

Die Behandlung der personenbezogenen AG im Entwurf für eine Reform des Aktienrechts

Prof. Dr. Peter Forstmoser, Rechtsanwalt, Zürich

Plusieurs propositions du Projet servent aussi aux sociétés de format réduit ou moyen, surtout dans le domaine de la protection des minorités. Cependant, on pourrait en introduire d'autres, touchant notamment les accords entre actionnaires, les droits de préemption statutaires, les droits des membres de l'administration de se faire représenter, les droits de sortie et d'exclusion. Au vu de ces normes, qui correspondent typiquement aux besoins de sociétés «personnalistes», mais aussi des inconvénients que comportent pour celles-ci d'autres dispositions du Projet, on peut se demander s'il est toujours justifié de maintenir le principe de l'unité de droit de la SA et s'il ne serait pas temps de consacrer un régime plus différencié selon la taille et la structure des sociétés.

I. Die personenbezogene AG in der schweizerischen Rechtswirklichkeit

a) Die AG hat eine im schweizerischen Gesellschaftsrecht *beispiellose Entwicklung* hinter sich. Ende 1935 – also kurz vor dem Inkrafttreten des geltenden Aktienrechts – gab es in der Schweiz 18 231 Aktiengesellschaften¹. Bis Ende 1955 ist ihre Zahl auf 25 614 angestiegen, und in den folgenden 25 Jahren hat sie sich mehr als vervierfacht: 1960 zählte man 33 441 Gesellschaften in der Rechtsform der AG, 1970 64 379, 1980 108 834, und Ende 1982 ist der Bestand auf 116 800 angestiegen.

Diese Breitenentwicklung des Aktienwesens in den fünf Jahrzehnten seit der letzten Revision hat vor allem bei den *kleinen und mittleren, personenbezogenen Gesellschaften* stattgefunden. Sie überwiegen heute zahlenmässig bei weitem: Fast 50% aller Aktiengesellschaften weisen nur gerade das gesetzliche *Mindestkapital* von Fr. 50 000.– aus, und nur jede zwanzigste hat ein Aktienkapital von mehr als einer Million Franken². Noch augenfälliger zeigt sich das zahlenmässige Schwergewicht bei der Klein-AG an der *Anzahl der Beschäftigten*: Aus der Betriebszählung 1975 geht hervor, dass nur ein Drittel aller Aktiengesellschaften³

überhaupt Angestellte hatte und dass nur bei 276 Gesellschaften mehr als 500 Beschäftigte tätig waren. Ein weiteres Indiz sind endlich die *Umsätze*: Von den 33 222 Gesellschaften, die Beschäftigte auswiesen, hatten nur 5564 einen Umsatz von mehr als 5 Millionen und nur 506 einen solchen von mehr als 50 Millionen Franken.

b) Das *Bild der AG*, das dem Gesetzgeber der dreissiger Jahre vorschwebte – das Bild der grösseren, kapitalbezogenen Publikumsgesellschaft mit vielen Kleinaktionären –, ist damit heute *nur bei einem kleinen Teil der in diese Rechtsform gekleideten Gesellschaften erfüllt*. Zahlenmässig überwiegen bei weitem *kleine Gebilde* mit einem Kreis von einigen wenigen, oft im Unternehmen aktiv tätigen Aktionären, also keineswegs «sociétés anonymes», sondern durchaus personenbezogene Organisationen. Besonders ausgeprägt kommt dies bei den vielen Einmann-Gesellschaften zum Ausdruck, bei der die AG und der dahinter stehende Gesellschafter wirtschaftlich identisch sind. Deutlich ist der *personalistische Charakter* aber auch bei den zahlreichen Familiengesellschaften.

c) Gerade *im Hinblick auf diese Grosszahl personenbezogener Gesellschaften* erweist sich das schweizerische Aktienrecht als *reformbedürftig*:

– So besteht Einigkeit darüber, dass der *Minderheitenschutz* im schweizerischen Aktienrecht *nicht genügt*⁴ und dass die gesetzliche *Ordnung der Kontrollstelle* auch ausgesprochene *Umgehungen* – die von der Verwaltung einer AG und ihren Aktionären völlig abhängige Revision – *zulässt*⁵.

– Auf der anderen Seite *fehlt für legitime Bedürfnisse eine Regelung*. Der *personalistischen Struktur* der kleinen AG kann meist nur durch komplexe Ordnungen, deren rechtliche Tragweite keineswegs gewiss ist, Rechnung getragen werden⁶.

d) Eine schweizerische Aktienrechtsreform darf daher vor dieser Realität der kleinen und mittleren, personenbezogenen Aktiengesellschaften die Augen nicht verschliessen. Wie weit der vorliegende Entwurf

¹ Die hier aufgeführten Zahlen sind verschiedenen Jahrgängen des Statistischen Jahrbuchs der Schweiz sowie der Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, Sonderdruck S. 5 ff., entnommen.

² Zwar besteht zwischen der Höhe des Grundkapitals und der Unternehmensgrösse keine notwendige Beziehung, wie das Beispiel der Hoffmann-La Roche & Co. AG zeigt, die noch immer das Minimumkapital von Fr. 50 000.– ausweist. Als Indiz für die Bedeutung unternehmerischer Tätigkeit ist die Grundkapitalsziffer jedoch geeignet.

³ 33 222 von 91 723.

⁴ Vgl. dazu statt vieler *John Nenninger*: Der Schutz der Minderheit in der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht (Diss. Basel 1974 = Basler Studien zur Rechtswissenschaft Heft 105).

⁵ Zur Kritik vgl. statt vieler *Frank Vischer/Fritz Rapp*: Zur Neugestaltung des schweizerischen Aktienrechts (Bern 1968) 161 ff.

⁶ Vgl. die nachstehenden Ausführungen betreffend Aktionärsbindungsverträge und statutarische Erwerbsberechtigungen, Ziff. IV 2. und 3.

die Aufgabe erfüllt, das geltende Recht insbesondere auch im Hinblick auf diese Gesellschaften zu überarbeiten, ist im folgenden zu überprüfen.

II. Grundentscheidungen der pendenten Reform

Betrachtet man den Entwurf und die Botschaft über die Revision des Aktienrechts, dann zeigt sich eine Reihe von Grundentscheidungen, auf denen der Entwurf bewusst oder unbewusst aufgebaut wurde. Von diesen interessieren in unserem Zusammenhang die folgenden zwei:

1. Festhalten an der Einheit des Aktienrechts

Der Entwurf hält konsequent und bewusst⁷ an der Idee der *Einheit des Aktienrechts* fest, die nur an wenigen Stellen durch Sondervorschriften für Grossgesellschaften durchbrochen wird⁸. Dies ist wohl grundsätzlich richtig, hat sich doch die schweizerische AG als eigentliche *«bonne à tout faire» des schweizerischen Gesellschaftsrechts* bewährt.

Doch fragt es sich gerade im Hinblick auf die personalistische AG, ob nicht die Fiktion der Einheitlichkeit des Aktienrechts allzu sehr strapaziert worden ist. Auf diesen Punkt ist noch zurückzukommen⁹.

2. Ausrichtung auf das Leitbild der Publikumsgesellschaft

Da die Revisionsarbeiten von der Einheit des Aktienrechts ausgingen, mussten sie dieser Gesellschaftsform auch ein *einheitliches Leitbild* zugrunde legen. Betrachtet man den Entwurf, so kann dieses Leitbild nur das der *Publikumsgesellschaft* gewesen sein. Jedenfalls ist die Grosszahl der Reformvorschläge¹⁰ an ihr orientiert. Nur eine geringere Zahl von

Reformpostulaten betrifft (auch) die kleine, personenbezogene Gesellschaft¹¹.

Angesichts der eingangs skizzierten Hausse bei den kleinen Gesellschaften während der letzten Jahre und Jahrzehnte erstaunt diese Ausrichtung. Dies um so mehr, als die Gerichtspraxis – besonders auch die der Schiedsgerichte – davon zeugt, dass rechtliche Auseinandersetzungen überwiegend im Rahmen dieser kleinen Gebilde erfolgen.

Als zweites ist daher zu fragen, ob nicht die Belange der personenbezogenen Aktiengesellschaften wegen dieser Orientierung der Reform an der Publikumsgesellschaft zu kurz kommen¹².

Im folgenden wird zunächst auf Vorschläge hingewiesen, die (auch) im Interesse der kleineren, personalistischen AG liegen¹³. Sodann ist zu prüfen, ob der Entwurf im Hinblick auf diese Grosszahl der Aktiengesellschaften namhafte Lücken aufweist¹⁴, und schliesslich wird noch untersucht, ob die fehlende Differenzierung nach Art und Grösse der Gesellschaften zu Regelungen geführt hat, die der personalistischen AG nicht entsprechen¹⁵.

III. Reformvorschläge die (auch) im Interesse der personalistischen AG und ihrer Gesellschafter liegen

1. Minderheitenschutz

a) Eine Reihe von Postulaten befasst sich mit dem Schutz der Klein- und Minderheitsaktionäre. Sie sind für die grosse wie für die kleine AG gleichermassen bedeutsam. Einige knappe Hinweise mögen dies verdeutlichen¹⁶.

b) Der Entwurf schlägt eine entscheidende *Verbesserung der Transparenz* durch *erweiterte Vorschriften über die Rechnungslegung* vor. Stichwortartig seien erwähnt die gesetzliche Verankerung von Mindest-

⁷ Vgl. etwa Botschaft (zit. Anm. 1) 28.

⁸ So bei der Pflicht zur Offenlegung der Bilanz, bei den Anforderungen an die Revisoren und die von ihnen zu erstattenden Berichte, bei der Beschränkung der Zahl der Verwaltungsratsmandate.

⁹ Vgl. Ziff. V.

¹⁰ Etwa die Bestimmungen über die Kapitalerhöhung, den Partizipationsschein, die Stimmrechtsvertretung in der Generalversammlung, die Ordnung der Tätigkeit im Verwaltungsrat.

¹¹ So die Bestimmungen über die Vinkulierung und die Kontrollrechte des Aktionärs sowie vor allem die Sonderprüfung.

¹² Vgl. dazu nachstehend passim, insb. Ziff. IV.

¹³ Ziff. III.

¹⁴ Ziff. IV.

¹⁵ Ziff. V.

¹⁶ Für die Würdigung im einzelnen wird verwiesen auf andere Beiträge dieser Sondernummer, insbesondere auf die Aufsätze *Druey, Hirsch, Sigrüst* und *Homburger*.

gliederungsvorschriften¹⁷, die explizite Verweisung auf die Grundsätze der ordnungsgemässen Rechnungslegung¹⁸, die umfassende Konsolidierungspflicht für Konzerne¹⁹ und vor allem die Pflicht, den Aktionären die Auflösung stiller Reserven mitzuteilen, wenn in einem Geschäftsjahr der Betrag der aufgelösten stillen Reserven den der neu gebildeten übersteigt²⁰.

Alle diese Vorschläge verbessern die unter heutigem Recht unbestritten allzu schwache Stellung des Minderheitsaktionärs.

c) Auch die geplante *Verstärkung der Revision*²¹ – Ausschluss der Laienrevision und Sicherstellung der Unabhängigkeit der Revisionsstelle von Verwaltungsrat wie auch von einem allfälligen Mehrheitsaktionär – sind gerade auch im Hinblick auf die kleinen Gesellschaften, bei denen die Revision heute oft im argen liegt, zu befürworten. Das gleiche gilt für die Pflicht der Revisionsstelle, in Fällen offensichtlicher Überschuldung nötigenfalls den Richter zu benachrichtigen²².

d) Die Einführung von *Bewertungsgutachten* bei qualifizierten Gründungen und Kapitalerhöhungen²³ kann ebenfalls dazu dienen, Missbräuche, wie sie vor allem in kleineren Verhältnissen vorkommen, einzudämmen.

e) Legitimen Interessen des Minderheitsaktionärs dient weiter die *Einschränkung der Vinkulierungsmöglichkeiten*²⁴, welche die Loslösung aus einer unzumutbar gewordenen Mitgliedschaft künftig erleichtern soll.

f) Die *Verstärkung des Bezugsrechts*²⁵ und die *Einschränkung der Privilegierung von Stimmrechtsaktien*²⁶ sind weitere Postulate, welche auch die Position der Minderheit in einer AG mit wenigen Aktionären verbessern.

g) Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang endlich auf die geplanten *Erleichterungen* für die Anhebung von *Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsklagen*²⁷.

h) Zwar sind diese Vorschläge m. E. in zahlreichen Details noch zu verbessern und zu bereinigen, worauf

ich an anderer Stelle hingewiesen habe²⁸. In ihrer Tendenz sind sie jedoch durchwegs zu begrüssen und bringen sie eine eindeutige Verbesserung des im geltenden Recht fast inexistenten Minderheitenschutzes.

Wunder wird man freilich von der Neuordnung keine erwarten dürfen: Der Minderheitsgesellschafter wird auch in Zukunft in einer prekären Situation sein, muss doch das *Mehrheitsprinzip im Aktienrecht nach wie vor Geltung haben*. Eine grundlegende Verbesserung könnten hier nur neue Instrumente bringen, etwa die Statuierung eines Austrittsrechts²⁹.

2. Die Sonderprüfung insbesondere

Eine eigentliche Innovation des Entwurfs stellt das Institut des sogenannten *Sonderprüfers* dar³⁰, der als eine Art Treuhänder zwischen der Gesellschaft und Auskunft erheischenden Aktionären eingeschaltet wird. Damit können die Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft und die legitimen Interessen der Aktionäre auf Auskunft in Einklang gebracht werden.

Auch für dieses Institut sei verwiesen auf andere Aufsätze dieser Publikation³¹. Festgehalten sei hier nur, dass die Sonderprüfung besonders auch als Instrument des Minderheitenschutzes in der kleineren AG wertvolle Dienste erbringen dürfte.

3. Flexiblere Ausgestaltung der Kapitalgrundlage

Die intensivere Ordnung der Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung – Einführung des genehmigten und des bedingten Kapitals³², Ordnung des Partizipationscheins³³ – ist zwar vorwiegend auf die grosse Gesellschaft ausgerichtet, kann aber auch der kleineren AG dienlich sein³⁴.

¹⁷ Vgl. neu Art. 663 f.

¹⁸ Vgl. neu Art. 662 a I.

¹⁹ Vgl. neu Art. 663 d.

²⁰ Vgl. neu Art. 663 b Ziff. 8.

²¹ Vgl. neu Art. 727 a, b und c.

²² Vgl. neu Art. 729 b II.

²³ Vgl. neu Art. 635 a, 652 f.

²⁴ Vgl. neu Art. 685 b.

²⁵ Vgl. neu Art. 653 c.

²⁶ Vgl. neu Art. 693 II.

²⁷ Vgl. neu Art. 706 IV und 756 II.

²⁸ Vgl. *Peter Forstmoser*: Reformvorschläge für die Verwaltung: Übersicht und erste Würdigung, in: Sammelpublikation in der Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer, Bd. 59 (Zürich 1984) 57 ff., sowie ders.: Würdigung der Aktienrechtsreform aus der Sicht der Rechtswissenschaft, in: Sammelband in Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 74 (Zürich 1984, im Erscheinen); ferner ders.: Die Arbeit fertig machen, Bilanz Oktober 1983, 104 ff.

²⁹ Dazu nachstehend Ziff. IV.6.

³⁰ Vgl. neu Art. 697 a ff.

³¹ Vgl. die Beiträge *Clemm* und *Houin*.

³² Vgl. neu Art. 651 und 653 ff.

³³ Vgl. neu Art. 656 a ff.

³⁴ Vgl. dazu den Beitrag *Schönle* sowie etwa *Forstmoser* in Schweizer Schriften (zit. Anm. 28).

4. Neuordnung der Bestimmungen für den Verwaltungsrat

Im Hinblick auf die formelle Umgestaltung und Neugliederung der Vorschriften über die Verwaltung ist aus der Sicht der kleinen AG vor allem zu begrüssen, dass die grosse *Flexibilität des geltenden Rechts*, die Möglichkeit also, unter verschiedenartigen Organisationsstrukturen zu wählen, *beibehalten* wurde. Sinnvoll ist es für die Kleingesellschaft, dass wie nach geltendem Recht vermutungsweise auch künftig die Geschäfte durch den Verwaltungsrat selbst geführt werden sollen, dass dieser also die Geschäftsleitung bildet und eine Zweiteilung in ein Aufsichtsorgan und die eigentliche Exekutive nach wie vor fakultativ bleibt³⁵.

5. Wertung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Entwurf eine ganze Reihe von Verbesserungsvorschlägen enthält, die auch aus der Sicht der kleineren, personalistischen AG positiv zu werten sind. Zwar ist nach meiner Ansicht eine nochmalige Überarbeitung erforderlich, da zahlreiche Einzelheiten verbesserungsfähig sind. Doch bringt der Revisionsvorschlag schon in seiner heutigen Form einen *echten Fortschritt* auch für die Masse der kleinen, «atypischen» Aktiengesellschaften.

IV. Lückenhaftigkeit des Entwurfs im Hinblick auf die kleine AG

1. Vorbemerkung

Die pendente Reform des schweizerischen Aktienrechts war von allem Anfang an auf eine *Teilrevision* beschränkt. Zwar hat diese sich vor allem durch die Ergänzungen der letzten Arbeitsgruppe von Greyer zu einer *Überarbeitung* des ganzen Aktienrechts ausgeweitet. Doch wird auch heute noch da und dort das Argument vorgebracht, gewisse Fragen seien zwar neu zu regeln, doch wolle man dies einer späteren Totalrevision vorbehalten.

³⁵ Zu den Bestimmungen über die Verwaltung vgl. im übrigen die Beiträge *Dallèves*, *Druey* und *Reymond* sowie *Forstmoser* in der Sammelpublikation der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer (zit. Anm. 28) 57 ff.

Hier darf man sich keinen Illusionen hingeben: Wenn der vorliegende Entwurf nach jahrzehntelangen Bemühungen einmal Gesetz geworden sein wird, wird es aller Voraussicht nach über Jahrzehnte keine wesentlichen Änderungen mehr geben. Eine Totalrevision dürfte jedenfalls in diesem Jahrhundert nicht mehr in Angriff genommen werden. Was zu ändern ist, muss daher *heute* geändert werden, und es ist die Revisionsvorlage vor allem auch im Hinblick auf die Frage zu prüfen, ob sie alle reform- und regelungsbedürftigen Bereiche erfasst.

Eine solche Prüfung zeigt nun m. E., dass die Ausrichtung der Reform auf die Publikumsgesellschaft dazu geführt hat, dass die kleinen und mittleren Gesellschaften zu kurz kommen. Im einzelnen drängen sich nach meiner Ansicht Regelungen etwa in folgenden Bereichen auf:

2. Aktionärbindungsverträge

Die Aktiengesellschaft ist bekanntlich von Gesetzes wegen konsequent kapitalbezogen ausgestaltet und soll es auch bleiben. Statutarisch ist eine Berücksichtigung personalistischer Komponenten nur sehr beschränkt möglich. Die Praxis hat hier durch die Ergänzung der statutarischen Ordnung mittels sogenannter *Aktionärbindungsverträge* einen Weg gefunden. Solche Verträge gehören heute *bei Kleingesellschaften zur Regel*, ja es kann für sie vielfach eine vernünftige Ordnung überhaupt nur durch eine Kombination von statutarischen und vertraglichen Normen gefunden werden³⁶.

Nun besteht aber mit Bezug auf diese Verträge keine gesetzliche Ordnung. Es fehlt sogar ein wegweisender Bundesgerichtsentscheid, und nur wenige Urteile von kantonalen Gerichten setzen sich mit ihnen auseinander. Wohl kann man heute davon ausgehen, dass Aktionärbindungsverträge *an sich gültig* sind. Zahlreiche Einzelfragen sind aber ungelöst. So ist unklar, *für wie lange* diese Vereinbarungen abgeschlossen werden können. Sicher ist nur, dass es im schweizeri-

³⁶ Vgl. dazu etwa die Monographien *Jürgen Dohm*: Les accords sur l'exercice du droit de vote de l'actionnaire... (Thèse Genève 1971); *Hans Glattfelder*: Die Aktionärbindungs-Verträge, ZSR 78 (1959) II 141a ff.; *Hartmut Lübbert*: Abstimmungsvereinbarungen in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG-Staaten, der Schweiz und Grossbritanniens (Baden-Baden 1971); *Robert Patry*: Les accords sur l'exercice des droits de l'actionnaire, ZSR 78 (1959) 1a ff.; *Erika Salzgeber-Dürig*: Das Vorkaufsrecht und verwandte Rechte an Aktien (Diss. Zürich 1970).

schen Recht keine «ewigen» Verträge gibt³⁷. Kann man aber vereinbaren, der Bindungsvertrag solle für die Dauer der Aktionärsstellung oder gar der Existenz der AG Gültigkeit haben? Sinnvoll wäre es, dies gesetzlich zu stipulieren und etwa zu erklären, Verträge über die Ausübung von Aktionärsrechten könnten – vorbehaltlich der Kündigung aus wichtigem Grund – für die Dauer der Gesellschaft abgeschlossen werden. Durch eine solche Ergänzung des Gesetzestextes wäre auf einfachste Art eine sichere Basis für angemessene und auf den Einzelfall zugeschnittene Regelungen im Bereich der personalistischen Gesellschaft eingeführt.

3. Statutarische Erwerbsberechtigungen

Für personenbezogene Aktiengesellschaften reicht sodann die durch die Vinkulierung gebotene Möglichkeit der Kontrolle des Aktienübergangs oft nicht aus. In der Praxis sind daher statutarische Erwerbsberechtigungen verschiedener Art (Vorkaufs- und Vorhandrechte) verbreitet³⁸. Auch hier sind Verbindlichkeit und Tragweite unklar und gerichtlich nicht entschieden³⁹. Durch eine knappe gesetzliche Ordnung könnte ein für allemal Gewissheit geschaffen werden.

4. Der Rangrücktritt

Vor allem bei personenbezogenen Gesellschaften mit einem oder einigen wenigen Aktionären ist das Instrument des Rangrücktritts von grosser Bedeutung. Formell überschuldete, aber lebensfähige Gesellschaften können damit über eine kritische Phase gerettet werden. Auch hier besteht Unsicherheit über die

Ausgestaltung und Bedeutung⁴⁰. Ein klärendes Wort des Gesetzgebers wäre hilfreich.

5. Suppleanten und Stellvertreter im Verwaltungsrat

Bei personalistischen Aktiengesellschaften sind nicht nur die Stimmenverhältnisse in der Generalversammlung, sondern ist auch die Sitzverteilung im Verwaltungsrat oft «sorgfältig ausbalanciert»⁴¹. Für den Fall der Verhinderung eines Verwaltungsratsmitgliedes besteht hier oft das Bedürfnis, einen Vertreter oder Suppleanten bestellen zu können. Das geltende Recht sieht hierfür keine Ordnung vor, und da das Schweigen des Gesetzes qualifiziert sein dürfte, kann auch statutarisch keine angemessene Regelung gefunden werden.

Erneut wäre es Sache der Reform, für eine Ordnung zu sorgen, die angemessenen Bedürfnissen Rechnung trägt, ohne Missbräuche zuzulassen.

6. Einführung von Austritts- und Ausschlussrechten?

Die Erfahrung zeigt, dass es bei tiefgreifenden Konflikten in personenbezogenen Aktiengesellschaften letztlich nur eine Lösungsmöglichkeit gibt: die Trennung. Auch eine Verbesserung des Minderheitenschutzes, wie sie der Entwurf in anerkannter Weise vorsieht, wird hieran nichts ändern. Es sollte daher ernsthaft geprüft werden, ob es nicht möglich ist, auch im Recht der AG den *Ausschluss* und vor allem den *Austritt von Gesellschaftern* vorzusehen, wenn nicht von Gesetzes wegen, so zumindest aufgrund einer statutarischen Basis⁴². Dass eine solche Lösung durchaus mit den Interessen der Gesellschaft, der Aktionärs-

³⁷ Vgl. dazu *Peter Gauch*: System der Beendigung von Dauerverträgen (Diss. Freiburg i. Ue. 1968).

³⁸ Vgl. statt vieler *Klaus Werner Herren*: Statutarische Berechtigungen zum Erwerb von Aktien und GmbH-Anteilen (Diss. Bern 1973) sowie *Salzgeber-Dürig* (zit. Anm. 36).

³⁹ Handelt es sich bloss um eine – gesetzlich nicht geregelte, aber zulässige – Sonderart der Vinkulierung? Oder werden durch solche Berechtigungen den Aktionären zusätzliche Pflichten auferlegt, die aufgrund von OR 680 I nichtig sind? Die Antwort hierauf muss unter geltendem Recht differenziert ausfallen, sie wird in der Lehre unterschiedlich erteilt und ist der Gerichtspraxis nicht zu entnehmen.

⁴⁰ Unter geltendem Recht scheint das steuerrechtlich Angemessene zivilrechtlich fragwürdig, während eine zivilrechtlich saubere Ordnung untragbare Steuerfolgen mit sich bringen könnte. Vgl. zur Problematik etwa *Markus Duss*: Der Rangrücktritt des Gesellschaftsgläubigers bei Aktiengesellschaften (Diss. Zürich 1971) sowie SAG 54 (1982) 87 f.

⁴¹ Botschaft (zit. Anm. 1) 198 mit Bezug auf die Stimmenverhältnisse.

⁴² Vgl. dazu *Peter Dorscheid*: Austritt und Ausschluss eines Gesellschafters aus der personalistischen Kapitalgesellschaft. Eine rechtsvergleichende Untersuchung im deutschen und schweizerischen Aktien- und GmbH-Recht (Diss. Genf 1983, noch nicht veröffentlicht) sowie etwa *Peider Mengiardi*: Statutarische Auflösungsgründe im Recht der Aktiengesellschaft, Festschrift *Bürgi* (Zürich 1971) 265 ff., insb. 272 f. und den Beitrag von *Eric Homburger* in dieser Nummer.

mehrheit und der Gläubiger vereinbar ist, zeigen die bereits heute bestehenden Austritts- und Ausschussrechte bei der GmbH und der Genossenschaft⁴³.

V. Allzu starres Festhalten an der Einheit des Aktienrechts?

1. Vorbemerkung

Ganz allgemein schiene es mir richtig, die Reformvorschläge daraufhin zu untersuchen, ob sie wirklich für sämtliche Aktiengesellschaften passen. Eine solche Durchsicht müsste – will man, was ich durchaus befürworte, an der Einheit des Aktienrechts festhalten – m. E. dazu führen, *atypischen Formen vermehrt durch Sondernormen Rechnung zu tragen*. Solche Differenzierungen könnten sinnvoll sein etwa im Hinblick auf die Immobiliengesellschaft, die Holdinggesellschaft sowie – was hier besonders interessiert und nachstehend zu illustrieren ist – auf die personalistische Kleingesellschaft und die Einmann-Gesellschaft.

2. Einschränkung der Konsolidierungspflicht?

Für Konzerne wird im Entwurf eine umfassende Konsolidierungspflicht⁴⁴ aufgestellt. Sie ist im Interesse der Transparenz zu begrüßen. Doch fragt es sich, ob nicht eine Mindestgrösse als Voraussetzung für die Konsolidierungspflicht vorzusehen ist, damit nicht jede kleine Familienunternehmung, die ihre Liegenschaft in eine eigene Immobiliengesellschaft eingebracht hat, zu einer Konzernrechnung gezwungen wird^{44a}. Für solche kleinen und einfachen Verhältnisse dürfte die gerichtlich heute einigermaßen gesicherte Auskunftspflicht im Konzern mit Bezug auf Tochtergesellschaften⁴⁵ ausreichen.

⁴³ Vgl. OR 822, 842 ff.

⁴⁴ Vgl. neu Art. 663 d. Dazu den Beitrag von *Alain Hirsch* in dieser Nummer.

^{44a} Ausnahmen von der Konsolidierungspflicht für Klein- und Subkonzerne hat inzwischen die nationalrätliche Kommission eingeführt, vgl. NZZ Nr. 122 vom 26./27. Mai 1984 S. 34.

⁴⁵ Vgl. dazu SAG 45 (1973) 49; ferner *H. P. Büchler*: Das Kontrollrecht der Aktionäre (Diss. Zürich 1971) 37 und *Heinz F. Wyss*: Das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen (Diss. Zürich 1953) 271.

3. Differenzierung in den Quorumsvorschriften für die Generalversammlung

Der Entwurf sieht vor, dass sämtliche qualifizierten Präsenzquoten fallengelassen und durch Mehrheiten ersetzt werden sollen, die sich an den jeweils *vertretenen* Aktienstimmen – unabhängig von der Grösse der Präsenz – orientieren⁴⁶.

Für Publikumsgesellschaften ist diese Bestimmung zweifellos am Platz, da es bei ihnen heute zum Teil kaum mehr möglich ist, unbestrittene Statutenänderungen zu beschliessen, weil das gesetzlich erforderliche Quorum von zwei Dritteln des Grundkapitals nicht erreicht wird. So notwendig es aber ist, dieses Quorum bei Publikumsgesellschaften aufzugeben, so sinnvoll erscheint seine Beibehaltung für Kleingesellschaften: Die neue Ordnung (bei der *jede* Generalversammlung unabhängig von der Beteiligung *jeden* Beschluss fassen kann) lädt bei der kleinen Gesellschaft mit zwei oder einigen wenigen Aktionären geradezu zum Missbrauch ein, dazu nämlich, die Abwesenheit des Mitaktionärs abzuwarten und während dieser beliebige Statutenänderungen im eigenen Interesse und zum Nachteil des Partners zu vollziehen. Es sollte daher die Neuregelung auf grössere Gesellschaften mit zahlreichen Aktionären beschränkt werden.

4. Zu weitgehende Regelung für den Verwaltungsrat?

Die intensivere Ordnung des Verwaltungsrats und seiner Tätigkeit – namentlich etwa die explizite Aufzählung und delegierbarer Kompetenzen⁴⁷ – ist m. E. auch für kleine Gesellschaften sinnvoll: Gerade sie werden für die Hilfestellung des Gesetzgebers im Bereich der Organisation dankbar sein.

Doch dürften die Reformvorschläge auch hier etwas zu sehr auf die grosse Gesellschaft, die einer komplexen wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht, ausgerichtet sein. So sieht neu Art. 714 zwingend vor, dass die Statuten oder ein – allenfalls auch bloss internes⁴⁸ – Reglement eine Geschäftsordnung enthalten müssen, die das Verfahren für «Beratung, Beschlussfassung und Berichterstattung im Verwaltungsrat» regelt. Muss eine solche Ordnung wirklich in jedem Falle aufgestellt werden? Auch bei der Immobiliengesellschaft, die im wesentlichen nichts anderes darstellt als ein Grundstück mit eigener Rechtspersönlichkeit? Und auch bei der Ge-

⁴⁶ Vgl. neu Art. 704.

⁴⁷ Vgl. neu Art. 716a.

⁴⁸ Botschaft (zit. Anm. 1) 176.

sellschaft mit nur einem Verwaltungsrat, der selber die Geschäfte führt? – Der Hinweis darauf, in kleinen Fällen werde man sich einfach nicht an diese gesetzliche Vorschrift halten, kann deshalb nicht befriedigen, weil bei allfälligen Verantwortlichkeitsklagen die Gerichte der Missachtung zwingender Gesetzesvorschriften regelmässig grosses Gewicht beimessen.

5. Verzicht auf die Kontrollstelle in kleinen Verhältnissen?

Von gewerblicher Seite wird kritisch darauf hingewiesen, dass die verlangte Verbesserung der Qualität der Kontroll- bzw. Revisionsstelle zu einer nicht unerheblichen Verteuerung führen könnte. Grundsätzlich ist dies m. E. in Kauf zu nehmen, da die Verbesserung der Revision im Interesse der Aktiengesellschaften, ihrer Aktionäre und Gläubiger und letztlich auch der gesamten Volkswirtschaft liegt.

Doch möchte ich die ketzerische Frage aufwerfen, ob es in kleinen Verhältnissen nicht zulässig sein könnte, bei *Einstimmigkeit* aller Aktionäre auf die Revisionsstelle überhaupt zu *verzichten*. Eine entsprechende Lösung – verbunden mit einem umfassenderen Kontrollrecht der Gesellschafter – kennen wir aus dem Recht der GmbH. Sie wird im Aktienrecht abgelehnt mit der Begründung, die Kontrollstelle habe hier auch eine Funktion gegenüber der Öffentlichkeit⁴⁹. Dies trifft bei grösseren, volkswirtschaftlich bedeutsamen Gesellschaften durchaus zu. In kleinen Verhältnissen ist dagegen die Interessenlage nicht anders als bei der GmbH und könnte man sich allenfalls mit einer verstärkten Kontrolle durch die Aktionäre begnügen.

6. Exkurs: Erhöhung des Minimalkapitals

Bekanntlich schlägt der Entwurf vor, das *Minimalkapital* von Fr. 50 000.– auf Fr. 100 000.–, anzuheben.

Dies mag für *neu* zu gründende Gesellschaften angesichts der Geldentwertung der letzten Jahrzehnte richtig sein. Zu *bezweifeln* ist dagegen die Notwendigkeit einer *nachträglichen Anpassung* und Kapitalerhöhung bei bestehenden Gesellschaften: Als Indiz für das Haftungssubstrat ist die Höhe des Grundkapitals wichtig in der Zeit unmittelbar nach der Gründung. Später verliert es diese Bedeutung weitgehend, da die Gesellschaftsaktiven ohnehin nicht mehr der Sperrziffer

⁴⁹ Vgl. in diesem Zusammenhang BGE 106 II 235, wonach die «Bestimmungen über die Pflichten der Kontrollstelle . . . auch zum Schutze Dritter erlassen worden» sind.

Grundkapital entsprechen. Die Erhöhung dürfte im wesentlichen nur dazu führen, der Hälfte aller bestehenden Aktiengesellschaften Notariats- und Stempelsteuerkosten und – je nach Art der Kapitalerhöhung – ihren Aktionären Einkommenssteuern ohne entsprechendes Einkommen einzubrocken.

VI. Zusammenfassende Würdigung

Eine kritische Überprüfung des vorliegenden Entwurfs aus der Sicht der kleinen und mittleren, personenbezogenen AG zeigt somit dreierlei:

– Eine grössere Zahl von Reformvorschlägen sind auch für die personalistische AG und ihre Gesellschafter durchaus *sinnvoll*. Sie bringen diesen zwar atypischen, aber äusserst zahlreichen Erscheinungsformen vermehrte legitime Flexibilität und schränken zugleich Missbrauchsmöglichkeiten des geltenden Rechts ein.

Im einzelnen sollten diese Bestimmungen nochmals genau durchgesehen und überarbeitet werden, worauf hier nicht eingetreten werden kann.

– Dagegen hat sich die Neuordnung als *lückenhaft* erwiesen insofern, als sie Antworten schuldig bleibt auf Fragen, die für die personalistische AG von vitaler Bedeutung sind. Eine Ergänzung drängt sich auf, um so mehr, als sie ohne grosse Anstrengung und mit einigen wenigen zusätzlichen Artikeln realisierbar wäre.

– Endlich hat das allzu starre Festhalten an der Einheit des Aktienrechts, verbunden mit der konsequenten Ausrichtung auf die Publikumsgesellschaft dazu geführt, dass einzelne der vorgeschlagenen Regeln für die personalistische Gesellschaft *unpassend* sind. Hier sollte *vermehrt differenziert* werden, was ebenfalls mit geringem Aufwand heute noch möglich ist.

Im ganzen bringt der Entwurf schon in seiner jetzigen Form auch für die personenbezogene AG *entscheidende Verbesserungen*. Gerade deshalb aber wäre es schade, wenn die bestehenden Mängel nicht noch ausgeräumt würden. Dies um so mehr, als heute durch einen Federstrich des Gesetzgebers das in Ordnung gebracht werden kann, was – wenn das neue Recht einmal in Kraft ist – durch jahre- und jahrzehntelange Bemühungen der Gerichte wie der Doktrin kaum oder gar nicht mehr bereinigt werden kann. Ziel dieser Ausführungen war es, auf die Notwendigkeit solcher Bereinigung und Ergänzung anhand von konkreten Beispielen hinzuweisen.