

I. Einleitung

Die Fachveranstaltung „Neues Aktienrecht“ gliederte sich in zwei Teile:

1. Der Gastreferent, Prof. Dr. Peter Forstmoser, vermittelte dem Plenum einen vielbeachteten Überblick über die wesentlichen Elemente der Aktienrechtsrevision (siehe Abschnitt II.).
2. In den anschliessenden Gruppenarbeiten wurden die Teilnehmer zuerst in ausgewählten (nachstehend genannten) Themen mit den neuen Gesetzesbestimmungen vertraut gemacht. Daraufhin wurden in gruppenweisen Diskussionen die praktischen Auswirkungen dieser Neuerungen erörtert. In Anbetracht der Fülle des Stoffes und der knappen Zeitvorgabe entschloss man sich zur Beschränkung auf folgende Themen:
 - Ordnungsmässigkeit
 - Anhang
 - Stille Reserven
 - Konzernrechnung

Den Teilnehmern wurde diese thematische Schwerpunktbildung in einem der Tagung vorausgehenden Orientierungsschreiben erläutert.

Das neue Aktienrecht wurde aus aktuellem Anlass zu einem der Tagungsthemen gewählt: In der Sommersession 1991 haben die eidgenössischen Räte die letzten Beratungen zur Gesetzesvorlage zu Ende gebracht, und nur wenige Tage vor der Kammertagung fand die Schlussabstimmung über diese Vorlage statt.

Für viele Teilnehmer war diese Fachveranstaltung der erste vertiefte Kontakt mit den Vorschriften des neuen Aktienrechts in den Bereichen Rechnungslegung und Rechnungsprüfung, da in jenem Zeitpunkt im Schrifttum noch kaum Angaben zur praktischen Ausgestaltung der neuen Gesetzesbestimmungen verfügbar waren. In diesem Sinne sind die in den Gruppenarbeiten abgegebenen Meinungen gleichsam berufsständische Voten „der ersten Stunde“, die durch spätere Meinungsbildung konkretisiert oder geändert werden können.

II. Einführungsreferat* von Prof. Dr. Peter Forstmoser zum Thema: Das neue Schweizer Aktienrecht

Am 4. Oktober 1991 ist die Revision des Aktienrechts vom Parlament definitiv und ohne Gegenstimme verabschiedet worden. Ein Referendum ist nicht ergriffen worden, und auf den 1. Juli 1992 wird das neue Recht in Kraft treten.

Damit steht das Resultat der jahrzehntelangen Reformarbeiten endgültig fest, und es ist dies ein geeigneter Moment, um sich einmal mehr das Thema „Aktienrechtsreform“ vorzunehmen. Ich möchte dies im folgenden mit einem *Rückblick* wie auch mit einem *Ausblick* tun:

- Rückblickend möchte ich in Erinnerung rufen, weshalb das an sich bewährte Schweizer Aktienrecht überhaupt zu revidieren war (Ziff. I.), wie der Gang der Reformarbeiten vor sich ging (Ziff. II.) und welches die Stossrichtungen der Reform waren (Ziff. III.).
- In die Zukunft schauend möchte ich einige besonders wichtige Änderungen vorstellen (Ziff. IV.–VI.) und auch kurz auf die Inkraftsetzung des neuen Rechts eingehen (Ziff. VII.).

A. Reformbedürftigkeit des Schweizer Aktienrechts

Die Reformbedürftigkeit des schweizerischen Aktienrechts ist unbestritten, obwohl keine eigentlichen Missstände – wenigstens keine solchen, die mit rechtlichen Massnahmen behoben werden könnten – zu vermelden sind. Die Gründe sind vielfältig:

- In den letzten Jahrzehnten hat sich die AG in der Schweiz zur *dominierenden Organisationsform* entwickelt. Die *Zahlen* belegen dies eindrücklich: 1955 gab es in der Schweiz gut 26'000 Aktiengesellschaften¹, denen knapp 14'000 Kollektiv- und Kommanditgesellschaften² und 12'509 Genossenschaften gegenüberstanden. Bis Ende 1990 hat sich die Zahl der Aktiengesellschaften

* Erweiterte Fassung des Referats an der Fachtagung der Treuhand-Kammer vom 10. Oktober 1991. Die Darstellung ist – ergänzt und modifiziert – auch erschienen in: Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden (ZGRG) 1991, S. 78 ff., und in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 1992, S. 1 ff.

¹ Ende 1955 26'189.

² 10'069 Kollektivgesellschaften, 3'620 Kommanditgesellschaften.

versechsfacht³, während die der Personengesellschaften nur um knapp einen Drittel⁴ zunahm und die der Genossenschaften fast konstant blieb⁵.

Der Bedeutungszuwachs der AG war aber nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ: Obwohl der Gesetzgeber von 1936 für die AG die Publikums-gesellschaft im Auge hatte, ist daraus eine Rechtsform für jederlei wirtschaftliche Tätigkeit geworden, eine eigentliche „Bonne à tout faire“. Von Nestlé und Ciba-Geigy bis zum Buchhalter, der als Einmann-AG firmiert und dadurch sein Risiko beschränken will, von der produktiven Unternehmung bis zur inaktiven Holdinggesellschaft dient die AG als Organisationsform, daneben auch etwa für Immobiliengesellschaften, die eigentlich nichts anderes sind als Grundstücke mit eigener Rechtspersönlichkeit.

- Die geltende Ordnung enthält für *legitime Bedürfnisse keine Regelung*. Die Praxis ging nicht selten über Wortlaut und Sinn des Gesetzes hinaus; sie schuf Ersatzlösungen, deren rechtliche Zulässigkeit nicht immer eindeutig ist. Zu erwähnen ist etwa der Partizipationsschein als Finanzierungsmittel, dessen rechtliche Grundlage der ganz anders konzipierte Genussschein ist. Zu denken ist auch an das Institut der „Vorratsaktien“, deren Rechtmässigkeit das Bundesgericht freilich vor kurzem – quasi als Abgesang zum geltenden Recht – ausdrücklich bestätigt hat⁶.
- Die ungenügende gesetzliche Regelung lässt auch ausgesprochene *Umgehungen* zu, etwa die von der Verwaltung einer AG oder ihrem Hauptaktionär vollständig abhängige Kontrollstelle, die womöglich nicht einmal über buchhalterische Kenntnisse verfügt.
- Endlich ist unbestritten, dass unter dem geltenden Recht die *Klein- und die Minderheitsaktionäre zu kurz kommen*. Dies um so mehr, als eine ausgesprochen restriktive Gerichtspraxis die im Gesetz enthaltenen Ansätze des Minderheitenschutzes noch eingeengt hat⁷.

3 Bestand Ende 1990: 160'541.

4 15'423 Kollektivgesellschaften, 3'349 Kommanditgesellschaften.

5 13'858.

6 Entscheid Canes/Nestlé vom 25. Juni 1991, BGE 117 II 290 ff.

7 Schon 1956 bedauerte F.W. Bürgi, es würden „das Dividenden-, das Kontroll- und Auskunftsrecht als die theoretisch wirksamsten Schutzbestimmungen für die Minderheit ... ständig weiter eingeschränkt“ (Das Problem des Minderheitenschutzes im schweizerischen Aktienrecht, SAG 29, 1956/57, 81 ff., 84). Illustrativ ist etwa die vielkritisierte Aussage des Bundesgerichts in BGE 99 II 55 ff., 62, der Aktionär unterwerfe sich mit dem Eintritt in die Gesellschaft dem Willen der Mehrheit, und er anerkenne, „dass diese auch dann bindend entscheidet, wenn sie nicht die bestmögliche Lösung trifft und ihre eigenen Interessen unter Umständen denjenigen der Gesellschaft und einer Minderheit vorgehen lässt ...“, und der Richter dürfe nur einschreiten, wenn die Mehrheitsaktionäre ihre Macht „im Hinblick auf entgegengesetzte Interessen der Minderheitsaktionäre offensichtlich missbraucht haben“. In die gleiche Richtung weist der Tenor anderer Entscheide, etwa von BGE 104 II 32 ff.

B. Gang der Reformarbeiten, Hinweis auf ihre Problematik

- a) Dieses unbestrittene Reformbedürfnis hat nun – nicht zuletzt mangels einer schlagkräftigen Lobby⁸ – keineswegs zu einer raschen Gangart bei den Reformarbeiten geführt:

Die Reform des schweizerischen Aktienrechts dauerte vielmehr – und dies ist selbst für die Schweiz, wo die Mühlen des Gesetzgebers traditionell langsam mahlen, rekordverdächtig – *fast ein Vierteljahrhundert*: 1968 wurde – aufgrund von parlamentarischen Vorstössen in den frühen sechziger Jahren – eine erste Expertenkommission eingesetzt, die 1972 einen Zwischenbericht und erste ausformulierte Vorschläge unterbreitet hat. Damals wurden die Weichen gestellt: Obwohl der Auftrag an die Kommission in keiner Weise beschränkt war, erklärte die Arbeitsgruppe freimütig, sie habe „ihre Aufgabe nicht darin erblickt, in das Aktienrecht neue allgemeine Grundsätze einzuführen oder bestehende umzugestalten“⁹, und sie sei „nicht mit der Absicht an die Arbeit gegangen, neue Tendenzen zu verwirklichen oder modernen Prinzipien zum Durchbruch zu verhelfen“¹⁰. Das Resultat war ein heterogenes Sammelsurium von Vorschlägen da und dort, das im Zuge allgemeiner Ratlosigkeit zunächst einmal in die Vernehmlassung geschickt wurde.

1975 wurde der Öffentlichkeit ein Vorentwurf präsentiert, zu dem erneut eine ausgiebige Vernehmlassung durchgeführt wurde.

Eine neue Expertenkommission nahm 1978 ihre Arbeit auf und veranlasste eine Kurskorrektur: Zwar blieb es bei der Teilrevision, doch wurde nun das gesamte Aktienrecht durchgesehen, und die geplanten Änderungen wurden in den grösseren Zusammenhang gestellt.

1983 erschienen schliesslich (diesmal ohne erneute Vernehmlassung) der bundesrätliche Entwurf und die Botschaft des Bundesrates.

1985 wurde die Vorlage ein erstes Mal im Nationalrat als Erstrat besprochen, 1988 im Ständerat. Die Behandlung in den Räten, die sich bis in den Sommer 1991 hinzog, hat noch wesentliche Veränderungen gebracht, so insbesondere in der Vinkulierungsfrage, welche die politische Diskussion der letzten Jahre dominiert hat.

Mitte 1992 soll – wie erwähnt – das neue Recht in Kraft treten.

- 8 Trotz der erwähnten Mängel lässt es sich mit dem äusserst liberalen geltenden Recht gut leben. Die Reform wurde daher weniger von Repräsentanten der Aktiengesellschaften gefordert als von Finanzjournalisten, Professoren und Revisoren.
- 9 Zwischenbericht des Präsidenten und des Sekretärs der Arbeitsgruppe für die Überprüfung des Aktienrechts zum Vorschlag für eine Teilrevision des Aktienrechtes (Bern 1972) 192.
- 10 Zwischenbericht (zit. Anm. 9) 20.

b) Diese insgesamt äusserst gemächliche Gangart wurde durchbrochen von *Zeiten der Überstürzung*: Bereits erwähnt wurde, dass vor der Veröffentlichung des bundesrätlichen Entwurfs trotz der einschneidenden Modifikationen durch die letzte Expertenkommission keine Vernehmlassung durchgeführt worden ist. In der parlamentarischen Beratung der letzten Jahre und Monate und selbst noch in der Redaktionskommission sind sodann nicht unwesentliche Änderungen gemacht worden, zu denen die interessierten Kreise ebenfalls nicht offiziell Stellung nehmen konnten¹¹.

c) Dieses *Wechselbad von Far niente und Hektik* hat im Entwurf Spuren hinterlassen.

aa) Auch wenn gut Ding Weile haben will, kann eine derart *lange Reformdauer* einem Gesetzesprojekt nicht gut bekommen, schon deshalb nicht, weil sich zum einen die Schwergewichte der politischen Diskussion, zum anderen aber auch die herrschenden Auffassungen ändern:

Standen im ersten Jahrzehnt der Reform die *stillen Reserven*¹² im Mittelpunkt der Auseinandersetzungen, so war es gegen Ende der Reform fast ausschliesslich die *Vinkulierungsfrage*.

Und die Regelung der *Vinkulierung*, der Erschwerung der Übertragbarkeit von Aktien, ist ein schönes Beispiel dafür, wie sich im Laufe der Zeit die Auffassungen ändern.

Zwar enthält schon der *Zwischenbericht 1972* einen einschränkenden Vorschlag: Die Ablehnung von Erwerbem sollte nicht mehr „ohne Angabe von Gründen“¹³ möglich sein, sondern nur noch aus wichtigen oder statutarisch besonders genannten Gründen. Obwohl die Bestimmung generell gehalten war, dachte man – dies zeigt die Begründung¹⁴ – vorwiegend an die privaten Gesellschaften mit einigen wenigen Aktionären. Hier sollte der Minderheit eine erleichterte „Austrittsmöglichkeit“ durch Veräusserung der Aktien eingeräumt werden. Für

11 Zu denken ist insbesondere an die neuen Bestimmungen zu den zulässigen Übertragungserleichterungen, vgl. nachstehend IV. 3.

12 Das geltende Recht lässt die Bildung wie die Auflösung stiller Reserven fast unbeschränkt zu. Der von schweizerischen Aktiengesellschaften ausgewiesene Erfolg zeigt daher nicht selten bestenfalls die Tendenz des Geschäftsgangs an, den wirklichen Erfolg dagegen nicht einmal in der Grössenordnung. In den letzten Jahren ist freilich die Aussagekraft der Rechnungslegung vor allem bei Publikumsgesellschaften massiv verbessert worden, nicht zuletzt aufgrund des Drucks der Finanzpresse und im Hinblick auf den (schweizerischen und internationalen) Kapitalmarkt.

13 So Art. 686 II des geltenden Rechts.

14 Beiläufig wird zwar das Bedürfnis von Publikumsgesellschaften, den schweizerischen Charakter zu erhalten, erwähnt. Ausführlich befasst sich aber der Zwischenbericht vor allem mit der allenfalls „stossenden Benachteiligung der Minderheit“ bei „Klein- und Familienaktiengesellschaften“; vgl. Zwischenbericht (zit. Anm. 9) 162 f.

Publikumsgesellschaften genügte nach allgemeiner Ansicht die Freiheit des Verkaufs an der Börse. Im *Vorentwurf 1975* kehrte man konsequenterweise zur freien Vinkulierbarkeit bei kotierten Aktien zurück. Der *bundesrätliche Entwurf von 1983* sah erneut Schranken für alle Gesellschaften vor, jedoch mit einer Ordnung, die für private Aktiengesellschaften konzipiert war. In der ersten Lesung im *Nationalrat* (Oktober 1985) wurden die Vinkulierungsmöglichkeiten ebenfalls allgemein begrenzt. Die „Erhaltung des schweizerischen Charakters der Gesellschaft und der Ausschluss des Erwerbs von Aktien durch Konkurrenten“ sollten aber selbst dann Gründe für eine Verweigerung der Eintragung sein, wenn sie nicht in den Statuten genannt waren – eine Erweiterung gegenüber dem geltenden Recht! Erst in der *ständerätlichen Beratung* im September 1988 – nach der Auseinandersetzung Sulzer/Tettamanti¹⁵ und nicht zuletzt auch als Folge des vermehrten Rufs nach Europatauglichkeit – erfolgte dann ein Gesinnungswandel. Vorgesehen wurde nun eine Zweiteilung in eine Ordnung für Publikums- und eine solche für personenbezogene Gesellschaften, wobei vor allem für Publikumsgesellschaften die Möglichkeiten der Vinkulierung massiv eingeschränkt wurden.

bb) Nicht ohne Probleme war aber auch die zeitweilige *Hektik* der Reformarbeiten:

So war es m.E. ein Fehler, den im Zuge der Gesetzgebungsarbeiten zentralen bundesrätlichen Entwurf ohne vorherige Vernehmlassung dem Parlament zuzustellen: Etliche Mängel hätten sich vermeiden lassen, wenn man von den Erfahrungen aller betroffenen Kreise hätte profitieren können¹⁶. In den parlamentarischen Kommissionen und teils in den Räten selbst wurden dann diese Schwächen so gut als möglich ausgemerzt. Das Parlament ist aber nicht das richtige Gremium für juristische Kleinarbeit.

Auch der Aktivismus während des Bereinigungsverfahrens im Parlament hatte negative Auswirkungen: Vereinzelt sind Mängel stehen-

15 Im Jahre 1987 versuchte Dr. Tito Tettamanti, die alteingesessene Winterthurer Publikumsgesellschaft „Gebrüder Sulzer AG“ zu übernehmen. Mit Tessiner Charme und guter PR gelang es ihm nicht nur, die Übernahmeproblematik in das Scheinwerferlicht zu stellen, sondern auch, den öffentlichen Bieter – bisher als „Raider“ weit überwiegend scheinbar angesehen – zum Valablen, in der Presse vielfach gefeierten Player im Spiel der Wirtschaft zu machen.

16 So wurde etwa für die Vinkulierung eine Ordnung vorgeschlagen, die beim Börsenhandel nicht hätte funktionieren können, ein Fehler, der in einer Vernehmlassung zweifellos aufgedeckt worden wäre.

geblieben¹⁷, und auch in diesem Stadium machte sich das Fehlen einer kritischen Durchsicht durch Fachleute bemerkbar¹⁸.

- d) Trotz der Konzeption als Partialrevision hat die Aktienrechtsreform schliesslich weitaus *die meisten Artikel* des bestehenden Rechts *erfasst* und dieses um gut 50% erweitert. Im Füllhorn der revidierten und der neuen Bestimmungen finden sich nicht nur notwendige und nützliche, sondern vereinzelt auch problematische oder überflüssige Neuerungen. Problematisch ist es, wenn einfach – ohne die Absicht materieller Änderung – *Artikel und Absätze verschoben* werden. Das revidierte Recht bietet dafür zahlreiche Beispiele. So finden sich etwa die Nationalitäts- und Domizilerfordernisse gemäss Art. 711 I und IV des geltenden Rechts unverändert in Art. 708 III und IV. Die Möglichkeit, Zirkulationsbeschlüsse zu fassen, ist künftig nicht mehr in OR 716, sondern in Art. 713 II, aber wörtlich gleich geregelt. Solche Umstellungen sind – auch wenn sie systematisch überzeugen mögen – unzweckmässig, weil sie die Arbeit mit der vorhandenen reichhaltigen Judikatur und Literatur unnötig erschweren. Nicht nur vorteilhaft ist es sodann, wenn bei gleichem Inhalt *sprachliche Anpassungen und Modernisierungen* erfolgen. Auch hierfür findet sich eine Reihe von Beispielen: Der Protokollführer wird zum Sekretär¹⁹, die Verwaltung zum Verwaltungsrat²⁰, die „gemeinsame“ zur „gesamthaften“ Geschäftsführung²¹, die Kontrollstelle zur Revisionsstelle²². Jeweils mit

17 Augenfällig etwa in den Art. 685d ff., wo die Vinkulierung für börsennotierte Namenaktien geregelt ist: Im Ingress zu Art. 685d und dessen Abs. I ist von „börsennotierten Namenaktien“ die Rede, ebenso in den Art. 685e und 685f. Dagegen ist in Art. 685d III der Ausdruck „börslich gehandelte Namenaktien“ stehengeblieben. Der Fehler wurde später in der redaktionellen Überarbeitung noch korrigiert.

18 So wurde z.B. durch den Ständerat ein Vorwegzeichnungsrecht für die Aktionäre bei der Ausgabe von Wandel- und Optionsanleihen eingeführt, das nach dem definitiven Wortlaut nur beschränkt oder aufgehoben werden kann „wenn ein wichtiger Grund vorliegt“ (revOR 653c). Diese Ordnung trägt der wirtschaftlichen Realität – dem Verkauf solcher Anleihen innert Stunden vor Ablauf der offiziellen Emissionsfrist – keine Rechnung, ebensowenig dem Umstand, dass ein solches Bezugsrecht nur für die grösseren Aktionäre von Bedeutung sein könnte: Wegen der regelmässig kleinen Zahl neuer Aktien würde das Recht auf *einen* neuen Titel z.B. im Gegenzug zu 50 bisherigen gewährt. Die Kleinaktionäre würden daher leer ausgehen, da sie das Bezugsrecht nicht geltend machen (fehlende Anzahl Aktien), aber auch nicht verwerten könnten. (Da der Emissionspreis regelmässig dem Marktpreis im Zeitpunkt der Festlegung entspricht, sollte dem Bezugsrecht kein oder praktisch kein Wert zukommen.) Ein Vorwegzeichnungsrecht würde damit die Ausgabe von Options- und Wandelanleihen verlangsamen und komplizieren und zu einer Verschlechterung der Bedingungen für die Gesellschaft führen, ohne dem Aktionär einen wesentlichen Vorteil zu verschaffen.

19 revOR 712 I und 713 II, bisher OR 714 und 715 I.

20 revOR 718 III, bisher OR 717 I a.E.

21 revOR 716b III, vgl. OR 717 III.

22 Vgl. revOR 727 ff.

leichter Modifikationen entspricht sodann etwa OR 754 I revOR 754 I und 755, OR 755 revOR 756 I, OR 756 revOR 757 I und II, OR 757 revOR 758, aber auch OR 718 I revOR 718a²³ oder OR 717 I am Ende revOR 718 III²⁴.

Auch zu solchen sprachlichen Verbesserungen ist ein Fragezeichen zu setzen, bleibt doch fürs erste stets unklar, ob mit der sprachlichen auch eine materielle Änderung beabsichtigt war oder nicht.

- e) Diese kritischen Hinweise sind nun aber zu korrigieren durch die Feststellung, dass durch die Reform insgesamt eine *grosse Zahl von Einzelheiten verbessert*, aber auch begrüssenswerte strukturelle Änderungen vorgenommen worden sind. Auf sie sei im folgenden näher eingetreten.

C. Stossrichtungen der Reform

- a) Angesichts der langen Dauer der Reformarbeiten, aber auch im Hinblick auf die zumindest anfänglich ausgesprochen kurz gesteckten Ziele der Reform erstaunt es nicht, dass sich den revidierten Bestimmungen kein einheitlicher Grundzug entnehmen lässt. Immerhin zeigt eine nähere Betrachtung bestimmte Stossrichtungen, 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 eindämmen²⁵. Auf der anderen Seite bemühte man sich um eine flexiblere Ordnung²⁶.
- Endlich sollten *Struktur und Funktionsfähigkeit* aller drei *Organe* – der Verwaltung, der Generalversammlung und der Revisionsstelle – verbessert werden.

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

23 Vertretungsmacht.

24 Vertretungsbefugnis mindestens eines Verwaltungsratsmitgliedes.

25 So etwa durch höhere Anforderungen für die Gründung und die Kapitalerhöhung, aber auch durch die Aufwertung des Partizipationsscheins.

26 Dies etwa durch die neuen Formen des genehmigten und des bedingten Kapitals.

D. 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:

- Ganz allgemein wird die Rechnungslegung durch zwingende *Minimalgliederungsvorschriften* für Bilanz²⁷ und Erfolgsrechnung²⁸ verbessert. Hinzu kommt ein Bilanzanhang²⁹, der u.a. 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“³⁰. Die Bildung stiller Reserven bleibt dagegen weiterhin möglich; Tiefstapel 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 Aktien³¹ 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 des Aktionärs an Offenlegung überwunden werden soll³². In dieses neue Institut wird man freilich keine allzu hohen Erwartungen setzen dürfen³³.

27 revOR 663a.

28 revOR 663.

29 revOR 663b.

30 revOR 663b Ziff. 8.

31 revOR 697h i.V.m. 663e.

32 Vgl. revOR 697 ff. Voraussetzung für die Einleitung einer Sonderprüfung ist, dass die Abklärung bestimmter Sachverhalte zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich und dass das Recht auf Auskunft oder Einsicht bereits ausgeübt worden ist. Entspricht die Generalversammlung dem Antrag auf Einleitung einer Sonderprüfung nicht, können Aktionäre, die zusammen mindestens 10% des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von Fr. 2 Mio. vertreten, die Einsetzung eines Sonderprüfers beim Richter verlangen, falls sie glaubhaft machen können, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit Gesellschaft oder Aktionäre geschädigt haben.

Der Sonderprüfer hat ein Recht auf Auskunft über alle erheblichen Tatsachen. Er berichtet über das Ergebnis seiner Prüfung jedoch unter Wahrung des Geschäftsgeheimnisses.

33 Vgl. zu dieser im schweizerischen Recht neuen Institution Andreas Casutt, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht (Diss. Zürich 1991 = SSHW 136).

– Endlich müssen Gesellschaften, deren Aktien börsenkotiert sind, die ihnen bekannten Grossaktionäre und Grossaktionärsgruppen³⁴ bekanntgeben³⁵.

2. Verstärkung des Bezugsrechts

Das neue Recht verstärkt sodann das Bezugsrecht der Aktionäre: Gemäss revOR 652b soll das Bezugsrecht nur noch im Rahmen eines Kapitalerhöhungsbeschlusses³⁶ und überdies nur „aus wichtigen Gründen“ aufgehoben werden. Zur Voraussetzung des wichtigen Grundes ist freilich darauf hinzuweisen, dass die erwähnten Beispiele³⁷ zeigen, dass dieser Begriff keineswegs im gleichen Sinne verwendet wird wie an anderen Orten des Gesetzes³⁸. Vielmehr dürfte das Kriterium dem des schon heute durch Lehre und Praxis geforderten „sachlichen Grundes“ nahestehen³⁹. Ebenso werden 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“⁴⁰.

3. Erleichterung der Übertragbarkeit von Aktien

- a) Wie erwähnt, stand in den letzten Jahren im Zentrum der rechtspolitischen Diskussion die Vinkulierungsfrage. Das Resultat ist eine klare Abkehr vom bisherigen Recht und die gesetzliche Erleichterung der Übertragbarkeit zu Lasten der Freiheit der Aktiengesellschaften und ihrer Verwaltungen, die Zusammensetzung des Aktionariats selber zu bestimmen.

Abgewichen wurde dabei vom auch im neuen Recht ohnehin überstrapazierten Konzept der Einheit des Aktienrechts, und es werden künftig unter-

34 Mehr als 5% aller Stimmen oder eine statutarisch festgelegte prozentmässige Begrenzung des Eigentums an Namenaktien.

35 revOR 663c.

36 Also nicht mehr generell durch die Statuten.

37 Übernahme von Unternehmen, Arbeitnehmerbeteiligung.

38 „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).

39 Vgl. statt vieler Gaudenz Zindel, Bezugsrechte in der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1984 = SSHW 78) 237 ff.

40 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. 39) 240 ff.

schiedliche 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*⁴¹:

„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 möglich sein, nämlich eine verkappte *Ausländerklausel*, die jedoch im Zuge der Annäherung an Europa gelegentlich dahinfallen soll und daher nur in den Schlussbestimmungen aufgeführt wird⁴².

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

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

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“⁴³. Damit bleibt bei der privaten AG die Möglich-

41 revOR 685d I.

42 Die Bestimmung mit dem Marginale „Ablehnung von Namenaktionären“ lautet: „In Ergänzung zu Art. 685d Abs. 1 (d.h. der bei Anm. 41 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 Kreises der Aktionäre 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.

43 revOR 685b I.

keit 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 Mitgliedschaftsrechte⁴⁴ einerseits und der aus der Mitgliedschaft fliessenden Forderungsrechte⁴⁵ auf der anderen Seite. Diese Spaltung⁴⁶ 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 mitstimmen konnten⁴⁷.

Das künftige Recht will die Spaltung weitgehend verhindern⁴⁸, 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 685f II. Bei *nicht börsenkotierten Namenaktien* verbleiben dagegen „das Eigentum an den Aktien und alle damit verknüpften Rechte beim Veräusserer“⁴⁹, bis die Gesellschaft die Zustimmung erteilt hat (wobei passives Verhalten während dreier Monate als Zustimmung gilt⁵⁰).

44 Und damit insbesondere des Rechts auf Teilnahme an der Generalversammlung und des Stimmrechts.

45 Namentlich Recht auf die beschlossene Dividende und ein allfälliges Liquidationsergebnis.

46 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.

47 Eine praktische Inkonvenienz lag sodann darin, dass der Veräusserer – solange nicht ein Nachfolger im Aktienregister eingetragen war – noch immer an die Generalversammlung einzuladen war.

48 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.

49 revOR 685c I.

50 revOR 685c III.

4. Klagerechte

Schon heute stehen den Aktionären theoretisch scharfe Klagerechte zu: Jeder Aktionär mit auch nur einer Aktie ist befugt, gesetzes- oder statutenwidrige Generalversammlungsbeschlüsse anzufechten⁵¹. 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 den Chancen 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 Schadenersatzbetrag⁵² zugrunde gelegt.

Hier will das neue Recht Erleichterungen schaffen, indem der Richter bei Abweisung der Klage die Kosten ganz oder teilweise der Gesellschaft überbinden kann⁵³.

Die Wirksamkeit dieser Ordnung wird man freilich nicht überschätzen dürfen, bleibt doch zumindest für den Kleinaktionär ein Kostenrisiko, das in keinem Verhältnis zum wirtschaftlichen Interesse steht⁵⁴. Aus dogmatischer Sicht – dies sei am Rande erwähnt – erscheint übrigens die neue Regelung für die Verantwortlichkeitsklage ziemlich abenteuerlich: Die Gesellschaft kann dadurch zur Zahlung in einem Verfahren 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 wird⁵⁵.

51 OR 706. So hat im bereits erwähnten Entscheid Canes/Nestlé (vgl. vorn Anm. 6) 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.

52 An welchem der Aktionär wirtschaftlich nur mit einem Bruchteil partizipiert, da die Klage auf Leistung an die Gesellschaft geht.

53 revOR 706a III und 756 II.

54 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.

55 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.

E. Überarbeitung der Eigenkapitalbasis

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

1. Flexibilisierung des Aktienkapitals

Die *Eigenkapitalbasis* 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 als solche, ihren Zeitpunkt, die Bedingungen und den Umfang dagegen im Rahmen der „Autorisierung“ der Verwaltung überlässt. „Im Rahmen der Ermächtigung kann der Verwaltungsrat Erhöhungen des Aktienkapitals durchführen“⁵⁶. Er kann etwa Aktien schaffen, die er als Gegenleistung im Zuge einer Übernahme 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- und 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 wird: Das Bundesgericht hat nämlich in einem neuesten Entscheid⁵⁷ Vorratsaktien und den damit notwendigen Entzug des Bezugsrechts 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 Bezugsrechts nur aus wichtigen Gründen⁵⁸ möglich sein. Das beding-

56 revOR 651 IV.

57 Canes gegen Nestlé vom 25. Juni 1991, vgl. vorn bei Anm. 6.

58 Wozu nach revOR 652b II „insbesondere die Übernahme von Unternehmen, Unternehmensteilen oder Beteiligungen sowie die Beteiligung der Arbeitnehmer“ gehören sollen. Offen ist, ob der Begriff „wichtiger Grund“ nicht einfach mit „sachlicher Grund“ gleich-

te Kapital soll nur für Anleiensobligationen oder ähnliche Forderungen (verbunden mit einem grundsätzlichen Vorwegzeichnungsrecht der Aktionäre⁵⁹) sowie für die Arbeitnehmerbeteiligung offenstehen.

Bedauerlich ist, dass das künftige Recht die Kapitalerhöhung mit *Festübernahme* der neuen Aktien durch einen Treuhänder, wie sie bei Publikumsgesellschaften heute die Regel ist und wohl auch künftig bleiben wird⁶⁰, nicht erwähnt. Die Festübernahme stellt erhebliche Rechtsfragen, weil eben die originäre Aktienzeichnung direkt bei der Gesellschaft und der derivative Aktienwerb von einer treuhänderisch zwischengeschalteten Bank nicht dasselbe sind. Die hier sich stellenden Fragen werden nun weiterhin ungelöst bzw. 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 brauchen⁶¹.

zusetzen ist, vgl. dazu vorn bei Anm. 38. Ist dem so, dann unterscheiden sich die Voraussetzungen für den Entzug nicht wesentlich von den heute geltenden. Dennoch bleibt eine zusätzliche Einschränkung, muss doch der Entzug nach künftigen Recht durch die Generalversammlung beschlossen werden, während nach der vom Bundesgericht geschützten heutigen Praxis der Entscheid an die Verwaltung delegiert werden kann.

59 Vgl. revOR 653 I, 653c II. Dieses Vorwegzeichnungsrecht dürfte freilich in der Regel weder sinnvoll noch praktikabel sein, vgl. vorn Anm. 18. Es fragt sich daher, ob es nicht im Normalfall – entgegen der Vorstellung des Gesetzgebers – wegbedungen werden kann.

60 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. Damit 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! Man wird daher wohl auch in Zukunft danach trachten, mit einem einzigen Sitzungstermin auszukommen, was bei Publikumsgesellschaften auch weiterhin die vorgängige Festübernahme der neu zu schaffenden Aktien bedingen dürfte.

61 Zahlreiche Gesellschaften dürften daher auch künftig ein Kapital von nur Fr. 50'000.– aufweisen, da heute fast die Hälfte aller Aktiengesellschaften mit diesem minimalen Grundkapital auskommt. (Weil die Grundkapitalziffer zu den Eigenmitteln einer Gesellschaft in keinem Verhältnis zu stehen braucht, besteht oft auch dann kein Anlass zur

2. Neugestaltung des Rechts der Partizipationsscheine

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 Recht⁶². Damit wird der grundlegende wirtschaftliche Unterschied der beiden Papiere vernachlässigt: Der Genussschein ist ein Sanierungsmittel, das äusserst flexibel ausgestaltet sein muss⁶³, aber auch sein kann⁶⁴. Für den PS als *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 ausführlich regelt und faktisch zur stimmrechtslosen Aktie macht. Dem Partizipanten werden grundsätzlich die gleichen Vermögensrechte wie einem Aktionär eingeräumt, nicht dagegen das Stimmrecht und die damit zusammenhängenden Rechte⁶⁵. Dabei orientiert sich das neue Recht an zwei Grundsätzen:

- dem der *Gleichheit*, indem die Partizipationsscheine vermögensmässig einer Aktienkategorie gleichgestellt sein müssen⁶⁶, und
- dem der *Schicksalsgemeinschaft*, da die Aktionäre durch Generalversammlungsbeschlüsse die Stellung der Partizipanten zwar verschlechtern können, aber nur dann, wenn sie auch selber eine entsprechende Einbusse auf sich nehmen⁶⁷.

Insgesamt wird das neue Recht eine deutliche Aufwertung des PS bringen, und es bleibt abzuwarten, ob sich dies nicht auch in den Kursen niederschlagen wird⁶⁸.

Kapitalerhöhung, wenn die Geschäftstätigkeit im Laufe der Zeit an Bedeutung gewinnt. So hatte die Hoffmann-La Roche – eines der grössten Pharmaunternehmen der Welt – bis 1989 ein Aktienkapital in der minimalen Höhe von Fr. 50'000.–.)

Die Verdoppelung der Mindestsumme des Aktienkapitals entspricht einem Bruchteil der seit dem Inkrafttreten des geltenden Rechts (1937) eingetretenen Geldentwertung. Angesichts der eingangs skizzierten Entwicklung der AG zu *der* Rechtsform für wirtschaftliche Tätigkeit ist es m.E. richtig, dass die Anforderungen nicht höhergeschraubt wurden.

62 Vgl. BGE 113 II 529 E. 3.

63 Für den Katastrophenfall können keine hohen Minimalanforderungen aufgestellt werden.

64 Dem Empfänger eines Genussscheins wird regelmässig der Verzicht auf Rechte als Gläubiger bzw. Aktionär zugemutet, weshalb er das Angebot kritisch prüfen wird.

65 revOR 656f I und 656c I.

66 revOR 656f II.

67 revOR 656f III.

68 Eine überstürzte Abschaffung der PS durch Umwandlung in Aktien erscheint jedenfalls im Vorfeld des neuen Aktienrechts als nicht unbedingt ratsam.

Immerhin führt der Grundsatz der Schicksalsgemeinschaft in einem Punkt zu einer Verschlechterung der Rechtsstellung des Partizipanten: Nach Art. 657 IV des geltenden Rechts kann dem Genussscheininhaber und damit auch dem Partizipanten ein „Verzicht auf einzelne oder alle Rechte“ nur auferlegt werden, wenn die kapital- bzw. zahlenmässige Mehrheit aller Genuss- bzw. Partizipationsscheine zustimmt. Künftig kann dagegen ein solcher Verzicht ohne Befragung der Partizipanten durchgesetzt werden, vorausgesetzt nur, die Aktionäre nehmen dasselbe Opfer auf sich.

3. Erleichterungen für Änderungen in der Kapitalstruktur

Erleichtert werden im künftigen Recht *Änderungen der Kapitalstruktur*:

- Ein Hindernis, das künftig entfallen wird, ist soeben genannt worden: das Erfordernis der mehrheitlichen Zustimmung der Partizipanten, falls diesen der Verzicht auf Rechte zugemutet werden soll. Darin liegt unter geltendem Recht ein oft unüberwindbares Hemmnis für Änderungen in der Kapitalstruktur, gelingt es doch bei Publikumsgesellschaften mit Inhaber-PS kaum, die Partizipanten überhaupt mehrheitlich zu versammeln⁶⁹.
- Eine weitere Erleichterung – die sich auch bei Fusionen auswirken dürfte – liegt darin, dass der Mindestnennwert von Aktien künftig nur noch Fr. 10.– beträgt⁷⁰.

F. Stärkung und Verbesserung der Funktionsfähigkeit der Organe

Schliesslich sieht der Entwurf für alle drei Organe Änderungen vor, am bescheidensten für die Generalversammlung, einschneidender für den Verwaltungsrat und grundlegend für die Kontroll- bzw. – in neuer Terminologie – die Revisionsstelle.

69 Eine Kapitalherabsetzung bei Aluisse unter entsprechender Herabsetzung auch des PS-Kapitals war vor einigen Jahren nur deshalb möglich, weil das Bundesgericht entschied, bei der gleichmässigen Herabsetzung des Nennwerts aller Papiere liege kein Entzug von Rechten vor, vgl. BGE 113 II 533 E. 5.

70 revOR 622 IV. Bisher Fr. 100.–.

1. Verbesserung der Funktionsfähigkeit der Generalversammlung

Auf die Änderungen hinsichtlich der Generalversammlung sei nur kurz eingetreten:

- a) Bekanntlich kennt das geltende Recht zwingende gesetzliche Quoren, die sich am *gesamten Aktienkapital* bemessen⁷¹. Diese machen es zum Teil bei Publikumsgesellschaften unmöglich, sinnvolle und völlig unbestrittene Strukturveränderungen zu beschliessen⁷².

Das neue Recht verzichtet konsequent auf solche am Gesamtkapital orientierten Quoren. Zwar wird auch künftig die Beschlussfassung für „wichtige Beschlüsse“ erschwert, doch bemisst sich das Quorum konsequent an den jeweils *vertretenen* Stimmen bzw. Nennwerten⁷³.

Statutarische Erschwerungen der Beschlussfassung sollen sodann künftig nur noch mit dem als Erschwerung vorgesehenen Mehr selbst eingeführt werden können⁷⁴. Dadurch soll es nicht mehr möglich sein, sog. petrifizierende Klauseln zu beschliessen, Erschwerungen also, welche die Generalversammlung künftig gar nicht mehr beseitigen kann, weil das erforderliche Quorum nicht erreichbar ist.

- b) Eine Aufwertung soll die Generalversammlung sodann durch die Regelung des *Depotstimmrechts* und der *Organvertretung* erfahren.

Banken oder gewerbsmässige Vermögensverwalter, welche die Stimmrechte (oder andere Mitwirkungsrechte aus bei ihnen hinterlegten Aktien) ausüben wollen, haben den Hinterleger vor jeder Generalversammlung⁷⁵ um Weisungen für die Stimmabgabe zu ersuchen. Ist dies zeitlich nicht möglich und fehlt eine allgemeine Weisung, so muss das Depotstimmrecht entsprechend den Anträgen des Verwaltungsrates ausgeübt werden⁷⁶. Diese Ordnung präzisiert und verschärft die Praxis zum Depotstimmrecht, wie sie bisher aufgrund von

71 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).

72 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.

73 revOR 704: zwei Drittel der vertretenen Stimmen und absolute Mehrheit der vertretenen Nennwerte.

74 revOR 704 II.

75 Die Anforderungen sind damit strenger als im deutschen Recht: Nach AktG 135 II kann Vollmacht für 15 Monate und damit für zwei ordentliche Hauptversammlungen erteilt werden.

76 revOR 689d.

Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung von 1967/1980 zwar nicht ausnahmslos, aber doch regelmässig befolgt worden ist. Auch wenn man der gesetzlichen Regelung grundsätzlich zustimmt, ist an Einzelheiten Kritik anzubringen:

- Die Einholung von Weisungen vor *jeder* Generalversammlung, also auch dann, wenn lediglich unbestrittene Routinetraktanden abzuwickeln sind, dürfte die Rückfrage abwerten und sich so als kontraproduktiv erweisen. Sinnvoller wäre m.E. die Einführung einer Pflicht zur Rückfrage nur bei (gesetzlich umschriebenen) wichtigen und bei umstrittenen Traktanden gewesen.
- Verfehlt ist die Pflicht, beim Fehlen von Weisungen *gemäss den Anträgen des Verwaltungsrates zu stimmen*: Bisher galt – mangels spezieller Vorschriften – allgemeines Auftragsrecht und damit die Pflicht des Depotvertreters, nach bestem Wissen im Interesse und nach dem mutmasslichen Willen des Auftraggebers zu stimmen⁷⁷, also nötigenfalls auch gegen einen Antrag des Verwaltungsrates. Künftig wird dem Depotvertreter diese selbstverständliche Pflicht zur Interessenwahrung versperrt!

Publikumsgesellschaften anerbieten sich regelmässig, *selber für die Stimmrechtsvertretung besorgt zu sein*. Die Ausübung der Stimmrechte erfolgt dabei jeweils entsprechend den Anträgen der Verwaltung. Das künftige Recht will auch hier den Prozess der Meinungsbildung effektiver ausgestalten: Eine Gesellschaft, die den Aktionären eines ihrer Organe oder eine andere abhängige Person für die Stimmrechtsvertretung an der Generalversammlung vorschlägt, muss zugleich eine unabhängige Person bezeichnen, die mit der Vertretung beauftragt werden kann⁷⁸.

Schliesslich soll hinsichtlich der Ausübung der Stimmrechte künftig auch für vermehrte *Transparenz* gesorgt werden. Während bisher über den Umfang der durch Banken und Organvertreter gestimmten Aktien nur gemutmasst werden konnte⁷⁹, ist in Zukunft der Generalversammlung die jeweilige Gesamtzahl der durch Organe, unabhängige Stimmrechtsvertreter und Depotvertreter vertretenen Aktien, allenfalls untergliedert nach Art, Nennwert und Kategorie, bekanntzugeben, und die Unterlassung dieser Pflicht stellt einen Anfechtungsgrund dar⁸⁰.

77 OR 397f.

78 revOR 689e.

79 Immerhin ist bekannt, dass bei zahlreichen Publikumsgesellschaften die Stimmenmehrheit regelmässig bei Depot- und Organvertretern liegt. Zur Bedeutung des Depotstimmrechts finden sich Hinweise im Bericht der Kartellkommission „Die Konzentration im schweizerischen Bankgewerbe“, Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission, Heft 1/2, Zürich 1979, 74 ff.

80 revOR 689e.

2. Neuordnung der Bestimmungen über den Verwaltungsrat

a) Die unglaubliche Vielfalt der aktienrechtlichen Erscheinungsformen, die sich im Ausland nirgendwo findet, war nur möglich, weil das Schweizer Aktienrecht äusserst flexibel ausgestaltet ist. An dieser Flexibilität wird 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 schwerfallen.

b) Immerhin geht die Disponibilität nicht so weit, dass das gesetzliche Grundkonzept – Verwaltungsrat als Exekutive oder zumindest „Ober“exekutive – völlig beseitigt werden könnte. Zum Schutz gutgläubiger Dritter, die darauf vertrauen, dass der Verwaltungsrat eine 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 durch den Einsatz der finanziellen Mittel), die wichtigsten *personellen Entscheide* und die *Rapportierung an die Aktionäre* zu unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates erklärt⁸¹. Dadurch soll den blossen

81 Vgl. im einzelnen die abschliessende Aufzählung im neuen Art. 716a.

Aushängeschildverwaltungsräten 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 gilt schon heute, zum Teil aber nur aufgrund der Gerichtspraxis⁸². Die Fest-schreibung dient der Klärung.

Neu kommt hinzu, dass das Recht der Verwaltungsratsmitglieder auf *Auskunft und Einsicht* explizit und weitgehend geregelt 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 Information zukommen zu lassen, wird dadurch hoffentlich ein Riegel geschoben.

d) Das neue Recht regelt im einzelnen, in welchen Schranken – nämlich mit dem Vorbehalt der erwähnten unübertragbaren Aufgaben und auf statutari-scher Basis nach Massgabe eines Organisationsreglementes – die Kompetenzen des Verwaltungsrates *delegiert* werden können. Zugleich wird klar-gestellt, dass die Delegation haftungsbefreiend wirkt, solange „bei der Aus-wahl, Unterrichtung und Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt“ beachtet wurde⁸³. Auch bei zulässiger Delegation bleibt somit eine *Restverantwortung*, wobei zwischen sorgfältiger Auswahl, Instruktion und Kontrolle eine Wechselwirkung besteht: Je qualifizierter der mit einer Auf-gabe 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.

82 Das Gleichbehandlungsprinzip ist im geltenden Aktienrecht nicht explizit verankert, vgl. vorn Anm. 40.

83 revOR 754 II. Dass die nötige Sorgfalt angewendet wurde, ist vom Organ darzulegen, vgl. Arthur Hunziker, Neuerungen in der Stellung und Verantwortlichkeit der Organe, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = SSW 74) 89 ff., 103.

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

– Irgendwelche fachliche Anforderungen sind im Gesetz nicht verankert⁸⁴.
– Die Vorschriften über die Unabhängigkeit der Revisoren sind gänzlich ungenügend⁸⁵.

– Von der Gründungsphase abgesehen besteht auch keinerlei Gewähr dafür, dass überhaupt ein Revisionsorgan bestellt ist.

– Schliesslich beschränkt sich der Einsatz der Revisoren – von einer Ausnahme bei der Kapitalherabsetzung abgesehen – 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 verfügen⁸⁶. Dass dieser Vorschrift auch nachgelebt wird, soll durch ein Klagerrecht auf Abberufung, das allen Aktionären und Gläubigern zusteht, sichergestellt werden⁸⁷.

– Ernst gemacht wird mit der *Unabhängigkeit*. Revisoren müssen künftig vom Verwaltungsrat, aber auch von einem kontrollierenden Aktionär unabhängig sein⁸⁸, auf Verlangen eines Aktionärs oder Gläubigers ausserdem unabhängig von Gesellschaften des gleichen Konzerns⁸⁹. Sie dürfen auch keine Arbeiten für die zu prüfende Gesellschaft ausführen, die mit dem Prüfungsauftrag unvereinbar sind.

84 Eine Ausnahme gilt für die sog. externe Kontrollstelle gemäss OR 723: Volkswirtschaftlich bedeutsame Gesellschaften (Grundkapital von Fr. 5 Mio. oder mehr, ausstehende Anleiheobligationen oder öffentliche Empfehlung zur Annahme fremder Gelder) müssen die Bilanz durch unabhängige, fachlich qualifizierte Büchersachverständige prüfen lassen.

85 Ausgeschlossen ist nach OR 727 II lediglich, dass als Revisoren „Mitglieder des Verwaltungsrates oder Angestellte der Gesellschaft“ amtierten. Dagegen braucht die Kontrollstelle von einem Hauptaktionär nicht unabhängig zu sein, und bis vor wenigen Jahren war es eine – rechtlich nicht zu beanstandende – Usitte, dass Gesellschaften ihre Rechnung durch eine abhängige Tochtergesellschaft prüfen liessen.

86 revOR 727a; besondere auf Verordnungsstufe zu spezifizierende Anforderungen werden an die Prüfer volkswirtschaftlich bedeutsamer Gesellschaften gestellt, revOR 727b: Böse kotiert bzw. vorbörslich gehandelt werden oder die eine bestimmte Grösse erreicht haben; in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren müssen zwei der folgenden drei Grössen überschritten worden sein: Bilanzsumme Fr. 20 Mio., Umsatzerlös Fr. 40 Mio., 200 Arbeitnehmer im Jahresdurchschnitt.

87 revOR 727e III.

88 revOR 727c.

89 revOR 727c II.

- Im weiteren wird sichergestellt, dass das *Amt des Revisors besetzt* ist: Die Revisoren müssen künftig – gleich den Mitgliedern des Verwaltungsrates – im Handelsregister eingetragen sein⁹⁰. Fehlt die Revisionsstelle, sollen der Handelsregisterführer und auf dessen Antrag der Richter einschreiten⁹¹.
- Endlich werden die *Aufgaben* der Revisoren deutlich *erweitert*. Zu erwähnen sind vor allem die zusätzlichen Prüfungsfälle etwa bei der qualifizierten Gründung und Kapitalerhöhung⁹², bei der Aufwertung von Grundstücken oder Beteiligungen⁹³ und bei Kapitalverlust^{94, 95}.
Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang auch an die Institution des Sonderprüfers, die für das schweizerische Recht ein Novum darstellt⁹⁶.
- Neu wird dem Revisor die Pflicht auferlegt, bei offensichtlicher Überschuldung nötigenfalls, d.h. dann, wenn der Verwaltungsrat passiv bleibt, den *Richter zu benachrichtigen*⁹⁷, eine zwar ungeliebte, 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, und auf der anderen Seite müssen diejenigen, die rechtlich belangt werden, nicht selten Konsequenzen von ungewöhnlicher und nicht angemessener Härte tragen. Gründe hiefür sind u.a. auf der einen Seite die Schwierigkeiten für Aktionäre, eine Klage einzuleiten (ungenügende

90 revOR 641 Ziff. 10.

91 revOR 727f.

92 Vgl. revOR 635a, 652f. 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“.

93 revOR 670 II.

94 revOR 725 II.

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

96 Vgl. dazu die Ausführungen vorn IV. 1. a.E.

97 revOR 729b II.

Information, unverhältnismässig hohes Kostenrisiko), andererseits 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 sinnvolle Verbesserungen bringen:

- Die *Klage von Aktionären und Gläubigern* wird durch die Verbesserung ihrer Informationslage erleichtert. Das Prozessrisiko für Aktionäre wird zudem reduziert durch die 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. 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.

G. Die Einführung des neuen Rechts

1. Konkretisierung auf Verordnungsstufe

Die neuen gesetzlichen Bestimmungen verlangen eine Konkretisierung in zwei Bereichen:

- a) Anzupassen ist die *Handelsregisterverordnung*, so etwa hinsichtlich der neuen Gründungs- und Kapitalerhöhungsvorschriften, aber auch mit Bezug auf zusätzliche Eintragungstatbestände⁹⁸. Dabei wird es sinnvoll sein, ganz allgemein die Prüfungspflicht und -befugnis der Registerämter sowie die für eine Anmeldung erforderlichen Dokumente und ihren Inhalt eindeutig zu umschreiben, um die für die Praxis höchst lästigen kantonalen Unterschiede in der Ausübung der Kognition einzuschränken.
- b) Der Bundesrat hat sodann die fachlichen Anforderungen an die im Gesetz an verschiedenen Orten vorgesehenen „*besonders befähigten Revisoren*“⁹⁹ zu umschreiben¹⁰⁰.

98 Z.B. Eintragung der Revisoren, revOR 641 Ziff. 10.

99 Vgl. revOR 653f, 653i, 727b, 731a, 732 II, 745 III.

100 revOR 727b II; dem Vernehmen nach sollen neben Personen, die im Besitze des eidgenössischen Diploms als Bücherexperte sind, auch Personen mit anderem Ausbildungsgang und mehr- bzw. langjähriger Revisionspraxis zugelassen werden.

- c) Vorgesehen war eine Verordnung zur Konkretisierung der Übergangsregelung¹⁰¹, doch ist die entsprechende Anweisung in den Schlussbestimmungen von der Redaktionskommission gestrichen worden.

2. Übergangsrecht

- a) Hinsichtlich der Einführung des neuen Rechts sind drei Gruppen von Regeln zu unterscheiden:
- Mehrheitlich tritt die neue Ordnung geschlossen – am 1. Juli 1992 – in Kraft.
 - Für die Anpassung der Statuten ist eine fünfjährige Übergangsfrist vorgesehen^{102, 103}.
 - Schliesslich gibt es auch Fälle des sog. *Grandfathering*, 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 sind¹⁰⁴, und generell für Stimmrechtsaktien, bei denen die Stimmenprivilegierung im Verhältnis zum Nennwert die neue gesetzliche Limite von 10:1 übersteigt.
- b) Einmal mehr ist leider den Übergangsbestimmungen nicht die nötige Sorgfalt gewidmet worden:
- So ist keine Übergangsfrist vorgesehen für die Einführung der Konzernrechnung. Dabei ist es eine Binsenwahrheit, dass sich eine Konzernrechnung nicht von einem Jahr zum anderen schaffen lässt¹⁰⁵.
 - Aber auch für die Anpassung der allgemeinen Rechnungslegung gibt es keine Übergangsfrist. Damit könnte man den Standpunkt vertreten, dass schon die Rechnung per Ende 1992 (weil unter neuem Recht zu erstellen) den Bestimmungen des revidierten Aktienrechts zu genügen haben wird.

101 Verfahren der Statutenanpassung und der allfälligen Auflösung von Gesellschaften, die sich nicht innert Frist anpassen, Verlängerung der Anpassungsfrist.

102 Schlussbestimmungen 2 II. Während dieser Frist gelten also z.B. bisherige statutarische Vinkulierungsbestimmungen, die dem neuen Recht widersprechen, weiter. Die Wirkung der Vinkulierung und damit die Rechtslage bei Ablehnung eines Aktienerwerbers durch die Gesellschaft richtet sich dagegen schon in der Übergangszeit nach neuem Recht.

103 Die Neuordnung des Rechts der Partizipationsscheine tritt zum Teil trotz entgegenstehender Statuten- oder Ausgabebedingungen sofort in Kraft, Schlussbestimmungen 3 I.

104 Schlussbestimmungen 2 II.

105 Der Bundesrat will eine angemessene Anpassungsfrist dadurch sicherstellen, dass er die einschlägigen Bestimmungen – revOR 663e ff. – erst ein Jahr später in Kraft setzt.

Dies würde zu einer indirekten Vorwirkung des neuen Rechts führen, da als Basis für die Jahresendrechnungen die Buchungsvorgänge des ganzen Geschäftsjahres dienen. Offiziell ist daher die Ansicht, dass erst die Jahresrechnung am Ende des ersten vollen Geschäftsjahres unter neuem Recht dessen Bestimmungen zu genügen hat.

- Vergessen wurde, dass im Recht der GmbH und der Genossenschaft nicht selten auf das Aktienrecht verwiesen wird. Damit ist nun ungewiss, ob diese Verweisungen das alte oder das neue Recht meinen.
- Lobend zu erwähnen ist immerhin Art. 6 der Schlussbestimmungen betreffend die Beseitigung von statutarischen Vorschriften über qualifizierte Mehrheiten für Generalversammlungsbeschlüsse: Bekanntlich finden sich in den Statuten nicht selten Quorumserfordernisse, die aus dem Gesetz abgeschrieben worden sind¹⁰⁶. Die erwähnte¹⁰⁷ Beseitigung von gesetzlichen Quoren, die sich am gesamten Aktienkapital bemessen, hätte in diesen Fällen keine Wirkung, weil die bisherige gesetzliche Ordnung als statutarische weitergelten würde¹⁰⁸. In die Schlussbestimmungen wurde nun in letzter Minute eine Norm eingefügt, wonach solche einfach das Gesetz wiederholende Bestimmungen während eines Jahres seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen – also dem allgemeinen Quorum gemäss dispositivem Gesetzesrecht¹⁰⁹ – beseitigt werden können¹¹⁰.

H. Würdigung

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

106 Die Statuten sollen dadurch als eine Art Checklist dienen.

107 Vorn bei Anm. 71.

108 Vgl. Brigitte Tanner, Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1987 = SSHW 100) 168 f.; Peter Forstmoser, Schweizerisches Aktienrecht I/1 (Zürich 1981) § 7 N 34. Statutenbestimmungen, die bisherigem zwingendem Recht entsprechen, sind in der Regel als bewusst gewollt anzusehen und werden mit einer Änderung des Gesetzes nicht wirkungslos, ZR 48 (1949) Nr. 155 S. 306 ff.

109 OR und revOR 703.

110 Ohne diese Ausnahmeregel könnte ein qualifiziertes Mehrheitsersfordernis nur mit der darin vorgesehenen Mehrheit selbst beseitigt werden, vgl. Tanner (zit. Anm. 108, 185) und Forstmoser (zit. Anm. 108 § 7 N 95).

- Aus Gründen der Konsistenz der Rechtsordnung sind das Recht der *GmbH* und das der *Genossenschaft* baldmöglichst an das neue Aktienrecht anzupassen¹¹¹. Sodann ist die Realität der zunehmenden *konzernmässigen Verflechtung* rechtlich konsequent zur Kenntnis zu nehmen, hat doch schon der Zwischenbericht 1972 zu Recht erklärt, die „Ausarbeitung eines Konzernrechtes sollte rasch an die Hand genommen werden“¹¹².
- Schliesslich werden auch die *europäischen Vereinheitlichungstendenzen* noch vermehrt zu berücksichtigen sein, ganz gleich, ob sich die Schweiz zum Alleingang entschliesst, ob ein EWR zustande kommt oder gar ein Beitritt zur EG angestrebt wird.

Das revidierte Aktienrecht wird daher bald einmal erneut zu revidieren sein.

111 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. Schon heute ist dieses Postulat nicht erfüllt, mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts werden aber die Divergenzen noch zunehmen. Vgl. zum Problem Peter Forstmoser, Das Genossenschaftsrecht, das Recht der GmbH und die Teilrevision des Aktienrechts, SAG 48 (1976) 46 ff.

112 Zwischenbericht (zit. Anm. 9) 192. Mit der Begründung, „dass eine Totalrevision des Aktienrechtes mehrere Jahrzehnte in Anspruch nehmen würde“ (Zwischenbericht 18), ist auf solche weitergehenden Reformen verzichtet worden. Die Ordnung der Konzerne ist damit auf halbem Wege stehengeblieben: Durch die Pflicht zu Konsolidierung und Konzernrechnung wird der wirtschaftlichen Realität der abhängigen Gesellschaft in vermögensmässiger Hinsicht Rechnung getragen. Im übrigen aber geht das Schweizer Aktienrecht nach wie vor von der Fiktion völlig unabhängiger, nur im eigenen Interesse geführter Gesellschaften aus.

III. Zusammenfassung der Diskussionsergebnisse aus den Gruppenarbeiten

Vorbemerkung

Die Themen der gruppenweisen Gesprächsrunden sind in Abschnitt I aufgeführt. Im folgenden sind die in den Gesprächsrunden vorgetragenen Voten wiedergegeben. Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich bei diesen Voten um Mehrheitsmeinungen oder zumindest um Äusserungen, denen in den Gesprächsrunden nicht widersprochen worden ist.

Die Konzernrechnung konnte aus zeitlichen Gründen von allen Gruppen nicht mehr oder nur noch am Rande behandelt werden.

1. Die neuen Vorschriften zur Ordnungsmässigkeit (Art. 662a revOR)

Prüfungsarbeiten

- Bei den Prüfungsarbeiten sind kaum tiefgreifende Änderungen zu erwarten, da die Mehrheit der Gesellschaften bereits heute eine ordnungsmässige Rechnungslegung praktiziert.
- Gewisse zusätzliche Prüfungsarbeiten werden erforderlich sein, um Gewissheit über die Einhaltung der Grundsätze der Ordnungsmässigkeit zu erlangen (Gliederungsvorschriften, Verrechnungsverbot, Stetigkeit in Darstellung und Bewertung).
- Die Kontrollstelle (neu: Revisionsstelle) kann Verstösse gegen die neuen Ordnungsmässigkeitsvorschriften wirksamer als bisher bemängeln, da solche Verstösse inskünftig Gesetzesverletzungen, nicht mehr bloss Nichtbefolgung von Usanzen darstellen. Allerdings werden bei Fragen der Ordnungsmässigkeit weniger ernsthafte Diskussionen mit dem Kunden erwartet, als dies bei Bewertungsfragen der Fall sein kann.
- Berichterstattung: Wesentliche Mängel in der Ordnungsmässigkeit führen zu Vorbehalten, da es sich um Gesetzesverstösse handelt, in schwerwiegenden Fällen gar zur Rückweisung der Jahresrechnung.

Stetigkeit in der Bewertung

- Kontrovers sind die Ansichten zur Frage, ob bei Bewertungsabzügen eine Änderung der Sätze (Abschreibungssätze bei Sachanlagen, pauschale

Bewertungsabzüge bei Gegenständen des Umlaufvermögens) bereits eine Abweichung von der Stetigkeit im Sinne von Art. 662a Abs. 3 revOR darstelle, oder ob der Begriff der Abweichung weniger eng zu fassen sei. (Die Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts gibt auf S. 143 zum Teil Auskunft zu dieser zentralen Frage.)

Gliederungsvorschriften/Verrechnungsverbot

- Die Einhaltung der Gliederungsvorschriften soll in der Erfolgsrechnung/Bilanz selbst erfolgen, nicht auf dem Wege von Erläuterungen im Anhang.
- Die für die Erfolgsrechnung vorgesehenen Ausweisposten sind zu erweitern, da andernfalls Zuordnungsprobleme entstehen können (z.B. Steuern, Vertriebskosten).
- Unterschiedliche Meinungen wurden darüber geäußert, wie weit bei der Handhabung des Verrechnungsverbot zu gehen sei. Minderheitsvoten plädierten für extreme Auslegungen: in einem Fall für eine absolut konsequente Einhaltung des Verrechnungsverbot, die sogar die Saldierung von Erlösen und Erlösminderungen nicht zulassen will; die andere Extremansicht will das Verrechnungsverbot nur so weit befolgt sehen, als es zur Einhaltung der Mindestgliederungsvorschriften nach Art. 663 revOR erforderlich ist (z.B. Trennung von Finanzertrag und Finanzaufwand). Die meisten Voten lagen zwischen diesen beiden Extremen. Eine Mehrheit will das Verrechnungsverbot auch für Erträge und Aufwendungen mit engem kausalem Zusammenhang angewendet wissen.
- Bei der Beurteilung der Zulässigkeit soll das Prinzip der Wesentlichkeit stets beachtet werden.

2. Der Anhang (Art. 663b revOR)

Prüfungsarbeiten

- Der Anhang ist als fester Bestandteil der Jahresrechnung ebenfalls Gegenstand der Prüfung. Dies bewirkt zwangsläufig eine Ausweitung des Prüfungsumfanges, vorab der ergebnisorientierten Prüfungshandlungen.
- Die Prüfung des Anhangs erfolgt mit den hauptsächlichen Prüfungszielen der Vollständigkeit und der materiellen Richtigkeit.
- Der Inhalt des Anhangs kann bei der Berichterstattung zu Hinweisen, Vorbehalten oder Rückweisung führen. Bei Annahme oder Rückweisung sind Erfolgsrechnung, Bilanz und Anhang als Einheit zu behandeln.

Gestaltung und Inhalt des Anhangs

- Angaben zur Rechnungslegung und Erläuterungen zu Erfolgs- und Bilanzposten sollen im Anhang und nicht im Jahresbericht aufgeführt werden.
- Die Ordnungsmässigkeitsvorschriften sind auch bei der Erstellung des Anhangs zu beachten.
- Sicherungsverpflichtungen zugunsten Dritter: Es bestehen unterschiedliche Ansichten darüber, ob Bürgschaften, Garantieverpflichtungen und Pfandbestellungen zugunsten Dritter wie im geltenden Aktienrecht getrennt oder zusammengefasst aufzuführen seien.
- Eigentumsbeschränkungen zu eigenen Gunsten: Bei Globalzession der Debitoren ist der Gesamtbetrag der Forderungen anzugeben, die der Zession unterliegen.
- Leasingverbindlichkeiten: Als nichtbilanzierte Leasingverbindlichkeiten ist die Summe der künftigen (ausstehenden) Leasingraten anzugeben. Das können Nominal- oder Barwerte sein, doch ist anzugeben, für welchen Wert man sich entschieden hat.
- Verbindlichkeiten gegenüber Vorsorgeeinrichtungen: Die Beträge der gegenseitigen Forderungs- und Schuldverhältnisse sind vorgängig abzustimmen. Unterschiedliche Meinungen bestehen darüber, ob bei Bestehen von gleichzeitigen Forderungen und Schulden zur Einhaltung von Art. 663b die Brutto- oder Nettobetreffenisse anzugeben seien.
- Angaben zur Auflösung stiller Reserven: siehe Abschnitt 3.
- Aufwertungen: Ein Minderheitsvotum plädiert dafür, dass im Interesse der Transparenz sämtliche Aufwertungen über bestehende Bilanzwerte hinaus offengelegt werden sollen (z.B. wiedereingebrachte Abschreibungen); die Mehrheit der Votanten will demgegenüber im Anhang nur Aufwertungen über die gesetzliche Wertobergrenze hinaus, also Aufwertungen im Sinne von Art. 670 revOR, offengelegt haben.
- Die in Art. 663b revOR verlangten Angaben sind geforderte Minimalauskünfte; daneben können und sollen, soweit dienlich, zusätzliche Angaben zur Rechnungslegung gemacht werden.

3. Stille Reserven

Bildung und Auflösung stiller Reserven

- Ob zum Zwecke der Wiederbeschaffung gebildete Reserven still oder offen sind, hängt von der Art der Verbuchung ab (Verbuchung der zusätzlichen Abschreibungen als Direktabzug von den Sachanlagen, als Rückstellung oder

als Einlage in ein Konto mit Eigenkapitalcharakter, z.B. in einen Erneuerungsfonds).

- Kontroverse Standpunkte wurden zur Frage vertreten, wie die Bildung/Auflösung stiller Reserven zu erfolgen habe. Minderheitsvoten wollten aus den Transparenzziele des revidierten Aktienrechts ableiten, die Bildung/Auflösung stiller Reserven hätte über gesonderte, klar erkennbare Konten zu erfolgen (z.B. „ausserordentlicher Aufwand“, „Bildung von Wertberichtigungen“). Andere Votanten traten dafür ein, die Offenlegungsvorschrift nach Art. 663b Ziff. 8 revOR sei die einzige, die zu beachten sei.

Offenlegung der stillen Reserven im Anhang (Art. 663b revOR)

- Die Veränderung der Zwangsreserven ist nicht in die Ermittlung der nach Art. 663b revOR ausweispflichtigen Reserven einzubeziehen.
- Für die Zwecke der Offenlegung nach Art. 663b revOR ist eine Unterscheidung in Wiederbeschaffungsreserven und übrige stille Reserven im Sinne von Art. 669 Abs. 2 und 3 revOR nicht erforderlich.
- Die Offenlegungsvorschrift erfordert von der rechnungslegenden Gesellschaft eine Übersicht über die Bewegung der stillen Reserven.
Das bedingt in der Rechnungsführung gewisse organisatorische Voraussetzungen und Massnahmen, wie etwa Führen einer Anlagebuchhaltung, Festlegen von Prinzipien für die Bestimmung von Wertberichtigungen (z.B. Ermittlung von Inkuranrückstellungen nach gewissen Umschlagszahlen), Richtlinien für die Aktivierung von Vermögensgegenständen, Festlegen der Abschreibungsgrundsätze. Die Ermittlung der Beträge gebildeter/aufgelöster stiller Reserven gehört zu den Aufgaben der rechnungslegenden Gesellschaft, nicht der Revisionsstelle.

Prüfungsarbeiten

- Die Überprüfung der Angaben im Anhang über die Auflösung stiller Reserven erfordert vertiefte Bewertungsprüfungen. Keinesfalls genügt es, nach Inkrafttreten des neuen Aktienrechts beim Prüfungsumfang nur so weit zu gehen, dass die Einhaltung der Bewertungsobergrenzen festgestellt werden kann.



Band 111 der Schriftenreihe
der Treuhand-Kammer

Volume 111 des publications
de la Chambre fiduciaire

Kammertagung 1991 Congrès de la Chambre 1991

Luzern

Für die in dieser Schrift vertretenen Auffassungen sind ausschliesslich
die Verfasser verantwortlich.

Cette brochure reproduit l'opinion des groupes de travail et des auteurs.

Treuhand-Kammer, Zürich

Chambre fiduciaire, Zurich

1992