

Funktion(en) des Aktienrechts – vom Organisationsrecht zum Katalysator der Gesellschaftspolitik?

Peter V. Kunz*

Swiss Corporate Law (Articles 620 et seq. of the Swiss Code of Obligations) is undergoing permanent changes since the 19th century. Originally, these articles provided the legal basis for structuring and organizing corporations in the most efficient way – not more; therefore, the main focus was placed on protection of investors (i.e. the legal protection for both shareholders

and creditors). Over the last few years, there has been a shift towards «soft elements» of corporate law, in particular, Corporate Social Responsibility. Following international trends, the Swiss legislature will soon discuss further «soft elements» in this regard, for instance, gender diversity among boards and managers of corporations.

Inhaltsübersicht

- I. Vorbemerkungen
 - 1. Einleitung
 - 2. Historie
 - 3. Rechtsquellen
- II. Funktionen
 - 1. Organisationsrecht
 - 2. «Shareholder» v. «Stakeholder»?
 - 3. Vergütungs-Thematik
 - 4. Corporate Social Responsibility
- III. Schlussbemerkungen
 - 1. Rechtspolitik
 - 2. Neutrale Effizienz v. Sozialschutz?
 - 3. Rechtsanwendung
- IV. Literaturverzeichnis

recht². Die zentrale Bedeutung des Aktienrechts ergibt sich aus dem Umstand, dass in der Schweiz die *Aktiengesellschaft* (AG) die nach wie vor am weitesten verbreitete Gesellschaftsform ist³.

Die *Funktionen* des schweizerischen Aktienrechts änderten sich im Lauf der Zeit immer wieder, d.h. es ging und geht den aktienrechtlichen Rechtssetzern⁴ – notabene den Regulatoren und ebenso den Selbstregulatoren – um unterschiedliche Interessen und Interessenten. Vor diesem Hintergrund sollen in Bezug auf das Aktienrecht einleitend die *Historie* auf der einen Seite⁵ und die *Rechtsquellen* auf der anderen Seite⁶ kurz dargestellt werden. Es scheint, als ob die traditionelle Perspektive des Aktienrechts als Organisationsrecht⁷ jüngst ersetzt (oder zumindest ergänzt) wird durch gesellschaftspolitische Themen⁸.

I. Vorbemerkungen

1. Einleitung

Das *Wirtschaftsrecht* stellt heutzutage ein autonomes Rechtsgebiet dar und nutzt die anderen drei Rechtsgebiete – also das Privatrecht, das öffentliche Recht sowie das Strafrecht – als Rechtsquellen¹. Das *Gesellschaftsrecht* steht bei den wirtschaftsrechtlichen Teilrechtsgebieten regelmässig im Vordergrund, und als dessen wichtigstes Unterteilrechtsgebiet erweist sich das *Aktienrecht* gemäss Art. 620 ff. Obligationen-

² OR: SR 220; das Aktienrecht hat zusätzliche Rechtsquellen: Vgl. dazu hinten I.3.1.

³ *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Gesellschaftsrecht, § 16 N 669 ff.; *Jung/Kunz/Bärtschi*, Gesellschaftsrecht, § 8 N 5; Ende des Jahres 2017 gab es 215 194 AG; sämtliche Publikums-gesellschaften sind als AG organisiert, weil einzig deren Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert werden können.

⁴ Die Darstellung ist fokussiert auf die *Rechtssetzung*, d.h. auf den Erlass generell-abstrakter Normen; die *Rechtsanwendung*, also individuell-konkrete Urteile von Gerichten oder Verfügungen von Behörden, und die entsprechende Methodik werden nur am Rand thematisiert: Vgl. dazu hinten III.3.

⁵ Vgl. dazu hinten I.2.

⁶ Vgl. dazu hinten I.3.

⁷ Vgl. dazu hinten II.1.

⁸ Vgl. dazu hinten II.4.

* Univ.-Prof. Dr. iur. Peter V. Kunz, Rechtsanwalt, LL.M. Der Autor ist Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung, geschäftsführender Direktor des Instituts für nationales und internationales Wirtschaftsrecht (<www.iwr.unibe.ch>) sowie Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern; der Beitrag wurde im März 2018 abgeschlossen.

¹ Zur Verortung: Peter V. Kunz, Schweizer Wirtschaftsrecht im 21. Jahrhundert (...), AJP 24 (2015) 411 f.

2. Historie

2.1 19. Jahrhundert

Bereits in der *Antike* finden sich erste Ansätze des Gesellschaftsrechts⁹, und diverse heutige AG wollen ihre Gründung zumindest im *Mittelalter* erkennen (beispielsweise soll der Verlag Orell Füssli seine geschäftliche Tätigkeit schon im Jahr 1519 gestartet haben)¹⁰. Die eigentlichen AG und die Aktienrechtsordnungen sind allerdings erst in der Neuzeit bzw. im *19. Jahrhundert* entstanden und können als Folge der zunehmenden Industrialisierung verstanden werden¹¹. Das Aktienrecht ist eine *relativ moderne Erscheinung*.

In der *ersten Hälfte* des 19. Jahrhunderts fehlte in der Schweiz eine Bundeskompetenznorm zum Erlass von Privatrecht. Einige Kantone haben jedoch *kantonale Aktienrechtsordnungen* in Kraft gesetzt¹², erstmals der Kanton Solothurn im Jahr 1847¹³. Die entsprechenden Kantonsrechtsordnungen sahen für die Gründung der AG ein Konzessionssystem vor, und die später (und heute) dominierenden Themen – insbesondere der *Aktionärsschutz* und der *Gläubigerschutz* – spielten damals kaum eine Rolle¹⁴.

Das erste Aktienrecht auf Bundesebene stammt aus der *zweiten Hälfte* des 19. Jahrhunderts und war ein Teil des national vereinheitlichten Obligationenrechts, das im Jahr 1883 in Kraft trat¹⁵. Beim OR 1883 fanden sich indes das Gesellschaftsrecht im Allgemeinen sowie das Aktienrecht im Besonderen im

Hintergrund, gerade verglichen mit dem vereinheitlichten Vertragsrecht. Das OR 1883 löste die kantonalen Aktienrechtsordnungen ab und sah im Wesentlichen bereits die heutigen Strukturen der AG vor¹⁶.

2.2 20. Jahrhundert

Das 20. Jahrhundert wies für die Schweiz eine erstaunliche *aktienrechtliche Konstanz* auf. Nur ungefähr alle 50 Jahre erfolgte jeweils eine umfassende («grosse») Revision des Aktienrechts. In der *ersten Hälfte* des 20. Jahrhunderts, nämlich im Jahr 1937¹⁷, wurde das OR 1883 durch die erste «grosse» Aktienrechtsrevision abgelöst, der in der *zweiten Hälfte* des 20. Jahrhunderts, notabene im Jahr 1992¹⁸, die zweite «grosse» Aktienrechtsrevision – und damit das heute im Grossen und Ganzen nach wie vor geltende Recht – folgte.

Art. 620 ff. OR behielten zwar ihre Bedeutung als Kernmaterie des Aktienrechts, doch es fand immer stärker eine sog. *aktienrechtliche Dekodifikation* statt. Dies traf insbesondere auf das Finanzmarktrecht zu, das in diversen Bundesgesetzen (als *Leges speciales*) spezialgesetzliche Aktienrechtsbestimmungen mit sich brachte¹⁹. Für die Publikumsgesellschaften führte das neue Börsen- und Effektenhandelsgesetz²⁰ der Jahre 1997/1998 ein spezifisches *Börsengesellschaftsrecht* ein, das dem Aktienrecht vorging (und weiterhin vorgeht)²¹.

2.3 21. Jahrhundert

Seit Beginn des *21. Jahrhunderts* geht es geradezu «Schlag auf Schlag» im schweizerischen Gesellschaftsrecht²², nicht zuletzt durch verschiedene Spe-

⁹ Erwähnt wird insbesondere der «Codex Hammurabi» aus dem 17./18. vorchristlichen Jahrhundert; zudem: *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 4 N 7 ff.

¹⁰ Die älteste, noch bestehende AG, die schwedische Stora Enso, wird auf das Jahr 1288 zurückgeführt; zur Historie auch: *Druey/Druey Just/Glanzmann*, Handelsrecht, § 7 N 1 f.

¹¹ Der Kapitalbedarf stand am Anfang: *Druey/Druey Just/Glanzmann*, Handelsrecht, § 7 N 2; die AG wird m.a.W. mit dem «Kapitalismus» geboren: *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 4 N 13.

¹² Hinweise: *Peter V. Kunz*, Permanenter Umbruch im Gesellschaftsrecht (...), SJZ 102 (2006) 145 f.; *Ders.*, Minderheitenschutz, § 3 N 12 ff.; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 4 N 31 ff.; detailliert: *Bühler*, Gesetzgebungen, *passim*.

¹³ Vgl. Art. 1218–1223 des Solothurnischen Civilgesetzbuches vom 2. März 1847: *Bühler*, Gesetzgebungen, 295 f. N 17 ff.

¹⁴ *Kunz*, Minderheitenschutz, § 3 N 16 ff. m.w.H.

¹⁵ BBl 1881 III 109 ff.

¹⁶ Dies gilt z.B. für die Organe, also für die Generalversammlung bzw. GV (Art. 643 ff. OR 1883), für den Verwaltungsrat bzw. VR («Verwaltung»: Art. 649 ff. OR 1883) und für die Revisionsstelle («Kontrollstelle»: Art. 659 ff. OR 1883); zum ersten eidgenössischen Aktienrecht: *Kunz*, Minderheitenschutz, § 3 N 25 ff. (gerade der Aktionärsschutz war nach wie vor ein Randthema der Regelung: a.a.O. N 54 f.).

¹⁷ BBl 1936 III 605 ff.

¹⁸ BBl 1991 III 1476 ff.

¹⁹ Vgl. dazu hinten II.1.1.

²⁰ BEHG: SR SR 954.1; zur Historie statt aller: *Kunz*, Minderheitenschutz, § 3 N 199 ff.; *Peter Nobel*, Der Stand des Aktienrechts (...), SZW 85 (2013) 129 ff.

²¹ Statt vieler: *Nobel*, Aktienrecht, § 8 N 3 ff.

²² *Theodor Bühler*, Ein neues schweizerisches Recht der Handelsgesellschaften?, SJZ 102 (2006) 173 ff.

zialerlasse (z.B. das Fusionsgesetz²³ sowie das Kollektivanlagengesetz²⁴). Das *Börsengesellschaftsrecht* wurde im Jahr 2016 aus dem BEHG ins Finanzmarktinfrastrukturgesetz²⁵ transferiert. Schliesslich gab es einige «kleine» *Aktienrechtsrevisionen*, beispielsweise im Hinblick auf die Herabsetzung des Mindestnennwerts von Aktien auf 1 Rappen (Art. 622 Abs. 4 OR)²⁶.

Momentan pendent ist eine umfassende Revision des Aktienrechts. Eine entsprechende *dritte* «grosse» *Aktienrechtsrevision* wurde im Jahr 2005 gestartet²⁷; dieser erste Anlauf²⁸, unter der Ägide von Altbundesrat *Christoph Blocher* und von Altbundesrätin *Eveline Widmer-Schlumpf*, kam zum Stillstand durch die «Abzocker»-Initiative²⁹ und wurde in der Folge wieder aufgenommen. Der zweite Anlauf³⁰, verantwortet von Bundesrätin *Simonetta Sommaruga*, befindet sich zurzeit in der *parlamentarischen Beratung*, wobei der *legislative Ausgang offen* erscheint.

3. Rechtsquellen

3.1 Nationale Ebene

3.1.1 Regulierungen

Es gibt diverse aktienrechtliche Regulierungen auf verschiedenen staatlichen Hierarchiestufen. Auf *Ebene der Bundesverfassung (BV)*³¹ besteht auf der einen Seite eine Bundeskompetenznorm für das Privatrecht, inklusive das Aktienrecht³². Auf der anderen Seite sieht, als Folge der «Abzocker»-Initiative³³, Art. 95 BV

eine Regulierungsvorgabe v.a. im Zusammenhang mit Vergütungen von Unternehmensexekutiven vor³⁴.

Auf *Ebene der Bundesgesetze* stehen Art. 620 ff. OR im Vordergrund des Interesses; die anstehende dritte «grosse» *Aktienrechtsrevision*³⁵ betrifft diese Gesetzesregelungen. Einige Spezialgesetze – mit aktienrechtlichen Inhalten – gehen allerdings, als *Leges speciales*, dieser Ordnung als *Lex generalis* vor³⁶. Das schweizerische Aktienrecht wird in erheblichem Ausmass rechtspolitisch durch internationale Entwicklungen beeinflusst³⁷.

Schliesslich sind auf *Ebene der Bundesverordnungen* ebenfalls aktienrechtliche Regelungen zu entdecken, insbesondere in der bundesrätlichen *Handelsregisterverordnung*³⁸. Im Zusammenhang mit den Publikumsgesellschaften müssen ausserdem die *Übernahmeverordnung*³⁹ einerseits sowie die «Abzocker»-Verordnung (Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten AG)⁴⁰ andererseits berücksichtigt werden.

3.1.2 Selbstregulierungen

Im Bereich des Aktienrechts kommen als (mehr oder weniger) «private» Quellen ausserdem sog. *Selbstregulierungen* vor⁴¹, und zwar – je nach Beteiligung des Staates – sowohl echte Selbstregulierungen als auch unechte Selbstregulierungen⁴². Entsprechende Selbstregulierungen betreffen in aller Regel nicht kleine und mittlere Unternehmen (KMU), die typisch für die Schweizer Wirtschaft sind, sondern primär entweder *grosse Privatunternehmungen* oder *Publikumsgesellschaften*, deren Aktien demzufolge an einer Börse kotiert sind.

Das selbstregulierte *Kotierungsrecht* der SIX Swiss Exchange sowie der BX Berne Exchange wird jeweils von der Finanzmarktaufsichtsbehörde FINMA im Rahmen von Art. 27 Abs. 4 FinfraG hoheitlich geneh-

²³ FusG: SR 221.301.

²⁴ KAG: SR 951.31.

²⁵ FinfraG: SR 958.1.

²⁶ Diese aktienrechtliche Revision erfolgte im Rahmen des Erlasses des FusG (hierzu die Botschaft zum FusG: BBl 2000 4493 sowie 4494).

²⁷ Vgl. *Peter Böckli*, Zum Vorentwurf für eine Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, GesKR 2006, 4 ff.; *Peter V. Kunz*, Status quo der «grossen Aktienrechtsrevision» (...), in: *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III* (Bern 2008) 125 ff.

²⁸ Botschaft zum OR 2007: BBl 2008 1589 ff.

²⁹ Vgl. dazu hinten II. 3.1.

³⁰ Botschaft zum OR 2016: BBl 2017 399 ff.

³¹ SR 101.

³² Art. 122 Abs. 1 BV: «Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts (...) ist Sache des Bundes».

³³ Vgl. dazu hinten II.3.1.

³⁴ Der *Bundesverfassungsauftrag* an die *Legislative* umfasst inhaltlich primär Normen zum «Schutz der Volkswirtschaft, des Privateigentums und der Aktionärinnen und Aktionäre»: Art. 95 Abs. 3 a.A. BV.

³⁵ Vgl. dazu vorne I.2.3.

³⁶ Vgl. dazu hinten II.1.1.

³⁷ Vgl. dazu hinten I.3.2.

³⁸ HRegV: SR 221.411.

³⁹ UEV: SR 954.195.1.

⁴⁰ VegüV: SR 221.331.

⁴¹ Statt aller: *Bühler*, Governance, N 103 ff.

⁴² *Zysset*, Selbstregulierung, N 363 ff.; *Bühler*, Governance, N 122 ff.

मित und stellt somit eine unechte Selbstregulierung⁴³ dar. Für die Publikumsgesellschaften und für die Publikumsaktionäre besonders wichtig, und damit sozusagen das *Aktienrecht ergänzend*, sind die Kotierungsreglemente der Börsen (z.B. betreffend die Transparenzordnung der Ad hoc-Publizität), allfällige Zusatzreglemente sowie diverse Richtlinien (Beispiel: Richtlinie zur Corporate Governance)⁴⁴.

Der Wirtschaftsdachverband *economiesuisse* hat einen sog. *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (SCBP)*⁴⁵ publiziert, der als echte Selbstregulierung qualifiziert werden kann⁴⁶. Es handelt sich um rechtsunverbindliche Empfehlungen, denen als «Soft law» nichtsdestotrotz faktische Wirkungen zukommen, d.h. sie erweisen sich ebenfalls als das *Aktienrecht ergänzend*. Es werden z.B. Empfehlungen abgegeben zum Aktionariat⁴⁷, zum Verwaltungsrat (VR)⁴⁸, zur Geschäftsleitung (GL)⁴⁹ sowie zu den Vergütungen⁵⁰.

3.2 Internationale Ebene

Wirtschaftsrecht ist internationales Recht, doch beim Gesellschaftsrecht – inklusive dem *Aktienrecht* – do-

miniert die *Nationalstaatlichkeit* der Rechtsmaterie⁵¹. Anders als bei anderen wirtschaftsrechtlichen Teilrechtsgebieten (etwa beim Immaterialgüterrecht oder beim Steuerrecht) bestehen *keine Staatsverträge*. Nicht zuletzt durch die *Rechtsvergleichung* als Wissenschaftsdisziplin wird aber auch das schweizerische Aktienrecht, mindestens rechtspolitisch bzw. de lege ferenda, durch *internationale Entwicklungen* beeinflusst.

Über die Jahrzehnte hinweg hat ausserdem eine *faktische Rechtsangleichung* der nationalen Aktienrechtsordnungen stattgefunden⁵². Es kann, etwas trivialisiert, festgehalten werden, dass die AG – im Grossen und Ganzen – jeweils *ähnlich funktionieren*, unabhängig davon, ob es sich um Gesellschaften in den USA, in Australien, in Südafrika, im Iran oder in der Schweiz handelt⁵³. Für die Schweiz spielt rechtspolitisch die *Europäische Union* (EU) eine herausragende Rolle, was ebenfalls im Hinblick auf das Aktienrecht zutrifft⁵⁴.

Der Bundesrat betrachtet für die pendente «grosse» Aktienrechtsrevision das *Gesellschaftsrecht der EU als «wegleitend»*: «Die Schweiz ist staatsvertraglich nicht zur Übernahme des einschlägigen Sekundärrechts der EU im Bereich des Gesellschaftsrechts verpflichtet. Nichtsdestotrotz wäre eine *völlig eigenständige Rechtsentwicklung* des schweizerischen Gesellschaftsrechts für den mit dem europäischen Binnenmarkt eng verbundenen Wirtschaftsstandort Schweiz *problematisch*. Zudem basieren die Bestimmungen der EU oftmals auf ähnlichen Konzeptionen wie das schweizerische Gesellschaftsrecht»⁵⁵.

Seit den 1990er Jahren wird auf internationaler Ebene über Anforderungen an eine effiziente *Corporate Governance* bei Unternehmungen debattiert⁵⁶. Die *OECD*, die Organisation for Economic Co-operation and Development, hat in diesem Zusammenhang

⁴³ Vgl. *Zysset*, Selbstregulierung, N 516 ff.

⁴⁴ Statt vieler: *Bühler*, Governance, N 1031 ff.; bei Publikumsgesellschaften werden, nicht zuletzt durch die Selbstregulierung, *erhöhte Transparenzanforderungen* aufgestellt; vor diesem Hintergrund hat die SIX zahlreiche Richtlinien «erlassen», etwa zur Ad hoc-Publizität, zu den Management-Transaktionen oder zur Rechnungslegung.

⁴⁵ Als Zielgruppe werden schweizerische Publikumsgesellschaften sowie «nicht kotierte, volkswirtschaftlich bedeutende Gesellschaften oder Organisationen (inkl. solche in anderer Rechtsform als der Aktiengesellschaft)» aufgeführt: SCBP Präambel; allg.: *Bühler*, Governance, N 1250 ff.

⁴⁶ Hinweise: *Zysset*, Selbstregulierung, N 156.

⁴⁷ Die AG sollen den Aktionären die Ausübung ihrer Rechte erleichtern, so dass z.B. festgehalten wird: «Die Gesellschaft publiziert zudem die Statuten auf ihrer Webseite» (SCBP Ziff. 2 a.E.).

⁴⁸ SCBP Ziff. 12 hält fest: «Dem Verwaltungsrat sollen weibliche und männliche Mitglieder angehören»; unter «Aufgaben des Verwaltungsrates» führt SCBP Ziff. 9 a.E. an: «Der Verwaltungsrat lässt sich vom Ziel der nachhaltigen Unternehmensentwicklung leiten».

⁴⁹ Personalunionen auf oberster Ebene sollten vermieden werden: «Der Verwaltungsrat wirkt darauf hin, dass sein Vorsitz und die Spitze der Geschäftsleitung zwei Personen anvertraut werden (Doppelspitze)» (SCBP Ziff. 19 a.A.).

⁵⁰ Zur Thematik besteht ein Anhang 1 zum SCBP.

⁵¹ *Kunz*, Gesellschaftsrecht, 225 f.

⁵² Allg.: *Hans-Ueli Vogt*, Konvergenz von Gesellschaftsrechten (Habil. Zürich 2006) *passim*.

⁵³ Frühe Übersicht (zu mehr als 20 Länderordnungen): *Kunz*, Minderheitenschutz, § 17 N 7 ff.

⁵⁴ Im Rahmen der aktuellen «grossen» Aktienrechtsrevision wird umfassend auf das Recht der EU hingewiesen: BBl 2017 469 ff.

⁵⁵ BBl 2017 469 (Hervorhebungen hinzugefügt).

⁵⁶ Hinweise: *Kunz*, Minderheitenschutz, § 2 N 111 ff.; *Böckli*, Aktienrecht, § 14 N 5 ff.

diverse Vorschläge gemacht⁵⁷. Schliesslich spricht sich die Rechtspolitik bei Gesetzgebungsvorhaben regelmässig für die Beachtung der sog. *Ruggie Principles* aus⁵⁸, die vorsehen, dass Menschenrechte auch durch private Unternehmen zu beachten sind⁵⁹.

II. Funktionen

1. Organisationsrecht

1.1 Grundverständnis zum Aktienrecht

Das schweizerische Aktienrecht erweist sich als *branchenneutral*, d.h. es gelangt prinzipiell bei *sämtlichen* AG zur Anwendung, und zwar unabhängig davon, ob die konkrete Gesellschaft z.B. Finanzdienstleistungen anbietet, Medikamente vertreibt, Reissnägel produziert oder als Bäckerei Kunz AG sagemuwobene Gipfeli in den Berner Lauben verkauft. Das Aktienrecht stellt m.a.W. *kein Branchenrecht* dar.

M.E. kann de lege lata das Gesellschaftsrecht im Allgemeinen sowie das Aktienrecht im Besonderen als sog. *Organisationsrecht* qualifiziert werden⁶⁰. Der aktienrechtliche Primärzweck besteht darin, etwas trivialisiert, als Rahmenordnung die möglichst effiziente Organisation von AG zu ermöglichen. Es handelt sich m.a.W. um «Regeln zum *Organisieren* oder zum *Reorganisieren* von Unternehmungen in spezifischen Gesellschaftsformen»⁶¹.

Aktienrechtliche Normen finden sich nicht allein in der eigentlichen *Lex generalis* (sc. Art. 620 ff. OR)⁶², sondern in diversen Spezialerlassen bzw. *Leges speciales*, die vorgehen⁶³. Diese Sonderordnungen zum Aktienrecht – in weiten Teilen dem wirtschaftsrechtlichen Teilrechtsgebiet des Finanzmarktes zugehörig – stellen kein Branchenrecht, sondern *spezialge-*

setzliches Organisationsrecht dar (Beispiel: «Verbot der Personalunion»)⁶⁴.

1.2 Corporate Governance

Die *Corporate Governance* (CG)⁶⁵ stellt seit längerer Zeit das Zentralthema der gesellschafts- bzw. aktienrechtlichen Debatten dar, seit nunmehr etwa einem Vierteljahrhundert nicht zuletzt auf internationaler Ebene⁶⁶. Es handelt sich bei der CG indessen nicht wirklich um ein neues Thema, denn die entsprechenden Diskussionen zur Ausgestaltung der Aktienrechtsordnungen reichen weit zurück⁶⁷, wurden damals aber (noch) nicht unter dem an sich wenig aussagekräftigen Heading «Corporate Governance»⁶⁸ geführt.

Es besteht *keine einheitliche Definition* zur CG, weder in der Schweiz noch im Ausland. M.E. überzeugt der traditionelle Ansatz, bei dem – nicht zuletzt die Rechtssicherheit betonend – der *Schutz der Aktionäre* (sc. «Shareholder») im Vordergrund steht⁶⁹; die ehemals v.a. kontinentaleuropäische Debatte hat indes zur CG einen «modernen» Ansatz entwickelt betreffend Schutz der «Stakeholder»⁷⁰, der rechtsunsicher sowie ausufernd erscheint.

Ein vermittelndes Verständnis lautet: «Corporate Governance bezeichnet die Gesamtheit aller Steuerungsmechanismen, die im Hinblick auf einen möglichst effizienten Interessenausgleich unter den verschiedenen Anspruchsgruppen ein funktional ausgewogenes Zusammenspiel von Führung und Kontrolle im Unternehmen gewährleisten sollen»⁷¹.

⁵⁷ Nebst diversen «working papers» sind v.a. drei «Richtlinien» erwähnenswert, darunter in erster Linie die *OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen*; allg.: *Jung/Kunz/Bärtschi*, Gesellschaftsrecht, § 1 N 43; *Nobel*, Aktienrecht, § 9 N 26 ff.

⁵⁸ *Kaufmann*, Menschenrechte, 747 ff.; *Kunz*, Wirtschaftsethik, 237 f.

⁵⁹ Vgl. *Kaufmann*, Menschenrechte, *passim*.

⁶⁰ In diesem Sinn: *Kunz*, Gesellschaftsrecht, 8 f.

⁶¹ *Kunz*, Gesellschaftsrecht, 8 (Hervorhebungen hinzugefügt).

⁶² Vgl. dazu vorne I.3.1.1.

⁶³ Motto: «Lex specialis derogat legi generali».

⁶⁴ Bei *Banken* und bei *Versicherungen* darf *keine Personalunion* («personelle Gewaltenteilung») zwischen der operativen GL sowie der strategischen Oberleitung des VR bestehen: Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG (SR 952.0) i.V.m. Art. 11 Abs. 2 BankV (SR 952.02) sowie Art. 13 Abs. 1 AV0 (SR 961.011).

⁶⁵ *Bühler*, Governance, *passim*; *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Gesellschaftsrecht, § 10 N 203 ff.; *Böckli*, Aktienrecht, § 14 N 1 ff.; *Druey/Druey Just/Glanzmann*, Handelsrecht, § 13 N 69 ff.; *von der Crone*, Aktienrecht, § 1 N 38 ff.; *Nobel*, Aktienrecht, § 9 N 3 ff.; *Kunz*, Minderheitenschutz, § 2 N 111 ff.

⁶⁶ Vgl. dazu vorne I.3.2.

⁶⁷ Statt aller: *Böckli*, Aktienrecht, § 14 N 16 ff.; *Druey/Druey Just/Glanzmann*, Handelsrecht, § 7 N 78.

⁶⁸ Zur Wortherkunft: *Bühler*, Governance, N 340 f.

⁶⁹ Hierzu: *Bühler*, Governance, N 343 ff. m.w.H.

⁷⁰ Vgl. dazu hinten II.2.

⁷¹ *Bühler*, Governance, N 365 (Hervorhebungen des Originals weggelassen).

Bei der CG geht es indes grundsätzlich um *kein gesellschaftspolitisches* Postulat, sondern in erster Linie um ein genuin gesellschafts- bzw. aktienrechtliches Anliegen, nämlich – etwas trivialisiert – um Machtkontrolle und um Vermeidung von Interessenkonflikten⁷². Vor diesem Hintergrund kann die Thematik der CG als Thema des *Organisationsrechts* betrachtet werden⁷³. Die (Ver-)Stärkung der aktuellen aktienrechtlichen CG stellt eine zentrale und unbestrittene Zielsetzung der «grossen» Aktienrechtsrevision dar⁷⁴.

1.3 Ausgewählte Funktionsweise(n)

Die AG haben – typischerweise – einen *wirtschaftlichen Zweck*⁷⁵, d.h. sie verfolgen regelmässig weder ideelle noch gemeinnützige Zwecke⁷⁶; immerhin ist es aktienrechtlich zulässig, nichtwirtschaftliche Zwecksetzungen (kulturelle, politische, gesellige etc. Zwecke)⁷⁷ vorzusehen. Die AG sind ausserdem – typischerweise – *gewinnstrebig*, sie streben einen maximierten Gewinn an, um ihn an die Aktionäre als Dividende auszuschütten⁷⁸; die Gewinnstrebigkeit kann mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter aufgehoben werden⁷⁹.

Diese *Gesellschaftsperspektive* spiegelt sich in der *Gesellschafterperspektive*. Die Aktionäre können zwar

den wirtschaftlichen Zweck sowie die Gewinnstrebigkeit der AG aufheben oder relativieren, doch sie müssen nicht⁸⁰. Der *typische Aktionär* ist am wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft interessiert, und deren Gewinnmaximierung steht aktienrechtlich im Vordergrund. Sollten die Aktionäre nicht intervenieren, folgen die AG dem Motto: «The Business of Business is Business»⁸¹, ohne die Notwendigkeit, sich zu rechtfertigen⁸².

Vor diesem Hintergrund erscheint die sog. *korporative Philanthropie* nicht unproblematisch. *Unternehmensspenden* – als Beispiel – sind aktienrechtlich nicht schrankenlos zulässig⁸³. Spenden durch Unternehmungen sind nur, aber immerhin, dann erlaubt, wenn sie *geschäftsmässig motiviert* sind (z.B. als Reklamewert oder als Imagegewinn)⁸⁴. Folglich besteht ein enger Rahmen für Unternehmensspenden: «Es kann durchaus gesagt werden, dass insofern das Gesellschaftsrecht de lege lata *Ethik hemmt*»⁸⁵.

2. «Shareholder» v. «Stakeholder»?

In den 1990er Jahren entbrannte in der Schweiz und auf internationaler Ebene ein ideologischer Streit um die «richtigen» Interessen im Aktienrecht⁸⁶. Während die Traditionalisten den «*Shareholder Value*» (und da-

⁷² Stichwort: «Checks and Balances»; die Ausgestaltung der Organe der AG (v.a. VR und GV) sowie deren gegenseitigen Verhältnisse sind am besten in diesem Kontext zu verstehen, was bereits zum OR 1883 diskutiert wurde; insofern wird ersichtlich, dass CG kein «neues» Thema ist, sondern eher «alter Wein in neuen Schläuchen».

⁷³ *Druey/Druey Just/Glanzmann*, Handelsrecht, § 13 N 78 a.A.: «Corporate Governance ist Organisation»; *Kunz*, Gesellschaftsrecht, 9; kritisch zu Entwicklungen: «[G]eleentlich mag der Eindruck entstehen, dass die CG als Einfallstor für *gesellschaftspolitische* Anliegen in *gesellschaftsrechtlichen* Regelungen gebraucht bzw. «missbraucht werden soll!» (a.a.O. 220; Hervorhebungen im Original); teils wird von einem weiteren Begriffsverständnis ausgegangen: *Bühler*, Governance, N 342 und N 349 ff. m.w.H. Vgl. dazu hinten II.4.2.1.

⁷⁴ Statt aller: *Jung/Kunz/Bärtschi*, Gesellschaftsrecht, § 8 N 4.

⁷⁵ Allg.: *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Gesellschaftsrecht, § 4 N 5 ff.

⁷⁶ Dies ergibt sich aus Art. 620 Abs. 3 OR: «Die Aktiengesellschaft kann auch für andere als wirtschaftliche Zwecke gegründet werden»; vgl. *Jung/Kunz/Bärtschi*, Gesellschaftsrecht, § 8 N 4.

⁷⁷ Statt vieler: *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Gesellschaftsrecht, § 16 N 41 ff.

⁷⁸ Insofern steht jedem Aktionär ein Vetorecht zu: Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR.

⁸⁰ Der *Aktionärswille* zeigt sich nicht allein beim wirtschaftlichen (oder beim nichtwirtschaftlichen) Zweck der AG oder bei der Gewinnstrebigkeit der Unternehmung (oder beim Verzicht darauf), sondern ebenfalls bei der Reservenbildung; die Aktionäre können insbesondere *Reserven für Wohlfahrtszwecke* schaffen: Art. 673 OR sowie Art. 674 Abs. 3 OR.

⁸¹ Das Vollzitat von *Milton Friedman* lautet: «There is one and only one social responsibility of business – to use its resources and engage in activities designed to increase its profits» (zit. gemäss *Kaufmann*, Menschenrechte, 745).

⁸² Es gibt keine Pflicht zur Langfristigkeit: *Kunz*, Wirtschaftsethik, 225 FN 49.

⁸³ *Thomas Jutzi*, Unternehmensspenden: Zuständigkeit, Grenzen und Handlungsoptionen gemäss schweizerischem Aktienrecht, recht 35 (2017) 251 ff.; *Rolf Watter/Thomas Rohde*, Die Spendenkompetenz des Verwaltungsrates, in: FG zum Schweizerischen Juristentag 2006 (Zürich 2006) 329 ff.

⁸⁴ Statt aller: *Kunz*, Wirtschaftsethik, 226 f. m.w.H.

⁸⁵ *Kunz*, Wirtschaftsethik, 227 (Hervorhebung im Original).

⁸⁶ Vgl. *Andreas Iten*, Shareholder value – die Ideologisierung der Wirtschaft?, ST 70 (1996) 817 f.; Übersicht: *Kunz*, Minderheitenschutz, § 2 N 106 ff.; zudem: *von der Crone*, Aktienrecht, § 1 N 19 ff.

mit die Aktionärsinteressen) ins Zentrum stellten⁸⁷, argumentierten die Modernisten für die Berücksichtigung des «Stakeholder Value» (u.a. Interessen der Gläubiger, Konsumenten, Lieferanten und der «Allgemeinheit»)⁸⁸. Der Begriff der «Stakeholder» blieb jedoch – wie das Konzept generell – unklar und wenig originell⁸⁹.

In den letzten Jahren fand eine Konvergenz der Ansichten statt. Gemeinsamer Nenner ist der sog. «Triple Bottom Line Ansatz», wonach der Unternehmenserfolg durch drei Elemente bestimmt wird, nämlich «dem finanziellen Resultat, das die Investoren interessiert (first bottom line), den Leistungen im Dienste der Society und vor allem der Mitarbeitenden (second bottom line, social responsibility) und schliesslich der Rücksichtnahme auf die Umwelt (third bottom line, environmental responsibility)»⁹⁰. Dieser Ausgleich zwischen «Shareholder»-Ansatz und «Stakeholder»-Ansatz ist begrüssenswert.

Dass dieser «Triple Bottom Line Ansatz» die *Rechtssicherheit relativieren* kann, dürfte kaum zu bestreiten sein. Vor diesem Hintergrund braucht es – beispielsweise im Zusammenhang mit aktienrechtlichen Interessenabwägungen – eine legale Vermutungsregel für Zweifelsfälle oder m.a.W. eine Prioritätsordnung: «M.E. müssen im Zweifel jeweils die Interessen der *Gesellschafter* – als Dreh- und Angelpunkt überhaupt – vorrangig berücksichtigt werden, ausser das Gesetz sieht etwas anderes vor, was nicht selten der Fall ist»⁹¹.

3. Vergütungs-Thematik

3.1 Eidgenössische Volksinitiativen

Diverse *Volksinitiativen auf Bundesebene* betrafen (und betreffen) das Wirtschaftsrecht im Allgemeinen sowie das Gesellschaftsrecht im Besonderen; nach wie vor pendent ist die umstrittene Konzernverantwortungsinitiative⁹². Zu einer eigentlichen gesellschaftsrechtlichen Kampfzone hat sich in den letzten Jahren die *Thematik «Vergütungen»* der VR und der GL bei Publikumsgesellschaften entwickelt. Im Vordergrund standen die «Abzocker»-Initiative⁹³ auf der einen Seite sowie die «1:12-Initiative»⁹⁴ auf der anderen Seite.

Regelmässig wird in der politischen Debatte geltend gemacht, dass übermässige Vergütungen («Boni» etc.) den *gesellschaftlichen Zusammenhalt unterminieren* könnten. Ob dies zutrifft, oder ob es sich im Wesentlichen um eine «Neiddebatte» handelt, kann offenbleiben. Die Thematik der Vergütung gerade an das Management von Grosskonzernen erweist sich in jedem Fall als politisch sensibel, wenn auch aktienrechtlich im Prinzip als bedeutungslos⁹⁵. Im *Transparenzbereich* wurde der Gesetzgeber mit dem Erlass von Art. 663b^{bis} OR relativ früh tätig, notabene im Sinn einer «gesetzgeberischen Blitzaktion»⁹⁶.

3.2 Zielsetzungen

Mit der *Vergütungs-Thematik* befassen sich rechtspolitisch nicht nur Regulatoren, sondern auch Selbstregulatoren⁹⁷. Bei den Vergütungen an die Exekutiven von Publikumsgesellschaften geht es jeweils um *drei Rechtsthemen*: die Transparenz der Vergütungen (v.a. Art. 663b^{bis} OR)⁹⁸, die Organzuständigkeit für die Festlegung (sc. GV statt VR: «Say on Pay», dies der

⁸⁷ Bühler, Governance, N 343 ff.; Nobel, Aktienrecht, § 9 N 47 f.

⁸⁸ Für die Schweiz: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 28 N 26; Nobel, Aktienrecht, § 9 N 49 ff.; zu den möglichen «Stakeholder»: Bühler, Governance, N 349 f.

⁸⁹ Dass nicht ausschliesslich Aktionärsinteressen eine Rolle spielen, ergibt sich meist bei der Auslegung von Aktienrechtsnormen (und bei Interessenabwägungen): Kunz, Minderheitenschutz, § 2 N 109.

⁹⁰ Peter Forstmoser, Corporate Responsibility und Reputation (...), in: Unternehmen – Transaktion – Recht (Zürich/St. Gallen 2008) 200 (Hervorhebung des Originals weglassen).

⁹¹ Kunz, Wirtschaftsethik, 232 (Hervorhebungen im Original); wohl im Ergebnis ähnlich: von der Crone, Aktienrecht, § 1 N 24.

⁹² Vgl. dazu hinten II.4.3.

⁹³ Botschaft zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei»: BBl 2009 299 ff.

⁹⁴ Botschaft zur Volksinitiative «1:12 – Für gerechte Löhne»: BBl 2012 637 ff.

⁹⁵ Mit dieser Einschätzung: Kunz, Gesellschaftsrecht, 79.

⁹⁶ Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 10 N 108; es handelte sich um eine der «kleinen» Aktienrechtsrevisionen; hierzu die Botschaft: BBl 2004 4471 ff. («Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung»).

⁹⁷ Im Vordergrund steht *economiesuisse* mit dem SCBP: Vgl. dazu vorne I.3.1.2.

⁹⁸ Vgl. dazu vorne II.3.1.

Fokus der «Abzocker»-Initiative) sowie allfällige quantitative Einschränkungen für die Höhe der Entschädigungen (sc. «1:12-Initiative»).

Die «Abzocker»-Initiative ging enorm weit, gerade auch im damaligen internationalen Vergleich⁹⁹, war indessen so populär, dass sie *überwältigend angenommen* wurde. Entgegen dem Missverständnis in Teilen der Bevölkerung, in der Politik und in den Medien war die Volksinitiative nicht ethisch o.Ä., sondern in erster Linie *ökonomisch* motiviert¹⁰⁰. D.h. die Initiative strebt keine Begrenzung (und keine Senkung) der Vergütungen an. Es ging primär darum, dass ein *Mitspracherecht der Aktionäre* institutionalisiert wird¹⁰¹. Insofern kann, etwas trivialisiert, von einem «Shareholder»-Aspekt¹⁰² gesprochen werden.

Die «1:12-Initiative»¹⁰³ wollte eine *Begrenzung der Vergütungen*, und zwar auf das Maximalverhältnis 1:12 zwischen dem höchstem und dem tiefsten Lohn. Die Ökonomie spielte in diesem Zusammenhang keine Rolle. Vielmehr ging es um Themen wie beispielsweise «Fairness», «Gerechtigkeit» oder «Arbeitnehmerschutz». Folglich kann gesagt werden, dass mit dieser Initiative im Prinzip ein «Stakeholder»-Aspekt¹⁰⁴ festgeschrieben werden sollte. Die Volksinitiative wurde in der Abstimmung *deutlich abgelehnt*.

4. Corporate Social Responsibility

4.1 Entwicklungen

Die *Corporate Social Responsibility* (CSR)¹⁰⁵ erweist sich zu Beginn des 21. Jahrhunderts als das boomende Trendthema des Gesellschaftsrechts schlechthin, das von – fast – keiner Seite her grundsätzlich in Frage gestellt wird¹⁰⁶. Nicht allein die Wissenschaft, sondern auch die Politik¹⁰⁷ und die Unternehmungen bzw. deren PR-Abteilungen¹⁰⁸ betonen die Wichtigkeit der CSR, ohne dass klar wird, was damit eigentlich gemeint ist. In dieser *rechtspolitischen «Blackbox»* findet sich für alle, was sie bzw. er bzw. es sich wünscht.

M.E. wäre eine gesunde Skepsis anstelle eines eingeschüchterten Strammstehens angebracht. Wohl unstrittig ist, dass die CSR das am weitesten geöffnete *legislative Einfallstor der Gesellschaftspolitik* ins Gesellschaftsrecht darstellt. Als Folge der «Abzocker»-Initiative¹⁰⁹ besteht heute zumindest eine Regulierungsvorgabe, das Aktienrecht «im Sinne einer nachhaltigen Unternehmensführung» (Art. 95 Abs. 3 a.A. BV) auszugestalten, zumindest Teile davon¹¹⁰. Im Bereich der Rechnungslegung wurde und wird dies u.a. thematisiert im Rahmen der sog. *Nachhaltigkeitsberichterstattung* («Umweltberichte» etc.)¹¹¹.

⁹⁹ Detailliert: Peter V. Kunz, Eidgenössische Volksinitiative «gegen die Abzockerei» sowie Revision des Obligationenrechts als indirekter Gegenvorschlag: Aspekte im internationalen Quervergleich, Jusletter vom 4. Februar 2013, *passim*.

¹⁰⁰ Bei den eher seltenen «ethischen» Argumentationen versuchten beide Seiten, die Moral für sich in Anspruch zu nehmen: Kunz, *Wirtschaftsethik*, 223; zu den unterschiedlichen Positionen: Ingo Pies/Peter Sass, Verdienen Manager, was sie verdienen? Eine wirtschaftsethische Stellungnahme, in: *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Bd. 18 (Berlin 2010) 205 ff.; Stephan Hostettler/Markus Huppenbauer, Ethische Aspekte der Manager-Vergütung, *NZZ* Nr. 210 (2013) 32; Axel Tschentscher, Zur rechtsphilosophischen Rechtfertigung von Managergehältern, in: *FS für R. von Büren* (Basel 2009) 963 ff.

¹⁰¹ Die «Abzocker»-Initiative bzw. damit de lege lata nunmehr Art. 95 Abs. 3 BV erwähnt explizit den Schutz «des Privateigentums und der Aktionärinnen und Aktionäre».

¹⁰² Vgl. dazu vorne II.2.

¹⁰³ Initiativtext: BBl 2012 641.

¹⁰⁴ Vgl. dazu vorne II.2.

¹⁰⁵ Vgl. Böckli, *Aktienrecht*, § 14 N 372 ff.; Bühler, *Governance*, N 431 ff.; Kunz, *Wirtschaftsethik*, 231 ff.; Anne Mirjam Schneuwly, *Corporate Social Responsibility (...)* (Diss. Freiburg 2012) *passim*.

¹⁰⁶ Eine eigentliche «political correctness» wird auch von den meisten Aktienrechtlern beachtet.

¹⁰⁷ Hinweise zu Entwicklungen in der Schweiz: BBl 2017 6348 ff.

¹⁰⁸ Insbesondere Publikumsgesellschaften – unter medienerfahrener Beobachtung von NGOs – heben «Ethikanstrengungen» hervor und publizieren sog. Codes of Conduct; wichtiger als das geschriebene Wort ist jedoch die gelebte Realität, die nicht selten etwas «nachhinkt»: Kunz, *Wirtschaftsethik*, 235; kritisch ebenfalls: Gunther Teubner, *Selbst-Konstitutionalisierung transnationaler Unternehmen?*, in: *FS für K. J. Hopt*, Bd. 1 (Berlin 2010) 1450.

¹⁰⁹ Vgl. dazu vorne II. 3.1.

¹¹⁰ Dieser *Nachhaltigkeitsaspekt* gilt jedoch nicht zum Aktienrecht generell, sondern ist auf die Thematik «Vergütungen» beschränkt: Art. 95 Abs. 3 lit. a–lit. d BV («nach folgenden Grundsätzen»).

¹¹¹ Vgl. Ursula Brunner, *Nachhaltigkeitsberichterstattung*, in: *FS für R. H. Weber* (Bern 2011) 255 ff.; zudem: Hans Caspar von der Crone/Mariel Hoch, *Nachhaltigkeit und Nachhaltigkeitsreporting*, *AJP* 11 (2002) 40 ff.; Hinweise: Kunz, *Wirtschaftsethik*, 227 f.

4.2 Aktuelle «grosse» Aktienrechtsrevision

4.2.1 Grundsatz: Organisationsrecht

Die *Verbesserung der CG* für AG ist der zentrale Leitstern der aktuellen «grossen» Aktienrechtsrevision¹¹², und zwar beim ersten Anlauf¹¹³ und – angepasst nach einer kritischen Vernehmlassung – beim zweiten Anlauf¹¹⁴. Im Jahr 2007 hielt der Bundesrat fest: «[Es] gewinnt eine *eigentumsbezogene Betrachtung* vermehrt an Bedeutung; die Interessen der Aktionärinnen und Aktionäre werden neu und stärker gewichtet. Angesprochen wird damit zum einen der *Shareholdervalue-Gedanke*, zum anderen die *Corporate Governance*»¹¹⁵.

Es stellt ein primäres Revisionsziel dar, die «*Checks and Balances*» zwischen den Gesellschaftsorganen zu verbessern bzw. zu stärken¹¹⁶, was durch *organisationsrechtliche* Massnahmen geschehen soll, nicht zuletzt im Bereich der Digitalisierung¹¹⁷: Ausbau der Aktionärsrechte (z.B. betreffend Informationsrechte, Schwellenwerte oder Gesellschafterklagen), Organisation des VR¹¹⁸, Zulassung von «Internet-GV»¹¹⁹ etc. M.E. geht es als Grundsatz um *Organisationsrecht* bei der «grossen» Aktienrechtsrevision¹²⁰.

4.2.2 Ausnahme(n): Gesellschaftspolitik

Beim zweiten Anlauf der «grossen» Aktienrechtsrevision soll erstmalig *Gesellschaftspolitik direkt ins Aktienrecht* einfließen, was – unter verschiedenen Aspekten – nicht wirklich überrascht¹²¹. Es kann sicherlich behauptet werden, dass dies schlicht dem *Zeitgeist* entspricht. Zudem hat sich diese Entwicklung, notabene national¹²² und international¹²³, durchaus bereits seit einiger Zeit «*angebaut*». Schliesslich fällt die *sanfte Ausgestaltung* der Regelungsvorschläge auf, die dem Entwurf das wirklich Revolutionäre nimmt.

M.E. würde bzw. wird die Gesellschaftspolitik damit sozusagen *auf leisen Pfoten* ins Aktienrecht schleichen, was nicht heissen soll, dass dies richtigerweise geschähe¹²⁴. Einerseits geht es um eine (sanfte) «Geschlechterquote»¹²⁵ in gewissen Unternehmensexekutiven¹²⁶ und andererseits um Berichterstattungspflichten für Rohstoffunternehmungen¹²⁷.

Der bundesrätliche Regelungsvorschlag – ohne Sanktionsfolgen bei Nichterfüllung der Vorgaben bzw. Richtwerte – lautet wie folgt: «Sofern nicht jedes Geschlecht mindestens zu 30 Prozent im Verwaltungsrat und zu 20 Prozent in der Geschäftsleitung vertreten ist, sind im Vergütungsbericht bei [den betroffenen AG] anzugeben: 1. die Gründe, weshalb die Geschlechter nicht wie vorgesehen vertreten sind; und 2. die Massnahmen zur Förderung des weniger

¹¹² Statt aller: *Bühler*, Governance, N 599 ff. (de lege lata und de lege ferenda).

¹¹³ Als erstes von vier Hauptzielen erwähnte der Bundesrat: «Die Corporate Governance wird verbessert» (Botschaft zum OR 2007: BBl 2008 1591; detaillierter: a.a.O. 1606 ff.).

¹¹⁴ Botschaft zum OR 2016: BBl 2017 455 ff. sowie 659 ff.

¹¹⁵ Botschaft zum OR 2007: BBl 2008 1598 (Hervorhebungen im Original); als Ziel wurde definiert: «Die Eigentumsrechte der Aktionäre und Aktionärinnen sind inhaltlich besser zu schützen» (a.a.O. 1607).

¹¹⁶ Botschaft zum OR 2007: BBl 2008 1606 f.; Botschaft zum OR 2016: BBl 2017 455.

¹¹⁷ Allg.: *Christoph B. Bühler*, Digitale Revolution im Aktienrecht?, SJZ 113 (2017) 565 ff.

¹¹⁸ Als Beispiel die Botschaft zum OR 2007: BBl 2008 1612 («Kreuzweise Einsitznahme in den Vergütungsausschüssen kotierter Unternehmen»); zudem: Regelung zu *Interessenkonflikten* von Mitgliedern in VR (Art. 717a E-OR 2007: BBl 2008 1784; Art. 717a E-OR 2016: BBl 2017 718).

¹¹⁹ Art. 701d E-OR 2007: BBl 2008 1780); Art. 701d E-OR 2016: BBl 2017 714.

¹²⁰ Weitere Beispiele für den *organisationsrechtlichen* Fokus der Revision: Beschlussfassungen in der GV («abgegebene» statt «vertretene» Stimmen) sowie das «Kapitalband».

¹²¹ Im ersten Anlauf war keine «Geschlechterquote» vorgesehen: *Rioul*, Unternehmensführung, 206.

¹²² Erwähnt werden können Vorschläge von *economiesuisse* im SCBP: Vgl. dazu vorne I.3.1.2.

¹²³ Vgl. dazu vorne I.3.2.; eine detaillierte Übersicht zu *europäischen Regelungen* einer «Geschlechterquote» findet sich in einem «Gutachten zu Geschlechterquoten im Aktienrecht» des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung (SIR) vom 9. Oktober 2017.

¹²⁴ Kritisch: *Peter V. Kunz*, Es braucht keine Frauenquote, Aargauer Zeitung vom 13. April 2017, 20 (Kolumne); *Ders.*, Es braucht keine Frauenquote, Aargauer Zeitung vom 30. Dezember 2014, 20 (Kolumne) – es handelt sich um unterschiedliche Kolumnen zum gleichen Thema.

¹²⁵ Der Bundesrat spricht nicht von einer «Geschlechterquote», sondern von «Geschlechterrichtwerten» (z.B. BBl 2017 401); es bestehen bereits de lege lata privatautonome Regelungsmöglichkeiten (z.B. in den Statuten): *Christian Rioul*, Geschlechterrichtwerte für Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Jusletter vom 12. März 2018, Rz. 33 ff.; *Ders.*, Unternehmensführung, 144 ff.

¹²⁶ Botschaft zum OR 2016: BBl 2017 452 ff. sowie 662.

¹²⁷ Botschaft zum OR 2016: BBl 2017 466 ff. und 620 ff.

stark vertretenen Geschlechts» (Art. 734f E-OR 2016)¹²⁸. In Bezug auf solche *Richtwerte für GL* würde im internationalen Vergleich ein «*Swiss Finish*» geschaffen¹²⁹.

Eine spezifische Wirtschaftsbranche steht offensichtlich unter einem *gesellschaftlichen Generalverdacht*, nämlich die *Rohstoffunternehmen*; der Verdacht lautet: «Korruption»¹³⁰. Vor diesem Hintergrund schlägt der Bundesrat, in Anlehnung an Richtlinien der EU¹³¹, im *Rechnungslegungsrecht* einen neuen Abschnitt «Transparenz bei Rohstoffunternehmen» (Art. 964a ff. E-OR 2016)¹³² vor. Im Jahr 2013 wurde eine Sonderordnung für eine andere Kategorie «verdächtiger» Gesellschaften geschaffen: private Sicherheitsunternehmen¹³³.

4.3 Konzernverantwortung?

Die *Unternehmensverantwortung* stellt ein brisantes *Thema der CSR* in der Politik sowie in der Wissenschaft¹³⁴ dar. Damit verbunden sind u.a. rechtliche (z.B. betreffend Aktienrecht sowie Strafrecht¹³⁵) und ethische Fragen. In *Frankreich* – als Beispiel – soll in naher Zukunft ein neues Gesetz geschaffen werden, das regeln wird, «dass sich Unternehmen neben dem Gewinnstreben auch um das Gemeinwohl kümmern

müssen»¹³⁶. Unter intensiver Beobachtung befinden sich auch Konzerne bzw. Unternehmensgruppen, momentan insbesondere im Zusammenhang mit der *Konzernverantwortungsinitiative*.

Diese im Jahr 2015 lancierte Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt»¹³⁷ schreibt einerseits eine unternehmerische Verantwortung für die Einhaltung von *Menschenrechten* sowie von *Umweltschutzstandards* (u.a. durch die ausländischen Tochtergesellschaften der schweizerischen Unternehmensgruppen) vor und statuiert ausserdem eine eigentliche *Konzernhaftung*. M.E. erweist sich diese Volkinitiative teils als überflüssig und teils als (zu) weitgehend¹³⁸.

Nebst Umweltschutz und Menschenrechten bestehen für Unternehmen weitere sensitive Themen. Konzerne geraten immer wieder in Kritik, *Steuern zu vermeiden*. Doch Gesellschaften oder Konzerne bzw. deren Unternehmensexekutiven sind rechtlich sogar dazu verpflichtet, im Eigeninteresse (und damit im Interesse ihrer Aktionäre) die *legalen Möglichkeiten auszunutzen* und somit – trotz nationalen und internationalen Gegenbewegungen (Stichwort: BEPS)¹³⁹ – beispielsweise *gesetzeskonforme Steueroptimierungen* planerisch umzusetzen¹⁴⁰; dass dies wenig populär erscheint, spielt dabei keine Rolle¹⁴¹.

¹²⁸ BBl 2017 725; zur Frage, ob eine solche *Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit* der AG (Art. 27 BV) grundrechtskonform erfolgt: *Rioult*, Unternehmensführung, 210 ff.

¹²⁹ M.W. gibt es keine AG in der Schweiz mit statutarischen Vorgaben für eine «Gender Diversity» in der GL, doch wäre eine solche privatautonome Ordnung zulässig: *Rioult*, Unternehmensführung, 159 ff.

¹³⁰ Botschaft zum OR 2016: BBl 2017 468.

¹³¹ Botschaft zum OR 2016: BBl 2017 467.

¹³² BBl 2017 738 ff.; es geht im Wesentlichen um eine Berichterstattung für diese Unternehmen z.B. betreffend *Zahlungen an staatliche Stellen*.

¹³³ Plakativer sprach der Bundesrat von «*Söldnerfirmen*»: BBl 2013 1796; es wurde ein spezifisches Bundesgesetz über die im Ausland erbrachten privaten Sicherheitsleistungen (BPS) bzw. über die Regulierung dieser Unternehmungen geschaffen: SR 935.41; motiviert war dieser Erlass nicht organisationsrechtlich, sondern ethisch und völkerrechtlich: *Kunz*, Wirtschaftsethik, 230.

¹³⁴ Allg.: *Hans Giger*, Unternehmerische Verantwortung – Gratwanderung zwischen Ethik und Gewinnstreben, SJZ 103 (2007) 597 ff.

¹³⁵ Der frühere Grundsatz «*Societas delinquere non potest*» gilt schon längere Zeit nicht mehr: Art. 102 StGB (SR 311.0); generell: *Matthias Heiniger*, Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäss Art. 102 StGB (Diss. Bern 2010) *passim*.

¹³⁶ NZZ vom 14. März 2018, 27 («Macron gegen Gewinnstreben der Unternehmen»).

¹³⁷ Text für Art. 101a Abs. 1/Abs. 2 E-BV: BBl 2015 3247 f.; Botschaft zur Konzernverantwortungsinitiative: BBl 2017 6335 ff. (der Bundesrat empfiehlt die Ablehnung: a.a.O. 6337).

¹³⁸ *Peter V. Kunz*, Konzernverantwortungsinitiative: Juristisch ist das ein Fehlgriff, Aargauer Zeitung vom 7. April 2016, 20 (Kolumne); ebenfalls skeptisch: *Peter Böckli/Christoph B. Bühler*, Konzernverantwortung ohne Grenzen, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII (Bern 2017) 145 ff.

¹³⁹ BEPS («Base Erosion and Profit Shifting») ist ein *Legislativprojekt*, das v.a. durch die *OECD* und durch die *G-20* vorangetrieben wird; die entsprechenden Postulate, etwa zur Steuertransparenz, werden wohl auch ins schweizerische Steuerrecht übernommen; allg.: *Nobel*, Aktienrecht, § 15 N 107 ff.

¹⁴⁰ M.E. könnte ein anderes Verhalten (m.a.W. eine «Verschwendung von Gesellschaftsvermögen» infolge unterlassener Einsparungen) im Extremfall sogar zu einer Strafverfolgung führen, notabene wegen *ungetreuer Geschäftsbesorgung*: Art. 158 StGB.

¹⁴¹ Der Verfasser gab ein entsprechendes (umstrittenes) Interview: «Konzernen darf es nicht um die Moral gehen» («20 Minuten» vom 9. November 2017, 17); in einer an-

III. Schlussbemerkungen

1. Rechtspolitik

In der Schweiz gilt das *Prinzip der Ungebundenheit* der Rechtssetzung, was ebenfalls auf das Aktienrecht zutrifft. Selbst allfällige bundesverfassungsrechtliche «Vorgaben» können vom Bundesgesetzgeber ohne weiteres ignoriert werden, d.h. es gibt bei Bundesverfassungswidrigkeiten keine legalen Konsequenzen durch die Rechtsanwendung¹⁴². Insofern entscheidet jeweils die *Rechtspolitik*, die durch den Zeitgeist stark beeinflusst wird. Dieser Umstand wird sich nicht zuletzt auf die nächste «grosse» Aktienrechtsrevision auswirken.

Ein auffälliges (sowie m.E. bedenkliches) Merkmal der jüngeren Rechtspolitik – nicht zuletzt in der Schweiz – scheint die zunehmende *ideologische Moralisierung*: «Moral [wird] oftmals dazu aufgerufen (...), Freund und Feind auf gleichsam höherer Ebene kenntlich zu machen. Moralisierung dient hierbei dazu, den Gegner ins trübe Licht verfehlten Verhaltens zu rücken. Das Recht wird dabei relativiert. Es mag zwar jemand noch immer im Bereich der Legalität sich bewegen, doch gleichwohl bleibt ihm der Makel der Unanständigkeit, bei verschärfter Lesart die Sünde der illegitimen Gesinnung»¹⁴³.

M.E. erscheinen die *zeitgeistigen Entwicklungen* seit Beginn des 21. Jahrhunderts¹⁴⁴ zum aktuellen Aktienrecht – national sowie international – relativ eindeutig: *weg vom Organisationsrecht* sowie, etwas trivialisiert, vermehrt hin zu gesellschaftspolitischen «Softaspekten» (Diversität, Menschenrechte, Nachhaltigkeit etc.). In der Schweiz ist dies teilweise vorgegeben, nämlich etwa durch Art. 95 Abs. 3 BV¹⁴⁵, und im Ausland (Stichworte: EU sowie Ruggie Principles)¹⁴⁶ gehen die Entwicklungen ebenfalls in diese Richtung.

schliessenden Onlineumfrage dazu votierten 53% von 1080 Personen für die Antwort: «Auch Konzerne sollten Gemeinsinn haben».

¹⁴² Art. 190 BV: «Bundesgesetze (...) sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend».

¹⁴³ *Martin Meyer*, Moral statt Recht, NZZ Nr. 34 (2014) 53.

¹⁴⁴ *Kunz*, Wirtschaftsethik, 222.

¹⁴⁵ Vgl. dazu vorne II.4.1; noch ausgeprägter erscheint die Konzernverantwortungsinitiative, deren legislatives Schicksal momentan offen ist: Vgl. dazu vorne II.4.3.

¹⁴⁶ Vgl. dazu vorne I.3.2.

2. Neutrale Effizienz v. Sozialschutz?

Das Aktienrecht soll zwar *keinen* «Sozialdarwinismus» fördern oder unterstützen, doch die AG sind auch keine Wohlfahrtsunternehmen. Es handelt sich vielmehr um Privatunternehmungen, die in erster Linie einen Interessenausgleich im *Interessentendreieck* «Gesellschaft», «Gesellschafter» und «Gesellschaftsgläubiger» anstreben (müssen). M.E. hat das Aktienrecht primär der möglichst ideologiefreien und damit sozusagen *neutralen Effizienz* der Organisation und der Tätigkeit der privaten Gesellschaften zu dienen¹⁴⁷.

Seit Beginn des 21. Jahrhunderts werden in den rechtspolitischen Debatten immer häufiger – und immer intensiver – populäre, schon fast *populistische Schlagwörter* verwendet (z.B. «ethisch», «moralisch», «gerecht», «fair» oder «sozial»)¹⁴⁸. Anders als beispielsweise im Mietrecht, im Arbeitsrecht oder im Konsumentenrecht gibt es jedoch *keinen Sozialschutz im Aktienrecht* bzw. im Wirtschaftsrecht¹⁴⁹; dies gilt nicht zuletzt für den aktienrechtlichen Minderheitenschutz¹⁵⁰, also generell für die Investoren sowie besonders für die Kleinaktionäre¹⁵¹. Mit dem Aktienrecht wird die *Eigenverantwortlichkeit* betont¹⁵².

Massgeblich ist jeweils der *Aktionärs(mehrheits-)wille*. D.h. die Risikokapitalgeber können selbstverständlich ihre AG «ethisch», «sozial» etc. ausgestalten, doch sie sind nicht dazu verpflichtet, sofern sie sich im *Rahmen der Legalität* bewegen. In diesem Zusammenhang darf schliesslich die bundesverfassungsrechtliche Grundlage für die AG, für die Aktionäre sowie für die Gläubiger nicht ausser Acht bleiben¹⁵³.

¹⁴⁷ Hierzu: *Kunz*, Wirtschaftsethik, 219 und 239 f.; *Ders.*, Gesellschaftsrecht, 220.

¹⁴⁸ In diesen Kontext fügen sich Stichworte wie z.B. «Gender», «Diversity» sowie «Sustainability» ein.

¹⁴⁹ Detailliert: *Kunz*, Wirtschaftsethik, 220 f. m.w.H.

¹⁵⁰ Motto: «Selbst ist der Aktionär» (vgl. *Kunz*, Minderheitenschutz, § 1 N 59 sowie § 6 N 14 ff.; *Ders.*, Wirtschaftsethik, 228).

¹⁵¹ Der aktienrechtliche Schutz ergibt sich nicht aus ethischen, sondern aus ökonomischen Überlegungen, notabene gemäss dem Motto: «No protection, no money»; in diesem Sinn: *Kunz*, Minderheitenschutz, § 5 N 5 ff. sowie N 16 ff.

¹⁵² Die Eigenverantwortung erscheint nicht allein bei den Gesellschaftern, sondern ebenso bei den Gesellschaftsgläubigern zentral (Stichwort: Vertragsfreiheit).

¹⁵³ *Grundrechtlich* im Vordergrund stehend: Die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)

Rechtsgenügende öffentliche Interessen für eine *zunehmende Aktionärsbevormundung* sind nicht ersichtlich¹⁵⁴.

Dies führt – notabene unter rechtspolitischen Aspekten – fast zwangsläufig zum folgenden Fazit: «M.E. sollte (...) das schweizerische Wirtschaftsrecht [inklusive das Aktienrecht] *prinzipiell nicht instrumentalisiert* werden für *gesellschaftspolitische* Anliegen. Wirtschaftsrecht sieht keinen generellen Sozialschutz vor und kann nicht angeblichen «Gerechtigkeitsvorstellungen» zum Durchbruch verhelfen. (...) Wirtschaftsrecht stellt somit a priori das falsche Zielgebiet zur Verwirklichung der Gesellschaftspolitik dar»¹⁵⁵.

3. Rechtsanwendung

Zwecke und Funktionen des Aktienrechts ergeben sich nicht allein aus der Rechtssetzung, sondern ebenfalls aus der *Rechtsanwendung*, primär durch die Gerichte. Die *Methodik* spielt bei der Auslegung der aktienrechtlichen Normen eine zentrale Rolle, wobei im Wirtschaftsrecht einige Besonderheiten berücksichtigt werden müssen. In den 1960er Jahren wurde in der Doktrin eine emotionale und heftige Debatte zur sog. *typologischen Auslegung* des Aktienrechts geführt¹⁵⁶; aktuell unsicher erscheint, ob oder inwieweit neue «Auslegungselemente» allenfalls das *Verständnis des Aktienrechts beeinflussen* könnten¹⁵⁷.

Im Aktienrecht finden sich zahlreiche *auslegungsbedürftige Generalklauseln*, bei denen *Interessenabwägungen* vorzunehmen sind¹⁵⁸. Die Mitglieder des

sowie die Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV).

¹⁵⁴ Im Hinblick auf die Ausgestaltung des Aktienrechts sind nicht allein die öffentlichen Interessen, sondern ausserdem das *Verhältnismässigkeitsprinzip* zu debattieren: Art. 36 Abs. 2 bzw. Abs. 3 BV.

¹⁵⁵ Kunz, *Wirtschaftsethik*, 239 f. (Hervorhebungen im Original).

¹⁵⁶ Statt aller: *Hans-Albrecht Vogel*, *Die Familienkapitalgesellschaften: Typologische Grundlegung und Probleme der Rechtspraxis* (Diss. Zürich 1974) 33 ff. m.w.H.

¹⁵⁷ Mögliche Einfallstore für «Softaspekte» in die Interpretation von Normen sind z.B. das «rechtsvergleichende Auslegungselement» oder das «ethische Auslegungselement»; vgl. *Peter V. Kunz*, *Sondermethodik zur wirtschaftsrechtlichen Rechtsanwendung?*, *recht* 35 (2017) 148 ff. sowie 153.

¹⁵⁸ *Kunz*, *Wirtschaftsethik*, 220; allg.: *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, *Aktienrecht*, § 3 N 11 ff.; aktienrechtliche Blankettnormen stellen die «engste Verbindung zwischen

VR müssen – als erstes Beispiel – zur Erfüllung ihrer Treuepflicht die «Interessen der Gesellschaft» wahrnehmen (Art. 717 Abs. 1 OR); bei einer Auflösungsklage – als zweites Beispiel – kann ein Richter statt auf eine Gesellschaftsauflösung auch auf eine andere sachgemässe «und den Beteiligten zumutbare Lösung» erkennen (Art. 736 Ziff. 4 a.E. OR). In diesen Zusammenhängen stellt sich u.a. die Grundsatzfrage, *wessen Interessen überhaupt* zur Debatte stehen (müssen).

IV. Literaturverzeichnis

Die im Literaturverzeichnis aufgeführten Werke werden jeweils mit dem bzw. den Autorennamen sowie mit dem am Schluss des Hinweises angegebenen Zusatz zitiert; Werke, die ausschliesslich für eine Belegstelle herangezogen werden, sind in den entsprechenden Anmerkungen des Textes vollständig angezeigt.

Böckli Peter: Schweizer Aktienrecht (4. Aufl., Zürich 2009); zit.: *Böckli*, *Aktienrecht*

Bühler Christoph B.: Regulierung im Bereich der Corporate Governance (Habil. Zürich 2009); zit.: *Bühler*, *Governance*

Bühler Theodor: Die Aktiengesellschaft in den kantonalen Gesetzgebungen (...), in: *Aktienrecht im Wandel*, Bd. I (Tübingen 2007) 287–317; zit.: *Bühler*, *Gesetzgebungen*

von der Crone Hans Caspar: Aktienrecht (Bern 2014); zit.: *von der Crone*, *Aktienrecht*

Druey Jean Nicolas/Druey Just Eva/Glanzmann Lukas: Gesellschafts- und Handelsrecht (11. Aufl., Zürich 2015); zit.: *Druey/Druey Just/Glanzmann*, *Handelsrecht*

Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter: Schweizerisches Aktienrecht (Bern 1996); zit.: *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, *Aktienrecht*

Jung Peter/Kunz Peter V./Bärtschi Harald: Gesellschaftsrecht (2016 Zürich); zit.: *Jung/Kunz/Bärtschi*, *Gesellschaftsrecht*

Kaufmann Christine: Wirtschaft und Menschenrechte – Anatomie einer Beziehung, *AJP* 22 (2013) 744–753; zit.: *Kaufmann*, *Menschenrechte*

Recht und Ethik dar»: *Wolfgang F. Bürgi*, *Die Bedeutung der tragenden Ideen des schweizerischen Aktienrechts in der Gegenwart*, in: *FS für W. Hug* (Bern 1968) 273.

Kunz Peter V.: Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht (Habil. Bern 2001); zit.: *Kunz*, Minderheitenschutz

Kunz Peter V.: Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht (2. Aufl., Bern 2012); zit.: *Kunz*, Gesellschaftsrecht

Kunz Peter V.: Wirtschaftsethik durch Wirtschaftsrecht?, in: Berner Gedanken zum Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2014 (Bern 2014) 217–244; zit.: *Kunz*, Wirtschaftsethik

Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter: Schweizerisches Gesellschaftsrecht (11. Aufl., Bern 2012); zit.: *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Gesellschaftsrecht

Nobel Peter: Berner Kommentar – Obligationenrecht Das Aktienrecht: Systematische Darstellung (Bern 2017); zit.: *Nobel*, Aktienrecht

Riout Christian: Gender Diversity in der Unternehmensführung (Diss. St. Gallen 2016); zit.: *Riout*, Unternehmensführung

Zysset Pascal: Selbstregulierung im Finanzmarktrecht (...) (Diss. Bern 2017); zit.: *Zysset*, Selbstregulierung