baltischen Staaten investiert werden sollten. Da aus den Statuten nicht gefolgert werden kann, dass die ganzen Mittel oder ein bestimmter Teil davon zwingend auf diese Weise investiert werden müssen, ist es dem Gesuchsteller nicht gelungen, glaubhaft zu machen, dass der Verwaltungsrat das Gesetz oder die Statuten verletzt hat, indem er während der strittigen Phase Obligationen gekauft hatte.⁹²

Auch durch den Verweis auf das bessere Resultat eines anderen Fonds und die günstige Entwicklung der russischen Börse, sprich börsenkotierter Aktien, macht der Gesuchsteller keine Gesetzes- bzw. Statutenverletzung glaubhaft. Selbst wenn der Verwaltungsrat vorliegend übermässig vorsichtig gewesen war, nicht die Wahl getroffen hat, die nachträglich als am Sinnvollsten erscheint oder nicht die besten Kenntnisse des betroffenen Marktes demonstriert hatte, reicht dies nicht aus, um eine Verletzung des Gesetzes oder der Statuten zu begründen.⁹³

2. Anfechtung von GV-Beschlüssen

Im Rahmen einer Anfechtungsklage hat sich das Bundesgericht in einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid⁹⁴ mit dem Zeitpunkt der Geltendmachung der Anfechtungsgründe beschäftigt. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung müssen innerhalb der Anfechtungsfrist nach Art. 706a Abs. 1 OR sowohl die Klage angehoben als auch sämtliche Anfechtungsgründe vorgebracht werden. Ein Nachschieben von Anfechtungsgründen ist nach Auffassung des Bundesgerichts unzulässig, denn der kurzen Befristung des Anfechtungsrechts auf zwei Monate liegt die Zielsetzung zugrunde, mit Rücksicht auf die Rechts-

⁹¹ BGE 138 III 252 (= Pra 101 [2012], Nr. 109), E. 3.2.

⁹² E. 3.2.

⁹³ E. 3.2.

⁹⁴ BGer 4A_10/2012 vom 2. Oktober 2012.

sicherheit und die Interessen der Beteiligten (Gesellschaft, Aktionäre, Gläubiger) möglichst rasch abzuklären, ob und in welchem Umfang die Beständigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen ungewiss ist und mit deren Aufhebung gerechnet werden muss. Deshalb ist bezüglich Anfechtungsgründen, die nach Ablauf der Klagfrist angerufen werden, das Klagerecht verwirkt.⁹⁵ Im konkreten Fall sah das Bundesgericht diesen Grundsatz darin verletzt, dass der Anfechtungskläger einerseits geltend machte, ein Beschluss der Generalversammlung sei in Missachtung der Teilnahmerechte eines Aktionärs gefasst worden, und andererseits nachschob, der Beschluss schränke überdies in inhaltlich unzulässiger Weise das Bezugsrecht ein. Nach Ansicht des Bundesgerichts handelt es sich dabei um zwei verschiedene Anfechtungsgründe, die beide innerhalb der Zweimonatsfrist von Art. 706a Abs. 1 OR hätten vorgebracht werden müssen. Während die Abgrenzung von Anfechtungsgründen im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten kann, stellt sich das Bundesgericht auf den Standpunkt, dass vorliegend von zwei Anfechtungsgründen auszugehen ist, weil sie nicht nur auf einer unterschiedlichen rechtlichen Argumentation, sondern auch auf verschiedenen Sachverhalten gründen.⁹⁶

Im gleichen Entscheid hat das Bundesgericht im Hinblick auf die zurückhaltende Rechtsprechung auch festgestellt, dass rechtswidrige Generalversammlungsbeschlüsse vermutungsweise anfechtbar und nicht etwa nichtig sind. Auf Nichtigkeit kann nur aus zwingenden Gründen erkannt werden, wenn z.B. mit dem entsprechenden Aktionärsrecht derart gewichtige öffentliche Interessen verbunden sind, dass sie das ebenfalls öffentliche Rechtssicherheitsinteresse überwiegen. Dies ist nicht der Fall, wenn ein Bezugsrecht lediglich im Einzelfall ohne hinreichenden wichtigen Grund entzogen bzw. beschränkt wird.⁹⁷

3. Organisationsmängel

Das Bundesgericht hat im letzten Jahr, wie in den Jahren zuvor, wiederum diverse Entscheide im Zusammenhang mit Organisationsmängeln gefällt.

BGE 138 III 294 betrifft das Verhältnis der Organisationsmangelklage nach Art. 731b OR und der Auflösungsklage nach Art. 736 Ziff. 4 OR.

⁹⁵ E. 3.1.

⁹⁶ E. 3.3.

⁹⁷ E. 4.

Konkret ging es um eine Gesellschaft, deren Generalversammlung wegen einer Pattsituation keine Revisionsstelle wählen konnte. Der Verwaltungsrat der Gesellschaft war hingegen handlungsfähig, denn deren Präsident führte Einzelunterschrift.⁹⁸

Das Bundesgericht hält vorab fest, dass es sich bei der Auflistung von Massnahmen in Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1–3 OR um einen beispielhaften, nicht abschliessenden Katalog handelt. Der Richter muss einen hinreichenden Handlungsspielraum haben, um eine den Umständen des Einzelfalles angemessene Massnahme treffen zu können. Allerdings ist der Richter bei der Ausübung dieses Handlungsspielraums nicht ungebunden, denn die Massnahme der Auflösung gemäss Ziff. 3 sollte erst angeordnet werden, wenn die mildereren Massnahmen gemäss Ziff. 1 (Fristansetzung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands) und Ziff. 2 (Ernennung des fehlenden Organs oder eines Sachwalters) nicht genügen oder erfolglos geblieben sind. Es gilt mithin wie bei der Auflösungsklage das Verhältnismässigkeitsprinzip. Die Auflösung nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR stellt eine *ultima ratio* dar und darf erst zur Anwendung gelangen, wenn sich mildere Mittel nicht als sachgerecht bzw. zielführend erweisen.⁹⁹ Dem Aktionär darf kein Instrument in die Hand gegeben werden, mit dem er die Auflösung der Gesellschaft erwirken kann, ohne gleichzeitig die strengen Voraussetzungen einer Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR zu erfüllen.¹⁰⁰

Die Vorinstanz hat der Gesellschaft zunächst korrekterweise eine Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes angesetzt, in der Folge jedoch zu Unrecht die richterliche Ernennung der fehlenden Revisionsstelle verworfen, weil sie davon ausging, die Gesellschaft könne den erforderlichen Kostenvorschuss nicht bezahlen. Abgesehen davon, dass die Gesellschaft wie dargelegt handlungsfähig ist, wäre sie ohnehin direkt im Urteilsdispositiv zu verpflichten, die Kosten der ernannten Revisionsstelle zu tragen und dieser einen Vorschuss zu leisten. Aus diesem Grund rechtfertigt es sich unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit nicht, sogleich die Auflösung anzuordnen, zumal wenn es sich wie bei der infrage stehenden Gesellschaft um ein im Aussenverkehr handlungsfähiges und grundsätzlich funktionierendes und finan-

⁹⁸ BGer 4A_412/2011 vom 4. Mai 2012, E. 2.3 (in BGE 138 III 294 nicht publiziert).

⁹⁹ E. 3.1.4.

¹⁰⁰ E. 3.1.6.

ziell gesundes Unternehmen handelt.¹⁰¹ Auch ist nicht ersichtlich, dass das Interesse des Klägers an der Auflösung der Gesellschaft dasjenige des anderen Aktionärs und der weiteren Anspruchsgruppen (Arbeitnehmer, Gläubiger) am Fortbestand der Gesellschaft überwiegt. Somit würde mit der sofortigen Anordnung einer Auflösung nicht nur das im Rahmen von Art. 731b Abs. 1 OR zu beachtende Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt, sondern es würden zugleich die in der Rechtsprechung entwickelten, strengen Voraussetzungen von Art. 736 Ziff. 4 OR unterlaufen.¹⁰² Ebenso wenig hinreichend sind Bedenken, dass sich die beiden Aktionäre auch in Zukunft nicht zu gemeinsamem Handeln durchringen könnten. Sollte dieser Fall eintreten, so könnte das Gericht Massnahmen anordnen, die für die Gesellschaft und die weiteren Anspruchsgruppen weniger einschneidend sind als eine Auflösung mit Liquidation, wie zum Beispiel eine Übernahme der Aktien des einen Aktionärs durch den anderen im Rahmen einer richterlich angeordneten Versteigerung.¹⁰³

In einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid¹⁰⁴ machte der Kläger geltend, dass eine in einem Konzern bestehende Doppelorganschaft einen Organisationsmangel gemäss Art. 731b OR darstelle. Der Kläger begründet seine Auffassung damit, dass der Verwaltungsrat der Muttergesellschaft bezüglich der Frage, ob gegenüber den Organen der Tochtergesellschaft Verantwortlichkeitsansprüche zu prüfen und zu verfolgen seien, in einem Interessenkonflikt stehe und damit handlungsunfähig sei. Dies, weil gewisse Verwaltungsratsmitglieder der Muttergesellschaft auch im Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft vertreten sind.¹⁰⁵

Das Bundesgericht hält richtigerweise fest, dass die Doppelorganschaft ein in der Schweizer Konzernpraxis weit verbreitetes und rechtlich zulässiges Mittel zur Durchsetzung der gesetzlich vorgesehenen Konzernleitung ist. Damit stellt die Doppelorganschaft und der damit einhergehende latente Interessenkonflikt keinen Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b OR dar.¹⁰⁶

¹⁰¹ E. 3.3.1.

¹⁰² E. 3.3.2.

¹⁰³ E. 3.3.3.

¹⁰⁴ BGer 4A_522/2011 vom 13. Januar 2011 (recte: 2012).

¹⁰⁵ E. 2.

¹⁰⁶ E. 2.3.

4. Kapitalschnitt auf null

Ebenfalls in einem Anfechtungsprozess – BGE 138 III 204 – ging es um die Zulässigkeit eines Kapitalschnitts auf null mit anschliessender Wiedererhöhung gemäss Art. 732a Abs. 1 OR. Eine solche Harmonika zum Zwecke der Sanierung ist vom Gesetz ausdrücklich anerkannt, wobei die bisherigen Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre untergehen und ausgegebene Aktien vernichtet werden müssen. Als Ausgleich dazu steht jedem Aktionär ein unbedingtes und unentziehbares Bezugsrecht zu.¹⁰⁷

Nach Ansicht des Bundesgerichts setzt ein Kapitalschnitt auf null voraus, dass eine Sanierungsbedürftigkeit wie zum Beispiel bei einer Überschuldung im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR vorliegt.¹⁰⁸ Damit der gesetzlich geforderte Sanierungszweck des Kapitalschnitts auf null erfüllt wird, ist es erforderlich, dass entweder die Überschuldung direkt beseitigt wird oder gleichzeitig weitere Sanierungsmassnahmen in Angriff genommen werden. Diese müssen zusammen mit der Kapitalerhöhung vernünftige Aussichten auf eine nachhaltige Sanierung der Gesellschaft geben. Nach Ansicht des Bundesgerichts muss der Verwaltungsrat zudem über ein Sanierungskonzept verfügen, das ihn unabhängig von allfälligen Rangrücktrittsvereinbarungen von der Pflicht zur Benachrichtigung des Richters gemäss Art. 725 Abs. 2 OR entbindet.¹⁰⁹

Schliesslich ist das Bundesgericht der Meinung, dass der Verwaltungsrat die Generalversammlung über die weiteren Sanierungsmassnahmen informieren muss, wenn ein Kapitalschnitt auf null die Überschuldung nicht beseitigt, denn ohne Kenntnis dieses Konzepts kann die Generalversammlung nicht beurteilen, ob die traktandierte Harmonika einen Sanierungszweck aufweist.¹¹⁰ Weil dies im vorliegenden Fall nicht geschah, waren die Voraussetzungen eines Kapitalschnitts auf null gemäss Art. 732a Abs. 1 OR nicht gegeben, womit sich die beschlossene Harmonika als rechtswidrig erweist.¹¹¹ Der entsprechende Generalversammlungsbeschluss ist zwar nicht nichtig, wohl aber anfechtbar.¹¹² Weil damit dem darauf gestützten Durchführungsbeschluss des Verwaltungsrats die

¹⁰⁷ BGE 138 III 204, E. 3.1.

¹⁰⁸ E. 3.2.

¹⁰⁹ E. 3.3.1–3.3.3.

¹¹⁰ E. 3.3.3.

¹¹¹ E. 3.4.

¹¹² E. 4.1.

Grundlage entzogen ist, leidet dieser an einem schwerwiegenden Mangel. Er ist somit nichtig gemäss Art. 714 OR.¹¹³

5. Verantwortlichkeitsklage

a) Darlehen an Tochtergesellschaft

In einem nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheid¹¹⁴ bestätigt das Bundesgericht ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau. Dieses bejahte die Haftung des Verwaltungsratspräsidenten einer Holdinggesellschaft für die Darlehensgewährung durch diese Gesellschaft an ihre finanziell angeschlagene Tochtergesellschaft. Nach Ansicht der Vorinstanz verletzte der Beklagte durch die Gewährung des Darlehens im Wissen um die eigentliche Verpflichtung der Tochtergesellschaft zur Deponierung der Bilanz oder der in jedem Fall bestehenden und nicht erfüllten Verpflichtung, Sanierungsmassnahmen zu ergreifen, seine Sorgfaltspflicht gegenüber der Holdinggesellschaft. Die weiteren Haftungsvoraussetzungen waren ebenfalls erfüllt.¹¹⁵

Das Bundesgericht hat die dagegen erhobene Beschwerde im Wesentlichen mit der Begründung abgelehnt, dass der Beschwerdeführer die entscheidungswesentlichen Feststellungen der Vorinstanz nicht rechtsgenügend gerügt hat.¹¹⁶ Immerhin anerkennt das Bundesgericht, dass sich die Gerichte bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung auferlegen müssen, sofern diese in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen sind. Wenn die Organe einen besonderen Wissensstand haben oder haben müssten, wie namentlich in Konzernverhältnissen, dann ist aber nach Ansicht des Bundesgerichts ein strenger Massstab anzulegen. In diesem Fall ist bei der Beurteilung, ob eine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt, auf die Informationen abzustellen, die das Verwaltungsratsmitglied im fraglichen Zeitpunkt hatte oder hätte haben können.¹¹⁷ Aus diesem Grund kann sich z.B. ein Organ nicht ohne Weiteres damit entlasten, dass die aktuellste Jahresrechnung keine Überschuldung bzw. Unterbilanz ausge-

wiesen hat. Es ist vielmehr zu prüfen, ob es aufgrund der ihm bis zum Zeitpunkt der fraglichen Handlung zukommenden Informationen bei pflichtgemässer Sorgfalt die tatsächliche finanzielle Situation der Tochtergesellschaft hätte erkennen müssen.¹¹⁸

b) Führen aussichtsloser Prozesse

Im Entscheid 4A_375/2012 der zur Publikation vorgesehen ist, geht es um die Haftung des Verwaltungsrats für die Kosten der Prozessführung hinsichtlich einer Eintragungsverweigerung. In einem früheren Verfahren klagte die jetzige Klägerin auf Eintragung im Aktienbuch der Gesellschaft, wobei sie die einzutragenden Aktien im Rahmen einer Fusion mit ihrer Tochtergesellschaft erworben hat. Die Klägerin warf dem Verwaltungsrat der Gesellschaft vor, die Entscheide, sich der Klage auf Eintragung zu widersetzen und das Urteil des Handelsgerichts mit den zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln anzufechten, pflichtwidrig gefällt zu haben.¹¹⁹

Das Bundesgericht hält vorab fest, dass die Prozessaussichten im Zeitpunkt der Einleitung des Prozesses zu beurteilen sind. Insbesondere kann der Entscheid über die Prozessführung nicht allein deswegen als pflichtwidrig beurteilt werden, weil die Gesellschaft im späteren Prozess unterliegt. Ansonsten würde jeder verlorene Prozess oder zumindest jeder Prozessverlust, bei dem das Verhalten der Aktiengesellschaft als rechtsmissbräuchlich beurteilt wird, zu einer Verantwortlichkeit der Organe führen.¹²⁰

Nach Ansicht des Bundesgerichts ist deshalb im Einzelfall abzuklären, ob es unter den konkreten Umständen und Prozessrisiken vertretbar erscheint, dass die Gesellschaft den Prozess anhebt. Dabei muss das mit dem Prozess verfolgte Ziel vom Gesellschaftsinteresse gedeckt sein. Dieses ist demnach in zweifacher Hinsicht relevant für die Beurteilung von Prozessführungsentscheiden: Einerseits kann es nicht im Interesse der Gesellschaft liegen, von vornherein aussichtslose Prozesse zu führen, andererseits verbietet es, Prozesse zu führen, mit denen nicht ein im Gesellschaftsinteresse liegendes Ziel verfolgt wird.¹²¹

¹¹³ E. 4.2.

¹¹⁴ BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012.

¹¹⁵ E. 3.

¹¹⁶ E. 4.1–4.3.

¹¹⁷ E. 5.1.

¹¹⁸ E. 5.3.

¹¹⁹ E. 2.2 und E. 3.1.

¹²⁰ E. 3.3.

¹²¹ E. 3.3.

Im konkreten Fall ging es dem Verwaltungsrat der Gesellschaft mit der Verweigerung der Eintragung der Klägerin als Aktionärin darum, den Einfluss eines bestehenden Minderheitsaktionärs zurückzudrängen. Diese Absicht stand ausserhalb des Zwecks der Vinkulierung und war mit dieser auch nicht zu erreichen. Deshalb lagen die Eintragungsverweigerung und damit auch die Prozessführung über diese Frage nicht im Gesellschaftsinteresse, sondern im Interesse einer Mehrheit der Aktionäre. Aus diesem Grund war der Prozessführungsentscheid des Verwaltungsrats pflichtwidrig.¹²²

c) Sozialversicherungsbeiträge

Auch in dieser Berichtsperiode hat sich das Bundesgericht wieder mit der Haftung für ausstehende Sozialversicherungsbeiträge befasst.¹²³ Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Ausgleichskasse durch die Verletzung der Zahlungspflicht aufgrund der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu Schaden kam. Dieses widerrechtliche Verhalten ist dem beklagten Verwaltungsratspräsidenten grundsätzlich als qualifiziertes Verschulden zuzurechnen, welches nach Art. 52 Abs. 1 AHVG die volle Schadensersatzpflicht nach sich zieht, sofern die Adäquanz zu bejahen ist, keine Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe gegeben sind und die Ausgleichskasse kein Mitverschulden trifft.¹²⁴ Der Beklagte konnte keine Rechtfertigungsgründe geltend machen, weil er von den Umständen gegenüber der Kasse gewusst hatte. Deshalb hätte es nach Ansicht des Bundesgerichts zu seinen vordringlichsten Aufgaben gehört, dafür zu sorgen, dass Löhne nur unter gleichzeitiger Abrechnung und Einzahlung oder Sicherstellung der darauf anfallenden Sozialversicherungsbeiträge ausgerichtet wurden. Ebenfalls kein Rechtfertigungsgrund ist ein Liquiditätsengpass, der dadurch entstand, weil prioritär und gezielt die Forderungen einer Bank befriedigt wurden, da diese ihnen «das Messer an den Hals gesetzt» hat.¹²⁵

¹²² E. 3.4.

¹²³ BGer 9C_328/2012 vom 11. Dezember 2012.

¹²⁴ E. 3.

¹²⁵ E. 5.1.

6. Fusionsgesetz

Das Bundesgericht hat in der Berichtsperiode zwei Entscheide zur Überprüfungsklage gemäss Art. 105 FusG gefällt.

In einem ersten, nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid¹²⁶ geht es um die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses. Die Beschwerdeführerin macht einmal geltend, dass die Vorinstanz die Festsetzung des Umtauschverhältnisses in bundesrechtswidriger Weise mit eingeschränkter Kognition summarisch auf Plausibilität hin überprüft bzw. eine blosse Bandbreitenprüfung vorgenommen habe.¹²⁷ Dem entgegnet das Bundesgericht, dass den fusionierenden Gesellschaften bei der Wahl der Bewertungsmethode und der Bewertung der relevanten Umstände ein erheblicher Ermessensspielraum zukommt. Bei der Festsetzung des Umtauschverhältnisses handelt es sich letztlich um einen ausgehandelten Geschäftsleitungsentscheid, der vom Gericht nur zurückhaltend überprüft werden kann. Eine justiziable Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses liegt deshalb nur dann vor, wenn dieses in Überschreitung des Ermessensspielraums willkürlich festgesetzt wurde. Dies trifft nach Auffassung des Bundesgerichts namentlich dann zu, wenn die Festsetzung des Umtauschverhältnisses auf falschen oder unvollständigen tatsächlichen Annahmen beruht oder anerkannte Bewertungsgrundsätze und -methoden nicht oder unzutreffend angewendet werden.¹²⁸

Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, dass bei der Beurteilung der Angemessenheit der «Marktpreis» hätte berücksichtigt werden sollen, der in einer konkreten Transaktionen für die Aktien bezahlt worden ist.¹²⁹ Zu beachten ist, dass es sich bei diesem «Marktpreis» um einen Preis mit einer Kontrollprämie handelt, der in einer Transaktion bezahlt wurde, die vor der Absorptionsfusion stattfand.¹³⁰ Diesbezüglich führt das Bundesgericht aus, dass Personen, die im Moment der Fusion nicht Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft sind, nicht in den Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 1 FusG fallen. Weil die fragliche Transaktion, in welcher der «Marktpreis» bezahlt wurde, vor der Absorptionsfusion stattfand, wird die Kontinuität der Anteils- und Mit-

¹²⁶ BGer 4A_341/2011 vom 21. März 2012.

¹²⁷ E. 5.

¹²⁸ E. 5.1.4.

¹²⁹ E. 5.

¹³⁰ Sachverhalt A.b.

gliedschaftsrechte der an der Fusion beteiligten Aktionäre nicht berührt. Auch lässt sich aus Art. 7 Abs. 1 FusG kein durchsetzbarer Anspruch ableiten, dass die Aktionäre zu gleichen Bedingungen abgefunden werden, wie Aktionäre in ausserhalb der Fusion abgewickelten Transaktionen. Deshalb wurde auch nicht gegen ein wie auch immer geartetes Gleichbehandlungsgebot verstossen. Schliesslich muss sich die Unternehmensbewertung auch nicht an dem in dieser Transaktion bezahlten «Marktpreis» orientieren, denn es gibt keinen absoluten Vorrang der Bewertung nach dem «Marktpreis» vor anderen Methoden, namentlich der DCF-Methode.¹³¹ Diese Ausführungen sind insbesondere unter dem Aspekt zu würdigen, dass es sich bei diesem «Marktpreis» um einen Preis mit einer Kontrollprämie handelte.

Schliesslich stellte die Beschwerdeführerin sinngemäss den Antrag, dass die vorinstanzlichen Gerichtskosten vollumfänglich auf die übernehmende Gesellschaft zu überwälzen seien, weil gemäss Art. 105 Abs. 3 FusG der übernehmende Rechtsträger die Kosten des Verfahrens trägt. Das Bundesgericht schützt jedoch den vorinstanzlichen Entscheid, wonach die Gerichtskosten von beiden Parteien je zur Hälfte zu tragen sind. Es weist diesbezüglich auf Art. 105 Abs. 3 FusG hin, wonach das Gericht die Kosten ganz oder teilweise dem Kläger auferlegen kann, wenn besondere Umstände es rechtfertigen. Obwohl die Beschwerdeführerin zwar nicht böswillig geklagt hat, rechtfertigt sich eine solche Kostenverteilung, weil sie hätte wissen müssen, dass es im Rahmen einer Überprüfungsklage nach Art. 105 FusG nicht darum gehen kann, lediglich eigene Bewertungen anstelle anderer vorzunehmen.¹³²

In einem weiteren nicht in der amtlichen Sammlung enthaltenen Entscheid¹³³ zur Kostenfrage war zu beurteilen, ob vom Kläger im Verfahren nach Art. 105 FusG ein Kostenvorschuss verlangt werden darf. Nach Art. 105 Abs. 3 Satz 1 FusG trägt der übernehmende Rechtsträger die Kosten des Verfahrens. Nur wenn besondere Umstände es rechtfertigen, kann das Gericht die Kosten ganz oder teilweise dem Kläger auferlegen (Art. 105 Abs. 3 Satz 2 FusG). Dies ist etwa bei offensichtlicher Unbegründetheit der Fall.¹³⁴

Im zu beurteilenden Fall hatten die Kläger im Zeitpunkt des Erwerbs Kenntnis von der vorgesehenen Übernahme und sie wussten, dass das

¹³¹ E. 5.4.2.

¹³² E. 6.3.

¹³³ BGer 4A_547/2011 vom 16. Februar 2012.

¹³⁴ E. 4.

Übernahmeangebot zustande gekommen war. Allerdings stand noch nicht fest, ob die vorgesehene Fusion mit Abfindung der Aktionäre, für die eine Zustimmung von mindestens 90% der stimmberechtigten Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft notwendig war, zustande kommen würde.¹³⁵

Nach Ansicht des Bundesgerichts ist die in Art. 105 Abs. 3 FusG vorgesehene Kostenfreiheit vor dem Hintergrund der Kontinuität der Mitgliedschaft zu sehen. Sie schützt die Minderheitsaktionäre, in deren Stellung das Übernahmeangebot eingegriffen hat, soweit ihnen der Verlust ihrer Aktionärsstellung aufgezwungen wird. Dies ist bei den Klägern gerade nicht der Fall, denn sie haben in Kenntnis des Übernahmeangebots entschieden, die Aktien zu erwerben. Somit liegt nicht diejenige Situation vor, welche der Gesetzgeber in Art. 105 Abs. 3 FusG vor Augen hatte. Es ist nicht der Zweck von Art. 105 Abs. 3 FusG, dass Aktionäre ihre Aktien nach Bekanntwerden des Übernahmeangebots möglichst vorteilhaft an Dritte verkaufen können, die sich im Verfahren nach Art. 105 FusG eine höhere Abfindung zu erstreiten hoffen. Vielmehr sollte den bisherigen Aktionären, die ihre Aktien nicht verkaufen wollen, ein fairer Preis garantiert werden, wenn sie gegen ihren Willen aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden.¹³⁶ Aus diesem Grund durfte von den Klägern ein Kostenvorschuss verlangt werden.

¹³⁵ E. 4.2.

¹³⁶ E. 4.3.