

Würdigung der Aktienrechtsreform aus der Sicht der Rechtswissenschaft¹

Peter Forstmoser

Inhaltsübersicht

- I. Notwendigkeit einer Aktienrechtsreform?
- II. Grundentscheidungen der pendenten Reform
- III. Übersicht über die Revisionsbereiche
- IV. Schutz der Minderheit, der Kleinaktionäre und der Gläubiger, Verstärkung der Überwachung der Verwaltung
 1. Verbesserung der Transparenz durch erweiterte Vorschriften über die Rechnungslegung
 2. Verstärkung der Revision
 3. Das Institut des Sonderprüfers
 4. Bewertungsgutachten bei qualifizierten Tatbeständen
 - ⑤ Weitere Massnahmen im Interesse des Minderheits- und des Kleinaktionärs
 6. Massnahmen bei Kapitalzerfall
 7. Würdigung
- V. Flexiblere Ausgestaltung der Kapitalgrundlage
 1. Überarbeitung der Gründung
 2. Zusätzliche Möglichkeiten der Kapitalerhöhung
 3. Verzicht auf Kleinaktien und kleine Partizipationsscheine
- VI. Verbesserung der Struktur und Funktionsfähigkeit der Organe
 1. Neuordnung der Bestimmungen zum Verwaltungsrat
 2. Neue Bestimmungen für die Generalversammlung
- VII. Übergangsbestimmungen
- VIII. Lückenhaftigkeit des Entwurfs?
 - ① Lückenhaftigkeit der Reformvorschläge mit Bezug auf personenbezogene, kleine und mittlere Aktiengesellschaften
 2. Stärkere Differenzierung nach Gesellschaftstypen?
 3. Schlachten «heiliger Kühe» des Aktienrechts?
 4. Weitere ausgeklammerte Bereiche
- IX. Redaktionelle Bereinigungen
- X. Ausblick: Notwendigkeit der Anpassung anderer Gesellschaftsformen
- XI. Zusammenfassende Würdigung

Ich habe die Aufgabe, den Entwurf für eine Reform des schweizerischen Aktienrechts² «aus der Sicht der Rechtswissenschaft» zu würdigen. Gestatten Sie mir dazu drei Vorbemerkungen:

1. *Die Rechtswissenschaft und damit eine Qualifikation des Entwurfs von einer objektiven, unantastbaren Werte aus gibt es nicht.* Meine Bemerkungen sind vielmehr als durchaus persönliche Würdigung zu verstehen, die von anderen Juristen vielleicht geteilt, vielleicht aber auch abgelehnt wird.
2. Mit dem Auftrag, eine Stellungnahme aus der Sicht der Rechtswissenschaft vorzunehmen, sollte wohl betont werden, dass in erster Linie eine Überprüfung unter formalen, rechtlich-technischen Gesichtspunkten erfolgen solle. Nun lassen sich aber Form und Inhalt keineswegs sauber trennen, und ich werde daher durchaus auch zu materiellen Fragen Position beziehen müssen.
3. Endlich möchte ich betonen, dass meine Ausführungen als Diskussionsbasis gedacht sind, als Beitrag zu den Anstrengungen, Mängel des heute vorliegenden Entwurfs noch zu bereinigen. Damit ist es möglich, dass der eine oder andere Standpunkt im Laufe der weiteren Auseinandersetzung noch zu modifizieren sein wird.

In meinem Referat möchte ich zunächst die Frage stellen, ob es überhaupt eine Aktienrechtsreform braucht. Sodann will ich die Grundentscheidungen aufzeigen, auf denen der heutige Entwurf basiert³. In der Folge werde ich die wichtigsten Bereiche des Reformvorschlages Revue passieren lassen und kritische Bemerkungen hiezu anbringen⁴. Dabei versteht sich angesichts der Fülle der Reformvorschläge von selbst, dass nur eine kleine, etwas zufällige Auswahl zur Diskussion gestellt werden kann. Abschliessend möchte ich einige Bemerkungen anbringen, die den Entwurf als Ganzes betreffen⁵, wobei freilich auch hiefür stets auf Einzelbestimmungen zurückgegriffen werden soll. Eine kurze zusammenfassende Würdigung⁶ soll die Ausführungen abschliessen.

I. Notwendigkeit einer Aktienrechtsreform?

Ange-sicht der heutigen Gesetzesflut⁷ fragt es sich vorerst, ob eine Reform und erhebliche Erweiterung⁸ der aktienrechtlichen Bestimmungen überhaupt erforderlich ist. Die Frage stellt sich um so eindringlicher, als keine groben Missstände im Aktienwesen publik geworden sind und bisher der Ruf nach einer Reform nur recht verhallen erschollen ist.

Dennoch – und obwohl es sich mit dem geltenden Aktienrecht durchaus leben lässt – wird man die *Notwendigkeit einer Reform* aus verschiedenen Gründen *bejahen*:

- Zunächst ist nicht zu verkennen, dass das *Bild der AG, das dem Gesetzgeber der 30er Jahre vorschwebte* – das Bild der grösseren, kapitalbezogenen Publikumsgesellschaft mit vielen Kleinaktionären – heute *nur bei einem kleinen Teil* der in diese Rechtsform gekleideten Gesellschaften *erfüllt* ist. 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 der häufigen Einmann-Gesellschaft zum Ausdruck, bei der die AG und der dahinter stehende Gesellschafter wirtschaftlich identisch sind.
- Die *geltende Ordnung enthält für legitime Bedürfnisse keine Regelung*. Die Praxis ging daher nicht selten über Wortlaut und Sinn des Gesetzes hinaus und schuf Ersatzlösungen, deren rechtliche Zulässigkeit nicht immer eindeutig ist. Ich denke etwa an den Partizipationsschein, der heute in den unterschiedlichsten Formen und zu den verschiedenartigsten Zwecken eingesetzt wird, obwohl im Gesetz davon nicht die Rede ist. Weiter ist zu erinnern an das Bedürfnis nach «vorsorglichen» Kapitalerhöhungen für Wandelanleihen und für die Mitarbeiterbeteiligung, das mit teils unter der geltenden Ordnung ebenfalls fragwürdigen Konzepten gestillt wird.
- Die ungenügende gesetzliche Ordnung lässt auch ausgesprochene *Umgehungen* zu, wie etwa die von der Verwaltung einer AG und ihren Aktionären völlig abhängige Kontrollstelle, die allenfalls nicht einmal über buchhalterische Kenntnisse verfügt.
- Endlich kommen nach einhelliger Ansicht unter geltendem Recht die *Klein- und die Minderheitsaktionäre zu kurz*, um so mehr, als eine ausgesprochen restriktive Gerichtspraxis die im Gesetz enthaltenen Ansätze des Minderheitenschutzes noch eingeengt hat.

Die Reformbestrebungen sind daher zu begrüßen.

II. Grundentscheidungen der pendenten Reform

Die pendenten Reformarbeiten beruhen namentlich auf vier grundlegenden Entscheidungen, die den Entwurf massgebend geprägt haben:

a) Zunächst hat man sich von allem Anfang an auf eine *Teilrevision* beschränkt. Dies mit der Begründung, eine «Totalrevision des Aktienrechts (würde) mehrere Jahrzehnte in Anspruch nehmen».⁹

Ich hielt und halte diese Beschränkung für bedauerlich, weil die Gefahr besteht, dass durch eine Teilrevision auch Gleichgewichte des geltenden Rechts gestört werden. Auch die Begründung scheint mir nicht stichhaltig, nimmt doch auch die laufende Teilrevision «mehrere Jahrzehnte» in Anspruch.

Doch ist anerkennend festzustellen, dass sich die Teilrevision vor allem durch die Arbeit der neuesten Arbeitsgruppe von Greyerz zu einer *Überarbeitung des ganzen Aktienrechts* ausgeweitet hat. Die Arbeitsgruppe hat sich die Mühe genommen, das gesamte Aktienrecht durchzusehen und die Auswirkungen der geplanten Änderungen in den grösseren Zusammenhang zu stellen. Diese Harmonisierung ist m. E. gut gelungen, so dass sich insofern die Beschränkung kaum nachteilig auf die vorliegenden Vorschläge auswirkt.

Man wird sich aber keinen Illusionen hingeben dürfen: Wenn der vorliegende Entwurf einmal Gesetz geworden ist, wird es im schweizerischen Aktienrecht 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 der Entwurf vor allem auch im Hinblick auf die Frage zu prüfen, ob er alle reform- und regelungsbedürftigen Bereiche erfasst¹⁰.

b) Der Entwurf hält sodann konsequent und bewusst an der Idee der *Einheit des Aktienrechts* fest, die nur an wenigen Stellen durch Sondervorschriften für Grossgesellschaften durchbrochen wird¹¹. Dies ist wohl grundsätzlich richtig, hat sich doch die schweizerische AG als eigentliche «*bonne à tout faire*» des *schweizerischen Gesellschaftsrechtes* bewährt. Doch sollte durch besondere Bestimmungen für einzelne Gesellschaftstypen den praktischen Bedürfnissen vermehrt Rechnung getragen werden. Ciba-Geigy auf der einen Seite und der Buchhalter, der seinen Einmannbetrieb aus Haftungsgründen in eine AG einbringt, auf der anderen, sind eben nicht dasselbe: Man wird weder den grossen noch den kleinen Gesellschaften voll gerecht, wenn man die Fiktion der Einheitlichkeit zu sehr strapaziert. Auf diesen Punkt ist noch zurückzukommen¹².

c) Da die Revisionsarbeiten von der Einheit des Aktienrechtes ausgingen, mussten sie dieser Gesellschaftsform auch ein *einheitliches Leitbild* zugrunde legen. Betrachtet man die Ergebnisse der Reformarbeiten, so kann dieses Leitbild nur das der *Publikumsgesellschaft* gewesen sein. Jedenfalls ist die Grosszahl der Reformvorschläge¹³ an der Publikumsgesellschaft orientiert. Nur eine kleinere Zahl von Reformpostulaten betrifft (auch) die kleine, personenbezogene Gesellschaft¹⁴. Die personalistische AG kommt daher – was ich an Beispielen noch belegen werde¹⁵ – im gegenwärtigen Reformvorschlag zu kurz.

Die Ausrichtung der Reform auf die Publikumsgesellschaft erstaunt eigentlich, hat doch die Breitenentwicklung des Aktienwesens in den fünf Jahrzehnten seit der letzten Revision vor allem bei den kleineren und mittleren personenbezogenen Gesellschaften stattgefunden. Diese überwiegen heute zahlenmässig bei

weitem, was sich etwa darin zeigt, dass fast 50% aller Aktiengesellschaften nur das Minimalkapital von Fr. 50 000.– aufweisen. Auch zeugt die Gerichtspraxis davon, dass rechtliche Auseinandersetzungen im Aktienrecht vorwiegend bei solchen kleineren Gesellschaften stattfinden.

d) Die pendente Reform ist sodann eine Teilrevision auch noch in einer zweiten Hinsicht: Es handelt sich um die Revision nur *einer* Gesellschaftsform des schweizerischen Rechts, wenn auch der in der Praxis weitaus bedeutendsten.

III. Übersicht über die Revisionsbereiche

Man kann die Vorschläge des Bundesrates in drei grosse Bereiche einteilen:

- Eine Reihe von Postulaten befasst sich mit dem *Schutz der Klein- und Minderheitsaktionäre* sowie der *Gläubiger* und mit der besseren *Überwachung der Verwaltung*¹⁶.
- Eine Anzahl weiterer Vorschläge will die Regelung über die *Kapitalgrundlage* der AG straffen und gleichzeitig flexiblere Finanzierungsmöglichkeiten bereitstellen¹⁷.
- Eine dritte Gruppe von Normen schliesslich befasst sich mit der *Struktur und Funktionsfähigkeit der Organe* (des Verwaltungsrates und der Generalversammlung)¹⁸.

Zu jedem dieser drei Bereiche und zu den Übergangsbestimmungen seien in der Folge einige Bemerkungen angebracht. Dabei interessieren vor allem die folgenden Gesichtspunkte:

- Ist die vorgeschlagene Lösung *streng genug*, um Missbräuchen zu begegnen?
- Ist sie andererseits *flexibel genug*, um für legitime Bedürfnisse Raum zu lassen?
- Enthält der Entwurf *für die praktisch wichtigen Fragen eine sinnvolle Lösung* oder ist er lückenhaft?
- Sind die Normen *klar und eindeutig formuliert*?

IV. Schutz der Minderheit, der Kleinaktionäre und der Gläubiger, Verstärkung der Überwachung der Verwaltung

Zu einigen wichtigen Fragen auf diesen Gebieten folgendes:

1. *Verbesserung der Transparenz durch erweiterte Vorschriften über die Rechnungslegung*

a) Nach allgemeiner Ansicht sind die *geltenden Vorschriften für die Jahresrechnung* für kleine wie grosse Aktiengesellschaften *ungenügend*. Einige Gründe:

- Das geltende Recht kennt nur wenige Vorschriften über die Rechnungslegung und insbesondere kaum Mindestgliederungsvorschriften¹⁹.
- Für Konzerne besteht (ausserhalb des Bankbereichs) keine Konsolidierungspflicht, so dass nicht beurteilt werden kann, ob Bilanzen und Erfolgsrechnungen künstlich aufgebläht sind und ob als Ertrag ausgewiesen wird, was vorderhand nur konzerninterner Buchgewinn ist.
- Auch volkswirtschaftlich bedeutsame Gesellschaften sind (mit Ausnahme der Banken) nicht gehalten, ihre Rechnungen zu publizieren.
- Vor allem aber steht es der Verwaltung frei, praktisch unbeschränkt stille Reserven zu bilden und aufzulösen und damit den tatsächlichen Geschäftsgang völlig zu verschleiern.

Der Entwurf sieht hier eine Reihe begrüssenswerter Neuerungen vor:

b) Für zweckmässig halte ich zunächst die gesetzliche *Verankerung von Mindestgliederungsvorschriften*²⁰. Fragen muss man sich diesbezüglich nur, ob es sinnvoll ist, eine einzige Gliederung zwingend vorzuschreiben oder ob es allenfalls richtiger wäre, sich mit einer etwas allgemeineren Umschreibung zu behelfen und es im übrigen der Praxis zu überlassen, von Fall zu Fall und von Branche zu Branche eine sinnvolle Ordnung zu finden. Denkbar wäre es sodann auch, branchenspezifische Anforderungen auf Verordnungsstufe festzulegen oder sie durch die Branchenverbände festlegen zu lassen, mit dem Vorbehalt einer behördlichen Genehmigung.

Richtig erscheint sodann die Verweisung auf die *Grundsätze der ordnungsgemässen Rechnungslegung*²¹. Damit wird in bewährter Manier²² das verlangt, was der guten Praxis entspricht. Diese Art der Gesetzgebungstechnik erlaubt es, den Entwicklungen im Rechnungswesen zu folgen, ohne das Gesetz ändern zu müssen: Was heute ordnungsgemäss ist, wird es in zwanzig Jahren vielleicht nicht mehr sein. Eine allzu detaillierte Ordnung müsste daher nur allzu rasch wieder geändert werden.

c) Für Konzerne wird eine umfassende *Konsolidierungspflicht*²³ aufgestellt. Auch sie ist im Interesse der Transparenz zu begrüßen. Offen ist immerhin, ob die gesetzliche Ordnung nicht etwas weit geht: So könnte man allenfalls auf die Konsolidierung in Subkonzernen jedenfalls dann verzichten, wenn deren Aktien zu 100% von der Muttergesellschaft gehalten werden. Weiter fragt es sich, ob nicht eine Mindestgrösse als Voraussetzung für die Konsolidierungspflicht vorzusehen wäre, damit nicht jede kleine Familienunternehmung, die ihre Liegenschaft in eine eigene Immobiliengesellschaft eingebracht hat, zu einer Konzernrechnung gezwungen wird.

d) Sinnvoll erscheint im weiteren die *Offenlegung* der Jahresrechnung und einer allfälligen Konzernrechnung bei volkswirtschaftlich bedeutenden Gesellschaften²⁴. Zu diskutieren wäre, ob es richtig ist, die Abgrenzungskriterien ein für allemal im Gesetz festzuschreiben oder ob sie nicht vom Bundesrat jeweils der Geldentwertung angepasst werden sollten.

e) Im Hinblick auf das heisse Eisen der *stillen Reserven* endlich hat der Entwurf eine salomonische Lösung getroffen, die für Befürworter wie Gegner tragbar sein dürfte:

- Stille Reserven bleiben an sich *zugelassen*, es wird lediglich ihre Bildung etwas eingeschränkt²⁵. Auch die *Stille* wird diesen Reserven belassen²⁶.
- Neu muss jedoch den Aktionären *mitgeteilt* werden, wenn in einem Geschäftsjahr der *Betrag der aufgelösten stillen Reserven den der gebildeten übersteigt*²⁷. Diese Mitteilungspflicht ist notwendig, sollen die Aktionäre in die Lage versetzt werden, den Wert ihrer Investition vernünftig beurteilen und vor allem auch von ihrem Stimm- und Wahlrecht sinnvoll Gebrauch machen zu können. Tragbar erscheint mir die Lösung ganz allgemein und damit – was freilich stark umstritten ist – auch für Banken²⁸.

2. Verstärkung der Revision

Auch in diesem Bereich versucht der Entwurf, durch eine massvolle Neuordnung Schwächen der heutigen Ordnung zu beseitigen:

a) *Ausgeschlossen* wird zunächst für die Zukunft zu recht die heute noch verbreitete *Laienrevision*, wobei eine sinnvolle Abstufung in den Anforderungen entsprechend der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Gesellschaften getroffen wird²⁹.

b) Die rudimentären Vorschriften des heutigen Rechts zur *Unabhängigkeit* der Kontrollstelle werden ersetzt durch eine Bestimmung, die Unabhängigkeit vom Verwaltungsrat wie auch von einem allfälligen Mehrheitsaktionär sicherstellen soll³⁰.

c) Schliesslich soll auch Gewähr dafür geschaffen werden, dass eine *Revisionsstelle überhaupt vorhanden* ist³¹. Dies dadurch, dass die Revisionsstelle künftig im Handelsregister einzutragen ist³².

d) Vor allem von gewerblichen Kreisen ist die Frage gestellt worden, ob diese *Verschärfungen* (und Verteuerungen) *nötig* sind. Grundsätzlich möchte ich dies *bejahen*, mit zwei *Vorbehalten*:

- Statt von Ausbildung *und* Erfahrung, welche die Revisoren künftig nach neu Art. 727a mitbringen sollen, könnte man sich allenfalls – zumindest für eine Übergangszeit – auch mit Erfahrung allein oder mit Ausbildung *oder* Erfahrung begnügen.
- Sodann 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 umfassenden 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 Öffentlichkeit³³. Dies trifft bei grösseren, volkswirtschaftlich bedeutsamen Gesellschaften durchaus zu. In kleinen Verhältnissen dagegen ist die Interessenlage nicht anders als bei der GmbH und könnte man sich allenfalls mit einer verstärkten Kontrolle durch die Aktionäre begnügen.

e) Für *Konzerne* schreibt der Entwurf die Einsetzung eines besonderen Konzernrechnungsprüfers vor³⁴, der mit der Revisionsstelle der Konzernobergesellschaft identisch sein kann, aber nicht muss.

Fraglich erscheint mir hier, ob es richtig ist, dass dieser Konzernprüfer – wie der Entwurf vorschlägt³⁵ – durch den Verwaltungsrat gewählt wird. Offenbar wird diese Regelung in Analogie zu der im geltenden Recht für die externe Kontrollstelle vorgesehenen Regelung³⁶ postuliert. Dies halte ich deshalb nicht für richtig, weil auch der Konzernprüfer *den Aktionären* rapportieren soll, nicht dem Verwaltungsrat, wie dies bei den besonderen Büchersachverständigen nach geltendem Recht der Fall ist.

f) Endlich wird die Revisionsstelle in Fällen offensichtlicher Überschuldung verpflichtet, den *Richter zu benachrichtigen*, wenn die Verwaltung untätig bleibt³⁷. Ich halte diese Pflicht für sinnvoll, ja notwendig und in ihrer zurückhaltenden Ausgestaltung auch für die Revisoren tragbar.

3. *Das Institut des Sonderprüfers*

Eine eigentliche Innovation des Entwurfs stellt das Institut des sogenannten *Sonderprüfers* dar³⁸, der als eine Art Treuhänder zwischen der Gesellschaft und Auskunft erheischenden Aktionären eingeschaltet wird. Damit können die Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft und die legitimen Interessen des Aktionärs auf Auskunft in Einklang gebracht werden.

Dieses Institut ist als solches sinnvoll. Zu prüfen ist, ob nicht gewisse Einzelheiten präziser zu regeln wären und ob die vorgesehene Ordnung der Kostentragung³⁹ nicht dazu einlädt, dass das Institut von querulatorischen Aktionärsgruppen missbraucht wird.

4. *Bewertungsgutachten bei qualifizierten Tatbeständen*

Das geltende Recht kennt bekanntlich eine Bewertung durch unabhängige Revisoren nur für den Fall der Kapitalherabsetzung⁴⁰.

Der Entwurf will dieses Institut für andere Gebiete fruchtbar machen und Bewertungen vorsehen bei *qualifizierten Gründungen und Kapitalerhöhungen*⁴¹, dann nämlich, wenn die Liberierung durch Sacheinlage erfolgt. Dieser Vorschlag ist – auch wenn er ebenfalls eine Verteuerung mit sich bringen wird – angesichts der heute noch zahlreichen Schwindelgründungen und -kapitalerhöhungen vernünftig. Leider wird auch in diesem Bereich die Grosszahl korrekter Unternehmungen die Zeche bezahlen müssen für diejenigen, welche die liberale Ausgestaltung des heutigen Aktienrechts missbrauchten.

5. *Weitere Massnahmen im Interesse des Minderheits- und Kleinaktionärs*

Nicht näher eintreten kann ich auf eine Reihe weiterer Vorkehren zugunsten der Minderheits- und der Kleinaktionäre: auf die Verstärkung des Bezugsrechts⁴², die Einschränkung in der Privilegierung von Stimmrechtsaktien⁴³, die Einschränkung der Vinkulierungsmöglichkeiten⁴⁴ und die Erleichterung des Anfechtungsrechts der Aktionäre⁴⁵. In all diesen Punkten schlägt der Entwurf m. E. sinnvolle Verbesserungen vor, die auch für die Gesellschaft und ihre Mehrheitsaktionäre tragbar sind.

Erwähnt seien nur zwei Einzelheiten:

- In neu Art. 660a werden die *anfechtbaren Beschlüsse* der Generalversammlung umschrieben. Wohl ganz entgegen den Intentionen der Arbeitsgruppe bringt diese Umschreibung – wenn ich richtig sehe – gegenüber der bisherigen Bundesgerichtspraxis⁴⁶ z. T. einen Rückschritt im Minderheitenschutz. So etwa, wenn verlangt wird, dass Rechte von Aktionären in «offensichtlich» unsachlicher Weise beschränkt werden oder wenn deren Beeinträchtigung durch den Gesellschaftszweck schlechthin gerechtfertigt sein soll.
- Bei der Neuregelung der Vinkulierung werden nicht nur die Rechte der Aktionäre besser geschützt, sondern es soll auch die *Aktienspaltung ausgeschaltet* oder – wie sich die Botschaft⁴⁷ ausdrückt – «überwunden» werden. Dies, indem erklärt wird, es verblieben bis zur Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung «das Eigentum an den Aktien und alle damit verknüpften Rechte beim Veräusserer»⁴⁸. Abgesehen davon, dass diese «Überwindung» nur z. T. gelingt⁴⁹, dürfte der Vorschlag Probleme aufgeben: Schwierigkeiten sehe ich zunächst im anonymen Handel an der Börse. Sodann wäre die Neuordnung das Ende der sogenannten Babypapiere⁵⁰. Mit der Spaltung – die ja nur eine «sogenannte» Spaltung ist⁵¹ – hat man bisher durchaus leben können, und für

besondere Verhältnisse steht überdies das Instrument der Rekta-Aktie zur Verfügung. Es scheint mir daher, dass hier etwas zuviel Purismus betrieben wird.

6. Massnahmen bei Kapitalzerfall

Nach geltendem Recht muss die Verwaltung bekanntlich eine Generalversammlung einberufen, wenn die Hälfte des Grundkapitals nicht mehr gedeckt ist⁵². Besteht Gefahr der Überschuldung, ist eine Bilanz zu Veräusserungswerten zu errichten und allenfalls der Konkurs anzumelden⁵³.

Der Entwurf⁵⁴ überarbeitet und verbessert diese Regeln. Er bringt z. T. eine Verschärfung, z. T. eine realistischere Ausgestaltung:

- eine *Verschärfung* insofern, als nicht nur die Hälfte des Aktienkapitals, sondern auch der gesetzlichen Reserven zu berücksichtigen sind,
- eine *realistischere Lösung*, indem eine Überschuldung sowohl zu Fortführungs- wie auch zu Veräusserungswerten nötig ist, um die Pflicht zur Benachrichtigung des Richters zu begründen. Dies ist insofern richtig, als manche lebensfähige Gesellschaft – insbesondere in der Periode unmittelbar nach ihrer Gründung – überschuldet ist, wenn einer Bewertung nicht Fortführungs-, sondern Veräusserungswerte zugrunde gelegt werden.

7. Würdigung

Gesamthaft betrachtet, sind die neuen Vorschriften zur Verbesserung des Schutzes von Minderheiten und Kleinaktionären und zur stärkeren Überwachung der Verwaltung geglückt. Wunder wird man von ihnen aber 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 Austrittsrechts⁵⁵.
- Der Einfluss des *Kleinaktionärs* wird minim bleiben. Sein Schutz dürfte in der Publikumsgesellschaft weiterhin eher durch eine wachsame Finanzpresse als durch Aktionärsrechte gewährleistet sein.
- Die *Gläubiger* schliesslich werden auch künftig nicht vor Konkursen und schwindelhaften Machenschaften im Bereich der Aktiengesellschaften geschützt sein, da ein absoluter Schutz mit Rechtsmitteln in einer liberalen Ordnung schlechthin nicht möglich ist.

Dies soll die Vorzüge der vorgeschlagenen Neuordnung nicht mindern, die Erwartungen aber auf ein realistisches Mass limitieren.

V. Flexiblere Ausgestaltung der Kapitalgrundlage

Im Bereich der finanziellen Basis der AG bietet der Entwurf eine grundlegende Überarbeitung und verschiedene neue Möglichkeiten an. Ich kann diese nur kurz streifen:

1. Überarbeitung der Gründung

Die Gründungsmodalitäten sind – entsprechend den praktischen Bedürfnissen – überarbeitet und vereinfacht worden⁵⁶. Dem kann grundsätzlich zugestimmt werden.

M. E. ist – wie schon erwähnt – auch die Notwendigkeit einer *Bewertung bei qualifizierten Gründungen*⁵⁷ zu begrüßen, auch wenn sie Kosten mit sich bringt: Durch Schwindelgründungen wird unter geltendem Recht volkswirtschaftlich hoher Schaden verursacht, und es ist angebracht, hiegegen einzuschreiten. Ein Weg hiezu dürfte – neben dem konsequenteren Vollzug von Sanktionen – die vorgesehene Bewertung durch einen Fachmann sein.

2. Zusätzliche Möglichkeiten der Kapitalerhöhung

a) Neben der bisherigen Art der *Kapitalerhöhung*, die technisch überarbeitet und – sehr zu Recht – vom *Gründungsverfahren* gelöst worden ist, soll künftig die Schaffung sogenannten *genehmigten*⁵⁸ und *bedingten*⁵⁹ *Kapitals* möglich sein. Beide Formen dürften sich vor allem bei Publikumsgesellschaften als nützlich erweisen, obschon die Praxis schon heute Wege gefunden hat, um ähnliche Resultate zu erzielen.

Dagegen müsste es möglich sein, die vorgesehene Ordnung noch etwas zu *vereinfachen* und zu *vereinheitlichen*: Zwischen der «normalen», der bedingten und der autorisierten Kapitalerhöhung bestehen nach dem Entwurf hinsichtlich Prüfung und Berichterstattung Unterschiede, die – soweit ich sehe – nicht erforderlich sind.

Keine Rücksicht nimmt der Entwurf darauf, dass bei Publikumsgesellschaften die neu auszugebenden Aktien regelmässig vorerst durch Banken fest übernommen und erst anschliessend an das Publikum bzw. die bisherigen Aktionäre abgegeben werden. Diese *Festübernahme* dürfte – zumindest bei der ordentlichen und der autorisierten Erhöhung – auch künftig bei Gesellschaften mit grossem Aktionärskreis die Regel sein. Sie wirft heikle und bisher zuwenig beachtete Rechtsfragen auf, zu denen man im Gesetz gerne eine Antwort fände. Der Entwurf sollte diesbezüglich noch ergänzt werden.

b) Der *Partizipationsschein* als «Finanzierungsgenusschein» hat sich bekanntlich als Wildwuchs in der Praxis der letzten zwanzig Jahre entwickelt. Es handelt sich um ein in vielen Fällen zweckmässiges Finanzierungsinstrument. Doch lässt die geltende Ordnung jegliche Missbräuche zu.

Der Entwurf hat den PS einer gründlichen und durchdachten Ordnung unterworfen⁶⁰, die an zwei Grundideen orientiert ist⁶¹:

- Der PS wird zur «*Aktie ohne Stimmrecht*» oder – genauer – zur Aktie ohne Mitwirkungsrechte umgestaltet. Das bedeutet, dass er im Prinzip die gleichen Vermögensrechte vermittelt wie die Aktie selbst und dass dem Partizipanten gleiche Informations- und Anfechtungsrechte wie dem Aktionär zukommen.
- Zum Schutz der Partizipanten wird der Gedanke der «*Schicksalsgemeinschaft*» realisiert: Die Stellung der Partizipanten kann zwar durch die Generalversammlung verschlechtert werden, aber nur dann, wenn auch die Aktionäre eine entsprechende Schlechterstellung in Kauf nehmen müssen. Zudem wird zwingend festgelegt, dass der PS einer Aktienkategorie vermögensrechtlich zumindest gleichgestellt werden muss.

c) Wenn auch die straffe Regelung des PS grundsätzlich zu begrüßen ist, so ist wohl in zwei Punkten eine *flexiblere Lösung* angebracht:

- Der Entwurf verlangt, dass das Partizipationskapital *mindestens Fr. 50 000.–* betragen muss⁶². Damit werden kleinere Gesellschaften für sinnvolle Bedürfnisse faktisch von der Verwendung des PS ausgeschlossen. Die Botschaft begründet dies damit, es bestehe «kein legitimes Bedürfnis nach derartigen Kleinstkapitalien». Die Erfahrung der Praxis lehrt anderes, und es besteht m. E. im Gegenteil «kein legitimes Bedürfnis» für die im Entwurf vorgesehene Limitierung.
- Der Entwurf sieht für die *Arbeitnehmerbeteiligung* den gewöhnlichen Genusschein vor und schliesst damit offenbar den Partizipationsschein aus⁶³. Damit wird den Arbeitnehmern ein Papier zugedacht, das keinerlei gesetzlichen Schutz geniesst. Dies ist m. E. unrichtig, und es sollte auch für die Mitarbeiterbeteiligung der PS vorgesehen werden.

3. *Verzicht auf Kleinaktien und kleine Partizipationsscheine*

a) Während die Vorschläge für eine Teilrevision des Aktienrechtes von 1972 und der Vorentwurf von 1975 – für bestimmte Gesellschaften zumindest – noch Kleinaktien mit einem Nennwert von nur Fr. 1.– vorgesehen hatten, hält der Entwurf konsequent am Mindestnennwert von Fr. 100.– fest⁶⁴. Die Botschaft begründet dies etwas naiv damit, niemand könne «ein Interesse daran haben, sich mit Fr. 1.– am Aktienkapital einer Gesellschaft zu beteiligen»⁶⁵. Darum geht es selbstverständlich nicht, sondern vielmehr um den Split von Aktien, die zu schwer geworden sind.

M. E. besteht bei verschiedenen Publikumsgesellschaften ein legitimes Interesse daran, ihre zu schwer gewordenen Aktien aufzuteilen und Kleinaktien zu schaffen. Dass der Gesetzgeber dies verbietet, leuchtet nicht ein, steht es doch jeder Gesellschaft frei, von einer entsprechenden Möglichkeit Gebrauch zu machen oder nicht.

Die Ablehnung von Kleinaktien ist um so mehr zu bedauern, als es wegen der Aufhebung der Spaltung künftig nicht mehr möglich sein wird, Teilzertifikate auszugeben. Die vorgeschlagene Ordnung verbietet damit den Aktiensplit, ohne einen adäquaten Ersatz zu schaffen.

b) Wegen der grundsätzlichen *Gleichstellung von Aktien und Partizipations-scheinen*⁶⁶ würde künftig der Mindestnennwert von Fr. 100.– auch auf PS Anwendung finden. Damit wird die vorgesehene Ordnung vollends unhaltbar, haben doch verschiedene Gesellschaften eine durchaus angemessene Ordnung getroffen im Vertrauen darauf, dass der PS in beliebigem Nennwert geschaffen werden kann.

VI. Verbesserung der Struktur und Funktionsfähigkeit der Organe

Zahlreiche mehr oder minder weittragende Reformvorschläge macht der Entwurf sodann zu Struktur und Aufgaben der Organe:

1. Neuordnung der Bestimmungen zum Verwaltungsrat

a) Die Bestimmungen über die Verwaltung – bzw. in neuer Terminologie den Verwaltungsrat – sind *formell gänzlich umgestaltet und neu gegliedert* worden⁶⁷, materiell aber in den Grundzügen unverändert. Eine Reihe von Streitfragen wird im Sinne der herrschenden Lehre geklärt, die Terminologie wird bereinigt, Erkenntnisse moderner Organisationslehre werden massvoll berücksichtigt. Im allgemeinen sind die neuen Bestimmungen sorgfältig redigiert, und sie basieren auf praktischen Erfahrungen.

b) Beibehalten wurde vor allem die grosse *Flexibilität* des geltenden Rechts, die Möglichkeit also, unter verschiedenartigen Organisationsstrukturen zu wählen:

– Wie nach geltendem Recht sollen vermutungsweise auch künftig die *Geschäfte durch den Verwaltungsrat selbst geführt* werden. Dieser bildet die Geschäftsleitung, was sich vor allem in kleinen, personenbezogenen Verhältnissen, in denen faktisch Selbstorganschaft besteht, bewährt hat.

- Möglich ist es aber auch, die Geschäftsführung weitestgehend an einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates zu delegieren, entsprechend dem amerikanischen *Board System*.
- Schliesslich ist es auch weiterhin zulässig, die Geschäftsführung an Direktoren, die nicht dem Verwaltungsrat angehören, zu übertragen und dem Verwaltungsrat im wesentlichen nur noch die Oberleitung vorzubehalten. Damit kann – analog dem deutschen Recht, aber freilich nicht in derselben Folgerichtigkeit – eine Art *Zweiteilung in ein Aufsichtsorgan und die eigentliche Exekutive* realisiert werden, eine Organisationsform, die sich vor allem bei Grossunternehmen aufdrängt.

Diese freiheitliche Ordnung ist zu begrüßen, ja es gibt zu ihr gar keine Alternative, wenn man an der Einheit des Aktienrechts kompromisslos festhalten will, wie dies der Entwurf tut.

c) Fragen kann man sich, ob die Ausgestaltung des Verwaltungsrates als blossen Aufsichtsorgans ohne Geschäftsführungsaufgaben nicht noch konsequenter hätte realisiert werden können: Bekanntlich zählt der Entwurf in einem neuen Art. 716a die unübertragbaren Aufgaben der Verwaltung explizit auf. Diese Aufzählung ist zu begrüßen, und sie beseitigt manche Unklarheit hinsichtlich der Aufgaben und Aufgabendelegation unter geltendem Recht. Es ist darin auch ein Bekenntnis zugunsten des Paritätsprinzips zu erblicken, nach welchem jedem einzelnen Gesellschaftsorgan bestimmte Befugnisse unübertragbar zukommen.

Im einzelnen sollte die Liste aber nochmals kritisch durchgegangen werden. So ist es m. E. *unrealistisch*, wenn selbst für grösste Gesellschaften mit zahlreichen Filialen zwingend vorgeschrieben wird, dass *alle Zeichnungsberechtigten durch den Gesamtverwaltungsrat zu ernennen* sind⁶⁸. Hier sollte eine Delegation etwa an die Direktion zugelassen werden. Auf der anderen Seite geht es wohl auch zu weit, wenn man der Verwaltung untersagen will, in geschäftspolitischen Entscheiden grundsätzlicher Natur die Generalversammlung anzufragen⁶⁹: Es kann – auch wenn man grundsätzlich vom Paritätsprinzip ausgeht – durchaus angemessen sein, wichtige geschäftspolitische Fragen, bei denen man in guten Treuen zweierlei Meinung sein kann, der Versammlung der Aktionäre zum Entscheid vorzulegen.

d) Wenn man die Tendenz des Entwurfs im Bereiche des Rechts des Verwaltungsrates und die Ordnung im allgemeinen begrüßen kann, so sind doch *kritische Hinweise zu etwelchen Einzelheiten* angebracht. Einige Beispiele:

- Neu Art. 714 sieht zwingend vor, dass die Statuten oder ein – allenfalls auch bloss internes – Reglement eine Geschäftsordnung enthalten müssen, die das Verfahren für «Beratung, Beschlussfassung und Berichterstattung im Verwaltungsrat» regelt.

Dass eine solche Ordnung grundsätzlich wünschbar ist, steht ausser Zweifel. Doch stellen sich angesichts dieser zwingenden Gesetzesnorm drei Fragen:

- Muss eine solche Ordnung wirklich in jedem Falle aufgestellt werden? Auch bei der Gesellschaft mit nur einem Verwaltungsrat, der selber die Geschäfte führt? Auch bei der Immobiliengesellschaft, die im wesentlichen nichts anderes darstellt als ein Grundstück mit eigener Rechtspersönlichkeit?
- Wird beim Fehlen einer Geschäftsordnung in einem Verantwortlichkeitsprozess ohne weiteres ein Verschulden präsumiert, auch wenn die Verwaltung in der Praxis ordnungsgemäss funktionierte? Die Frage erscheint angesichts der Tendenz der Gerichte, Verantwortlichkeitsklagen anhand formeller Kriterien zu entscheiden, nicht an den Haaren herbeigezogen.
- Wie verhält es sich endlich, wenn sich die Geschäftsordnung überlebt hat und der Verwaltungsrat nach anderen, aber zweckmässigen Regeln arbeitet? Liegt darin eine schuldhafte Pflichtwidrigkeit oder sind solche Anpassungen an die Realität zu tolerieren, vielleicht gar zu begrüssen?

Ich habe den Eindruck, dass der Entwurf – hier wie (was noch zu zeigen sein wird) auch andernorts – etwas gar viel regeln will und dass er damit teilweise mehr Unsicherheit als Klarheit bringt.

- Das gleiche gilt für den neuen Art. 713 I, der bestimmt, dass die *Beschlüsse des Verwaltungsrates «mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst»* werden. Dies verstand sich – vorbehältlich einer anderen Regelung – auch bisher von selbst. Eine Ordnung im Gesetz ist damit nicht nötig. Will man sie trotzdem, dann sind – gerade im Hinblick auf Nichtjuristen – zwei Fragen zu klären:
 - Ist die Gesetzesbestimmung *zwingend*? Dies wäre denkbar unzweckmässig und ist nicht anzunehmen. Der dispositive Charakter der Norm sollte aber im Gesetz zum Ausdruck kommen, etwa durch den Passus «mangels anderer statutarischer oder reglementarischer Bestimmungen».
 - Wie ist die «*Mehrheit*» zu *berechnen*? Sind leer eingelegte Stimmen mitzuzählen oder nicht? Die Botschaft⁷⁰ spricht von einfachem Mehr, womit die Leerstimmen nicht zu zählen wären. Will man dies – entgegen der für die Generalversammlung in OR 703 vorgesehenen Ordnung –, so sollte es im Gesetz auch gesagt werden.
- Für die Beschlussfassung sieht sodann neu Art. 713 I vor, dass im Verwaltungsrat dem Vorsitzenden der *Stichentscheid* zukommen soll. Auch hier wäre klarzustellen, ob es sich um dispositives oder zwingendes Recht handelt. Ob die Ordnung materiell richtig ist, sollte ebenfalls nochmals überlegt werden: In paritätisch beherrschten Gesellschaften mag zwar das Fehlen eines Stichentscheides zu einer Pattsituation führen. Dafür zwingt es die Beteiligten dazu, Kompromisse einzugehen und so letztlich eine gerechtere Ordnung zu treffen als sie durch das Diktat des Präsidenten geschaffen wird.

- Erwähnt werden mag schliesslich noch, dass die *Amts-dauer* der Verwaltung mit einem Jahr eindeutig *zu kurz* festgesetzt worden ist, zumal für die Revisionsstelle drei Jahre als ordentliche Amtszeit stipuliert sind⁷¹. Die bundesrätliche Botschaft gibt dies ziemlich unverblümt zu, wenn sie betont, die Bestimmung schaffe «einen gewissen Zwang, die Amtsdauer der Verwaltungsräte statutarisch festzulegen»⁷². Sinnvoller wäre es, eine in der Regel angemessene Ordnung schon im Gesetz zu treffen.

e) Recht grundlegend überarbeitet worden ist das Recht der *aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*⁷³. In der Tat hinterlässt ein Blick auf die Praxis zum geltenden Recht einen zwiespältigen Eindruck:

- Auf der einen Seite fällt auf, dass – auch wenn Verantwortlichkeitsprozesse in den letzten Jahren weit häufiger geworden sind – noch immer *zahlreiche Fälle auch grober Fahrlässigkeit ohne Folgen* bleiben. Der Grund hiefür liegt in den Schwierigkeiten der Geltendmachung, solange die Gesellschaft noch zahlungsfähig ist.
- Andererseits müssen diejenigen, die rechtlich belangt werden, oft *Konsequenzen von ungewöhnlicher Härte* tragen, Konsequenzen, wie man sie in unserer Rechtsordnung in dieser Schärfe sonst kaum kennt. Ein Hauptgrund liegt in der von der Lehre stark kritisierten Praxis des Bundesgerichts zur Solidarhaftung: Das Bundesgericht hat es bekanntlich konsequent abgelehnt, dem leichten Verschulden des solidarisch Haftpflichtigen im Aussenverhältnis Rechnung zu tragen, obwohl ein Haftpflichtiger, wenn er allein steht, sich auf diesen Reduktionsgrund des geringen Verschuldens berufen kann. Besonders stossend ist dies deshalb, weil in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsfällen oft der Hauptschuldige – etwa ein kriminell handelndes Mitglied der Geschäftsleitung – nicht zur Rechenschaft gezogen werden kann, weil er keine Aktiven besitzt, diese nicht ausweist oder sich ins Ausland abgesetzt hat. Zur Kasse gebeten werden dann aussenstehende Verwaltungsratsmitglieder und die Kontrollstelle, auch wenn diese Organpersonen ihres Amtes in guten Treuen, wenn auch vielleicht nicht mit letzter Sorgfalt gewaltet haben.

Der Revisionsentwurf enthält in diesen Bereichen sinnvolle Verbesserungen:

- Einerseits wird das *Klagerecht des Aktionärs aufgewertet*, und zwar in zweierlei Hinsicht: Zum einen wird seine Informationslage verbessert, etwa durch die Einführung des Instituts des Sonderprüfers, sodann auch durch die gesetzlich vorgeschriebene Hinterlegung des Organisationsreglements^{73a}. Sodann soll nach neu Art. 756 II der Richter die Prozesskosten beim Unterliegen des klagenden Aktionärs nach seinem Ermessen auch der Gesellschaft auferlegen können, wenn der Aktionär aufgrund der Sach- und Rechtslage «begründeten Anlass zur Klage» hatte.

- Den legitimen Interessen der Organpersonen und der fragwürdigen derzeitigen Bundesgerichtspraxis soll dadurch Rechnung getragen werden, dass die *Berufung auf leichtes Verschulden auch im Aussenverhältnis* zulässig sein soll. Freilich schießt der Entwurf hier – wenn ich die vorgeschlagenen Bestimmungen richtig verstehe – eindeutig über das Ziel hinaus: Wenn erklärt wird, die Haftung solle die Organpersonen nur bis zu dem Betrag treffen, für den sie «zufolge Rückgriffs aufkommen müsste[n]», so ist dies – entgegen den Ausführungen in der Botschaft⁷⁴ – nicht bloss die Korrektur einer «unerträglichen Bundesgerichtspraxis», sondern die schlichte *Aufhebung der Solidarität*. Dies ist m. E. nicht gerechtfertigt und offenbar auch nicht gewollt⁷⁵.

Im übrigen sind auch in diesem Bereich die *Details nochmals zu überarbeiten*:

- So sieht neu Art. 759 eine merkwürdige Zweiteilung vor, indem eine Limitierung der Haftung nach aussen zunächst in Abs. II für die Revisionsstelle, anschliessend in Abs. III für die übrigen Organpersonen vorgesehen wird. Erklären lässt sich diese Systematik wohl aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, indem es zunächst vor allem die Vertreter von Kontrollstellen waren, die – durchaus zu Recht – eine Limitierung des Risikos verlangten.
- Formal verunglückt ist sodann m. E. neu Art. 754 II, indem hier statt von der Haftungsbefreiung bei korrekter Delegation und Beachtung der drei *curae* vom Grundsatz der Haftung ausgegangen wird.

f) Neu überdacht werden sollten nochmals die *Funktion und Ausgestaltung des Organisationsreglementes*⁷⁶, das künftig unabdingbare Voraussetzung für eine Kompetenzdelegation sein soll. Es stellen sich etwa folgende Fragen:

- *Wie kann eine Direktion oder Generaldirektion Aufgaben rechtmässig delegieren?* Da die Aufstellung des Organisationsreglementes unübertragbare Aufgabe der Verwaltung ist⁷⁷, steht der Direktion die Möglichkeit nicht zu, ein solches Reglement aufzustellen und zu hinterlegen. Dies, obwohl zweifellos auch unterhalb des Verwaltungsrates ein Bedürfnis nach Delegation besteht.
- Laut Botschaft soll eine Haftungsbeschränkung nur eintreten, «wenn die Aufgaben an eine andere Organperson delegiert werden. Keine Haftungsbe freiung tritt ein, wenn Aufgaben Hilfspersonen zur Erledigung übergeben werden»⁷⁸. In solchen Fällen soll das *delegierende Organ die volle Haftung tragen*, ohne sich darauf berufen zu können, die nötige Sorgfalt in Auswahl, Instruktion und Überwachung erfüllt zu haben. Würde mit dieser Kausalhaftung ernst gemacht, dann dürften es künftig nur noch besonders Mutige wagen, höhere Funktionen in einer grossen Unternehmung zu bekleiden.
- Ist das *Organisationsreglement* wirklich eine *unabdingbare Voraussetzung* für eine haftungsbeschränkende Delegation? Kann nicht die Delegation zumindest von Vollziehungsfunktionen gerade zur korrekten Erfüllung einer gehobenen Position gehören?

- Endlich begründet die Botschaft⁷⁹ den Zwang zur Hinterlegung und damit Offenlegung des Organisationsreglementes damit, dass dadurch Verantwortlichkeitsklagen erleichtert werden sollen. Das Reglement ermögliche, «Aufgaben und Verantwortlichkeit der einzelnen Organe abzuklären und im Verantwortlichkeitsprozess den richtigen Beklagten zu wählen.» Die Offenlegung der Kompetenzordnung soll damit «gezieltes Klagen» ermöglichen. Tut sie es wirklich? Ich bin hier deshalb nicht sicher, weil in das Reglement – so ausdrücklich die Botschaft⁸⁰ – keine Namen aufzunehmen sind. Im Prozess aber muss man gegen namentlich zu bezeichnende Individuen vorgehen, eine Klage gegen einen nicht näher benannten Funktionsträger (den Finanzdirektor, den für Forschung und Entwicklung Verantwortlichen) ist nicht möglich.

2. *Neue Bestimmungen für die Generalversammlung*

a) Die Neuordnung der Generalversammlung bezieht sich vorwiegend auf die *Publikumsgesellschaften*. Nur bei ihnen sind etwa die neuen Vorschläge für eine *Einschränkung des Depotstimmrechts und der Organvertretung*⁸¹ von Bedeutung. Diese Vorschläge, die möglichen Missbräuchen begegnen sollen, sind grundsätzlich zu begrüßen. Auch hier sollte aber die Ordnung im einzelnen nochmals überdacht werden:

So scheint es mir fragwürdig, wenn der Depotvertreter nach neu Art. 689d II beim Fehlen von Weisungen verpflichtet wird, den *Anträgen des Verwaltungsrates zu folgen*. Richtiger und allgemeinem Auftragsrecht entsprechend wäre es, ihn zu verpflichten, das Stimmrecht nach bestem Wissen so auszuüben, wie es am ehesten den Interessen des Vertretenen entspricht.

b) Neu geordnet werden sollen auch die Quorumsvorschriften für die Generalversammlung: Sämtliche qualifizierten Präsenzquoren sollen fallengelassen und durch Mehrheiten ersetzt werden, die sich an den jeweils *vertretenen* Aktienstimmen – unabhängig von der Grösse der Präsenz – orientieren⁸². Für Publikumsgesellschaften ist diese Bestimmung zweifellos am Platz, da es bei ihnen heute z. T. nicht 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 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 hier – wie übrigens auch andernorts – vermehrt nach der Grösse der Gesellschaft differenziert werden.

VII. Übergangsbestimmungen

Nicht näher eintreten kann ich auf die Vorschläge des Entwurfs für Übergangsbestimmungen. Hinweisen möchte ich nur darauf, dass der Entwurf etwas gar konsequent bereits bestehende Gesellschaften zwingen will, sich der neuen Ordnung anzupassen. Auch hiefür zwei Beispiele:

- Wenn es auch an sich durchaus richtig sein mag, eine *Erhöhung des Minimalkapitals* für neue Gesellschaften von Fr. 50 000.- auf Fr. 100 000.- vorzusehen⁸³, so ist die Notwendigkeit einer nachträglichen Anpassung und Kapitalerhöhung bei bestehenden Gesellschaften zu bezweifeln: Als Indiz für das in einer Gesellschaft befindliche 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 Grundkapital entsprechen. Die Erhöhung dürfte im wesentlichen nur dazu führen, der Hälfte aller bestehenden Aktiengesellschaften Notariats- und Stempelsteuern und – je nach Art der Kapitalerhöhung – ihren Aktionären Einkommenssteuern ohne entsprechendes Einkommen einzubrocken.
- Nicht für richtig halte ich es sodann, die Neuregelung für die *Partizipations-scheine* nach einer Übergangsfrist von fünf Jahren ausnahmslos auch auf bereits bestehende PS anzuwenden. Gerechtfertigt scheint mir zwar, dass die spezifischen Schutzvorschriften auch auf «altes» Partizipationsscheinkapital Anwendung finden. Dagegen ist es m. E. nicht angebracht, eine Anpassung der Nennwerte zu verlangen⁸⁴. Ebenso wenig erscheint es sinnvoll, die Bestimmung, wonach künftig das PS-Kapital das Aktienkapital nicht mehr übersteigen darf, auch auf bereits bestehendes Kapital anzuwenden und so die Gesellschaften allenfalls zur Umwandlung von PS-Kapital in Aktienkapital oder zu dessen Herabsetzung zu zwingen:

Wohl dient es der Rechtssicherheit, wenn neues Recht möglichst ausnahmslos auch auf bereits bestehende Tatbestände Anwendung findet. Es gibt aber auch ein schützenswertes Vertrauen in die bestehende Rechtsordnung. Die Botschaft selbst schreibt mit Bezug auf Stimmrechtsaktien, es seien in Gesellschaften «die Stimmverhältnisse und damit das Machtgefüge nicht selten sehr sorgfältig ausbalanciert», weshalb es Gesellschaften mit solchen Aktien «nicht zugemutet werden [können], sich der neuen und einschränkenden Regel zu unterziehen»⁸⁵. Dasselbe gilt aber auch für die einschränkende Neuordnung des PS. Auch hier kann der Zwang zur Anpassung zu stossenden Resultaten führen.

Nur am Rande sei erwähnt, dass m. E. die Sanktion bei Nichtanpassung innert Frist – nämlich die Auflösung der Gesellschaft⁸⁶ – allzu massiv geraten ist.

Nicht zu verkennen ist, dass Vorbehalte für bereits bestehende Gesellschaften dazu führen können, dass in letzter Minute noch von der freiheitlichen Ordnung des bisherigen Rechts profitiert und diese voll ausgeschöpft wird. Dem könnte man dadurch begegnen, dass man nur solchen Gesellschaften gestattet, unter altem Recht zu verbleiben, die eine bestimmte Zeit vor Inkrafttreten der neuen Ordnung – etwa vor Ende 1983 – ihre dem neuen Recht widersprechende Regelung bereits kannten.

VIII. Lückenhaftigkeit des Entwurfs?

Schon eingangs wurde darauf hingewiesen, dass die pendente Reform – mag man sie nun als Teil- oder als Totalrevision bezeichnen – die einzige Revision des schweizerischen Aktienrechts bis zum Ende dieses Jahrtausends bleiben wird. Es ist daher auch zu fragen, ob der Entwurf wesentliche Lücken enthält, reformbedürftige Bereiche ausser acht lässt, nötige Differenzierungen unterlässt oder darauf verzichtet, alte und unnütze Zöpfe abzuschneiden. Hiezu ist einiges zu bemerken:

1. *Lückenhaftigkeit der Reformvorschläge mit Bezug auf personenbezogene, kleine und mittlere Aktiengesellschaften*

Eine Eigenart der pendenten Reform – auch dies wurde eingangs erwähnt – ist es, dass sie vorwiegend auf die Publikumsgesellschaft ausgerichtet ist. Damit kommen m. E. die kleinen und mittleren Gesellschaften zu kurz. Im Hinblick auf sie – zahlenmässig die grosse Mehrheit schweizerischer Aktiengesellschaften – drängen sich etwa folgende Ergänzungen und Berichtigungen auf:

a) Sinnvoll wäre einmal eine gesetzliche Stellungnahme zur Frage der Gültigkeit und Tragweite von *Aktionärsbindungsverträgen*: 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 einen Ausweg gefunden durch die Ergänzung der statutarischen Ordnung mittels sog. Aktionärsbindungsverträge. 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 Regeln gefunden werden.

Nun besteht aber mit Bezug auf diese Verträge keine gesetzliche Ordnung. Ja es gibt nicht einmal einen Bundesgerichtsentscheid und nur einige wenige Urteile von kantonalen Gerichten, die sich mit ihnen auseinandersetzen. Wohl kann man heute davon ausgehen, dass Aktionärsbindungsverträge an sich gültig sind.

Zahlreiche Einzelfragen sind aber ungelöst. So ist unklar, *für wie lange* solche Verträge abgeschlossen werden können. Sicher ist nur, dass es im schweizerischen Recht keine «ewigen» Verträge gibt. 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.

b) 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) verbreitet. Auch hier sind Verbindlichkeit und Tragweite unklar und gerichtlich nicht entschieden. Durch eine knappe gesetzliche Regelung könnte ein für allemal Gewissheit geschaffen werden.

c) Vor allem bei personenbezogenen Gesellschaften von grosser Bedeutung ist sodann das Instrument des *Rangrücktritts*, mit dem formell überschuldete, aber lebensfähige Gesellschaften über eine kritische Phase gerettet werden sollen. Auch hier besteht Unsicherheit über die Ausgestaltung und Bedeutung und wäre ein klärendes Wort des Gesetzgebers hilfreich.

d) 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 anerkennenswerter 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 doch zumindest aufgrund einer statutarischen Basis. Dass eine solche Lösung durchaus mit den Interessen der Unternehmung, denjenigen der Gesellschaftermehrheit und denen der Gläubiger vereinbar ist, zeigen die bereits heute bestehenden Austritts- und Ausschlussrechte bei der GmbH und der Genossenschaft.

2. Stärkere Differenzierung nach Gesellschaftstypen?

Ganz allgemein schiene es mir richtig, die Reformvorschläge als Ganzes daraufhin zu untersuchen, ob sie für sämtliche Aktiengesellschaften passen. Eine solche Durchsicht müsste – will man, was ich durchaus befürworte, an der Einheit des Aktienrechtes festhalten – m. E. dazu führen, atypischen Formen vermehrt durch Sondernormen Rechnung zu tragen. So kann ich mir – wie erwähnt – nicht recht vorstellen, welche Funktion und welchen Inhalt die im Entwurf zwingend vorgesehene Geschäftsordnung bei der AG mit einem einzigen

Verwaltungsrat haben soll. Andere Differenzierungen könnten sinnvoll sein etwa im Hinblick auf die Immobiliengesellschaft, die Holding-Gesellschaft und weitere Sonderformen.

3. Schlachten «heiliger Kühe» des Aktienrechtes?

Die bewusste Beschränkung auf eine Teilrevision hat m. E. auch dazu geführt, dass «heilige Kühe» des Aktienrechtes unangetastet bleiben, auch wenn dafür keine Rechtfertigung mehr besteht:

a) Anerkennend zu erwähnen ist, dass die Bestimmungen über die *Hinterlegung von Pflichtaktien*⁸⁷ ersatzlos gestrichen werden sollen. Dem Wegfall dieser in der Praxis sinnlosen und zu administrativen Umtrieben führenden Bestimmung wird niemand nachtrauern.

b) Beibehalten bleibt dagegen etwa die Voraussetzung, dass *sämtliche Mitglieder des Verwaltungsrates auch Aktionäre* sein müssen, wobei eine einzige Aktie genügt. Auch diese Bestimmung erscheint heute – da Mitglieder des Verwaltungsrates mehr und mehr ihrer Fähigkeiten wegen und nicht lediglich aufgrund ihrer Aktionärs-eigenschaft gewählt werden – als fragwürdig und häufig sinnlos. Das Genossenschaftsrecht lässt es bei einer Mehrheit von Gesellschaftern in der Verwaltung bewenden⁸⁸, was auch im Aktienrecht vertretbar wäre.

c) Im Hinblick auf Publikumsgesellschaften wäre zu prüfen, ob nicht – fakultativ – die Generalversammlung durch eine Urabstimmung ersetzt werden könnte. Die Generalversammlung wird hier – das bestreitet kaum jemand – weitgehend zur Farce. Die Annahme des Gesetzgebers, der Aktionär bilde sich in der Versammlung aufgrund der Voten der Anwesenden seine Meinung, trifft schon deshalb nicht zu, weil Versammlungen von Publikumsgesellschaften meist durch weisungsgebundene Vertreter beherrscht werden. Die Willensbildung durch eine Urabstimmung auf postalischem Weg wäre hier m. E. überzeugender und repräsentativer, vorausgesetzt, das Gesetz enthält die nötigen Bestimmungen, die eine Meinungsäußerung im Vorfeld der Abstimmung auch durch Minderheiten sicherstellen.

d) Nochmals erinnert sei daran, dass man sich durchaus ein *Austrittsrecht* des Aktionärs vorstellen könnte und dass die *Kontrollstelle* als drittes Organ bei kleinen Gesellschaften vielleicht *nicht unabdingbar* ist. Für beides liefert das geltende Recht der GmbH ein Beispiel.

4. Weitere ausgeklammerte Bereiche

Wenn ich damit für eine gewisse Erweiterung der Reform plädiere, so bin ich andererseits durchaus nicht der Meinung, dass nun alles und jedes, was im

Unternehmens- und Kapitalmarktrecht zur Regelung ansteht, in das neue Aktienrecht verpackt zu werden braucht:

a) Sinnvoll erschiene es mir zwar, bei der Ordnung der *Konzerne* nicht auf halbem Wege stehen zu bleiben. Durch die Einführung einer Pflicht zur Konsolidierung soll der wirtschaftlichen Realität der abhängigen Gesellschaft Rechnung getragen werden. Im übrigen aber geht der Entwurf nach wie vor von der Fiktion völlig unabhängiger, nur im eigenen Interesse geführter Gesellschaften aus, obwohl auch in der Schweiz zahlreiche Konzerne bestehen. Hier wäre der Schritt zu einer umfassenden Ordnung m. E. nicht allzu gross und durchaus noch vollziehbar. Beantwortet werden müssten eigentlich nur zwei Fragen: Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang darf die Muttergesellschaft in die Geschicke ihrer Tochter eingreifen und das Gesamtinteresse des Konzerns dem der einzelnen AG voranstellen? Und was sind die Konsequenzen solcher Eingriffe für die Haftung und Verantwortung der Muttergesellschaft und der beteiligten Organe?

b) Dagegen gehört – so scheint mir – eine allfällige Regelung der *Mitbestimmung* nicht in ein künftiges Aktienrecht, sondern in eine Ordnung, die für *sämtliche Gesellschaftsformen* gilt. Dasselbe gilt m. E. auch für ein *Insiderrecht*, das zumindest auf die auch als Publikumsgesellschaft verwendbare Genossenschaft ebenfalls Anwendung finden sollte, darüberhinaus wohl für anonyme Transaktionen in Effekten schlechthin.

IX. Redaktionelle Bereinigungen

Der Entwurf ist – das wird auch von den Mitgliedern der Arbeitskommission recht freimütig zugegeben – etwas allzu rasch fertiggestellt worden. Dies zeigt sich in Mängeln der Redaktion, die eliminiert werden sollten. Auf einige ist im Laufe dieses Referats hingewiesen worden. Zusammenfassend und ergänzend noch folgendes:

a) Verschiedene Formulierungen sind in ihrer Tragweite *unklar*. So fehlt etwa häufig ein Hinweis darauf, ob eine Bestimmung *zwingend* ist oder ob von ihr durch statutarische Bestimmungen abgewichen werden darf. Erwähnt wurde dies für den Stichtentscheid des Verwaltungsratspräsidenten und die Beschlussfassung im Verwaltungsrat ganz allgemein. Ein weiteres Beispiel ist etwa der neue Art. 704, der für bestimmte wichtige Beschlüsse eine qualifizierte Mehrheit von zwei Dritteln der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte verlangt. Auch hier bleibt unklar, ob diese Bestimmung zwingend ist oder ob sich eine Gesellschaft statutarisch auch mit einem einfachen Mehr begnügen kann.

b) In anderen Bereichen *ordnet der Entwurf Einzelheiten, deren Regelung besser der Praxis überlassen* würde. Da es trotz ausführlicher Normen nie gelingen wird, schlechthin alle Fragen im Gesetz zu ordnen, bringt solche Gründlichkeit in Details oft Unklarheiten mit sich. Es scheint mir daher eine vordringliche Aufgabe, die Revisionsvorschläge daraufhin durchzusehen, welche Bestimmungen ohne Schaden oder gar mit Gewinn gestrichen werden könnten. Auch hiefür Beispiele:

- In einem neuen Art. 712 II soll ausdrücklich festgehalten werden, die Statuten könnten vorschreiben, dass der *Präsident des Verwaltungsrates durch die Generalversammlung gewählt* wird. Dies war und ist auch nach bisherigem Recht – ohne dass es im Gesetz ausdrücklich erwähnt wird – selbstverständlich und in der Praxis häufig. Die explizite Erwähnung bringt daher nichts Neues. Wohl aber stiftet sie Verwirrung, indem unklar bleibt, wie es sich nun mit den anderen Chargen des Verwaltungsrates verhalten soll. Soll es künftig verboten sein, statutarisch vorzusehen, dass auch der Vizepräsident, der Delegierte oder der Sekretär des Verwaltungsrates durch die Generalversammlung zu wählen ist? Aus dem vorgeschlagenen Text müsste man dies schliessen, obwohl ein solches Verbot ein Unding wäre.
- Für den *Sekretär* – so soll der bisherige Protokollführer genannt werden – wird sodann in neu Art. 712 I ausdrücklich festgehalten, er müsse dem Verwaltungsrat nicht angehören. Diese Klärung schadet zwar kaum etwas, ist aber ebenfalls überflüssig, weil sich auch heute von selbst versteht, dass das Sekretariat des Verwaltungsrates nicht durch ein Mitglied desselben geführt werden muss.
- In einem neuen Art. 660 soll sodann ausgeführt werden, wann ein Beschluss der Verwaltung oder Generalversammlung *nichtig* sein soll. Besser würde man diese Frage auch weiterhin der Praxis überlassen, da die gesetzliche Aufzählung einerseits unvollständig ist⁸⁹, während sie andererseits zu weit geht⁹⁰.

c) Endlich sollte der Entwurf noch daraufhin durchgesehen werden, ob sich die neuen Bestimmungen *widerspruchsfrei* in den bisherigen Text *einfügen*. So werden in einer neu vorgeschlagenen Bestimmung vier verschiedene Gründe aufgeführt, die Beschlüsse der Generalversammlung gerichtlich anfechtbar machen sollen. Der geltende Art. 706 I, der nicht geändert werden soll, nennt aber nur gerade *einen* dieser vier Gründe. Eine Harmonisierung drängt sich auf.

Auch *unter sich* könnten die neuen Vorschläge noch *stärker vereinheitlicht* werden. Zum Beispiel wird sowohl für die Anfechtungs- wie auch für die Verantwortlichkeitsklage eines Aktionärs vorgesehen, dass der Richter im Falle eines Misserfolges die Kosten ganz oder teilweise der Gesellschaft auferlegen kann. In beiden Bestimmungen liegen die gleichen Überlegungen der Kostenübernahme zugrunde. Die Ordnung könnte daher auch formell vereinheitlicht werden.

X. Ausblick: Notwendigkeit der Anpassung anderer Gesellschaftsformen

Zum Abschluss noch dies: Wenn einmal die Revision des Aktienrechts unter Dach und Fach ist, wird es unbedingt nötig sein, das Recht der GmbH und das der Genossenschaft zu überarbeiten. Zumindest müssten bei diesen beiden Gesellschaften die nötigen Anpassungen an das neue Aktienrecht vorgenommen werden. Es ist z. B. nicht einzusehen, weshalb künftig volkswirtschaftlich bedeutende Aktiengesellschaften eine aussagekräftige Bilanz und Erfolgsrechnung publizieren müssen, während sich Grossgenossenschaften nach wie vor mit einem Minimum begnügen dürfen, das sie nicht einmal allgemein zugänglich zu machen brauchen. Darüber hinaus wird es sinnvoll sein, ungerechtfertigte Differenzierungen zwischen den drei Körperschaftsformen des OR, die sich schon im geltenden Recht finden, auszumerzen⁹¹.

XI. Zusammenfassende Würdigung

In meinen Ausführungen habe ich auf einige Schwachstellen und Mängel des vorliegenden Entwurfs hingewiesen. Dies war angezeigt, weil es m. E. nun darum gehen muss, die seit langem pendente Revision zu einem guten und dauerhaften Abschluss zu bringen. Um die Dinge ins richtige Lot zu rücken, möchte ich aber abschliessend nochmals betonen, dass der Reformvorschlag als Ganzes eine gute Note verdient. Manch echter Mangel des geltenden Rechts ist beseitigt worden, und die Vorschläge stellen grösstenteils vernünftige Kompromisse zwischen den betroffenen Interessen dar. Insbesondere ist es im allgemeinen gelungen, den richtigen Mittelweg zwischen Flexibilität und Strenge zu finden, für legitime Interessen auch weiterhin eine liberale Ordnung bereitzuhalten und trotzdem Missbräuchen besser zu steuern als dies nach geltendem Recht möglich ist.

Gerade deshalb aber wäre es schade, wenn die bestehenden Schwachstellen nun 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. Meiner Ansicht nach geht es dabei

- vor allem darum, eine Reihe von praktisch wichtigen Fragen noch zu regeln, wobei nicht allzu stark an der Einheit des Aktienrechtes festgehalten und auch vor heiligen Kühen unseres Rechts der AG nicht Halt gemacht werden sollte,
- sodann darum, gewisse technische und redaktionelle Schwächen des vorliegenden Entwurfs noch zu beseitigen.

Es ist daher zu hoffen, dass die politischen Behörden trotz des fortgeschrittenen Stadiums der Reformarbeiten und trotz – oder gerade wegen – der langen Zeit, die in die laufende Aktienrechtsreform bereits investiert worden ist, die Kraft finden, diese Verbesserungen anzubringen und so Recht zu schaffen, das wiederum über Jahrzehnte tragfähig bleibt.

Anmerkungen

- ¹ Erweiterte Fassung des am 12.12.1983 an der Universität Zürich und am 21.2.1984 an der Universität Basel gehaltenen Referats. Der Sprechstil wurde beibehalten.
- ² Auf die Bestimmungen des Revisionsentwurfs wird mit «neu Art. . . » verwiesen. Die Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechtes vom 23.2.1983 ist nach der Separatausgabe zitiert.
- ³ Ziff. II.
- ⁴ Ziff. III.–VII.
- ⁵ Ziff. VIII.–X.
- ⁶ Ziff. XI.
- ⁷ Vgl. dazu Arthur Meier-Hayoz: Der Kampf mit dem Recht, in: Festschrift Winterberger (Bern 1982) 73 ff.
- ⁸ An die Stelle der heute 144 Gesetzesartikel sollen künftig über 200 treten, vgl. Andreas C. Brunner: Fragwürdige Vermehrung staatlicher Vorschriften, in: Der Schweizer Treuhänder II/1983, 48 f.
- ⁹ Zwischenbericht des Präsidenten und des Sekretärs der Arbeitsgruppe für die Überprüfung des Aktienrechtes . . . (Bern 1972) 18.
- ¹⁰ Vgl. hiezu nachstehend Ziff. VIII.
- ¹¹ 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.
- ¹² Nachstehend Ziff. VIII.
- ¹³ Etwa die Bestimmungen über die Kapitalerhöhung, den Partizipationsschein, die Stimmrechtsvertretung in der Generalversammlung, die Ordnung der Tätigkeit im Verwaltungsrat.
- ¹⁴ So die Bestimmungen über die Vinkulierung und die Kontrollrechte des Aktionärs sowie vor allem die Sonderprüfung.
- ¹⁵ Nachstehend Ziff. VIII.
- ¹⁶ Vgl. Ziff. IV.
- ¹⁷ Vgl. Ziff. V.
- ¹⁸ Vgl. Ziff. VI.
- ¹⁹ Vgl. immerhin Karl Käfer: Art. 663 Abs. 1 OR – Eine missachtete aktienrechtliche Bilanzgliederungsvorschrift, SAG 46 (1974) 74 ff.
- ²⁰ Vgl. neu Art. 663 f.
- ²¹ Neu Art. 662a I.
- ²² Vgl. OR 959.
- ²³ Vgl. neu Art. 663d.
- ²⁴ Zu den Kriterien vgl. neu Art. 697h I.
- ²⁵ Vgl. neu Art. 669 III mit OR 663 II.
- ²⁶ Im Gegensatz etwa zur Ordnung des deutschen Rechts.
- ²⁷ Vgl. neu Art. 663b Ziff. 8.

- ²⁸ Die Bankenkommision verlangt bereits heute – zumindest unter gewissen Voraussetzungen – die Bekanntgabe der Auflösung stiller Reserven, vgl. EBK-Bulletin II (1982) 44 ff., insb. 50 f.
- ²⁹ Vgl. neu Art. 727a f.
- ³⁰ Vgl. neu Art. 727c I.
- ³¹ Heute ist dies keineswegs immer der Fall, da eine entsprechende Prüfung nur im Gründungsstadium erfolgt.
- ³² Vgl. neu Art. 641 Ziff. 10.
- ³³ Vgl. in diesem Zusammenhang BGE 106 II 235, wonach die «Bestimmungen über die Pflichten der Kontrollstelle . . . auch zum Schutze Dritter erlassen worden» sind.
- ³⁴ Vgl. neu Art. 731a.
- ³⁵ Vgl. neu Art. 716a Ziff. 5.
- ³⁶ OR 723 I.
- ³⁷ Neu Art. 729b II.
- ³⁸ Vgl. neu Art. 697a ff.
- ³⁹ Dazu neu Art. 697g.
- ⁴⁰ OR 732 II.
- ⁴¹ Vgl. neu Art. 635a, 652 f.
- ⁴² Vgl. neu Art. 653c.
- ⁴³ Vgl. neu Art. 693 II.
- ⁴⁴ Vgl. neu Art. 685b.
- ⁴⁵ Vgl. neu Art. 706 IV.
- ⁴⁶ Dazu Eric Homburger: 100 Jahre Minderheitsschutz durch Gesetz und Rechtsprechung, in: 100 Jahre Schweiz. OR (Freiburg 1982) 283 ff.
- ⁴⁷ S. 82.
- ⁴⁸ Neu Art. 685c I.
- ⁴⁹ Vgl. die in neu Art. 685c II vorgesehenen Ausnahmen für Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht und Zwangsvollstreckung.
- ⁵⁰ Zwar sind diese heute nicht verbreitet, doch dürfte künftig ein vermehrtes Interesse dafür bestehen, jedenfalls dann, wenn nicht doch noch Kleinaktien und PS mit einem tieferen Nennwert zugelassen werden sollten, vgl. dazu nachstehend Anm. 64.
- ⁵¹ Vgl. BGE 90 II 235 ff., insb. 239 ff.: Auf den Erwerber gehen keine Mitgliedschaftsrechte – auch nicht vermögensmässige – über, sondern lediglich die aus der Mitgliedschaft fliessenden Forderungsrechte. In diesem Sinne neuestens auch BGE 109 II 130 ff.
- ⁵² OR 725 I.
- ⁵³ OR 725 II und III.
- ⁵⁴ Neu Art. 725.
- ⁵⁵ Dazu nachstehend VIII. Ziff. 1d).
- ⁵⁶ Vgl. neu Art. 629 ff.
- ⁵⁷ Vgl. neu Art. 635a.
- ⁵⁸ Vgl. neu Art. 651.
- ⁵⁹ Vgl. neu Art. 653 ff.
- ⁶⁰ Vgl. neu Art. 656a ff.
- ⁶¹ Dazu Botschaft 55 ff.
- ⁶² Vgl. neu Art. 656b I.
- ⁶³ Vgl. neu Art. 657.
- ⁶⁴ Die nationalrätliche Kommission sieht nun aber offenbar einen Mindestnennwert von Fr. 10.– vor, vgl. NZZ vom 21./22.1.1984 Nr. 17 Blatt 33.
- ⁶⁵ Botschaft 42.
- ⁶⁶ Neu Art. 656a III.
- ⁶⁷ Vgl. neu Art. 707 ff.
- ⁶⁸ Neu Art. 721.

- ⁶⁹ Dies könnte aus den Ausführungen der Botschaft S. 98 oben und S. 177 zu neu Art. 716a gefolgert werden. Vgl. dagegen zum geltenden Recht BGE 100 II 387.
- ⁷⁰ S. 176.
- ⁷¹ Laut Botschaft S. 186 soll es sich dabei um zwingendes Recht handeln. Die Bestimmung wird mit dem Interesse an Kontinuität begründet.
- ⁷² Botschaft 174.
- ⁷³ Neu Art. 752–759.
- ^{73a} Vgl. hierzu den kritischen Hinweis bei Anm. 79 f.
- ⁷⁴ S. 194.
- ⁷⁵ Vgl. Botschaft 194: «Die aktienrechtliche Solidarität darf einer Berufung auf Artikel 43 OR nicht entgegenstehen. Dadurch wird die Solidarität in keiner Weise aufgehoben . . .»
- ⁷⁶ Vgl. neu Art. 716b und 754 II.
- ⁷⁷ Neu Art. 716a Ziff. 2.
- ⁷⁸ Botschaft 106.
- ⁷⁹ S. 105.
- ⁸⁰ S. 180.
- ⁸¹ Vgl. neu Art. 689c ff.
- ⁸² Vgl. neu Art. 704.
- ⁸³ Neu Art. 621.
- ⁸⁴ Nach heutigem Recht kann der Nennwert von PS bekanntlich frei festgelegt werden.
- ⁸⁵ Botschaft 198.
- ⁸⁶ Schlussbestimmungen Art. 2 II.
- ⁸⁷ OR 709 f.
- ⁸⁸ OR 894 I.
- ⁸⁹ Es fehlt etwa der Hinweis auf die Verletzung von Grundsätzen der aktienrechtlichen Fundamentalordnung.
- ⁹⁰ Nicht jede Beschränkung eines vom Gesetz zwingend gewährten Rechts des Aktionärs führt zur Nichtigkeit.
- ⁹¹ Vgl. dazu Peter Forstmoser: Das Genossenschaftsrecht, das Recht der GmbH und die Teilrevision des Aktienrechtes, SAG 48 (1976) 46 ff.; Urs Henggeler: Berechtigte und unberechtigte Differenzen des Genossenschaftsrechts gegenüber dem Aktienrecht (Diss. Zürich, 1976).

Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht
Herausgegeben von Prof. Dr. Peter Forstmoser

Band 74

Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform

Beiträge zu Entwurf und Botschaft 1983
von R. Bär, M. Boemle, P. Forstmoser, Chr. v. Greyerz,
C. Helbling, A. Hunziker, P. Mengiardi,
F. Vischer und A. Zünd
mit synoptischer Darstellung

Herausgegeben von
C. Helbling



Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich



© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1984
ISBN 3 7255 2363 0