

Newsletter März 2014

Wichtige Gesetzesänderungen per 1. Januar 2014

I. Einleitung

Auf den 1. Januar 2014 sind zwei Gesetzesrevisionen in Kraft getreten, über welche wir im Folgenden kurz näher informieren möchten. Zum einen betrifft dies das neue Sanierungsrecht, zum anderen die Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, welche vom Bundesrat im Zuge der vom Stimmvolk angenommenen „Abzockerinitiative“ erlassen worden ist.

II. Neues Sanierungsrecht

1. Allgemeines

Ziel der Revision war es, die Sanierung von Unternehmen zu erleichtern. Aus diesem Grund wurde das Nachlassverfahren insoweit abgeändert, als dass es nun nicht mehr nur im Konkurs oder in einem Nachlassvertrag enden muss, sondern auch zur Sanierung und anschliessenden Weiterführung der Unternehmung verwendet werden kann.

Das Nachlassverfahren gibt einer Unternehmung nun folglich die Möglichkeit, die Ist-Situation zu analysieren und eine Bestandsaufnahme durchzuführen und anschliessend eine für Gläubiger und Schuldner passende Lösung zu finden.

Im Folgenden sollen die wichtigsten Neuerungen kurz erläutert werden.

2. Neuerungen im Nachlassverfahren

Der Zugang zum Nachlassverfahren wird erheblich erleichtert. An die Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung werden keine hohen Anforderungen gestellt. Der Schuldner muss vor Gericht einzig die Bilanz, die Erfolgsrechnung und die Liquiditätsplanung oder entsprechende Unterlagen, aus denen die derzeitige und künftige Vermögens-, Er-

trags- oder Einkommenslage des Schuldners ersichtlich ist, sowie einen provisorischen Sanierungsplan einreichen.

Neuerdings muss kein Entwurf eines Nachlassvertrages mehr mitgereicht werden. Eine vorgängige Absprache des Schuldners mit den Gläubigern entfällt nunmehr. Daraus zeigt sich der Zweck des neuen Nachlassverfahrens: Die provisorische Stundung soll dem Schuldner eine Atempause zur Durchführung einer umfassenden Sanierung verschaffen, oder bereits im Hinblick auf den Abschluss eines Nachlassvertrages bewilligt werden.

Zwar sind die Voraussetzungen an die provisorische Nachlassstundung gering, dennoch muss sie gut begründet werden, da das Gericht bei fehlender Aussicht auf Sanierung von Amtes wegen die Konkurseröffnung verfügt.

Die provisorische Nachlassstundung bewirkt:

- eine Frist von bis zu vier Monate, um das Unternehmen zu sanieren,
- in der Regel die Einsetzung eines provisorischen Sachwalters,
- die Sistierung von laufenden und künftigen Betreibungsbegehren,
- das Verbot von Arrest oder andere Sicherungsmassnahmen für Nachlassforderungen,
- die Sistierung von Gerichtsverfahren,
- den Stillstand von Verjährungs- und Verwirkungsfristen, und
- den Stillstand des Zinsenlaufes.

Auf Antrag und in begründeten Fällen und sofern der Schutz Dritter gewährleistet bleibt, kann auch auf die Publikation der Nachlass-

stundung verzichtet werden. Dies hat in der Praxis grosse Bedeutung. Nicht nur unterbleibt eine Mitteilung an die Ämter, auch die Reputation der Unternehmung bleibt vorerst gewahrt, da bestehende und zukünftige Gläubiger weiterhin von einer gesunden Unternehmung ausgehen. Die unterlassene Publikation erscheint gläubigerfeindlich, da die Gläubiger finanzielle Verpflichtungen mit einer in Schiefelage geratenen Unternehmung eingehen oder eingegangen sind. Dieses Vorgehen verhindert aber auch einen Gläubigerexodus und ein Wegbleiben von neuen Gläubigern. In der Vergangenheit führte dies oft zu einer Verschlechterung der Sanierungssituation. Zudem wird auf die Publikation nur verzichtet, wenn die Interessen Dritter, beispielsweise durch Bankgarantien oder Schuldenübernahme durch die Eigentümer, gewahrt bleiben und ein provisorischer Sachwalter eingesetzt wird. Unberührt bleibt auch die ad-hoc-Publizität kotierter Unternehmen.

Nach Ablauf der provisorischen Nachlassstundung wird vom Nachlassgericht entschieden, ob Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages besteht und somit zur definitiven Nachlassstundung übergegangen werden kann oder ob über das Unternehmen der Konkurs verhängt werden muss.

3. Wirkung auf Dauerschuldverhältnisse

Bei Dauerschuldverhältnissen (z.B. bei Miet- oder Leasingverträgen, Darlehen und Daueraufträgen) gibt es im Nachlassverfahren während der Nachlassstundung nun folgende Kündigungsmöglichkeiten:

- Ordentliche Kündigung auch während der Nachlassstundung nach den Regeln des Zivilrechts durch den Schuldner oder die Gegenparteien.
- Dauerschuldverhältnisse können aber auch während der provisorischen oder definitiven Nachlassstundung vom Schuldner mit Zustimmung des Sachwalters grundsätzlich jederzeit auf einen beliebigen Zeitpunkt ausserordentlich gekündigt werden, wenn andernfalls der Sanierungszweck vereitelt würde. Der Gegenpartei steht ein Anspruch auf volle Entschädigung zu.

4. Übergang der Arbeitsverhältnisse und Sozialplanpflicht

Wird ein Betrieb im Rahmen eines Insolvenzverfahrens übernommen, besteht keine Pflicht mehr, alle bisherigen Arbeitsverträge zu übernehmen. Ob und wie weit mit dem Betrieb auch die Arbeitsverträge übernommen werden, ist zwischen den Beteiligten zu verhandeln. Als Ausgleich existiert neu eine Sozialplanpflicht bei Entlassungen, sofern kein Nachlassvertrag abgeschlossen wird und der betroffene Betrieb bei mehr als 250 Mitarbeitenden mehr als 30 Mitarbeitende entlassen will. Dabei besteht eine Pflicht zur Einigung, welche nötigenfalls durch ein Schiedsgericht mittels verbindlichem Schiedsspruch herbeigeführt wird.

5. Abgrenzung zwischen provisorischer Nachlassstundung und Konkursaufschub gemäss Art. 725a OR

Nach wie vor bildet der Konkursaufschub für Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften eine Alternative zur Nachlassstundung. Wie bei der provisorischen Nachlassstundung kann der Richter auch beim Konkursaufschub einen Sachwalter einsetzen. Dabei muss er dessen Aufgaben klar umschreiben, im Gegensatz zur SchKG-Regelung, die dessen Pflichten deutlich im Gesetz festhält.

Unterschiede finden sich in der Wirkung der beiden Sanierungsmassnahmen. So laufen Verjährungs- und Verwirkungsfristen beim Konkursaufschub ungehindert weiter und auch der Zinsenlauf wird nicht gehemmt.

Von Vorteil für das Unternehmen ist es, dass der Konkursaufschub grundsätzlich zeitlich nicht begrenzt ist. Während die provisorische Nachlassstundung auf maximal vier Monate limitiert ist, gewährt der Konkursaufschub mehr Zeit, um Lösungen zu finden. Relativiert wird dies allerdings dadurch, dass eine einvernehmliche Sanierung mit Gläubigern während dem Aufschub durch einzelne, unwillige Gläubiger rasch zunichte gemacht werden kann. Der Nachlassvertrag als Ziel der Stundung hingegen bedarf für seine Annahme keiner Zustimmung aller Gläubiger.

Bei beiden Verfahren ist es grundsätzlich möglich, dieses vorerst unter Verschluss zu halten. Auch der Konkursaufschub sieht die Veröffentlichung nur vor, wenn dies der Schutz

Dritter erfordert. Wo hier bei der provisorischen Nachlassstundung keine Betreibungen fortgesetzt werden können, beeinflusst der geheim gehaltene Konkursaufschub keine laufenden und kommenden Schuldbetreibungsmassnahmen, ausser der Richter verhängt zeitgleich ein Betreibungsverbot.

III. **Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften**

Hintergrund der Verordnung: Mit der Annahme der Volksinitiative „gegen die Abzockerei“ am 3. März 2013 wurde der Bundesrat beauftragt, innerhalb eines Jahres die erforderlichen Ausführungsbestimmungen zum neuen Verfassungsartikel zu erlassen. Mit der am 1. Januar 2014 in Kraft getretenen Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (**VegüV**) hat er diesen Auftrag erfüllt.

Die VegüV enthält im Wesentlichen Vorschriften zu den Vergütungen, zu den Kompetenzen der Generalversammlung (**GV**) und zur Offenlegung des Stimmverhaltens der Vorsorgeeinrichtungen. In Bezug auf die Statuten der von der VegüV betroffenen Gesellschaften besteht Handlungsbedarf.

1. **Wer ist davon betroffen?**

Die VegüV gilt für Aktiengesellschaften mit Sitz in der Schweiz, die im In- oder Ausland an einer Börse kotiert sind (nachfolgend „**AG**“ bzw. „**AGs**“). Schweizerische Aktiengesellschaften, die nicht börsenkotiert sind, wie auch Aktiengesellschaften mit Sitz im Ausland, die in der Schweiz oder im Ausland kotiert sind, unterliegen der VegüV nicht.

2. **Neue unübertragbare Kompetenzen der GV**

Erstmals an der ersten ordentlichen GV nach dem 1. Januar 2014 müssen die Aktionäre der AGs den Verwaltungsratspräsidenten (**VRP**), die Mitglieder des Verwaltungsrates (**VR**) einzeln, die Mitglieder des Vergütungsausschusses (welche Mitglieder des VR sein müssen) und den unabhängigen Stimmrechtsvertreter wählen.

Die Amtsdauer des VRP, der Mitglieder des VR und der Mitglieder des Vergütungsausschusses beträgt neu zwingend ein Jahr und endet mit dem Abschluss der nächsten or-

dentlichen Generalversammlung, wobei Wiederwahl zulässig ist.

Der unabhängige Stimmrechtsvertreter wird jeweils für die nächste GV gewählt, wobei Wiederwahl zulässig ist. Sollte für die erste, nach dem 1. Januar 2014 stattfindende GV noch kein unabhängiger Stimmrechtsvertreter gewählt worden sein, bestimmt der VR den unabhängigen Stimmrechtsvertreter.

Ferner hat die GV über die Vergütungen des VR, der mit der Geschäftsführung betrauten Personen und – wenn die AG einen Beirat bestellt hat - des Beirates abzustimmen. Diese Abstimmung hat erstmals an der zweiten ordentlichen GV nach dem 1. Januar 2014 zu erfolgen.

3. **Der Vergütungsbericht**

Die nachfolgenden Ausführungen über den Vergütungsbericht und die Vergütungen in dieser Ziffer 3 und der nachfolgenden Ziffer 4 betreffen auch die Mitglieder des Beirates, sofern die AG einen solchen bestellt hat.

Der VR muss jährlich, erstmals für das Geschäftsjahr, das am 1. Januar 2014 oder danach beginnt, in einem schriftlichen Vergütungsbericht zuhanden der Generalversammlung alle Vergütungen an die VR-Mitglieder und die Mitglieder der Geschäftsleitung offenlegen. Auch an diese Personen gewährte und noch ausstehende Darlehen und Kredite sind darin aufzuführen.

Vergütungen an frühere Mitglieder des VR und der Geschäftsleitung – mit Ausnahme von Leistungen der beruflichen Vorsorge - sind ebenfalls darin aufzuführen, sofern sie in einem Zusammenhang zur früheren Tätigkeit als Organ der AG stehen oder nicht marktüblich sind. Noch ausstehende, an diese Personen gewährte Kredite mit nicht marktüblichen Konditionen sind ebenfalls zu erwähnen.

Sodann hat der Bericht sich zu nicht marktüblichen Vergütungen sowie noch ausstehenden, nicht marktüblichen Darlehen und Kredite an Personen zu äussern, die den gegenwärtigen und früheren Mitgliedern des VR und der Geschäftsleitung nahestehen.

Der Vergütungsbericht ist von der Revisionsstelle zu prüfen und spätestens 20 Tage vor der ordentlichen Generalversammlung mit

dem Geschäftsbericht und dem Revisionsbericht am Sitz der AG aufzulegen und auf Verlangen den Aktionären zuzustellen.

4. Unzulässige Vergütungen

Die VegüV listet eine Reihe von unzulässigen Vergütungen auf, welche im Wiederhandlungsfall strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen. Dazu gehören unter anderem vertraglich oder statutarisch vorgesehene Abgangsschädigungen an die Mitglieder des VR und der Geschäftsleitung, wie auch Vergütungen, die an diese Personen bereits im Voraus, d.h. bevor sie für die Gesellschaft tätig geworden sind, entrichtet werden.

Ohne entsprechende statutarische Grundlage sind Darlehen, Kredite, Vorsorgeleistungen ausserhalb der beruflichen Vorsorge und erfolgsabhängige Vergütungen wie auch die Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten an die vorgenannten Personen nicht zulässig.

5. Der unabhängige Stimmrechtsvertreter / Organ- und Depotstimmvertreter neu unzulässig

Der unabhängige Stimmrechtsvertreter hat die ihm von den Aktionären übertragenen Stimmrechte gemäss ihren Weisungen auszuüben. Hat er keine Weisungen erhalten, enthält er sich der Stimme. Sehen die Statuten der AG vor, dass die GV ihre Beschlüsse mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Stimmen fasst, gelten Stimmenthaltungen als Nein-Stimmen. Es ist derzeit umstritten, ob Blankovollmachten an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter ohne Weisung als Stimmenthaltung und damit als Nein-Stimme gelten oder als Weisung, im Sinne der Anträge des VR abzustimmen. Es empfiehlt sich daher, das Vollmachtenformular so zu strukturieren, dass der Aktionär eine explizite Weisung erteilen muss.

Überdies müssen die Aktionäre dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter spätestens für die zweite ordentliche GV seit 1. Januar 2014 auch elektronisch Vollmacht und Weisungen erteilen können.

Der VR darf der GV nicht mehr ein Organ oder eine andere abhängige Person für die Stimmrechtsvertretung vorschlagen. Ebensovienig ist es zulässig, als Depotvertreter Mitwirkungs-

rechte aus bei ihm hinterlegten Aktien auszuüben.

6. Handlungsbedarf

6.1 Zwingende Statutenänderungen

a) Tätigkeiten der Organe der AG in fremden Unternehmen

Die Statuten müssen sich zur Anzahl der zulässigen Tätigkeiten der Mitglieder des VR, der Geschäftsleitung und des Beirates in den obersten Leitungs- und Verwaltungsorganen von anderen Unternehmen äussern, die nicht durch die AG kontrolliert werden und ihrerseits nicht die AG kontrollieren.

Dabei ist es zulässig, differenzierte Regelungen zu treffen, indem z.B. eine unterschiedliche Anzahl von zulässigen Tätigkeiten für vollamtliche oder nebenamtliche Verwaltungsräte oder Geschäftsleitungsmitglieder gelten soll oder indem die Anzahl variiert je nachdem, ob die Tätigkeit in anderen börsenkotierten oder nicht kotierten Unternehmen ausgeübt wird, etc.

b) Maximale Dauer der Verträge, die den Vergütungen für Mitglieder des VR und der Geschäftsleitung zugrunde liegen

Die Statuten müssen die maximale Dauer von (befristeten oder unbefristeten) Verträgen, die den Vergütungen für VR-Mitglieder und Mitgliedern der Geschäftsleitung zugrunde liegen, sowie die maximale Kündigungsfrist für unbefristete Verträge bestimmen, wobei Dauer und Kündigungsfrist höchstens ein Jahr betragen dürfen.

c) Vergütungsausschuss und Abstimmung über die Vergütungen

Die Statuten müssen die Grundsätze über die Aufgaben und Zuständigkeiten des Vergütungsausschusses enthalten. Sodann müssen in den Statuten die Einzelheiten zur Abstimmung über die Vergütungen durch die GV geregelt werden, wobei als Minimalstandard das folgende gilt:

- Jährliche Abstimmung über die Vergütungen;
- Gesonderte Abstimmung über den Gesamtbetrag der Vergütungen des VR, der Geschäftsleitung und des Beirates;

- Bindende Wirkung der Abstimmung der GV, somit keine Konsultativabstimmung mehr möglich.

Im Rahmen dieser Vorgaben sind die AGs frei, ob sie über die Vergütungen im Voraus abstimmen oder im Nachhinein die Vergütungen genehmigen lassen wollen. Bei einer prospektiven Abstimmung können die Statuten einen Zusatzbetrag vorsehen für die Vergütungen von Mitgliedern der Geschäftsleitung, die erst nach der Abstimmung ernannt werden, wobei dieser Zusatzbetrag nur verwendet werden darf, wenn der von der GV beschlossene Gesamtbetrag der Vergütungen der Geschäftsleitung bis zur nächsten Abstimmung der GV nicht ausreichen sollte für die Vergütungen der neuen Mitglieder.

Die Statuten können auch das Vorgehen regeln für den Fall der Ablehnung der Vergütungen durch die GV, wobei es unzulässig wäre, den Vergütungsausschuss in solchen Fällen entscheiden zu lassen.

6.2 Bedingt notwendige Statutenbestimmungen

Folgendes bedarf neu einer statutarischen Grundlage, um gültig zu sein:

- Höhe der Darlehen, Kredite und Vorsorgeleistungen ausserhalb der beruflichen Vorsorge für Mitglieder des VR, der Geschäftsleitung und des Beirates;
- Grundsätze über erfolgsabhängige Vergütungen sowie über die Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten an Mitglieder des VR, der Geschäftsleitung und des Beirates;
- Zusatzbetrag für Vergütungen von Mitgliedern der Geschäftsleitung, die nach der Abstimmung der GV über die Vergütungen ernannt werden, wobei nicht ein genauer Betrag angegeben werden muss. Es genügt, wenn der Betrag bestimmbar ist, z.B. in Prozenten der Gesamtvergütung für die Geschäftsleitung;
- Vorgehen bei ablehnendem Vergütungsentscheid durch die GV;

- Von der VegüV abweichende Regelungen zur Besetzung von Vakanzen im VR-Präsidium, im Vergütungsausschuss und beim unabhängigen Stimmrechtsvertreter

7. Stimm- und Offenlegungspflicht der Vorsorgeeinrichtungen

Die Vorsorgeeinrichtungen müssen insbesondere bei der Wahl des VRP und der Mitglieder des VR, der Mitglieder des Vergütungsausschusses und des unabhängigen Stimmrechtsvertreters sowie bei den Abstimmungen über die Vergütungen ihr Stimmrecht im Interesse ihrer Versicherten ausüben, wobei sie sich der Stimme enthalten dürfen, sofern dies im Interesse der Versicherten ist.

Zudem müssen die Vorsorgeeinrichtungen mindestens einmal pro Jahr ihren Versicherten gegenüber offenlegen, wie sie ihrer Stimmpflicht nachgekommen sind.

Der Inhalt dieses Newsletters stellt keine Rechtsauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Für eine persönliche Beratung wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Suter Howald Rechtsanwälte. Für weitergehende Fragen im Zusammenhang mit dem Thema dieses Newsletters wenden Sie sich bitte an:

Dr. André Bloch, Partner
Suter Howald Rechtsanwälte
Stampfenbachstrasse 52
Postfach 1926
8021 Zürich
andre.bloch@suterhowald.ch
Telefon: 0041 44 630 48 19

Bettina Rudin, Partnerin
Suter Howald Rechtsanwälte
Stampfenbachstrasse 52
Postfach 1926
8021 Zürich
bettina.rudin@suterhowald.ch
Telefon: 0041 44 630 48 43