

Publikums GV: Die Rechtsfragen dahinter

BÄR
& KARRER

Kapitalmarkt – Recht und Transaktionen XII

Tagung des Europainstituts an der Universität Zürich

23. November 2016

Dieter Dubs

dieter.dubs@baerkarrer.ch

Einleitung

Die 3 ausgewählten Themen

- Vinkulierung und Stimmrechtsbeschränkung
 - Anwendungsfragen
- Beschlussfassung an der Generalversammlung
 - Vorgehen bei einer Mehrheit von Anträgen
- Unabhängige Stimmrechtsvertretung

Ausübung des Stimmrechts

Vinkulierung

- Vinkulierung: Art. 685d OR
- Eintragung als Aktionär mit Stimmrecht
 - Prozentbeschränkung
 - "Kann"-Vorschrift oder zwingende Anordnung
 - Verknüpfung mit "Gruppenregelung"
 - ev. Ausnahmekompetenz des Verwaltungsrats (allgemein oder für bestimmte Tatbestände)
 - "Treuhandvinkulierung"
- Stimmrecht-Anerkennung
 - Ausweis Erwerb
 - Gesuch an Gesellschaft
 - Entscheid des Verwaltungsrats auf der Grundlage der Anerkennungs- resp. Ablehnungsgründe
- Vinkulierung ist "Eingangskontrolle"
- "Streichung" aus Aktienbuch
 - technisch: Umqualifizierung Eintragung "mit Stimmrecht" wird zur Eintragung "ohne Stimmrecht"
 - Ausschliesslicher Grund in Art. 686a OR festgehalten
 - "falsche Angaben im Anerkennungsgesuch"

Ausübung des Stimmrechts

Stimmrechtsbeschränkung

- Stimmrechtsbeschränkung: Art. 692 OR
- Ausgestaltung
 - einfacher Verweis auf Vinkulierung
 - ausdrückliche Wiederholung der Prozentvinkulierung (ev. abweichende Prozentzahl)
 - Ausnahmekompetenz zugunsten Verwaltungsrat (Parallelität zur Prozentvinkulierung)
 - *Gruppenklausel?*
- Stimmrechtsbeschränkung ist Beschränkung der Stimmenmacht eines Aktionärs (und einer Aktionärsgruppe)
- "reine" Stimmrechtsbeschränkung
 - keine Prozentklausel (Vinkulierung) und Stimmenmachtbeschränkung bei z.B. 15%
 - Vorteile
 - weitgehende Verwirklichung "one share one vote"
 - Verhandlungsmacht des Verwaltungsrats bei einem öffentlichen Kaufangebot

Vinkulierung

- ausschliesslich "Eingangskontrolle" oder "dynamische Anpassung" des Aktienbuchs ?
 - Anerkennung des Stimmrechts auf der Grundlage der Vinkulierungsordnung erfolgt fortlaufend, insbesondere vor jeder Generalversammlung
 - Zentrum: Anwendung der Gruppenklausel der Prozentvinkulierung
 - Umqualifizierungsgründe
- Anwendung auf indirekten Erwerbstatbestand
 - Ansatz der Vinkulierungsordnung: an den Aktien wirtschaftlich Berechtigter
- "Zusammenspiel" mit Stimmrechtsbeschränkung
- Anwendung der Vinkulierung auf andere Aktionärsrechte
 - insb. Recht, die Einberufung einer Generalversammlung zu verlangen

Stimmrechtsbeschränkung

- "dynamische" Anwendung (insb. Gruppentatbestand)
- Parallelität zum Offenlegungsrecht ("Handeln in gemeinsamer Absprache" gemäss der Offenlegung von Beteiligungen)

Beispiel

Sachverhalt

- Z AG
 - 3% Vinkulierung
 - Stimmrechtsbeschränkung 3%
 - Variante: mit Gruppenklausel
- Aktionäre
 - A: 6% (EmStR: 3%)
 - B: 4% (EmStR: 3%)
 - C: 5% (EmStR: 3%)
 - D: 5% (EmStR: 3%)
 - 20% >10%
- Aktionärsrecht:
 - Begehren um Durchführung einer ausserordentlichen Generalversammlung
 - Anträge: VR-Wahlen / Abberufung

- Wer stellt Einberufungsbegehren?
 - 10%: A und B
 - "nur" 6% mit Stimmrecht eingetragen?
- Abwehrmassnahme des Verwaltungsrats
 - es zählen für die Grenzwertberechnung nur die "Aktien mit Stimmrecht"
- Folge: A, B, C und D müssen zusammen wirken
- Konkretes Vorgehen
 - A,B,C und D stellen Einberufungsbegehren gemeinsam
 - A stellt Einberufungsbegehren und vertritt dabei B, C und D
- Beschlussfassung an der GV (Wahlen/Abwahlen)?
 - Anwendung der Gruppenklausel
 - Prozentvinkulierung oder Stimmrechtsbeschränkung?
- Offenlegung von Beteiligungen (Handeln in gemeinsamer Absprache)
 - "Reflexwirkungen" auf Aktienrecht: bewirkt Offenlegung als „Gruppe“ die Anwendung der Gruppenklausel der Stimmrechtsbeschränkung (oder der Prozentvinkulierung)?
 - identische Wertung bei Rechtsanwendung?

Beispiele

- Dividendenanträge: CHF 4 (Aktionär A); CHF 7 (VR-Antrag); CHF 12 (Aktionär B)
- VR-Wahlen: Beschränkung auf 6 (Statuten) und 9 Wahlvorschläge

Abstimmungsvarianten (Ausgangspunkt: Stimmabgabe kann nur "Ja" oder Nein" sein)

1. Primat des VR-Antrags
 - Erste Abstimmung nur über VR-Antrag; wenn angenommen: Beschluss
2. Abstimmung über alle Anträge
 - Antrag mit den meisten "Ja"-Stimmen: Beschluss
3. Eventualabstimmungen: Einzelne Gegenüberstellung (America's Cup) bis Ausmehrung (unter Anträgen) fertig ist.
4. Reihenfolge: von oben nach unten (bei ausschliesslich quantitativen Unterschieden)
 - 12 → 7 → 4; erster Antrag, der angenommen wird: Beschluss
5. Reihenfolge: von unten nach oben mit zusätzlicher Differenz-Abstimmung
 - 4 → 7 → 12

Beschlussfassung

Mehrheit von Anträgen

- Grundsätzlich präferierte Variante
- "Abstimmung über alle Anträge und Beschluss mit der höchsten Anzahl "Ja"-Stimmen (sofern das erforderliche Mehr erreicht ist)
 - "Restrisiko" dieser Variante eher beschränkt.
- Vorteile:
 - Einfache und effiziente Methode (keine Risiken mit elektronischer Abstimmung, da spontane Anträge problemlos gehandhabt werden können).
 - Alle Anträge werden zur Abstimmung gebracht.
 - Methode eignet sich für Antragshäufungen in quantitativer und qualitativer Hinsicht (einheitliches Vorgehen).
- Nachteile:
 - Keine Kontrolle, wie viele Male jeder Aktionär bei den Abstimmungsgängen mitmacht (Aktionäre werden dies unterschiedlich tun).
 - Eventualstandpunkt kann Aktionär nur sehr eingeschränkt einnehmen (ist aber bei fast allen Methoden so).
- Methode ev. in Kombination mit anderer Methode im Einzelfall
 - insb. bei sich nur quantitativ unterscheidenden Anträgen

Denkbare Abstimmungsansätze über Statutenänderungen

- Globalabstimmung
 - ein Abstimmungsgang über alle vom VR beantragten Änderungen
- Blockabstimmungen
 - Bildung von zusammenhängenden Themenblöcken und je separate Abstimmungen über einzelne Blöcke, so z.B.
 - Entschädigung VR
 - Entschädigung GL
 - Regelungen über VR-Tätigkeiten/Darlehen etc.
- Zweistufiges Vorgehen
 - Abstrakt werden vorfrageweise ausgewählte Themen entschieden und daran anschliessend und die Entscheidung über die Vorfrage berücksichtigend erfolgt entweder (1) eine Globalabstimmung oder (2) Blockabstimmungen
 - Vorfragen: z.B. Entscheid über:
 - "Genehmigung" oder "echte Beschlussfassung"
 - Entscheid, ob es Short Term Incentive Plan für GL geben soll

Statutenrevision - Allgemeines

Abstimmungsmodus

Präferierte Vorgehensweise

- Globalabstimmung
 - aber: Aktionärsanträge betreffend *konkrete Statutenvorschläge* – andere Anträge (formuliert als allgemeine Anliegen betr. Entschädigung) zurückweisen – grundsätzlich zulassen und behandeln
 - Ausnahme: keine Behandlung, wenn der Vorschlag offensichtlich inhaltlich unzulässig oder unvollständig ist (v.a., wenn die Annahme einen Widerspruch zu anderen vom VR vorgeschlagenen statutarischen Regelungen bewirken würde)
 - verlangt, dass der Abstimmungsmodus bei einer Mehrheit von Anträgen festgelegt wird

Statutenrevision - Abstimmungsmodus

Übersicht Varianten

1. Primat des VR-Antrags
 - erste Abstimmung nur über VR-Antrag; wenn VR-Antrag angenommen ist, keine Abstimmung über Aktionärsanträge
 - Wichtig: Bekanntgabe des Verfahrens vor der Abstimmung (so dass Konzentration aller "Nein"-Stimmen erfolgen kann)

2. Abstimmungen über alle Anträge
 - Antrag mit den meisten "Ja"-Stimmen gilt als Beschlussinhalt

3. Eventualabstimmung nach Vorbild des ParlG
 - Einzelne Gegenüberstellung bis Ausmehrung:
 - a) nur unter Aktionärsanträgen; oder
 - b) unter Einbezug des VR-Antragsfertig ist, dann
 - (v.a. bei a)) Gegenüberstellung VR-Antrag (sog. America's Cup)

Statutenrevision - Abstimmungsmodus

Durchspielen der Varianten mit konkretem Beispiel

Antrag Verwaltungsrat: Aufnahme Art. 35 in die Statuten, der wie folgt lautet:

Article 35

Variable compensation

- 1 The variable compensation paid to the members of the Executive Committee shall consist of incentives from short and long-term incentive plans (as defined in Paragraphs 2 and 3 or 4 and 5) and (estimated, if need be) social security contributions on the part of the employer, additional pension contributions [and any additional insurance contributions].
- 2 The incentives under the short-term incentive plan are based on individualized one-year goals of a financial and non-financial nature.
- 3 Under the short-term incentive plan, incentives shall be limited to [300-600]% of the individual fixed annual compensation (value at date of award) and shall be paid half in cash and half in Company shares or other instruments with a vesting period of not less than three years.
- 4 The long-term incentive plans are based on financial, innovation, Group shareholder return related goals or other benchmarks relating to a period of not less than three years.
- 5 Incentives payable under the long-term incentive plans shall each be limited to [400-800]% of the individual fixed annual compensation (value at date of award) and shall be paid in Company shares or other instruments, subject to a vesting period of not less than three years.
- 6 The goals, benchmarks and valuation methods of the incentive plans shall be approved by the Board of Directors [at the request of the Compensation Committee] at the beginning of each performance cycle. At the end of the financial year, the Board of Directors [together with the CEO] shall assess whether the members of the Executive Committee have achieved their financial and non-financial goals and other benchmarks.

Statutenrevision - Abstimmungsmodus

Durchspielen der Varianten mit konkretem Beispiel

Antrag Aktionär A:

Abs. 1: short-term incentive plan streichen

Abs. 2 und 3: streichen

Abs. 5: Grenze auf 200% der jährlichen fixen Vergütung

Antrag Aktionär B:

Abs. 3: Grenze auf 100% der jährlichen fixen Vergütung

Abs. 5: Grenze auf 200% der jährlichen fixen Vergütung

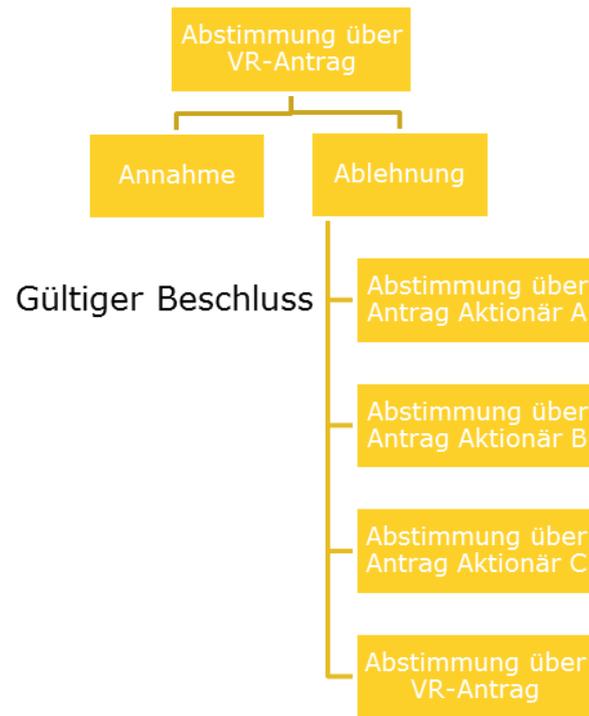
Antrag Aktionär C:

Abs. 3: Grenze auf 200% der jährlichen fixen Vergütung, gesamthaft in Aktien

Abs. 5: Grenze auf 200% der jährlichen fixen Vergütung, halb in Geld, halb in Aktien

Statutenrevision - Abstimmungsmodus

Variante: Primat des VR-Antrags



Gültiger Beschluss über denjenigen Antrag, der mit den meisten "Ja"-Stimmen angenommen wurde

Je nach (1) inhaltlicher Überschneidung der verschiedenen Aktionärsanträge und (2) dem Willen der antragstellenden Aktionäre, ihren Antrag als Einheit behandelt zu haben, sind allenfalls inhaltgleiche Teil-Anträge mehrere Aktionäre zu bilden, und diese dann im Falle der Ablehnung des VR-Antrags zur Abstimmung zu bringen.

Statutenrevision - Abstimmungsmodus

Variante: Abstimmungen über alle Anträge

Es kann, wenn die Anträge inhaltlich keine Überschneidungen untereinander haben, über die Aktionärsanträge abgestimmt werden. Anderenfalls sind die identischen Teilanträge mehrerer Aktionäre zusammenzufassen und zur Abstimmung zu bringen, unter Vorbehalt des Falles, in dem der antragstellende Aktionär seinen Antrag als Einheit behandelt haben will.

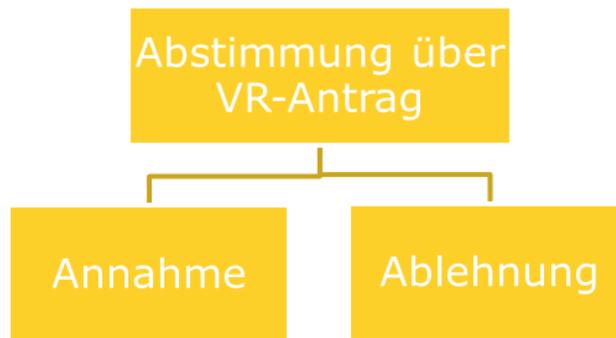


Gültiger Beschluss über denjenigen Antrag, der mit den meisten "Ja"-Stimmen angenommen wurde

Statutenrevision - Abstimmungsmodus

Variante: Eventualabstimmung

Beispiel mit Integration VR-Antrag in Ausmehrung



Ausmehrung erfolgt entweder (1) nur unter Aktionärsanträgen mit Gegenüberstellung des obsiegenden Aktionärsantrag den VR-Antrag oder (2) unter gleichrangiger Einbeziehung des VR-Antrags. Ausmehrung entweder unter (1) Anträgen oder (2) inhaltsgleichen Teil-Anträgen, je nach Wille zur Behandlung als Einheitsantrag.

Sog. Eventualabstimmung nach Vorbild von Art. 79 ParlG. Danach erfolgt Gegenüberstellung nach dem Kriterium der inhaltlichen Differenz (von kleinster zu nächst grösserer inhaltlicher Differenz entweder nur unter Aktionärsanträgen oder unter Einbezug des VR-Antrag).

Falls dieses Vorgehen nicht möglich ist (da nach Inhalt keine klare Reihenfolge bestimmt werden kann) z.B. chronologisch, d.h. Antrag 1 gegen Antrag 2, Antrag 3 gegen Antrag 4, etc.

Gültiger Beschluss

Beispiel: Anträge betr. Abs. 5

Abs. 5: Gegenüberstellung Antrag 200% (A/B) und Antrag 200%, 50% und 50% (C)

Gegenüberstellung obsiegender Antrag und VR-Antrag

Gültiger Beschluss über denjenigen Antrag, der in der letzten "Runde" mit mehr "Ja"-Stimmen angenommen wurde

Unabhängige Stimmrechtsvertretung

Ernennung: Wahlbeschluss der Aktionäre

- Art. 8 Abs. 1-4 VegüV
 - Wahl *eines* UNAB durch Aktionäre an oGV (bis nächste oGV)
- Art der Kompetenz
 - Beschlusskompetenz (nicht lediglich Genehmigung des Wahlvorschlags des VR)
- Umfang (materieller Gehalt) der Kompetenz resp. des Wahlbeschlusses (Gegenstand des Beschlusses)
 - (bloss) Bezeichnung der Person des UNAB
 - keine umfassende Ernennungskompetenz, d.h. (u.a.)
 - mit Wahlbeschluss können dem UNAB keine besonderen Aufträge erteilt oder Anordnungen gegeben werden
 - Ausgestaltung des Weisungsformulars kann nicht Inhalt des Wahlbeschlusses sein
- Abberufung: Art. 8 Abs. 5 VegüV
 - "Die Generalversammlung kann den unabhängigen Stimmrechtsvertreter auf das Ende der Generalversammlung abberufen."

Unabhängige Stimmrechtsvertretung

Ernennung: Subsidiärkompetenz des Verwaltungsrats

- Art. 8 Abs. 6 VegüV
 - "Hat die Gesellschaft keinen unabhängigen Stimmrechtsvertreter, so ernennt der Verwaltungsrat einen solchen für die nächste Generalversammlung. Die Statuten können andere Regeln zur Behebung des Organisationsmangels festlegen."
- Anwendungsfälle der dispositiven Subsidiärkompetenz
 - es kommt kein (positiver) Wahlbeschluss zustande
 - Tatbestand bereits erfüllt, wenn Vorschlag des VR abgelehnt wird?
 - Faktische Unmöglichkeit der Amtsausübung
 - Verlust der Unabhängigkeit (nach Wahlbeschluss)
 - Suspendierung des UNAB durch VR?
 - Erfüllung eines mit UNAB vertraglich vereinbarten Amtsniederlegungstatbestand?
- Statutarische Regeln bei Organisationsmangel
 - z.B. (jeweils) Wahl eines Stellvertreters durch GV

Unabhängige Stimmrechtsvertretung

Vertrag zwischen Gesellschaft und UNAB

- Vertrag zwischen Gesellschaft und UNAB zulässig bei Wahlbeschluss durch Aktionäre (analog Revisionsstelle)
 - Beschränkung des Regelungsinhalts: Vorgaben des Aktienrechts und der VegüV beachten
- Regelungsinhalt
 - Aufgabe: nur Stimmrechtsvertretung
 - Zusammenarbeit mit Aktienregister (Aufgabenteilung)
 - Prüfung Vollmacht und Weisungen
 - Auswertung der Bevollmächtigungen
 - Beizug von Hilfspersonen (allenfalls Reglement als Anhang)
 - "Umfang" der Vertraulichkeit der Weisungen
 - Aspekte der Weisungsordnung (allenfalls Reglement als Anhang)
 - Regelung der Weisungslosigkeit?
 - Verhalten zur Gewährleistung Unabhängigkeit
 - Amtsniederlegungsgründe
 - Entschädigung

- Kompetenz des VR zum Erlass der Weisungsordnung
 - Anwendungsfall des Art. 716 Abs. 1 OR (Auffangkompetenz des VR) i.V.m. Art. 702 Abs. 1 OR (Anordnungen für Feststellung der Stimmrechte)
 - Sanktion: Anfechtung GV-Beschluss durch Aktionäre (Art. 691 Abs. 3 OR)
- Reglement über die Weisungsordnung
 - VR kann Reglement erlassen
 - Kompetenz kann auch in den Statuten verankert werden
- "Eingriffsrecht" der Aktionäre
 - Art. 626 Ziff. 5 OR: Statuten müssen Bestimmungen enthalten über: "das Stimmrecht der Aktionäre"
 - Aktionäre können Grundsätze der Ausgestaltung der Weisungsordnung in den Statuten regeln
- Wahl des UNAB an GV: blosse Bestellungskompetenz
 - keine umfassende Ernennungskompetenz, d.h. (u.a.):
 - mit Wahlbeschluss können dem UNAB keine besonderen Aufträge erteilt oder Anordnungen gemacht werden
 - Ausgestaltung des Weisungsformulars kann nicht Inhalt des Wahlbeschlusses sein

Weisungsordnung

Stimmverhalten des UNAB

- Ausgangslage: Stimmverhalten des UNAB nach Art. 10 VegüV
 - Abs. 1: Weisungsbefolgungspflicht
 - Abs. 2: Stimmenthaltung bei Weisungslosigkeit
- Weisungsbefolgungspflicht setzt rechtsgültige Weisung voraus
 - Rechtswirksame Vollmacht
 - Beachtung der von Gesellschaft bereitgestellten Weisungsvorgaben
 - Weisungsdifferenzierungen und Weisungsalternativen
 - Korrekte Form der Weisungserteilung
- Stimmenthaltung bei "ungültiger Weisung"
 - Abgrenzung zu fehlender Vollmacht: Aktien gelten als nicht vertreten
 - (keinen) Einfluss auf Beschlussfassung?

Weisungsordnung

Gestaltungsvorgaben der VegüV (1)

- Art. 9 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 VegüV
 - Instruktionsformular muss Weisungsmöglichkeiten vorsehen ("Verwaltungsrat stellt Möglichkeit zur Weisungserteilung sicher") für:
 - jeden "in der Einberufung gestellten Antrag"; und
 - "nicht angekündigte Anträge zu Verhandlungsgegenständen und neuen Verhandlungsgegenständen gemäss Art. 700 Abs. 3 OR".
- Keine abschliessende Regelung der Weisungsmöglichkeiten in Art. 9 Abs. 1 VegüV
 - Art. 10 Abs. 2 VegüV legt (nur) Folgen der Weisungslosigkeit fest
 - Art. 9 Abs. 2 VegüV verbietet bestimmte zeitliche Art einer Weisung

Weisungsordnung

Gestaltungsvorgaben der VegüV (2)

- Gestaltungsmittel
 - ausdrückliche Einzelweisung zu in der Einberufung angekündigten Anträgen
 - zu jedem Antrag oder generell
 - allgemeine Weisung zu "neuen" Anträgen (Weisungsmöglichkeit bei nicht in der Einberufung bekannt gegebenen Anträgen)
 - Unterteilung (möglich) wie folgt:
 - Zusatz- und Abänderungsanträge des VR: Zustimmung/Ablehnung/Keine Vertretung
 - Gegenanträge von Aktionären: Zustimmung zum Antrag VR/Keine Vertretung
 - Separate Weisungsmöglichkeit für ein bestimmtes Traktandum (z.B. Traktandierungsbegehren/Antragsergänzung durch VR)
 - Subsidiär anwendbare Generalweisung
- Gestaltung der Weisungsmöglichkeit(en)
 - Weisungsdifferenzierung: Gegenstand der Stimminstruktion
 - Weisungsalternative: Stimmverhalten des UNAB
- "Kollisionsregeln"

Allgemeine Weisung

Einzelfragen

- Vorgaben der VegüV
- Ausgestaltung der Weisungsmöglichkeiten
 - Weisungsdifferenzierung
 - Differenzierung nach Urheber des "neuen" Antrags
 - Einzellösung für ausgewählte Traktanden
 - Weisungsalternativen
- Neutralitätspflicht des VR?
- Recht der Aktionäre?
 - "Gleichbehandlung"
 - Ausnahme: Recht in besonderen Situationen?

Unabhängige Stimmrechtsvertretung

Offene Fragen

- Bevollmächtigung des unabhängigen Stimmrechtsvertreters
 - Art. 689a Abs. 1 OR: Schriftlichkeit für Vollmacht (Formvorschrift)
 - Art. 9 Abs. 1 Ziff. 3 VegüV: "elektronische Erteilung von Vollmachten und Weisungen"
- Verbot der Depotvertretung
 - Vollmachten von Aktionären an die unabhängige Stimmrechtsvertretung
 - Wie werden Vollmachten gegeben?
 - Wie erfolgt die Weisungserteilung?

Unabhängige Stimmrechtsvertretung

Stimmgeheimnis / Vertraulichkeit der Weisungen

- Rechtsgrundlage für "Vertraulichkeit"
 - Auftragsrecht
 - Parallelität zur Sachlage bei der persönlichen GV-Teilnahme
- Beschränkter Anwendungsbereich des "Stimmgeheimnisses" resp. der Vertraulichkeit der Weisungen
 - (nur) einzelaktionärsbezogen: Weisungen des Einzelaktionärs
 - zeitlich: nur bis zur GV
- Folge: "Gesamtschau" der vertretenen Aktienstimmen und der erteilten Weisungen ist nicht vertraulich
- Einzelthemen
 - Regelung in den Statuten?
 - Regelungen im Vertrag mit UNAB oder im Reglement der Gesellschaft