Das neue Aktienrecht — Übersicht über die wichtigsten Änderungen (1)

von Dr. Peter Forstmoser, Rechtsanwalt, Professor an der Universität Zürich, Zürich

In der Herbstsession 1991 hat das Parlament die Revision des Aktienrechts nach über zwanzigjährigen Reformarbeiten definitiv und ohne Gegenstimme verabschiedet (2). Ein Referendum ist nicht ergriffen worden, und nach offiziellen Auskünften soll das neue Recht per 1. Juli 1992 in Kraft treten.

Der folgende Beitrag will eine Übersicht über die neuen Bestimmungen geben (3) (nachstehend Ziff. I. – IV.) und auf die Frage eintreten, welcher Handlungsbedarf im Hinblick auf die Reform besteht (nachstehend Ziff. V.). Abschliessend wird eine kurze Würdigung versucht (nachstehend Ziff. VI.).

I. Stossrichtungen der Reform

a) Angesichts der langen Dauer der Reformarbeiten, aber auch im Hinblick auf die zumindest anfänglich ausgesprochen kurz gesteckten Ziele (4) erstaunt es nicht, dass sich den revidierten Bestimmungen *kein einheitlicher Grundzug* entnehmen lässt.

Immerhin zeigt eine nähere Betrachtung bestimmte *Stossrichtungen* (5), von denen drei hervorzuheben sind:

- Deutlich ist die Tendenz, den *Schutz der Aktionäre und Gläubiger* zu verstärken. Das magische Wort ist hier «Transparenz», die sich insbesondere in zwar für Publikumsgesellschaften wohl noch immer ungenügenden, aber doch markant verbesserten Vorschriften für die Rechnungslegung konkretisiert hat. Hinzu kommen Bemühungen um eine Verstärkung der Revision.
- Überarbeitet worden ist sodann die *Eigenkapitalgrundlage*, und zwar mit zwei Zielsetzungen: Einerseits wollte man die

Eigenkapitalbasis der Gesellschaften verstärken und schwindelhafte Vorgänge eindämmen (6). Auf der anderen Seite bemühte man sich um eine flexiblere Ordnung (7).

- Endlich sollten die *Struktur und Funktionsfähigkeit aller drei Organe* – Verwaltung, Generalversammlung und Revisionsstelle – verbessert werden.

Aus jeder dieser drei Gruppen sollen im folgenden einige wichtige Neuerungen vorgestellt werden.

II. Aktionärs- und Gläubigerschutz

1. Verbesserung der Transparenz

Im Interesse von Aktionären und Gläubigern liegt die deutliche *Verbesserung der Transparenz*, die hier nur stichwortartig erwähnt werden kann (8):

- Ganz allgemein wird die Rechnungslegung (9) durch zwingende *Minimalgliederungsvorschriften* für Bilanz (10) und Erfolgsrechnung (11) ausgebaut. Hinzu kommt ein Bilanzanhang (12), der unter anderem Auskunft geben soll über ungewisse Verbindlichkeiten, Leasingverpflichtungen und besonders auch über die Auflösung stiller Reserven, «wenn dadurch das erwirtschaftete Ergebnis in wesentlichem Ausmass günstiger dargestellt wird» (13). Die Bildung stiller Reserven bleibt dagegen weiterhin möglich; Tiefstapeln ist erlaubt, Hochstapelei soll dagegen unterbunden werden.
- Sodann schreibt das neue Recht konsequent die Erstellung einer *Konzernrechnung* vor, wobei von dieser Pflicht lediglich kleinere Gesellschaften und Subkonzerne, keinesfalls aber Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien (14), befreit sind.
- Informationen über bestimmte Geschäftsvorgänge können durch die Einschaltung eines *Sonderprüfers* erlangt werden, einer Art Treuhänder zwischen AG und Aktionär, durch den der Gegensatz zwischen

dem Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft und dem Interesse des Aktionärs an Offenlegung überwunden werden soll (15). In dieses neue Institut wird man freilich keine allzu hohen Erwartungen setzen dürfen (16).

- Endlich müssen Gesellschaften, deren Namenaktien börsenkotiert sind, die ihnen bekannten *Grossaktionäre* und *Grossaktionärsgruppen* (17) *bekanntgeben* (18).

2. Verstärkung des Bezugsrechts

Das neue Recht verstärkt sodann das Bezugsrecht der Aktionäre: Gemäss revOR 652 b soll das Bezugsrecht nur noch im Rahmen eines Kapitalerhöhungsbeschlusses (19) und überdies nur «aus wichtigen Gründen» aufgehoben werden. Zur Voraussetzung des wichtigen Grundes ist freilich darauf hinzuweisen, dass die erwähnten Beispiele (20) zeigen, dass dieser Begriff keineswegs im gleichen Sinne verwendet wird wie an andern Orten des Gesetzes (21). Vielmehr dürfte das Kriterium dem des schon heute durch Lehre und Praxis geforderten «sachlichen Grundes» nahestehen (22). Ebenso wird m.E. nur die bisherige Lehre und Praxis festgeschrieben, wenn im neuen Recht ausserdem betont wird, durch die Aufhebung von Bezugsrechten dürfe «niemand in unsachlicher Weise begünstigt oder benachteiligt werden» (23).

3. Erleichterung der Übertragbarkeit von Aktien

a) In den letzten Jahren stand die Vinkulierungsfrage im Zentrum der rechtspolitischen Diskussion (24). Das Resultat ist eine klare Abkehr vom bisherigen Recht und die gesetzliche Erleichterung der Übertragbarkeit zulasten der Freiheit der Aktiengesellschaften und ihrer Verwaltungen, die Zusammensetzung des Aktionariats selber zu bestimmen (25).

Abgewichen wird dabei vom auch im neuen Recht ohnehin überstrapazierten Konzept

der Einheit des Aktienrechts. Es werden künftig unterschiedliche Ordnungen für private Aktiengesellschaften und Publikumsgesellschaften gelten:

- b) Besonders einschneidend sind die *Verbesserungen der Handelbarkeit börslich gehandelter Namenaktien*:

Die bisher übliche und vom Gesetz ausdrücklich vorgesehene *Allerweltsklausel*, wonach ein Aktienerwerber «ohne Angabe von Gründen» abgelehnt werden kann, wird für Publikumsgesellschaften ersetzt durch eine *Prozentklausel* (26):

«Bei börsenkotierten Namenaktien kann die Gesellschaft einen Erwerber als Aktionär nur ablehnen, wenn die Statuten eine prozentmässige Begrenzung des Eigentums an Namenaktien vorsehen und diese Begrenzung überschritten wird.»

Vorläufig wird freilich noch ein zweiter Vinkulierungsgrund zulässig sein, nämlich eine verkappte *Ausländerklausel*, die jedoch im Zuge der Annäherung an Europa in absehbarer Zeit dahinfallen soll und die daher nur in den Schlussbestimmungen aufgeführt wird (27).

Zumindest Schweizer Bürger mit Wohnsitz in der Schweiz, in absehbarer Zeit aber auch Ausländer, sollen also bis zu einem bestimmten, statutarisch genannten Prozentsatz voraussetzungslos börslich gehandelte Namenaktien erwerben können.

Die Handelbarkeit von Namenaktien wird dadurch ausländischen Standards angepasst, ohne dass den Gesellschaften die Möglichkeit genommen würde, angemessene Abwehrdispositive gegen Raids vorzusehen (28).

- c) Weniger weit geht die gesetzliche Beschränkung bei *nicht börsenkotierten Namenaktien*:

Die Gesellschaft wird die Aktienübertragung auch künftig ablehnen können, «wenn sie hierfür einen wichtigen, in den Statuten genannten Grund bekanntgibt», wobei auch an

dieser Stelle der Begriff des «wichtigen» wohl mit dem des «sachlichen» Grundes übereinstimmt. Dazu kommt eine sog. Escape-*Clause*: Auch weiterhin können Aktiengesellschaften die Übertragung ohne Grundangabe ablehnen, aber nur dann, wenn sie bereit sind, die zur Veräusserung anstehenden Aktien «zum wirklichen Wert im Zeitpunkt des Gesuches zu übernehmen» (29). Damit bleibt der privaten AG die Möglichkeit erhalten, «ungeliebten» Dritten den Eintritt bis zur Grenze der Willkür aus beliebigen Gründen zu verwehren. Doch wird faktisch eine Art «Austrittsrecht» geschaffen.

d) Das neue Recht trifft überdies Massnahmen gegen die sog. *Spaltung*, d.h. das Auseinanderfallen der aktienrechtlichen Mitgliedschaftsrechte (30) einerseits und der aus der Mitgliedschaft fliessenden Forderungsrechte (31) auf der anderen Seite. Diese Spaltung (32) hatte vor allem die in den letzten Jahren mehr und mehr kritisierte Konsequenz, dass Personen, die ihre Aktien allenfalls schon vor Monaten oder Jahren veräussert hatten, an der Generalversammlung noch immer mitstimmen konnten (33).

Das künftige Recht will die Spaltung weitgehend verhindern (34), wobei für börsenkotierte und für übrige Namenaktien *unterschiedliche Konzepte* gelten: Bei *börsenkotierten Namenaktien* sollen die Rechte schon vor der Anerkennung des Erwerbers durch die Gesellschaft auf diesen übergehen (beim börsenmässigen Erwerb im Zeitpunkt der Übertragung, beim ausserbörslichen Erwerb dann, wenn der Erwerber ein Gesuch um Anerkennung als Aktionär eingereicht hat). Bis zur Anerkennung können jedoch weder das Stimmrecht noch andere mit dem Stimmrecht zusammenhängende Rechte ausgeübt werden, vgl. revOR 685 f II. Bei *nicht börsenkotierten Namenaktien* verbleiben dagegen «das Eigentum an den Aktien und alle damit verknüpften Rechte beim Veräusserer» (35), bis die Gesellschaft die Zustimmung erteilt hat (wobei passives Verhalten während dreier Monate als Zustimmung gilt [36]).

4. Klagerechte

a) Schon heute stehen den Aktionären theoretisch effiziente Klagerechte zu: Jeder Aktionär mit auch nur einer Aktie ist befugt, gesetzes- oder statutenwidrige Generalversammlungsbeschlüsse anzufechten (37). Jeder einzelne Aktionär ist zudem berechtigt, Schaden, den seine Gesellschaft durch Pflichtverletzungen von Organpersonen erlitten hat, selbständig einzuklagen.

Die Krux dieser Klagen liegt – aus der Sicht des Kleinaktionärs – im Kostenrisiko, das im Vergleich zu seinen potentiellen Ansprüchen ganz unverhältnismässig ist, wird doch für die Bemessung der Prozesskosten und der Entschädigung an die obsiegende Partei bei Anfechtungsklagen der Gesamtwert des Klagegegenstandes für die Gesellschaft bzw. bei Verantwortlichkeitsklagen der gesamte eingeklagte Schadenersatzbetrag (38) zugrunde gelegt.

Hier will das neue Recht Erleichterungen schaffen, indem der Richter bei Abweisung der Klage die Kosten ganz oder teilweise der Gesellschaft überbinden kann (39).

Die Wirksamkeit dieser Ordnung wird man allerdings nicht überschätzen dürfen, bleibt doch zumindest für den Kleinaktionär ein Kostenrisiko, das in keinem Verhältnis zum wirtschaftlichen Interesse steht (40). Aus dogmatischer Sicht – dies sei am Rande erwähnt – erscheint übrigens die neue Regelung für die Verantwortlichkeitsklage ziemlich abenteuerlich: Die Gesellschaft kann dadurch in einem Verfahren zur Zahlung verpflichtet werden, an welchem sie selber gar nicht beteiligt ist, in Missachtung der ehernen Regel, wonach in Prozessen nur über Rechte und Pflichten der Parteien entschieden wird (41).

III. Überarbeitung der Eigenkapitalbasis

Ein zweites Schwergewicht der Reform liegt in der Neugestaltung zahlreicher Vorschriften zum Eigenkapital.

1. Flexibilisierung des Aktienkapitals

Die *Eigankapitalbasis* und damit die Eigenfinanzierung werden flexibler ausgestaltet durch die Einführung des bedingten und des genehmigten Kapitals als neue, zusätzliche Möglichkeiten der Kapitalerhöhung.

● Beim *genehmigten* Kapital geht es darum, dass die Generalversammlung nur die Möglichkeit einer Kapitalerhöhung beschliesst, den Entscheid über die Durchführung, ihren Zeitpunkt, die Bedingungen und den Umfang dagegen der Verwaltung überlässt. «Im Rahmen der Ermächtigung kann der Verwaltungsrat Erhöhungen des Aktienkapitals durchführen» (42). Er kann etwa Aktien schaffen, die er im Zuge einer Übernahme als Gegenleistung benötigt.

● Bei der *bedingten* Kapitalerhöhung wird dagegen der Entscheid darüber, ob und in welchem Umfang das Aktienkapital erhöht werden soll, in die Hände von Dritten – Wandel- oder Optionsberechtigten oder auch Mitarbeitern – gelegt: Das Aktienkapital soll dann und insoweit erhöht werden, als bezugsberechtigte Gläubiger einer Wandel- oder Optionsanleihe bzw. Mitarbeiter sich für den Bezug neuer Aktien entscheiden.

Durch diese neuen Formen des Grund- oder – wie es neu heissen wird – des *Aktienkapitals* werden Bedürfnisse abgedeckt, die heute mit den sog. *Vorratsaktien* erfüllt werden. Dabei ist freilich festzustellen, dass die Beweglichkeit der heutigen Ordnung künftig nicht mehr erreicht werden wird: Das Bundesgericht hat nämlich in einem neuesten Entscheid (43) Vorratsaktien und den damit notwendigen Entzug des Bezugsrechtes ausdrücklich gebilligt, und zwar auch für die flexibelste Form, wonach solche Aktien dem Verwaltungsrat zur freien Verwendung «für Zwecke im Interesse der Gesellschaft» zur Verfügung stehen sollen. Diese Freiheit gibt es unter neuem Recht nicht mehr: Beim genehmigten Kapital soll der Entzug des Bezugsrechtes nur auch wichtigen Gründen (44)

möglich sein. Das bedingte Kapital soll nur für Anleiheobligationen oder ähnliche Forderungen (verbunden mit einem grundsätzlichen Vorwegzeichnungsrecht der Aktionäre [45]) sowie für die Arbeitnehmerbeteiligung offenstehen.

Bedauerlich ist, dass das künftige Recht die Kapitalerhöhung mit *Festübernahme* der neuen Aktien durch einen Treuhänder, wie sie bei Publikungsgesellschaften heute die Regel ist und wohl auch künftig bleiben wird (46), nicht erwähnt. Die Festübernahme wirft erhebliche Rechtsfragen auf, weil eben die originäre Aktienzeichnung direkt bei der Gesellschaft und der derivative Aktienerwerb von einer treuhänderisch zwischengeschalteten Bank nicht dasselbe sind. Die hiermit verbundenen Probleme werden nun weiterhin ungelöst bzw. es wird ihre Lösung der Praxis überlassen bleiben.

Nur am Rande sei erwähnt, dass das minimale Aktienkapital künftig auf *Fr. 100 000.* – angehoben wird, wobei Gesellschaften, die vor 1985 gegründet wurden, ihr Kapital nicht anzupassen brauchen (47).

2. Neugestaltung des Rechts der Partizipationsscheine (48)

Ein Schwergewicht der Reform und ein echter Fortschritt liegt in der gesetzlichen Regelung des Rechts der *Partizipationsscheine* (PS).

Bekanntlich hat sich der PS als Wildwuchs der Praxis aus dem Genussschein entwickelt und untersteht noch heute dessen Recht (49). Damit wird der grundlegende wirtschaftliche Unterschied der beiden Papiere vernachlässigt: Der Genussschein ist ein *Sanierungsmittel*, das äusserst flexibel ausgestaltet sein muss (50), aber auch sein kann (51). Für den PS als einem *Finanzierungsmittel* eignet sich diese Basis nicht: Der Partizipant als Investor erwartet eine «stimmrechtslose Aktie», und die geltende Ordnung trägt dem in keiner Weise Rechnung.

Anders nun das künftige Recht, das den PS

scheinungsformen, die sich im Ausland nirgendwo findet, war nur möglich, weil das Schweizer Aktienrecht äusserst flexibel ausgestaltet ist. An dieser Flexibilität wird – besonders hinsichtlich der Ordnung des Verwaltungsrates – auch in Zukunft festgehalten:

- Wird nichts Besonderes vorgesehen, dann ist der *Verwaltungsrat in seiner Gesamtheit* geschäftsführendes Organ. Diese Ordnung eignet sich für kleine, personenbezogene Strukturen, für Gesellschaften mit wenigen Mitgliedern also, die alle aktiv im Unternehmen tätig sind.
- Doch können Geschäftsführung und Vertretung auch einzelnen Mitgliedern des Verwaltungsrates zugewiesen, kann der Verwaltungsrat dadurch in externe, nebenamtliche, und interne, vollamtlich geschäftsführende Mitglieder gegliedert werden. Damit kommt man dem amerikanischen «Board System» nahe.
- Durch eine konsequente Delegation von Geschäftsführung und Vertretung an nicht dem Verwaltungsrat angehörende Direktoren kann das deutsche *Aufsichtsratssystem* (Zweiteilung in einen geschäftsführenden «Vorstand» und einen überwachenden «Aufsichtsrat») nachempfunden werden.
- Schliesslich können auch einem Delegierten des Verwaltungsrates weitestgehende Befugnisse eingeräumt und ihm zugleich das Amt des Verwaltungsratspräsidenten zugewiesen werden. Dies entspricht in etwa dem französischen System des «*Président Directeur Général*».

Die geeignete Organisationsform zu finden wird daher auch künftig den Aktiengesellschaften – grossen wie kleinen, aktiven wie inaktiven, personen- wie kapitalbezogenen – nicht schwer fallen.

b) Immerhin geht die Disponibilität nicht so weit, dass das gesetzliche Grundkonzept – Verwaltungsrat als Exekutive oder zumindest als «Ober»exekutive – völlig beseitigt werden könnte. Zum Schutz gutgläubiger Dritter, die darauf vertrauen, dass der Verwaltungsrat ei-

ne Führungsfunktion ausübt, verlangt auch das künftige Aktienrecht, dass das Exekutivorgan nicht vollständig abdankt. In dieser Beziehung – und darin liegt ein Hauptverdienst der Reform – wird die Glaubwürdigkeit der gesetzlichen Ordnung verstärkt, indem dem Verwaltungsrat bestimmte grundlegende Aufgaben *unübertragbar und unentziehbar* zugewiesen werden. Zusammengefasst und grob betrachtet werden die *Oberleitung* der Gesellschaft, die Festlegung ihrer *Organisation*, die *Planung* (besonders der Einsatz der finanziellen Mittel), die wichtigsten *personellen Entscheide* und die *Rapportierung an die Aktionäre* zu unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates erklärt (65). Dadurch soll den blossen Aushängeschild-Verwaltungsräten ein Ende bereitet werden, was man nur begrüssen kann.

c) Die Mitglieder des Verwaltungsrates müssen – so die Formulierung des künftigen Rechts – «ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen», sie müssen «die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren», und sie haben «die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln». All dies galt heute schon, zum Teil aber nur aufgrund der Gerichtspraxis (66). Die Festschreibung dient der Klärung.

Neu kommt hinzu, dass ein weitgehendes Recht der Verwaltungsratsmitglieder auf *Auskunft und Einsicht* explizit vorgesehen wird. Jedes Mitglied soll «Anspruch auf Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft» haben, und dieses Recht kann auch durch die Statuten nicht beschränkt werden. Der bis heute nicht ausgestorbenen Unsitte, dem Verwaltungsrat möglichst wenig Informationen zukommen zu lassen, wird dadurch hoffentlich ein Riegel geschoben.

d) Das neue Recht regelt im einzelnen, in welchem Rahmen – nämlich unter dem Vorbehalt der erwähnten unübertragbaren Aufgaben und auf statutarischer Basis nach Massgabe eines Organisationsreglementes – die Kompetenzen des Verwaltungsrates *delegiert* werden können. Zugleich wird klarge-

stellt, dass die Delegation haftungsbefreiend wirkt, solange «bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt» beachtet wurde (67). Auch bei zulässiger Delegation bleibt somit eine *Restverantwortung*, wobei zwischen sorgfältiger Auswahl, Instruktion und Kontrolle eine Wechselwirkung entsteht: Je qualifizierter der mit einer Aufgabe Betraute ist, desto weniger bedarf es der Instruktion und Überwachung, je unkritischer die Auswahl erfolgt, desto mehr Aufmerksamkeit muss auf Ausbildung und Kontrolle verwendet werden.

3. Verstärkung der Revision

Die wohl konsequentesten Neuerungen finden sich für das aktienrechtliche Kontrollorgan, in neuer Terminologie die Revisionsstelle.

a) Das *geltende Recht* der Kontrollstelle ist in mancherlei Hinsicht unbefriedigend:

- Irgendwelche fachliche Anforderungen sind im Gesetz nicht verankert (68).
- Die Vorschriften über die Unabhängigkeit der Revisoren sind gänzlich ungenügend (69).
- Von der Gründungsphase abgesehen besteht auch keinerlei Gewähr dafür, dass überhaupt ein Revisionsorgan bestellt wird (70).
- Schliesslich beschränkt sich der Einsatz der Revisoren – mit einer Ausnahme bei der Kapitalherabsetzung – auf die ordentliche Revision.

b) In all diesen Punkten sieht das *künftige Recht* deutliche Verbesserungen vor:

- Gesetzlich verankert – wenn auch flexibel formuliert – wird das Erfordernis, über die nötigen fachlichen *Fähigkeiten* für die Erfüllung der Prüfungsaufgabe zu verfügen (71). Dass dieser Vorschrift auch nachgelebt wird, soll durch ein Klagerecht auf Aberufung, das allen Aktionären und Gläubigern zusteht, sichergestellt werden (72).

● Ernstgemacht wird mit der *Unabhängigkeit*. Revisoren müssen künftig vom Verwaltungsrat, aber auch von einem kontrollierenden Aktionär unabhängig sein (73), auf Verlangen eines Aktionärs oder Gläubigers ausserdem unabhängig von Gesellschaften des gleichen Konzerns (74). Sie dürfen auch keine Arbeiten für die zu prüfende Gesellschaft ausführen, die mit dem Prüfungsauftrag unvereinbar sind.

● Im weiteren wird sichergestellt, dass das *Amt des Revisors besetzt* ist: Die Revisoren müssen künftig – gleich den Mitgliedern des Verwaltungsrates – im Handelsregister eingetragen werden (75). Fehlt die Revisionsstelle, sollen der Handelsregisterführer und, auf dessen Antrag, der Richter einschreiten (76).

● Endlich werden die *Aufgaben* der Revisoren deutlich *erweitert*. Zu erwähnen sind vor allem die zusätzlichen Prüfungsfälle bei qualifizierter Gründung und Kapitalerhöhung (77), bei der Aufwertung von Grundstücken oder Beteiligungen (78) und bei Kapitalverlust (79, 80).

Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang auch an die Institution des *Sonderprüfers*, die für das schweizerische Recht ein Novum darstellt (81).

● Neu hat der Revisor die Aufgabe, bei offensichtlicher Überschuldung nötigenfalls – d.h. dann, wenn der Verwaltungsrat passiv bleibt – den *Richter zu benachrichtigen* (82), eine zwar ungeliebte und wohl systemwidrige, m.E. aber sinnvolle Kompetenz und Pflicht.

4. Neuordnung der Verantwortlichkeit

Für die Mitglieder des Verwaltungsrates, daneben aber namentlich auch für die Revisoren, ist auch die Neuordnung des Rechts der persönlichen Verantwortung von grosser Bedeutung.

Dem geltenden Verantwortlichkeitsrecht wohnt – dies zeigt ein Blick auf die Praxis – ein ziemlich willkürlicher Zug inne: Einerseits bleibt allzu oft auch grobfahrlässiges

Verhalten folgenlos. Auf der anderen Seite müssen diejenigen, die rechtlich belangt werden, nicht selten Konsequenzen von ungewöhnlicher und nicht angemessener Härte tragen. Gründe hierfür sind unter anderem zum einen die Schwierigkeiten für Aktionäre, eine Klage einzuleiten (ungenügende Information, unverhältnismässig hohes Kostenrisiko), zum anderen die bundesgerichtliche Praxis, nach welcher Verwaltungsratsmitglieder und Kontrollstellen auch dann für den eingetretenen Schaden voll haftbar sind, wenn sie nur eine leichte Fahrlässigkeit trifft.

Die Revision wird in beiden Richtungen Fortschritte bringen (83):

- Die Klage von Aktionären und Gläubigern wird durch die Verbesserung ihrer Informationslage erleichtert. Das Prozessrisiko für Aktionäre wird reduziert durch die erwähnte Möglichkeit, die Prozesskosten nach richterlichem Ermessen der Gesellschaft aufzuerlegen.
- Im Gegenzug wird legitimen Interessen der Organe dadurch Rechnung getragen, dass sie sich künftig auf ihr leichtes Verschulden berufen und so eine Reduktion ihrer Ersatzpflicht erwirken können (84). Zu dieser Verbesserung ist freilich ein Vorbehalt angebracht: Wegen einer übermässig harten Praxis im Sozialversicherungsrecht (die durch die Revision des Aktienrechts nicht beseitigt wird) bleibt das Risiko von Verwaltungsratsmitgliedern auch weiterhin erheblich (85).

V. Vorkehren im Hinblick auf das neue Recht

a) Hinsichtlich der Einführung des neuen Rechts sind drei Gruppen von Regeln zu unterscheiden:

- Mehrheitlich soll die neue Ordnung am 1.7.1992 in Kraft treten.
- Für die Anpassung der Statuten ist eine fünfjährige Übergangsfrist vorgesehen (86).

- Schliesslich gibt es auch Fälle des *Grandfathering*, also solche, für welche die alte Ordnung trotz Widerspruchs zum neuen Recht beibehalten werden darf, so etwa hinsichtlich der Höhe des Aktienkapitals und des Umfangs des Partizipationskapitals für Gesellschaften, die vor 1985 gegründet worden sind (87) und generell für Stimmrechtsaktien, bei denen das Stimmprivileg im Verhältnis zum Nennwert die neue gesetzliche Limite von 10:1 übersteigt.
- Ziemlich unklar ist die Übergangsordnung hinsichtlich der *Rechnungslegungsvorschriften*. Nach offiziöser Auskunft gilt folgendes:
 - Nach neuem Recht muss erstmals das *erste volle Rechnungsjahr* abgeschlossen werden, im Fall der Übereinstimmung von Rechnungsjahr und Geschäftsjahr also die Jahresrechnung per Ende 1993, die im Frühjahr 1994 vorzulegen ist.
 - Bei dieser ersten Jahresrechnung unter neuem Recht müssen (entgegen der allgemeinen Regelung des neuen Rechts) die Vorjahreszahlen nicht bekanntgegeben werden (88).
 - Die neuen gesetzlichen Bestimmungen zur *Konsolidierung* sollen erst auf einen späteren Zeitpunkt hin in Kraft gesetzt werden, dem Vernehmen nach auf den 1.7.1993 (89).
 - Die *Bekanntgabe bedeutender Aktionäre* (90) soll erstmals 1993 (91) verlangt werden.

b) Angesichts der fünfjährigen Übergangsfrist braucht man die *Anpassung der statutarischen Ordnung* nicht zu übereilen. Vielmehr dürfte es sich als Regel empfehlen zuzuwarten, bis das neue Recht durch Publikationen und allenfalls gar durch erste Entscheide weiter geklärt ist.

c) Dagegen fragt es sich, ob sich im Hinblick auf die strengere Ordnung des künftigen Rechts noch *Massnahmen* in letzter Minute unter der *geltenden Ordnung* empfehlen. In der Regel ist dies meines Erachtens zu ver-

neinen: Eingeschränkt werden künftig das Stimmprivileg für Stimmrechtsaktien, die Möglichkeiten der Vinkulierung, die des Einsatzes von Genussscheinen für die Finanzierung (92) sowie petrifizierende Klauseln (93). In all diesen Fällen erscheint die strengere neue Ordnung als sinnvoll und eine Verankerung des bisherigen Rechts nicht wünschbar.

Erschwert wird sodann künftig die Zusammenlegung von Partizipationsscheinen (94), und in der heutigen Flexibilität nicht mehr möglich sein werden Vorratsaktien (95). Ausnahmsweise könnte es sich in diesen beiden Punkten empfehlen, noch von der geltenden Ordnung zu profitieren (96).

d) *Unmittelbar nach dem Inkrafttreten* des neuen Rechts besteht jedenfalls ein Handlungsbedarf in zwei Punkten:

- Zu überprüfen und allenfalls anzupassen sind die statutarischen Quoren: Wie erwähnt (97) kennt das geltende Recht für bestimmte Beschlüsse zwingend eine Zweidrittelmehrheit des gesamten Grundkapitals. Das künftige Recht wird dieses oft unübersteigbare Hindernis für wünschbare Veränderungen beseitigen und nur noch Quoren vorsehen, die sich am jeweils vertretenen Kapital bemessen (98). Diese Umstellung hilft aber denjenigen Gesellschaften nicht, welche die gesetzliche Ordnung in die Statuten übernommen haben, was – im Sinne einer Checklist – nicht selten geschehen ist. In den Schlussbestimmungen zum neuen Recht wird nun vorgesehen, dass solche statutarischen Quoren, die lediglich die gesetzlichen Bestimmungen wiederholen, innert *Jahresfrist* mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen beseitigt und damit die Ordnung an das neue Gesetzesrecht angepasst werden können.

Bei kleineren Gesellschaften mit einigen wenigen Aktionären ist umgekehrt zu beachten, dass mit dem Wegfall der zwingend am gesamten Aktienkapital bemessenen Quoren ein wesentliches Element des Minderheitenschutzes entfällt: Die neue

gesetzliche Ordnung, nach welcher jede Generalversammlung unabhängig von der Beteiligung für jedes Traktandum beschlussfähig ist, kann dazu missbraucht werden, die längere Abwesenheit eines Mitaktionärs abzuwarten und während dieser beliebige Statutenänderungen zu vollziehen. Dieser Gefahr kann dadurch begegnet werden, dass neu am Gesamtkapital bemessene Quoren statutarisch verankert werden.

- Unmittelbar nach oder sogar vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts sollten sodann die erhöhten Erfordernisse für die Revisoren beachtet werden (99). Die neuen gesetzlichen Anforderungen an Fachkunde und Unabhängigkeit werden am 1.7.1992 in Kraft treten. Unmittelbar danach können Aktionäre oder Gläubiger gegen die Gesellschaft auf Abberufung von Revisoren klagen, welche die Voraussetzungen für ihr Amt nicht erfüllen (100).

VI. Würdigung

Insgesamt bringt das neue Aktienrecht – dies ist nach den zahlreichen kritischen Hinweisen in dieser Darstellung zu betonen – echte Fortschritte. Ausreichen dürften die Neuerungen freilich nicht. Vielmehr drängt sich aus innerem wie äusserem Anlass die baldige Wiederaufnahme der Reformarbeiten auf:

- Aus Gründen der Konsistenz der Rechtsordnung sind das Recht der *GmbH* und das der *Genossenschaft* baldestmöglich an das neue Aktienrecht anzupassen (101). Sodann ist die Realität der zunehmenden *konzernmässigen Verflechtung* konsequent zur Kenntnis zu nehmen, hat doch schon der Zwischenbericht 1972 aus gutem Grund erklärt, die «Ausarbeitung eines Konzernrechtes sollte rasch an die Hand genommen werden» (102).
- Schliesslich werden auch die *europäischen Vereinheitlichungstendenzen* noch vermehrt zu berücksichtigen sein, ganz gleich, ob sich die Schweiz doch noch zum Alleingang entschliesst, ob der EWR zustande

kommt oder ob ein Beitritt zur EG angestrebt wird (103).

Die Revision des revidierten Aktienrechts wird daher nicht auf sich warten lassen.

Anmerkungen

- (1) Nach einem Referat anlässlich des Bündner Anwaltstages vom 12. Dezember 1991.
- (2) Zum *Gang der Reformarbeiten* vgl. u.a. Peter Böckli: Revision des Aktienrechts, SJZ 80 (1984) 257 ff; Christoph von Greyerz: Ausgangslage, Probleme und Werdegang der Aktienrechtsreform, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = SSHW 74) 1 ff; ders.: Vom Vorentwurf zur Botschaft, in: Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = Schriftenreihe der Schweiz. Treuhand- und Revisionskammer 59) 9 ff; Meier-Hayoz/Forstmoser: Grundriss des Schweiz. Gesellschaftsrechts (6. A. Bern 1989) § 6 N 32 ff; Walter Schluop: Einleitung (zu einem Sonderheft zur Teilrevision des Aktienrechts), SAG 48 (1976) 1 ff; Joseph Voyaume: De l'avant-projet de 1975 au message de 1983, in: Révision du droit des sociétés anonymes (Zürich 1984 = Publication de la Chambre suisse des Sociétés fiduciaires et des Experts-comptables Vol. 60) 11 ff.
- (3) Zur *Literatur*: Erste Kommentare nach Abschluss der Reform enthält die Sondernummer 11/1991 des Schweizer Treuhänder (mit Beiträgen von Carl Baudenbacher, Peter Bertschinger, Peter Böckli, Max Boemle, Pierre Borgeaud, Andreas Casutt, Matthias Eppenberger, Peter Forstmoser, Carl Helbling, Gérard Hertig, Peter Nobel, Roland Ruedin, Günther Schultz, Thomas Staehelin, Hanspeter Thiel, Frank Vischer und André Zünd). Für 1992 ist eine Reihe von selbständigen Publikationen geplant, so: Eric Homburger: Leitfaden zum neuen Aktienrecht (Zürich, erscheint im Januar), Peter Böckli: Das neue Aktienrecht (Zürich, soll im

Frühjahr erscheinen), Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel: Einführung in das schweiz. Aktienrecht (4. A. Bern, soll im Sommer erscheinen), ferner ein Aufsatz von Peter Forstmoser in Heft 1 der ZSR.

Lesenswert sind weiterhin die zahlreichen während der Reformarbeiten erschienenen Publikationen (Übersicht bei Meier-Hayoz/Forstmoser [zit. Anm. 2] § 6 N 75), wobei zu beachten ist, dass der Entwurf noch in den letzten Jahren, d.h. während der parlamentarischen Beratung, in gewissen Teilen wesentlich abgeändert worden ist (u.a. in der Regelung der Vinkulierung). Mit dem gleichen Vorbehalt kann auch die bundesrätliche Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 (BB1 1983 II 745 ff) mit Gewinn beigezogen werden.

- (4) Die erste, 1968 eingesetzte Expertenkommission bekannte in ihrem 1972 vorgelegten Zwischenbericht freimütig, sie habe «ihre Aufgabe nicht darin erblickt, in das Aktienrecht neue allgemeine Grundsätze einzuführen oder bestehende umzugestalten» (S. 192) und sie sei «nicht mit der Absicht an die Arbeit gegangen, neue Tendenzen zu verwirklichen oder modernen Prinzipien den Durchbruch zu verhelfen» (S. 20). In der Folge – und ganz besonders anlässlich der Arbeiten der 1978 eingesetzten Expertenkommission von Greyerz – wurden dann freilich die Reformarbeiten ganz erheblich erweitert und vertieft, und im nun vorliegenden definitiven Text werden die meisten Artikel des bestehenden Rechts – zum Teil freilich nur in stilistischen Einzelheiten – abgeändert und wird dieses um gut 50% erweitert.
- (5) Zu den Schwergewichten der Reform vgl. Vischer in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 3) sowie Peter Forstmoser: Würdigung der Aktienrechtsreform aus der Sicht der Rechtswissenschaft, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = SSHW 74) 109 ff; Christoph von Greyerz: Übersicht über den Entwurf des Bundes-

rates vom 23. Februar 1983, in: Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = Schriftenreihe der Schweiz. Treuhand- und Revisionskammer Bd. 59) 21 ff; Roland Ruedin: Présentation générale du Projet, in: Révision du droit des sociétés anonymes (Zürich 1984 = Publication de la Chambre suisse des Sociétés fiduciaires et des Experts-comptables Vol. 60) 90 ff sowie bundesrätliche Botschaft (zit. Anm. 3) 766 ff.

- (6) So etwa durch höhere Anforderungen für die Gründung und die Kapitalerhöhung, aber auch durch die Aufwertung des Partizipationsscheines.
- (7) Dies etwa durch die neuen Formen des genehmigten und des bedingten Kapitals.
- (8) Näheres bei Zünd in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 3) 552 ff.
- (9) Zur Anpassung an das neue Recht vgl. Helbling in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 3) 560 ff.
- (10) RevOR 663a.
- (11) RevOR 663.
- (12) RevOR 663b.
- (13) RevOR 663b Ziff. 8. Kritisch zur neuen Ordnung Thiel in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 3) 556 ff.
- (14) RevOR 697h in Verbindung mit 663e. Zur Konzernrechnung vgl. Bertschinger in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 3) 564 ff.
- (15) Vgl. RevOR 697a ff. Der Sonderprüfer hat ein Recht auf Auskunft über alle erheblichen Tatsachen. Er berichtet über das Ergebnis seiner Prüfung jedoch unter Wahrung des Geschäftsgeheimnisses.
- (16) Vgl. zu dieser im schweizerischen Recht neuen Institution Andreas Casutt: Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht (Diss. Zürich 1991 = SSHW 136) sowie ders. in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 3) 574 ff.
- (17) Mehr als 5% aller Stimmen oder eine statutarisch festgelegte tiefere prozentmäßige Begrenzung des Eigenkapitals an Namenaktien.

- (18) RevOR 663c. Die Bestimmung wurde noch in der Schlussredaktion – nach dem Abschluss der Beratung durch das Parlament – materiell abgeändert: Der im Juni 1991 – nach der Differenzbereinigung – vorliegende Text sprach in einem Art. 663b bis von «Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind . . .» (Hervorhebung durch mich). Während der «redaktionellen» Bereinigung wurde daraus der definitive Art. 663c, der sich nicht nur aus zwei Abschnitten statt bisher einem zusammensetzt, sondern die Bekanntgabepflicht nur für solche Gesellschaften vorsieht, deren Namenaktien börsenkotiert sind.
- (19) Also nicht mehr generell durch die Statuten.
- (20) Übernahme von Unternehmen, Arbeitnehmerbeteiligung.
- (21) «Wichtiger Grund» im Arbeitsvertragsrecht, im Mietvertragsrecht und im bisherigen Gesellschaftsrecht bedeutet «Unzumutbarkeit», Umstände, die «das weitere Verbleiben im betreffenden Rechtsverhältnis unzumutbar machen . . .» (BGE 89 II 153, vgl. auch etwa BGE 61 II 193 f, 71 II 197).
- (22) Vgl. statt vieler Gaudenz Zindel: Bezugsrechte in der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1984 = SSHW 78) 237 ff.
- (23) RevOR 652b II. Diese Anforderung ergab sich schon bisher aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz als einem ungeschriebenen Prinzip des Aktienrechts, vgl. BGE 102 II 265 ff und besonders hinsichtlich des Bezugsrechts Zindel (zit. Anm. 22) 240 ff.
- (24) Freilich enthielt schon der Zwischenbericht 1972 einen Vorschlag zur Einschränkung der Vinkulierung. Damals ging es vor allem darum, bei privaten Aktiengesellschaften mit einigen wenigen Aktionären der Minderheit eine erleichterte «Austrittsmöglichkeit» durch Veräusserung ihrer Aktien einzuräumen. Im Laufe der Reformarbeiten sind die Vorschläge zur Vinkulierung wiederholt geändert worden. Zum eigentlichen

- Hauptthema der Diskussion aber wurde die Frage seit der ständerätlichen Beratung vom September 1988. Ausgelöst vom Versuch von Dr. Tito Tettamanti, 1987 die «Gebr. Sulzer AG» zu übernehmen, wurde nun in erster Linie eine Einschränkung der Übertragungsschweren bei Publikumsgesellschaften verlangt und schliesslich auch durchgesetzt.
- (25) Vgl. dazu im einzelnen Böckli, Borgeaud und Forstmoser in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 3) 583 ff, 587 ff, 592 ff
- (26) RevOR 685d I.
- (27) Die Bestimmung mit dem Marginale «Ablehnung von Namenaktionären» lautet: «In Ergänzung zu Art. 685d Abs. 1 [d.h. der bei Anm. 26 erwähnten Prozentklausel] kann die Gesellschaft, aufgrund statutarischer Bestimmung, Personen als Erwerber an der Börse gehandelter Namenaktien ablehnen, soweit und solange deren Anerkennung die Gesellschaft daran hindern könnte, durch Bundesgesetze geforderte Nachweise über die Zusammensetzung des Aktionariats zu erbringen.» Solche Nachweise werden namentlich durch die Lex Friedrich und das Bankengesetz, ferner durch einige wenige andere Bundesgesetze verlangt, wobei es durchwegs um die schweizerische Beherrschung geht.
- (28) Vgl. dazu die Ausführungen Forstmoser in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 3) 592 ff.
- (29) RevOR 685b I.
- (30) Und damit insbesondere des Rechts auf Teilnahme an der Generalversammlung und des Stimmrechts.
- (31) Namentlich Recht auf die beschlossene Dividende und ein allfälliges Liquidationsergebnis.
- (32) Vgl. dazu BGE 83 II 297 ff, 90 II 235 ff, 109 II 130 ff, wobei im letzten Entscheid der Begriff «Spaltung», nicht aber der Inhalt der Spaltungstheorie abgelehnt wird.
- (33) Eine praktische Inkonvenienz lag sodann darin, dass der Veräusserer – solange nicht ein Nachfolger im Aktienre-
- gister eingetragen war – noch immer zur Generalversammlung einzuladen war.
- (34) Ganz gelingt dies nicht: Beim Erwerb von nicht börsenkotierten Aktien durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung werden auch weiterhin «das Eigentum und die Vermögensrechte sogleich, die Mitwirkungsrechte erst mit der Zustimmung der Gesellschaft auf den Erwerber über»gehen, RevOR 685c II.
- (35) RevOR 685c I.
- (36) RevOR 685c III.
- (37) OR 706. So hat im Verfahren Canes/Nestlé – Bundesgerichtsentscheid vom 25.6.1991, publiziert in Semaine judiciaire 113 (1991) 653 ff sowie auszugsweise und mit Bemerkungen von Alain Hirsch in SZW 63 (1991) 291 ff, vgl. sodann die Hinweise in ZBJV 127 (1991) 440 f – eine Aktionärsvereinigung, die nur über eine einzige Nestlé-Aktie verfügte, zahlreiche mit grosser Mehrheit gefasste Generalversammlungsbeschlüsse angefochten. Die Anfechtungsklage blieb – bis auf eine Kleinigkeit – erfolglos, doch wurden das Anfechtungsinteresse und das Recht zur Anfechtung vom Bundesgericht ausdrücklich bestätigt.
- (38) An welchem der Aktionär wirtschaftlich nur mit einem Bruchteil partizipiert, da die Klage auf Leistung an die Gesellschaft geht.
- (39) RevOR 706a III und revOR 756 II.
- (40) Kritisch auch Jacques-André Reymond: *Les réformes relatives à l'administration, in: Révision du droit des sociétés anonymes* (Zürich 1984 = Publication de la Chambre suisse des Sociétés fiduciaires et des Experts-comptables, Vol. 60) 59 ff, 67.
- (41) Muss ihr wenigstens Gelegenheit zur Stellungnahme geboten werden? Wenn ja: Von Amtes wegen oder nur auf ihren Antrag hin? Zum ganzen Prozessstoff oder nur zur Kostenregelung? In welcher Eigenschaft? Als Nebenintervenientin? Und mit welchen Rechten? Fragen über Fragen.

- (42) RevOR 651 IV.
- (43) Canes gegen Nestlé vom 25.6.1991, vgl. vorn Anm. 37.
- (44) Wozu nach RevOR 652b II «insbesondere die Übernahme von Unternehmen, Unternehmensteilen oder Beteiligungen sowie die Beteiligung der Arbeitnehmer» gehören sollen. Offen bleibt, ob der Begriff «wichtiger Grund» nicht einfach mit «sachlicher Grund» gleichzusetzen ist, vgl. dazu vorn bei Anm. 20 f. Wäre dem so, dann würden sich die Voraussetzungen für den Entzug nicht wesentlich von den heute geltenden unterscheiden. Dennoch bleibt eine zusätzliche Einschränkung, muss doch der Entzug nach künftigem Recht durch die Generalversammlung beschlossen werden, während nach der vom Bundesgericht geschützten heutigen Praxis der Entscheid an die Verwaltung delegiert werden kann.
- (45) Vgl. RevOR 653 I, 653c II. Diese Ordnung trägt freilich der wirtschaftlichen Realität keine Rechnung: Solche Anleihen werden in der Regel innert Stunden – lange vor Ablauf der offiziellen Emissionsfrist – verkauft. Die Gewährung eines Vorwegzeichnungsrechtes hätte zur Folge, dass die der Gesellschaft durch die plzierenden Banken eingeräumten Bedingungen schlechter ausfallen würden. Es fragt sich, ob nicht in der Erzielung günstiger Emissionsbedingungen ein «wichtiger Grund» zur Aufhebung des Vorwegzeichnungsrechtes liegt, zumal ein solches Recht dann, wenn Anleihen zu Marktbedingungen ausgegeben werden, für kleinere Aktionäre ohnehin kaum von Bedeutung ist.
- (46) Das geltende Recht verlangt, dass die Kapitalerhöhung durch einen Feststellungsbeschluss der Generalversammlung abgeschlossen wird. Um das Erfordernis von zwei Generalversammlungen zu vermeiden, hat es sich in der Praxis – vor allem bei Publikumsgesellschaften – eingebürgert, die neu zu schaffenden Aktien schon vor dem Beschluss über

- die Kapitalerhöhung durch einen Treuhänder zeichnen und liberieren zu lassen. So kann unmittelbar nach dem Erhöhungsbeschluss die erfolgreiche Durchführung der Erhöhung in der gleichen Versammlung festgestellt werden. Die künftige Ordnung verzichtet zu Recht auf die Feststellung durch die Generalversammlung als hierfür denkbar ungeeignetes Organ. Doch wurde mit der Aufgabe nicht – wie es nahegelegen hätte – die Revisionsstelle betraut, sondern der Verwaltungsrat. Damit sind die alten Abwicklungsprobleme durch neue abgelöst worden: Bei Publikumsgesellschaften mit einem vielköpfigen Verwaltungsrat schafft die Einberufung einer Verwaltungsratssitzung hohe Umtriebe. Und bei kleinen Gesellschaften macht sich als Nachteil bemerkbar, dass es für Verwaltungsratssitzungen grundsätzlich keine Vertretungsmöglichkeit gibt: Während heute ein einziger Aktionär – oder auch ein Dritter – die kapitalerhöhende Generalversammlung mittels Vollmacht durchführen kann, wird künftig der gesamte Verwaltungsrat auf dem Notariat erscheinen und dort eine Sitzung abhalten müssen, wenn man sich nicht mit Zirkulationsbeschlüssen behelfen kann. Man wird daher wohl auch in Zukunft danach trachten, mit einem einzigen Sitzungstermin auszukommen, was bei Publikumsgesellschaften auch weiterhin die gängige Festübernahme der neu zu schaffenden Aktien bedingen dürfte.
- (47) Zahlreiche Gesellschaften dürfen aber auch künftig ein Kapital von nur Fr. 50 000.– aufweisen, da heute fast die Hälfte aller Aktiengesellschaften mit diesem minimalen Grundkapital ausgestattet ist.
- (48) Vgl. dazu Boemle in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 3) 598 ff.
- (49) Vgl. BGE 113 II 529 E. 3.
- (50) Für den Katastrophenfall können keine hohen Minimalanforderungen aufgestellt werden.

- (51) Dem Empfänger eines Genussscheines wird regelmässig der Verzicht auf Rechte als Gläubiger bzw. Aktionär zugemutet, weshalb er das Angebot kritisch prüfen wird.
- (52) RevOR 656f I und 656c I.
- (53) RevOR 656f II.
- (54) RevOR 656f III.
- (55) RevOR 622 IV.
- (56) Vgl. OR 659.
- (57) So insbesondere OR 648: Zwei Drittel des gesamten Grundkapitals müssen zustimmen bei Zweckänderungen, bei der Beseitigung erschwerender Vorschriften über die Beschlussfassung und bei der Einführung von Stimmrechtsaktien. Vgl. ferner OR 636 (Sacheinlage- und Sachübernahmegründung; das Quorum gilt analog bei der qualifizierten Kapitalerhöhung, vgl. OR 650 II).
- (58) So scheiterte vor einigen Jahren bei der Bank Leu eine nicht bestrittene Kapitalvereinfachung daran, dass an der Generalversammlung nur 65,7% des Aktienkapitals vertreten waren.
- (59) RevOR 704: Zwei Drittel der vertretenen Stimmen und absolute Mehrheit der vertretenen Nennwerte.
- (60) RevOR 704 II. Unter geltendem Recht konnten dagegen Erschwerungen mit dem gewöhnlichen Quorum für Statutenänderungen – in der Regel absolute Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen (OR 703) – beschlossen werden.
- (61) RevOR 689 d.
- (62) OR 397 f.
- (63) RevOR 689 c.
- (64) RevOR 689 e.
- (65) Vgl. im einzelnen die abschliessende Aufzählung im neuen Art. 716a sowie Nobel in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 3) 531 ff.
- (66) Das Gleichbehandlungsprinzip ist im geltenden Aktienrecht nicht explizit verankert, vgl. vorn Anm. 23.
- (67) RevOR 754 II. Dass die nötige Sorgfalt angewendet wurde, ist vom Organ darzulegen, vgl. Arthur Hunziker: Neuerungen in der Stellung und Verantwort-

lichkeit der Organe, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = SSHW 74) 89 ff, 103.

- (68) Eine Ausnahme gilt für die sog. externe Kontrollstelle gemäss OR 723: Volkswirtschaftlich bedeutsame Gesellschaften müssen die Bilanz durch unabhängige, fachlich qualifizierte Büchlersachverständige prüfen lassen.
- (69) Ausgeschlossen ist nach OR 727 II lediglich, dass als Revisoren «Mitglieder des Verwaltungsrates oder Angestellte der Gesellschaft» amtieren. Dagegen braucht die Kontrollstelle von einem Hauptaktionär nicht unabhängig zu sein, und bis vor wenigen Jahren war es eine – rechtlich nicht zu beanstandende – Unsitte, dass Gesellschaften ihre Rechnung durch eine abhängige Tochtergesellschaft prüfen liessen.
- (70) Bei der Anmeldung einer AG zur Eintragung in das Handelsregister ist gemäss OR 640 III Ziff. 4. ein Ausweis dafür erforderlich, «dass die ... Kontrollstelle bestellt» worden ist. Später wird dieses Erfordernis jedoch nicht mehr geprüft, und die bestellte Kontrollstelle kann unmittelbar nach dem Abschluss der Gründung zurücktreten oder abgewählt werden.
- (71) RevOR 727a; besondere, auf Verordnungsstufe zu spezifizierende Anforderungen werden an die Prüfer volkswirtschaftlich bedeutsamer Unternehmen gestellt, RevOR 727b: von Gesellschaften, die Anleiheobligationen ausstehend haben oder deren Aktien an der Börse kotiert bzw. vorbörslich gehandelt werden oder die eine bestimmte Grösse erreicht haben (in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren müssen zwei der folgenden Grössen überschritten werden: Bilanzsumme Fr. 20 Mio., Umsatzerlös Fr. 40 Mio., 200 Arbeitnehmer im Jahresdurchschnitt). – Zur erforderlichen fachlichen Qualifikation vgl. Schultz in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 3) 546 ff.

(72) RevOR 727e III.

(73) RevOR 727c. Vgl. hiezu Schultz in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 3) 546 ff.

(74) RevOR 727c II.

(75) RevOR 641 Ziff. 10.

(76) RevOR 727 f.

(77) Vgl. revOR 635a, 652 f. Die Prüfung erfolgt indirekt: Die Gründer bzw. – bei der Kapitalerhöhung – der Verwaltungsrat haben schriftlich Rechenschaft zu geben über die Angemessenheit der Bewertung von Sacheinlagen oder Sachübernahmen und die Angemessenheit besonderer Vorteile zugunsten von Gründern, Aktionären oder anderen Personen. Ein Revisor bzw. – bei der Kapitalerhöhung – die Revisionsstelle hat sodann diesen Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsbericht zu prüfen und zu bestätigen, «dass dieser vollständig und richtig ist».

(78) RevOR 670 II.

(79) RevOR 725 II.

(80) Diese und weitere Prüfungsaufgaben sind zum Teil durch einen besonders befähigten Revisor auszuführen, vgl. RevOR 653f I, 653i, 731a I, 732 II, 745 III.

(81) Vgl. dazu die Ausführungen vorn bei Anm. 15 f.

(82) RevOR 729b II.

(83) Vgl. dazu Forstmoser in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 3) 536 ff sowie ders.: Die persönliche Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates und ihre Vermeidung, in: Das neue Aktienrecht, Schriftenreihe des Schweiz. Anwaltsverbandes, erscheint 1992.

(84) Vgl. dazu Eppenberger in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 3) 542 ff.

(85) Nach Art. 52 des AHV-Gesetzes hat ein Arbeitgeber, der *absichtlich* oder *grob-fahrlässig* Vorschriften des AHVG missachtet und dadurch einen Schaden verschuldet, diesen der Ausgleichskasse zu ersetzen. Das Eidg. Versicherungsgericht hat aus dieser Norm faktisch eine neue Kausalhaftung für Mitglieder des Verwaltungsrates kreiert:

– Über den Wortlaut hinaus wurde aus AHVG 52 bei juristischen Personen eine subsidiäre Haftung der *verantwortlichen Organe* hergeleitet, obwohl diese selber nicht «Arbeitgeber» sind.

– Vor allem aber legt das Eidg. Versicherungsgericht im Hinblick auf AHVG 52 einen Verschuldensmassstab an, der aus dieser Norm trotz der gesetzlichen Beschränkung auf Absicht und Grobfahrlässigkeit nahezu eine *Kausalhaftung* macht, vgl. etwa BGE 108 V 123 und 203, 114 V 219 ff. Zur Kritik vgl. Peter Forstmoser: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit (2. A. Zürich 1987) N 1080 ff.

(86) Schlussbestimmungen 2 II. Die Neuordnung des Rechts der PS tritt zum Teil trotz entgegenstehender Statuten- oder Ausgabebedingungen sofort in Kraft, Schlussbestimmungen 3 I.

(87) Schlussbestimmungen 2 II.

(88) Diese müssen sich also erstmals in der Rechnung per Ende 1994 finden.

(89) Dies ergäbe eine Konsolidierungspflicht erstmals per Ende 1994.

(90) Vgl. vorn bei Anm. 17 f.

(91) Also im Anhang zur Bilanz per Ende 1992.

(92) Wobei bestehende Finanzierungs-genussscheine allenfalls angepasst werden müssen.

(93) Vgl. vorn bei Anm. 60.

(94) Nach Art. 657 V des geltenden Rechts können PS zusammengelegt werden, wenn die Mehrheit des PS-Kapitals zustimmt. Künftig dürfte dagegen OR 623 II, wonach für die Zusammenlegung von Papieren die Zustimmung des Berechtigten erforderlich ist, nicht nur für Aktien, sondern auch für PS gelten.

(95) Vgl. dazu vorn bei Anm. 43 ff.

(96) Im Hinblick auf Änderungen im PS-Kapital ist jedoch darauf hinzuweisen, dass unter künftigem Recht bei der Umwandlung von PS in Aktien die Stempelsteuer entfallen dürfte.

(97) Vorn Anm. 57.

(98) Vgl. vorn bei Anm. 59.

- (99) Vgl. vorn 71 ff.
(100) Zum Klagerecht vgl. vorn bei Anm. 72.
(101) Wo es um die angemessene Regelung wirtschaftlicher Tätigkeit geht – etwa bei den Rechnungslegungsvorschriften und denen zum Schutz der Kapitalbasis –, drängt sich eine übereinstimmende Ordnung für die AG, die GmbH und die Genossenschaft auf.

- (102) Zwischenbericht (zit. Anm. 4) 192.
(103) Zur Europakompatibilität des künftigen schweizerischen Aktienrechts vgl. die Beiträge Vischer, Baudenbacher und Hertig in Schweizer Treuhänder (zit. Anm. 3) 525 f, 608 ff, 613 ff.

Der Entscheid

Zivilprozess

Art. 237 ZPO Beschwerde gegen Präsidialverfügungen

- Eine Kognitionsbeschränkung der Beschwerdeinstanz entbehrt einer gesetzlichen Grundlage und verstösst gegen Art. 4 BV.
- Ein Novenverbot im Beschwerdeverfahren ist mindestens vertretbar und hält daher vor dem Willkürverbot von Art. 4 BV stand.

Sachverhalt (gekürzt):

A. Zwischen den Eheleuten Jolanda M. und Leo M. ist beim Vermittleramt des Kreises A. ein Ehescheidungsprozess hängig. Jolanda M. stellte ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen. Sie verlangte unter anderem, Leo M. sei zu verpflichten, an ihren Unterhalt und jenen der beiden Kinder ab 1. Juli 1990 einen monatlichen, jeweils im voraus zahlbaren Beitrag von insgesamt mindestens Fr. 6000.– zu bezahlen. Der Bezirksgerichtspräsident verpflichtete Leo M., an den Unterhalt seiner Ehefrau und seiner beiden Kinder ab 1. August 1990 insgesamt Fr. 2000.– monatlich zu bezahlen.

B. Eine von Jolanda M. gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde wurde vom Bezirksgerichtsausschuss B. abgewiesen.

C. Jolanda M. gelangt mit staatsrechtlicher Beschwerde an das Bundesgericht und verlangt die Aufhebung des Urteils des Bezirksgerichtsausschusses und der Verfügung des Bezirksgerichtspräsidenten.

Aus den Erwägungen des Bundesgerichts:

1. Mit der staatsrechtlichen Beschwerde wird nicht nur die Aufhebung des Entscheides des Bezirksgerichtsausschusses, sondern auch der Verfügung des Bezirksgerichtspräsidenten verlangt. Der Entscheid einer unteren

Inстанz kann jedoch nur mitangefochten werden, wenn entweder der letzten kantonalen Instanz nicht sämtliche vor Bundesgericht erhobenen Rügen unterbreitet werden konnten oder wenn solche Rügen zwar von der letzten kantonalen Instanz zu beurteilen waren, jedoch mit einer engeren Prüfungsbezugnis, als sie dem Bundesgericht zusteht (BGE 115 Ia 414 f.; 114 Ia 311 E. 3a). Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben. Der Bezirksgerichtsausschuss hat die Verfügung des Bezirksgerichtspräsidenten nicht mit einer engeren Kognition geprüft als jener, die dem Bundesgericht im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren wegen Verletzung von Art. 4 BV (Willkürbeschwerde) zusteht. Soweit mit der Beschwerde auch die Aufhebung der Verfügung des Bezirksgerichtspräsidenten verlangt wird, kann auf sie nicht eingetreten werden.

2. Die Beschwerdeführerin rügt in erster Linie, der Bezirksgerichtsausschuss habe seine Kognition in willkürlicher Weise beschränkt. Dieser hat die Verfügung des Bezirksgerichtspräsidenten nämlich in tatsächlicher Hinsicht nur auf die Verletzung von Beweisvorschriften, offensichtliche Versehen und Willkür hin überprüft. Auch mit Bezug auf die rechtliche Würdigung hat der Bezirksgerichtsausschuss seine Kognition bei der Prüfung des Ermessens darauf beschränkt, ob eine Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens vorliege.

Man kann sich fragen, ob das Bundesgericht die gerügte Kognition nicht auch darauf hin prüfen könne, ob darin eine formelle Rechtsverweigerung zu erblicken sei, auch wenn diese Frage in der Beschwerde nicht aufgeworfen wird.

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt die unzulässige Beschränkung der Kognition eine formelle Rechtsverweigerung dar, deren Vorliegen das Bundesgericht frei prüft (115 Ia 6 E. 2b). Die Frage kann indessen offen bleiben, da die Beschwerde, wie die folgenden Ausführungen zeigen, auch