

Mitgliederversammlung 2010
Schweizerisches Institut für Verwaltungsräte und
Geschäftsleitungsmitglieder (SIVG)
Bern, Kongresszentrum Kursaal, 26. Mai 2010

u^b

b
UNIVERSITÄT
BERN

Irrungen und Wirrungen bei der aktuellen „grossen“ Aktienrechtsrevision

von

Peter V. Kunz

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (Georgetown)
Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung
Geschäftsführender Direktor Institut für Wirtschaftsrecht sowie Leiter Departement für
Wirtschaftsrecht der Universität Bern

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch

Übersicht

I. Ausgangslage

- a) Themenwahl
- b) Historie des Aktienrechts

II. Aktualitäten

- a) Notwendigkeit einer Revision?
- b) Überblick und Status quo
- c) Ausgewählte Fragen – mögliche Antworten

III. Ausblick

- a) Wie wird es kommen?
- b) Und wie sollte es kommen?

Themenwahl

a) Wirtschaftsrecht ist „sexy“ – und (medien-)aktuell...

- **2006/2007:** „Heuschrecken“ und sonstiges Ungeziefer
 - * Angriff (ausländischer) Investoren
 - * Phänomen des „unfriendly takeovers“...
 - * Beispiele: Implenia und Sulzer

- **2008/2009:** Finanz- und Bankenkrise
 - * globale Thematik
 - * Schweiz: UBS und UBS und UBS...
 - * legislative Herausforderungen: TBTF (& TBTBR)

- **2005/20xx:** aktuelle und „grosse“ Aktienrechtsrevision
 - * ein Evergreen des Gesellschaftsrechts...
 - * ... mit unsicherem bzw. unklarem Ausgang

Themenwahl

b) SIVG und der Referent

- **2009**
 - * Wahl in den Vorstand
 - * seither Mitarbeit im SIVG-Vorstand
- **Tätigkeiten des SIVG**
 - * KMU etc. – VR/GL (inklusive deren Verantwortlichkeiten)
 - * Interessenwahrnehmung
 - * Stellungnahmen zum Revisionsprojekt (z.B. „Wider den regulatorischen Übereifer“)
- **Tätigkeiten des Referenten**
 - * Schwerpunkt im Aktienrecht in Praxis und Theorie
 - * Experte: Rechtskommission des Ständerats re „grosse“ Aktienrechtsrevision
 - * Experte: Bundesverwaltung und Bundesrat re „Abzocker“-Initiative

Historie des Aktienrechts

a) Kantonale Ordnungen

- **19. Jahrhundert**
 - * „Und wer hat's erfunden“...?
 - * Art. 1218 ff. des [xxx] Zivilgesetzbuches vom 2. März 1847
 - * Basel-Stadt: 1847; Zürich: 1855; Bern: 1860 – mit 49 Artikeln...
- fragmentarische Ordnung
- **Bundeskompetenz** im Privatrecht

Historie des Aktienrechts

b) Aktienrechte auf Bundesebene (I/II)

- **OR 1883**
 - * Teil des ersten OR
 - * AG – nicht GmbH...
 - * BR Notverordnung von 1919

- **OR 1936**
 - * erste „grosse“ Aktienrechtsrevision
 - * diverse Expertenberichte
 - * GmbH erstmals geregelt in der Schweiz

- **OR 1991**
 - * zweite „grosse“ Aktienrechtsrevision
 - * zentrales Thema: Minderheitenschutz (z.B. mittels Sonderprüfung)
 - * Rechnungslegungsrecht a priori veraltet

Historie des Aktienrechts

b) Aktienrechte auf Bundesebene (II/II)

➤ **1991 – 20xx**

- * Dominanz von „Skandalitis“ (z.B. Swissair) und „Expertitis“
- * Projekt einer „Privaten AG“ als Sonderform der AG
- * diverse Spezialgesetze – z.B. Börsengesetz (BEHG) und Fusionsgesetz (FusG)

➤ **Unzahl „kleiner“ Aktienrechtsrevisionen**

- * Beispiel 1: Reduktion des Mindestnennwerts als „ewiges“ Thema
- * Beispiel 2: VR-/GL-Vergütungen
- * ausserdem: umfassende Revision der HRegV (neue Wichtigkeit der VO-Ebene)

➤ **Revisionsbedarf**

- * Rechnungslegung – gescheitert: RRG; immerhin: Revisionsrecht vorgezogen
- * Anliegen 1: Sammeln von einzelnen Themen
- * Anliegen 2: Verstärkung der Corporate Governance = dritte „grosse“ Aktienrechtsrevision

Historie des Aktienrechts

c) Statistisches

- **Quantitatives (25. Mai 2010)**
 - * 187'954 AG – Tendenz: wenn überhaupt, leicht steigend
 - * 121'325 GmbH – Tendenz: stark steigend (1991, und erst recht seit 2008)

- **Qualitatives**
 - * ca. 400 Publikumsgesellschaften (SIX + BX)
 - * KMU-Dominanz in der Schweiz

- **Wettbewerb der Rechtsformen**
 - * GmbH versus AG
 - * GmbH versus Personengesellschaften
 - * Zukunft der englischen „Limited“ in der Schweiz?

Hinweise

d) Ausgewählte Aufsätze des Referenten (2005 – 2009)

- * *Aktienrechtsrevision 20xx, in: Jusletter vom 2. Februar 2009*
- * *Geplante Neuerungen bei einigen Generalien der aktuellen Aktienrechtsrevision (...), GesKR Sondernummer/Grosse Aktienrechtsrevision (2008) 9 ff.*
- * *Status quo der „grossen Aktienrechtsrevision“ – Ein legislatives Mammutprojekt für das 21. Jahrhundert, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III (Bern 2008) 125 ff.*
- * *Corporate Governance – Tendenz von der Selbstregulierung zur Regulierung, in: Festschrift für Peter Böckli (Zürich 2006) 471 ff.*
- * *Rätselraten um die Schweizer Aktienrechtsrevision – Dem Parlament sind Mut und Weitsicht zu wünschen, NZZ Nr. 281 (2005) 29*
- www.iwr.unibe.ch

Notwendigkeit einer Revision?

a) Argumente CONTRA

➤ **Rechtssicherheit**

- * letzte „grosse“ Aktienrechtsrevision warf viele Fragen auf...
- * ... zwischenzeitlich gelöst durch Praxis und Lehre
- * Fazit: Rechtssicherheit heute sehr gross (und wichtig für Wirtschaft)

➤ **Up-dating durch „kleine“ Aktienrechtsrevision(en)**

- * bei Bedarf konnten und können Revisionen vorgezogen werden
- * bis anhin keine negativen Folgen
- * einfacher zu beschliessen als „grosse Würfe“...

➤ **Unmöglichkeit eines Interessenausgleichs**

- * eine „grosse“ Revision bedeutet „Quadratur des Kreises“
- * Stärkungen: Gesellschafter und Gläubiger
- * Risiko, dass die Gesellschaft etwas vergessen gehen könnte..!

Notwendigkeit einer Revision?

b) Argumente PRO

- **OR 1991**
 - * Vorbereitung während knapp 30 Jahren
 - * a priori überholt (z.B. Rechnungslegung)
 - * neue technische Entwicklungen – Themen der GV (z.B. Internet-GV)

- **Selbstregulierung versus Regulierung**
 - * Beispiel 1: SCBP von economiesuisse
 - * Beispiel 2: KR der SIX Swiss Exchange
 - * Nachteile und Vorteile einer Selbstregulierung

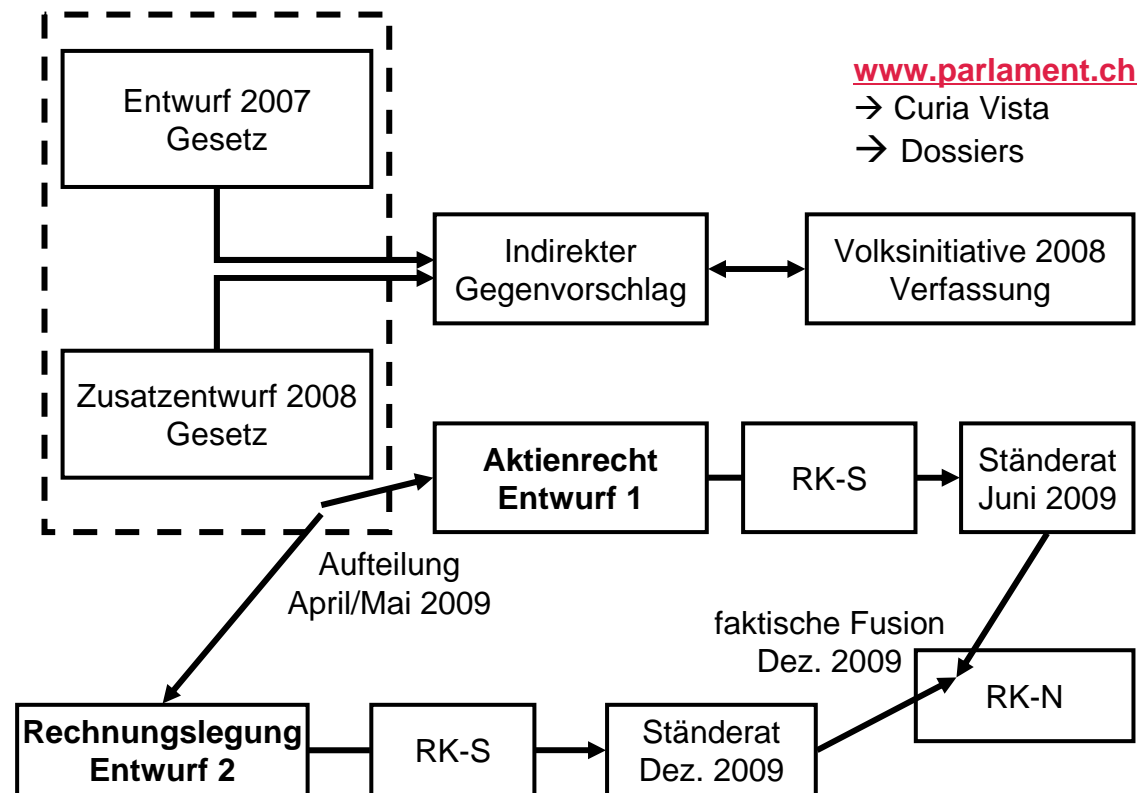
- **Corporate Governance**
 - * Stakeholders versus Shareholders
 - * internationale Entwicklungen – Schweiz muss mithalten wegen Standortwettbewerb
 - * Revisionsbedarf im Prinzip unbestritten

Überblick und Status quo

a) Erste Schritte auf langem Weg...

- **Vorentwurf und Begleitbericht**
 - * 2. Dezember 2005
 - * ein umstrittenes „Abschiedsgeschenk“ von Bundesrat Ch. Blocher...
 - * kontroverse Vernehmlassung (v.a. Wirtschaftsverbände)
- **Entwurf und Botschaft**
 - * 21. Dezember 2007
 - * diverse Änderungen gegenüber Vorentwurf
 - * zentrale Kritik bleibt = Rechnungslegung (v.a. re KMU)
- **Start in den Eidgenössischen Räten**
 - * Rechtskommission des Ständerats
 - * Ständerat als „Zahnarzt“, der gerne „Zähne zieht“...
 - * am Horizont erscheint die „Abzocker“-Initiative, die alles überstrahlt..!

b) Dezember 2007 bis Mitte/Ende 2009



Überblick und Status quo

c) Und wo stehen wir heute?

- **Ständerat zu Nationalrat...**
- **... Nationalrat zu Ständerat**
- **Rechtskommission Ständerat**
 - * NZZ vom 22. Mai 2010
 - * indirekter Gegenvorschlag auf Gesetzesstufe (anstatt direkter Gegenvorschlag)
 - * ... und es dürfte noch so einiges passieren..!
- es droht ein „**Polit-Kabarett**“ erster Güte

Ausgewählte Fragen...

a) Vergütungen von VR/GL

➤ **Grundfragen**

- * Frage 1: Transparenz (teils schon geregelt)
- * Frage 2: Kompetenz der Festlegung (in Diskussion)
- * Frage 3: Inhaltskontrolle (noch kein Thema...)

➤ **Kompetenzfrage**

- * VR-Befugnis? GV-Befugnis? Compensation Committees? etc. etc.
- * es gibt keine „richtige“ Vergütung – und jedermann hat eine Meinung...
- * Frage: wären Aktionäre wirklich „moderater“ als der VR?

➤ **BR Modell 2007**

- * GV = VR verbindlich + GL konsultativ
- * VR = GL verbindlich
- * Gesamtsumme statt Einzelvergütung
- * kluger Vorschlag, der zu unrecht vernachlässigt wird...

Ausgewählte Fragen...

b) Amtsdauer für VR-Mitglieder

- **Die grosse „Scheindebatte“ der „grossen“ Aktienrechtsrevision...**
 - * Faktum ist, es gibt kein „richtig“ und kein „falsch“
 - * keine empirischen Belege, dass „kurz“ oder „lang“ besser ist
 - * Fazit: es kommt jeweils auf die in Frage stehende konkrete Gesellschaft an!

- **Obligatorium:**
 - * nein – Widerspruch zu aktienrechtlichen Grundprinzipien
 - * nein – vernachlässigt allfällige Besonderheiten des Einzelfalls
 - * nein – Regulierung bevormundend und überflüssig

- **Privatautonomie:**
 - * Freiheit der Statuten und jeder AG wünschbar – aber:
 - * ex lege sollte es 1 Jahr sein, und die Gesellschaft kann statutarisch „verlängern“
 - * Paradigmenwechsel (Art. 710 Abs. 1 OR) pro Corporate Governance...

Ausgewählte Fragen...

c) Haftung der Revisionsstelle

- **OR 1991**
 - * sog. differenzierte Solidarität
 - * Verschulden unabdingbar
 - * Risiko für Revisionsstelle als „deep pocket“..?

- **OR 20xx**
 - * Vorschlag einer formellen maximalen Haftungsschranke („cap“)
 - * aktueller Vorschlag – selbst für Spezialisten nicht ganz leicht verständlich...

- **Durchbruch oder Durchbrechung?**
 - * Grundprinzipien des Haftungsrechts werden durchbrochen...
 - * ... Revisoren sollen privilegiert werden – Haftungsbeschränkung für VR?
 - * Pflichtenkatalog für Revisionsstelle muss klar sein, doch dann ist zu haften!

Ausblick

a) Wie wird es kommen?

- **Blick in die „Glaskugel“**
 - * es wird (irgend-)einen Gegenvorschlag geben zur „Abzocker“-Initiative
 - * Abstimmung ohne (direkten/indirekten) Gegenvorschlag nicht zu gewinnen
 - * Vorteile für einen direkten Gegenvorschlag

- **zur „Abzocker“-Initiative**
 - * positiv: Zeitgeist aufgenommen, glückliches Timing, Druck und Sensibilität
 - * negativ: Strafbarkeit, „Zeit-Illusion“ für Gesetzesumsetzung
 - * aber: es ist keine Schicksalsfrage für die Schweiz oder die Schweizer Wirtschaft...

- **Gesetzgebungsarbeiten mit falschem Fokus**
 - * Politiker konzentrieren sich fast ausschliesslich auf „Abzocker“-Initiative
 - * Arbeiten am eigentlichen Aktienrecht werden vernachlässigt
 - * es dürften (erneut) Fehler legiferiert werden – Rechtsunsicherheiten drohen..!

Ausblick

b) Und wie sollte es kommen?

- **Nebengeleise der „Abzocker“-Initiative**
 - * Vergütungsthematik ist realiter ein aktienrechtliches „Mini-Thema“
 - * Volksinitiative muss aber ernst genommen werden!
 - * ... und schon „droht“ eine neue Juso-Initiative „1 : 12“
- **offene „kleine“ Themen – Auswahl:**
 - * GV-Zirkularbeschlüsse zulassen
 - * sog. Nominee-Modell ablehnen (Anonymität soll gelten)
 - * Antragsrecht für Aktionäre bei Auflösungsklage („andere sachgemässe Lösung“)
- **Offene „grosse“ Themen – Auswahl:**
 - * Schaffung eines Schweizerischen Aktiengesetzes (AktG)
 - * Austrittsrecht sowie Ausschlussrecht in AG
 - * Kodifizierung eines Konzerngesellschaftsrechts in der Schweiz

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit..!

Peter V. Kunz

Universität Bern
Institut für Wirtschaftsrecht
Schanzeneckstrasse 1
CH-3001 Bern
Tel.: 031 / 631 55 88

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch