

1.a Beschluss der Saläre durch die Generalversammlung

OR 716 I regelt die Kompetenzausscheidung zwischen Generalversammlung (GV) und Verwaltungsrat (VR) indem er für sämtliche Geschäfte, die nicht ausdrücklich der GV zugewiesen sind, den VR für zuständig erklärt. OR 716a I listet jedoch eine Reihe von Aufgaben auf, welche dem VR unübertragbar und unentziehbar zugewiesen sind. In der Lehre besteht Einigkeit darüber, dass bei diesen Aufgaben eine statutarischere Zuweisung an die GV unzulässig ist (BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716 N 4, in: HONSELL/VOGT/WATTER (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3. Aufl., Basel 2008). Auch Geschäftsführungsaufgaben ausserhalb OR 716a I, sind nicht an die GV delegierbar (OR 716 II; MARTINA ISLER, Konsultativabstimmung und Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Generalversammlung, Diss. Zürich, Zürich/St.Gallen 2010, (=SSHW 297), S. 32 f.). Die Festlegung der Saläre des VR ist weder in OR 716a genannt noch eine Geschäftsführungsaufgabe, womit diese Kompetenz statutarisch an die GV delegierbar ist (BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716 N 4 a.E.). Die Festlegung der Saläre der Geschäftsleitung (GL) fällt dagegen unter OR 716a I Ziff. 4, da der VR die Kompetenz zur Ernennung von GL-Mitgliedern nur sinnvoll wahrnehmen kann, wenn er auch die Anstellungsbedingungen festlegt (ISLER, S. 280 f.).

Fazit: Eine statutarische Beschlusskompetenz der GV über die Saläre des VR kann eingeführt werden, während eine solche in Bezug auf die Entschädigung der GL unzulässig ist.

1.b Konsultativabstimmung über die Saläre durch die GV

Konsultativabstimmungen der GV sind über alle Gegenstände zulässig, also auch über solche, die in den Bereich der unübertragenen Aufgaben des VR nach OR 716a I fallen (ROLAND VON BÜREN/WALTER A. STOFFEL/ROLF H. WEBER, Grundriss des Aktienrechts, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. VON BÜREN et al.), N 483). Allerdings kann eine solche Befragung der Aktionäre keinerlei Rechtswirkungen zeitigen, insbesondere ist der VR beim Fällen seines Beschlusses, i.c. bei der Festlegung der Vergütungen, nicht verpflichtet, im Sinne der Stimmenmehrheit zu entscheiden. Auch die Verantwortlichkeit des VR bleibt von der Abstimmung grundsätzlich unbeeinflusst. Stimmen Aktionäre in einer Konsultativabstimmung einem Vorschlag des VR zu, kann eine spätere diesbezügliche Verantwortlichkeitsklage jedoch u.U. wegen Rechtsmissbrauchs abgewiesen werden (ZGB 2 II; VON BÜREN et al., a.a.O.).

Fazit: Eine Statutenbestimmung betreffend eine Konsultativabstimmung über die Saläre von VR und GL könnte eingeführt werden.

2. Pflichten betreffend Saläre

Die Gesellschaft muss, da börsenkotiert, die in OR 663b^{bis} aufgeführten Informationen im Anhang der Jahresrechnung offen legen. Zudem sind gem. Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance (RLCG) der SIX Swiss Exchange gewisse weitere Angaben betreffend Inhalt und Festsetzungsverfahren der Entschädigungen und allfälliger Beteiligungsprogramme im Geschäftsbericht zu veröffentlichen (RLCG 3 und 4 i.V.m. Anhang 5.1).

Der VR hat bei der Festsetzung der Saläre seine Sorgfalts- und Treuepflicht zu beachten (OR 717 I). Das Eingehen eines Geschäfts ohne adäquate Gegenleistung stellt einen Verstoß gegen diese Sorgfaltspflicht dar (BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716 N 12), darunter fällt auch der Fall eines zu hohen Salärs für GL-Mitglieder. Was seine eigenen Vergütungen betrifft, so hat der VR aufgrund seiner Treuepflicht die Interessen der Gesellschaft den eigenen voranzustellen (BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716 N 15).

3.a Pflichten bei Verkauf der Aktien durch Walter

Walter (W) könnte bei einem Verkauf seiner gesamten Beteiligung von 21% an der HVW AG der Meldepflicht nach BEHG 20 I unterliegen. Die HVW AG hat ihren Sitz in der Schweiz und ihre Aktien sind in der Schweiz an der SIX Swiss Exchange kotiert. Damit ist BEHG 20 I grundsätzlich auf Transaktionen mit Beteiligungspapieren der HVW AG anwendbar. Eine Meldepflicht besteht, wenn ein in BEHG 20 I genannter Stimmrechtsgrenzwert vom Veräusserer bzw. Erwerber über- oder unterschritten wird. Verkauft W seine sämtlichen Aktien unterschreitet er die Grenzwerte von 20, 15, 10, 5 und 3%, womit er nach BEHG 20 I zu einer

Meldung an die HVW AG und die SIX verpflichtet ist. Die Meldepflicht entsteht schon mit dem Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts (BEHV-FINMA 11 I). Die Meldung hat innert vier Börsentagen nach Entstehung der Meldepflicht schriftlich zu erfolgen (BEHV-FINMA 22 I); der erforderliche Inhalt ergibt sich aus BEHV-FINMA 21.

Fazit: Walter muss seinen Verkauf der HVW AG und der SIX melden.

3.b Verkauf an A und dessen Gesellschaft

Fraglich ist, ob als Erwerber/in A selber, die Gesellschaft des A (GA) oder beide meldepflichtig sind. Nach BEHG 20 I unterliegt auch der Meldepflicht, wer indirekt Aktien erwirbt. BEHV-FINMA 9 III enthält eine Legaldefinition des indirekten Erwerbs, u.a. liegt ein solcher vor, wenn ein Erwerb durch eine direkt beherrschte juristische Person erfolgt (lit. b). Dies ist i.c. der Fall: Die GA wird zu 100% von A kontrolliert, weshalb ihr Erwerb als indirekter Erwerb des A gilt. Durch diesen vergrössert sich die Beteiligung des A an der HVW AG von 4.1% auf 25.1%, was eine Meldepflicht nach BEHG 20 I begründet. Nach BEHV-FINMA 9 I ist der *wirtschaftlich* berechnete Veräusserer bzw. Erwerber meldepflichtig. Da die GA die Aktien zwar formal erwirbt, der Erwerb indes wirtschaftlich dem A zuzurechnen ist, trifft sie keine Meldepflicht. Nach BEHV-FINMA 21 III hat A ohnehin sowohl über die direkt erwerbende, als auch über die indirekt erwerbende Person Angaben zu machen.

Fazit: Meldepflichtig ist neben W als Veräusserer A als indirekter Erwerber des Aktienpakets.

3.c Variante: A & Ehefrau

Wegen der Melde- und Angebotspflicht (BEHG 20 I bzw. 32 I) ist zu prüfen, ob ein Handeln in gemeinsamer Absprache bzw. ein Handeln als organisierte Gruppe (gleichbedeutend, BEHV-FINMA 10 I; BSK BEHG-WEBER, Art. 20 N 88, in WATTER/VOGT (Hrsg.), Basler Kommentar, BEHG FINMAG, 2. Aufl., Basel 2011) der Eheleute vorliegt. Als Gruppe handelt u.a., wer seine Verhaltensweise im Hinblick auf den Erwerb von Beteiligungspapieren oder die Ausübung von Stimmrechten durch Vertrag oder andere organisierte Vorkehren abstimmt (BEHV-FINMA 10 I). Gem. h.L. begründen familiäre Verbindungen an sich noch keine organisierte Gruppe (BSK BEHG-WEBER, Art. 20 N 92). Auch zwischen Ehepartnern sind dafür die Voraussetzungen in BEHV-FINMA 10 I erforderlich (RUDOLF TSCHÄNI/GEORG GOTSCHKEV, SZW 3/2005, S. 137 f.). Entscheidend ist damit ein abgestimmtes Verhalten, also die Ausrichtung auf ein gemeinsames Ziel durch gemeinsame Mittel und Kräfte, was eine gewisse Kommunikation voraussetzt (BSK BEHG-WEBER, Art. 20 N 90). Der Begriff des Vertrags bzw. der anderen organisierten Vorkehren ist weit auszulegen, weshalb auch konkludente Äusserungen eine Gruppe begründen können (BSK BEHG-WEBER, Art. 20 N 97). Die Definition der Gruppe in BEHV-FINMA 10 gilt auch im Bereich der öffentlichen Kaufangebote (BEHV-FINMA 31 und UEV 11 I), jedoch mit dem zusätzlichen Erfordernis der Beherrschungsabsicht (BEHV-FINMA 31). Dies bedeutet, dass eine meldepflichtige Gruppe u.U. auch vorliegt, wenn keine Angebotspflicht besteht (BGE 130 II 530 E. 6.3).

I.c. geht aus dem Sachverhalt (SV) nicht hervor, ob die Eheleute im Hinblick auf den Erwerb des Aktienpakets durch A ihr Verhalten aufeinander abgestimmt haben. Es sind die Indizien aufgrund der konkreten Umstände zu würdigen. 10% und 25.1% sind gewichtige Investments, da die HVW AG im Fall 5 schon 5 Mio. CHF wert war und seither ein starkes Wachstum erfolgt ist. Es ist davon auszugehen, dass A von der Beteiligung seiner Ehefrau zumindest wusste. Das Vorgehen des A über seine (Offshore-)Gesellschaft deutet zudem auf einen gewieften Investor hin, der planmässig handelt. Es ist deshalb, auch zur Vermeidung einer Umgehung (BSK BEHG-WEBER, Art. 20 N 97 ff.), davon auszugehen, dass konkludent eine Absprache zwischen den Eheleuten und damit eine Meldepflicht nach BEHG 20 I besteht. Ein öffentliches Kaufangebot nach BEHG 32 I haben sie mit ihren 35.1% zu unterbreiten, sofern zusätzlich eine Beherrschungsabsicht vorliegt. Auch davon ist auszugehen, zumal A in einer wirtschaftlich schwierigen Phase bei der HVW AG einsteigt und dies wohl mit der Absicht tut, Einfluss auf deren Ausrichtung zu nehmen und nicht lediglich eine passive Finanzanlage zu tätigen.

Fazit: Die Eheleute sind nach BEHG 20 I melde- und nach BEHG 32 I angebotspflichtig