

## Die schweizerische Aktienrechtsreform 1. Teil

# AKTIENRECHT



von Dr. Peter Forstmoser,  
Professor für Zivil- und Handelsrecht  
an der Universität Zürich, Rechtsanwalt\*

*Dieser Beitrag soll eine Übersicht über die Ziele und hauptsächlichen Gegenstände der seit nun bald zwanzig Jahren hängigen schweizerischen Aktienrechtsreform vermitteln und die Änderungsvorschläge aus der Sicht des Juristen kritisch würdigen. Abgestellt wird auf den Stand der Reform nach der ersten Lesung durch den Nationalrat. (Zurzeit befindet sich der Entwurf vor der ständerätlichen Kommission.)*

\* Die Darstellung stellt die stark erweiterte Fassung eines am 21.11.85 gehaltenen Referats vor der Ortsgruppe Zürich der Vereinigung eidg. dipl. Buchhalter dar. Sie lehnt sich eng an die folgende frühere Publikation des Autors an: Würdigung der Aktienrechtsreform aus der Sicht der Rechtswissenschaft, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Band 74, Zürich 1984. - Stand der Bearbeitung: Ende Februar 1986.

Zuerst sei die Frage gestellt, ob es überhaupt eine Revision des schweizerischen Aktienrechts braucht (vgl. dazu Ziff. I.). Sodann möchte ich die Grundentscheidungen aufzeigen, auf denen der heutige Entwurf basiert (vgl. dazu Ziff. II). In der Folge werde ich die wichtigsten Bereiche Revue passieren lassen und kritische Bemerkungen hiezu anbringen (vgl. dazu Ziff. III.-VII.). Dabei versteht sich angesichts der Fülle der Reformvorschläge – an die Stelle der heutigen gut 140 Artikel sollen künftig über 200 treten – von selbst, dass nur eine Auswahl zur Diskussion gestellt werden kann. Abschlies-

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 dreissiger Jahre vorschwebte – das Bild der grösseren, kapitalbezogenen Publikumsgesellschaft mit vielen Kleinaktionären –, heute nur bei einem kleinen Teil der in diese Rechtsform gekleideten Ge-

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 Partizipationschein, der heute in den unterschiedlichsten Formen und zu den verschiedenartigsten Zwecken eingesetzt wird, obwohl im Gesetz davon nicht die Rede ist. Weiter ist an das Bedürfnis nach «vorsorglichen» Kapitalerhöhungen für Wandelanleihen und für die Mitarbeiterbeteiligung zu erinnern, ein Bedürfnis, das unter der geltenden Ordnung mit teilweise 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 eingengt hat.

Die Reformbestrebungen sind daher zu begrüssen.

## II. Grundentscheidungen der pendenten Reform

Die hängigen Reformarbeiten beruhen – soweit man dies aus der Ordnung des Entwurfs entnehmen kann – vor allem auf vier grundlegenden Entscheiden. Diese haben die Ausgestaltung der Vorschläge massgebend geprägt:

a) Zunächst hat man sich von allem Anfang an auf eine Teilrevision beschränkt. Dies mit der schon im Zwischenbericht von 1972 verankerten Begründung, eine «Totalrevision des Aktienrechts (würde) mehrere Jahrzehnte in Anspruch nehmen».

Ich hielt und halte diese Beschränkung für bedauerlich, weil die Gefahr besteht, dass durch eine Teilrevision auch Gleichgewichte des geltenden Rechts zerstört 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 Auswirkun-



send möchte ich einige Bemerkungen anbringen, die den Entwurf als Ganzes betreffen (Ziff. VIII.-X.), wobei freilich auch hiefür stets auf Einzelbestimmungen zurückgegriffen werden soll. Eine kurze zusammenfassende Würdigung findet sich am Ende meiner Ausführungen (Ziff. XI.).

## I. Notwendigkeit einer Aktienrechtsreform?

Angesichts der vielbeklagten Gesetzesflut fragt es sich vorerst, ob eine Reform und erhebliche Erweiterung der aktienrechtlichen Bestimmungen überhaupt erforderlich ist. Die Frage stellt sich um so

sellschaften 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. Eindrücklich zeigt sich dies etwa darin, dass ziemlich genau die Hälfte aller Aktiengesellschaften nur gerade das minimale Grundkapital von Fr. 50 000.– aufweist und dass gar zwei Drittel aller Aktiengesellschaften keine Angestellten beschäftigen. Besonders ausgeprägt kommt im übrigen die Personenbezogenheit bei der in der Praxis häufigen Einmanggesellschaft zum Ausdruck, bei der die AG und der dahinter-

gen der geplanten Änderungen in den grösseren Zusammenhang zu stellen. Diese Harmonisierung ist meines Erachtens 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. 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 erfasst.

b) Der Entwurf hält sodann konsequent und bewusst an der Idee der *Einheit des Aktienrechts* fest, die nur an einigen Stellen durch Sondervorschriften für Grossgesellschaften durchbrochen wurde, so bei der Pflicht zur Offenlegung der Bilanz und bei den Anforderungen an die Revisoren und die von ihnen zu erstattenden Berichte.

Dies ist wohl grundsätzlich richtig, hat sich doch die AG als eigentliche «*bonne à tout faire*» des schweizerischen Gesellschaftsrechts 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 zurückzukommen.

c) Da die Revisionsarbeiten von der Einheit des Aktienrechts ausgingen, mussten sie dieser Gesellschaftsform auch ein *einheitliches Leitbild* zugrunde legen. Betrachtet man die Ergebnisse der Reform, so kann dieses Leitbild nur das der Publikumsgesellschaft gewesen sein. Jedenfalls ist die Grosszahl der Reformvorschläge an der Publikumsgesellschaft orientiert. Nur eine kleinere Zahl von Postulaten betrifft (auch) die kleine, personenbezogene Gesellschaft. Die personalistische AG kommt daher – was ich an Beispielen noch belegen werde – im gegenwärtigen Reformvorschlag nach meiner Ansicht 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. 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. Zu fragen ist daher auch, welche Anpassungen allenfalls bei anderen Gesellschaftsformen – insbesondere der GmbH und der Genossenschaft – vorzunehmen sind, um eine Anpassung an das neue Aktienrecht zu vollziehen.

### III. Übersicht über die Revisionsbereiche

Die Revisionsvorschläge lassen sich 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.
- Weitere Vorschläge wollen die Regelung über die *Kapitalgrundlage* der AG straffen und zugleich flexiblere Finanzierungsmöglichkeiten bereitstellen.
- Eine dritte Gruppe von Normen schliesslich befasst sich mit der *Struktur* und der *Funktionsfähigkeit der Organe* (Verwaltungsrat und Generalversammlung).

In 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*, Missbräuchen zu begegnen?
- Ist sie andererseits *flexibel genug*, für legitime Bedürfnisse Raum zu lassen?
- Enthält der Entwurf für die praktisch wichtigen Fragen eine sinnvolle *Lösung*, oder ist er *lückenhaft*?
- Sind endlich die vorgeschlagenen 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 Gesellschaften ungenügend. Dies aus verschiedenen Gründen:

- Das geltende Recht kennt nur wenige Vorschriften über die Rechnungslegung und insbesondere kaum Mindestgliederungsvorschriften.
- 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 (wiederum 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, wobei leider die erreichten Fortschritte durch die Beratungen in der nationalrätlichen Kommission und im Nationalrat wieder verwässert wurden:

b) Für zweckmässig halte ich zunächst die gesetzliche Verankerung von *Mindestgliederungsvorschriften* (Entwurf Art. 663f).

Fragen kann man sich diesbezüglich nur, ob es sinnvoll ist, eine einzige Gliederung zwingend vorzuschreiben, oder ob es allenfalls richtiger wäre, sich mit einer 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 Branchenverbände festlegen zu lassen, mit dem Vorbehalt einer behördlichen Genehmigung.

Richtig erscheint sodann die Verweisung auf die *Grundsätze der ordnungsgemässen Rechnungslegung* (Entwurf Art. 662a I.). Damit wird in bewährter Manier (vgl. Art. 959 des geltenden Rechts) 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 hat der Entwurf des Bundesrates eine umfassende *Konsolidierungspflicht* aufgestellt (Entwurf Art. 663d). Auch sie ist im Interesse der Transparenz zu begrüssen.

Gewisse Einschränkungen legte die nationalrätliche Kommission und – ihr folgend – der Nationalrat fest: Danach sind *private Kleinkonzerne* von der Konsolidierungspflicht befreit, wenn zwei der folgenden Grössen in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren nicht überschritten werden: Bilanzsumme von Fr. 10 Mio, Umsatzerlös von Fr. 20 Mio und Arbeitnehmerzahl von 200 im Jah-

*stillen Reserven* hat der bundesrätliche Entwurf eine salomonische Lösung getroffen, die für Befürworter wie Gegner tragbar gewesen sein dürfte:

– Stille Reserven sollten an sich *zugelassen* bleiben und lediglich ihre Bildung etwas eingeschränkt werden (Entwurf Art. 669 III.) Auch die *Stille* wurde diesen Reserven belassen, im Gegensatz etwa zur Ordnung des deutschen Rechts.

Neu sollte jedoch den Aktionären *mitgeteilt* werden, wenn in einem Geschäftsjahr der *Betrag der aufgelösten stillen Reserven den der gebildeten übersteigt* (Entwurf Art. 663b Ziff. VIII.). Diese Mitteilungspflicht erscheint als notwendig, sollen die Aktionäre in die Lage versetzt werden,

Neuordnung Schwächen der heutigen Ordnung zu beseitigen:

a) Vorerst leider gescheitert ist die Absicht, künftig die *Laienrevision zu unterbinden*: Der bundesrätliche Entwurf hatte verlangt, dass die Revisoren nach Ausbildung *und* Erfahrung befähigt sein müssten, ihre Aufgabe zu erfüllen. Die nationalrätliche Kommission hat – meines Erachtens durchaus vertretbar – die Anforderungen etwas abgeschwächt und eine angemessene Ausbildung *oder* Erfahrung verlangt. Das Plenum des Nationalrates hat diese Anforderungen dann aber ersatzlos gestrichen.

Immerhin wird für die Revision volkswirtschaftlich bedeutsamer Gesellschaften eine *besondere Befähigung* verlangt (Entwurf Art. 727a und b).

# AKTIENRECHT

resdurchschnitt.

Auf Begehren von Aktionären, die mindestens den zehnten Teil des Aktienkapitals vertreten, muss jedoch eine Konzernrechnung vorgesehen werden.

Eine weitere Ausnahme wurde für *private Zwischengesellschaften* vorgesehen, wenn sie die nach schweizerischen oder gleichwertigen ausländischen Vorschriften erstellte und geprüfte Konzernrechnung einer Obergesellschaft ihren Aktionären und Gläubigern wie die eigene Jahresrechnung bekanntmachen. Wiederum kann eine Aktionärsminderheit die Erstellung einer Konzernrechnung verlangen.

d) Sinnvoll erscheint im weiteren die *Offenlegung* der Jahresrechnung und einer allfälligen Konzernrechnung bei volkswirtschaftlich bedeutenden Gesellschaften (zu den Kriterien vgl. Entwurf Art. 697h I.).

Auch in diesem Bereich erfolgte eine gewisse Einschränkung zugunsten privater Gesellschaften bei der Behandlung in der nationalrätlichen Kommission.

e) Im Hinblick auf das heisse Eisen der

den Wert ihrer Investition vernünftig beurteilen und vor allem auch von ihrem Stimm- und Wahlrecht sinnvoll Gebrauch machen zu können.

Leider erfolgte in diesem Bereich eine Verwässerung des bundesrätlichen Vorschlages im Rahmen der Behandlung durch die nationalrätliche Kommission: Die Auflösung stiller Reserven soll danach nur dann angegeben werden müssen, wenn der Gesamtbetrag der während der letzten drei Geschäftsjahre aufgelösten stillen Reserven den Gesamtbetrag der im gleichen Zeitraum neu gebildeten stillen Reserven übersteigt. Diese Ordnung ist vom Plenum des Nationalrates trotz heftiger Kritik in Literatur und Presse bestätigt worden. Es bleibt zu hoffen, dass in den ständerätlichen Beratungen zum bundesrätlichen Entwurf zurückgekehrt wird.

## 2. Verstärkung der Revision

Auch im Bereich der Revision versucht der Entwurf, durch eine massvolle

b) Die rudimentären Vorschriften des heutigen Rechts zur *Unabhängigkeit* der Kontrollstelle werden ersetzt durch eine Bestimmung, welche die Unabhängigkeit vom Verwaltungsrat wie auch von einem allfälligen Mehrheitsaktionär sicherstellen soll (Entwurf Art. 727c).

c) Schliesslich soll Gewähr dafür geschaffen werden, dass eine *Revisionsstelle überhaupt vorhanden* ist. Heute ist dies keineswegs immer der Fall, da eine entsprechende Prüfung nur im Gründungsstadium stattfindet. Künftig soll die Revisionsstelle im Handelsregister eingetragen werden, gleich wie unter geltendem Recht die Verwaltungsratsmitglieder (Entwurf Art. 641 Ziff. 10.).

d) Vor allem in gewerblichen Kreisen ist die Frage aufgestellt worden, ob die *Verschärfungen* (und notwendig auch Verteuerungen) der Revision *überhaupt nötig* sind. Dies ist meines Erachtens grundsätzlich zu *bejahen*, mit einem *Vorbehalt*:

Auch wenn dies ketzerisch tönt, möchte ich die 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 bereits heute im Recht der GmbH. Sie wird im Aktienrecht abgelehnt mit der Begründung, die Kontrollstelle habe hier auch eine Funktion gegenüber der Öffentlichkeit. 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 Gesellschafter selbst begnügen.

e) Für die Prüfung der *Konzernrechnung* verlangte der bundesrätliche Entwurf die

Auskunft erheischenden Aktionären andererseits eingeschaltet werden. Damit können die Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft und die legitimen Interessen des Aktionärs auf Auskunft in Einklang gebracht werden. In der Frage der Kostentragung hat der Nationalrat bzw. dessen Kommission wiederum eine gegenüber dem bundesrätlichen Entwurf schwächere Variante gewählt: Während nach dem Entwurf des Bundesrates grundsätzlich und ausser beim Vorliegen besonderer Umstände die Gesellschaft die Kosten tragen sollte, wird nun als Regel vorgesehen, dass die Kosten den Gesuchstellern zu überbinden sind und sie nur bei besonderen Umständen ganz oder teilweise der Gesellschaft auferlegt werden können.

staltung des heutigen Aktienrechts missbrauchen.

## 5. Weitere Massnahmen im Interesse der Minderheits- und der Kleinaktionäre

a) Nicht näher eintreten kann ich auf eine Reihe weiterer Vorkehrungen zugunsten der Minderheits- und der Kleinaktionäre: auf die Verstärkung des Bezugsrechts (Entwurf Art. 653c), die Einschränkung in der Privilegierung von Stimmrechtsaktien (Entwurf Art. 693 II.), die Beschränkung der Vinkulierungsmöglichkeiten (Entwurf Art. 685b), die Erleichterung des Anfechtungsrechts der Aktionäre (Entwurf Art. 706). In all diesen Punkten schlägt der bundesrätliche Entwurf sinnvolle Verbesserungen vor, die in der Beratung im Nationalrat

# AKTIENRECHT

Einsetzung eines besonderen Konzernrechnungsprüfers, der mit der Revisionsstelle der Konzernobergesellschaft identisch sein konnte, aber nicht musste. Der Nationalrat ersetzte diese Ordnung dadurch, dass die Revisionsstelle der Konzernobergesellschaft auch die Konzernrechnung prüfen soll, wobei die Mitglieder dieser Revisionsstelle besonders befähigt sein müssen (Entwurf Art. 731a Abs. I.).

f) In Fällen offensichtlicher Überschuldung soll die Revisionsstelle den *Richter benachrichtigen* müssen, wenn die Verwaltung untätig bleibt (Entwurf Art. 729b II.). Ich halte diese Pflicht für sinnvoll und 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* dar (Entwurf Art. 697a ff.). Dieser soll als eine Art Treuhänder zwischen der Gesellschaft einerseits und den

## 4. Bewertungsprüfung bei qualifizierten Tatbeständen

Das geltende Recht kennt bekanntlich eine Bewertung durch unabhängige Revisoren nur für den Fall der Kapitalherabsetzung (OR 732 II.).

Der Entwurf will dieses Institut für andere Gebiete fruchtbar machen und Bewertungen auch bei qualifizierten Gründungen und Kapitalerhöhungen vorsehen. Dabei hat der Nationalrat auf das Erfordernis der besonderen Befähigung der Revisoren, wie es im bundesrätlichen Entwurf vorgesehen war, verzichtet.

Die Überprüfung qualifizierter Gründungen und Kapitalerhöhungen wird zwar ebenfalls eine Verteuerung mit sich bringen, sie erscheint aber angesichts der heute noch zahlreichen Schwindelgründungen und -kapitalerhöhungen als vernünftig. Leider wird auch in diesem Bereich die Grosszahl korrekter Unternehmungen die Zeche bezahlen müssen für diejenigen, welche die liberale Ausge-

im wesentlichen bestätigt wurden. Auch für die Gesellschaft und ihre Mehrheitsaktionäre erscheinen die Vorschläge durchaus tragbar.

b) Einzelheiten wären in diesem Bereich freilich noch zu berichtigen:

- So werden in Art. 660a des Entwurfs die *anfechtbaren Beschlüsse* der Generalversammlung umschrieben. Wohl ganz entgegen den Intentionen des Gesetzgebers bringt diese Umschreibung – wenn ich richtig sehe – gegenüber der bisherigen Bundesgerichtspraxis zum Teil einen *Rückschritt im Minderheitenschutz*. So soll die *Ungleichbehandlung* von Aktionären durch den Gesellschaftszweck schlechthin gerechtfertigt sein und sind Beschlüsse nur anfechtbar, wenn sie in *«offensichtlich»* unsachlicher Weise Rechte von Aktionären beeinträchtigen. In beiden Punkten ist die heutige Gerichtspraxis minderheitenfreundlicher.
- Bei der Neuregelung der Vinkulierung werden nicht nur die Rechte der Ak-

tionäre besser geschützt, sondern es soll auch die *Aktionspaltung ausgeschaltet* 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» (Entwurf Art. 685c I.). Abgesehen davon, dass diese «Überwindung» der Spaltung nur zum Teil gelingt – Ausnahmen sind vorgesehen für den Erbgang, die Erbteilung, im Rahmen des ehelichen Güterrechts und der Zwangsvollstreckung (vgl. Entwurf Art. 685c II.) –, ist der Vorschlag in bezug auf den anonymen Handel an der Börse kaum durchdacht. Die nationalrätliche Kommission tat gut daran, die Bestimmung über die Aufhebung der Aktionspaltung ausdrücklich als dispositives Recht zu bezeichnen. Besser wäre meines Erachtens freilich ihre gänzliche Streichung:

Mit der Spaltung – die ja nur eine «sogenannte» Spaltung ist (auf den Erwerber gehen lediglich die aus der Mitgliedschaft fließenden Forderungsrechte über, vgl. BGE 90 II. 235ff und neustens 109 II. 130ff) – hat man bisher durchaus leben können, und für besondere Verhältnisse steht das Instrument der Rekta-Aktie zur Verfügung.

Es scheint, dass hier etwas zuviel Purismus betrieben wird, und dies erst noch mit einer Ordnung, die nicht funktionieren dürfte.

## 6. Massnahmen bei Kapitalerfall

Nach geltendem Recht muss die Verwaltung bekanntlich eine Generalversammlung einberufen, wenn die Hälfte des Grundkapitals nicht mehr gedeckt ist (OR 725 I.). Besteht Gefahr der Überschuldung, ist eine Bilanz zu Veräusserungswerten zu errichten und allenfalls der Konkurs anzumelden (OR 725 II. und III.).

Der Entwurf (Art. 725) überarbeitet und verbessert diese Regeln. Er bringt zum Teil eine Verschärfung, zum Teil 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 besseren Überwachung der Verwaltung geglückt.

Wunder wird man aber von ihnen 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 eine Statuierung des Austrittsrechts.
- 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 schwindelbaren 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. Kurz zusammengefasst geht es um folgendes:

### 1. Überarbeitung der Gründung

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

Meines Erachtens ist – wie schon erwähnt – auch die Notwendigkeit einer *Bewertung bei qualifizierten Gründungen* zu begrüssen, auch wenn sie Kosten mit sich bringt: Durch Schwindelgründungen wird unter geltendem Recht volks-

wirtschaftlich hoher Schaden verursacht, und es ist angebracht, hiegegen einzuschreiten.

Ein Weg hierzu dürfte – neben dem konsequenteren Vollzug von Sanktionen – die Bewertung durch einen Fachmann sein. Es ist daher meines Erachtens zu bedauern, dass der Nationalrat das Erfordernis einer Prüfung der Sacheinlagegründung durch einen *besonders befähigten* Revisor gestrichen hat und irgendeinen Revisor als Prüfer zulassen will.

## 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 von sogenanntem *genehmigtem und bedingtem Kapital* möglich sein (vgl. Entwurf Art. 651, 653 ff.). Beide Formen dürften sich vor allem bei Publikumsgesellschaften als nützlich erweisen, auch wenn die Praxis schon heute Wege gefunden hat, ähnliche Resultate zu erzielen.

Auch im Bereich der Kapitalerhöhung hat der Nationalrat das Erfordernis der besonderen Befähigung von Revisoren gestrichen, was – zumindest teilweise – auch hier zu bedauern ist.

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. an 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 zu wenig 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 unterworfen, die an zwei Grundideen orientiert ist (vgl. Entwurf Art. 656a ff):

- Der PS wird zur «*Aktie ohne Stimmrecht*» oder – genauer – zur Aktie ohne Mitwirkungsrechte umgestaltet. Das

# AKTIENRECHT

bedeutet, dass er im Prinzip die gleichen Vermögensrechte vermittelt wie die AG 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.

Die straffe Regelung des PS ist zu begrüssen. Zu begrüssen ist aber auch, dass der Nationalrat in einem Punkte eine *flexiblere Lösung* vorsieht, in welcher der bundesrätliche Entwurf meines Erachtens allzu starr war: Jener Entwurf verlangte, dass das Partizipationsscheinkapital mindestens Fr. 50 000.- betragen müsse und das Aktienkapital in keinem Fall übersteigen dürfe (bundesrätlicher Entwurf Art. 656b). Die nationalrätliche Kommission wollte diese Bestimmung gänzlich streichen, der Nationalrat selbst hat sie durch eine Vorschrift ersetzt, die auf die untere Begrenzung verzichtet und die obere nur für Gesellschaften beibehält, deren Aktien oder PS nicht börslich oder vorbörslich gehandelt werden.

Eine Frage ist im Hinblick auf den PS noch zu stellen: Der Entwurf sieht für die *Arbeitnehmerbeteiligung* den gewöhnlichen Genussschein vor und schliesst damit – wenn ich dies richtig sehe – den

Partizipationsschein aus (Entwurf Art. 657). Damit wird den Arbeitnehmern ein Papier zugeordnet, das keinerlei gesetzlichen Schutz geniesst. Dies ist meines Erachtens unrichtig, und es sollte auch für die Mitarbeiterbeteiligung der PS vorgesehen werden.

### 3. Herabsetzung des Mindestnennwerts für Aktien

a) Während die Vorschläge für eine Teilrevision des Aktienrechts von 1972 und der Vorentwurf von 1975 – für bestimmte Gesellschaften zumindest – noch Kleinaktien mit einem Nennwert von nur Fr. 1.- vorgesehen hatten, hielt der bundesrätliche Entwurf konsequent am Mindestnennwert von Fr. 100.- fest. Die Botschaft begründete dies etwas naiv damit, niemand könne «ein Interesse daran haben, sich mit Fr. 1.- am Aktienkapital einer Gesellschaft zu beteiligen» (bundesrätliche Botschaft S. 42). Darum ging es selbstverständlich nicht, sondern vielmehr um den Split von Aktien, die zu schwer geworden sind.

Aufgrund vielfältiger Kritik hat die nationalrätliche Kommission den Mindestnennwert der Aktien generell auf Fr. 10.- herabgesetzt (Entwurf Art. 622 IV.). Der Nationalrat hat diese Liberalisierung zu Recht bestätigt.

b) Wegen der grundsätzlichen *Gleichstellung von Aktien und Partizipationsscheinen* wird damit auch für PS künftig ein Mindestnennwert von Fr. 10.- gelten.

**Fortsetzung in  
der nächsten Nummer**

### Personen- und Aktiengesellschaft im Vergleich: Lohnt sich eine Umwandlung?

Die Aktiengesellschaft ist die dominierende Gesellschaftsform in der Schweiz. Die Gründe dafür sind zahlreich: limitiertes Geschäftsrisiko, flexible Gestaltung, vereinfachte Nachfolgeplanung usw. Dies führt häufig zum Schluss, dass die Umwandlung einer Personen- in eine Aktiengesellschaft nur Vorteile bringt. Diese Überlegung ist aber gefährlich und kann unter Umständen teure Folgen haben. Es gibt nämlich alle Einflussgrössen zu berücksichtigen.

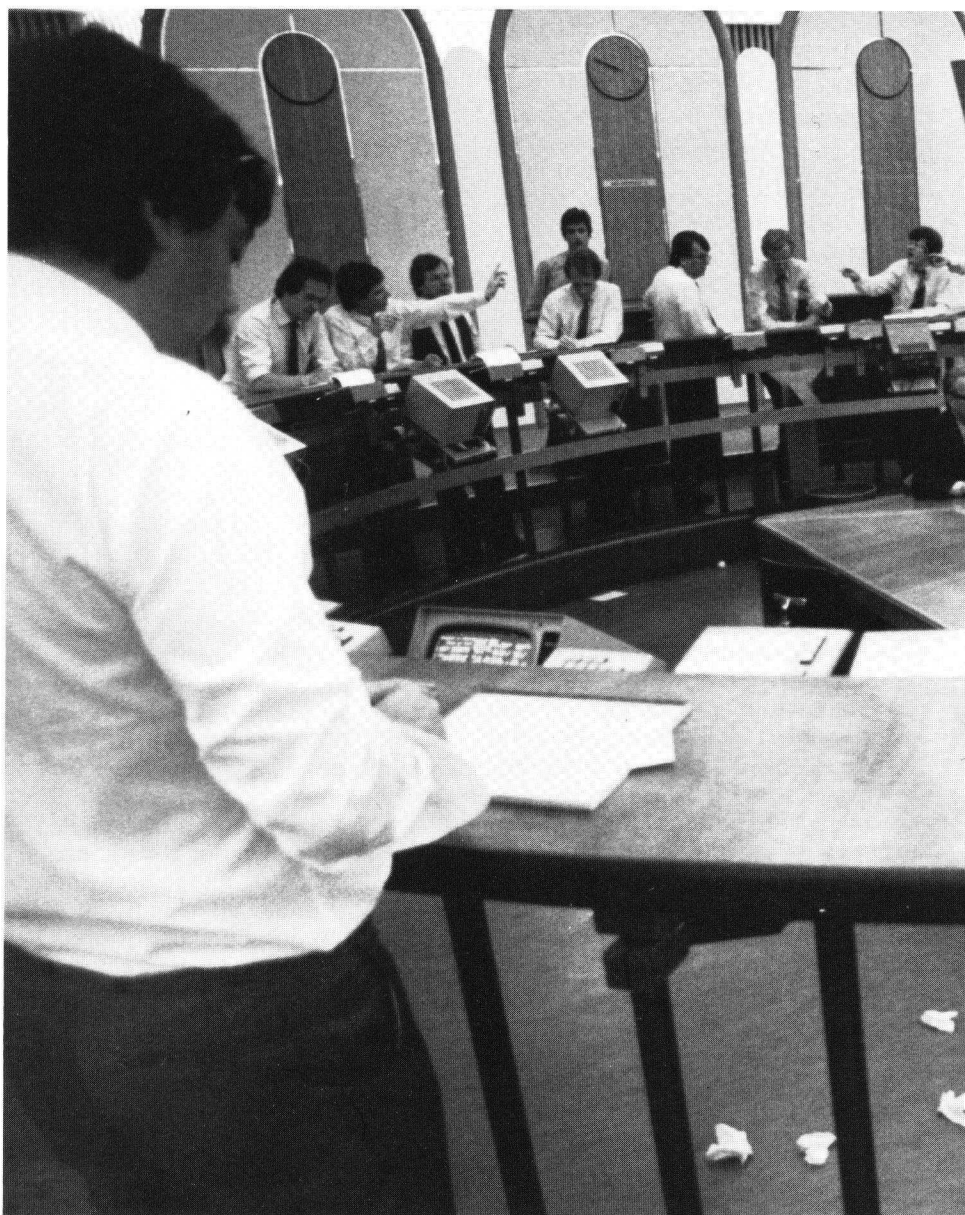
Es zeigt sich, dass eine kurzfristige Optik, z. B. im Steuersektor, fatale Auswirkungen haben kann. Daher ist es wichtig, frühzeitig und mit der gebotenen Sorgfalt eine Entscheidung – pro oder contra Umwandlung – zu erarbeiten.

An einem Spezialseminar des Schweizerischen Instituts für gewerbliche Wirtschaft führen drei Fachleute (Treuhand, Steuerexperte, Rechtsanwalt) in die Problematik ein. Die Teilnehmer erhalten dadurch Einblick in die Möglichkeiten und Grenzen der rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten.

Das Seminarprogramm kann bezogen werden beim Schweizerischen Institut für gewerbliche Wirtschaft, Dufourstrasse 48, 9000 St. Gallen, Frau E. Ganzoni; weitere Auskünfte erteilt Ihnen der Seminarleiter, Herr R. Schröder, Tel. 071 / 23 34 61.

## Die schweizerische Aktienrechtsreform II. Teil

von Dr. Peter Forstmoser,  
Professor für Zivil- und Handelsrecht  
an der Universität Zürich, Rechtsanwalt\*



\* Die Darstellung stellt die stark erweiterte Fassung eines am 21.11.85 gehaltenen Referats vor der Ortsgruppe Zürich der Vereinigung eidg. dipl. Buchhalter dar. Sie lehnt sich eng an die folgende frühere Publikation des Autors an: Würdigung der Aktienrechtsreform aus der Sicht der Rechtswissenschaft, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Band 74, Zürich 1984. - Stand der Bearbeitung: Ende Februar 1986.

*Dieser Beitrag soll eine Übersicht über die Ziele und hauptsächlichen Gegenstände der seit nun bald zwanzig Jahren hängigen schweizerischen Aktienrechtsreform vermitteln und die Änderungsvorschläge aus der Sicht des Juristen kritisch würdigen. Abgestellt wird auf den Stand der Reform nach der ersten Lesung durch den Nationalrat. (Zurzeit befindet sich der Entwurf vor der ständerätlichen Kommission.)*



# AKTIENRECHT



## 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 Verwal-

tung – bzw. in neuer Terminologie den Verwaltungsrat – sind *formell gänzlich umgestaltet und neu gegliedert* worden (Entwurf Art. 707 ff). Materiell bleibt die Ordnung 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 vermuthungsweise 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 zweifellos 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 blosses Aufsichtsorgan ohne Geschäftsführungsaufgaben nicht noch konsequenter hätte realisiert werden können: Der Entwurf zählt in Art. 716a die unübertragbaren Aufgaben der Verwaltung explizit auf. Diese Aufzählung ist zu begrüssen, und sie beseitigt manche Unklarheit hinsichtlich der Aufgaben und der Möglich-

keiten der Aufgabendelegation im geltenden Recht. Es ist darin auch ein Bekenntnis zugunsten des Paritätsprinzips zu erblicken, nach welchem jedem einzelnen Gesellschaftsorgan bestimmte Befugnisse unübertragbar zukommen.

Die vom Bundesrat aufgestellte *Liste der unübertragbaren Kompetenzen* ist aber wohl etwas zu *umfassend* geraten. Zu Recht haben die nationalrätliche Kommission und anschliessend der Nationalrat selbst Abstriche gemacht, so insbesondere hinsichtlich der Erstellung eines Organisationsreglements. Doch bleibt zu prüfen, ob nicht noch bei weiteren Aufgaben die Delegation erlaubt werden müsste. So ist es meines Erachtens *unrealistisch*, wenn selbst für grösste Gesellschaften mit zahlreichen Filialen zwingend vorgeschrieben wird, dass *alle Zeichnungsberechtigten durch den Gesamtverwaltungsrat zu ernennen sind* (vgl. Entwurf Art. 721). Es sollte eine Delegation an die Direktion zugelassen werden.

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

Der Entwurf sieht in Art. 713 I vor, es seien die Beschlüsse des Verwaltungsrates *«mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen»* zu fassen. Dies verstand sich – vorbehaltlich 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 abzulehnen. 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 Botschaft (S. 176) spricht vom einfachen 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 Art. 713 I des Entwurfs vor, dass im Verwaltungsrat dem Vorsitzenden der *Stich-*

*entscheid* 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.

e) Recht grundlegend überarbeitet worden ist das Recht der *aktienrechtlichen Verantwortlichkeit* (Entwurf Art. 752–759). 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, Folgen, 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 Verantwortlicher, 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 er 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 Ak-*

*tionärs aufgewertet*, und zwar in zweierlei Hinsicht: Zum einen wird seine Informationslage verbessert etwa durch die aussagekräftigere Rechnungslegung, sodann auch durch die Einführung des Institutes des Sonderprüfers. Sodann soll nach Art. 756 II des Entwurfs 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 begründeten 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. Der bundesrätliche Entwurf war freilich in der Formulierung dieser Neuordnung verunglückt und hätte – wörtlich genommen – zu einer Aufhebung der Solidarität schlechthin geführt. In den Beratungen in der nationalrätlichen Kommission und im Plenum des Rates sind diese Mängel verbessert worden. Es wird nun klargestellt, dass auch bei Solidarität der Richter die Schadenersatzpflicht so bemisst, wie wenn der Verantwortliche allein gehandelt hätte. Aufgehoben worden ist übrigens auch die unnötige und verwirrende Zweiteilung in Vorschriften für die Organe im allgemeinen und für die Revisoren im besonderen.

f) Erwähnt sei schliesslich, dass der Entwurf im Zuge der Beratungen in der Kommission und im Plenum des Nationalrates in einigen die Verwaltung betreffenden Punkten sinnvolle Modifikationen erfahren hat:

- So wurde die ordentliche Amtsdauer mangels abweichender statutarischer Vorschrift von einem auf *drei Jahre* verlängert (Entwurf Art. 710 I).
- *Gestrichen* wurde die Bestimmung über die *Beschränkung der Anzahl von Verwaltungsratsmandaten* in Publikumsgesellschaften (Entwurf Art. 707 IV): Wenn auch eine solche Beschränkung zweifellos wünschbar ist, so hätte eine gesetzliche Limitierung auf zehn Mitgliedschaften wohl praktisch kaum etwas gebracht.
- Zu Recht zurückgestutzt wurde sodann die Bedeutung des *Organisationsreglementes*, dem der bundesrätliche Entwurf Aufgaben und Wirkungen zuweisen wollte, die es kaum haben kann.

## 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* (Entwurf Art. 689c ff) 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 Art. 689 d II

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 übri-

da die Gesellschaftsaktiven ohnehin nicht mehr der Sperrziffer Grundkapital entsprechen. Die Erhöhung hätte im wesentlichen nur dazu geführt, dass die Hälfte aller bestehenden Aktiengesellschaften Notariats- und Stempelsteuerkosten und – je nach Art der Kapitalerhöhung – deren Aktionäre Einkommenssteuern ohne entsprechendes Einkommen hätten zahlen müssen.

Die Expertenkommission des Nationalrates und – ihr folgend – der Gesamtrat sehen hier einen vernünftigen Kompromiss vor, der die Gründung von Gesellschaften mit bisherigem Grundkapital in

# AKTIENRECHT

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.

Richtig erscheint dagegen, dass die nationalrätliche Kommission die Pflicht des Depotvertreters, den Hinterleger um Weisungen vor der Generalversammlung zu ersuchen, auf *wichtige* Traktanden beschränkt.

b) Neu geordnet werden sollen auch die *Quorumsvorschriften* für die Generalversammlung: Sämtliche qualifizierten Präsenzquoten sollen fallengelassen und durch Mehrheiten ersetzt werden, die sich an den jeweils *vertretenen* Aktienstimmen – unabhängig von der Grösse der Präsenz – orientieren (Entwurf Art. 704). Für Publikumsgesellschaften ist diese Bestimmung zweifellos am Platz, da es bei ihnen heute zum Teil nicht mehr möglich ist, unbestrittene Statutenänderungen zu beschliessen,

gens auch andernorts – vermehrt nach der Grösse der Gesellschaft differenziert werden.

## VII. Übergangsbestimmungen

Auf die Übergangsbestimmungen sei hier nicht im einzelnen eingetreten. Zu erwähnen ist nur, dass der bundesrätliche Entwurf etwas gar konsequent bereits bestehende Gesellschaften zwingen wollte, sich der neuen Ordnung anzupassen und dass hier die Kommission des Nationalrates sinnvolle Kompromisse vorgeschlagen hat, die vom Nationalrat übernommen wurden:

– So sah der bundesrätliche Entwurf die *Erhöhung des Minimalkapitals* von Fr. 50 000.– auf Fr. 100 000.– (Entwurf Art. 621) konsequent für alle bisherigen Gesellschaften vor. Dies wäre wenig sinnvoll gewesen: 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,

letzter Minute verhindert, ohne alle Gesellschaften zu einer unsinnigen Anpassung zu zwingen: Gesellschaften, die vor dem 1. Januar 1985 gegründet worden sind, sollen von der Anpassung ihrer Statutenbestimmungen über das Mindestkapital ausgenommen sein, also ihr bisheriges Kapital von Fr. 50 000.– auch in Zukunft beibehalten dürfen.

– Der Bundesrat wollte sodann die Neuregelung der *Partizipationsscheine* nach einer Übergangsfrist von fünf Jahren ausnahmslos auch auf bereits bestehende PS anwenden. Nationalratskommission und Nationalrat haben auch hier den Zwang zur Anpassung für bisherige Gesellschaften richtigerweise abgeschwächt.

**Schluss in  
der nächsten Nummer**

## Die schweizerische Aktienrechtsreform III. Teil (Schluss)

von Dr. Peter Forstmoser,  
Professor für Zivil- und Handelsrecht  
an der Universität Zürich, Rechtsanwalt\*

*Dieser Beitrag soll eine Übersicht über die Ziele und hauptsächlichen Gegenstände der seit nun bald zwanzig Jahren hängigen schweizerischen Aktienrechtsreform vermitteln und die Änderungsvorschläge aus der Sicht des Juristen kritisch würdigen. Abgestellt wird auf den Stand der Reform nach der ersten Lesung durch den Nationalrat. (Zurzeit befindet sich der Entwurf vor der ständerätlichen Kommission.)*



\* Die Darstellung stellt die stark erweiterte Fassung eines am 21.11.85 gehaltenen Referats vor der Ortsgruppe Zürich der Vereinigung eidg. dipl. Buchhalter dar. Sie lehnt sich eng an die folgende frühere Publikation des Autors an: Würdigung der Aktienrechtsreform aus der Sicht der Rechtswissenschaft, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Band 74, Zürich 1984. – Stand der Bearbeitung: Ende Februar 1986.

### 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, ob er reformbedürftige Bereiche ausser acht lässt, nötige Differenzierungen unter-

lässt oder darauf verzichtet, alte und unnütze Zöpfe abzuschneiden. Hiezu ist einiges zu erwähnen:

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

Eine Eigenart der pendenten Reform – auch dies wurde bereits erwähnt – ist es, dass sie vorwiegend auf die Publikumsgesellschaften ausgerichtet ist. Damit kommen meines Erachtens die kleinen

# AKTIENRECHT



einzigster Bundesgerichtsentscheid und nur einige wenige Urteile von kantonalen Gerichten setzt sich mit ihnen ausdrücklich auseinander. Wohl kann man heute – insbesondere seit der expliziten Stellungnahme im Bundesgerichtsentscheid 109 II 45 – davon ausgehen, dass Aktionärbindungsverträge an sich gültig sind. Zahlreiche Einzelfragen bleiben 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 – und künftig eingeschränkte – 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) 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, zwar nicht von Gesetzes wegen, aber zumindest aufgrund einer statutarischen Basis und damit fakultativ.

Dass eine solche Lösung durchaus mit den Interessen der Unternehmung, denjenigen der Gesellschaftermehrheit und denen der Gläubiger vereinbar ist, zeigen die bereits heute bestehenden Aus-

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 eine gesetzliche Stellungnahme zur Frage der Gültigkeit und Tragweite von *Aktionärbindungsverträgen*: Die Aktiengesellschaft ist bekanntlich von Gesetzes wegen konsequent kapitalbezogen ausgestaltet und soll es auch bleiben. Statutarisch ist eine Be-

rücksichtigung personalistischer Komponenten nur sehr beschränkt möglich. Die Praxis hat hier einen Ausweg gefunden durch die Ergänzung der statutarischen Ordnung mittels sog. Aktionärbindungsverträge. Solche Verträge gehören 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. Ein

tritts- und Ausschlussrechte bei der GmbH und der Genossenschaft.

d) Positiv zu vermerken ist, dass die nationalrätliche Kommission – gefolgt vom Gesamtrat – in einem Punkt den besonderen Bedürfnissen bei personenbezogenen Gesellschaften Rechnung getragen hat, den der bundesrätliche Entwurf noch ausser acht liess: in der Regelung des Instruments des *Rangrücktritts*.

Durch die Erklärung von (regelmässig der Gesellschaft nahestehenden) Gläubigern, auf ihre Forderungen soweit und so lange zu verzichten, als nicht alle übrigen Forderungen gedeckt sind, kann nicht selten eine formell überschuldete, aber lebensfähige Gesellschaft über eine kritische Phase gerettet werden. Ob solche Erklärungen gültig sind, ob sie es damit der Verwaltung erlauben, auf die Benachrichtigung des Richters zu verzichten, ist jedoch nach geltendem Recht unklar. Hier hat die Nationalratskommission durch eine Präzisierung von OR 725 den Entwurf sinnvoll ergänzt: Danach soll im Falle der Überschuldung einer Gesellschaft die Benachrichtigung des Richters dann nicht erforderlich sein, wenn Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten.

## 2. Stärkere Differenzierung nach Gesellschaftstypen?

Ganz allgemein schiene es mir richtig, die Reformvorschläge als Ganzes darauf hin zu untersuchen, ob sie für sämtliche Aktiengesellschaften passen.

Eine solche Durchsicht müsste – will man, was ich durchaus befürworte, an der Einheit des Aktienrechtes festhalten – meines Erachtens dazu führen, *atypischen Formen vermehrt durch Sondernormen Rechnung zu tragen*. Die aus Gründen der Haftungsbeschränkung gewählte Einmann-AG ist eben nicht dasselbe wie die Publikumsgesellschaft, die dem Gesetzgeber als Leitbild vor Augen stand. Die Immobiliengesellschaft stellt ebenfalls besondere Probleme, ähnlich die Holdinggesellschaft und weitere Sonderformen.

## 3. Schlachten «heiliger Kühe» des Aktienrechts?

Die bewusste Beschränkung auf eine Teilrevision hat meines Erachtens auch dazu geführt, dass «heilige Kühe» des Aktienrechts unangetastet blieben, auch wenn dafür keine Rechtfertigung mehr besteht:

a) Anerkennend zu erwähnen ist, dass die Bestimmungen über die Hinterlegung von *Pflichtaktien* (Art. 709 f des geltenden Rechts) 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. Das Genossenschaftsrecht lässt es schon heute bei einer Mehrheit von Gesellschaftern in der Verwaltung bewenden (Art. 894 I), was auch im Aktienrecht genügen sollte.

c) Im Hinblick auf Publikumsgesellschaften wäre zu prüfen, ob nicht – fakultativ – die Generalversammlung durch eine *Urabstimmung* ersetzt werden könnte.

Die Generalversammlung wird in grossen Gesellschaften – 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 überzeugender und repräsentativer, vorausgesetzt, das Gesetz enthält die nötigen Bestimmungen, die eine Meinungsäusserung im Vorfeld der Abstimmung auch durch Minderheiten sicherstellen.

## 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 stehenzubleiben. 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 meines Erachtens 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 Haf-

tung 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 auch für das *Insiderrecht*, das zumindest auf die auch als Publikumsgesellschaft verwendbare Genossenschaft ebenfalls Anwendung finden sollte, darüber hinaus wohl für anonyme Transaktionen in Effekten schlechthin.

## IX. Redaktionelle Bereinigung

Der Entwurf ist – das ist auch von den Mitgliedern der Arbeitskommission freimütig zugegeben worden – etwas allzu rasch fertiggestellt worden. Verzichtet wurde in der Folge auf eine Vernehmlassung. Daraus resultierten Mängel in der Redaktion, die eliminiert werden sollten, was im Rahmen der politischen Entscheidung nun offensichtlich Schwierigkeiten bereitet. Auf einige solcher Mängel ist im Laufe dieser Ausführungen hingewiesen worden. Zusammenfassend und ergänzend noch folgendes:

a) Verschiedene Formulierungen sind in ihrer Tragweite *unklar*. So fehlt etwa häufig ein Hinweis darauf, ob eine Norm *zwingend* ist oder ob von ihr durch statutarische Bestimmungen abgewichen werden darf. Erwähnt wurde dies für den Stichtscheid 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 wichtige Aufgabe, die Revisionsvorschläge daraufhin durchzusehen, welche Bestimmungen ohne Schaden oder gar mit Gewinn gestrichen werden könnten. Auch hierfür 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 erwähnt wird – selbstverständlich und in der Praxis häufig. Die explizite Regelung 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 Grund für ein solches Verbot nicht ersichtlich ist.

- 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. Die-

nicht geändert werden soll, nennt aber nur gerade *einen* dieser vier Gründe. Eine Harmonisierung drängt sich auf.

## 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 zum Beispiel nicht einzusehen, weshalb künftig volkswirtschaftlich bedeutende Aktiengesellschaften eine aussagekräftige Bilanz und Erfolgs-

tenteils vernünftige Kompromisse zwischen den betroffenen Interessen dar. Insbesondere ist es im bundesrätlichen Entwurf 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. Schade nur, dass an einigen Stellen der Nationalrat zurückbuchstabiert und vernünftige Vorschläge gestrichen oder abgeschwächt hat.

Gerade wegen der guten Zensuren, die man dem Entwurf geben kann, wäre es aber schade, wenn die noch vorhandenen Mängel nun nicht noch ausgeräumt würden. Dies um so mehr, als heute durch einen Federstrich des Gesetzgebers das in Ordnung gebracht werden

# AKTIENRECHT

se Erklärung schadet zwar nichts, 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 Generalversammlung oder der Verwaltung *nichtig* sein soll. Besser würde man diese Frage auch weiterhin der Praxis überlassen, da die gesetzliche Aufzählung einerseits unvollständig ist (es fehlt etwa der Hinweis auf die Verletzung von Grundsätzen der aktienrechtlichen Fundamentalordnung), während sie andererseits zu weit geht (entgegen der Formulierung im Entwurf führt nicht jede Beschränkung eines vom Gesetz zwingend gewährten Rechts des Aktionärs zur Nichtigkeit).

c) Endlich sollte der Entwurf noch daraufhin durchgesehen werden, ob sich die neuen Bestimmungen *widerspruchsflos* 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

rechnung 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, ausmerzen und für eine wirtschaftliche Tätigkeit – gleich in welcher Rechtsform – gleiche Anforderungen vorzusehen.

## XI. Zusammenfassende Würdigung

In meinen Ausführungen habe ich auf einige Schwachstellen des vorliegenden Entwurfs hingewiesen. Dies war angezeigt, weil es meines Erachtens nun darum gehen muss, die seit langem hängige 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 gröss-

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 berichtigt 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 Aktienrechts festgehalten und auch vor «heiligen Kühen» unseres Rechts der AG nicht haltgemacht werden sollte.
- sodann darum, gewisse *technische und redaktionelle Schwächen* des vorliegenden Entwurfs noch zu *beseitigen*.

Auch wenn es mittlerweile fünf vor zwölf ist – die ständerätliche Kommission hat ihre Arbeiten bereits begonnen – und auch wenn politische Kommissionen und Räte nicht die idealen Gremien für gesetzgeberische Detailarbeit sind, ist daher zu hoffen, dass die politischen Behörden trotz – oder gerade wegen – der langen Zeit und der grossen Anstrengungen, die in die laufende Aktienrechtsreform bereits investiert worden sind, die Kraft finden, diese Verbesserungen noch anzubringen und so Recht zu schaffen, das wiederum über Jahrzehnte tragfähig bleibt.